

CONSULTA

O DR. CLAUDIO NASSER DE CARVALHO, por intermédio de seu ilustre advogado, DR. ADEMAR COSTA FILHO, honra-me com a seguinte consulta:

1. A Constituição Federal de 1988 comporta, dentro de seu modelo de soberania, candidaturas independentes de partidos políticos?

2. É constitucionalmente possível que a sociedade civil organizada em associações, fundações, sindicatos, etc. capitalizem o poder popular e apresentem candidaturas avulsas?

PARECER

1. SOBERANIA E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

Todas as concepções modernas de soberania concordam que a soberania representa o poder supremo, a *summa potestas* na ordem interna e o poder independente na ordem internacional. Essa concepção é formulada, inicialmente, com Jean Bodin, em 1576¹. Desde então, apesar das inúmeras teorias surgidas a respeito, o conceito de soberania é um dos fundamentos basilares da ideia de Estado moderno. Em todas as teorias, a noção de soberania está ligada a uma concepção de poder. A soberania é considerada pela maior parte dos autores como uma (não se admite num mesmo Estado a convivência de duas soberanias, não sendo cabível a existência de mais de um poder superior no mesmo âmbito) e indivisível (a soberania se aplica à universalidade dos fatos ocorridos no Estado, sendo inadmissível a existência de várias partes separadas da mesma soberania), além das características óbvias da inalienabilidade e da imprescritibilidade. Apesar disso, a soberania comumente é evocada de duas maneiras diferentes: enquanto sinônimo de independência política (principalmente no campo das relações internacionais) ou como poder jurídico superior, sendo, dentro dos limites do Estado, a última instância decisória².

A soberania, qualidade essencial do Estado³, é também aqui entendida como um sinônimo de poder do Estado (*puissance de l'État*,

¹ Jean BODIN, *Les Six Livres de la République*, Paris, Fayard, 1986, Livro I, capítulo VIII: "La souveraineté est la puissance absolue et perpetuelle d'une République (...), c'est à dire, la plus grande puissance de commander". Vide, ainda, Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, reimpr. da 3ª ed., Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960, pp. 474-484 e 489-496; Paulo BONAVIDES, *Ciência Política*, 10ª ed, São Paulo, Malheiros, 1994, pp. 124-125; Dalmo de Abreu DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 16ª ed, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 65-66 e Newton de Menezes ALBUQUERQUE, *Teoria Política da Soberania*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2001, pp. 71-75.

² Paulo BONAVIDES, *Ciência Política cit.*, pp. 122-123 e 126 e Dalmo de Abreu DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado cit.*, pp. 63, 67-69 e 71-72. Sobre o significado político da elaboração do conceito de soberania no século XVI, vide Newton de Menezes ALBUQUERQUE, *Teoria Política da Soberania cit.*, pp. 85-89.

³ Hermann HELLER, *Die Souveränität: Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts in Gesammelte Schriften*, 2ª ed, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, vol. 2, pp. 133-140 e Olivier BEAUD, *La Puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, pp. 14-15.

Staatsgewalt)⁴, cuja unidade não impede a divisão vertical (federalismo) ou horizontal (organização dos poderes) de seu exercício. Ambos os aspectos da soberania, absoluta internamente e relativa externamente, são indissociáveis, como salientou Beaud:

*"En effet, la souveraineté interne, que signifie la domination à l'intérieur du territoire, présuppose la souveraineté internationale qui exclut le pouvoir de domination d'un Etat tiers, de même que la souveraineté internationale implique la souveraineté interne pour pouvoir être effective"*⁵.

Grande parte dos princípios da democracia moderna surgiu na Inglaterra do século XVII, com a abertura do poder político inglês à participação e ao controle social, por meio da hegemonia do Parlamento sobre o rei⁶. O poder político começou a abrir canais à participação do corpo social, surgindo novos dispositivos institucionais que recolocaram a questão democrática num horizonte histórico sem medida comum com a antiga democracia ateniense. A questão da democracia tornou-se inseparável das instituições representativas modernas, no sentido restrito de um corpo de delegados diretos da sociedade, cuja função é a de antepor-se e de controlar o titular do poder real, embora os mecanismos de participação e controle social do poder não tenham sido abertos irrestritamente a todos os cidadãos. Ao mesmo tempo, teve início a divisão interna do poder político, com a constituição de mecanismos de equilíbrio e controle recíproco entre os órgãos estatais. A democracia moderna é, assim, constitutivamente abstrata, compatível com a pretensa separação entre Estado e sociedade e fundada nessa construção teórica⁷.

⁴ Cf. Olivier BEAUD, *La Puissance de l'Etat cit.*, pp. 10-13 e 17-19.

⁵ Olivier BEAUD, *La Puissance de l'Etat cit.*, p. 17. Vide também *idem*, pp. 15-17.

⁶ Sobre o debate gerado pelas Revoluções Inglesas do século XVII, vide Gilberto BERCOVICI, *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*, 2ª ed, São Paulo, Quartier Latin, 2013, pp. 94-110.

⁷ João Carlos Brum TORRES, *Figuras do Estado Moderno - Elementos para um Estudo Histórico-Conceitual das Formas Fundamentais de Representação Política no Ocidente*, São Paulo, Brasiliense/CNPq, 1989, pp. 171-172.

A representação política pode ser entendida como um sistema jurídico de imputação do caráter público a coisas, pessoas e atos e como um mecanismo de reduplicação e reapresentação dos elementos definidores da identidade social, instituídos na instância política fundamental. Este nível político constitui o que, para João Carlos Brum Torres, se denomina sistema de representação de primeira ordem. Este sistema é formado pelas instituições jurídico-políticas, pela máquina administrativa e pela rede simbólica que constituem a base do poder público. É um sistema formal, pelo qual pessoas, coisas e atos são tornados públicos. Seu caráter público é definido por regras de procedimento e sem consideração de conteúdo material. A legitimidade se define pela sua conformidade ao determinado no sistema jurídico-normativo. Esse sistema inclui os modelos constitucionais de representação. O sistema de representação de segunda ordem marca o terreno da política. O que se discute é a dimensão material do caráter público. Os atos praticados pelas pessoas que, de acordo com as regras procedimentais, são públicas, só serão efetivamente públicos de acordo com a sua determinação material, verificada em função de sua congruência com os interesses presumidos ou com a vontade expressa da sociedade concreta. Neste nível, podem ser questionados se os institutos formais de determinação da esfera pública efetivamente a determinam⁸.

O debate sobre a representação política durante a Revolução Francesa, de crucial importância para o Ocidente⁹, teve como principal fonte as obras de Montesquieu e de Jean-Jacques Rousseau¹⁰. Para Montesquieu, o povo deveria fazer por si mesmo tudo o que pudesse realizar, deixando para

⁸ João Carlos Brum TORRES, *Figuras do Estado Moderno cit.*, pp. 77-79.

⁹ Vide João Carlos Brum TORRES, *Figuras do Estado Moderno cit.*, pp. 415-420. Vide também Gilberto BERCOVICI, *Soberania e Constituição cit.*, pp. 134-154.

¹⁰ Devemos levar em conta que todos os autores do século XVIII, particularmente Rousseau e Montesquieu, falam em democracia no sentido da democracia dos antigos, a ateniense, que reunia todos os cidadãos na praça pública (ágora) para deliberarem sobre os assuntos políticos. Com base nessa visão todos eles consideram a democracia (democracia direta grega, bem entendido) impraticável em países de grande extensão territorial, sendo necessária a figura do representante (Montesquieu) ou a formação de pequenas nações democráticas (Rousseau). Essa também é a base da distinção entre governo republicano e governo democrático que foi feita por Madison nos Artigos Federalistas, como veremos adiante.

seus ministros (delegados, representantes), nomeados por ele, a execução das tarefas que não conseguisse cumprir. O povo possuiria suficiente capacidade para escolher (*“Le peuple est admirable pour choisir ceux à qui il doit confier quelque partie de son autorité”*), mas não para governar¹¹.

Um dos inconvenientes da democracia dos antigos era o fato de o povo deliberar sobre os negócios públicos, capacidade que, para Montesquieu, ele (povo) não possui, ao contrário dos seus representantes, plenamente capazes de decidir sobre a vida pública¹². Segundo Montesquieu, o povo detém o Poder Legislativo, que é exercido pelos seus representantes:

*“Comme, dans un État libre, tout homme qui est censé avoir une âme libre doit être gouverné par lui-même, il faudrait que le peuple en corps eût la puissance législative. Mais comme cela impossible dans les grands États, et est sujet à beaucoup d’inconvénients dans les petits, il faut que le peuple fasse par ses représentants tout ce qu’il ne peut faire par lui-même”*¹³.

Rousseau, por sua vez, considerava todo governo legítimo republicano, pois república, para ele, era todo Estado regido por leis, cujo autor deveria ser o povo¹⁴. A democracia necessitaria de um Estado pequeno, onde fosse fácil reunir todo o povo e onde cada cidadão pudesse conhecer os outros. O governo democrático seria uma forma tão perfeita que não conviria aos homens¹⁵. Não poderia haver governo representativo, pois a soberania, fruto da *volonté*

¹¹ *“Comme la plupart des citoyens, qui ont assez de suffisance pour élire, n’en ont pas assez pour être élus; de même le peuple, qui a assez de capacité pour se faire rendre compte de la gestion des autres, n’est pas propre à gérer par lui-même.”* MONTESQUIEU, *De L’Esprit des Lois in Oeuvres Complètes*, reimpr., Paris, Éditions du Seuil, 1990, Livro II, Cap. II.

¹² *“Le grand avantage des représentants, c’est qu’ils sont capables de discuter les affaires. Le peuple n’y est point de tout propre; ce qui forme un des grands inconvénients de la démocratie.”* MONTESQUIEU, *De L’Esprit des Lois*, Livro XI, Cap. VI.

¹³ MONTESQUIEU, *De L’Esprit des Lois*, Livro XI, Cap. VI.

¹⁴ *“J’appelle donc République tout État régi par des lois, sous quelque forme d’administration que ce puisse être (...) Tout gouvernement légitime est républicain (...) Le Peuple soumis aux lois en doit être l’auteur”* Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique in Oeuvres Complètes*, reimpr., Paris, Gallimard, 2003, vol. 3, Livro II, Cap. VI.

¹⁵ *“S’il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes.”* Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, Livro III, Cap. IV.

générale, não se representa: ou é ela mesma, ou é outra. Os deputados não podem fazer a lei, pois esta deriva diretamente do povo, sob pena de ser nula¹⁶. Para Rousseau, a lei só poderia ser elaborada como na antiga Atenas, através da reunião de todos os cidadãos, não de representantes, em praça pública. A concepção de Rousseau sobre a representação pode ser resumida nesta frase:

*“Quoi qu’il en soit, à l’instant qu’un peuple se donne des représentants, il n’est plus libre; il n’est plus”*¹⁷.

No entanto, em um escrito posterior sobre o Governo da Polônia (*Considérations sur le Gouvernement de Pologne et sur sa Réformation Projetée*), Rousseau acabou admitindo a representação política como algo inevitável nos Estados de grande extensão territorial:

*“Un des plus grands inconvénients des grands États, celui de tous qui y rend la liberté le plus difficile à conserver, est que la puissance législative ne peut s’y montrer elle-même, et ne peut agir que par députation. Cela a son mal et son bien, mais le mal l’emporte”*¹⁸.

O grande problema para Rousseau passou a ser o da corrupção dos representantes. Esta questão só poderia ser solucionada por meio de duas medidas. Uma seria a implantação de mandatos curtos, através da constante frequência de reuniões das Dietas (Parlamento polonês). Outra seria o mandato imperativo: os representantes deveriam estar sempre sujeitos

¹⁶ “La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu’elle ne peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point: elle est la même, ou elle est autre; il n’y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le peuple en personne n’a pas ratifiée est nulle; ce n’est point une loi. Le peuple anglais pense être libre; il se trompe fort, il ne l’est que durant l’élection des membres du parlement; sitôt qu’ils sont élus, il est esclave, il n’est rien. Dans les courts moments de sa liberté, l’usage qu’il en fait mérite bien qu’il la perde.” Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, Livro III, Cap. XV. Ainda sobre a concepção de soberania de Rousseau, vide Gilberto BERCOVICI, *Soberania e Constituição cit.*, pp. 112-116.

¹⁷ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, Livro III, Cap. XV.

¹⁸ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Considérations sur le Gouvernement de Pologne et sur sa Réformation Projetée in Oeuvres Complètes*, reimpr., Paris, Gallimard, 2003, vol. 3, p. 978.

exatamente às instruções que receberam de seus constituintes. Essas medidas, para Rousseau, fariam com que os deputados estivessem mais próximos do povo, do corpo social que os elegeu¹⁹.

2. O CONSTITUCIONALISMO E O REGIME REPRESENTATIVO

A posição de Montesquieu, defendida por Sieyès e outros, prevaleceu no debate constitucional francês, excluindo a ideia de democracia direta. As instituições representativas derivariam de fatores naturais que inviabilizam o exercício direto da soberania por toda a população. Além disso, as atividades privadas afastaram os cidadãos do debate sobre os negócios públicos²⁰. O povo, embora capacitado para escolher os representantes, seria incapaz de tratar dos negócios de Estado. O mandato imperativo, herança medieval defendida por Rousseau, foi substituído pela ideia de que o deputado era representante não de sua localidade, mas de toda a nação²¹.

Do outro lado do Atlântico, as ideias de Montesquieu sobre o governo representativo também seriam aplicadas²². Os autores do *The Federalist Papers*, particularmente James Madison, defendiam uma forma de governo que evitasse que as facções²³ se tornassem uma maioria apta a controlar o Estado. O objetivo do bom governo seria o de garantir os bens públicos e os

¹⁹ Vide Jean-Jacques ROUSSEAU, *Considérations sur le Gouvernement de Pologne et sur sa Réformation Projetée cit.*, pp. 978-984.

²⁰ Essa ideia foi desenvolvida antes por Rousseau: "*L'attiédissement de l'amour de la patrie, l'activité de l'intérêt privé, l'immensité des États, les conquêtes, l'abus du gouvernement on fait imaginer la voie des députés ou représentants du peuple dans les assemblées de la nation.*" Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, Livro III, Cap. XV.

²¹ Sobre a contribuição de Sieyès para a concepção moderna de representação política, vide, entre outros, Colette CLAVREUL, "Sieyès et la Genèse de la Représentation Moderne", *Droits* n° 6, Paris, PUF, 1987, pp. 44-56; Ramón MÁIZ, "Estado Constitucional y Gobierno Representativo en E. J. Sieyès", *Revista de Estudios Políticos* n° 72, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, abril/junho de 1991, pp. 62-86 e Gilberto BERCOVICI, *Soberania e Constituição cit.*, pp. 135-144.

²² Sobre o conceito de representação utilizado no *The Federalist Papers*, vide Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation*, Berkeley/Los Angeles/London, University of California, 1973, pp. 190-198.

²³ "*By a faction, I understand a number of citizens, whether amounting to a majority or minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community.*" Alexander HAMILTON; James MADISON & John JAY, *The Federalist Papers*, London/ New York, Penguin Books, 1987, Artigo n° 10.

direitos privados contra as facções, assegurando ao mesmo tempo o espírito e forma do governo popular. Este governo só poderia ser o governo republicano:

“The two great points of difference between a democracy and a republic are: first, the delegation of the government, in the latter, to a small number of citizens elected by the rest; secondly, the greater number of citizens, and greater sphere of country, over which the latter may be extended”²⁴.

A democracia pura (a ateniense, como vimos) se caracterizaria por um pequeno número de cidadãos que se uniriam e administrariam pessoalmente o governo, não resolvendo os malefícios advindos do surgimento das facções. Já a república teria a opinião do povo, portanto também a das facções, filtrada pelas assembleias. Além disso, a grande extensão da república dividiria a esfera de interesses: os interesses amplos e gerais seriam tratados na assembleia nacional e os interesses locais e particulares, nas assembleias estaduais²⁵.

Ainda para apreendermos bem a consolidação do regime representativo, precisamos analisar brevemente o momento da discussão sobre o surgimento do Estado moderno, travado com a distinção entre

²⁴ Alexander HAMILTON; James MADISON & John JAY, *The Federalist Papers*, Artigo nº 10. Uma definição mais ampla é dada no Artigo nº 39: *“If we resort for a criterion to the different principles on which different forms of government are established, we may define a republic to be, or at least may bestow that name on, a government which derives all its powers directly or indirectly from the great body of the people, and is administered by persons holding their offices during pleasure, for a limited period, or during good behaviour. It is essential to such a government that it be derived from the great body of the society, not from an inconsiderable proportion, or a favoured class of it; otherwise a handful of tyrannical nobles, exercising their oppressions by a delegation of their powers, might aspire to the rank of republicans, and claim for their government the honourable title of republic. It is sufficient for such a government that the persons administering it be appointed, either directly or indirectly, by the people; and that they hold their appointments by either of the tenures just specified; otherwise every government in the United States, as well as every other popular government that has been or can be well organised or well executed, would be degraded from the republican character.”*

²⁵ Alexander HAMILTON; James MADISON & John JAY, *The Federalist Papers*, Artigos nº 10 e 14. Sobre o dilema entre interesses locais e interesse nacional na representação política, vide Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, pp. 215-218.

liberdade dos antigos e liberdade dos modernos. Um dos autores que melhor tratou desta passagem foi Benjamin Constant²⁶.

Benjamin Constant busca deixar patente a impossibilidade de repetição da experiência clássica grega, citando o exemplo ainda recente da Revolução Francesa, e do Terror que se seguiu a ela, como prova do fracasso dessa tentativa de ressurreição da liberdade dos antigos²⁷. Para os antigos, a liberdade se concretizava com as decisões em praça pública, como participação ativa e decisiva dos cidadãos das deliberações políticas. A liberdade era uma questão pública, exercida através do cidadão livre e cujo conteúdo era melhor expressado no exercício da soberania²⁸. Com o fim da escravidão (típica da Antiguidade), as funções e tarefas essenciais da vida social foram assumidas pelos homens livres²⁹. A vida privada e o conjunto de liberdades e direitos subjetivos passam a ser o interesse principal a ser preservado pelos modernos. A liberdade fundamental passa a ser a liberdade individual. Assim Benjamin Constant resumiu as diferenças fundamentais entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos:

“Le but des anciens était le partage du pouvoir social entre tous les citoyens d’une même patrie. C’était là ce qu’ils nommaient liberté. Le but des modernes est la sécurité dans les jouissances privées; et ils nomment liberté les garanties accordées par les institutions à ces jouissances”³⁰.

Com a mudança do enfoque sobre a liberdade, o governo não pode mais ser arbitrário, pois seus limites agora são impostos através das

²⁶ Vide João Carlos Brum TORRES, *Figuras do Estado Moderno cit.*, pp. 23-32.

²⁷ Benjamin CONSTANT, “De la Liberté des Anciens Comparée a celle des Modernes” - discours prononcé a l’Athénée Royal de Paris en 1819 in *Cours de Politique Constitutionnelle*, Paris, Librairie de Guillaumin, 1872, pp. 539-540. Constant ainda se refere explicitamente a Rousseau como um dos autores que, pretendendo voltar à liberdade dos antigos, acabou servindo de justificativa para uma tirania in *idem* pp. 549-552.

²⁸ Benjamin CONSTANT, “De la Liberté des Anciens Comparée a celle des Modernes”, pp. 541-542.

²⁹ Benjamin CONSTANT, “De la Liberté des Anciens Comparée a celle des Modernes”, pp. 545-546.

³⁰ Benjamin CONSTANT, “De la Liberté des Anciens Comparée a celle des Modernes”, p. 548.

liberdades individuais dos cidadãos (o que não ocorria com os antigos³¹). A liberdade política é usufruída apenas como forma de garantir a liberdade individual³². A cidadania se torna esporádica, através das eleições periódicas, e a soberania se abstrai. Nesse contexto surge o sistema representativo que, para Constant, poderia ser assim definido:

*“Le système représentatif est une procuration donnée à un certain nombre d’hommes par la masse du peuple, qui veut que ses intérêts soient défendus, et qui néanmoins n’a pas le temps de les défendre toujours lui-même”*³³.

Da soberania tornada abstrata pelos modernos decorre o traço fundamental da política moderna, que é o da abstração do Estado: isto é, a separação, autonomização e especialização de um centro de poder em relação ao corpo de cidadãos. O Estado moderno surge nesse processo combinado de fundação da soberania, despatrimonialização e despersonalização do poder, dando origem ao domínio público. O Estado enquanto instância abstrata representa, incorpora e une a multiplicidade diversa e contraditória do todo social. O Estado abstrato é o *locus* em que a comunidade real encontra unidade e identidade. Dessa abstração deriva a constituição do sistema representativo. A representação política é instituída como forma de compensar a distância agora existente, sem deixar de ser controlável, entre o Estado (enquanto projeção autonomizada da sociedade) e os indivíduos (que retornam sobre essa projeção) para lhe dar forma³⁴. Este vai ser o pressuposto do constitucionalismo, vitorioso no século XIX, após as explosões revolucionárias na América e Europa.

³¹ *“Ainsi chez les anciens, l’individu souverain presque habituellement dans les affaires publiques, est esclave dans tous ses rapports privés.”* Benjamin CONSTANT, “De la Liberté des Anciens Comparée a celle des Modernes”, pp. 541-542.

³² *“L’indépendance individuelle est le premier des besoins modernes. En conséquence, il ne faut jamais en demander le sacrifice pour établir la liberté politique.”* Benjamin CONSTANT, “De la Liberté des Anciens Comparée a celle des Modernes”, pp. 552 e 555. Vide também pp. 542 e 556-558.

³³ Benjamin CONSTANT, “De la Liberté des Anciens Comparée a celle des Modernes”, p. 558.

³⁴ João Carlos Brum TORRES, *Figuras do Estado Moderno cit.*, pp. 30-32 e 76-77. Vide também Gilberto BERCOVICI, *Soberania e Constituição cit.*, pp. 85-92.

3. O DEBATE ATUAL SOBRE A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

Não existe um conceito unívoco de representação. A representação política pode ser entendida de diversas maneiras, cada uma delas implicando diferentes suposições acerca de quem e o que deve ser representado e qual a natureza dos interesses representados. O conceito de representação ligou-se de tal maneira ao Estado de Direito liberal que seus opositores acabaram por rejeitar integralmente esse conceito. O contraste não se dá propriamente entre representação e não-representação, mas entre diferentes formas de representação³⁵. A representação possui vários aspectos, que abordam, em sua maioria, apenas uma parte do conceito, não sua totalidade. Hanna Pitkin estuda os seguintes aspectos da representação:

“A discussion of Thomas Hobbes serves both to introduce his particular view and to demonstrate the difficulties inherent in any such plausible but partial, and hence incorrect, definition. Hobbes’ definition is essentially formalistic, conceiving of representation in terms of formal arrangements which precede and initiate it: authorization, the giving of authority to act. From this view we turn to one which is diametrically opposed, yet equally formalistic, defining representation by certain formal arrangements that follow and terminate it: accountability, the holding to account of the representative for his actions. Both these formalistic views³⁶ take it for granted that representation must be done by

³⁵ Bolívar LAMOUNIER, “Representação Política: A Importância de Certos Formalismos” in Bolívar LAMOUNIER; Francisco WEFFORT & Maria Victoria BENEVIDES (coords.), *Direito, Cidadania e Participação*, São Paulo, TA Queiroz, 1981, pp. 232-233.

³⁶ A visão autorizativa define a representação nos termos de dar e ter autoridade. O representante é aquele que foi autorizado a agir (“*a representative is someone who has been authorized to act*”). Assim, o representante recebeu o direito de agir que não possuía antes, enquanto o representado se tornou responsável pelas consequências das decisões do representante como se ele mesmo as tivesse tomado. Essa visão se concentra basicamente nas formalidades da relação representantes-representado, sendo por isso também denominada visão formalista. Vide Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, pp. 38-39.

*human beings; but (...) we consider views of representation as a **standing for** rather than an **acting for**, a phenomenon which may be accomplished equally well by inanimate objects. We examine, first, **descriptive representation**, the making present of something absent by resemblance or reflection, as in a mirror or in art³⁷; and then **symbolic representation**, in which no resemblance or reflection is required and the connection to what is represented is of a different kind³⁸. Each of these kinds of representing by stand for brings with it a corresponding notion of activity, the **making** of a descriptive representation or the **creation** of a symbol³⁹. (...) a view which again links representation with activity - not a making of representations or symbols, but an **acting for***

³⁷ A visão descritiva é formulada com base no que a representação aparenta ser. Um corpo representativo se distingue por uma acurada correspondência com os seus representados, refletindo-os sem distorções. A verdadeira representação "requires that the legislature be so selected that its composition corresponds accurately to that of the whole nation, only then is it really a representative body". A representação é encarada como "espelho" da nação. O representante não age pelos outros, ele corresponde aos representados. O que a legislatura faz é menos importante do que como ela é composta. Essa visão descritiva foi a origem da representação proporcional, que deve ser "the most exact possible image of the country". Vide Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, pp. 60-62.

³⁸ "For they see all representation as a kind of symbolization, so that a political representative is to be understood on the model of a flag representing the nation, or an emblem representing a cult". A representação simbólica faz com que o representante personifique os representados. Vide Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, pp. 92-94.

³⁹ "Both descriptive and symbolic representation, then, enlarge our view of the concept, but do not complete it. They make it possible to speak of representing by inanimate objects, although each of them introduces a special kind of activity as well, the activity of making something represent. For descriptive representation, this is an activity working on the thing that is to represent, making it into a likeness, map, random sample, or whatever. But symbol-making need not be a matter of working on the symbol; it seems rather to involve working on the minds of those who are to be represented or who are to be the audience accepting the symbolization. In neither case is the activity an acting for the represented, on behalf of, instead of, in the interest of them; it is in no sense a matter of agency. Both descriptive and symbolic representation supplement the formalistic views we examined earlier, and thus enlarge our understanding of the concept. Descriptive representation introduces the idea of correspondence or likeness and the importance of resembling one's constituents; symbolic representation suggests the role of irrational belief, which is neglected by the formalistic view, and the importance of pleasing one's constituents. Yet all these views put together still do not exhaust the concept of representation. We need to find an equivalent in the realm of action for the descriptive and symbolic 'standing for' views - not the activities of making representations or symbols, but the 'acting for' equivalent of the connection between image and original or symbol and referent." Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, p. 111.

*others*⁴⁰, and not just the formalistic trappings that surround action, but the substance of the activity itself”⁴¹.

Partindo destas concepções de Hanna Pitkin, que as encara apenas como abordagens parciais, não englobando a totalidade do conceito de representação⁴², podemos observar que o atual debate sobre representação política busca um esforço em superar o referencial individualista (um indivíduo sendo representado ou representando outro)⁴³, empenhando-se em situar as instituições representativas dentro dos padrões estruturais inerentes aos sistemas políticos das sociedades complexas, como trata a abordagem funcionalista da representação política, adotada por Celso Campilongo. Essa abordagem critica a noção de representação política enquanto “congruência” entre representantes e representados. A representatividade das decisões não está tão associada à natureza ou congruência com que são tomadas, mas sim com o modo de tomada dessas decisões. Algo semelhante à legitimação pelo procedimento⁴⁴: pouco importa se a decisão é justa, exata ou congruente⁴⁵, pois nas sociedades complexas a

⁴⁰ Esse conceito é centrado na atividade de representar, no papel do representante. A representação é vista como uma atividade, como a conduta correta para o representante ou o melhor caminho para institucionalizar um governo representativo. A presente visão difere das visões formalistas porque nestas, embora também vejam a representação enquanto atividade, seu conceito só diz respeito aos aspectos formais que iniciam ou finalizam a atividade de representar, não se preocupando com a natureza da atividade em si. Apesar da facilidade de ser observada a atividade representativa na prática, este conceito é difícil de ser analisado teoricamente: *“The activity of representing as acting for others must be defined in terms of what the representative does and how he does it, or in some combination of these two considerations; but the analogies and adverbial expressions found in the literature are of limited usefulness in defining it further. Since none of the analogies is an exact synonym of ‘representative’, simple substitution is never in order. Any of them can sometimes (be said to) represent, but so can almost anything. The study of groups of analogies seems to yield only negative results: we reach some conclusions about what substantive acting for others is not, rather than what it is.”* Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, pp. 112-115, 118, 142-143 e 212.

⁴¹ Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, pp. 11-12. Vide também Bolívar LAMOUNIER, “Representação Política: A Importância de Certos Formalismos” *cit.*, p. 239.

⁴² Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, pp. 225-227.

⁴³ Sobre a origem histórica dessa abordagem, vide Tercio Sampaio FERRAZ Jr, “Poder Representativo e Comunicação”, *Filosofia Política*, nº 3, Porto Alegre, L&PM, 1986, p. 147.

⁴⁴ Vide Tercio Sampaio FERRAZ Jr, “Poder Representativo e Comunicação” *cit.*, pp. 162-164 e 167.

⁴⁵ Cf. Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 4ª ed, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1997, pp. 29-31.

natureza da decisão cede lugar aos procedimentos que generalizam o reconhecimento das decisões⁴⁶. A identificação entre os desejos dos representados e as atitudes dos representantes não mais responde à grande variedade de relações representativas que ocorrem nos sistemas políticos contemporâneos. Dessa maneira, o estudo da representação não pode estar limitado às relações eleitorais ou individuais. O que identifica essa representação não é a ação individual exercida por algum participante, mas a estrutura e o funcionamento do sistema como um todo⁴⁷. Ou, como escreveu Hanna Pitkin:

*“Political representation is primarily a public, institutionalized arrangement involving many people and groups, and operating in the complex ways of large-scale social arrangements. What makes it representation is not any single action by any one participant, but the over-all structure and functioning of the system, the patterns emerging from the multiple activities of many people. It is representation if the people (or a constituency) are present in governmental action, even though they do not literally act for themselves. Insofar as this is a matter of substantive acting for others, it requires independent action in the interest of the governed, in a manner at least potentially responsive to them, yet not normally in conflict with their wishes. And perhaps that can make sense and is possible even in politics, if we understand how and where to look for it”*⁴⁸.

O sistema político, para Luhmann, mantém um conjunto de trocas com o seu ambiente, permitindo a tomada de decisões coletivas vinculantes. As atividades governamentais, incluindo o sistema representativo, abrangem

⁴⁶ Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren cit.*, pp. 199-200.

⁴⁷ Celso Fernandes CAMPILONGO, *Representação Política*, São Paulo, Ática, 1988, pp. 14-15 e 17.

⁴⁸ Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, pp. 221-222.

apenas parte do sistema político. As políticas adotadas nas instituições representativas já foram selecionadas e definidas em outros lugares, em todas as organizações ocupadas na pré escolha das alternativas apresentadas nos órgãos representativos, como partidos, sindicatos, organizações patronais, etc. As alternativas decisórias, portanto, foram selecionadas previamente, ou seja, as alternativas de relações entre representantes e representados são formuladas, na maioria das vezes, fora dos vínculos de representação. Dessa maneira, torna-se difícil examinar a representação política exclusivamente no âmbito das relações entre eleitores e eleitos⁴⁹.

A representação política passa a ser vista como um conjunto de ações que confere legitimidade ao poder. A eleição popular cria uma identificação simbólica entre representado e representante, gerando um mínimo de consenso⁵⁰ e tornando esse consenso independente da situação concreta em que ele é obtido. Deste modo, o representante exerce um mandato não apenas referente ao que lhe foi conferido, mas também ao que não lhe foi:

*“Separam-se, assim, a formação do poder representativo do seu exercício, que gozam, então, de certa independência, permitindo-se a manutenção de um mesmo quando fracasse o outro: se o eleito for mal, isto não invalidará a eleição”*⁵¹.

O representante foi eleito num procedimento institucionalizado, portanto é digno de representar o representado. O poder representativo se legitima não porque expresse um consenso real, mas porque permite uma antecipação bem-sucedida do consenso presumido dos representados⁵².

O modelo clássico trabalha com a ideia de que o apoio recebido pelos representantes decorreria da sua capacidade de oferecer respostas legislativas ou políticas que atendessem a interesses específicos dos

⁴⁹ Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren cit.*, pp. 180-195 e Celso Fernandes CAMPILONGO, *Representação Política cit.*, pp. 24-26.

⁵⁰ Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren cit.*, pp. 193-195.

⁵¹ Tercio Sampaio FERRAZ Jr, “Poder Representativo e Comunicação” *cit.*, p. 169.

⁵² Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren cit.*, pp. 193-200 e Tercio Sampaio FERRAZ Jr, “Poder Representativo e Comunicação” *cit.*, pp. 167-171.

representados, isto é, o chamado “suporte específico”. Mas essa concepção não explica a tolerância dos representados a longos períodos de frustração na realização de suas exigências ou à satisfação apenas parcial dessas exigências. Esse conceito de “suporte específico” vem sendo substituído pelo de “suporte difuso”, segundo o qual, o sistema político obtém lealdade e reconhecimento através do apoio difuso recebido de seus membros. A representação política, além de enfatizar a relação representante-representado, incorpora uma série de símbolos dos valores primordiais da sociedade, que passa a representar também. Apesar da descrença que atinge os representantes, a representação política continua a ser um instrumento de direção e implementação de políticas públicas. Dessa maneira, o representante, quando defende interesses particulares de seus eleitores, cria “suporte específico”; quando razoavelmente independente dos representados, pode gerar “suporte difuso”; quando eleito de acordo com as regras constitucionais, propicia legitimação pelo procedimento⁵³.

Na atualidade, a complexidade das relações políticas e sociais fazem com que cada vez haja menos congruência entre representantes e representados. A abordagem sistêmico-funcionalista examina a representação política através do conceito de responsividade. O governo representativo é o governo responsável⁵⁴, isto é, sensível aos desejos populares, não se levando em conta a efetiva concretização desses desejos. Um dos elementos da responsividade é a congruência da relação representativa - no campo legislativo. Outro elemento é todo tipo de serviço (favores, tráfico de influência, etc.) prestado pelo representante à sua clientela. Também é elemento da responsividade a alocação de recursos para seu reduto eleitoral, destinando receitas em benefício de seus representados. A última característica da responsividade não é material, mas simbólica. Ao responder simbolicamente aos representados, o representante ganha “suporte difuso”

⁵³ Celso Fernandes CAMPILONGO, *Representação Política cit.*, pp. 27-29 e 31-33.

⁵⁴ De acordo com Hanna Pitkin: “*representing here means acting in the interest of the represented, in a manner responsive to them*”. Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, p. 209.

que lhe confere liberdade de ação legislativa e reserva de credibilidade por parte de seus representados (um exemplo é a apresentação de um projeto de lei impossível de ser aprovado). A responsividade dos representantes não é reduzível simplesmente à reação às demandas dos representados. Há inúmeras possibilidades de responder a essas demandas, podendo o representante agir imperativa ou livremente, dependendo da situação. Por isso, para Celso Campilongo, a análise da representação política com base na congruência entre representante e representado não é útil. Esse tipo de análise desconsidera uma série de fatores, como a iniciativa do representante, outros aspectos da responsividade e o caráter simbólico da representação⁵⁵.

4. O ESTADO DE PARTIDOS

A questão do primado da Constituição, como norma fundamental do Estado, que garante os direitos e liberdades dos indivíduos, foi desenvolvida no decorrer do século XIX, com a consolidação dos regimes liberais nos Estados Unidos e na Europa pós-revolucionários. O constitucionalismo foi utilizado, de um lado, para contrapor ao contratualismo e à soberania popular, ideias-chave da Revolução Francesa, os poderes constituídos no Estado. De outro, utilizou-se a Constituição contra os poderes do monarca, limitando-os. Desta forma, a Constituição do Estado evitaria os extremos do poder do monarca (reduzido à categoria de órgão do Estado, portanto, órgão regido constitucionalmente) e da soberania popular (o povo passa a ser visto como um dos elementos do Estado). Embora liberais, as Constituições não serão, ainda, democráticas, com a predominância do sistema eleitoral censitário em todos os Estados. E, mais importante, a Constituição não é do rei ou do povo, a Constituição é do Estado, assim como o direito é direito positivo, posto pelo Estado⁵⁶.

⁵⁵ Celso Fernandes CAMPILONGO, *Representação Política cit.*, pp. 34-38.

⁵⁶ Maurizio FIORAVANTI, *Stato e Costituzione: Materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1993, pp. 144-145; Dieter GRIMM, "Der Verfassungsbegriff in historischen Entwicklung" in *Die Zukunft der Verfassung*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, pp. 106-109 e 143-146; Nicola MATTEUCCI, *Organización del Poder y Libertad: Historia del Constitucionalismo Moderno*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 253-258 e 268-273; Maurizio FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 118-130 e 135-139; Michael STOLLEIS, "Verfassungsideale der Bürgerlichen Revolution"

Após a luta pelo sufrágio universal ser vitoriosa em vários países, liderada pelos movimentos trabalhistas e socialistas, a inclusão das massas trabalhadoras no sistema político será um dos elementos cruciais para a consolidação dos Estados Constitucionais do século XX. Esta tentativa, nem sempre bem-sucedida, de conciliar o constitucionalismo com a democracia vai, na Europa, ter início com a Constituição alemã de 1919, a célebre Constituição de Weimar⁵⁷. Será sob a vigência desta Constituição que ocorrerá o famoso e, até hoje, fundamental, debate sobre os métodos do direito público⁵⁸, iniciado quando Hans Kelsen propõe a aplicação do método jurídico positivista até as últimas consequências, gerando, nas palavras de Heller, uma “Teoria do Estado sem Estado”⁵⁹. O debate, então, vai se dar, segundo Olivier Beaud, em torno das concepções neohegelianas e neokantianas de Estado e Constituição: entre a ideia de que a Constituição é a lei da vida política global de um Estado, ou seja, está ligada ao “ser” político do Estado e a concepção de que a Constituição é uma regra de direito que apenas regula o comportamento estatal, estando ligada ao “dever ser” do Estado. Em suma, a Constituição é entendida como regime político-social do país (ideia defendida por autores das mais diversas tendências ideológicas, cujas origens estão em Hegel, passando por Ferdinand Lassalle e Lorenz von Stein) ou entende-se a Constituição limitada ao texto constitucional, regulando os comportamentos dos agentes estatais (ideia defendida pelo neokantismo e o normativismo positivista)⁶⁰.

in Konstitution und Intervention: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001, pp. 19-32 e Gilberto BERCOVICI, *Soberania e Constituição cit.*, pp. 158-177.

⁵⁷ Maurizio FIORAVANTI, *Costituzione cit.*, pp. 146-157 e Gilberto BERCOVICI, *Soberania e Constituição cit.*, pp. 290-307.

⁵⁸ Sobre o debate de Weimar, vide, por todos, Manfred FRIEDRICH, “Der Methoden- und Richtungsstreit: Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 102, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1977, pp. 161-209 e Gilberto BERCOVICI, *Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004.

⁵⁹ Hermann HELLER, “Die Krisis der Staatslehre” in *Gesammelte Schriften cit.*, vol. 2, pp. 15-24.

⁶⁰ Olivier BEAUD, “Carl Schmitt ou le Juriste Engagé” in Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, pp. 75-85. Vide também Olivier BEAUD, *La Puissance de l'État cit.*, pp. 359-368 e Gilberto BERCOVICI, “A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição” in Cláudio Pereira de SOUZA Neto *et al.*, *Teoria da Constituição: Ensaios sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, pp. 85-103.

O termo soberania, para Hans Kelsen, possui inúmeros significados e definições, mas, em sua opinião, a maior parte dos autores concorda que se uma entidade é soberana, ela é a autoridade mais alta, sendo que nenhuma outra autoridade pode limitar suas funções ou impor-lhe obrigações. Kelsen afirma que, se considerarmos a ordem jurídica nacional a autoridade superior, não podemos conceber a existência de outra ordem jurídica superior ao Estado ou que ele constitua e que possa lhe impor certas obrigações. Com essa hipótese, é impossível a existência do direito internacional como uma ordem jurídica superior às ordens jurídicas nacionais. O direito internacional passa a existir porque faz parte do ordenamento jurídico nacional e seu caráter obrigatório também é reconhecido pela ordem jurídica nacional. No entanto, mesmo que não se tenha o direito internacional como ordem jurídica superior, o Estado está submetido a ele, porque o Estado deve estar submetido ao seu próprio direito nacional. Agora, se considerarmos o Estado submetido ao direito internacional, concebendo-o como uma ordem superior à ordem jurídica nacional, o Estado não pode ser soberano, pois não é a autoridade suprema⁶¹.

Para solucionar o impasse, Kelsen considera impossível separar as noções de soberania interna e de soberania externa do Estado. Quando um Estado é submetido por outro em suas relações internacionais, ele não é mais soberano em suas relações internas. Para Kelsen, uma das características essenciais da ordem jurídica nacional ou do Estado que a personifica é a sua submissão à ordem jurídica internacional e não a outro ordenamento nacional, pois todos os Estados são membros da comunidade internacional. Se afirmamos a soberania de uma comunidade jurídica isto significa que esta comunidade está submetida à ordem jurídica internacional. Deste modo, a soberania é uma qualidade atribuída essencialmente ao Estado, não podendo este ser submetido a outra ordem jurídica nacional, ou seja, o Estado é um

⁶¹ Hans KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, reimpr., Wien, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1993, pp. 102-107 e Hans KELSEN, *Théorie du Droit International Public*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, tome 84, 1953-III, pp. 79-83.

FB

ordenamento jurídico subordinado diretamente à ordem jurídica internacional⁶².

Opondo-se às concepções kelsenianas, Hermann Heller identifica soberania e poder do Estado. É soberana, para ele, aquela organização em que é imanente o poder sobre si mesma, a que é capaz de determinar substancialmente por si mesma o uso do seu poder. Existe um Estado apenas onde o poder da organização sócio territorial lhe pertença, lhe seja próprio. A soberania do Estado significa a soberania da organização estatal como poder de ordenação territorial supremo e exclusivo. O Estado, enquanto organização territorial soberana, é o criador supremo das normas e detém o monopólio da coação física legítima, a *ultima ratio* de todo o poder. O poder do Estado, considerado de um ponto de vista existencial e em relação com outros poderes que se encontram em seu território, é um poder superior. Esse poder é sujeito da soberania, pois está acima de todos os poderes restantes dentro de seu território e dita as normas supremas. Para Heller, o poder do Estado tem que ser, do ponto de vista jurídico, o poder político supremo, e do ponto de vista do poder, o poder político normalmente mais forte, dentro de seu território, pois, do contrário, não será soberano nem poder do Estado⁶³. Mas, fundamentalmente, Heller defende que, em uma democracia, o ponto essencial é entender o povo como o sujeito da soberania⁶⁴.

Vários autores vão defender durante a República de Weimar a importância dos partidos políticos para a democracia e a definição do Estado democrático como um “Estado de Partidos” (“*Parteienstaat*”)⁶⁵. Richard Thoma, por exemplo, entende que não existe uma democracia sem partidos. Como a formação da vontade do Estado é conflituosa, a unidade da vontade

⁶² Hans KELSEN, *Allgemeine Staatslehre cit.*, pp. 108-112 e Hans KELSEN, *Théorie du Droit International Public cit.*, pp. 83-85 e 105-107. Para a crítica da teoria da soberania elaborada por Kelsen, vide Newton de Menezes ALBUQUERQUE, *Teoria Política da Soberania cit.*, pp. 106-114.

⁶³ Hermann HELLER, *Staatslehre in Gesammelte Schriften cit.*, vol. 3, pp. 354-359.

⁶⁴ Vide Hermann HELLER, *Die Souveränität cit.*, pp. 95-99. Vide também Olivier BEAUD, *La Puissance de l'État cit.*, pp. 24-25 e 201.

⁶⁵ Para uma análise das visões positivas sobre o Estado de Partidos durante a República de Weimar, vide Christoph GUSY, “Die Lehre vom Parteienstaat in der Weimarer Republik”, *Der Staat*, vol. 32, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 69-73.

estatal tem por pressuposto o reconhecimento das forças sociais e políticas representadas no Parlamento pelos partidos. Os partidos políticos, assim, têm significação constitucional e são a representação da vontade do povo e órgãos de criação da vontade do Estado⁶⁶. Da mesma forma, Gustav Radbruch entende que o Estado democrático é concretamente um Estado de Partidos. Os partidos são os órgãos de mediação necessária para que o poder do Estado derive efetivamente das massas. Sem partidos políticos, seria impossível a formação da opinião e da vontade coletivas⁶⁷.

Hans Kelsen, por sua vez, considera os partidos políticos um dos elementos mais importantes da democracia. Para ele, a democracia só é possível se os indivíduos se agruparem segundo suas preferências e afinidades políticas com o fim de direcionar a vontade do Estado para seus fins políticos. A vontade geral do Estado é resultante da vontade dos partidos políticos⁶⁸. Nas suas palavras:

*“A moderna democracia funda-se inteiramente nos partidos políticos, cuja importância será tanto maior quanto for a aplicação encontrada pelo princípio democrático”*⁶⁹.

Outros autores também serão críticos ao Estado de Partidos⁷⁰, destacando-se dentre eles Carl Schmitt. Com a expansão do sufrágio e da democracia, teria aumentado o desejo de ampliar as identidades, contra os formalismos estéreis do Parlamento liberal. O parlamentarismo do século XIX, para Carl Schmitt, era dominado pelas classes privilegiadas, com ênfase nos pressupostos burgueses da instrução e da propriedade privada. Com a

⁶⁶ Richard THOMA, “Das Reich als Demokratie” in Gerhard ANSCHÜTZ & Richard THOMA (orgs.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, reimpr., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1998, vol. 1, pp. 190-194.

⁶⁷ Gustav RADBRUCH, “Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts” in Gerhard ANSCHÜTZ & Richard THOMA (orgs.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts cit.*, vol. 1, pp. 285-294.

⁶⁸ Hans KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, reimpr. da 2ª ed, Aalen, Scientia Verlag, 1981, pp. 19-24.

⁶⁹ Hans KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie cit.*, p. 19. No original: “Die moderne Demokratie beruht geradezu auf den politischen Parteien, deren Bedeutung um so größer ist, je stärker das demokratische Prinzip verwirklicht ist”.

⁷⁰ Para os autores críticos ao Estado de Partidos em Weimar, vide Christoph GUSY, “Die Lehre vom Parteienstaat in der Weimarer Republik” *cit.*, pp. 73-85.

ascensão das massas industriais de trabalhadores e a consolidação da democracia, estes pressupostos liberais não teriam mais sentido. Além disto, a emergência dos partidos de massa tornou o Parlamento o local da disputa entre blocos de poder antagônicos que desejam conquistar o poder do Estado, ou seja, o local dos interesses pluralistas controlados por blocos polarizados. Desta forma, o Parlamento deixou de ser o local da decisão política⁷¹.

Os partidos de massa ocuparam, assim, o Estado e seu pluralismo é, para Schmitt, nocivo à unidade política. O Parlamento, longe de ser a solução, torna patente o problema da unidade política alemã. No pluralismo, cada estrutura organizada de poder (inclusive os partidos políticos) busca realizar em si mesma e para si mesma a totalidade. A Alemanha teria, assim, “partidos totais” (“*totalen Parteien*”), que buscavam a politização total, com a perda do monopólio do político pelo Estado. O Estado é objeto da exploração dos partidos. E o Parlamento é instrumentalizado pelos partidos na luta deles uns contra os outros e deles contra o governo e o Estado. O Estado Parlamentar é um Estado de Partidos de coalizão instável (*labiler Koalitions-Parteien-Staat*). Deste modo, segundo Carl Schmitt, ao invés de ser o cenário em que atuam representantes nacionais livres, no lugar de ser o transformador dos interesses de partido em uma vontade acima deles, o Parlamento se converte no teatro da distribuição pluralista dos poderes sociais organizados. São duas as consequências inevitáveis desta situação: há a incapacidade de obtenção de maiorias e de atuação em razão do pluralismo ou a maioria que eventualmente se constitui busca utilizar todas as possibilidades legais como instrumento e meio de assegurar o seu poder. Quando o Estado se transforma em uma estrutura pluralista, não há mais

⁷¹ Carl SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 8ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 34-36; Carl SCHMITT, *Verfassungslehre*, 8ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 310-313; Ingeborg MAUS, *Bürgerliche Rechtslehre und Faschismus: Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, 2ª ed, München, Wilhelm Fink Verlag, 1980, pp. 25-27 e William E. SCHEUERMAN, *Carl Schmitt: The End of Law*, Lanham/New York/Oxford, Rowman & Littlefield Publishers, 1999, pp. 40-43 e 50-60.

G3

fidelidade ao Estado ou à Constituição, mas fidelidade à organização social, colocando em risco a formação da unidade política⁷².

O debate sobre o papel da Constituição e suas relações com a política vai ser retomado no segundo pós-guerra. As Constituições do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, são políticas, não apenas estatais, na expressão de Maurizio Fioravanti. Assumem conteúdo político, ou seja, englobam os princípios de legitimação do poder, não apenas sua organização. O campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado. A política se manifesta não apenas na instauração da Constituição (o poder constituinte originário), mas também nos momentos seguintes, de efetivação da ordem constitucional⁷³.

O grande protagonista das concepções, consubstanciadas com a Teoria da Constituição, foi o partido político, intermediário entre o Estado e a sociedade, englobados agora pela Constituição⁷⁴. A retomada da democracia de massas no segundo pós-guerra destacou o papel crescente dos partidos políticos, o que justificou que determinados teóricos, como Gerhard Leibholz, voltassem a divulgar a concepção de Estado de Partidos. O pressuposto do Estado de Partidos seria justamente a pluralidade de partidos dentro da totalidade estatal, não o monopólio de um partido único. O Estado de Partidos é um fenômeno da democracia. Afinal, apenas o partido de massa pode agir politicamente pelo povo, a partir da identidade entre povo e partido. Para

⁷² Carl SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, 4ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 71-73 e 83-91 e Carl SCHMITT, "Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland" in *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939*, 3ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 214-216.

⁷³ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik" in *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2ª ed, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1992, p. 189; Maurizio FIORAVANTI, *Costituzione cit.*, pp. 159-162 e Maurizio FIORAVANTI, "Costituzione e Politica: Bilancio di Fine Secolo" in *La Scienza del Diritto Pubblico: Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, milano, Giuffrè, 2001, vol. 2, pp. 875-884.

⁷⁴ Maurizio FIORAVANTI, *Stato e Costituzione cit.*, p. 144; Roberto L. Blanco VALDÉS, *Los Partidos Políticos*, reimpr., Madrid, Tecnos, 1997, pp. 73-76 e Gilberto BERCOVICI, *Soberania e Constituição cit.*, pp. 319-326. Para a concepção do partido político como o grande ator constitucional, vide Dieter GRIMM, "Die Zukunft der Verfassung" in *Die Zukunft der Verfassung*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, pp. 424-427 e Manuel GARCÍA-PELAYO, *El Estado de Partidos*, reimpr., Madrid, Alianza Editorial, 1996, pp. 47-71.

Leibholz, o governo parlamentar não representa mais a totalidade do povo, mas depende dos partidos, pois a vontade da maioria dos partidos é a vontade da maioria do povo⁷⁵.

Segundo o diagnóstico exposto por Maurizio Fioravanti, que adoto aqui, o partido político era o instrumento pensado para tornar concreta a soberania popular, devendo organizar e politizar o povo, conduzindo o soberano dentro dos poderes constituídos, especialmente o poder legislativo. O partido político conciliaria o poder constituinte com os poderes constituídos e manteria o povo soberano presente na política regular. O pressuposto era o de que os partidos se manteriam fiéis ao pacto constitucional, desenvolvendo a constituição e o seu conteúdo. Não por acaso, vários autores, falam a todo tempo de “política constitucional”⁷⁶. A crise desse papel dos partidos políticos, para Fioravanti, é justamente a crise do modelo do constitucionalismo social. Sem uma política voltada para atender os fins constitucionais, o modelo entra em crise⁷⁷.

Atualmente, a complexidade das relações políticas e sociais fazem com que cada vez haja menos congruência entre representantes e representados. No caso brasileiro em especial, o sistema político dá mostras de falta de representatividade, graças, entre outros fatores, à crescente incapacidade dos partidos políticos em promover grandes agregações de interesses numa sociedade complexa, heterogênea e com desigualdades sociais e regionais enormes⁷⁸. Estes fatos, aliados às crises econômicas, geraram a perda da

⁷⁵ Sobre o Estado de Partidos, vide Gerhard LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3ª ed, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1966, pp. 102-104 e 113-123. Vide, ainda, Manuel GARCÍA-PELAYO, *El Estado de Partidos cit.*, pp. 29-46 e 73-116 e Roberto L. Blanco VALDÉS, *Los Partidos Políticos cit.*, pp. 76-93.

⁷⁶ Neste sentido, vide, por todos, Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999, pp. 10-11.

⁷⁷ Maurizio FIORAVANTI, *Costituzione e Popolo Sovrano: La Costituzione Italiana nella Storia del Costituzionalismo Moderno*, Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 12-16 e Maurizio FIORAVANTI, “Costituzione e Política: Bilancio di Fine Secolo” *cit.*, pp. 880-882.

⁷⁸ O estudo clássico sobre a tendência à oligarquização das cúpulas partidárias, que passariam a se preocupar muito mais com a manutenção do seu poder e influência políticos do que com o programa ou as transformações propostas pelos integrantes dos seus partidos foi realizado pelo sociólogo alemão Robert Michels ainda na década de 1920. Vide Robert MICHELS, *Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie: Untersuchungen*

autonomia decisória do Estado brasileiro. Com a crescente marginalização do Poder Legislativo, poder representativo por excelência, ocorre a fragmentação da lógica democrática de atuação do Estado⁷⁹.

As sociedades, como a brasileira, marcadas pela concentração de renda, pela desigualdade de oportunidades sociais e políticas caracterizam-se pelo fato de os grandes contingentes eleitorais terem um papel secundário na articulação das políticas públicas. Isso, conseqüentemente, gera a apatia e o desinteresse de boa parte da população pela tomada de decisões políticas⁸⁰. A marginalização dos partidos e do Congresso das decisões mais importantes aprofunda os defeitos imputados a essas instituições; o Congresso Nacional não se sente politicamente responsável pelas políticas públicas implementadas, declinando o prestígio de todos os partidos e políticos, gerado pelas críticas constantes do Poder Executivo à lentidão e clientelismo do Poder Legislativo. No caso brasileiro, as instituições representativas caracterizam-se pela sua ampla irresponsabilidade política, estando submetidas a controles pouco efetivos, sustentando o sistema de dominação através da troca de favores com o Executivo⁸¹.

5. AS CANDIDATURAS AVULSAS COMO FORMA DE RECONFIGURAR O SISTEMA POLÍTICO-REPRESENTATIVO: A EXPERIÊNCIA NO DIREITO COMPARADO

A consolidação dos sistemas eleitorais modernos está indubitavelmente ancorada em estruturas partidárias: a seleção de candidatos, as regras de campanha e o próprio funcionamento dos Parlamentos (maiorias/minorias, composição da mesa e comissões) são estabelecidos em torno dos partidos políticos.

über die oligarchischen Tendenzen des Gruppenlebens, 4ª ed, Stuttgart, Kröner, 1989, pp. 351-378.

⁷⁹ Celso Fernandes CAMPILONGO, "Crise do Estado, Mudança Social e Transformação do Direito no Brasil", *São Paulo em Perspectiva*, vol. 8, nº 2, São Paulo, Fundação SEADE, abril-junho de 1994, pp. 15-16 e Marcello BAQUERO, *A Vulnerabilidade dos Partidos Políticos e a Crise da Democracia na América Latina*, Porto Alegre, EdUFRGS, 2000, pp. 157-172.

⁸⁰ Celso Fernandes CAMPILONGO, *Representação Política cit.*, pp. 19-21.

⁸¹ Celso Fernandes CAMPILONGO, "Crise do Estado, Mudança Social e Transformação do Direito no Brasil" *cit.*, pp. 16-17.

Esta vinculação entre representação política e partido político, contudo, não é absoluta. Podemos indicar várias experiências internacionais que, em maior ou menor medida, admitem a postulação de candidaturas e o exercício de mandatos por indivíduos sem filiação partidária. Dentre os grupos que de alguma forma admitem candidaturas independentes, a distinção se refere à admissibilidade apenas em eleições legislativas – locais/estaduais – ou também presidenciais.

Os dados compilados pelo projeto internacional “*ACE Electoral Knowledge Network*”⁸² (aceproject.org) indicam que 98 países admitem a postulação de candidaturas independentes para o cargo de presidente e em eleições legislativas: os exemplos mais relevantes são os Estados Unidos, Rússia, Portugal, França e Índia. Na América Latina podemos citar o México, Chile, Paraguai, Bolívia, Peru, Equador, Colômbia e Venezuela, dentre outros.

Há um segundo grupo de países, de regime parlamentarista notadamente, que admitem candidaturas independentes para o Poder Legislativo. É o caso do Japão, Canadá, Reino Unido, Alemanha, Espanha, Itália, Bélgica, Holanda, Dinamarca e Austrália. Há diferentes condições e barreiras para a participação em eleições locais e estaduais/provinciais, mas o fator comum é a participação de não-filiados em pleitos legislativos.

O terceiro grupo, do qual o Brasil faz parte, impõe como condição de elegibilidade a filiação partidária. Fazem parte deste grupo 21 países (9% da comunidade internacional em que há sistemas eleitorais vigentes), como a Argentina e Uruguai na América do Sul, bem como Suécia e África do Sul.

Sem pretender abordar a sistemática dos regimes eleitorais nacionais, as estatísticas indicam que a ampla maioria dos países em que há eleições admitem as candidaturas avulsas. A inadmissibilidade total, portanto, é uma característica minoritária no panorama eleitoral internacional, uma exceção.

⁸² <aceproject.org/epic-en>, acesso em 19/08/2018.

As candidaturas avulsas convivem com sistemas partidários historicamente concentrados, fortemente majoritários, como é o caso dos Estados Unidos (Democratas e Republicanos), Reino Unido (Trabalhistas e Conservadores) e Alemanha (CDU e SPD). Podem também desempenhar um papel importante na formação de novos grupos partidários, como é o caso do “Podemos” e do “Ciudadanos” na Espanha.

Efetivamente, as candidaturas avulsas são mais bem-sucedidas no plano local que nacional, considerando-se as dificuldades elevadas de uma eleição majoritária. Trata-se apenas de uma ocorrência estatística mais frequente em pleitos locais e não uma impossibilidade em eleições nacionais. Recentemente, podemos citar que na última eleição presidencial francesa de 2017 o candidato eleito, Emmanuel Macron, concorreu ao cargo sem filiação partidária (“*sans étiquette*”), como representante do movimento “*En Marche!*”. Da mesma forma, o presidente russo Vladimir Putin disputou as últimas eleições como candidato independente, uma prática recente no país com o intuito de demonstrar apoio popular direto ao governante. A se pensar em eleições legislativas, os casos são inúmeros, podendo-se citar como exemplo o senador norte-americano Bernie Sanders.

Um aspecto interessante destas experiências internacionais é, do ponto de vista da ciência política, identificar que há diferentes “graus de independência”, ou seja, os políticos independentes podem se aproximar mais ou menos dos partidos políticos, ainda que, sob o enfoque jurídico, sejam definidos estritamente como candidatos sem filiação partidária. Segundo o estudo empírico de Dawn Brancati, compilando informações de sistemas eleitorais entre 1945 e 2003, as candidaturas “avulsas” contemplam tanto os indivíduos absolutamente alheios às organizações partidárias quanto aqueles que são egressos de estruturas partidárias em que não dispunham de condições favoráveis para sua atuação política. Como bem observa Brancati:

“the one defining characteristic of independent candidates is that they are not affiliated with any political party (...). While all independent candidates are similar to each other

*in terms of their lack of partisan affiliation, they are distinct of each other in a number of respects. Many independent are political outsiders with no experience in government. (...) Many independents, in contrast, are political insiders who previously participated in the government as members of particular political parties or the government bureaucracy. Many of these insiders split from their original parties because of disputes over their parties' direction, personal conflicts with other party members, or the failure to earn a place on their parties' ballot. Defining independent candidates and understanding their underlying motives is only the first step in explaining why independent candidates have stronger positions in some countries than in others*⁸³.

Na terminologia da ciência política norte-americana podemos inclusive observar uma sutil distinção entre os termos “*independent*” e “*non-partisan*”⁸⁴, sendo o primeiro mais usual aos casos em que meramente não há filiação formal partidária e o segundo nas situações em que efetivamente a atuação do partido político está excluída. Veja-se o caso do Poder Legislativo Estadual do Nebraska, nos Estados Unidos (*Nebraska State Legislature*) em que há vedação expressa de que seus membros atuem como representantes partidários (a filiação partidária é meramente informativa, sem qualquer efeito): nas cédulas constam apenas o nome dos candidatos e qualquer membro pode indicado para comissões e para a presidência da casa⁸⁵. Em

⁸³ Dawn BRANCATI, “Winning Alone: The Electoral Fate of Independent Candidates Worldwide”, *The Journal of Politics*, vol. 70, nº 3, julho de 2008, p. 650.

⁸⁴ Harold F. BASS Jr., *Historical Dictionary of the United States Political Parties*, 2ª ed, Lanham/Toronto/Plymouth, The Scarecrow Press, 2009, p. 222: “*non-partisan – a stance that disregards considerations of party politics*”.

⁸⁵ Vide Gerald C. WRIGHT, “State Parties Research: The Quest for Strong, Competitive State Parties” in L. Sandy MAISEL & Jeffrey M. BERRY (orgs.), *The Oxford Handbook of American Political Parties and Interest Groups*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 403-422: “*Only Minnesota (until the early 1970s) and Nebraska have elected their state legislators without party labels, but the reform has gained much wider footing in local elections. Research on effects of non-partisanship show that, indeed, the simple rule of removing party labels from general election ballots has major consequences for voting decisions (increasing the value of incumbency, decreasing voter turnout, weakening the policy ties between representatives and constituents)*”.

eleições presidenciais, há o caso de eleições sem vinculação partidária na Mongólia, Paquistão e Afeganistão em 2005.

Seja por uma ou por outra razão de cunho político, a candidatura avulsa é admitida juridicamente na imensa maioria dos países. A proibição de candidaturas sem filiação partidária é a exceção nos sistemas político-constitucionais da atualidade.

6. A RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E A POSSIBILIDADE DE CANDIDATURAS AVULSAS

A adoção de candidaturas avulsas no sistema constitucional brasileiro possui, aparentemente, um obstáculo no texto da Constituição de 1988. Em seu artigo 14, §3º, o texto constitucional estabelece as condições de elegibilidade e, dentre elas, destaca a filiação partidária (artigo 14, §3º, V). Não bastasse a exigência de filiação partidária expressa no texto constitucional, a Lei Eleitoral (Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997) teve o texto do seu artigo 11 alterado pela Lei nº 13.488, de 06 de outubro de 2017, com a inclusão de um novo parágrafo (§14) vedando expressamente as candidaturas avulsas:

Artigo 11, §14 da Lei nº 9.504/1997, com as alterações da Lei nº 13.488/2017: *“Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições.*

§14 - *É vedado o registro de candidatura avulsa, ainda que o requerente tenha filiação partidária”.*

No entanto, há dois importantes tratados internacionais de direitos humanos que proíbem que se estabeleça a filiação partidária como obstáculo à participação do cidadão na direção dos assuntos públicos, inclusive o direito de postular candidatura a cargos eletivos. O artigo 25 do Pacto Internacional

dos Direitos Civis e Políticos⁸⁶ e o artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)⁸⁷ são muito claros em assegurar o direito de todo cidadão participar da direção dos assuntos públicos, independentemente de filiação partidária:

Artigo 25 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: *“Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:*

a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;

b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país”.

Artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

“Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

⁸⁶ O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. O Pacto foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.

⁸⁷ A Convenção Americana de Direitos Humanos foi adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. A Convenção foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 27, de 25 de setembro de 1992 e promulgada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e

c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”.

Torna-se evidente que a legislação brasileira estabelece restrições ao direito de participação na vida pública que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil não admitem. A Convenção Americana de Direitos Humanos detalha, inclusive, algumas restrições que podem ser toleradas, como idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental ou condenação em processo penal, mas não inclui entre essas limitações à elegibilidade dos cidadãos a filiação a partido político.

Não se pode menosprezar a importância dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. A política de relações internacionais do Brasil se pauta desde a redemocratização pela adesão aos pactos internacionais de direitos humanos⁸⁸, conforme determina o artigo 4º, II da Constituição de 1988.

A Constituição de 1988, ainda, é expressa em afirmar que os direitos e garantias expressos em seu texto não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (artigo 5º, §2º)⁸⁹. Em

⁸⁸ Celso LAFER, *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*, Barueri, Manole, 2005, pp. 14-15.

⁸⁹ Para uma profunda análise do conteúdo e significado da concepção materialmente aberta de direitos fundamentais consagrada no artigo 5º, §2º da Constituição de 1988, vide, por todos, Ingo Wolfgang SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, 10ª ed, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, pp. 78-140. Vide, ainda, Flávia C. PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito*

complemento a este dispositivo, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, adicionou o §3º ao artigo 5º da Constituição, determinando que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos podem ser incorporados no mesmo nível hierárquico das normas constitucionais se aprovados em votações em dois turnos em cada casa legislativa, seguindo o mesmo quórum necessário para uma emenda à Constituição, ou seja, o de três quintos dos votos dos membros de cada casa legislativa.

A dúvida que poderia ser levantada diz respeito ao fato de que os tratados aqui mencionados, especialmente o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, foram incorporados ao nosso ordenamento antes da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, pela via do decreto legislativo, aprovado por maioria simples dos parlamentares, sem ter cumprido os requisitos de votação de emenda constitucional previstos no artigo 60, §2º da Constituição.

No entanto, a maior parte da doutrina brasileira entende que todos os tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil aderiu e foram devidamente recepcionados em nosso direito interno têm, por força do artigo 5º, §2º da Constituição, hierarquia de norma constitucional⁹⁰. Na explicação precisa de Celso Lafer:

Internacional Constitucional, 12ª ed, São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 103-110 e André Ramos TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed, São Paulo, Saraiva, 2017, pp. 412-417. Sobre a abertura da Constituição para o direito internacional dos direitos humanos, vide José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed, Coimbra, Livraria Almedina, 2004, pp. 369-370 e 403-407.

⁹⁰ José Afonso da SILVA, *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 178; Lenio Luiz STRECK, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, 3ª ed, São Paulo, RT, 2013, pp. 824-832; Flávia C. PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Internacional Constitucional cit.*, pp. 110-120; Celso LAFER, *A Internacionalização dos Direitos Humanos cit.*, pp. 15-18; Luiz Edson FACHIN & Melina Girardi FACHIN, "Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Prisão Cível do Depositário Infiel" in Maria Victoria de Mesquita BENEVIDES; Gilberto BERCOVICI & Claudineu de MELO (orgs.), *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 643-648; Leonardo Nemer Caldeira BRANT & Karina Marzano FRANCO, "Artigo 5º, Parágrafos 1º ao 3º" in Paulo BONAVIDES; Jorge MIRANDA & Walber de Moura AGRA (coords.), *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, pp. 332-333 e 337-338 e Valerio de Oliveira MAZZUOLI, "Art. 5º, §3º" in José Joaquim Gomes CANOTILHO; Gilmar Ferreira MENDES; Ingo Wolfgang SARLET & Lenio Luiz STRECK (coords.), *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013, pp. 520-

CB

“Explico-me observando que entendo, por força do §2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade”⁹¹.

523. Vide, ainda, Ingo Wolfgang SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais cit.*, pp. 119-137.

⁹¹ Celso LAFER, *A Internacionalização dos Direitos Humanos cit.*, pp. 17-18. No mesmo sentido, vide Flávia C. PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Internacional Constitucional cit.*, pp. 123-138. Para o debate sobre a concepção de bloco de constitucionalidade, vide Georges BURDEAU; Francis HAMON & Michel TROPER, *Droit Constitutionnel*, 24ª ed, Paris, L.G.D.J, 1995, p. 622; German J. Bidart CAMPOS, *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 260-267 e 399-401; José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, pp. 919-926 e José Carlos FRANCISCO, “Bloco de Constitucionalidade e Recepção dos Tratados Internacionais” in André Ramos TAVARES; Pedro LENZA & Pietro de Jesús Lora ALARCÓN (coords.), *Reforma do Judiciário: Analisada e Comentada – Emenda Constitucional 45/2004*, São Paulo, Método, 2005, pp. 99-105.

Não bastasse isto, um eventual conflito entre uma norma interna e uma norma internacional não pode deixar de levar em conta a necessidade de harmonização da proteção e garantia dos direitos fundamentais. Os próprios tratados internacionais ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro determinam que os Estados integrantes não podem utilizar normas internas como justificativa para a diminuição ou eliminação da maior garantia ou proteção oferecida pelo tratado⁹². Neste sentido, é clara a lição de Luiz Edson Fachin e de Melina Girardi Fachin:

*“Subscrevemos, por fim, manifestação da Corte Internacional em opinião consultiva n° 2 de 1982: ‘Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em pro do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob sua jurisdição’. Para além disso, resta apenas a teratologia jurídica”*⁹³.

Reforça este entendimento Lenio Luiz Streck:

“Em apertada síntese, é possível afirmar que, em tendo os tratados internacionais que tratam da proteção aos direitos humanos status de norma constitucional, prevalecem, a toda evidência, sobre texto legislativo infraconstitucional interno e até mesmo com relação ao texto constitucional brasileiro (exemplo disso é o Pacto de San José da Costa Rica, que inova a ordem constitucional – muito embora a posição em contrário assumida pelo Supremo Tribunal Federal, circunstância que não tem inibido a que juízes e

⁹² Cf. André de Carvalho RAMOS, “O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos” in Alberto do AMARAL Jr & Liliana Lyra JUBILUT (orgs.), *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 819-822. No mesmo sentido, vide Luiz Edson FACHIN & Melina Girardi FACHIN, “Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Prisão Cível do Depositário Infiel” *cit.*, p. 650.

⁹³ Luiz Edson FACHIN & Melina Girardi FACHIN, “Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Prisão Cível do Depositário Infiel” *cit.*, p.648.

tribunais rejeitem a possibilidade de prisão civil por dívidas!). Como se trata de normas que visam à proteção dos direitos humanos, eventuais conflitos devem ser sopesados e resolvidos em favor de uma posição que leve em conta exatamente uma interpretação que esteja em consonância com a doutrina dos direitos humanos. É preciso entender que os direitos previstos nos tratados internacionais somente podem ter o condão de aprimorar a proteção dos direitos humanos e jamais provocar retrocessos”⁹⁴.

Em suma, o eventual conflito existente entre a norma internacional prevista no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos e a norma interna prevista no artigo 14, §3º, V da Constituição, todas normas de mesma hierarquia constitucional, deve ser interpretado de acordo com a proteção e ampliação dos direitos fundamentais, não havendo justificativa para a manutenção da exigência de filiação partidária como requisito de elegibilidade e restringindo, assim, o direito dos cidadãos de participarem diretamente das decisões públicas e de acessarem os cargos eletivos.

7. CANDIDATURAS AVULSAS, SOBERANIA POPULAR E O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Fechando os olhos para a realidade constitucional, o pensamento jurídico positivista adotou as soluções constitucionais históricas do liberalismo como atemporais⁹⁵. A democracia não pode ser reduzida a um mero princípio constitucional. Como bem afirma Friedrich Müller, o Estado Constitucional foi conquistado no combate contra a falta do Estado de Direito e da democracia e este combate continua. Afinal, a democracia deve ser cumprida no cotidiano para a realização dos direitos fundamentais⁹⁶. A

⁹⁴ Lenio Luiz STRECK, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica cit.*, p. 830.

⁹⁵ Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editorial, 1969, p. 27.

⁹⁶ Friedrich MÜLLER, *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie: Elemente einer Verfassungstheorie VI*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 43-45 e 56.

democracia e a soberania popular pressupõem a titularidade do poder do Estado, cuja legitimação e decisão surgem do povo⁹⁷. A legitimidade da Constituição está vinculada ao povo e o povo é uma realidade concreta. Desta forma, a democracia não pode também ser entendida apenas como técnica de representação e de legislação, como mera técnica jurídica⁹⁸.

O problema fundamental por trás deste debate sobre o papel dos partidos políticos e sobre o direito de todos os cidadãos participarem diretamente da vida pública é a instauração de uma democracia de massas. Democracia de massas é uma democracia que deve ser entendida na forma e na substância, pois importa na emancipação política completa e na igualdade de direitos, incorporando todos os cidadãos ao Estado⁹⁹. Ou, nas palavras de Hermann Heller, na democracia de massas há uma completa identificação entre soberania estatal e soberania popular¹⁰⁰. E a soberania popular é o fundamento da nossa ordem constitucional democrática, como explicita o artigo 1º, parágrafo único da Constituição de 1988:

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A soberania popular implica na possibilidade de atuação dos cidadãos junto aos organismos de funcionamento do poder estatal, em qualquer das suas esferas. A participação política, por meio de representantes ou não, deve se tornar mais próxima do povo e de seus problemas concretos. A crise dos partidos políticos e sua estrutura de poder oligárquica contribuiu para a descrença e o afastamento dos cidadãos das discussões políticas e das

⁹⁷ Contra a redução da soberania a mero princípio constitucional, colocado, portanto, à disposição de parlamentares e juizes, vide a argumentação de Olivier BEAUD, *La Puissance de l'État cit.*, pp. 469-476, 479-482 e 490-491.

⁹⁸ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Demokratie als Verfassungsprinzip" in *Staat, Verfassung, Demokratie cit.*, pp. 297-301 e 311-315 e Friedrich MÜLLER, *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie cit.*, pp. 59-62.

⁹⁹ Para a crítica de Heller à interpretação positivista tradicional da soberania popular no texto constitucional de Weimar, vide Hermann HELLER, *Die Souveränität cit.*, pp. 97-99.

¹⁰⁰ "Staats und Volkssouveränität sind identifiziert" in Hermann HELLER, *Die Souveränität cit.*, p. 99. Para uma análise mais aprofundada sobre a concepção helleriana de soberania, vide Gilberto BERCOVICI, *Constituição e Estado de Exceção Permanente cit.*, pp. 118-122.

entidades representativas. As várias formas de organização social de interesses, como sindicatos e associações devem poder atuar mais decisivamente na formulação das políticas públicas. Nas palavras de Fábio Konder Comparato:

*“A verdadeira representação grupal deve ser estabelecida em bases totalmente diversas. As organizações de grupo não devem ser impostas pelo Estado, mas criadas pelos próprios interessados, livremente, sem estarem limitadas aos setores profissionais. Essas organizações podem e devem exercer uma atuação política, na defesa de seus interesses, desde a apresentação de candidatos a postos eletivos, com mandato obrigatório e sem vinculação partidária, até a participação institucional na elaboração legislativa, na regulação administrativa, nos planos governamentais e nos processos judiciais”*¹⁰¹.

Um dado ao qual nem sempre é dada a devida atenção pelos estudiosos do tema é o fato de que os partidos políticos exercem uma função de Estado extremamente importante: a escolha de quem será candidato¹⁰². A designação de candidatos é o momento crucial do processo eleitoral, não a emissão do voto. Afinal, é no momento prévio da formação das candidaturas que se verifica a verdadeira seleção daqueles que poderão ser votados pelos cidadãos. Os cidadãos não podem votar em quem eles quiserem, mas naqueles escolhidos previamente pelos partidos políticos.

¹⁰¹ Fábio Konder COMPARATO, “Por Que Não a Soberania dos Pobres?” in *Para Viver a Democracia*, São Paulo, Brasiliense, 1989, p. 78.

¹⁰² Sobre as implicações políticas dos processos partidários internos de escolha de candidatos, vide Reuven Y. HAZAN & Gideon RAHAT, *Democracy within Parties: Candidate Selection Methods and their Political Consequences*, Oxford, Oxford University Press, 2010. Sobre as tensões entre as expectativas dos filiados e os processos internos partidários, vide Russell J. DALTON & Martin P. WATTENBERG (orgs.), *Parties without Partisans: Political Change in Advanced Industrial Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2000, especialmente a introdução dos organizadores, “Unthinkable Democracy: Political Change in Advanced Industrial Democracies”, pp. 3-16 e o artigo de Susan E. SCARROW, Paul WEBB & David M. FARRELL, “From Social Integration to Electoral Contestation: The Changing Distribution of Power within Political Parties”, pp. 129-154.

Não por acaso, há quem considere a designação de candidatos como uma verdadeira atividade estatal desempenhada pelos partidos políticos¹⁰³. É neste sentido que, inspirando-se na conceituação de Georg Jellinek sobre os órgãos imediatos do Estado (“*unmittelbare Organe*”)¹⁰⁴, Gustav Radbruch entende os partidos políticos como órgãos de criação (“*Kreationsorgane*”), ou seja, órgãos cujos atos correspondem aos fundamentos materiais da ordem do Estado¹⁰⁵.

Não é possível que, em uma República fundada na soberania popular, a função soberana de designar quem será candidato a cargos eletivos continue a ser um monopólio exclusivo dos partidos políticos. É necessário a democratização do poder de indicação de quem pode ser elegível, sob pena de estruturarmos um sistema oligárquico disfarçado com vestes de democracia.

Para que a crise da democracia representativa possa ser superada, acreditamos ser necessária a abertura do sistema representativo e da estrutura político-administrativa à efetiva participação popular. Como defende Paulo Bonavides, a legitimidade precisa ser repolitizada, a soberania popular deve ser efetiva¹⁰⁶. A usurpação do poder constituinte do povo e a redução da esfera democrática, seja pelo critério da técnica, seja pelo critério da defesa contra majoritária, pelos órgãos administrativos e pelos tribunais, gerou o impasse atual de nosso pouco efetivo regime representativo. A devolução da soberania ao seu único e legítimo titular, o povo, significa alterar radicalmente a atual estrutura de poder¹⁰⁷, sendo essencial para a tão aguardada (e adiada) instauração da democracia e da república entre nós.

¹⁰³ Pietro VIRGA, *Diritto Costituzionale*, Palermo, G. Mori & Figli, 1950, pp. 170-175; José Horácio Meirelles TEIXEIRA, *A Reforma Constitucional, Político-Partidária e Eleitoral, e o Futuro da Democracia no Brasil*, São Paulo, RT, 1963, pp. 43-44 e Pier Luigi ZAMPETTI, *Dallo Stato Liberale allo Stato dei Partiti: La Rappresentanza Politica*, 3ª ed, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 113-133.

¹⁰⁴ Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, reimpr. da 3ª ed, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960, pp. 544-557.

¹⁰⁵ Gustav RADBRUCH, “Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts” *cit.*, pp. 290-291.

¹⁰⁶ Paulo BONAVIDES, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de Luta e Resistência, Por uma Nova Hermenêutica, Por uma Repolitização da Legitimidade*, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 11, 18-21 e, especialmente, 25-65.

¹⁰⁷ Vide Fábio Konder COMPARATO, “Por Que Não a Soberania dos Pobres?” *cit.*, pp. 61-82.

RESPOSTA

Diante da argumentação exposta, concluo:

1. A Constituição Federal de 1988 comporta, dentro de seu modelo de soberania, candidaturas independentes de partidos políticos?

Sim. É possível adotar no modelo de soberania popular estruturado pela Constituição de 1988 as candidaturas independentes de partidos políticos. A Constituição de 1988 comporta uma antinomia aparente entre a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade (artigo 14, §3º, V) e a ampla liberdade de participação nos assuntos públicos garantida pelos tratados internacionais de direitos humanos, particularmente o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ambos recepcionados com hierarquia constitucional, segundo o artigo 5º, §2º da Constituição.

O eventual conflito existente entre a norma internacional prevista no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos e a norma interna prevista no artigo 14, §3º, V da Constituição deve ser interpretado de acordo com a proteção e ampliação dos direitos fundamentais, não havendo justificativa para a manutenção da exigência de filiação partidária como requisito de elegibilidade e restringindo, assim, o direito dos cidadãos de participarem diretamente das decisões públicas e de acessarem os cargos eletivos.

2. É constitucionalmente possível que a sociedade civil organizada em associações, fundações, sindicatos, etc. capitalizem o poder popular e apresentem candidaturas avulsas?

Sim. A soberania popular é o fundamento da Constituição de 1988. Isto implica na possibilidade de atuação dos cidadãos junto aos organismos de funcionamento do poder estatal, em qualquer das suas esferas. A participação política, por meio de representantes ou não, deve se tornar mais próxima do povo e de seus problemas concretos. A crise dos partidos políticos e sua

estrutura de poder oligárquica contribuiu para a descrença e o afastamento dos cidadãos das discussões políticas e das entidades representativas. As várias formas de organização social de interesses, como sindicatos e associações devem poder atuar mais decisivamente na formulação das políticas públicas, inclusive com a adoção de candidaturas avulsas sem filiação partidária. Não é possível que, em uma República fundada na soberania popular, a função soberana de designar quem será candidato a cargos eletivos continue a ser monopólio exclusivo dos partidos políticos.

Este é o meu parecer.

São Paulo, 20 de agosto de 2018.



Gilberto Bercovici