

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A PROPORCIONALIDADE COMO MEIO DEMOCRÁTICO DE SOLUÇÃO DOS
PROBLEMAS DE AGÊNCIA POLÍTICA**

Nícolas Dourado Galves Alves

Presidente Prudente/SP

2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A PROPORCIONALIDADE COMO MEIO DEMOCRÁTICO DE SOLUÇÃO DOS
PROBLEMAS DE AGÊNCIA POLÍTICA**

Nícolas Dourado Galves Alves

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Fladimir Jerônimo Belinati Martins.

Presidente Prudente/SP

2018

A PROPORCIONALIDADE COMO MEIO DEMOCRÁTICO DE SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS DE AGÊNCIA POLÍTICA

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

Prof. Doutor Flademir Jeronimo Belinati Martins

Prof. Doutor Luis Fernando Nogueira

Prof. Mestre Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

Presidente Prudente/SP, 13/06/2018

Dedico este trabalho à minha mãe e
minha irmã, que o sentiram comigo.

AGRADECIMENTOS

Obrigado a todos aqueles que contribuíram para a realização deste trabalho. Direta e indiretamente, muitas mãos participaram destas folhas e nenhuma linha foi escrita sem a conjugação de forças.

Sob o aspecto pessoal, agradeço imensamente meu anjo, a minha mãe Angélica, aos anos vindouros está legada a colheita dos frutos semeados nestes meses, e será colheita farta e virtuosa. Obrigado por a tantos anos me acolher em seu coração. Passamos por muitas coisas juntos, e juntos estaremos quando da realização de nossos sonhos, meus e seus.

Obrigado minha irmã, meu querubim. Ao estar presente em minha vida e fazer-me companhia, cada conquista dura o dobro e é sentida ao cubo graças a tua singular presença no núcleo familiar que compartilhamos. O futuro lhe reserva grandes conquistas, e quando vierem estarei contigo também.

Sob o aspecto acadêmico, obrigado mestre Wellington pelos anos de convívio e estímulo científico os quais, aliás, tem nesta monografia um singelo exemplo da extensão que foi a tua presença. Sou extremamente grato pela condução inicial destas pesquisas e pelo sólido fornecimento doutrinário sobre as quais erigi as melhores partes deste trabalho.

Agradeço com especial atenção o professor doutor Flademir Jerônimo Belinati Martins por aceitar ser meu orientador, pela paciência e parcimônia dispensados para com minha pessoa, pela compreensão e generosidade ao transcorrer deste trabalho. Exemplo a ser seguido dentro e fora dos limites da academia, engrandece-me ter vosso nome em folhas que também comportam o meu.

Nessa toada e com imenso prazer, agradeço a presença enobrecedora dos professores Luis Fernando Nogueira e Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues, por terem, a uma, me ensinado tanto nas conversas que tivemos e, a duas, aceitado comporem a banca examinadora de minha monografia.

Agradeço a cada grupo de estudo e iniciação científica que participei ao longo do curso, por galgarem-me estágios mais acurados de meus rudimentos jurídicos; a base que me foi fornecida por meio do compartilhamento de informações nos encontros semanais serviu para solidificar um desejo de continuar a participar de desenvolvimentos científicos nos anos posteriores a este grado. Neste aspecto em particular da vertente acadêmica de minha vida, com inarrável orgulho coloco dois: os de Processo Civil e Filosofia, por terem todos sempre cedido tempo e conhecimento na feitura de tantos trabalhos científicos, inclusive este; honra-me tê-los em minha história.

RESUMO

O presente trabalho analisa o postulado normativo da proporcionalidade, especialmente sua última submáxima, enquanto solucionador democrático dos problemas de agência no setor político. Dá-se o nome de “relação de agência” a toda relação onde há a separação entre propriedade (pertencente ao principal) e gestão (exercida pelo agente) de determinado direito, e de “teoria da agência” o conjunto de estudos que visa eliminar, mitigar e catalogar os problemas inerentes à relação supramencionada. Ocorre que as observações gerais dessa teoria amoldam-se perfeitamente à política, já que na sociedade encontramos um sujeito detentor de direitos (representado) que delega sua gestão para um agente supostamente mais eficaz (representante); como solução própria da teoria da agência aplicada ao setor político oferecida pela doutrina temos as “condutas base”, descritas por Mitnick como comportamentos retirados da interpretação do texto constitucional (que expressa um respectivo contrato social) correspondendo a substitutos dos comportamentos aviltantes à representação, agindo o representante motivado por interesses escusos em desfavor à sociedade. A relação de representação merece destaque, já que possui um trato especial, sendo que o melhor conceito de representação é descrito por Pitkin como sendo a *acting for*, ou seja, o que viola a representação é a conduta do representante, devendo esta ser controlada na exata medida da vontade popular naquele momento determinado. Como alternativa de escolha frente a concorrência de comportamentos base surge a proporcionalidade, cuja natureza de postulado normativo a torna apta e indicada justamente para esses tipos de casos, dividindo-se em três submáximas de aplicação sequencial e eliminatória: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras possuem conteúdos bem delineados, a última, entretanto, é objeto de forte divergência e, enquanto fronteira final para a escolha de uma conduta base capaz de substituir de forma legítima o comportamento ilegitimamente praticado pelo representante, é ideal para a conciliação um método ponderativo capaz de aliar em sua técnica o conteúdo deduzido pela ciência política acerca do conteúdo da legítima representação política. Conclui-se que o melhor modelo ponderativo é aquele que une uma valoração popular inicial das condutas bases possíveis e conflitantes, haurindo-se da legitimidade representativa política, e, após essa valoração inicial, um austero desenvolvimento matemático, garantindo segurança ao ponderar, de modo a não manipular a valoração inicial.

Palavras-chave: Teoria da agência. Conceito de representação. Proporcionalidade. Ponderação.

ABSTRACT

This paper analyzes the normative postulate of proportionality, especially its last submaximal, as a democratic solver of the problems of agency in the political sector. It is called the "agency relationship" to any relation where there is a separation between ownership (belonging to the principal) and management (exercised by the agent) of a given right, and "agency theory" , to mitigate and catalog the problems inherent in the aforementioned relationship. It happens that the general observations of this theory conform perfectly to the politics, since in the society we find a subject that holds rights (represented) that delegates its management to a supposedly more effective agent (representative); as a solution of the agency theory applied to the political sector offered by the doctrine, we have the "basic conduct", described by Mitnick as behaviors taken from the interpretation of the constitutional text (which expresses a respective social contract) corresponding to substitutes for demeaning behaviors to representation, acting the representative motivated by disguised interests in detriment to society. The relation of representation deserves to be highlighted, since it has a special treatment, and the best concept of representation is described by Pitkin as acting for, that is, what violates the representation is the conduct of the representative, and it must be controlled in measure of the popular will at that particular moment. As an alternative to choose against the competition of basic behaviors, proportionality arises, whose nature of normative postulate makes it apt and indicated precisely for these types of cases, being divided in three sub-maximal of sequential and eliminatory application: adequacy, necessity and proportionality in sense strict. The latter two have well-delineated contents, the latter, however, is the object of strong divergence and, as the final frontier for the choice of a base conduct capable of legitimately replacing the illegitimate behavior practiced by the representative, it is ideal to conciliate a method which is capable of allying in his technique the content deduced by political science from the content of legitimate political representation. It is concluded that the best weighting model is one that unites an initial popular valuation of possible and conflicting bases, drawing from representative political legitimacy, and, after this initial assessment, an austere mathematical development, guaranteeing security by weighing not to manipulate the initial valuation.

Key-words: Agency theory. Concept of representation. Proportionality. Weighting.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 TEORIA DA AGÊNCIA.....	10
2.1 Origem e Problemas Essenciais	10
2.2 A Teoria da Agência e o Mandato Público	16
3 REPRESENTA A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA?	20
3.1 Democracia Direta	23
3.2 Governança Representativa	24
3.2.1 Teorias da representação	25
4 POR UM CONTROLE DEMOCRÁTICO	36
5 DA PROPORCIONALIDADE À PONDERAÇÃO	38
5.1 A Definição de Norma e Suas Subdivisões	38
5.2 A Proporcionalidade Enquanto Postulado Normativo	40
5.2.1 Retrospecto histórico da proporcionalidade	42
5.2.2 O atual modelo proporcional e suas fases interpretativas	43
5.3 A Ponderação Para Alexy	45
5.3.1 A estrutura da ponderação.....	46
5.3.1.1 As fórmulas peso	47
5.3.2 A influência da argumentação jurídica na estrutura da ponderação	50
5.4 A Ponderação Para Habermas	51
5.4.1 A resposta de Alexy	54
5.5 Por Uma Fórmula Peso Mais Democrática	54
6 CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIA.....	60

1 INTRODUÇÃO

O escopo fundamental que guiou a elaboração da presente monografia foi a vontade de contribuir para a solução dos problemas de agência no setor político da sociedade com um método que fosse a um só tempo seguro, legítimo e que observasse os pressupostos que consubstanciam a democracia política.

Visando tal objetivo, encontrou-se nas submáximas da proporcionalidade, mais precisamente a ponderação, o ambiente ideal que possibilitasse a conjugação dessas vontades.

Para tanto, o trabalho foi estruturado de modo a passar, num primeiro momento, pelos pontos principais do debate que se pretende inserir, fincando, conforme se avança na construção do panorama de sua aplicação, critérios e pressupostos os quais necessariamente deverão ser observados na estruturação de um método de controle dos atos que reflitam algum grave problema de agência política. Fincados os critérios e pressupostos, buscou-se esmiuçar a proporcionalidade e suas submáximas, dispensando especial atenção para a ponderação que, dada a magnitude de divergências entorno de seu conteúdo, pretendeu-se estrutura-la de modo a observar os critérios até então delineados.

O capítulo imediatamente posterior à introdução trata da definição da teoria da agência e seus principais problemas, bem como dirimir eventuais divergências quanto o tratamento destes e inseri-la no campo das ciências políticas, observando as soluções apresentadas por seus teóricos (com atenção às “condutas base” defendidas por Barry Mitnick).

No terceiro capítulo foram tratados os conceitos e pressupostos mínimos que toda e qualquer medida que no setor político pretenda carregar o adjetivo “democrático” deve seguir, especificando, para tanto, o núcleo duro do que se considera “democracia”, terminando por concluir tratar-se de uma norma procedimental ampla, comportando subespécies democráticas que completam materialmente seu sentido, carregando cada uma dessas subespécies pressupostos próprios, dando-se maior atenção à democracia do tipo representativa, já que é o modelo nacionalmente adotado.

A partir do quinto capítulo adentramos na segunda fase do trabalho, que é a análise detida da proporcionalidade, delimitando tanto sua natureza normativa quanto seu território de aplicação, bem como descrever o conteúdo de cada uma de suas submáximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (nomeada ponderação nas obras de Robert Alexy).

No que tange a submáxima da ponderação, pretendeu-se uma análise conjunta da ótica de dois dos mais expoentes autores que dela trataram: Jürgen Habermas e Robert Alexy. Ambos possuem visões opostas e dividem críticas entre si, sendo o primeiro adepto de uma solução que passa pelo veio democrático da maioria como sustentação hermenêutica da decisão, enquanto que o segundo presa por um nível de segurança e imparcialidade que somente a matemática poderia lhe socorrer; não obstante as recíprocas críticas, o trabalho encontrou como solução democrática para os problemas de agência inseridos no setor político a união de ambas as teorias, sob o argumento de que ambas não precisam ser absolutas separadamente, mas corresponder a fases diferentes de uma mesma técnica que agregue a legitimidade hermenêutica e a segurança matemática.

Pode-se extrair do panorama até aqui apresentado que a metodologia utilizada para a pesquisa e desenvolvimento do tema foi a dedutiva, visto que se pretende sair de análises amplas (sobre os problemas de agência e os pressupostos da democracia) para chegar em uma conclusão em particular (de que a ponderação é o ambiente adequado para sanar o empate de diversas condutas bases produzidas pela exegese constitucional); entretanto, pode-se notar no desenvolver do trabalho a utilização também do método dialético, uma vez que se pretendeu a união de conceitos e teorias tratadas como opostas e que rivalizam entre si mas que, quando expostas a uma análise mais pormenorizada, veem-se como possíveis integrantes de um mesmo plano, podendo, se tratadas da maneira correta, auxiliar uma na persecução do objetivo da outra.

2 TEORIA DA AGÊNCIA

Dizemos que estamos diante de uma relação de agência quando observamos uma partição entre o detentor da propriedade e o responsável por sua gestão, compondo a gerência de determinados direitos no par representante (ou agente) e representado (ou principal). Tais núcleos desenvolvem entre si uma relação de subordinação, sendo o agente, em regra, alguém dotado de perícias específicas para a boa administração do direito, as quais o principal é despreparado, devendo aquele, assim, exercê-las como se principal fosse, tomando decisões consonantes ao interesse material e moral do sujeito contratante.

A teoria da agência, contudo, não trata das relações de agência, mas do seu desenvolvimento vicioso.

Evidente que a pluralidade e autonomia humana são empecilhos quando se pretende a substituição ficta de sujeitos, ocupando-se a teoria em apreço em identificar os problemas essenciais decorrentes dessa interação e traçar hipóteses para eliminar ou minimizar seus efeitos. Delimita o tema Eisenhardt (1989, p. 59): “overall, the domain of agency theory is relationships that mirror the basic agency structure of a principal and an agent who are engaged in cooperative behavior, but have differing goals and differing attitudes toward risk”¹.

Antes, porém, de quaisquer outras observações, seria forçoso traçarmos um desenvolvimento sobre suas influências no setor político e teorizar soluções democráticas sem um olhar mais pormenorizado acerca da origem e considerações que traça a teoria da agência sobre os problemas inatos às relações de representação.

2.1 Origem e Problemas Essenciais

¹ “No geral, o domínio da teoria da agência é o relacionamento que reflete a estrutura básica da agência de um principal e um agente que estão engajados em um comportamento cooperativo, mas têm diferentes objetivos e diferentes atitudes em relação ao risco” (tradução nossa)

A preocupação em prevenir os riscos de uma relação de representação desde muito esteve presente em discussões acadêmicas², mas foi durante os anos 1960 e, sobretudo, 1970 que a literatura econômica e administrativa norte-americana passou a explorar a diferença de posturas ante o compartilhamento de riscos como imanente entre os indivíduos ou grupos inseridos numa relação de agência, diferenças estas derivadas de conflitos acerca dos objetivos do trabalho (muitas vezes resguardando interesses individuais, mas correlacionados ao contrato firmado)³.

O diferente compartilhamento de riscos e a busca por interesses individuais traduzem-se, em aspectos práticos, na assimetria de informação (*information asymmetry*), paradigma dos problemas principal-agente. Cunha (2011, p. 171) bem define a questão da assimetria, observando que:

[...] especialmente quando os principais não confiam nos agentes e nas informações por eles prestadas, podem acabar por tomar as decisões erradas. Se os agentes têm por hábito prestar informações falsas, exageradas, pretendendo a aprovação de determinadas medidas que sirvam os seus interesses próprios, a má informação expulsa a boa, como a má moeda expulsa a boa. Os principais não sabem em que informação confiar e por isso podem tomar más decisões.

O ponto de relevo da assimetria de informação está justamente na posição de quem as presta, ou seja, o agente, o subordinado; o controle e as decisões finais, embora a vivência e a expertise sobre o tema estejam legadas ao agente, cabem ao principal. Todo veredito que almeje confiabilidade deve ser precedido de instrução, nas relações de agência não é diferente, vez que o principal depende das informações prestadas por seu subordinado para direcionar a condução de seus direitos; ante a má informação, o agente produz artificial e unilateralmente uma maleabilidade de suas esferas de atuação, amealhando para si mais poder ou menos

² Segundo Eisenhardt (1989, p. 63), temos exposições organizadas sobre esta discussão em específico desde os trabalhos de Chester Barnard em 1938.

³ Michael C. Jensen e William H. Meckling (1976) foram os primeiros a introduzir o conflito de interesses individuais (porém ligados ao contrato previamente estabelecido) como um dos fatores de diferença ante o compartilhamento de riscos. Um exemplo de busca de interesse individual ligado ao contrato pré-estabelecido é a exigência por parte do agente de benefícios antes não previstos pelo principal para a plena execução de suas perícias, concretizando as pretensões do principal; Jensen e Meckling (1976, p. 308) apresentam esses “benefícios suplementares” (*bonding expenditures*) como integrantes dos “custos de agência”, também compostos dos “custos para monitoramento” (*monitoring expenditures*) e a “perda residual” no caso das perícias do agente não corresponderem ao intento de lucro inicial do principal (*residual loss*).

responsabilidades do que aquelas previamente estabelecidas quando da formação do contrato original⁴.

A existência da *information asymmetry* nessas relações tem como consequência os vícios essenciais, os “problemas de agência”, reduzidos pela doutrina majoritária em substancialmente dois: a seleção adversa (*adverse selection*) e o risco moral (*moral hazard*).

O *moral hazard* consiste no emprego, por parte do agente, de esforços abaixo daqueles avençados para a concretização do contrato, furtando-se de sua carga de responsabilidades, provocando, assim, uma desequilibrada divisão de riscos entre ele e o principal⁵. Não raro, essa falta no cumprimento dos encargos contratuais é acompanhada da persecução de interesses próprios do agente e alheios aos do principal; exemplo clássico desse desvio é o caso de um cientista (agente) que, ao ser contratado por um grande empresário (principal), utiliza-se do aparato do empreendedor para promover pesquisas pessoais, sendo que estas não podem ser detectadas pelo empregador, dada a complexidade da pesquisa cujo encargo se atribuiu ao cientista, dependendo das informações prestadas por este para compreender os trabalhos por ele promovidos.

Arrow (1985, p. 38), nessa toada, faz interessante retrospecto quanto a origem da nomenclatura “risco moral”, a qual deriva do direito securitário norte-americano, sendo designada para definir a predisposição que seguros contra incêndio possuem de abrandar cuidados preventivos, ou até dá-los causa, dada a existência do prêmio. Temos que o risco antes compartilhado entre o segurado e a seguradora de evitar o incêndio cinde-se, passando a parte equivalente do segurado à seguradora⁶.

De outra volta, a *adverse selection* compreende uma assimetria de informações não propriamente sobre o transcorrer do trabalho, mas antes, quando da

⁴ Traça-se aqui um paralelo com os custos de agência, visto que “essa superioridade do agente frente ao principal pode induzir à busca por benefícios adicionais por parte do primeiro” (FONTES FILHO, 2004, p. 36).

⁵ “O risco moral refere-se à falta de esforço por parte do agente. O argumento aqui é que o agente simplesmente não pode apresentar o esforço acordado. Ou seja, o agente está fugindo” (EISENHARDT, 1986, p. 61).

⁶ Temos que a própria existência da possibilidade de auferir alguma vantagem decorrente do seguro de incêndio diminui os incentivos para cautela e até cria incentivos para incêndios criminosos; esta é a origem do termo risco moral (ARROW, 1985, p. 38).

escolha do agente, que coloca capacidades inexistentes unicamente para adequar-se ao modelo visado pelo principal que necessita da gerência de seu direito, capacidades estas que podem influir na persecução dos resultados pretendidos, terminando com mais um desequilíbrio da distribuição de riscos. Por exemplo, determinado agente diz ser dotado de treinamento e sensibilidade suficiente para coordenar determinado setor, sendo incapaz de conduzir o mesmo⁷.

O termo também deriva do direito securitário (ARROW, 1985, p. 38), tratando de indivíduos os quais, por razões diversas, possuíam um contato maior com eventos capazes de gerar o resultado morte, mas omitiam tal informação aos seguradores ao mesmo tempo em que contratavam apólices de valores maiores, desequilibrando a relação de risco e valor das seguradoras (já que, na lógica norte-americana, o prêmio deve ser tanto maior quanto menor a possibilidade do evento morte, e menor quanto maior for esta possibilidade)⁸; observa-se aí a omissão de qualidade possuída pelo segurado que o torna impróprio de atender os interesses da seguradora, mas ainda assim o faz para suprir interesses próprios, sendo escolhido para uma categoria adversa daquela que realmente pertence.

A base até aqui delineada constitui uma espécie de estrutura geral da teoria da agência, cabendo ressaltar que o tratamento dispensado ao conteúdo abordado cinge-se em duas escolas, as quais promovem diferentes desenvolvimentos e soluções aos *agency problems*: positivista e principal-agente. A importância desse parêntese está em estabelecermos os critérios que darão suporte à escolha do método de solução dos problemas de agência oferecido pelo trabalho.

A teoria da agência dita positivista é reconhecida pelo baixo rigor matemático em suas apreciações e, principalmente (sendo esta a razão para o baixo rigor matemático), por centrar suas análises antes nos mecanismos de governança

⁷ A seleção adversa refere-se à deturpação de habilidade pelo agente. O argumento aqui é que o agente pode alegar ter certas perícias ou habilidades quando ele ou ela é contratado. A seleção adversa surge porque o principal não pode verificar completamente essas perícias ou habilidades no momento da contratação ou enquanto o agente está trabalhando (EISENHARDT, 1986, p. 61).

⁸ O problema da seleção adversa foi originalmente observado no seguro de vários tipos. No caso do seguro de vida, por exemplo, alguns têm uma probabilidade maior do que os outros de morrer jovem. Em pelo menos alguns casos, o segurado tem melhor conhecimento dessa probabilidade do que a seguradora, que é incapaz de se diferenciar. Se o mesmo prêmio for cobrado de todos, os indivíduos de alto risco comprarão mais seguros e os de baixo risco menos. Isto levará a uma alocação ineficiente de risco (ARROW, 1985, p. 38).

necessários para a mitigação dos problemas de agência do que estes em si, traçando práticas capazes de evitar o oportunismo do agente⁹.

Sobre isso, como ensina Eisenhart (1989, p. 59-60), duas proposições guiam este vetor: a primeira consiste em estabelecer que contratos baseados no resultado inibem o oportunismo do agente ante o principal, haja vista o emparelhamento de interesses; a segunda afirma que, tendo o principal informações para verificar o comportamento do agente, este tende a cumprir os desígnios daquele. Ademais, este vetor também explora a propriedade que têm os bônus de produtividade em evitar os desvios, já que, para auferi-los, deve o agente possuir a expertise necessária para realizar os interesses do principal (evitando a seleção adversa) e efetivamente utiliza-la (prevenindo o risco moral).

Como segundo vetor, temos a teoria da agência principal-agente (*principal-agent*), marcada pelo rigor matemático¹⁰ e pela preocupação em traçar ideais que guiem a formação de um contrato capaz de evitar os problemas de agência¹¹, tendo, pois, como o próprio nome deixa transparecer, desenvolvimentos teóricos mais genéricos.

Diferente da corrente positivista e em razão de seu caráter abrangente, não podemos facilmente reduzir as proposições da corrente principal-agente, sendo mais produtivo destacar suas principais contribuições: a importância da informação (em especial os custos específicos para a vigia do agente) e o encargo natural do risco. Segundo esta teoria, o desequilíbrio do risco não é independente; ao contrário, pende naturalmente para o principal, devendo este desenvolver métodos (muitos

⁹ A pesquisa positivista é menos matemática do que a pesquisa do agente principal. Do ponto de vista teórico, a corrente positivista tem estado mais preocupada em descrever os mecanismos de governança que resolvem o problema da agência. (EISENHARDT, 1989, p. 59).

¹⁰ O “rigor matemático” significa a existência de um “fechamento lógico” e a possibilidade de provas empíricas para aferir seus resultados; busca-se nas fórmulas a segurança que somente a matemática pode oferecer. Segundo Mitnick (1992, p. 80), esse rigor matemático tanto a torna a corrente mais própria para o uso na teoria econômica quanto a deixa menos aberta para interagir com outras disciplinas.

¹¹ O foco da literatura *principal-agent* está na determinação do contrato ótimo entre o principal e o agente (EISENHARDT, 1989, p. 60). Merece destaque a exposição da autora do argumento desta teoria para a motivação da aversão do risco pelo agente, uma das principais contribuições dessa teoria no campo da agência; segundo ela, o argumento por trás de um agente mais avesso ao risco é que os agentes, que são incapazes de diversificar seu emprego, devem ser avessos ao risco e os diretores, que são capazes de diversificar seus investimentos, devem ser neutros ao risco. (EISENHARDT, 1989, p. 60-61). Tal análise, embora consonante às investigações de cunho econômico e administrativo, é incompatível com o presente estudo, que, embora adote a vertente *principal-agency*, não seguirá esta orientação.

deles custosos) para restabelecer o equilíbrio original. A explicação para este cenário (de cunho econômico) é que o agente não pode diversificar a agência na mesma proporção que os principais diversificam seus empreendimentos agenciados, necessitando, por um raciocínio esquizofrênico, ou reduzir seus encargos, ou ter mais poder de gestão.

Por esta breve análise das escolas integrantes da *agency theory*, podemos concluir que a teoria positivista consiste em análises melhor tomadas quando da constância do contrato, enquanto que a teoria principal-agente é melhor aplicada antes de correr o contrato, projetando princípios para uma elaboração e interpretação segura deste. Embora a proposta deste trabalho enseje um mecanismo de controle que vise tratar medidas evitadas de vício na constância da gerência, compondo um aspecto típico da teoria positivista, é importante ressaltar que as principais críticas direcionadas à teoria da agência centram-se justamente na vertente positivista.

As críticas mais comuns acerca da teoria da agência são de que a mesma é minimalista (dada a extenuante discussão envolvendo a catalogação de contratos de resultado ou de comportamento), de modo que foca em análises envolvendo apenas um dos polos da relação (o agente). Além disso, apontam como sendo ingênua a solução da atribuição de bônus de resultado, visto que o mesmo pode falsear os resultados tal qual falseia as informações suas e de sua gerência.

Evidente que tais críticas não poderiam ser direcionadas à corrente *principal-agent*, a qual, por ter um enfoque amplo, não se centra nessas discussões “minimalistas” (que terminam por atribuir o contrato de resultados como o melhor em todas as hipóteses), e, ainda, desconsidera a atribuição de bônus de produtividade por considera-lo ineficiente ante a assimetria de informação, que deve ser a maior preocupação em toda e qualquer hipótese.

Entretanto, é pertinente a observação de Eisenhardt (1989, p. 60) de que essas diferenças, ressalvadas as críticas, não são cruciais, compondo duas correntes complementares, tendo a positivista identificado diversas alternativas contratuais, enquanto que a principal-agente cuida de escolher (ante várias opções, não apenas o de resultado) o melhor contrato e interpretação deste ante os diferentes níveis de

incerteza de resultados, aversão ao risco, confiabilidade da informação, dentre outras variáveis.

Seguindo essa diretiva, podemos, sob o prisma da teoria da agência, solucionar os problemas de risco moral e seleção adversa numa escala geral e baseada em princípios norteadores, tal qual a teoria principal-agente, mas no âmbito próprio da teoria positivista, ou seja, na constância da agência, enquanto medidas de governança. Com esta configuração, podemos mitigar a incidência das críticas direcionadas à teoria como um todo, já que nos valem das premissas da vertente menos criticada no âmbito de atuação da teoria mais depreciada.

Todavia, a estrutura da agência até agora explanada guarda ainda estreita ligação com suas raízes econômicas, sendo necessário antes de prosseguir demonstrar sua ligação com as ciências políticas.

2.2 A Teoria da Agência e o Mandato Público

Como exarado, a teoria da agência tem como domínio todo direito com gestão e propriedade distintas, sendo que o principal e o agente que conformam esse direito engajam-se em um comportamento cooperativo, possuindo, entretanto, propósitos e atitudes dissonantes frente o risco. Com este parâmetro geral, podemos transcender a análise original voltada ao setor privado e estabelecer um paralelo entre a relação exercida pelo principal e agente na teoria da agência e o mandato público, a qual, ainda que exercida conforme uma saudável relação democrática, pode apresentar os mesmos problemas e observações acima relatados.

Tal alinhamento entre a teoria da agência e o mandato público não é novo, existindo inclusive em teóricos imersos na própria teoria da agência, como é o caso de Barry Mitnick, o primeiro a projetar, em 1984, essa dupla simetria entre governante e governado como, respectivamente, agente e principal.

Por uma abordagem originária, temos que os cargos políticos surgem como expressão do contrato social firmado entre cidadão e governante quando em sociedades numerosas. Tal contrato expressa-se na Magna Carta que guia essa

determinada sociedade, estabelecendo ela, também, os direitos fundamentais que cada cidadão é dotado, sendo o governante responsável por traduzir tais direitos em realidade (quer pela ação, quer pela omissão)¹².

Os representantes (expressos em nosso sistema como pertencentes ao legislativo e ao executivo), quando eivados dos *agency problems*, atuariam não como representantes dos interesses sociais firmados frente o contrato social que os guia; ao contrário, valer-se-ia de suas funções constitucionais como uma “chave” para sua reeleição, reduzindo, por exemplo, a capacidade de ingressar no pleito ao congresso. Tal atuação, compara Mitnick (1984, p.47), equivaleria a de um advogado que interpretaria a norma de modo a adequá-la por completo a seus interesses.

Assim, se considerarmos que os direitos sociais tiveram sua gestão partida quando da confecção de um contrato social, teremos que seu detentor é o povo, ocupando este o papel de principal, o qual delega ao governante a capacidade de gestão e conformação desses direitos em realidade para o povo governado. A partir desse emparelhamento entre povo-principal e governante-agente, podemos também observar o desenvolvimento dos problemas de agência conforme se desenrola a gestão deste ante aquele; como exemplo de atitudes e propósitos diferentes do governante frente o risco compartilhado durante sua gestão (eximindo-se das consequências, tal qual a *moral hazard*), aponta Cunha (2011, p. 374) que:

[...] os agentes políticos têm o poder de tomar decisões ou passar leis que nunca os afectarão directamente por mais injustas que sejam, e estão muitas vezes protegidos por *golden parachutes* e sabem que, caso as coisas corram muito mal, eles dificilmente serão afectados, de forma severa.

Quanto ao problema da seleção adversa interpretada frente ao mandato público, podemos ressaltar a escolha extremamente difícil que é para o cidadão sopesar a capacidade de determinado candidato para assumir a governança de seus direitos fundamentais quando este não sabe propriamente quais serão suas atitudes,

¹² Quanto isso, uma breve explanação sobre a atuação dos representantes do Estado frente o conteúdo dos direitos fundamentais, já que, pela classificação de Ingo Sarlet (2012, p. 261-280), podemos dividir os direitos fundamentais como defensivos ou prestacionais; defensivos quando são dados ao cidadão como proteção ao poder de controle estatal (herdados desde a Revolução Francesa), e prestacionais quando cobrados do Estado para a boa qualidade da vida dos governados (em evidência principalmente após a Constituição Mexicana de 1918).

mesmo frente a uma reeleição, haja vista a variabilidade do sistema político-econômico, podendo o primeiro mandato ser exercido num contexto de prosperidade econômica e o segundo num contexto de crise, ou o contrário. Não há como saber como será a atuação de um governante em cenários tão distintos, especialmente considerando a duração de um mandato (geralmente de quatro anos, tempo suficiente para uma recuperação econômica ou aprofundamento de crise, a depender da gestão).

Mitnick aponta algumas soluções para os problemas de agência exercidos pelo representante político, tendo como base deste controle a atribuição de um comportamento base (“*performance standart*”, traçado de acordo com o mandamento constitucional) e a permissão de uma atuação elástica do representante frente esse comportamento; quando as possibilidades de atuação extrapolarem o aceitável, esta permissão é revogada e entraria em cena um “substituto” ao legislador, que agiria naquela situação de controle estritamente conforme o “comportamento base” anteriormente traçado¹³. *In verbis*:

[...] it is evident that adverse selection can be addressed through behavior control, since it requires observability of behavior by definition. Moral hazard (and blind trusteeship) may be addressed through outcome control. In either case, surrogates may be used: measures may be devised as indicators of behaviors, and measurement of certain outcomes may serve themselves as surrogates.¹⁴ (MITNICK, 1984, p. 26-27)

Além da proposta de Mitnick, podemos também encontrar soluções para evitar tais problemas durante o mandato político já previstas pela teoria da agência, como o controle e a fiscalização interna exercida, *mutatis mutandis*, por órgão diversos, como, *v.g.*, a Controladoria Geral da União.

¹³ Outra opção dada por Mitnick seria a criação de “normas fiduciárias”, que seriam normas responsáveis por guiar a produção de outras normas. Este parâmetro não será desenvolvido neste trabalho, já que o que aqui se propõe é a atribuição da proporcionalidade como norma de controle, vindo num estágio posterior à produção legislativa.

¹⁴ “[...] é evidente que essa seleção adversa pode ser tratada por meio de controles do comportamento, uma vez que requer a observação do comportamento por definição. O risco moral (e o depósito de confiança cego) pode ser resolvido por meio do controle externo. Em ambos os casos, substitutos podem ser utilizados: medidas podem ser divididas como indicadores de comportamento, e a mensuração de certos resultados podem servir como substitutos” (tradução nossa)

A questão dos “*performance standart*” elaborados por Mitnick constitui uma boa base para a formação de um modelo pelo qual se pode medir o desvio de determinado agente, modelo este que propicia considerações eminentemente práticas, mensurando e avaliando os resultados para o (interesse) público diretamente, ou mensurando certos comportamentos que são substitutos ao considerarmos o (interesse) público (MITNICK, 1984, p. 27). Não obstante seus méritos, essa técnica esbarra em uma dificuldade: a dependência do texto constitucional, que pode prejudicar a formação de um comportamento base capaz de guiar a atuação do governante eleito se passível de interpretações abrangentes demais. Embora seja um empecilho a exegese exagerada do texto constitucional (permitindo manipulações que comportem um comportamento base capaz de suportar os desvios do agente político), tal realidade não anula a capacidade de formação desse “*performance standart*”, sendo necessário, nessa hipótese, um método de escolha do conteúdo do comportamento base.

Antes de tratar dos métodos de escolha ante a pluralidade de comportamentos base, cabe um esboço acerca do ambiente teórico onde o mesmo se desenvolverá, devendo necessariamente respeitar as regras fulcra que o compõe. Como tratamos dos problemas de agência política, o campo teórico de desenvolvimento é a democracia.

3 REPRESENTA A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA?

Antes de tudo, a democracia é uma forma política de poder, sendo política a forma de organização de opiniões opostas¹⁵. Sobre a classificação das formas políticas de poder, a mais clássica e propagada continua sendo a classificação aristotélica, dividindo-se em duas esferas comunicantes: forma de poder e regime político; este analisa a pluralidade na interação governante-governado, subdividindo-se em poder nas mãos de um (monarquia), de poucos (oligarquia) ou de muitos (democracia), enquanto aquela observa o esteio moral que orienta as decisões políticas, sendo bom (virtuoso) ou mal (vicioso)¹⁶.

Irrelevante para onde penda a motivação, todo governo democrático para ser assim classificado necessita do cumprimento de outros critérios fora o numérico apontado por Aristóteles. Diversos teóricos se propuseram a especificar um conteúdo mínimo, porém sólido, daquilo que necessita ter um governo democraticamente orientado; determinados conceitos, resultantes de classificações as quais ignoraram as regras basilares desse processo de confecção, sofrem em determinados pontos, quer se alongando demasiadamente (terminando por atribuir requisitos que não correspondem a este núcleo duro) quer ignorando as subdivisões que este conteúdo geral pode apresentar¹⁷. Tomando por base tais máculas e sendo necessário este enfrentamento inicial tanto para situar o ambiente de aplicação de uma solução democrática dos problemas de agência política quanto evitar os nefastos efeitos do “vazio valorativo”¹⁸, optou-se neste trabalho pela sobriedade conceitual de

¹⁵ Sobre isso, sobressai-se a definição geral de política para Hanna Arendt: “a política trata da convivência entre diferentes. Os homens se organizam politicamente para certas coisas em comum, essenciais num caos absoluto, ou a partir do caos absoluto das diferenças” (ARENDR, 2007, P. 21).

¹⁶ Dessa interação brotam seis governos, sendo as possibilidades daqueles de cunho democrático o regime constitucional (orientado pela virtude do bem comum) e o demagógico (onde o bem comum é mascarado por promessas setorizadas).

¹⁷ As citadas regras de confecção levadas em consideração neste trabalho foram traçadas por Lauth (2013, p. 117-118), separando-as em: abstração (devem ser atemporais), modularização (as concepções abstratas devem ser exemplificáveis institucionalmente), construção (união das outras duas, observada a coerência – não podem se valer da condição abstrata para amoldar forçosamente – e parcimônia – valer-se apenas de parte da instituição, e não de sua completude), inerência (separar os fatores inerentes de uma democracia daqueles que meramente agregam qualidade a uma já constituída) e estreitamento conceitual (evitar o alargamento do conteúdo).

¹⁸ O “vazio valorativo”, *Wertfreiheit*, pode ser separado em vários níveis (ou melhor: graus de distanciamento entre conjunto e seu conteúdo), sendo sua destinação originária a necessidade de separar o significativo do significado (ou seja, destituindo o primeiro de análise valorativa), assegurando maior pureza na conclusão. A necessidade de burlar esse método na teoria democrática é imperiosa, a uma, por ser o *homo politicus* dotado de uma “necessidade intelectual de interpretar as estruturas que edifica, em termos que satisfaçam sua razão, bem como a necessidade moral de justificá-las em sua consciência” (LIPSON, 1966, p. 23); a duas, pela advertência de George Orwell (Apud SARTORI,

Bobbio. Segundo o autor italiano, uma definição mínima de democracia é compreendida em três elementos: os autorizados a compô-la (consistindo num número muito elevado de pessoas, nem tão pouco que desfigure o modelo, nem demais, ou seria impraticável, constituindo verdadeira utopia teórica perfeccionista)¹⁹, o meio pelo qual eles exercem o poder (a regra procedimental da maioria)²⁰ e a inviolabilidade de determinados direitos individuais (Bobbio sustenta que todos os direitos individuais derivados do Estado liberal devam ser considerados)²¹.

Todos esses elementos, quando definidos em lei fundamental, constituem a decisão coletiva, inerência democrática máxima; noutros termos, a abstração que define a democracia possui caráter puramente procedimental. Ao fazer isso, deixa o conteúdo para a liberdade criativa de suas subclassificações.

Especificados os requisitos formais mínimos para a existência da democracia, os mesmos podem ser respeitados de muitas maneiras, originando a pluralidade de subdivisões supramencionada, advindo daí uma segunda classificação, ainda abstrata, porém mais densa, incluindo certo conteúdo material com o procedimental já traçado. Tomadas essas especificações, a melhor organização vem de Sartori, construindo dois vetores democráticos: vertical e horizontal.

1994, p. 18), segundo o qual “os defensores de qualquer tipo de regime afirmam tratar-se de uma democracia, e têm medo de serem obrigados a parar de usar a palavra se esta for vinculada a um significado, qualquer que seja”.

¹⁹ Nos dizeres de Bobbio (2002, p. 31): “No que diz respeito aos sujeitos chamados a tomar (ou a colaborar para a tomada de) decisões coletivas, um regime democrático caracteriza-se por atribuir este poder (que estando autorizado pela lei fundamental torna-se um direito) a um número muito elevado de membros do grupo”.

²⁰ Melhor tratada no transcórre do trabalho, insta desde já salientar que não se está a confundir a espécie com o todo (como pode parecer ao nos atermos nas democracias direta e indireta), pois, como também preleciona Bobbio (2002, p. 31-32), a regra é maleável, considerada desde uma maioria daqueles que competem tomar uma decisão (legitimados ao voto, na indireta) até a unanimidade (em casos excepcionalíssimos, mas não utópicos, adentrando na democracia exercida diretamente).

²¹ O objetivo de Bobbio, na realidade, é preservar a multiplicidade de escolhas, ou tudo não passaria de mero exercício retórico, e para ele quanto mais proteção, de ordem escrita ou consuetudinária, melhor, presando a ideia de ser “[...] preciso que aqueles que são chamados a **decidir ou a eleger os que deverão decidir** sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra” (BOBBIO, 2002, p. 32, grifos meus). Este elemento demonstra a insuficiência das proposições gregas, já que na sua ausência poderemos vislumbrar um governo com lei fundamental que elenque pessoas e defina a regra da maioria (a busca do bem comum), e ainda assim demagógico, pois que estariam ambas impraticáveis, ante o não resguardo dos direitos individuais.

Lauth (2013, p. 119), também vê a necessidade de direitos tais, mas os delimita tão somente, na questão do conteúdo mínimo da democracia, em liberdade e igualdade, e apenas enquanto emitirem reflexos políticos.

Ambos os vetores representam duas possíveis premissas de governabilidade para um sistema fundado na decisão coletiva, quais sejam, uma democracia, nos dizeres de Sartori, ou governada ou governante. A dimensão horizontal corresponde à democracia governante, exemplificada na lógica soviética, “a opinião pública, a democracia eleitoral, a democracia participativa, a democracia de referendo – representam todas uma implementação e uma difusão horizontal da democracia” (SARTORI, 1994, p. 182); a vertical equivale à governada, coordenada por uma relação agente e principal, supedâneo para a construção da administração estatal (o sistema em si). Como observa Sartori, a dimensão horizontal, senhora da democracia ateniense, entra em colapso com a queda da *polis* grega, reavivando-se somente no século XVIII²²; durante este entremeio secular, o único vetor responsável por guiar a produção (e sofisticação) do pensamento democrático foi o vertical, daí porque ser este o de maior profundidade dentre os dois, e, mesmo por suas ligações com a agência, o que mais detidamente se falará.

Cada vetor democrático, importa destacar, embora derive do mesmo conceito de decisão coletiva, possui gnosiologia própria, e, não obstante alguns autores modernos pretendam a unificação de ambas num terceiro modelo democrático que seria o ideal, vale a nota de que: “os dois conceitos são precisos e distintos. Não há democracia direta-indireta. O que se pode dar é a mistura das duas, sem se fundirem. Combinam-se, sem qualquer produção de terceira classe de democracia” (MIRANDA, 2002, p. 214-215); assim, por mais que se pretenda uma aproximação por meio do compartilhamento de técnicas e procedimentos²³, as regras basilares de cada modelo democrático são imiscíveis. Se estamos imersos em determinado modelo, uma técnica de controle dos problemas de agência política se obriga a respeitar as regras apenas desse modelo.

²² Sartori (1994, p. 181) considera a data de ressurgimento da preocupação horizontal nos estudos democráticos o século XX apenas, certamente guiado, como também o faz Kelsen (2000, p. 99), pela Revolução Russa de 1917. De fato, a implementação do modelo soviético é a máxima abstração experimentada pelo vetor horizontal, mas não se pode excluir as influências ocidentais de Rousseau na construção de um pensamento direcionado para a democracia direta.

²³ Como expõe Rolf Rauschenbach (2014), exemplos comuns de processos de democracia direta internalizados em sistemas indiretos ao redor do mundo são o plebiscito e o referendo.

Porquanto diametralmente opostos, cada modelo democrático derivado de extensões verticais ou horizontais terá em sua gnosiologia um método próprio de vigília e prestação de contas do detentor do poder político, sendo-os agora analisados.

3.1 A Democracia Direta

Com âncoras na própria gênese democrática nas *polis* gregas, compreende um poder político onde todas as decisões estatais são tomadas diretamente pela decisão coletiva, inexistindo a figura de outro que as tome senão o povo²⁴. Em linhas gerais, este é o conceito absoluto de democracia direta; entretanto, como aponta Sartori (1994, p. 93), esse modelo compreende uma clássica utopia, já que seria uma realidade impossível tida como realizável. De fato, para compreender verdadeiramente a abrangência deste modelo em um cenário praticável, é necessário observá-lo, nas lições de Rauschenbach (2014, p. 209-211), por duas possibilidades: máxima e mínima.

Democracia maximalista é a mais abrangente e se destaca pelo maior entrelace com a corrente ideia de democracia direta, correspondendo um meio de auto governança; há a existência dos três poderes, mas inexistente esse distanciamento hierárquico característico da dimensão vertical. Haveria aqui dois blocos de assuntos, os rotineiros, correspondendo a meros atos de continuidade, e os relevantes, capazes de afetar diretamente a vida do cidadão (*v.g.*: leis em geral); no último caso, para os maximalistas, só há democracia se ofertar para todos os entes da sociedade a opinião ou autorização sobre determinada medida. A democracia semidireta é aqui alocada²⁵.

A minimalista, por sua vez, tem nas eleições a maior garantia de rotatividade governamental, sendo essa a característica de um bom sistema: a

²⁴ É graças a essa união que nasce a conclusão de Barber (Apud CASCALES, 2011, p. 14), segundo o qual a democracia participativa está: “em nenhum lugar em particular e, em diferentes medidas, em todos os lugares ao mesmo tempo”.

²⁵ A democracia semidireta é o ponto mais próximo do vetor horizontal antes de encararmos uma utopia; ainda assim, sua aplicação encontra diversas barreiras, sendo substancialmente duas, como aponta Lipson: a territorial (existindo somente em Estados de reduzida dimensão) e os custos gerados com a frequente convocação popular; poderíamos associar este último entrave, embora fora de seu âmbito próprio, a verdadeiros custos de agência, já que é na convocação popular que reside o meio de controle dos atos do governante.

constante alternância; por essa razão é comumente associada ao minimalismo uma estreita ligação com o verticalismo democrático, de modo a distanciar-se do conceito pragmático de democracia direta.

Independente de por qual visão seja posta em prática, a democracia direta tem como ponto fulcral a governança *pro tempore* (observada principalmente na visão minimalista), onde o reduzido limite de tempo é encarado como uma poderosa restrição ao uso arbitrário pelos vencedores da disputa eleitoral dos poderes que lhes são concedidos pelos eleitores (MAJONE, 1996, p. 2). Embora essa prestação periódica de contas seja um eficaz meio de controle, é também portadora de consequências negativas no que tange a capacidade de atuação e planejamento; conforme ensina Majone (1996, p. 1):

But if it is true that accountability and democratic legitimacy are crucially dependent on the requirement of elections at regular interval, the segmentation of the democratic process into relatively short time periods has serious negative consequences when the problems faced by society require long-term solutions.²⁶

Ante essa limitação inata da capacidade de atuação, faz-se necessário a existência de um modelo democrático que permita tanto a responsabilização do governante como sua liberdade de atuação a longo prazo; a discussão acerca desse paradoxo vai surgir nos limites da democracia representativa.

3.2 Governança Representativa

A democracia representativa é encarada desde muito, especialmente pelos teóricos da democracia direta, como deficiente para conduzir uma relação de

²⁶ “Mas se é verdade que a prestação de contas e a legitimidade democrática dependem crucialmente da exigência de eleições em intervalos regulares, a segmentação do processo democrático em períodos de tempo relativamente curtos tem graves consequências negativas quando os problemas enfrentados pela sociedade exigem soluções de longo prazo” (tradução nossa).

representação e responsabilização entre o povo e seu governante, perfazendo somente um meio de governança²⁷.

Polêmicas à parte, o modelo representativo segue à risca o pressuposto mínimo da decisão coletiva, e disso, em regra, ninguém discorda, tornando-o essencialmente democrático (e dizemos mais, a representatividade é, talvez, a forma que mais combina simplicidade e eficiência ao cumprir a decisão coletiva); tendo isso em mente, as críticas que surgem (interna e externamente), segundo Bobbio (2002, p. 57-58), circundam duas perguntas fundamentais: Como representa? e O que representa?

Sugiram, assim, ao longo dos séculos, uma série de teorias que explicam a representação, visando eliminar, ao responder as perguntas de Bobbio, justamente os problemas primordiais de que trata a agência: o risco moral e a seleção adversa, estudando meios que apontem o momento em que se perde a legitimidade do líder e sua responsividade. É o que se passa a avaliar, já que, como se provará, o próprio conceito de representação caminha para uma união conceitual.

3.2.1 Teorias da Representação

Uma advertência resume o tópico: “o governo representativo é considerado o melhor substituto da democracia direta, mas um substituto que necessita de justificação” (PITKIN Apud CARDOSO, 1983, p. 16). Embora tenha sido tratado por diversos autores ao longo dos vários séculos de hegemonia da democracia indireta, o conceito da representação foi concentrado com grande propriedade por Hanna Pitkin em três conjuntos semióticos²⁸: formalista (cindindo-se em autorizativo e

²⁷ Dentre os contemporâneos cuja crítica é mais ferrenha à representatividade encontramos Benjamin Barber (Apud CASCALES, 2011), intitulando a representatividade de “democracia fraca” – *thin democracy* –, já que guiada exclusivamente pela frieza dos valores liberais, contrapondo-se à “democracia forte” – *strong democracy* –, que é responsável por conduzir um afeto cívico nos cidadãos); e Sartre (2004), que chega a propor uma desobediência eleitoral frente à seriação subjetiva do cidadão (“pensamento de impotência” e desconfiança, de construir na figura do Outro um inimigo, impedindo a união subjetiva para conjugação de forças); essa seriação íntima exterioriza-se pela atomização (ausência de ligações com os demais dado o vazio valorativo proveniente de uma identidade genérica), fragmentando o indivíduo em comunidades das mais diversas (trabalho, escola, grupo esportivo, etc.).

²⁸ Adota-se aqui a ideia de desenvolvimento conceitual e conseqüentemente prático do signo “representação”, admitindo que “para compreender como o conceito de representação entrou no campo da agência e da atividade política, deve-se ter em mente o desenvolvimento histórico de instituições, o

responsivo), *standing for* (dividido em simbólico e descritivo) e *acting for* (ou teoria substancial)²⁹.

O primeiro conjunto, proposto por Hobbes em seu *Leviatã*, inaugura a representação na teoria política moderna, já que foi ele primeiro a romper com o milenar brocardo romano *quod omnes tangit ab omnibus approbari debet* (aquilo que a todos toca deve ser por todos aprovado), que dominava as discussões sobre o tema até o século XVII³⁰.

O momento histórico que norteou esse novo prisma da representação foi a Guerra Civil Inglesa de 1640, buscando substituir a fundamentação patriarcal do monarca (cujo pico é a autoproclamação “*L’État c’est moi*” de Luiz XIV) por uma mais palatável, qual seja: a representação popular. Nas palavras de Corval (2015, p. 247):

Hobbes, antevendo a insustentabilidade da soberania absoluta do monarca nos argumentos patriarcais de Robert Filmer, desenvolve inovadora argumentação política na qual, a um só tempo, reconhece a persistência do poder soberano, a sua localização democrática no povo, e – aí sua inovação estratégica – a transferência desse poder para o representante legítimo.

O esteio teórico que guiou Hobbes para essa conclusão foi a fusão da metáfora teatral romana e sua concepção própria de *persona*. Teatral, pois age nos moldes e a mando de outrem, sendo *personas* justamente os autores (aqueles que podem efetivamente alterar as cláusulas do contrato social que rege a comunidade, correspondendo ao roteiro dos governantes)³¹. A palavra “*persona*” é utilizada por

desenvolvimento correspondente no pensamento interpretativo sobre aquelas instituições e o desenvolvimento etimológico dessa família de palavras” (PITKIN, 2006, p. 21).

²⁹ Interessante é ressaltar que o próprio Mitnick (1984, p. 11) vê como ponto chave das dimensões dos escritos de Pitkin questões que corroboram a representação política como parte integrante do conceito de agência.

³⁰ Tal máxima traduz o conceito de bem comum romano, onde a representação perfeita era aquela que permitisse uma pacificação social não sopesando os interesses próprios de cada um, mas tão somente garantindo que sejam, num caráter amplo, atendidas as necessidades de todos os grupos sociais. Embora tal conceito amplie a concepção grega, o signo “representação” aí proposto não possui conteúdo em si, restando vazio ao fim que se destina. Como aponta Pitkin (1967, p. 85), tal conceito é sequer democrático, vez que jamais chegou a ser verdadeiramente aplicado, dando azo, ao contrário, a um verdadeiro “buraco” que permitia ao rei, com o fim de medir o consentimento popular, convocar cavaleiros e burgueses destituídos de qualquer aprovação popular.

³¹ Hobbes se vale desta metáfora para delinear claramente o conteúdo de cada polo do contrato: “Seria possível, assim, segregar a pessoa autora (aquele a quem pertencem palavras e ações) e a pessoa atora (portadora do personagem e das palavras e ações para as quais foi autorizada a agir) e estabelecer uma só possibilidade de regulação de seus vínculos, o ato de autoridade” (CORVAL, 2015, p. 247).

Hobbes para consubstanciar comportamentos tanto na ordem física quanto artificial, distintas porquanto: “pessoas naturais verbalizam e agem por si sós, enquanto as artificiais verbalizam e agem por outrem. No último caso, forma-se a dualidade entre representados e representantes, básica para a formulação do contrato” (ALKMIM, 2013, p. 60).

Ainda quanto as *personas* que integram a capacidade de legitimar o poder do líder, é oportuno o esclarecimento de Hobbes quanto a abrangência do termo, vedando a composição (em especial quando tratamos do comportamento artificial das *personas*) de ídolos e divindades no processo de escolha do representante; conclusão: não participa da representação a atividade simbólica.

O cerne do modelo Hobbesiano para um empoderamento legítimo constitui-se em um ato *a priori*, que é a aceitação pelo povo de seu representante, desnecessitando uma aprovação no decorrer da administração; *in verbis*:

Estado instituído é quando uma multidão de pessoas concordam e pactuam que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles – ou seja, de ser seu representante –, todos, sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outro e serem protegidos dos restantes homens (HOBBS, 2002, p. 132).³²

Assim, vemos que o meio de controle proposto por Hobbes, exteriorizado por meio da atribuição de legitimidade popular ao mandato do soberano, vê-se muito próximo da democracia direta em sua vertente minimalista, mas com essa não se confunde, já que, embora preveja a necessidade da periódica escolha popular para a manutenção do poder nas mãos do governante, uma vez eleito o mesmo já está aprovado para agir de acordo com a sua consciência, que representaria fictamente a consciência do povo: “quando os homens autorizam um soberano a representá-los, eles lhe devem conferir autoridade ilimitada de agir por eles para sempre, e em todas

³² Valorosa é a tradução que Pitkin (2006, p. 28) dá ao parágrafo: “um representante é alguém que recebe autoridade para agir por outro, quem fica então vinculado pela ação do representante como se tivesse sido a sua própria” e continua, dizendo que: “a representação pode ser ‘limitada’” em termos de atos ou de tempo, “ou pode ser ‘ilimitada’”. O último tipo dá lugar à soberania”.

as circunstâncias” (PITKIN apud CARDOSO, 1983, p. 13)³³. É também por essa conclusão que o modelo proposto por Hobbes é classificado como formalista autorizativo, já que prescreve somente uma formalidade, um manto que *a priori* reveste de legitimidade todos os atos praticados ao longo da administração³⁴.

Mas o espírito revolucionário que desencadeou a ideia de Hobbes (agora encarnado na Revolução Liberal)³⁵ cobrava mais uma reestruturação da representação, ampliando os poderes populares. À corrente responsiva, inaugurada por John Locke, coube essa atualização.

Para Locke, Hobbes já havia alçado a capacidade eletiva do representado, colocando-o num patamar de destaque (embora inferior ao do líder); faltava, contudo, o controle contínuo, o meio de responsabilizar o representante que, sem legitimidade, age por seus próprios desejos; essa responsabilização manifestar-se-ia pelo vínculo legal. Locke enxergava no princípio da maioria, que guia a promulgação de uma lei, o meio máximo de controle popular sobre os atos do soberano³⁶. Mas antes de continuar nas consequências do pensamento lockeano, cabe pormenorizar o argumento base que sustenta seu raciocínio na defesa da desmonarquização.

³³ Argumentos semelhantes podem ser encontrados nas obras de Edmund Burke (no seu “Carta aos leitores de Bristol”) e James Madison, John Jay e Alexander Hamilton (em “O federalista”), possuindo, talvez, apenas uma ressalva quanto a limitação temporal (dada a impossibilidade para este da perenidade da agência política, mas ambos acordando quanto a abrangência temática).

³⁴ Finalizando e resumindo, Hobbes (2004, p. 137): “por que é a unidade do representante, e não a unidade do representado, que faz com que a pessoa seja uma. E é o representante o portador da pessoa, e só de uma pessoa. Esta é a única maneira pela qual é possível entender a unidade de uma multidão”.

³⁵ Quanto ao posicionamento histórico e ideológico da corrente formalista responsiva, preleciona Alkmim (2013, p. 60): “A identidade entre representante e representados, embora não conceituada na forma mais sistemática pela qual aparece na formulação de Hobbes, encontra-se implícita em outro contratualista inglês, John Locke, em um período imediatamente posterior ao de Hobbes, posicionado ao lado da Revolução liberal de 1689”.

³⁶ “Quando qualquer número de homens, através do consentimento de cada indivíduo, forma uma comunidade, dão a essa comunidade uma característica de um corpo único, com o poder de agir como um corpo único, o que significa agir somente segundo a vontade e a determinação da maioria” (LOCKE, 1999, p. 139).

“A primeira lei positiva fundamental de todas as comunidades políticas é o estabelecimento do poder legislativo; como a primeira lei natural fundamental, que deve reger até mesmo o próprio legislativo, é a preservação da sociedade e (na medida em que assim o autorize o poder público) de todas as pessoas que nela se encontram. O legislativo não é o único poder supremo da comunidade social, mas permanece sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade um dia o colocou; nenhum edito, seja de quem for sua autoria, a forma como tenha sido concebido ou o poder que o subsidie, tem a força e a obrigação de uma lei, a menos que tenha sido sancionado pelo poder legislativo que o público escolheu e nomeou. Pois sem isso faltaria a esta lei aquilo que é absolutamente indispensável para que ela seja uma lei, ou seja, o consentimento da sociedade [...]” (LOCKE apud ALKMIM, 2013, p. 61).

Locke advogava pela naturalidade de determinados direitos, dentre os quais a propriedade, sendo preexistentes, porquanto naturais, ao corpo político, tornando capaz para seus detentores a defesa de direitos tais (diferente de Hobbes, segundo o qual, por ser ulterior à comunidade política hierárquica, tornam-se inaptos de defender eventuais ofensas por si sós). Segundo Locke (1994, p. 95):

Em toda comunidade civil existe um outro poder, que se pode chamar de natural porque corresponde ao que cada homem possuía naturalmente antes de entrar em sociedade. [...] Este poder tem então a competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil; se quisermos, podemos chamá-lo de federativo.

A renúncia de direitos como fundamento da organização e estruturação social, como em Hobbes, ainda subsiste (posto tratarmos de um contratualista), mas, sob o prisma da naturalidade, há uma mudança quanto ao objeto desta renúncia: ao invés de abnegar o próprio direito, renuncia-se é à autotutela³⁷, avocando para o eleito da maioria, o ora legislador, o garante desta ordem (por meio da feitura de leis a serem cumpridas pelo judiciário e executivo).

Esclarecidos os argumentos, vemos que a ótica de Locke foca-se não no polo representante, mas no representado, já que anterior ao próprio corpo político que futuramente legitimará por meio da feitura de leis consonantes, vez que subordinadas, à vontade do povo integrante do Estado de sua abrangência. Além desse ponto, compreende-se também a nomenclatura *accountability* dispensada por alguns autores para este tipo de representação, uma vez que se caracterizada pela legitimação *a posteriori* como meio de responsividade do representante (executivo e principalmente legislativo) frente o representado, nos estritos limites da lei, igualmente em razão deste preexistir aquele.

Estabelecida a relação de legitimidade e poder existente entre povo e líder bem como a possibilidade de controle dos atos deste (formalismo), um outro

³⁷ Assevera-se que, na ótica processualista, esta abnegação da autotutela não se inaugura em Locke. Como ressaltam Cintra, Grinover e Dinamarco (2013, p. 31), vem desde o século III, com a negação da arbitragem romana e arvoreamento do publicismo estatal sobre várias práticas de ordem particular, como o então convencionalismo processual; a originalidade de Locke importa em utilizar este argumento no campo da representatividade, inaugurando divergência frente o fundador deste assunto, segundo Pitkin, na modernidade: Hobbes.

sentimento se assenhora do pensamento crítico social, de “pôr-se no lugar” de quem governa (*standing for*), e tal mutação valorativa enseja proporcional mudança linguística, vindo a lume um novo significado semântico do fonema “representar”. Para a representação *standing for*, desaba o monopólio da forma (do processo, do *procedere*), inserindo-se um estado de ser, um jeito de se comportar que privilegie a psique do cidadão, o elemento subjetivo; noutras palavras: não apenas a estrada forma a representação, mas também o homem³⁸. Sobre isso, dirá Corval (2015, p. 249):

O representante não age por outrem, colocando-se, antes, ao seu lado, identificando-se com o representado. O que parece importante, aí, não é o que a legislatura faz, mas como ela é composta. Nascem as questões atinentes à proporcionalidade na representação.

Como primeiro representante deste ensinamento temos a corrente descritiva, inaugurada por John Stuart Mill (embora não se descarte o anterior e muito bem delineado trabalho de Tocqueville, que segue eixos semelhantes aos tratados a seguir)³⁹. Defrontamo-nos, tal qual o teatro e a *persona* de Hobbes, com outra metáfora: a representação enquanto espelho⁴⁰.

Até aqui, todo o modelo representativo baseou-se unicamente na experiência europeia; a ruptura paradigmática desenvolvida por Mill originou-se justamente de um traslado territorial, entrando em contato com a democracia norte-americana.

³⁸ Os efeitos de uma representação exclusivamente formalista podem ser sentidos no fenômeno do “cidadão total” narrado por Ralf Dahrendorf, consubstanciado na “saciedade de política e aumento da apatia social” em razão da falta desse liame subjetivo que liga governante e governado (BOBBIO, 2002, p. 89). Com o advento das interpretações simbólica e descritiva, agrega-se significado, emoção, sentido no ato de representar, fornecendo à frieza das instituições o calor das emoções humanas.

³⁹ Alexis de Toqueville, tanto quanto Stuart Mill, teve como fato gerador de seu estudo uma visita aos Estados Unidos para estudar a democracia daquele país e confronta-la com a de seus concidadãos franceses. Talvez o que retire a obra de Tocqueville dessa evolução conceitual sejam seus pendores interpretativos aristotélicos, enquanto que Mill utiliza-se de doutrina mais contemporânea, aclarando, assim, as rupturas (LIPSON, 1966, p. 81-88).

⁴⁰ Destaca-se que o espelho, embora seja a mais comum, não é a única metáfora utilizada para descrever a vertente em apreço, sendo também comum uma aproximação dessa representação com a figura de um mapa e tantas outras, mas sempre com um ponto em comum: envolvem uma representatividade muito diferente daquela definida pelos teóricos formalistas, primariamente um “standing for” por algo ou alguém ausente (PITKIN, 1967, p. 80).

Enquanto as concepções no velho continente alternavam sua ênfase ora no representante ora no representado, o modelo descritivo sopesa ambos na mesma relação representativa; tal vínculo equânime é estabelecido por meio da alternância de duas lógicas: o *neminem laedere* (ao passo que o Estado pode sobrepor sua vontade frente o cidadão sem a concordância deste – e aqui o silêncio não importa anuência – na hipótese única de se evitar um dano para a coletividade; enquanto liberalista, o raciocínio do *neminem laedere* é a ótica principal) e o *suum cuique tribuere* – ótica subsidiária, a lógica de dar a cada um o que é seu se apresenta como reforço positivo para o Estado, o qual, imbuído da obrigação de fazer derivada do Estado-polícia, tem o direito(-dever) de atuar independente da aprovação do particular, desde que guiado por critérios de equidade (sendo expoente o interesse comunitário)⁴¹.

Outro princípio equitativo fulcral no desenvolvimento do pensamento milleniano é a regra da maioria, pretendendo a participação não só da população (como genericamente introduzido pelos precedentes doutrinadores), mas de toda a população na construção do pensamento responsável por guiar a interação da liberdade individual e a autoridade estatal:

[...] dois princípios de verdade e aplicação tão universais como qualquer proposição geral suscetível de instituir-se respeito aos negócios humanos. O primeiro consiste em que os direitos e interesses de todos ou de cada um só se encontram garantidos de desconsideração quando o interessado é capaz de sustenta-los e está habitualmente disposto a fazê-lo. O segundo reza que a prosperidade geral atinge maior elevação e difunde-se mais amplamente na proporção do volume e variedade das energias pessoais interessadas em promovê-la (MILL, 1964, p. 40, original não grifado).

⁴¹ Essa visão principiológica da representação (*neminem laedere* e *suum cuique tribuere*) inspira no pensamento descritivo um espírito de justiça distributiva, originando a ênfase bipolar (responsabilidade do representante tanto quanto do representado, daí a analogia de ser um o reflexo do outro); citando Mill, conclui Bobbio (2002, p. 126): “o próprio Mill disso se dá conta quando, retomando o tema no final do ensaio, sustenta que a conduta que o governo pode impor é, em primeiro lugar (atente-se ‘em primeiro lugar’), a que consiste em ‘não prejudicar os outros’, para logo acrescentar que, em segundo lugar, o governo deve impor a cada um a exigência de ‘suportar a sua parte (a ser determinada *com base em princípios eqüitativos*) nos esforços e sacrifícios necessários para defender a sociedade e os seus membros contra danos incômodos” (grifos no original). Pode-se dizer que a junção de elementos próprios do *ius proprietatis* (o *neminem laedere*) e do *ius societatis* (*suum cuique tribuere*) corresponde a mais uma influência do pensamento de Locke em Mill, especialmente no que tange a atribuição do *animus domine* para o representado, imbuindo-lhe o sentimento de autoridade sobre os atos do governo.

Logo, a representação de Mill sustenta-se na responsabilidade partilhada entre governante e representado de formar o conjunto da nação (ou seja, a perfeita representação de Mill equivale à perfeita relação de agência, na qual os riscos são equanimemente partilhados), sopesando interesses particulares e coletivos, inexistindo polo ativo e passivo: os são concomitantemente. Para tanto, a eficácia de tal sistema está condicionada a (I) um debate verdadeiramente plural, exigindo (II) a participação de todos na vida cotidiana do poder (exige-se, pois, informação, necessária para quebrar o analfabetismo funcional político)⁴², residindo a soberania na comunidade esclarecida. Eis a corrente descritiva, definida nos moldes de seu criador.

A segunda corrente da vertente *standing for*, tendo como expoente Edmund Burke, é a simbolista, a qual pretende estender ainda mais a interação entre a psique do cidadão e a legitimidade do representante, encarando-o, para tanto, como um produtor de símbolos a cada atitude ou manifestação, representando seu povo enquanto atrai a sua empatia por meio dos símbolos que produz, fazendo internalizar a representação no representado, necessitando, pois, de constante reafirmação. O exemplo apontado como mais notório de um governante simbólico é o rei em uma monarquia constitucional.

Os vícios presentes nessa forma de representação são evidentes, sendo dois os que mais saltam aos olhos: o potencial de formar representantes demagógicos, os quais criariam legitimidade por meio da manipulação popular, e a retirada do povo como principal desta relação de agência política, havendo verdadeira confusão entre representante e Estado (tal qual a fundamentação patriarcal de Luiz XIV). Sintetizando o assunto, Loureiro (2009, p. 69):

A representação simbólica se funda em um “estado de mente” de satisfação ou crença dos governados na pessoa do líder e nela se efetuam a identificação e o alinhamento de vontades entre governante e governado. O representante é ativo como produtor de símbolos, fazendo-se um líder aceito.

⁴² “Haverá uma burocracia, e pessoas que se preparem para ela, às quais se ensinem pelo menos algumas máximas empíricas de governo e de administração pública [...]. Mas o público em geral ficará sem informações e sem interesse sobre todos os assuntos de maior relêvo prático; ou, se dêles tiver qualquer conhecimento, será apenas conhecimento diletante, como têm das artes mecânicas os que nunca pegaram em uma ferramenta” (MILL, 1964, p. 36). Eis outra proximidade entre o pensamento de Mill e a teoria da agência, já que se preocupa tanto com o acesso do cidadão à informação estatal quanto os teóricos da agência se preocupam com o acesso do principal à informação do agente.

Todavia, Pitkin rapidamente percebe que isso não pode ser representação e afirma que a representação simbólica tem pouco a ver com um 'adequado reflexo da vontade popular' e, no limite, pode se transformar em uma teoria fascista de representação [...].

Após o exame desses mecanismos de conversão da vontade popular em poder governamental (representação), pode-se observar que ambas as vertentes (formalista e *standing for*) dividem entre si a mácula de não observarem a conduta do líder em si, centrando-se mais nas características dessa interação (na eleição *a priori*, na possibilidade de responsabilização *a posteriori* e a igualdade entre os polos), de modo a legitimar ou deslegitimar a pessoa do representante. Foi observando essa mácula que nasceu nos trabalhos de Pitkin o modelo *acting for*, o "agir por", centrando-se na finalidade da representação, sua substância: a ação.

A principal preocupação de Pitkin era integrar todas as demais correntes em uma única⁴³, atribuindo forma (semelhante ao modelo formalista, porém menos abrangente, garantindo certa liberdade de atuação do representante) e conteúdo (limitando os poderes do agente político na figura do cidadão, tido como receptor de símbolos – eliminando eventual saciedade – e emissor de respostas capazes de controlar sua legitimidade):

What I should like to say about the substantive acting for others is that the represented thing or person is present in the action rather than in the characteristics of the actor, or how he is regarded, or the formal arrangements which precede or follow the action⁴⁴ (PITKIN, 1967, p. 144).

Traçando esse conceito, a autora enxerga como melhor alternativa para o controle de eventual desvio do governante uma análise não quanto a legitimidade deste em si, mas de seus atos, das ações desviadas tomadas enquanto representante

⁴³ Na visão da autora, conciliar o maior número possível de vertentes em um mesmo conceito é a melhor forma de se chegar em um conteúdo completo da representação, pois cada vertente corresponde a versão de uma testemunha sobre um mesmo objeto ou fato e, ao unir os relatos, teremos uma visão clara daquilo que se pretende traduzir; ou, na metáfora da autora, cada vertente é uma fotografia tirada no meio da escuridão que é a definição prática da representação, sendo que todas juntas são capazes de dar a amplitude correta do tema e, uma vez reunidas, podemos determinar qual o ângulo que cada uma foi tirada e resolver as extrapolações de cada teórico acerca de sua própria fotografia (PITKIN, 1967, p. 11).

⁴⁴ "O que eu gostaria de dizer sobre a atuação substantiva para os outros é que a pessoa representada está presente na ação e não nas características do ator, ou como ele é considerado, ou nos arranjos formais que precedem ou seguem a ação" (tradução nossa).

e que afetem sua relação com o representado. São as ações símbolos que ligam o representante ao representado e, portanto, tal qual na representação simbólica, está em constante reafirmação a sua capacidade de agência, consubstanciando-se no conjunto de seus atos.

Há, contudo, um dilema implícito ao juntar todas as correntes, que é, como ocorre com a democracia direta, o paradoxo do mandato-independência, ou seja, até que ponto há a liberdade de gerência do agente frente a necessidade de observar os anseios populares. A resposta de Pitkin ante o paradoxo, embora encare o dilema criticamente, parece insatisfatória, prescrevendo somente que o agente é livre para bem gerir os interesses do principal, sem a necessidade de observar suas vontades, mas devendo por elas guiar-se:

What the representative does must be in his principal's interest, but the way he does it must be responsive to the principal's wishes. He need not actually and literally act in response to the principal's wishes, but the principal's wishes must be potentially there and potentially relevant. Responsiveness seems to have a negative criterion: conflict must be possible and yet nevertheless not occur⁴⁵ (PITKIN, 1967, p. 155).

Um método que serve justamente para aferir a vontade popular é o chamado princípio da maioria.

Uma sombra daquilo que seja o princípio da maioria desde a democracia grega está presente como meio de eleição de determinada medida; entretanto, quando transposta para o ambiente da democracia representativa, não pode mais corresponder à mera superioridade numérica, necessitando observar todos aqueles que compõe a sociedade para também serem estes representados. Ao se defrontar com isso, Sartori (1994, p. 301) entende que, quanto mais próximas estiverem os dados numéricos quanto a escolha popular, tanto mais deve-se considerar a intensidade da preferência, que é a intensidade com que determinado setor da sociedade defende determinada posição, sendo que a sua vontade defendida

⁴⁵ "O que o representante faz deve ser do interesse do principal, mas a maneira como ele faz isso deve ser sensível aos desejos do diretor. Ele não precisa realmente e literalmente agir em resposta aos desejos do diretor, mas os desejos do diretor devem estar potencialmente lá e potencialmente relevantes. A responsividade parece ter um critério negativo: o conflito deve ser possível e mesmo assim não ocorrer" (tradução nossa).

fortemente suplanta a vontade de outros que podem vir a ter uma visão mais neutra do assunto, mesmo que tendo se alocado no setor contrário.

Embora a teoria do “agir por” tenha por pontos positivos a aproximação entre representantes e representados, traçando um ambiente ideal para debate, coloca, como consequência dessa aproximação, a existência de uma “natureza conflitante” entre a liberdade do representante e sua subsunção à vontade do representado, há que se asseverar que apenas essa diretiva é desprovida de conteúdo suficiente para perfazer-se em resultados práticos⁴⁶, necessitando de uma forma de transição para a realidade deste pensamento democrático.

4 POR UM CONTROLE DEMOCRÁTICO

⁴⁶ Tal ineficácia de conceitos valorativos já foi expressa por Celso Antônio Bandeira de Mello no seu “Conteúdo jurídico do princípio da igualdade”, segundo o qual “é insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, vez que “entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: *Quem são os iguais e quem são os desiguais?*” (MELLO, 2014, p.10-11, grifos originais). Do mesmo modo, a teoria de Pitkin é a primeira a iniciar a verdadeira resposta da questão sobre a responsabilidade democrática dos representantes, cabendo agora preenchê-la de conteúdo, de modo a traduzi-la em realidade.

Por todo o exposto, temos que um método possível para a solução dos problemas de agência no setor político é a interpretação da Constituição que guia determinado Estado de modo a formar uma “conduta base”; tal conduta é a responsável por traçar um modelo de interesse popular, que deve ser respeitado pelo representante, o qual também terá uma liberdade de atuação para concretizar tal interesse.

Antes de prosseguir para um campo afeto ao judiciário que seja capaz de sanar essa colisão entre condutas base e a definitiva escolha de uma para conformar o controle constitucional do ato eivado de vício de agência em realidade, cabe uma breve explanação acerca das possibilidades de legitimação democrática.

A legitimação democrática (que observou para sua produção o procedimento da decisão coletiva) pode se distinguir em duas possibilidades: legal e representativa. A legitimação representativa é aquela até aqui discutida, já a legitimação dita legal é própria do setor jurídico, emanando diretamente da organização estatal apregoada na constituição. Nas lições de Flávio Gomes (1997, p. 120): “O Poder Constituinte (soberano) concebeu duas formas de legitimação democrática: a representativa (típica dos altos cargos políticos) e a legal (inerente à função jurisdicional)”.

Dessa forma, divide-se o âmbito de atuação do poder judiciário em duas questões: jurídicas, que constituem a razão de sua previsão constitucional; e políticas, extrapolando sua capacidade de julgamento, já que dotada de diferente legitimação democrática.

Um dos principais argumentos para a existência de tal limitação é que os juízes não passaram pelo crivo popular da eleição para assumirem seus cargos, e, por conseguinte: “as decisões judiciais não poderiam, em nenhuma hipótese, determinar soluções que arranhassem a liberdade democrática dos agentes políticos” (AMARAL; TEBAR, 2014, p. 150). Sem embargo do diferente meio de posse entre os cargos políticos e judiciais, acredito que seja outra a razão da limitação, uma razão de ordem lógica, vez que há uma profunda diferença entre a tomada de decisão jurídica

(pautada na substituição de vontades) e política (que segue o esteio da representação).

Se nos centrarmos nesse último aspecto, a barreira existente entre a legitimidade legal e política não seria de todo intransponível, podendo sim a esfera judicial arvorar-se nas questões de cunho político em duas ocasiões, como observa Antônio Umberto de Souza Júnior (Apud AMARAL; TEBAR, 2014, p. 149): “existem duas formas de se justificar a legitimidade democrática do Poder Judiciário: ou se demonstra que a atuação judicial tem bases democráticas, ou se demonstra que a imagem democrática dos poderes eleitos é, na verdade, uma ilusão”.

Assim, se quisermos obter para o poder judiciário a capacidade de decisão frente questões puramente políticas (como a escolha de medidas capazes de substituir legitimamente um ato do governante que avilta a representatividade), deve-se buscar internalizar no discurso jurídico o método da representatividade política. É o que aqui se pretende.

Exarada a possibilidade de atuação, resta agora vencer outra questão, que é identificar um meio que se valha o judiciário e que também comporte na sua estrutura a possibilidade de inserir a lógica da representação.

Como meio de escolha do conteúdo capaz de formar a *performance standart* é sugerida a proporcionalidade e suas submáximas, capazes de organizar a escolha da melhor para a concretização dessas condutas bases, mas, havendo a concorrência entre mais de uma conduta e devendo haver uma preponderância de alguma para que se adote um modelo e seja efetivado o controle de atos que aviltem a relação de agência política, cabe à última submáxima da proporcionalidade carregar-se de conteúdo democrático político para, então, declarar qual das normas pode válida e legitimamente substituir o ato viciado do governante por outro que siga aos interesses públicos traçados pela Constituição.

5 DA PROPORCIONALIDADE À PONDERAÇÃO

Para uma real dimensão da natureza e, conseqüentemente, da área de atuação da proporcionalidade e sua ponderação, é necessário um estudo acerca da definição daquilo que é norma e o meio pelo qual são divididas suas espécies, sendo essa a preocupação do tópico seguinte.

5.1 A definição de norma e suas subdivisões

O conceito de norma jurídica passou por diversas alterações historicamente, desde uma definição um tanto quanto imprecisa dos gregos até a atual acepção de gênero defendida por Humberto Ávila.

Tomando por base a última doutrina, norma é interpretação, a essência que se retira de um dispositivo⁴⁷, estando ele grafado ou não⁴⁸. Tal essência pode se dar de maneira restrita, vinculando-se a um fato que com ela subsumir, ou axiológica, guiando um estado ideal de coisas. Estas se intitulam princípios, enquanto aquelas receberam a alcunha de regras⁴⁹.

Adotando-se um critério pautado na generalidade, tem-se que as normas-regra possuem uma generalidade mais restrita, inaplicável para casos diferentes dos quais foi criada⁵⁰; daí a expressão de Dworkin “eficácia de trincheira”;

⁴⁷ Tal essência criará um mandamento positivo ou negativo dotado de coercibilidade, generalidade e abstração.

⁴⁸ Todavia, há que se asseverar que a simples existência de um texto, embora deste se possa retirar alguma exegese, não necessariamente leva a uma norma, *v.g.*: o preâmbulo (como já o decidiu o STF por ocasião da ADI 2.076). “E o que isso quer dizer? Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro.” (ÁVILA, 2005, p. 23)

⁴⁹ Para Alexy (2002, p. 83), tanto as regras como os princípios possuem a qualidade de normas, uma vez que ambos dizem o que dever ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandato: a permissão e a proibição.

⁵⁰ Não se busca aqui um estudo mais detalhado das normas-regra, visto que a qualificação destas em nada altera a configuração que se pretende às submáximas da proporcionalidade, sendo mais importantes os conceitos de princípio e postulado normativo; entretanto, tem-se como melhor conceito atualmente o de Ávila (2005, p. 70): “[...] são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da criação normativa e a construção conceitual dos fatos”.

ou se aplica uma, ou nenhuma. Para os casos de conflito entre várias normas, apenas uma subsistirá, havendo o exercício dos meios clássicos de revogação, como a *lex posterior derogat lex priori*⁵¹.

Daí porque as normas-princípio, em sua gênese, faziam às vezes de bússola, guiando o entendimento para a norma-regra que deveria ser utilizada⁵².

As normas-princípio podem ser entendidas como uma ordem (tanto de permissão quanto proibição) da qual se gerará um *estado ideal* de coisas a ser atingido pela especificidade das regras. Nas palavras de Alexy (2002, p. 86):

[...] El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*.⁵³ (grifos autorais)

O conceito acima é parcialmente endossado por Ávila; mesmo com as críticas endereçadas ao referido conceito, todavia, e com a devida vênia, a definição final de Ávila trata-se da junção desse conceito esmiuçado com as regras de ponderação (ao menos de sua estrutura interpretativa, tanto para Alexy quanto Dworkin), tratadas mais à frente neste trabalho.

Há, entretanto, uma terceira espécie de normas. Essa sim é a grande novidade da Teoria dos Princípios de Ávila, vez que a distinção que até agora tratada não é nova (entre princípios e regras)⁵⁴: os postulados normativos.

A questão da resolução das hipóteses de colisão de princípios forma o cerne deste trabalho, dada a gama de teorias que surgem para pacificar os critérios de julgamento. Mas, de antemão, já dizemos que, dentro de nosso ordenamento, o meio mais popular, e curiosamente pouco conhecido, é o proposto por Alexy, que busca uma análise mais objetiva dos fatos, chegando a propor uma lógica matemática

⁵¹Alexy (2002, p. 89) coloca duas possibilidades de resolução, uma expressa (com cláusulas dentro da própria lei), e outra hermenêutica. Entretanto, tal proposta é desnecessária, pois, no fim, quer dizer o mesmo que o conceito de revogação em suas muitas espécies, como, *v.g.*, *lex specialis derogat lex generalis*.

⁵² Na esteira deste pensamento encontramos Karl Larenz; mas é bem verdade que o critério por este utilizado não era o da generalidade, mas o “hipotético-condicional”. O critério de Larenz e a conclusão que dele deriva sofrem duras críticas modernamente, que atentam sua dependência linguística, imprecisão e relativa presunção de que os pronunciamentos legislativos seriam todos regras (ÁVILA, 2005, p. 32-34).

⁵³ “[...] O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandatos de otimização*” (tradução nossa).

⁵⁴ Como exalta Alexy (2002, p. 83), desde o início da segunda metade do século passado já nos foram apresentadas tais teses por numerosos doutrinadores.

para a resolução desse embate, mas este não é o assunto agora. Por esta razão, deixo de esmiuçar o conteúdo aqui para me ater em tópico próprio.

Postulados normativos, ou metanormas, são “tira teimas”. Sendo os princípios designações de estados ideais de coisas a serem alcançados por determinada orientação, são aplicáveis a todos os casos, gerando verdadeira *convivência conflitante* entre si.

Em sentido contrário, os postulados normativos não possuem juízo de valor *de per se*, estando acima de qualquer convivência conflitante. Seu fim é conciliar. Não se discute, em absoluto, sua carga semântica (até porque, se assim ocorrer, estaria cruzando a fronteira das metanormas e assumindo a carga de princípio ou mesmo de regra)⁵⁵. Dessa forma, não é o valor do postulado que se discute, e sim o postulado na discussão de valores, decidindo qual deles, por critérios próprios (amoldando-se perfeitamente ao caso concreto, tornando-o único e válido somente em casos análogos), deva ser utilizado.

Por fim, se analisarmos a estrutura morfológica das terminologias, teremos que (segundo o dicionário Houaiss) o prefixo “met(a)-” significa “entre” ou “no meio de”, enquanto que “postulado” tem o sentido daquilo “que se considera como fato reconhecido e ponto de partida, implícito ou explícito, de uma argumentação”. Portanto, postulado normativo é a espécie de norma que se coloca entre outras, sopesando quais delas devem ser adotadas para o deslinde do problema.

Assim, tem-se que norma é a interpretação de cunho mandamental (permissivo ou proibitivo) que se retira de determinado dispositivo com fins de criar ordens amoldáveis de caso em caso (regras), estados ideais a serem alcançados na medida juridicamente e faticamente possível (princípios) ou dirimir conflitos e/ou colisões das espécies anteriores (postulados)⁵⁶.

5.2 A proporcionalidade enquanto postulado normativo

⁵⁵ Tendo a definição de norma como a interpretação extraída de determinado dispositivo, interpretações diferentes podem acarretar, inevitavelmente, em categorias de normas diferentes, tal qual se observa no princípio da igualdade, manifestado ora em regra, ora em postulado.

⁵⁶ Com a melhor compreensão sobre o tema, fica fácil enxergar uma outra razão para a proporcionalidade ser chamada para resolver um conflito entre a multiplicidade de condutas bases, que é a natureza normativa de princípio das *performance standart*, vez que nasce da interpretação do texto constitucional dotadas de coercibilidade ante a sua flagrante violação (norma) e fixada de maneira geral, pretendendo um estado ideal e geral.

Tendo estabelecido a classificação geral das normas e a posição da proporcionalidade dentro do ordenamento normativo, o tema merece um estudo pormenorizado, perpassando sua evolução até chegar ao patamar atual, de modo a compreender sua presente configuração.

Todavia, em sede preliminar, é válida uma pequena discussão terminológica com o objetivo de aclarar o objeto deste tópico e, por conseguinte, deste trabalho: a diferença entre proporcionalidade e razoabilidade.

Em ambos os casos nos deparamos com um juízo moderador, equalizando a aplicação de duas normas conflitantes. O que muda é a amplitude de cada um, ou seja, seu grau de abstração (sendo a proporcionalidade mais específica que a razoabilidade)⁵⁷. Atesta a total separação entre razoabilidade e proporcionalidade Ferraz (2009, p. 140), trazendo a ideia de que:

[...] a proporcionalidade deve ser aplicada em um exame abstrato da medida, ou seja, quando foi procedida a análise entre bens jurídicos protegidos por princípios constitucionais [...]. A razoabilidade, a seu turno, não seria idônea para aferir a relação entre meio e fim, mas com fundamento em uma situação pessoal, concreta, envolvendo um sujeito determinado.

No entanto, não estaria sozinho ao dizer (e digo) que essa relação de abstração é consequência da relação gênero-espécie entre os dois; nas palavras de Di Pietro (2005, p. 95):

Embora a lei 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo, constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isso, porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar.

De um jeito ou de outro, a conclusão que se chega é a mesma: são conceitos imiscíveis, não devendo, de maneira alguma, serem confundidos. De igual maneira, traça-se o conteúdo das próximas linhas: a evolução da proporcionalidade enquanto meio de solução específico ante a concomitância de normas.

⁵⁷ “enfim, a razoabilidade é utilizada em vários contextos e com várias finalidades” (ÁVILA, 2005, p. 112), ao passo que “[...] a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possuindo aplicabilidade irrestrita” (ÁVILA, 2005, p. 113).

5.2.1 Retrospecto histórico da proporcionalidade

Numa retrospectiva histórica, vemos que o conceito de proporcionalidade se confunde com a própria ideia de justiça, sendo sinônimos em tempos remotos, como se extrai de Aristóteles (2005, p. 110): “assim, o justo é o proporcional, e o injusto é o que viola a proporção”. A natureza conciliadora da proporcionalidade sempre existiu; todavia, com o avanço das eras foi ganhando densidade e profundidade teórica, sendo tal estudo de suma importância, especialmente, no pós-Segunda Guerra, mais precisamente na década de 1970, quando, por influência das obras de Dworkin, os princípios ganharam destaque essencial no ordenamento jurídico mundial⁵⁸. Dessa maneira, pois, estudos mais detalhados desembocam em argumentos mais racionais, afastando a arbitrariedade de julgamentos tanto mais complexos quanto maior a incidência de colisões, culminando na lógica de que “quanto mais racional é a ponderação, tanto mais legítimo é o ponderar” (ALEXY, 2008, p. 131).

Tendo em vista esse paralelo histórico, a primeira grande conclusão que norteou o desenvolvimento do tema foi justamente de Dworkin, que traçou pela primeira vez uma lógica tripartida de estudo dos casos de colisão. Para o jurista, a interpretação possui os momentos de pré-interpretação (onde se identificam os dogmas de determinada sociedade na qual incidem as normas interpretadas), interpretação propriamente dita (a conjugação dos dogmas no dispositivo interpretado, avalia-se a conveniência da norma frente as peculiaridades de cada sistema) e pós-interpretação (epifania, uma vez justificada a existência daquela norma naquele ordenamento, o intérprete realiza sua adequação fática, inserindo o conteúdo mandamental na prática da sociedade, de maneira que esta compreenda sua justiça e, mais ainda, dar total efetividade à sua vontade, da norma. É a hermenêutica em seu sentido mais puro, a epifania do hermeneuta ligando sujeito e objeto).

⁵⁸ As definições de Dworkin, acompanhado de outros teóricos, como Hanna Arendt no seu “A Banalização do Mal”, desencadearam um flagrante enfraquecimento da lógica de subsunção e aplicação das regras (como era na Alemanha de Weimar), culminando, nos dias de hoje, numa já criticada superprodução de princípios, que ganharam, na lógica de Lenio Streck, a alcunha de “panprincipiologismo”.

Num segundo momento, e guiados pela lógica do autor supracitado, temos os parâmetros de Alexy e Habermas, cada qual explicando à sua maneira como se dá a terceira etapa em termos práticos (no julgamento).

Finalmente, nesse breve panorama, temos as contribuições de Humberto Ávila, sendo as principais a instituição de uma nomenclatura, apartando-a definitivamente das demais normas, e classificando-a em duas espécies, tendo como parâmetro a presença ou não de elementos indicativos de sua atuação: específicos (possuem uma regra de agir, como a razoabilidade) e os inespecíficos (não seguem um critério ou indicativo, ex.: a ponderação).

O chamado “princípio” da proporcionalidade é de fato um postulado, pois, quando da sua efetivação, o mesmo é separado em três etapas (como Dworkin faz ao extrair uma interpretação pura de determinada norma em determinada sociedade/comunidade), sendo a última fase um amalgama de duas espécies diferentes de postulado, atuando um como substrato do outro. Ao avaliar se uma norma (em sua grande maioria princípios) é de fato proporcional ou não, o julgador primeiro: atribui pesos aos elementos conflitantes e segundo: afere qual é mais pesado.

5.2.2 O atual modelo proporcional e suas fases interpretativas

Como exarado no tópico anterior, no Brasil se adota, na prática⁵⁹, o modelo alexyano de solução de colisões; tal meio, embora difundido, não é, na maioria das vezes, corretamente utilizado, haja vista que ou não se seguiram as fases necessárias para sua conclusão ou se seguiu, mas foi dispensado, em sua parte mais importante, certo grau de arbitrariedade, aquilo que justamente se objetiva afastar com

⁵⁹ Destaca-se, nesse ponto, os seguintes julgados do pretório excelso: RE 413782 – SC (no qual o Ministro Gilmar Mendes chega a efetuar o “teste da proporcionalidade”), ADIn MC 855 (sobre a pesagem de botijões de gás no estado do Paraná), ADIn 2290 MC (sobre a Medida Provisória que suspendia o registro de armas de fogo), ADIn MC 2317 (versando sobre a substituição de auditores independentes) e a ADC MC 9 (sobre a limitação de consumo de energia no governo FHC).

Quanto a última Ação Direta de Constitucionalidade, cabe ressaltar a confusão de termos entre os próprios ministros do STF, como se exara no voto do Ministro Néri da Silveira: “sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito)”.

um postulado (em especial os específicos, que formam parte do conceito adotado para a proporcionalidade).

A interpretação da proporcionalidade se estrutura em três momentos, na sequência: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Adequação remete um sentido lógico, uma relação causa-efeito sem a qual não há que se falar sequer na apreciação da norma; “a pretensão de correção só é de interesse para o direito, quando ela, necessariamente, esta unida com o direito” (ALEXY, 2008, p. 20).

Um meio é adequado quando, por seus efeitos, é capaz, por si, de gerar determinada finalidade. Quando confrontados dois princípios, e ambos estiverem aptos a resolver determinada questão, prevalecerá aquele de maior efetividade ao meio⁶⁰, como o problema de uma fábrica despejar resíduos tóxicos em determinado parque ambiental: de um lado, propõe-se prender o dono da fábrica, e do outro forçar o dono da fábrica, sem destituí-lo, a criar uma rede de tratamento desses resíduos; de nada valeria revitalizar o parque a pura e simples prisão do dono da fábrica, já a segunda medida sim atenderia ao fim almejado, é a mais adequada, devendo esta prevalecer. Como o problema já foi resolvido na primeira etapa, não há razão para prosseguir na proporcionalidade, funcionando, assim, como um filtro para as demais etapas.

No infortúnio de não conseguirmos uma análise que se aproxime de um meio que seja melhor ou pior que o outro, chegando ambos, cada um com seus efeitos, no mesmo destino, progredimos para a segunda etapa, a necessidade.

Um meio é mais necessário que outro quando pode “promover igualmente o mesmo fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados” (ÁVILA, 2012, p. 192).

Exemplo clássico: em um teste de paternidade movido por um pai contra outro que também alegava ser pai, pode-se chegar numa conclusão definitiva efetuando-se o teste de DNA em quaisquer das partes, mas seria menos constrangedor o teste ser realizado no autor (que moveu a ação) que no réu; dessa

⁶⁰ Mesmo Ávila não vislumbra uma definição final para um conceito de adequação, dado as grandes possibilidades de interpretação do conceito de eficácia, com vertentes de momento, generalidade e possibilidade de obtenção do fim almejado, chegando, no máximo, em uma definição heurística, ou seja, depende da análise de caso.

forma, realizar o teste de DNA no autor desta demanda é o meio menos invasivo contra a honra do réu, sendo este, pois, adotado no caso do conflito acima narrado.

Por fim, se de nenhuma maneira é possível vislumbrar qual dos meios invade menos um direito fundamental para atingir o mesmo resultado, será necessário um juízo valorativo, uma razoabilidade destinada a casos específicos, o cerne da discussão dos modernos autores da teoria da decisão judicial. Entra em cena o terceiro e último passo, a solução final, a proporcionalidade em sentido estrito.

5.3 A Ponderação Para Alexy

Antes de qualquer discussão, há que se definir duas peculiaridades que Alexy confere ao postulado da proporcionalidade. Em primeiro lugar, não é postulado; o autor, orientado por sua rigorosidade, classifica a proporcionalidade antes como regra que como postulado, estendendo o mesmo conceito às suas submáximas. Em segundo, a definição de princípios, embora entre em sintonia com as conclusões hoje aceitas de Ávila, são tratadas não como axiomas, mas como uma deontologia particular sua, negando, como se verá mais a frente no trabalho, uma atuação extensiva da hermenêutica.

Dito isso, passemos à estrutura, nos mesmos moldes já estudados: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido (r)estrito. As etapas dessa estrutura possuem cunho eliminatório (ou seja, conforme a primeira não for cumprida ou resolver a questão por si só, impede o avanço nas demais). Superadas as duas primeiras, vem a derradeira: o uso estrito da proporcionalidade, o que significa, para o autor, a aplicação da lógica da ponderação, que, por sua vez, divide-se em duas fases: descobrir a natureza da intervenção dos princípios em apreço e coloca-los na balança da justiça (sopesa-los).

Com exceção das peculiaridades acima, o entendimento acerca da aplicação da adequação (no sentido de otimizar a atuação do princípio) e necessidade (aquele que menos afeta o indivíduo em seus direitos), não se diferencia muito do já apontado em linhas anteriores, não sendo dotados do rigor alexyano na sua apreciação; as subdivisões e rigor técnico atribuído à ponderação, todavia, merece destaque especial, sendo não só o ponto chave para entender a teoria de Alexy, mas

também o que desperta mais equívocos e críticas sobre a mesma. Será este, pois, o objeto deste tópico.

5.3.1 Estrutura da ponderação

De início, assevera-se (pela análise da “lei da ponderação” abaixo transcrita) que toda ponderação se resume a três pilares que formam sua base de interpretação: definir o grau de intervenção (insatisfação ou afetação) de um dos princípios, definir a importância da intervenção (satisfação) do outro e realizar a ponderação em sentido específico (a fórmula peso, lembrando que a ponderação em si é a proporcionalidade em sentido estrito).

A proposta é simples: “quanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación, de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁶¹ (ALEXY, 2002, p. 161); todavia, seu desenvolvimento, apesar de lógico, exige atenção. Do contrário, como em uma operação matemática, o erro em qualquer das fases compromete todo conteúdo posterior, o resultado final de acolhimento ou não de determinado princípio.

Há duas fases na ponderação, sendo uma subsídio lógico da outra: a valoração dos princípios colidentes pelo grau de sua pretensão correccional e a aplicação da fórmula peso, quantificando o peso de cada um e determinando qual o mais “pesado” (o vencedor).

A primeira fase corresponde em verificar o peso individual do princípio, ou “pesos abstratos”, nas palavras do autor (é a consubstanciação dos dois primeiros basilares); adota-se, para tanto, uma “régua da lesividade”, graduada na tríade: leve (*l*), médio (*m*) e grave (*s*).

Tendo Alexy adotado a “fórmula cociente”⁶² como método da fórmula peso, os valores de *l*, *m* e *s* serão, respectivamente, 1 (resultado de 2 elevado à zero,

⁶¹ “Quanto maior é o grau da insatisfação ou afetação, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro” (tradução nossa).

⁶² Digo isso pois, em artigo publicado em 1990 intitulado “fundamentação jurídica, sistema e coerência”, compilado posteriormente na obra “Constitucionalismo discursivo”, Alexy já alertava que para o mesmo brocardo da lei da ponderação poderiam brotar duas fórmulas: a cociente, por ele adotada (dada sua capacidade de ampliação) e a “fórmula diferença”, que possuía como estrutura mais pormenorizada $GPI_i, jC = IPiC - IPjC$.

onde 2 é a ponderação média que se busca, não permitindo que nenhum princípio invada desnecessariamente a área de atuação do outro, e a potência é a gradação da intensidade; *in casu*, a intensidade é leve), 2 (resultado de 2^1 , para a ponderação média de intensidade média) e 4 (resultado de 2^2 , na intensidade grave). Estabelece-se aqui uma ponte entre a primeira e a segunda fase, já que a quantificação em valores numéricos determinará, por meio de uma divisão (daí fórmula “cociente”), um valor numérico, sintetizando, nele, o princípio que prevaleceu, ou as diligências a serem aprovadas. Na solução de Alexy para a colisão, a hermenêutica e a filosofia param aqui, sendo a análise da segunda fase totalmente objetiva, fazendo valer a responsabilidade político-jurídica do juiz, ou seja, sua neutralidade.

Valorados os princípios (*l*, *m* e *s*) e substituídos por seus números correspondentes (1, 2 e 4), entra a segunda fase, que se divide em dois momentos, a fórmula cociente e a aplicação do resultado da fórmula cociente na fórmula peso.

A fórmula cociente é o núcleo de uma fórmula mais ampla; seu desenvolvimento gerará a fórmula peso em sua versão mais simples e, ao mesmo tempo, permitirá descobrir o peso final dos dois princípios pela divisão da intensidade de intervenção de cada um (o valor descoberto na primeira fase).

Assim, é a fórmula cociente: $G_{i,j} = l_i/l_j$

Estipulado o pressuposto de aplicação da fórmula peso, passemos ao estudo desta.

5.3.1.1 As fórmulas peso

A fórmula peso nasce na fórmula cociente, que é aonde nasce o peso final do princípio isolado, mas a discussão na fórmula derivada da cociente, a fórmula peso, será a mesma: a obtenção do peso final; contudo, será aqui a obtenção do peso final do princípio *i* (*P_i*) no princípio *j* (*P_j*).

Há, no entanto, três tipos de fórmulas peso na lógica de Alexy, sendo cada uma designada para casos próprios, tendo como critério discriminante a quantidade de princípios em cada polo do divisor e do dividendo. Assim, vislumbramos as três hipóteses:

a) Um princípio defendido contra um princípio contrário: nessa hipótese, seguimos a linha base, designando, segundo a lei da ponderação, para cada princípio, o grau da intensidade de sua intervenção (I , que no direito defendido corresponde à intervenção – da necessidade de ocorrer – e no contrário à sua importância – a necessidade de se manter) multiplicado pelo peso final isolado de cada princípio (G , descobertos na fórmula cociente). O conjunto dessas categorias forma o peso concreto individual de cada princípio.

Dessa forma, surge a fórmula peso em sua versão mais simples: $G_{i,j} = I_i \cdot G_i / I_j \cdot G_j$.

b) Um princípio defendido contra vários princípios contrários: aqui há mera “cumulação aditiva” (nos termos de Alexy) no divisor, repetindo-se a designação do peso concreto de cada princípio.

Temos a figura da “fórmula peso ampliada”: $G_{i,j-n} = I_i \cdot G_i / I_j \cdot G_j + \dots I_n \cdot G_n$.

c) Vários princípios defendidos contra vários princípios contrários: repetimos a cumulação aditiva do peso concreto de cada princípio, mas dessa vez em ambos os polos da divisão, tendo como resultado a ampliação máxima da fórmula peso, garantindo sua aplicação em todos os casos envolvendo princípios (ou, pela concepção de Alexy, que, como apontamos, distancia-se da de Ávila, tanto princípios quanto regras, porque é essa a natureza dos direitos fundamentais). É a “fórmula peso completamente ampliada”: $G_{i-m,j-n} = I_i \cdot G_i + I_m \cdot G_m / I_j \cdot G_j + I_n \cdot G_n$.

Tendo alcançado o peso final do princípio e constituído o valor concreto relativo a cada um⁶³, basta numerar a quantidade de princípios e definir sua posição junto de cada princípio que guarde as mesmas características (v.g.: o princípio do devido processo legal é acompanhado, mesmo por ser corolário dele, do princípio da ampla defesa; assim, se alegados os dois numa mesma argumentação, ambos deverão somar-se contra eventual princípio que viesse a combatê-los numa situação

⁶³ Para Alexy, para um valor ser verdadeiramente concreto, não basta a conjugação da intensidade e peso final; para representar estes valores com total fidedignidade deveria levar-se em consideração a argumentação das circunstâncias de cada caso (C) e a consequente e a segurança empírica da realização concreta destas circunstâncias (S). Levando em conta o verdadeiro significado do peso concreto, especificando a teoria com a prática, teríamos a seguinte formulação: **IPiC . GPiA . SPiC**. Tal formulação é a base da construção das novas fórmulas peso verdadeiramente concretas, aplicando a substituição e cumulação aditiva pelos critérios já especificados. Com isso, cumprimos a derradeira lei que, junto com a lei da ponderação (ou mesmo sua versão), orienta o assunto, a “lei da ponderação epistêmica”: “quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção” (ALEXY, 2009, p. 150).

fática). A nomenclatura da fórmula é o menos importante, pois, como visto, a lógica é a mesma.

Inegável é a complexidade das fórmulas, que, apesar de torna-las completas (trazendo certo grau, pois, de indissociabilidade com a complexidade), não só desencoraja o estudo como também o torna mais confuso na medida em que se avança na matéria. Essa característica intrínseca das obras de Alexy inspirou inúmeras críticas, não apenas de pessoas contrárias ao seu pensamento, mas dentro de seus defensores, especialmente em solo pátrio.

Como exemplo do parágrafo anterior cito George Marmelstein, que, embora se declare adepto às soluções do autor em apreço, critica fervorosamente a complexidade das fórmulas, oferecendo, até mesmo, uma versão muito mais palatável da mesma:

Pegue dois princípios que estejam em colisão em um determinado caso concreto e coloque-os em lados opostos de uma balança. Inclua, no mesmo prato de cada princípio, todos os fatores que pesam em seu favor, tentando dar um peso específico para cada um deles. No final, a ponderação vai pender para o lado da balança que estiver mais embaixo, ou seja, para o lado mais pesado.

Esses fatores que influenciarão o resultado da atividade ponderativa correspondem, basicamente, a três aspectos pelo menos: (a) o peso abstrato de cada princípio, (b) a importância do cumprimento do princípio 'vencedor' e (c) a intensidade do prejuízo do 'princípio perdedor'. Daí a 'lei da ponderação' já mencionada: quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro. Certamente, a 'lei da ponderação', escrita numa linguagem não-matemática, é muito mais clara e convincente (MARMELSTEIN, 2008, grifos nossos).

As conclusões de Marmelstein, contudo, não são suficientes, como vimos, para expressar o correto entendimento da fórmula, especialmente nas questões relacionadas à configuração do peso concreto. Os argumentos por ele apresentados caberiam muito bem para um conceito detalhado de razoabilidade (o que tratamos de apartar, desde o início, de qualquer ideia relacionada à proporcionalidade), ou, no máximo, uma análise rasteira da lei da ponderação. Em suma, não há como separar, para os que seguem Alexy, a ponderação da matemática.

Ressalvada essa observação quanto a necessidade da matemática em qualquer ponderação que se pretenda alexyana, passemos à análise dos possíveis resultados ponderados

Dependendo da atribuição feita na primeira fase, teremos a possibilidade de três resultados distintos: menores que 1 (situação em que o peso do divisor foi

maior, onde deverá ser considerado como “vencedor” o princípio contrário), maiores que 1 (onde o dividendo prevaleceu, qual seja, o princípio defendido) e iguais a 1, onde há o empate, todos possuem o mesmo peso, divisor e dividendo.

Na última situação, não haverá, obviamente, preponderância. “Com isso, existiria empate, o que significa, que uma proibição, ameaçada de pena, do comércio com produtos de cânabis cairia no espaço do dador de lei” (ALEXY, 2008, p. 152), ou seja, na seara do legislador.

5.3.2 Influência da argumentação jurídica na estrutura da ponderação

Embora se critique, como foi o caso de Marmelstein, não se pode alegar, como farão os teóricos cujos pontos de vista a cerca da ponderação são tratados nesse trabalho, que a ponderação permite um julgamento subjetivo do julgador, atribuindo ele a posição que determinado princípio ocupa na “régua da lesividade”. Na fase da ponderação em sentido específico não há que se falar em intervenção do solipsismo do julgador, é mero cálculo matemático, já na primeira fase, na atribuição de valores que sustenta a segunda, esse tema fica em aberto, gerando as críticas mais à frente abordadas.

Entretanto, já adianto que não há que se falar em julgamento que não permita a interpretação⁶⁴, pois há nessa primeira fase a influência da argumentação jurídica desenvolvida pelo mesmo autor, cerceando a capacidade de intervenção de interesses pessoais na gradação lesiva.

No entanto, resta a pergunta: como a argumentação pode cercear o solipsismo da decisão? A resposta vem do próprio Alexy, em palestra proferida em sua última vinda ao Brasil (para receber o título de doutor *honoris causa*), dizendo, (Apud Trindade; Streck, 2014): “os critérios de coerência poderiam ser ponderados”⁶⁵.

⁶⁴ Primeiro porque não adotamos nenhuma espécie de sistema tarifário de julgamento, segundo porque direito (da mesma forma que a representação política) é linguagem, toda cheia de errâncias e simbolismos, de modo que é meio incompatível com o rigor dos cálculos.

⁶⁵ Sobre isso, é interessante ressaltar que Robert Dahl (sobretudo no seu “Prefácio à teoria democrática”) possui uma compreensão bem próxima dessa, já que ditou proposições que aplicavam fórmulas matemáticas nos métodos de escolha baseados no princípio da maioria representativa, visando por meio de fórmulas tais a conciliação entre a superioridade numérica e a preferência individual.

Portanto, essa é a “hermenêutica contida” citada no início desse tópico; hermenêutica na capacidade de especular utilizando a argumentação jurídica, valendo-se de argumentos sócio-político-culturais, mas contida, pois mesmo a hermenêutica sofre com a objetividade da ponderação, como remédio para sanar as possibilidades de solipsismo.

Ainda quanto a composição da fórmula peso e sua capacidade de interpretação, há uma questão que merece destaque, que é a não influência de Dworkin em Alexy.

Não raro na doutrina, costumamos ver uma ligação indissociável entre as teorias da decisão judicial entre Alexy e Dworkin, tendo aquele inspirado sua teoria neste. Pois bem, ligação há, mas são perfeitamente dissociáveis.

Confundimos estes conceitos pois ambos se pautam em tríades; entretanto, como evidenciado na parte em que tratamos sobre a fórmula peso, o aprofundamento teórico de Alexy com o objetivo de tornar a decisão judicial o mais objetiva possível, de modo a traçar uma fórmula para todas as decisões de colisão no Tribunal Federal Alemão (que é a inspiração de Alexy, como o mesmo exalta no seu “*Teoría de los derechos fundamentales*”), é o que o diferencia de Dworkin, cuja teoria é possui como marca principal o valor e influência da moral na decisão do julgador, consubstanciando esta sim sua responsabilidade jurídico-política.

Talvez o início deste seja não só o modo como estruturou Alexy sua teoria, mas também o grande número de referências que traz na obra na qual apresentou a teoria. Mas todas as especulações caem por terra numa única frase de Dworkin (1999, p. 61): “a interpretação da conversação é intencional, e não causal em algum sentido mais mecânico”.

No próprio desenvolvimento que dá em sua teoria interpretativa, Dworkin já deixa transparecer a importância atribuída à intenção do autor e uma atuação puramente lógica e interpretativa do juiz, por mais que se pautem em critérios objetivos da sociedade para a qual decide, por mais que se pautem nas três fases de interpretação acima estudadas.

Portanto, é possível afirmar que Dworkin não é sinônimo de Alexy, mas também não é de Habermas, encontra-se, todavia, num meio termo.

5.4 A Ponderação Para Habermas

A crítica dirigida a Alexy atribuída a Habermas, cabe ressaltar, não é propriamente dele. A teoria discursiva de Habermas, como originalmente posta, pertence antes à sociologia que a teoria da decisão judicial; coube a seu discípulo Klaus Günther precisá-la como possível solução no decidir do juiz, prezando pela hermenêutica como forma de legitimação. As proposições de Günther inspiraram o autor, que passou a adota-las em sua teoria.

Compreendido isso, adentramos na cisão dos pensamentos de Günther-Habermas e Alexy, ou, em outras palavras, do agir comunicativo⁶⁶ enquanto solução dos *hard cases*.

Do ponto de vista da decisão judicial, a primeira ruptura clara entre os dois teóricos dá-se na divisão hermenêutica, para Klaus Günther, em dois discursos: os de aplicação e fundamentação, na medida em que cada um limitará a argumentação a ser utilizada na decisão para apenas um dos discursos.

O que fundamenta um discurso de fundamentação? A produção das normas adstritas a determinado território, que, devido sua generalidade, deve levar em consideração todos os interesses envolvidos e/ou atingidos⁶⁷; essa é a origem do Princípio Universal (que deve, para Günther, nortear toda produção normativa). Assim: “o juízo sobre a validade é o juízo sobre a fundamentação da norma, que é universal e comandado pelo princípio U” (STRECK, 2011, p. 127).

Já o discurso de aplicação destina-se ao julgador, que aplicará a lei abstrata ao caso concreto. Tais discursos não são vinculados entre si, mas permitem variações, pois, num mesmo caso concreto, pode a justificativa (o interesse) que guiou a produção de uma norma ser distorcida, gerando outro interesse, devendo ser o último acolhido. É certo que, nos discursos de aplicação, tal conflito de interesse não

⁶⁶ É nesse aspecto que exsurge a escola mineira de processo civil como responsável pela conversão prática do modelo de Günther-Habermas. Surgida na UFRGS como fruto das análises da Constituição de 1988, tal escola apregoa o agir comunicativo como garante dos direitos fundamentais e, em discursos mais atuais, responsável pelo resguardo da vertente protetiva da minoria do princípio majoritário; assevera Dierle Nunes (2010, p. 62): “Habermas mostra que, se a regra da maioria é um componente da democracia, de outro lado o ‘jogo’ democrático deve ser tal que possibilite a ‘resgatabilidade’ dos argumentos (da minoria) descartados no momento da decisão”. Assim, a contínua participação de todos os entes (reflexo da noção de princípio da maioria adotado neste trabalho) na formação do discurso processual traduz-se num processo constitucional em conformidade com preceitos democráticos (de representação e participação) já exarados.

⁶⁷ É notória a crítica quanto essa extensão, sendo criticada pelo próprio Habermas, o qual atesta sua impossibilidade.

é comum, sendo perfeitamente amoldáveis no conceito de *hard cases*, tendo como bom exemplo a colisão de princípios.

Eis o pico da discussão: quando o juiz se deparar com tais casos (que geram um conflito de interesses) valer-se-á da hermenêutica, da interpretação dos argumentos, e não de critérios objetivos matemáticos, pois é somente da primeira maneira que terá contato com o interesse válido, visto que o próprio agir é vertente da comunicação.

Resume Streck (2011, p. 121): “o discurso de aplicação – jurisdição – afasta-se do discurso de fundamentação – legislação – em função das ‘formas de comunicação e dos potenciais de argumentos correspondentes’”.

Esses dois discursos, distinguidos por Günther, compõe as formas de se expressar o agir comunicativo de Habermas (2004, p. 244):

Na *praxis* cotidiana não podemos usar a linguagem sem agir. A própria fala se realiza no modo de atos de fala que, por sua vez, estão engastados em contextos de interação e entrelaçados com ações instrumentais. Como atores, isto é, como sujeitos interagentes e interventores, já estamos em contato com as coisas sobre as quais podemos fazer enunciados.

De certo modo, essa resolução do agir comunicativo, embora exija um esclarecimento geral do povo, seria de grande utilidade em terras brasileiras.

Na esteira das críticas sofridas pela fórmula da ponderação em *terrae brasiliis*, Habermas, evidenciava a complexidade do desenvolvimento da fórmula peso como empecilho para o fim por ela almejado, abrindo brechas para um “decisionismo voluntarista”. Ou seja, ao invés de cercear o solipsismo do julgador, o estaria estimulando, retirando a legitimidade que a racionalização lhe conferiu.

Tão séria é a questão que há casos aonde, de tão infundada, chega ser jocosa a decisão judicial, num grau que inspirou teoria própria: a Katchanga⁶⁸, mas este não é o assunto do presente texto.

Em outras palavras, o objetivismo teórico de Alexy antes atrapalhou sua aplicação que propiciou uma efetiva melhora na teoria da decisão judicial (como é o exemplo nacional), pois, com a desculpa de ser um cálculo livre de maiores aprofundamentos hermenêuticos, os juízes adeptos mas não assíduos de seu estudo

⁶⁸ O primeiro a utilizar a expressão foi Lenio Streck, que significa nada mais que uma confusão na pronúncia da palavra “caxangá” por seu então professor Warat numa piada contada por este. Pela anedota, compreende-se que bastou alegar a presença de um valor maior, mesmo sem comprova-lo, para o personagem sair vencedor de um embate.

o aplicam, considerando a objetividade e sopesando a primeira fase com seus próprios conceitos, já que não efetuam o confronto de interesses pela hermenêutica.

É justamente o propiciado uso indiscriminado de seu conteúdo e a falta de filosofia numa ciência social que gravita a crítica de Günther-Habermas.

5.4.1 A resposta de Alexy

Atento para a opinião contrária de seus conterrâneos, Alexy passou a ter como meta em seus mais recentes artigos refutar os argumentos dos autores acima expostos. Como principais respostas apresentadas aos críticos, estão definições pormenorizadas de sua fórmula.

Um em especial (não só pela sua atualidade) chama atenção: “Ponderação, jurisdição constitucional e representação”, traduzido no Brasil para a coletânea “Constitucionalismo Discursivo”. Neste artigo, Alexy coloca em pauta os dois defeitos principais apontados pelos teóricos anteriores: a falta de critérios racionais na fórmula (pois deixa de lado a hermenêutica) e a perda da categoria de correção ao ponderar (quando o juiz profere sua decisão, deixa de lado a discussão certo e errado suscitada pela inversão de interesses da lei e sua aplicação e privilegia questões puramente matemáticas).

Quanto à racionalidade, repete ele o argumento de que ela já existe no ponderar, justamente por suas regras de sopesamento de valores; já a perda da qualidade de correção não se justifica, para o mesmo, pela existência da primeira fase, onde há a valoração do grau de lesividade.

Embora não preste esclarecimentos maiores, tais observações com a menção direta a Habermas e Günther deve ter sua devida atenção, porque demonstra a dificuldade de manter sua teoria num grau tão alto de abstração.

5.5 Por Uma Fórmula Peso Mais Hermenêutica

Por todo o exposto até aqui, ficam claras duas coisas: primeiro, que a fórmula alexyana do sopesamento é a mais legítima para uma teoria segura da

decisão judicial, porquanto traz, em sua racionalidade, a legitimidade que procura o juiz frente a sociedade; segundo, que aplicar a fórmula com tanta rigorosidade técnica, ao ponto de ponderar (numa espécie de “pré-argumentação”) até mesmo os argumentos a serem utilizados na primeira fase da ponderação, é um erro crasso, e erro mais crasso que este só pode ser atribuir – em terra brasileira – a responsabilidade de sanar o empate de princípios ao “dador de leis”.

O juiz não pode deixar de apreciar o caso em concreto, em nenhuma de suas esferas, inclusive a da colisão. Diria: principalmente a da colisão. Cabe a ele, antes de todos, a interpretação e, com isso, a formulação de argumentos jurídicos sólidos e completos.

Entretanto, como poderia o julgador exercitar sua hermenêutica se até isso é sacrificado para o bem maior de garantir a imparcialidade, manifesta na legitimidade absoluta de suas decisões?

Por mais que Alexy tente tornar sua teoria viável em todos os aspectos, enquanto o direito for uma ciência social – e o é – ordenando a vida em sociedade do homem (um animal, embora racional, igualmente mutável), necessária será a hermenêutica. Talvez não em uma visão habermasiana pura, mas no seu compartilhamento com a alexyana, permitindo toda manifestação das possibilidades vivas do ordenamento na primeira fase da ponderação (a mais importante por sinal, que irá determinar o resultado final, o acolhimento ou não de determinado princípio, a efetiva prestação da tutela jurisdicional).

Traçada essa estrutura e passando para a questão da utilidade da ponderação enquanto método que auxilie o combate de medidas evitadas dos problemas de agência política, reforça-se a sua utilidade enquanto meio de tornar praticável a elaboração dos comportamentos base em meio a exegese constitucional exacerbada (que torna inviável a aplicação de uma medida se com ela conflitam tantas outras com o mesmo condão de substituir a conduta do representante com legitimidade). Quando levamos em consideração a inserção da lógica do princípio da maioria representativa (que observa, além da superioridade numérica, também a intensidade da preferência das massas que expressam decisões bem delineadas) no princípio da maioria presente em Habermas e a associarmos com o conceito de representação *acting for* (que prescreve como ilegítima uma decisão que por completo ignora as vontades dos representantes), temos a formação de uma hermenêutica dotada de caráter político representativo.

Quando da conjugação dessa hermenêutica com a matemática que assegura que a valoração lá inserida não sofrerá mutação quando do processo de ponderação, temos um meio de desempate político passível de exercício pelo judiciário, podendo este colaborar para tornar praticável as condutas base de Mitnick (retiradas da interpretação do texto constitucional).

6 CONCLUSÃO

Por todo o exposto nas breves linhas deste trabalho, algumas conclusões podem ser tiradas.

A primeira delas é que, conforme caminha o progresso humano, tanto mais se tornam necessárias as relações de representação, constituindo o depósito em um agente dos valores (materiais e morais) do principal. Dessa relação, contudo, brotam determinados problemas iminentes. Atentos à existência de problemas tais, estruturou-se uma teoria objetivando sua compreensão e solução, identificando-os em dois grandes grupos: o risco moral (a mudança de interesses de determinado agente conforme mudam as circunstâncias da agência) e a seleção adversa (deficiência mascarada quanto a capacidade de gestão que se pretende extrair do agente), frutos da assimetria de informação existente entre os dois polos dessa relação.

Ocorre que a relação de representação ficta de sujeitos na gestão de direitos é observada em diversos campos, inclusive a ciência política. O primeiro a tratar de internalizar as discussões oriundas da teoria da agência para esse setor político da sociedade foi Barry Mitnick, que também propôs soluções condizentes com as particularidades que esse setor pode apresentar, dentre elas as “*performance standart*”, as quais consistem em traçar, por meio de uma exegese do texto constitucional, uma conduta abstrata que um representante deve ter frente o representado e permitindo uma liberdade de atuação sua frente a gestão dos direitos deste; quando do abuso dessa liberdade de atuação sobrevir algum dos problemas de agência, esse ato em específico deve ser substituído por essa “conduta base”.

Tais condutas base, embora possam constituir uma possibilidade de controle de atos viciosos do representante, enfrenta um problema quando defronte a uma constituição que permita demasiada exegese de seu texto, podendo apresentar diversas opções de condutas a serem seguidas pelo representante, de modo, inclusive, a favorecer seu comportamento desviante. Frente esse específico problema que recai sobre essa técnica de solução dos problemas de agência no setor político, pretende-se extrair uma solução que seja a um só tempo passível de manejo pelo judiciário e dotada de legitimidade democrática da modalidade política (já que, em princípio, questões políticas estão fora da esfera de atuação do poder judiciário, mas podem assim ser tratadas se, para seu deslinde, forem observadas as bases da legitimação democrática política).

A questão da legitimidade democrática política tem como ponto fulcral a representação, a qual é composta da regra procedimental da maioria e do conceito (conteúdo) da representação. Ao nos determos sobre o conceito de representação, vemos que o que representa não é a pessoa do representante, mas seus atos, que geram um sentimento de aprovação ou negação na vontade pública, que, embora não vincule (já que galgou certa liberdade de atuação frente o mecanismo da eleição, ou seja, da decisão coletiva), deve ser observada pelo agente político. Quanto ao princípio da maioria, temos que, quando transposta para a lógica representativa, supera a mera contagem de pessoas a favor ou contra, mas se torna obrigatório a proteção da minoria, do contrário teríamos a figura da “ditadura da maioria”, nas palavras de Sartori, questão totalmente oposta à natureza da democracia da espécie representativa.

Traçadas tais premissas que constituem o meio de legitimidade democrática da modalidade política, cabe agora identificar qual o melhor método de escolha entre possibilidades de controle conflitantes que aloque em sua estrutura os critérios de legitimidade supracitados. Identificou-se no postulado normativo da proporcionalidade o ambiente ideal para tal estruturação.

Compõe a estrutura da proporcionalidade três submáximas de aplicação sequencial e eliminatórias (ante a solução em uma de suas fases, impossibilitado está estender a análise para as demais): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Adequação significa a existência de um vínculo de causa e efeito, de que determinado comportamento tem o condão de chegar em um ambiente onde aquele mal que pretende ser controlado pelos princípios em discussão não exista mais; a necessidade, por outro lado, pretende uma relação de economia, onde se há a menor lesão a direito ou direitos fundamentais; finalmente, se ambas as propostas (de substituição do ato vicioso do representante) conseguirem alcançar uma solução e ambas possuírem a mesma lesividade, passamos para a proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação, nos dizeres de Alexy.

A ponderação está inserida em tormentoso terreno no que tange a definição de seu conteúdo, sobressaindo a ótica de dois autores alemães: Jürgen Habermas e Robert Alexy. A visão de Habermas, proposta por seu discípulo Klaus

Günther e depois internalizada em seus estudos, é a união de sua teoria do agir comunicativo com a decisão judicial, ou seja, de encarar todos os argumentos acerca daquele assunto em específico, em especial quando houver uma demarcação entre posições majoritárias e minoritárias, de modo a produzir no julgador um discurso hermenêutico que aprecie o ponto de vista de todos os envolvidos ou afetados. A hipótese de Günther-Habermas é a que mais se aproxima da legitimidade política acima traçada, mas possui o ponto negativo de espargir demais a área a ser considerada pelo julgador, reduzindo a segurança e praticabilidade dessa técnica.

Com uma visão oposta ao esquema traçado por Günther-Habermas sobrevém Alexy, enxergando como método para garantir a máxima segurança e legitimidade jurídica da ponderação a utilização de fórmulas matemática, tornando impossível a ingerência de vontades outras, tal qual o solipsismo do julgador.

Traçadas essas considerações, temos como conclusão final que a submáxima da ponderação contida no postulado normativo da proporcionalidade é o terreno ideal para a concretização de um controle judicial que se pretenda dotado de legitimidade democrática política, desde que estruturada de modo a garantir a segurança jurídica (utilizando, sobretudo, a fórmula ponderativa de Alexy) e a observância dos critérios que expressam tal modalidade de legitimação democrática: a representação e o princípio da maioria, expressos na técnica de Günther-Habermas, sendo o método final de escolha ante a multiplicidade de *performance standarts*, possuindo aí o condão de quebrar a limitação de análise das questões políticas pelo judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALKMIM, Antônio Carlos. O paradoxo do conceito de representação política. In: **Teoria & Pesquisa**: Revista de Ciência Política, São Carlos, V. 22, n. 1, p. 56-71, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4322/tp.2013.010>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. Da legitimação democrática do poder judiciário. In: **Revista de direitos sociais e políticas públicas**. Bededouro, v. 2, n. 1, p. 141-164, abr. 2014. Disponível em: <[file:///C:/Users/N%C3%8DCOLAS/Downloads/25-92-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/N%C3%8DCOLAS/Downloads/25-92-1-PB%20(2).pdf)>. Acesso em 05 abr. 2018.

ARENDT, Hanna. **O que é política?**. Tradução: Reinaldo Guarany. 7ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ARROW, Kenneth J. The economics of agency. In: PRATT, Jown; ZACKHAUSER, Richard. **Principal and agentes: the structure of business**. Boston: Harvard Business School Press, p. 37-51. 1985.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BOLLMANN, Vilian. Uma resposta à resposta à katchanga. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 17, n. 3222, abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21580>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevam. **Política e sociedade**. V. 2. São Paulo: Companhia Editorial Nacional. 1983.

CASCALES, Pablo Peñas. Barber y la idea de democracia fuerte. Madrid, **Revista Tales**, n. 4, p. 279-290, dez. 2011. Disponível em: <https://revistatales.files.wordpress.com/2012/05/279_nro4nro-4.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CUNHA, Pedro Ary Ferreira da. Divórcio entre Soberania e Poder: Contributos da Teoria da Agência Aplicados à Relação entre Governados e Governantes. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, ano 8, p.363-395, 2011.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **Um prefácio sobre a democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EISENHARDT, Kathleen. Agency theory: an assessment and review. In: **The academy of management review**, v. 14, n. 1, p. 57-74, jan. 1989.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Princípio da proporcionalidade**: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

FONTES FILHO, Joaquim Rubens. **Estudo da viabilidade de generalização das práticas de governança corporativa ao ambiente dos fundos de pensão**: uma análise segundo as teorias da agência e institucional. 2004. 196 f. Tese (doutorado em administração) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito**: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HOUAISS. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. In: **Journal of Financial Economic**, New York, v.3, n. 4, p.305-360, jul. 1976.

JÚDICE, Mônica Pimenta. **Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras>. Acesso em: 03 abr. 2016.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

LAUTH, Hans-Joachim. Critérios básicos para a democracia: é a responsabilidade parte de seu círculo íntimo?. **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 115-138, jan./abr. 2013. Disponível em: <[file:///C:/Users/N%C3%8DCOLAS/Downloads/31998-147693-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/N%C3%8DCOLAS/Downloads/31998-147693-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 08 mai. 2017.

LIPSON, Leslie. **A civilização democrática**. V. 1. Rio de Janeiro: Zahar, 1966.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Petrópolis: Editora Vozes. 1994.

LOUREIRO, Maria Rita. Interpretações contemporâneas da representação. **Revista brasileira de ciências políticas**, Brasília, p. 63-93, Jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/6594/5320>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

MAJONE, Giandomenico. **Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions**. In: European University Institute, Working Paper RSC, n. 96/57, 1996, p.1-16.

MARMELSTEIN, George. **Impostor intelectual? Análise Sokaliana da “fórmula peso” de Robert Alexy.** Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/06/16/impostor-intelectual-analise-sokaliana-da-%E2%80%9Cformula-peso%E2%80%9D-de-robert-alexyl/>. Acesso em: 03 jun. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** São Paulo: Malheiros, 2014.

MET-. In: DICIONÁRIO Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/>. Acesso em: 03 abr. 2016.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo.** São Paulo: IBRASA. 1964.

MITNICK, Barry M. **Agency Problems and political institutions.** In: Sixth Annual Research Conference of the Association for Public Policy Analysis and Management, 1984, New Orleans: University of Pittsburgh. p. 2-67.

_____. The theory of agency and organizational analysis. In: BOWIE, Norman E.; FREEMAN, R. Edward. **Ethics and agency theory: an introduction.** New York: Oxford University Press, 1992.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010.

PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e ideias. *In: Lua nova*, n. 67, p. 15-47. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a03n67.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2017.

_____. **The concept of representation.** Berkeley: University of California Press, 1967.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos**. Campinas: Bookseller, 2002.

POSTULADO. In: DICIONÁRIO Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

RAUSCHENBACH, Rolf. Processos de democracia direta: sim ou não?. In: **Revista de sociologia e política**, Curitiba, v. 22, n. 49, p. 205-230, mar. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v22n49/11.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2017.

ROSA, Gabriela Rodrigues da Guia. **A representação como solução ou como problema?**. In: V Seminário Discente do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, 2015. São Paulo: USP. p. 1-23. Disponível em: <<http://conferencias.fflch.usp.br/sdpssp/Vsem/paper/view/345/189>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARTORI, Giovanni. **Teoria da democracia revisitada**. V. 1. São Paulo: Ática, 1994.

SARTRE, Jean-Paul. Eleições, armadilha para otários. In: **Revista Alceu**. Rio de Janeiro, v.5, n.9, p. 5-13, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_sartre.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2018.

SILVEIRA, Néri da. Voto proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade com Medida Cautelar número 9. Publicado no DJ de 23/04/2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/932_ADC-MC_9.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. **Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia>>. Acesso em: 03/04/2016.