XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

ELIANA MARIA DE SOUZA FRANCO TEIXEIRA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos; Eliana Maria De Souza Franco Teixeira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-870-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O presente grupo de trabalho funcionou conjuntamente com o grupo de trabalho Hermenêutica Jurídica. A união das duas áreas revelou-se adequada porquanto os temas tratados não só fizeram referência às questões mais caras do teoria constitucional clássica e moderna, a exemplo da dinâmica da democracia e do controle de constitucionalidade, como também permitiu que novos desafios da teoria constitucional pudessem ser abordados a partir da longa trajetória metodológica da Hermenêutica Jurídica. Esse encontro virtuoso de textos e expositores estimulados e abertos ao debate, materializou o desenvolvimento de um excelente trabalho de reflexão sobre o atual estágio da Teoria Constitucional e da Hermenêutica Jurídica no Brasil, especialmente, propiciando análises oportunas sobre a realidade nacional, notadamente no que se refere aos direitos sociais, direito à informação, ativismo judicial e inteligência judicial. Temos certeza de que as leituras que compõem o presente Grupo de Trabalho, associado ao de Hermenêutica Jurídica, serão muito úteis para todos aqueles interessados em retomar antigos temas e avaliar novas temáticas a partir de reflexões inteligentes e oportunas.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA

Profa. Dra. Eliana Maria de Souza Franco Teixeira - UFPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A DEMOCRACIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E O DECISUM BUSH VERSUS GORE (2000)

DEMOCRACY IN THE UNITED STATES OF AMERICA AND DECISUM BUSH VERSUS GORE (2000)

Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro
Márcio Alves Figueira [1]

Resumo

O artigo propõe-se a analisar os antecedentes históricos da democracia norte americana, com ênfase no estudo da organização administrativa e distribuição das funções dispostas na Constituição dos Estados Unidos da América para compreender o decisum Bush v. Gore (2000), julgado pela Suprema Corte, a fim de refletir acerca de certas características do modelo de democracia norte-americano, tendo como recorte de análise o debate entre substancialistas e procedimentalistas. A pesquisa baseou-se em estudo bibliográfico de abordagem qualitativa e em análise da referida decisão paradigmática.

Palavras-chave: Antecedentes históricos, Constituição dos estados unidos da américa, Bush v. gore, Substancialistas, Procedimentalistas

Abstract/Resumen/Résumé

The article intends to analyze the historical antecedents of the North American democracy, with emphasis on the study of the administrative organization and distribution of the functions established in the Constitution of the United States of America to understand the decisum Bush v. Gore (2000), judged by the Supreme Court, in order to reflect on certain characteristics of the American model of democracy, taking as its analysis the debate between substantialists and proceduralists. The research was based on a qualitative bibliographic study and on the analysis of the referred paradigmatic decision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Historical background, Constitution of the united states of america, Bush v. gore, Substantialists, Proceduralists

[1] Mestrando em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário do Estado do Pará, Defensor Público pelo Estado do Pará.

INTRODUÇÃO

O modelo de democracia adotado nos Estados Unidos da América desperta vivo interesse, seja pela longevidade de suas instituições, seja pela sua capacidade de superar rupturas institucionais.

Nesse diapasão, a Constituição dos Estados Unidos da América (1787) é um documento sintetizador da democracia americana. Além do preâmbulo, o documento possui sete artigos e vinte e sete emendas em vigor desde a sua ratificação pelos Estados membros.

O sistema de *commow law* atribui às cortes a missão de desenvolver o significado preciso de seus termos por intermédio do *case law* (precedente) (FINE, 2011, p. 6.), característica que serve a um só tempo para atualizar a Constituição às necessidades da época (CARDOZO, 2004, p. 09), evitando ao máximo rupturas institucionais, que são tão recorrentes nas democracias latino-americanas.

Nesse contexto, o artigo propõe-se a analisar a organização política administrativa norte-americana, por intermédio dos antecedentes históricos da democracia nos Estados Unidos da América, avançando para o estudo da distribuição das funções dispostas na Constituição norte-americana, para examinar o *decisum Bush vs. Gore* (2000), julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, a fim de refletir acerca de certas particularidades do modelo de democracia norte-americano.

À luz dessa perspectiva, o trabalho apresentará o debate entre substancialistas e procedimentalistas, tomando como base o *decisum Bush vs. Gore* (2000), de modo a refletir sobre um sentido possível acerca de teorias legitimadoras da democracia, como fonte de estabilidade institucional. Para fins de delimitação do debate estabelecido entre as duas correntes democráticas, importante registrar que o modelo substancialista defende a existência de um núcleo de direitos e garantias fundamentais constantes na Constituição capaz de limitar o procedimento democrático. Por sua vez, o modelo procedimentalista prioriza a regra da maioria, por intermédio de eleições de representantes eleitos pelo voto livre, direto, secreto, universal e periódico, e a considera como a única forma de assegurar a todos a igualdade de participação no processo de produção das decisões políticas do Estado (VERBICARO, 2019, p. 459, 471).

Para a construção das ideias e argumentos, a pesquisa estruturou-se da seguinte forma: 1) analisou os antecedentes históricos da Democracia nos Estados Unidos da América; 2) mapeou a organização administrativa e distribuição das funções contidas na Constituição norte-americana (1787); 3) discutiu o *decisum Bush v. Gore* (2000), julgado pela Suprema

Corte dos Estados Unidos, e seus possíveis reflexos para a discussão democrática sob as perspectivas substancial e procedimental.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA DEMOCRACIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

No livro *"A República"*, Platão propõe uma meditação de um filósofo sobre a arte de governar (PLATÃO, 1999, p. 212). A justiça na visão de Platão seria fazer cada um o seu. A ideia seria dar a cada um a função adequada a sua própria natureza. Por conseguinte, a arte de governar deveria ser entregue aos especialistas, no caso aos filósofos-reis, até porque: "os males dos Estados e dos cidadãos somente serão extintos quando os filósofos detiverem o poder" (PLATÃO, 1999, p. 212). A democracia situar-se-ia na parte inferior da escala de valores políticos. O contexto histórico da decadência da democracia em Atenas explica o ceticismo de Platão em relação a democracia.

O juízo depreciativo acerca da democracia foi amenizado por Aristóteles, que não a condenou de forma radical. Na visão de Aristóteles, o legislador que sinceramente desejar fazer a melhor Constituição possível deve preferir visar ao interesse das pessoas de bem ou ao do povo. Deveria, então, respeitar a equidade. A equidade manda que se prefira o interesse do Estado inteiro, isto é, o interesse comum de todos os cidadãos (ARISTÓTELES, 2015, p. 115). O estagirita advoga acerca da necessidade da conciliação dos interesses da oligarquia com os interesses do povo, de modo, a instalar-se uma Constituição mista, senão vejamos:

> Portanto, quando a democracia se concilia com a oligarquia, abre o caminho para a boa política cujo critério essencial é a justa medida (meson). E, como essa Constituição mista toma da aristocracia e da democracia o que há de melhor nelas para realizar a 'mistura' institucional, esperam-se dela resultados benéficos. Longe se ser a Constituição desviada de uma democracia que se fecha em torno no partido popular e procura apenas derrubar os partidos antagônicos, a Constituição que mistura, numa justa medida, os princípios aristocráticos e democráticos, abre-se, rica em promessas sociais e políticas, para todas as classes e todos os partidos da cidade-estado (GOYARD-FABRE, 2003, p. 86)

O fato histórico é que a ideia de democracia não foi a causa da derrocada da Cidade-Estado de Atenas, mas, sim, a existência de facções fraticidas entre as pequenas Cidades-Estados gregas, cuja consequência foram a eclosão de insurreições, como a Guerra do Peloponeso, conflito armado entre a Liga do Peloponeso comandada por Esparta e a Liga de Delos comandada por Atenas.

A derrocada da Cidade-Estado de Atenas, por conta das facções rivais, vai ser abordada como uma experiência histórica a não ser seguida, reflexão ocorrida no Estados

Unidos da América, após a sua independência, motivo porque, necessário é avançar historicamente para terceira experiência histórica exitosa de democracia no mundo, isto é, a democracia norte-americana.

A independência das treze ex-colônias inglesas da América do Norte, firmada pela Declaração de Independência (1776), foi assinada por 50 representantes das ex-colônias britânicas, reunidos no Congresso Continental e, posteriormente, ratificada pelo Tratado de Paris (1783), originando uma Confederação de Estados.

A revolução americana está inserida no contexto das revoluções liberais. A tônica das revoluções seria uma reação vigorosa ao absolutismo reinante inspirado em ideais iluministas, mormente, a ideia da não dominação (GARGARELA, 2008, p. 191). Da rejeição da dominação e da tirania, surge o republicanismo corrente que possui como postulado a liberdade, que para florescer necessitaria das virtudes do cidadão (GARGARELA, 2008, p. 191). Partindo de tais ideias, Thomas Jefferson propugna nas trezes colônias inglesas a organização de uma república agrária, na sua opinião, a única forma de se obter bons cidadãos (GARGARELA, 2008, p. 197).

Não obstante, a estrutura de estado reinante na época era a confederação, marcadamente ineficiência, cujos poderes do governo federal eram diminutos, originando-se um debate público, que antecedeu à Convenção da Filadélfia (1787), reunida para elaborar a Constituição Americana (1787).

O debate público acerca da melhor forma de governo originou uma série de artigos publicados em jornais do Estado de Nova York conhecidos por "*Federalist Papers*", que foram escritos por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay (1961, p. 33), cujo objeto visava: a) discutir temas de grande interesse como a utilidade da União para a prosperidade política; b) a ineficiência da Confederação para preservar a União; a necessidade de um governo vigoroso; c) a conformidade da Constituição proposta com os verdadeiros princípios do governo republicano; d) a analogia da Constituição com as Constituições estaduais e a segurança adicional que sua adoção propiciará à preservação desta forma de governo, à liberdade e à propriedade.

A visão federalista partia de uma ideia central, qual seja, o reconhecimento de uma superintendência geral como fórmula de contenção das facções e possíveis insurreições.

Alexander Hamilton rememorou a história das pequenas repúblicas gregas e italianas, agitadas por uma sucessão de revoluções, causadas por lutas entre as várias soberanias locais, como forma de comprovar os inconvenientes da Confederação (HAMILTON; MADISON; JAY, 1961, p. 71).

As vantagens da União foram enumeradas por Madison, mas nenhuma mereceria ser mais acertadamente desenvolvida de que a tendência para sustar e controlar a violência das facções.

Uma facção seria um grupo de cidadãos, representando quer a maioria, quer a minoria do conjunto, unidos e agindo sob um impulso comum de sentimentos ou de interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade.

O meio de controle dos efeitos das facções seria solucionado pelo princípio republicano, que habilita o partido majoritário a derrotar, através da votação regular, os projetos inconvenientes.

A partir de tais considerações, pode-se concluir que em uma democracia pura não haveria cura para os males das facções, considerando que seria uma sociedade congregando um pequeno número de cidadãos que se reúnem e administram o governo pessoalmente.

Entretanto, em uma república haveria uma perspectiva diferente e a sua própria noção promoveria a contenção das facções. A república seria um governo no qual se aplica o esquema de representação.

A ideia de governo implica necessariamente o poder de baixar leis, mesmo assim mostra-se essencial uma sanção para respaldar a lei, visto que a penalidade decorrente do descumprimento da lei, nesse caso, poderia ser aplicada de duas maneiras: pelos tribunais ou pela força militar, melhor dizendo, pela coerção da magistratura ou pela coerção das armas.

Neste caso, os juízes seriam os guardiões da Constituição, que na óptica de Alexander Hamilton (HAMILTON; MADISON; JAY, 1961, p. 71), o Poder Judiciário, pela própria natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, já que será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los.

O Judiciário seria o menos perigoso dos poderes também por não possuir nem a espada, nem o tesouro, atribuídos aos demais poderes, sendo, destarte, o mais fraco dos três poderes, que nunca poderá enfrentar com êxito qualquer dos outros.

Embora alguma opressão pudesse partir das cortes de justiça, a liberdade geral do povo nunca seria ameaçada, já que o judiciário permaneceria separado tanto do legislativo como do executivo, fundamentado na premissa de que não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado dos poderes legislativo e executivo.

A competência do judiciário consistiria no dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição, porquanto sem isso todas as restrições contra os privilégios ou concessões particulares seriam inúteis.

James Madison, por outro lado, advoga uma divisão de poderes entre o governo nacional e os governos estaduais, o que ficou conhecido como doutrina do federalismo, cujo postulado é o seguinte:

> Na composição da república da América, o poder designado pelo povo é inicialmente dividido entre dois governos distintos, e depois a porção alocada para cada um subdivide-se entre departamentos distintos e separados. Assim nasce um duplo grau de segurança aos direitos do povo. Os governos controlam-se mutuamente, ao mesmo tempo que são controlados por eles mesmos. (HAMILTON; MADISON; JAY, 1961, p. 349).

O triunfo da Constituição Democrática pregada por Alexander Hamilton vai resultar na ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América (1787)[1], de fato, verdadeiro elemento cultural que permite os americanos serem considerados iguais entre si.

Por outro lado, a concomitância e harmonização, entre a liberdade e igualdade nos Estados Unidos da América será abordada por Alexis de Tocqueville (2010) no livro *"A Democracia na América"*. Alexis de Tocqueville era um funcionário do governo francês designado para viajar aos Estados Unidos da América com o objetivo de relatar o modelo penitenciário americano. O resultado da viagem, além do pretendido relatório, fora um livro intitulado *"A Democracia na América"*.

A metodologia utilizada por Tocqueville para abordar o desenvolvimento sociopolítico é peculiar, uma vez que ele parte da análise dos costumes e do dia a dia da sociedade americana para, a partir daí, empreender uma análise das instituições políticas e as relações entre Estado e sociedade civil. A democracia seria uma lei necessária, algo inexorável, na visão do autor. E os Estados Unidos da América tinham as condições necessárias para o florescimento da democracia.

O tipo ideal de democracia, na visão de Tocqueville, seria uma democracia em que fosse assegurado a igualdade de condições, o que envolveria na prática o reconhecimento da igualdade formal perante a lei, da igualdade econômica, da igualdade cultural e da igualdade política. A forma de assegurar a igualdade seria necessariamente a existência de um elemento cultural apto a permitir os indivíduos começarem a considerar-se iguais entre si, avultando pela sua importância a ideia de que a lei seria um fato gerador de igualdade.

Tocqueville não fala deste ponto de uma forma direta, nada obstante é possível extrair uma conclusão de suas lições, a saber, que a Constituição do Estados Unidos da América é um fato gerador de igualdade, elemento cultural, apto a assegurar a igualdade como uma das bases da democracia americana.

---

[1] Constituição dos Estados Unidos da América. Artigo VII – A ratificação por parte das convenções de nove Estados será suficiente para a adoção desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado.

Nós teríamos dois tipos de democracia. A democracia liberal, que seria aquela em que se exige um regime democrático, garantindo-se a liberdade e a igualdade de condições e a democracia tirânica, aquela decorrente da tirania da maioria e que poderia render o ensejo à criação de um Estado absolutista (TOCQUEVILLE, 2005, p. 5)

A maioria pode ser conceituada como um indivíduo com opiniões e comumente com interesses contrários a outro indivíduo, chamado minoria. A tirania da maioria partiria do pressuposto que se um indivíduo investido de onipotência de abusar contra seus adversários, por que não admitir o mesmo com referência à maioria?

A tirania da maioria seria materializada no momento em que a maioria iria impor a sua vontade contra a minoria, impedindo a sua expressão e tolhendo a sua liberdade. A partir daí nós não teríamos propriamente uma democracia. Tocqueville (2010) sustenta que existem duas formas básicas de se mitigar a tirania da maioria e seriam elas a descentralização administrativa e a distribuição de funções. Colhe-se do seu entendimento:

> Suponhamos, ao contrário, um corpo legislativo composto de tal forma que represente a maioria, sem ser necessariamente escravo de suas paixões; um poder executivo que tenha uma força que lhe seja própria, e um poder judiciário independente dos dois outros poderes; teremos, então, um governo democrático, que, todavia, quase não correria o risco da tirania.
> Esse ponto merece a nossa atenção. Se um dia viesse a fundar-se uma república democrática como a dos Estados Unidos, num país onde o poder de um só já estivesse estabelecido, e se fizesse introduzir nos hábitos, como nas leis, a centralização administrativa, não tenho receio de dizer que em semelhante república o despotismo tornar-se-ia intolerável que em qualquer das monarquias absolutas da Europa. Seria preciso ir à Ásia para encontrar algo que se lhe comparasse. (TOCQUEVILLE, 2010, p. 190-195).

Em resumo, nós temos duas concepções distintas de democracia na América. A Democracia protetiva é advogada por James Madison e para ele a função maior da democracia seria proteger as pessoas de invasões na economia e outros interesses um do outro. A Democracia desenvolvimentista, por outro lado, é sustentada por Tocqueville e para ele a democracia providenciaria fóruns para o exercício e o desenvolvimento de uma participação enérgica dos cidadãos na coisa pública (CUNNINGHAM, 2009, p. 36).

Cabe, doravante, esclarecer de que forma encontra-se organizada a descentralização administrativa, política, assim como a distribuição de funções nos Estados Unidos da América, o que impede a existência de uma ditadura da maioria, o que é objeto da Constituição dos Estados Unidos da América (1787).

No contexto apresentado acima, se faz necessário entender a organização administrativa dos Estados Unidos da América, visando aprofundar a temática proposta no trabalho, assunto a ser discutido a seguir.

2 A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E DISTRIBUIÇÃO DAS FUNÇÕES NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Bruce Ackerman sustenta que a cada ruptura institucional nos Estados Unidos da América houve como consequência uma nova ordem jurídica. Por conseguinte, a independência dos Estados Unidos da América foi uma ruptura com a metrópole e gerou a Constituição dos Estados Unidos da América (1787); a guerra de secessão representou uma ruptura com o modelo escravagista e gerou como consequência as emendas XIII (1865) e XIV (1868); e a grande depressão representaria uma ruptura com o liberalismo econômico, tendo gerado o *New Deal*, uma série de medidas legais, que vieram a alterar a interpretação da Constituição dos Estados Unidos da América (ACKERMAN, 1991).

Nós podemos aceitar a premissa historicista de Bruce Ackerman sem nos comprometermos com a polêmica tese das fontes materiais de emendas constitucionais, e para tanto, passamos a descrever a organização política administrativa e a distribuição das funções como estabelecidas na Constituição dos Estados Unidos da América.

Toni M. Fine esclarece que a Constituição dos Estados Unidos da América veio estabelecer a organização dos poderes, regular as instituições governamentais e determinar os direitos e garantias individuais (FINE, 2011, p. 5).

A Constituição dos Estados Unidos encontra-se dividida em três partes. A primeira é o preâmbulo, cujo conteúdo evoca alguns temas que serão objetos da Constituição. O segundo são os artigos, que a rigor representam o corpo da Constituição, formada por apenas 7 (sete) artigos, cujo objeto são a organização dos poderes e as relações entre a União e os Estados. A terceira são as emendas, ao todo vinte e sete, cujo objeto principal são os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos (FINE, 2011, p. 6-7).

O Poder Legislativo será confiado ao Congresso dos Estados Unidos composto de um Senado e uma Câmara de Representantes (FINE, 2011, p. 131/132).

A Câmara dos representantes será composta de membros eleitos por distritos congressuais de cada Estado, cujo número total de representantes é o de 435 membros, número definido por lei e proporcional ao número de habitantes de cada estado. Seus membros devem possuir no mínimo 25 anos de idade, devem ser cidadãos dos Estados Unidos por no mínimo sete anos e morar no estado pelo qual foram eleitos (FINE, 2011, p. 131/132).

O Senado dos Estados Unidos será composto de dois Senadores de cada Estado, eleitos por seis anos pela respectiva Assembleia Estadual, tendo cada Senador direito a um

voto. Os senadores devem ter no mínimo 30 anos de idade, devem ser cidadãos americanos por ao menos nove anos e morar no estado pelo qual foram eleitos (FINE, 2011, p. 131/132).

O Poder Executivo é representado pelo Presidente dos Estados Unidos da América. O presidente é escolhido a cada quatro anos e não pode ser eleito por mais de dois mandatos. A Constituição também estabelece as qualificações mínimas para ser presidente: a pessoa deve ser nascida nos Estados Unidos, ter no mínimo 35 anos de idade e residir no país há no mínimo catorze anos (FINE, 2011, p. 138).

O Poder Judiciário dos Estados Unidos será composto de um Suprema Corte e de tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinação do Congresso Nacional. É assegurado aos Ministros, a garantia de uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo (FINE, 2011, p. 141).

A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; as controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros (FINE, 2011, p. 142).

Após abordarmos a descrição do modelo político americano, por intermédio da análise da Constituição dos Estados Unidos da América, precisamos entender na prática como seu da a expressão desse modelo em um caso concreto, que discutiremos no próximo capítulo.

3 *BUSH versus GORE* (2000)

No caso *Bush versus Gore* (2000), os queixosos George W. Bush e Richard Cheney, candidatos republicanos à Presidência e Vice-Presidência dos Estados Unidos da América interpuseram pedido de emergência perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, solicitando a suspensão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal do Estado da Flórida, cuja decisum é o seguinte:

> On December 8, 2000, the Supreme Court of Florida ordered that the Circuit Court of Leon County tabulate by hand 9,000 ballots in Miami-Dade County. It also ordered the inclusion in the certified vote totals of 215 votes identified in Palm Beach County and 168 votes identified in Miami-Dade County for Vice President Albert Gore, Jr., and Senator Joseph Lieberman, Democratic Candidates for

> President and Vice President. The Supreme Court noted that petitioner, Governor George W. Bush asserted that the net gain for Vice President Gore in Palm Beach County was 176 votes, and directed the Circuit Court to resolve that dispute on remand. ___ So. 2d, at ___ (slip op., at 4, n. 6). The court further held that relief would require manual recounts in all Florida counties where so-called "undervotes" had not been subject to manual tabulation. The court ordered all manual recounts to begin at once (BUSH v. GORE, 2000, p. 1).

Daí a petição de emergência de George W. Bush e Richard Cheney à Suprema Corte dos Estados Unidos recebida como uma petição de certiorari. A petição de emergência sustentava três argumentos: o primeiro consistia na argumentação de que a decisão proferida estabelecia novos padrões para resolução de disputas eleitorais dissonantes da previsão constitucional contida no artigo II, § 1, seção 2 da Constituição dos Estados Unidos da América; o segundo era o não cumprimento do prazo contido na seção 5, do 3 USC § 5º [2], regra de regência para determinação sobre controvérsias quanto a nomeação de eleitores e o terceiro argumento seria a violação da cláusula da Igual Proteção de Direitos e devido processo legal contida na Emenda XIV, violação oriunda da recontagem manual dos votos sem qualquer padrão definido[3].

Os fatos ocorreram cronologicamente da seguinte forma.

No dia 07 de novembro de 2000 ocorrera a eleição presidencial nos Estados Unidos da América.

No dia 08 de novembro de 2000, a Divisão de Eleições da Flórida informara que George W. Bush, havia recebido 2.909.135 votos, enquanto Albert Gore Junior, havia recebido 2.907.351 votos, uma margem apertada de 1.784 votos em favor do Governador do Texas, George W. Bush.

A obtenção dos 25 votos eleitorais referentes ao Estado da Flórida asseguraria a vitória para George W. Bush ou para Albert Gore Junior, já que nenhuma das partes em disputa, até aquela data, teria conseguido obter os 270 votos necessários para sagrar-se vencedor do pleito a realizar-se no Colégio Eleitoral.

---

[2] 3 USC § 5º - Se algum Estado tiver previsto, por leis promulgadas antes do dia fixado para a nomeação dos eleitores, a sua determinação final de qualquer controvérsia ou disputa sobre a nomeação de todos ou de qualquer dos eleitores desse Estado, por métodos judiciais ou outros ou procedimentos, e tal determinação deverá ter sido feita pelo menos seis dias antes da hora marcada para a reunião dos eleitores, tal determinação feita de acordo com tal lei que existisse naquele dia, e feita pelo menos seis dias antes da referida data da reunião. Dos eleitores, será conclusivo, e regerá na contagem dos votos eleitorais como previsto na Constituição, e como doravante regulamentada, no que diz respeito à determinação dos eleitores designados por esse Estado. (25 de junho de 1948, cap. 644, 62).

[3] Constituição dos Estados Unidos da América. A R T I G O XIV. 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

O Código Eleitoral da Flórida dispõe acerca de uma recontagem automática de votos, caso a percentagem de diferença de votos seja inferior a meio por cento, o que ocorrera no caso, mas, após a recontagem, a diferença entre George W. Bush e Albert Gore Junior diminuiu.

O problema surgiu porque, na época, o eleitor do Estado da Flórida deveria usar uma caneta para perfurar um cartão de votação, já que a eleição não é totalmente informatizada. O eleitor votava nos candidatos, por intermédio da perfuração com uma caneta, no cartão de votação, que posteriormente, era lido por censores óticos de uma máquina de apuração.

O eleitor deveria perfurar o cartão de votação na cédula ao lado do nome de seu candidato preferido. Não obstante, as máquinas de contagem rejeitaram reflexivamente (ou seja, não incluíram na contagem final), quaisquer cédulas que elas não pudessem ler, ou que de outra forma não estivessem em conformidade com as normas aplicáveis. Os votos rejeitados, porque não foram lidos pelas máquinas de contagem, foram denominados de undervotes. São considerados undervotes as cédulas onde o buraco não foi perfurado até o fim, com uma microteleira pendurada ou apenas assinalado com uma covinha, o que não tornava possível uma leitura confiável. São considerados overvotes as cédulas onde mais de um buraco foi perfurado para o mesmo cargo, indicando, assim, mais de um candidato para mesma posição.

Sob a lei eleitoral da Flórida, isso atribuía a Gore o direito de buscar uma recontagem manual, e ele assim o fez, requerendo uma recontagem manual nos condados de Volusia, Palm Beach, Broward e Miami-Dade.

O Código Eleitoral da Flórida define um voto legal como aquele em que há uma indicação clara da intenção do eleitor. Dessarte, a tarefa fundamental dos funcionários encarregados pela recontagem manual chamados de colportores era examinar cada voto e discernir a intenção do eleitor contida no cartão de votação.

No entanto, não havia uma lei ou diretriz estadual uniforme para determinar como os undervotes e overvotes deveriam ser interpretados na recontagem manual, o que levou a cada equipe de colportores a desenvolver a sua própria diretriz.

No dia 26 de novembro de 2000 a Comissão Apuradora das Eleições da Flórida certificou os resultados da eleição e declarou que o governador Bush vencera os 25 (vinte e cinco) votos eleitorais da Flórida.

No dia 27 de novembro de 2000, o candidato Albert Gore Junior apresentou uma queixa no Tribunal do Circuito do Condado de Leon, sustentando que a recepção de votos ilegais e a rejeição de votos legais poderia pôr em dúvida e mudar o resultado da eleição. O

Tribunal do Circuito negou a pretensão suscitada, argumentando que o queixoso não teria conseguido cumprir o seu ônus da prova, melhor dizendo, não haveria uma dúvida genuína sobre o resultado da eleição, de forma que a certificação da vitória do candidato Bush deveria ser mantida. O candidato apresentou apelação ao Tribunal de Apelação do Primeiro Distrito, que certificou a questão para Suprema Corte do Estado da Flórida.

O Supremo Tribunal da Flórida sustentou que, sob o Código Eleitoral da Flórida, havia incerteza suficiente sobre a contagem de votos referentes aos undervotes, mormente aqueles mencionados no Condado de Miami-Date, de modo, a pôr em dúvida o resultado da eleição e por via de consequência a certificação de vencedores, que os candidatos republicanos George W. Bush e Richard Cheney obtiveram, motivo porque seria necessária a recontagem manual de todos os votos dos condados da Flórida, onde os undervotes não haviam sido submetidos a tabulação manual. O Tribunal também determinou a inclusão no computado geral um ganho líquido de 215 e 168 votos legais em favor do Vice-Presidente Gore, decorrente dos Condados Palm Beach e Miami-Dade.

A Suprema Corte dos Estados Unidos iniciou a sua análise observando que a Constituição dos Estados Unidos atribui a eleição presidencial para as legislaturas estaduais, e não para o povo. A manifestação per curiam[4] do Tribunal esclarece:

> The individual citizen has no federal constitutional right to vote for electors for the President of the United States unless and until the state legislature chooses a statewide election as the means to implement its power to appoint members of the Electoral College. U. S. Const., Art. II, §1. This is the source for the statement in McPherson v. Blacker, 146 U. S. 1, 35 (1892), that the State legislature's power to select the manner for appointing electors is plenary; it may, if it so chooses, select the electors itself, which indeed was the manner used by State legislatures in several States for many years after the Framing of our Constitution. Id., at 28-33. History has now favored the voter, and in each of the several States the citizens themselves vote for Presidential electors (BUSH v. GORE, 2000, p. 3).

Do sistema eleitoral americano decorreriam dois princípios. O primeiro princípio seria o peso igual atribuído a cada voto e a igual dignidade a cada eleitor. O segundo princípio seria a impossibilidade de tratamento arbitrário dos votos. O *decisum per curiam* esclarece:

> When the state legislature vests the right to vote for President in its people, the right to vote as the legislature has prescribed is fundamental; and one source of its fundamental nature lies in the equal weight accorded to each vote and the equal dignity owed to each voter. The State, of course, after granting the franchise in the special context of Article II, can take back the power to appoint electors. See id., at 35 ("[T]here is no doubt of the right of the legislature to resume the power at any time, for it can neither be taken away nor abdicated") (quoting S. Rep. No. 395, 43d Cong., 1st Sess.) (BUSH v. GORE, 2000, p. 3).

[4] "A **decisão *per curiam*** é uma decisão emitida por um tribunal de apelação de vários juízes, em que a decisão proferida é feita pelo tribunal, agindo em conjunto e por unanimidade. Em contraste com as opiniões comuns, um *per curiam* não lista o juiz como o indivíduo responsável pela autoria da decisão, mas a minoria discordante e concordante das decisões é assinada" (GARNER, 2001, p. 503/523).

A segunda abordagem realizada pela Suprema Corte diz respeito a eventual violação da cláusula da igual proteção. Para tanto, a Suprema Corte ressaltou que a proteção igual exige duas noções básicas: a primeira é que cada eleitor deve ter um voto para lançar; a segunda é que a eleição não deve ser administrada de forma que o voto de uma pessoa tenha mais peso que o voto de outra. Esse princípio é chamado regra de uma pessoa, um voto. Colhe-se do *decisum per curiam* proferida:

> The right to vote is protected in more than the initial allocation of the franchise. Equal protection applies as well to the manner of its exercise. Having once granted the right to vote on equal terms, the State may not, by later arbitrary and disparate treatment, value one person's vote over that of another. See, e.g., Harper v. Virginia Bd. of Elections, 383 U. S. 663, 665 (1966) ("[O]nce the franchise is granted to the electorate, lines may not be drawn which are inconsistent with the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment"). It must be remembered that "the right of suffrage can be denied by a debasement or dilution of the weight of a citizen's vote just as effectively as by wholly prohibiting the free exercise of the franchise." Reynolds v. Sims, 377 U. S. 533, 555 (1964) (BUSH v. GORE, 2000, p. 4).

Nesse aspecto, o decisum da Suprema Corte justifica a primazia dos procedimentos democrático no princípio da igual dignidade, litteris: [...] São eles: o princípio da igual dignidade que acena à ideia de que todos os cidadãos devem ser tratados com igual consideração e respeito nas circunstâncias do desacordo [...] (VERBICARO, 2019, p. 461).

A questão fundamental era se os procedimentos de recontagem que a Suprema Corte da Flórida adotara eram consistentes com a obrigação de evitar o tratamento arbitrário e desigual dos eleitores da Flórida. Se, de acordo com os procedimentos eleitorais prevalecentes, os votos estiverem sujeitos a tratamento diferentes entre os distritos, então, a cláusula da igual proteção é violada.

A Suprema Corte dos Estados Unidos considerou que o processo de recontagem manual de todos os votos dos condados do Estado da Flórida determinado pela Suprema Corte da Flórida infringiu a Cláusula da Proteção Igual, contida na Emenda XIV, isto porque, não estabelecera requisitos mínimos para o tratamento não arbitrário dos eleitores necessários para garantir o direito fundamental. A manifestação da Suprema Corte esclarece o ponto fundamental do julgamento:

> The Florida Supreme Court has ordered that the intent of the voter be discerned from such ballots. For purposes of resolving the equal protection challenge, it is not necessary to decide whether the Florida Supreme Court had the authority under the legislative scheme for resolving election disputes to define what a legal vote is and to mandate a manual recount implementing that definition. The recount mechanisms implemented in response to the decisions of the Florida Supreme Court do not satisfy the minimum requirement for non-arbitrary treatment of voters necessary to secure the fundamental right. Florida's basic command for the count of legally cast votes is to consider the "intent of the voter." Gore v. Harris, ___ So. 2d, at ___ (slip op., at 39). This is unobjectionable as an abstract proposition and a starting principle. The problem inheres in the absence of specific standards to ensure its equal application. The formulation of uniform rules to determine intent based on

> these recurring circumstances is practicable and, we conclude, necessary (BUSH v. GORE, 2000, p. 4).

A Suprema Corte citou inúmeras deficiências intrínsecas no processo de recontagem para apoiar a sua conclusão. A falha primordial seria a inexistência de normas uniformes instruindo os colportores sobre como interpretar ou rejeitar as cédulas de votação. Como consequência, os vários distritos desenvolveram suas próprias e variadas diretrizes, o que conduziu um discrepância na interpretação das cédulas de votação. Desta forma, não poderia haver confiança de que o voto de cada eleitor da Flórida tivesse o mesmo peso.

Ademais, não haveria uma autoridade única responsável pelo procedimento de recontagem dos votos, não sendo, portanto, satisfeitos requisitos rudimentares de igualdade de tratamento, inerente a qualquer processo judicial. Nesse sentido, colhe-se da manifestação per curiam:

> The recount process, in its features here described, is inconsistent with the minimum procedures necessary to protect the fundamental right of each voter in the special instance of a statewide recount under the authority of a single state judicial officer. Our consideration is limited to the present circumstances, for the problem of equal protection in election processes generally presents many complexities (BUSH v. GORE, 2000, p. 6).

Tendo chegado a tal conclusão, a Suprema Corte dos Estados Unidos, agora deveria determinar o remédio adequado, havendo desacordo entre os juízes acerca do encaminhamento a ser dado, após o reconhecimento da violação da Emenda XIV. Os desacordos foram sintetizados no voto concordante do Chefe de Justiça Rehnquist, que acabou contando com a adesão da maioria e no voto dissidente do Juiz Breyer.

Pelo voto concordante do Chefe de Justiça Rehnquist, um Estatuto federal, 3 USC § 5º, forneceria um porto seguro sob o qual as certificações de um Estado sobre os votos presidenciais eleitorais seriam conclusivas para todos os fins, mas somente se, entre outras coisas, quaisquer controvérsias relevantes fossem resolvidas nos 6 (seis) dias anteriores à reunião do Colégio Eleitoral. Se um Estado perdesse o prazo e houvesse uma controvérsia pendente, o Congresso iria decidir o assunto.

A maioria foi formada pela opinião dos justices Rehnquist, O´conor, Scalia, Kennedy e Thomas. Colhe-se do voto proferido pelo Chefe de Justiça Rehnquist:

> 3 U. S. C. §5 informs our application of Art. II, §1, cl. 2, to the Florida statutory scheme, which, as the Florida Supreme Court acknowledged, took that statute into account. Section 5 provides that the State's selection of electors "shall be conclusive, and shall govern in the counting of the electoral votes" if the electors are chosen under laws enacted prior to election day, and if the selection process is completed six days prior to the meeting of the electoral college. As we noted in Bush v. Palm Beach County Canvassing Bd., ante, at 6 (BUSH v. GORE, 2000, p. 9).

O Chefe de Justiça Rehnquist argumentou que a interpretação da Suprema Corte da Flórida das leis eleitorais da Flórida distorceu de maneira inadmissível, além do que uma leitura justa exige, com violação do Artigo II. A primeira distorção diz respeito a extensão do prazo de certificação estatutária; a segunda distorção guarda relação com a interpretação de voto legal e a terceira seria a interpretação divergente daquela dada pelo Secretário de Estado, que está autorizada por lei a emitir interpretações vinculativas do Código Eleitoral da Flórida.

Aliado a tais argumentos, a Suprema Corte dos Estados Unidos concluiu que seria impossível o Estado da Flórida implementar um procedimento de recontagem constitucionalmente aceitável dentro do prazo estabelecido no Estatuto federal, 3 USC § 5º. Portanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos revogou a ordem da Suprema Corte da Flórida e suspendeu a recontagem. A Manifestação do Justice Rehnquist diz que

> The scope and nature of the remedy ordered by the Florida Supreme Court jeopardizes the "legislative wish" to take advantage of the safe harbor provided by 3 U. S. C. §5. Bush v. Palm Beach County Canvassing Bd., ante, at 6. December 12, 2000, is the last date for a final determination of the Florida electors that will satisfy §5. Yet in the late afternoon of December 8th -- four days before this deadline -- the Supreme Court of Florida ordered recounts of tens of thousands of so-called "undervotes" spread through 64 of the State's 67 counties. This was done in a search for elusive -- perhaps delusive -- certainty as to the exact count of 6 million votes. But no one claims that these ballots have not previously been tabulated; they were initially read by voting machines at the time of the election, and thereafter reread by virtue of Florida's automatic recount provision. No one claims there was any fraud in the election. The Supreme Court of Florida ordered this additional recount under the provision of the election code giving the circuit judge the authority to provide relief that is "appropriate under such circumstances." Fla. Stat. §102.168(8) (2000) (BUSH v. GORE, 2000, p. 13).

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Bush vs. Gore* (2000), possui uma importância singular para melhor compreensão do modelo de democracia norte-americana. A primeira constatação é a relevância atribuída ao princípio do igual peso de cada voto, o que demonstraria respeito a igual dignidade dos eleitores. A segunda constatação consiste na impossibilidade do tratamento arbitrário dos votos.

A regra um voto, um homem mostra-se tradicional no *common law*, devido o precedente *"Reynolds v. Simms"* (1964), no qual ficou consignado que o conceito de igual proteção seria visto como a exigência de tratamento uniforme de pessoas que se encontram na mesma situação em relação à ação governamental questionada ou desafiada (LOCKHART, 1996, p. 1.330).

Esclarecida a importância do *decisum* para melhor compreensão da democracia americana, cabe destacar que a principal consequência da decisão proferida consiste na impossibilidade de sua utilização como um precedente.

O *decisum* pode ser dividido em três partes distintas, a primeira consiste na decisão per curiam, identificada na opinião comum do Tribunal, a segunda seria observada no voto concordante do Chefe de Justiça Rehnquist, que acabou contando com a adesão da maioria e a terceira, constatada pelo voto discrepante do Juiz Breyer.

A afirmações dos princípios do igual peso atribuído a cada voto e da impossibilidade de tratamento arbitrário dos votos corroboram a conclusão de que a Suprema Corte dos Estados Unidos reafirmou a noção de direitos, pelo menos o direito ao voto, ante a cláusula de Igual Proteção de Direitos e devido processo legal contida na Emenda XIV.

A decisão per curiam, ao que tudo indica filia-se à noção de existência de direitos morais do cidadão, que poderiam contrapor-se a vontade majoritária. O cidadão possui direitos fundamentais contra o governo, certos direitos morais transformados em jurídicos pelas Constituições. Os direitos morais seriam aqueles que o cidadão possui de seguir os próprios princípios ou o direito de seguir a própria convicção. Desse modo, o cidadão teria o direito de desobedecer a lei, toda vez que a lei invade o seus direitos fundamentais contra o governo. Dworkin sustenta a sua noção de direitos no seguinte trecho de sua obra (DWORKIN, 2017, p. 294/295):

> Mas então as respostas às nossas duas questões sobre a desobediência parecem simples, embora heterodoxas. Em nossa sociedade, às vezes um homem tem o direito, no sentido forte, de desobedecer à lei. Tem esse direito toda vez que a lei erroneamente invade seus direitos contra o governo. Se ele tiver um direito moral à liberdade de expressão, terá então o direito moral de infringir qualquer lei que o governo, em virtude daquele direito, não tenha autoridade para adotar. O direito de desobedecer à lei não é um direito isolado, que tem algo a ver com a consciência, mas uma adição a outro direitos contra o governo. É simplesmente uma característica desses direitos contra o governo e em princípio não podemos negá-lo, sem que também neguemos a existência desses direitos.

A concessão de uma primazia à dimensão substancial ao defender a existência de um espaço protegido contra a intervenção das maiorias parlamentares identifica o núcleo da noção de democracia substancial (VERBICARO, 2019, p. 472). A referida noção encontra-se umbilicalmente ligada a própria teoria de direitos propugnada por Ronald Dworkin.

A noção de direitos fora expandida por uma noção mais ampla, a de integridade. A integridade seria alcançada por intermédio de uma interpretação construtiva, fazendo o autor a analogia entre a interpretação judicial e a interpretação da literatura. A função do jurista seria assemelhada a uma obra coletiva, um romance em cadeias, escrito por vários autores, mas nunca concluída. Cada jurista seria como interprete e criador do romance, na medida em que interpreta o que já fora escrito, ele teria a função de continuar um novo capítulo do romance, desde que coerente com aquilo até então produzido. Ao assegurar o dever do jurista de conhecer a obra produzida até então, Dworkin assegura uma ligação com o passado. Por outro

lado, ao impor o dever de guardar coerência para escrever o novo capítulo, Dworkin limita a produção futura do jurista. Nesse sentido Ronald Dworkin sintetiza a noção de integridade no Direito (DWORKIN, 2007, 271):

> Neste capítulo iremos desenvolver a terceira concepção do direito que apresentarei no capítulo III. O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas institucionais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.

A decisão per curiam, como dito, identifica-se com a noção de direitos. Não obstante, a decisão discrepante do Juiz Breyer, ao propugnar um remédio adequado diferente daquele sustentado pelo voto concordante do Juiz Rehnquist, adota uma postura marcadamente procedimental.

A postura procedimental parte da noção que o direito de participação será melhor implementado com a regra da maioria, expressa em eleições e no procedimento legislativo, cuja funções deveriam ter a última palavra em uma democracia (VERBICARO, 2019, p. 457).

Na visão do Juiz Breyer, o remédio correto seria devolver a jurisdição à Suprema Corte do Estado da Flórida para que o referido tribunal implementasse uma recontagem de votos pelos parâmetros estabelecidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos. A postura adequada seria a se autocontenção do Poder Judiciário, já que o Estatuto federal, 3 USC § 5º, atribui ao Congresso e não a Suprema Corte, a competência para resolver a disputa.

Felipe & Garcia esclarecem os fundamentos do Juiz Breyer em seu voto divergente:

> La Constitucion y las leyes federales indican claramente que esta autocontencion es la postura adecuada. Estabelecen um caminho y um procedimento para resolver las impugnaciones electorales, incluso em um caso tan apremiante como este. Y dicho procedimento prevê que sean los Tribunales estatales quienes lo hagan: conforme al 3 USC § 5 si la Ley de um Estado prevê que las impugnaciones sean definitivamente resueltas, y los membros de colégio de electores presidenciales sean designados, mediante um procedimento judicial o de otrro tipo, entoces dichos electores están a salvo de intromissiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.
>
> Por el contrario, la 12ª emmienda encomenda al Congresso la potestade y la responsabilidade respecto de los votos del colégio de electores presidenciales. Uma ley federal de 1887, la Ley del Recuento de Votos Electorales, promulgada despúes de las elecciones que em 1876 enfrentaron a Hayes y a Tilden, estabelece que uma vez que los Estados han intentado resolver las impugnaciones (mediante procedimenientos jurisdiccionales o de outro tipo) el Congresso es le encarregado de solventar las demás impugnaciones y recursos.
>
> Los antecedentes legislativos de la ley de 1887 ponen de manifiesto que se pretendia atribuir al Congresso, y no los Tribunales, la competência para resolver estas disputas: segun la ponencia del republicado Caldwell, la Constitucion quiere que las dos Cámaras lleven a cabo el recuento de los votos del colégio de electores. Sólo pueden computar los votos legales, y para ello deben estabelecer, conforme a los datos y pruebas de que dispongan, lo que sea um voto legal. Se trata de uma

> competência de las Cámaras, y no de ningúm outro órgão o Tribunal (Felipe & Garcia, 2006, p. 642/643).

A ratio decidendi da decisão per curiam encontra-se dissociada dos fundamentos utilizados no voto concordante do Chefe de Justiça Rehnquist, bem como, no voto discrepante do Juiz Breyer, o que inviabiliza a utilização do decisum como um precedente. Na análise do decisum como um todo prevalece a função pragmática de arbitragem da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre qualquer fundamento de coerência ou integridade.

O papel da Suprema Corte dos Estados Unidos foi o de garantir que o jogo de interesses fosse disputado sob bases igualitárias, ao interpretar a cláusula da igual proteção de lei, contida na Emenda XIV, aproximando o voto concordante do Chefe de Justiça Rehnquist a noção de policiamento do processo democrático propugnada por Jonh Hart Ely, cuja teoria é sintetizada por Conrado Hubner Mendes:

> A corte deve fiscalizar a participação e combater eventuais discriminações. O fato de não ser eleita facilitaria essa atividade. Deve ser protetora de direitos civis e políticos inerentes à competição, ao funcionamento e à manutenção dos processos decisórios: liberdade de expressão, de reunião, de associação partidária, o direito de voto. Monitora a equidade procedimental. Preocupa-se em dar voz a setores marginalizados da sociedade.
> A corte, nessa corrente, não pode imiscuir-se nas escolhas democráticas, nas grandes decisões do "povo". Precisa somente garantir que o jogo de interesses seja disputado sob bases igualitárias. Extrapolar essa função e adentrar no domínio dos juízos morais substantivos da democracia equivaleria a um "regime de guardiões" [referência a noção difundida por Robert Dahl em *Democracy and Its Critics*, 1991], por meio do qual o "povo" é privado de governar a si mesmo e se infantiliza ao ter que se subordinar a uma elite que, supostamente, teria mais capacidade para fazer as escolhas por ele. (MENDES, 2011, p. 71-72).

Por tal concepção, a revisão judicial deve possuir como norte a proteção de valores do processo democrático, não sendo lastreada então em valores substantivos. Sob o esquema de John Hart Ely, o papel apropriado das Cortes Constitucionais seria a interpretação das provisões abertas da Constituição como um árbitro. A primeira função seria a de policiar o processo político impedindo que detentores do poder obstruíssem esse processo a serviço do status quo. A segunda função seria impedir a tirania da maioria (ELY, 1997, págs. 102, 103, 106 e 151).

CONCLUSÃO

Neste sentido, este estudo visou evidenciar o debate entre as correntes substancialista e procedimentalista subjacente ao decisum *Bush versus Gore* (2000).

Elucidamos que o processo histórico da democracia americana advém de um contexto de revoluções liberais, onde os "pais fundadores" da república americana

idealizaram um modelo saindo da antiga proposta colonial para um modelo republicano liberal.

Neste contexto, a Constituição dos Estados Unidos da América consistiria em um elemento de igualdade entre os cidadãos, uma verdadeira carta de intenções dos "pais fundadores" como expressa na obra "O Federalista".

Ainda nesta senda, a análise do decisum *Bush versus Gore* (2000) demonstra que a Suprema Corte da Flórida infringiu a Cláusula da Proteção Igual, contida na Emenda XIV, isto porque, não estabelecera requisitos mínimos para o tratamento não arbitrário dos eleitores necessários para garantir tal direito fundamental.

Neste particular, o postulado da democracia substancial de que existem direitos e liberdades fundamentais capazes de limitar o procedimento democrático, acolhido pela decisão per curiam, contraditoriamente, não prevaleceu no voto concorrente do Chefe de Justiça Rehnquist, acolhido pela maioria de juízes no *decisum Bush v. Gore* (2000). Por outro lado, a vertente procedimentalista de autocontenção do Poder Judiciário, propugnada pelo voto do Juiz Breyer, ao atribui ao Congresso e não a Suprema Corte eventual solução da controvérsia, também não prevaleceu.

Com base no decisum podemos deduzir que a Suprema Corte adotou uma visão consequencialista e pragmática impeditiva da continuidade da recontagem de votos no Estado da Flórida, argumentando pela inexistência de tempo hábil na adoção das providências necessárias para assegurar a recontagem de votos pelo parâmetro da igual proteção.

A possibilidade de recontagem dos votos por tal ótica, sem a fixação de um prazo fatal para o término do procedimento significaria um mal funcionamento da democracia, fazendo-se necessária uma intervenção para evitar a assunção de competência do Congresso Nacional dos Estados Unidos com resultados imprevisíveis e possivelmente catastróficos, face uma possível contestação da eleição de Gore, caso ele fosse eleito, conforme sustentado por Richard Posner (POSNER, 2003, p. 258).

Consequentemente, o cumprimento de prazos e regras eleitorais mostraram-se mais relevantes do que se descobrir a vontade dos eleitores do Estado da Flórida. A decisão é extremamente controversa, pela utilização de bases teóricas completamente opostas, não se podendo deduzir a prevalência da corrente substancialista ou procedimentalista pelo teor do decisum.

REFERÊNCIAS:

ACKERMAN, Bruce. **We The People: Foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
ARISTÓTELES. **A Política.** Tradução: Torrieri Guimarães, Martins Claret, 2015.
BRYAN A. Garner. *Black's Law Dictionary*, 2ª ed. St. Paul, MN: West Group. 2001.
BUSH v. GORE. **United States Supreme Court** (Slip Opinion) Cite as: 531 U. S. (2000) 1(2000). No. 00-949. Argued: Decided: December 12, 2000. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/531/98.html>. Acesso em: 10 mar 2019.
CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. Martins Fontes, São Paulo, 2004.
CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da Democracia. Uma introdução crítica**. Porto Alegre: Artmed, 2009.
CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 9 mar 2019.
DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2017.
DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**. Santa Fé de Bogotá: Universidade de los Andes, 1997.
FELIPE, Miguel Beltrán de & GARCIA, Julio V. Gonzáles. **Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América.** Segunda edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Boletin Oficial del Estado, 2006.
FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano.** Martins Fontes, São Paulo, 2011.
GARGARELA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**, Tradução Alonso Reis Freire, São Paulo, Martins Fontes, 2008.
GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.
HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. Tradução Cid Knipell Moreira. 5. ed. New York, Mentor Book, The New American Library, 1961.
LOCKHART, William B.; KAMISAR, Yale; CHOPER, Jesse H; SHIFFRIN, Steven H; FALLON JR, Richard H. **Constitucional Law: cases-comments-questions.** 18 ed, St. Paul, Minn: West Pub, 1996.
MENDES, Conrado H. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.
POSNER, Richard. **Law, pragmatismo, and democracy**, Cambridge: Harvard University Press.
TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América.** São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.
TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América. Livro I – Leis e Costumes.** Martins Fontes, 2005.
PLATÃO. **A República.** São Paulo: Nova Cultura, 1999.
VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2019.