

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FRANCISCA EDINEUSA PAMPLONA DAMACENA

**A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO
DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

CURITIBA

2017

FRANCISCA EDINEUSA PAMPLONA DAMACENA

**A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO
DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUC/PR, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito Econômico e Socioambiental.

Orientadora – Prof^a. Dra. Katya Kozicki

CURITIBA

2017

FRANCISCA EDINEUSA PAMPLONA DAMACENA

**A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO
DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná [PUC], como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito Econômico e Socioambiental.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Katya Kozicki
Orientadora e Presidente da Banca
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof^ª. Dra. Claudia Maria Barbosa
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof^ª. Dra. Danielli Anne Pamplona
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof^º. Dr. William Soares Pugliese
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil

Prof^ª. Dra. Melina Girardi Fachin
Universidade Federal do Paraná, UFPR

Curitiba, PR, 21 de agosto de 2017.

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

Damacena, Francisca Edineusa Pamplona

D154p
2017

A participação popular no processo de legitimação democrática do
Judiciário brasileiro/ Francisca Edineusa Pamplona Damacena ; orientadora:
Katya Kozicki. – 2017.
228 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba,
2017

Bibliografia: f. 215-228

1. Poder Judiciário e questões políticas. 2. Legitimidade (Direito).
3. Democracia. 4. Direito Constitucional. I. Kozicki, Katya. II. Pontifícia
Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Dóris 3. ed. – 341.256

Dedico a minha mãe Neusa Gadelha Pamplona que foi para o plano espiritual no decorrer deste doutorado e queria muito que eu o concluísse para trazer uma contribuição ao Brasil.

Que as reflexões e proposições aqui desenvolvidas sejam sugestivas de muitas outras, a fim de que juntos possamos contribuir para o avanço do processo de legitimação democrática do Poder Judiciário brasileiro.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a DEUS, fonte de vida, amor e sabedoria, que me permite aprender a viver neste plano material sem ignorar o plano espiritual. Toda beleza que meus olhos podem contemplar na natureza deste universo infinito com as melodias que meus ouvidos escutam são a natureza divina presente em nossas vidas.

Ao MESTRE GABRIEL, por ter me permitido ampliar a consciência de mim mesma e do mundo em que vivo, para sentir e penetrar além dos horizontes que o conhecimento científico é capaz de revelar.

A minha mãe, NEUSA GADELHA PAMPLONA, pessoa íntegra e estudiosa, que sempre acreditou em mim e na educação como instrumento de transformação. Eu cresci ouvindo-a dizer da importância do estudo e que eu poderia vir a ser uma doutora de que o nosso Brasil precisa para contribuir com um mundo mais fraterno e justo.

Ao meu pai, JOSÉ JOÃO PAMPLONA XAVIER, que pelo exemplo de humildade e generosidade, transmitiu valores morais para o bem viver e cumprir nossa missão nesta Terra, reconhecendo nossos limites, conforme os ensinamentos de Jesus, Mestre dos Mestres, que sempre nos orienta.

À PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ – PUC, nas pessoas dos competentes professores doutores da Escola de Direito: MARÉS, QUERINO, VLADMIR, BLANCHET, EMERSON GABARDO, EFING, CINTHIA, ANDRÉ FOLLONI, pessoas comprometidas com o progresso da ciência. E em especial às professoras CLAUDIA BARBOSA e DANIELLI PAMPLONA pelas valiosas observações e sugestões feitas na banca de qualificação, a fim de aprimorar este trabalho. As senhoras e os senhores me proporcionaram importantes aprendizados nesta vida.

À minha orientadora, professora Dra. KATYA KOZICKI pela orientação e exigência a fim que esta tese resultasse num bom trabalho acadêmico, que é o fruto de esforço e dedicação. Sei que a senhora exercitou sua paciência para comigo e compreendeu minhas limitações. Suas palavras de estímulo e observações foram fundamentais para conclusão desta tese.

À FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE REGIONAL DO CARIRI - URCA, na pessoa do professor JOSÉ PATRÍCIO, que no exercício de Reitor, assumiu este projeto com dedicação

desde o momento da elaboração até seu desfecho, com o propósito que frutifique bons frutos para a região do Cariri cearense, reiterando o compromisso acadêmico e social desta instituição. Esta rica experiência que a URCA proporcionou a oito dos seus profissionais será multiplicada. Foram saberes que não se esgotam no conhecimento técnico, mas no exercício da resiliência, perseverança, renúncia, humildade, paciência, fé, controle emocional e físico, todas essas virtudes são exercitadas neste processo de doutoramento e serão transmitidas aos alunos que ingressam nos cursos da URCA e, igualmente a nós, precisam desenvolver estas capacidades para alcançarem seus objetivos nesta vida.

Ao coordenador do DINTER/URCA, professor Dr. MICAELSON LACERDA e ao secretário ARTHUR CIRILLO, por todas as providências administrativas tomadas. Assim como à coordenação da PUC/PR e às secretárias EVA CURELO, DAYANE e GLAIR BRAUN, pela atenção e gentileza com que sempre nos atenderam. Sei que também não é fácil o trabalho que vocês desempenham com responsabilidade e cordialidade.

Aos fortes colegas doutorandos deste DINTER: ADRIANO, ALEXANDRE, ANA ELISA, INALDO, JOSÉ PATRÍCIO, LÍGIA, MOTA, RAMA e ROBERTO, pelos bons momentos compartilhados e pela força nos momentos difíceis. A vida debaixo do sol não é fácil para ninguém, ainda bem que o sol nosso de cada dia no nordeste brasileiro nos aquece, ilumina e fortalece. Para nós, utilizo a frase dita por Euclides da Cunha, no livro Os Sertões “O sertanejo é, antes de tudo, um forte”.

Ao meu companheiro JOSÉ WILSON DAMACENA, pai dos meus filhos ANA THEREZA, JHULIANA, WILSON e de MARIA CLHARA, que não mediu esforços para que estes não fossem prejudicados com minha ausência, licenciando-se do trabalho, por quase dois anos, para se dedicar à família. Vocês, que souberam entender e bem se comportar durante todo este processo, foram minha base e maior fonte de inspiração e força. E agora, recordo a oração que Santa Teresa D’Ávila nos deixou, da qual destaco: [...] “Tudo passa, a paciência tudo alcança, quem a Deus tem, nada falta!

Aos meus irmãos: TIAGO, JOSINEIDE E LUCIANA; meus cunhados: NIRSON NETO e EDIVÂNIA, meus sobrinhos: GABRIEL, KAIKI, IAN, WILIAN e RENAN, presentes preciosos que Deus nos concedeu. A experiência de viver em família, por todos os motivos que cada um sabe, é a que mais nos enriquece, alegre e dá sentido a esta vida. A confiança e o amor dos senhores nutrem minha coragem para vencer os obstáculos. Que

continuemos assim, incentivando e sendo bons exemplos uns para os outros, como nossos pais nos ensinaram.

Aos meus alunos do CURSO DE DIREITO DA URCA com os quais tenho aprendido Direito ao longo destes felizes e gratificantes 19 anos de magistério e nos quais deposito minha esperança de ver as instituições jurídicas se renovarem. É uma felicidade vê-los exercendo suas carreiras com ética e competência, sendo, sobretudo bons cidadãos.

À amiga Dra. LAUDECI MARTINS, por compartilhar comigo sua experiência em pesquisa científica, pelas horas disponibilizadas para ler e auxiliar-me na estruturação desta tese. Sem dúvida sua orientação fez diferença no resultado deste trabalho, assim como sua presença amiga em nossas vidas.

Ao nosso amigo FLÁVIO QUEIROZ pelas correções ortográficas feitas com tanta presteza, em um curto espaço de tempo, de forma tão abnegada e gentil, numa demonstração de amizade.

Aos professores amigos: CRISTÓVÃO e JOÃO ADOLFO, pessoas a quem admiro pelo compromisso acadêmico e por estarem sempre dispostos a compartilhar seus saberes. Suas contribuições foram muito importantes para o êxito deste trabalho.

Às professoras: JAHYRA e ODERLANIA, pelo apoio, amizade e disponibilidade para ler esta tese.

À ROBERTA GONÇALVES, aluna exemplar que me honra com sua amizade e parceria acadêmica nos projetos de monitoria e pesquisa. Lembrei-me de um ditado que afirma que quem sabe ser discípulo, saberá ser mestre. A quem sou muito grata pelo companheirismo durante este processo.

Aos meus professores do COLÉGIO NOSSA SENHORA AUXILIADORA e aos do CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA (UFPB), hoje Universidade Federal de Campina Grande, ambos localizado em Sousa-PB, minha cidade natal e aos meus professores do mestrado da UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ (UFC). Sem a participação de todos eu não teria percorrido o caminho para chegar ao ponto em que hoje me encontro. A cada um de vocês, que são parte da minha história, eu sou grata.

Aos autores que constam nas referências bibliográficas. Graças ao trabalho destes, foi possível fundamentar e robustecer esta tese.

A todos que contribuíram com este processo, entre estes, professores, alunos, amigos e familiares, cada qual da sua forma me agraciou com tijolos para construção deste trabalho. Uns me emprestando livros, outros lendo, orientando, enviando energias positivas, preces, uma mensagem de estímulo, de compreensão neste momento em que nos sentimos solitários e carentes de todo auxílio para renovar nossa esperança. Sem as contribuições dos citados nominalmente e não citados nestes agradecimentos, teria sido ainda mais difícil concluir esta tese. A todos, minha eterna gratidão.

Uma tese não é mérito apenas do autor, nem é realizada para seu engrandecimento, mas por permissão divina, graças à união que edifica toda obra do Pai. Que Deus me permita saber valorizar mais esta conquista e continuar sendo digna das suas graças, que por muitas vezes se manifestou por meio do olhar de cada um de vocês. Graças eu dou a Deus pela oportunidade de estudar e trabalhar com o pensamento voltado para o propósito de trazer uma contribuição para alimentar a esperança em um mundo mais justo e fraterno.

RESUMO

O objetivo central desta tese é discutir uma nova forma de atuação do Poder Judiciário brasileiro, com foco na jurisdição constitucional, buscando avançar no processo de legitimação democrática no Brasil. A escolha do tema deve-se à percepção de que essa atuação necessita ser repensada em virtude dos recentes acontecimentos no Brasil envolvendo a Política e o Direito, os quais desencadearam muitas dúvidas e discussões a respeito da democracia e do constitucionalismo contemporâneos. Para a construção do trabalho foi realizado um estudo teórico exploratório, consistente em revisões bibliográficas acerca do problema. A técnica de pesquisa utilizada foi a documental e o método de procedimento, o hipotético-crítico. Na discussão das possibilidades para responder à crise de legitimação democrática na jurisdição constitucional brasileira recorreu-se ao direito comparado, buscando novos horizontes teóricos. Nos resultados, discutem-se alternativas que ampliam as condições para que a atividade judicante brasileira possa ser considerada legítima dentro da ótica da democracia e se apresentam propostas de abertura da jurisdição constitucional brasileira à participação popular, com a inserção de atores de outras áreas do saber nas interpretações e dicções do direito. Isso é essencial para a reconfiguração da atividade jurisdicional, pautada pela busca de legitimidade democrática e comprometida, ao mesmo tempo, com os direitos fundamentais dos seres vivos.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Legitimidade Democrática. Participação Popular. Conselho Constitucional Plural.

SUMMARY

The main objective of this thesis is to discuss a new form of operation of the Brazilian Judiciary System, focusing on constitutional jurisdiction, seeking to advance the process of democratic legitimacy in Brazil. The choice of the theme is due to the perception that this action needs to be rethought, particularly in light of recent events in Brazil involving politics and the law, which triggered many questions and discussions about democracy and contemporary constitutionalism. For the construction of this work a theoretical exploratory study was carried out, consisting of bibliographical reviews regarding the problem. The technique used was documentary research, and the method of procedure was hypothetical-critical. In the discussion of the possibilities of response to the crisis of democratic legitimacy within Brazilian constitutional law, comparative law was applied, looking for new theoretical horizons. In the result, discussing alternatives to extend the conditions for Brazilian judicial activity can be considered legitimate within the perspective of democracy and present proposals for the opening of the Brazilian constitutional jurisdiction to popular participation, with the inclusion of actors from other areas of knowledge in interpretation and expression of law. This is essential for the reconfiguration of the judicial activity, guided by the search for democratic legitimacy and at the same time committed to the fundamental rights of living beings.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Democratic Legitimacy. Popular Participation. Plural Constitutional Council.

RESUMEN

El objetivo central de esta tesis es discutir una nueva forma de actuación del poder judicial brasileño, con enfoque en la jurisdicción constitucional, buscando avanzar en el proceso de legitimación democrática en Brasil. La elección del tema se debe a la percepción de que esa actuación necesita ser repensada en virtud de los acontecimientos contemporáneos ocurridos en Brasil involucrando la Política y el Derecho, factor que desencadenó muchas dudas y discusiones acerca de la democracia y el constitucionalismo contemporáneos. Para la construcción de esta tesis se realizó un estudio teórico exploratorio consistente en revisiones bibliográficas acerca del problema. La técnica utilizada fue la investigación documental y el método de procedimiento, el hipotético-crítico. En la discusión de las posibilidades para enfrentar la crisis de legitimación democrática en la jurisdicción constitucional brasileña se empleó el derecho comparado. En los resultados, se discute alternativas que amplían las condiciones para que la actividad judicial brasileña pueda ser considerada legítima dentro de la óptica de la democracia y se presentan propuestas de apertura de la jurisdicción constitucional brasileña a la participación popular, con la inclusión de actores de otras áreas del conocimiento en la interpretación y dicciones del derecho. Esto es esencial para la reconfiguración de la actividad judicial, pautada por la búsqueda de legitimidad democrática y comprometida, al mismo tiempo, con los derechos fundamentales de los seres vivos.

Palabras clave: Jurisdicción Constitucional. Legitimidad Democrática. Participación Popular. Consejo Constitucional Plural.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I	
1 LEGITIMIDADE E DEMOCRACIA NA INTERFACE COM A POLÍTICA E O DIREITO.....	15
1.1 NA BUSCA DA LEGITIMIDADE.....	16
1.2 O DESENVOLVIMENTO DA DEMOCRACIA: DOS MODELOS CLÁSSICOS AOS CONTEMPORÂNEOS	25
1.2.1 Ampliando o valor epistêmico da democracia: a proposta da democracia deliberativa, agregativa e agonística	34
CAPÍTULO II	
2 CONSTITUCIONALISMOS E DEMOCRACIAS	54
2.1 DELINEAMENTOS PARA COMPREENDER A EVOLUÇÃO DOS CONSTITUCIONALISMOS E DA DEMOCRACIA	55
2.2 OS SISTEMAS JURÍDICOS DE CONTROLE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	66
2.3 LEGITIMIDADE E LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO LIMITE COM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL.....	75
CAPÍTULO III	
3 AMPLIAÇÃO DOS MECANISMOS DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO - AMERICANO.....	91
3.1 OS DESAFIOS DAS SOCIEDADES MULTICULTURAIS PARA SUPERAR O MODELO COLONIAL MONISTA.....	96

3.2 BASES JURÍDICAS DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NAS CARTAS CONSTITUCIONAIS DO EQUADOR E DA BOLÍVIA	108
---	-----

3.2.1 A legitimidade democrática no Equador	110
---	-----

3.2.2 A legitimidade democrática na Bolívia	118
---	-----

CAPÍTULO IV

4 LEGITIMIDADE E JUDICIÁRIO DEMOCRÁTICO NO BRASIL: UMA DISCUSSÃO POSSÍVEL.....	127
---	------------

4.1 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA A PARTIR DA CRFB/ 1988	129
---	-----

4.2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ESCOLHA DE SEUS MINISTROS.....	141
--	-----

CAPÍTULO V

5 PROPOSTA DE DEMOCRATIZAÇÃO PARA O JUDICIÁRIO BRASILEIRO: ABERTURA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL À PARTICIPAÇÃO POPULAR.....	164
---	------------

5.1 TEORIAS DA ÚLTIMA PALAVRA E TEORIAS DO DIÁLOGO	171
--	-----

5.2 TEORIA DO CONTROLE DEMOCRÁTICO DE CONSTITUCIONALIDADE - PROPOSTA DE CRIAÇÃO DE UM CONSELHO CONSTITUCIONAL PLURAL PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	186
--	-----

CONCLUSÃO	203
------------------------	------------

REFERÊNCIAS	215
--------------------------	------------

INTRODUÇÃO

Em meio à complexa realidade da América Latina e as engrenagens do sistema capitalista encontram-se as instituições políticas e jurídicas, imbricadas, pressionadas por velhos e novos problemas¹ que giram em torno da legitimidade democrática. Contemporaneamente, os Poderes Executivo e Legislativo, no Brasil, vivenciam uma crise de legitimidade democrática² e o povo brasileiro assiste, passivamente, o Judiciário se sobrepondo à soberania popular, sem discutir mais profundamente para compreender a dimensão da problemática.

Trazer a discussão da legitimidade democrática, do âmbito do Legislativo e Executivo, ao Judiciário, âmbito que tradicional e normalmente não discutia essa questão, constitui um desafio neste momento histórico de instabilidade democrática pelo qual passa o Brasil. Tais acontecimentos mostram que a Política não vem dando conta de sua missão. Com isso, questões políticas e sociais, que anteriormente entendiam-se como assuntos restritos à esfera política, foram sendo judicializadas, envolvendo o Poder Judiciário com questões relacionadas às demandas que reclamam legitimidade democrática para resolvê-las.

Neste contexto, o objetivo central desta tese é discutir de que forma deve se dar a atuação do Poder Judiciário brasileiro para avançar no processo de legitimação democrática. A escolha deste tema deveu-se à percepção de que este assunto merece ser repensado em virtude dos acontecimentos contemporâneos, ocorridos especialmente no Brasil, envolvendo a Política e o Direito, que desencadearam muitas dúvidas e discussões no que diz respeito ao que vêm se reduzindo a democracia e o constitucionalismo.

Trata-se de uma temática relevante à Política, ao Direito, e, sobretudo à sociedade, que merece ser melhor enfrentada a fim que se recupere a confiança do povo num regime democrático, a partir da compreensão dos antagonismos sociais inerentes às complexas sociedades plurais, e, sem prescindir dos direitos das minorias ou majorias historicamente excluídas.

¹ Alguns eram ocultados pelos sistemas político e jurídico passaram a ser expostos e revelados à população. Essa revelação vem ocorrendo quando há uma boa utilização dos recursos da era tecnológica e da melhoria no nível de escolaridade da população.

² Esse tema será tratado no decorrer da tese. A princípio, pode-se dizer que a crise de legitimidade nos Estados latino-americanos tem uma séria de fatores, entre estes está o fato da questão da legitimidade ter saído do claustro das fórmulas procedimentais para o mundo das arbitrariedades.

Para a construção teórica desta tese, que tem como título ‘A Participação Popular no Processo de legitimação democrática do judiciário brasileiro’, num primeiro momento, realizou-se um estudo teórico exploratório, pautado em revisões bibliográficas e análise documental, acerca do tema acima descrito. Para enriquecer a discussão, foram utilizados autores norte-americanos, europeus, e principalmente, latino-americanos. A técnica de pesquisa utilizada foi a pesquisa documental, pautada, principalmente, na leitura e na interpretação de textos variados, encontrados principalmente em livros, teses e artigos científicos. Com relação ao método de procedimento para demonstrar as questões pertinentes à temática investigada, utilizou-se o método hipotético-crítico.

A fim de discutir possibilidades para enfrentar a crise de legitimação democrática na jurisdição constitucional brasileira, empregou-se o Direito Comparado a fim de encontrar novos horizontes teóricos. É perscrutado o que foi realizado no sistema judicial de alguns países, no intuito de garantir a independência dos juízes e maior legitimidade em suas decisões, além de reequilibrar a relação dos poderes entre si e com a sociedade, por meio de mecanismos de controle social e da ampliação da participação popular.

Como o Poder Judiciário se arvora em realizador do ideal de justiça constitucional e toda demanda por direitos tem a pretensão de ser legítima, o mesmo precisa possuir legitimidade para resolvê-las. Porém, a legitimidade democrática do Poder Judiciário não pode ser fundamentada apenas num dispositivo legal. Por isso, surge a preocupação com os indícios de que este³ estaria exercendo o controle político no Brasil.

Desse modo, entre tantos questionamentos suscitados nesta seara, encontram-se questões tais como as seguintes: O Direito se transformou no direito dos juízes? Quem deve corrigir as normas constitucionais é o legislador ou o juiz? A soberania popular pode estar sujeita a vontade de um juiz (no caso de decisões monocráticas) ou a um grupo de juízes (no caso de decisões colegiadas)? Se o povo não se sente representado pelo Legislativo e Executivo, eleitos por meio do voto popular, será representado pelo Judiciário, que sempre foi considerado o menos democrático de todos os poderes? Qual é a legitimidade que o poder constituinte originário confere aos Poderes por meio da Constituição? É a legitimidade democrática condição necessária para o funcionamento de todas as instâncias na Política e no Direito? Em que se fundamenta a legitimidade democrática das instituições políticas e jurídicas no marco do Estado constitucional e democrático no Brasil?

³ A política passou a ser judicializada e a jurisdição constitucional a proferir decisões sem avaliar as implicações que repercutem em todo funcionamento do Estado e sem ter a representação popular, indo além do que sua esfera de competência permite.

Em meio a esse conjunto de indagações definiu-se a questão central desta tese, qual seja: de que forma deve se dar a atuação do Poder Judiciário brasileiro para avançar no processo de legitimação democrática? Para responder a esta questão central e as demais que perpassam por esta discussão, no primeiro capítulo objetiva-se compreender os pilares sobre os quais se assenta, de um modo geral, a legitimidade; para na continuidade, enfrentar-se as causas que defraudaram os processos de crise que as instituições políticas e jurídicas enfrentam no atual contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro. Para tanto, faz-se uma análise integrada da legitimidade na interface com a Política e o Direito, em perspectiva histórica e comparada.

Ainda neste primeiro capítulo, perscrutam-se os modelos de democracia. Esta parte consiste em um diagnóstico sobre a possibilidade de identificar se há algum modelo mais eficaz e confiável de democracia. Além das formulações legadas pelas teorias liberais tradicionais, foram investigadas outras versões contemporâneas, a fim de encontrar melhores alternativas que deem conta das necessidades da conjuntura atual, ou seja, mais afinadas com a realidade e com as transformações que vêm ocorrendo no seio das sociedades latino-americanas.

No segundo capítulo, o objetivo é compreender o processo histórico que conduziu a afirmação da teoria da supremacia da constituição e a institucionalização dos sistemas de controle de constitucionalidade das leis nos Estados Nacionais. Nesta perspectiva, faz-se um balanço da relação entre constitucionalismos e democracias a partir de uma revisão teórica da experiência dos sistemas, americano e europeu, de controle de constitucionalidade das leis.

O fato destes conceitos estarem em permanente tensão no Estado Democrático de Direito, decorre das próprias regras que foram estabelecidas com base na teoria clássica da divisão das funções do poder, que permeiam o constitucionalismo contemporâneo. Por isso, é importante analisar o tema da separação de poderes e as finalidades políticas e jurídicas a que serviu e serve este princípio.

Na continuidade deste capítulo, diferencia-se legitimidade e legitimação no âmbito do Poder Judiciário. Em primeiro lugar para perscrutar o processo que levou à legitimidade da jurisdição constitucional para decidir questões que outrora eram tratadas na esfera política. Em segundo lugar, para compreender as inadequações que obstaculizam a realização da democracia constitucional na América Latina, em especial no Brasil. Ademais, discute-se a respeito do ativismo judicial e as questões que giram em torno deste, de como são estabelecidos critérios, limitações e entendimentos na jurisdição constitucional brasileira.

No terceiro capítulo, o objetivo é identificar em referências descoloniais, inovações em relação ao modelo constitucional de Estado, que reconheça a importância da participação

popular no controle das instituições públicas. Procura-se investigar na “epistemologia do sul” e na teoria jurídica produzida nos últimos anos, denominada de novo constitucionalismo latino-americano, elementos para repensar a teoria do direito e do direito constitucional brasileiro. Neste sentido, constrói-se uma ponte entre o constitucionalismo e a democracia na América Latina, alicerçada sobre a base do pluralismo jurídico e dos estudos pós-coloniais realizados a partir das contribuições do novo constitucionalismo latino-americano, que tem expressão nas novas constituições do Equador e da Bolívia.

A seguir, neste mesmo capítulo, abordam-se os processos constituintes da América Latina, especialmente, as experiências do Equador e as inovações da Constituição promulgada em 2008, e a da Bolívia, cuja Constituição foi promulgada em 2009. A escolha por esses países deve-se ao fato dos mesmos terem implementado importantes mudanças nas suas instituições políticas e jurídicas no sentido de ampliar os mecanismos de participação cidadã e fortalecer a legitimidade democrática. Nestes aspectos, as Constituições do Equador e da Bolívia, ampliaram os mecanismos de democracia direta e reconheceram a democracia comunitária desenvolvida pelos povos tradicionais.

Para avaliar o que vem sendo experimentado no Brasil, o quarto capítulo aborda a construção da democracia constitucional, suas conquistas e limites a partir da Constituição do Brasil de 1988. Analisam-se os mecanismos democráticos inovadores que vêm sendo criados para reconfigurar as instituições políticas e jurídicas, a fim de legitimá-las democraticamente. Com esta finalidade, é realizada uma breve análise das propostas de emenda à Constituição que tramitam no Congresso Nacional, e versam sobre a modificação no sistema de investidura dos juízes da Corte Constitucional brasileira.

No quinto capítulo, objetiva-se acrescentar algo ao desenvolvimento teórico e prático do objeto estudado, propondo alternativas que ampliem as condições para que a atividade judicante brasileira possa ser considerada legítima dentro da ótica da democracia. Para tanto, apresenta-se uma reflexão crítica que venha a contribuir para o processo de democratização do Judiciário brasileiro. Além disso, nesta parte, procura-se comprovar a razoabilidade da hipótese proposta no projeto desta tese, qual seja, a abertura responsável do campo judicial, mormente, a jurisdição constitucional à participação popular e a inserção de atores de outras áreas do saber nas interpretações e dicções do Direito.

A tese está permeada pela crítica à teoria tradicional do Direito e enfrenta o desafio de contribuir com a discussão de uma nova teoria social do Direito que vem se desenvolvendo paulatinamente sob as bases de um pluralismo contra-hegemônico e não globalizante, de natureza emancipadora e comprometida com os povos latino-americanos.

CAPÍTULO I

1 LEGITIMIDADE E DEMOCRACIA NA INTERFACE COM A POLÍTICA E O DIREITO

Este capítulo tem por objetivo possibilitar algumas reflexões alusivas às teorias da legitimidade e da democracia na interface com a Política e o Direito, para em seguida analisar as contradições que envolvem o tema da legitimidade democrática. Para ficarem evidentes os motivos que trouxeram à discussão deste tema, delinea-se um pouco do caminhar histórico deste processo, os avanços e desafios⁴.

No primeiro subtópico, busca-se compreender os pilares sobre os quais se assenta de um modo geral, a legitimidade, para na continuidade, se enfrentar as causas que defraudaram os processos de crise⁵ de legitimidade democrática que as instituições políticas e jurídicas enfrentam no atual contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro. Para tanto, faz-se a análise da legitimidade em perspectiva histórica e comparada, nas repúblicas ocidentais em que a sociedade adota a democracia como regime de poder.

Pressupõe-se que numa República Democrática, a atuação dos poderes que não estiver sustentada pelo pilar da legitimidade democrática, deveria ser invalidada pelo descumprimento de um pressuposto objetivo e subjetivo para a ordem política e jurídica. E existem critérios objetivos e subjetivos, estabelecidos normativamente, para se aferir a legitimidade democrática?⁶

A crise de legitimidade democrática evidencia que se esses critérios existem, eles não vêm sendo atendidos. E isto se constitui num problema para os poderes constituídos e ainda maior para a sociedade que reclama pela realização da justiça constitucional. Na sequência deste trabalho, estudar-se-ão os modelos de democracia experimentados no Ocidente, a fim de entender o que o título “democrático” representa na prática real da vida de um povo.

A dimensão problematizadora decorre da necessidade de se encontrar uma maneira de se consolidar a legitimidade democrática no âmbito do Poder Judiciário. Nesta tese, antes de se

⁴ Este estudo preliminar serve para embasar o desenvolvimento dos temas subsequentes.

⁵ Encara-se essa crise como um momento de dificuldade, mas acredita-se ser uma oportunidade para se avançar no tocante a matéria de legitimidade democrática.

⁶ Pairam-se dúvidas se a legitimidade democrática é realmente levada em consideração para aferição do grau de democracia que um país possui.

adentrar nestas questões, discutir-se-á a respeito dos conceitos de legitimidade, já que muitas dúvidas e incertezas rodeiam esta expressão, no contexto político e jurídico brasileiro.

1.1 NA BUSCA DA LEGITIMIDADE

Encontram-se muitos sentidos para a expressão legitimidade. Essa questão, além de afetar a dogmática jurídica, deságua nas práxis jurídica e política, conforme se verá no decorrer do capítulo.

Em sua etimologia, a expressão vem do latim *lex, legis*, que deu origem a *legitimus*, que foi traduzida para a língua portuguesa como legítimo, do qual derivou o substantivo legitimidade. Segundo SILVA (2003, p.395): “A fundamentação em ‘lex’ dá a ideia de algo conforme o que é prescrito, estabelecido, aceito”. Por essa razão, é comum encontrar-se interpretada no contexto jurídico-político como legalidade⁷. Contudo, é possível se encontrar outros significados⁸.

Sobre o termo legitimidade, ADEODATO (1989, p. 35-36), diz ser de origem romana e significava em conformidade com a lei. Em seguida, explica que as leis em Roma, nasciam de casos concretos propostos ao magistrado, mas eram votadas nas assembleias de cidadãos, com a participação direta dos governados na efetivação das decisões, sob a vigilância do senado. Por ser sancionada pelo povo - fonte do poder, e pelo senado - fonte de autoridade, toda lei era considerada legítima.

Desta explicação pode-se entender que assim como utiliza-se a expressão ‘legitimidade da lei’, pode-se também usar a expressão ‘legitimidade do direito’. Ambas, equivalem à legitimidade do exercício do poder, por defluir das fontes de poder e autoridade. A autoridade edificada sobre a base do poder legítimo era considerada a instância de legitimidade do poder⁹ e legítimos eram todos os seus atos praticados que estivessem de acordo com a lei¹⁰.

⁷ É comum ouvir-se que a legitimidade está subsumida na legalidade, porém a sustentabilidade desta premissa é questionável.

⁸ No dicionário Léxico (2009): 1. Característica do que ou de quem é legítimo; 2. O mesmo que legalidade; designação do que ou de quem é autêntico; 3. Denominação de autenticidade ou veracidade; 4. Designação do direito de sucessão por motivos de hereditariedade; 5. Relativo àquilo ou àquele que apresenta conformidade com a razão; que tem direito, por justiça. (Etm. legítimo + dade).

⁹ Isso porque o Direito romano da idade média e a elaboração jurídica do Digesto seguiram o preceito da autoridade. Posteriormente, no período renascentista, foi que se avançou na análise histórico - filosófica.

¹⁰ Num breve recorte, sem a pretensão de realizar uma abordagem historiográfica das contribuições dadas pelos romanos ao tema, o autor destaca as constantes ameaças internas e externas as quais o poder sempre esteve

Mais adiante, ADEODATO (1989, p. 45-46), explica que no apogeu do jusnaturalismo antropológico, o fundamento do poder e da ação política estava na razão humana. Era dela, que os homens que detinham o poder, extraíam os princípios supremos que norteariam suas ações.

Quando se constata a fragilidade da razão humana, admite-se que o fundamento do poder está no âmbito interno da vontade humana, que sente a necessidade de examinar a fonte de legitimidade, e esta passa a ser o fundamento do Direito¹¹. Todavia, quando o Estado moderno se arvorou do monopólio para dizer o Direito e a positivação colocou a lei como a principal fonte do Direito, a legitimidade transforma-se em legitimação, porque o que antes era um fundamento do Direito passou a ser uma ação legitimadora por parte do Estado por meio do seu ordenamento jurídico.

Para ADEODATO (1989, p. 55), o poder já estava organizado de tal maneira que não necessitava mais de um fundamento externo que fornecesse a base para o seu exercício. Assim, a legitimidade deixa de ser atribuída a elementos externos, passando a se autolegitimar. Foi desta forma que o sistema jurídico deixou o fundamento da legitimidade relegado a um segundo plano ou a invocando quando era conveniente para a obtenção de resultados, que chega a considerar como legítima a violência perpetrada cotidianamente pelos Estados democráticos em nome da ordem social, assim como os Estados ditatoriais.

Hodiernamente, é comum se vê esta incoerente postura sendo adotada pelos membros do sistema político e jurídico, sendo ensinada nas faculdades de Direito e assim, vai se perdendo a noção de legitimidade, de tanto esta ser banalizada e aplicada multifacetariamente. Quando resulta conveniente, serve-se do argumento da legitimidade da lei, como uma boa justificativa na sua relação com a legalidade, ou seja, se quer dizer que a lei deve ser respeitada porque é fruto da vontade soberana do povo.

Para DUSSEL (2009), a legitimidade é anterior à lei e a determina, sendo assim, é mais que mera legalidade. E DUSSEL (2009, p. 283) explica:

Legitimidad, en el sentido en que lo hemos bosquejado, es sin embargo mucho más que mera legalidad, y, además, es anterior a las leyes y las determina como legítimas o no. La legalidad (o coincidencia de la acción con la obligatoriedad objetiva de la norma legal) de la acción o la institución con respecto a la ley se funda, por otra parte, en su legitimidad. La legitimidad define el modo de la voluntad y de la razón práctica que deciden y promulgan la ley. Si la ley no es legítima se anula la necesidad de la legalidad. Si no hay

sujeito, evidenciando sua fragilidade. Fala da diferença entre um imperador que tem a legítima *potestas* (poder legítimo) de um imperador usurpador, que chegou ao poder por meio da *tyrannica usurpatio* (usurpação tirânica). O autor chama a atenção para o fato do estabelecimento desta diferença não ter conseguido evitar os déspotas.

¹¹ Na era Cristã, a igreja foi conivente com a separação entre o exercício do poder e a fonte de legitimidade, pela conveniência de ligar a política com a religião e afirmar a lei divina como o primeiro esteio de legitimidade.

legitimidad, es decir, participación simétrica de los afectados en tanto libres y racionales, la ley es ilegítima [...]

Segundo o autor, se a lei não for legítima, ou seja, se não for fruto da vontade e da participação simétrica dos destinatários, anula-se a necessidade da legalidade, porque não há como vigorar uma lei ilegítima que preencha todos os requisitos procedimentais e substanciais.

Ao situar a legitimidade como uma qualidade do poder, distingue-a do poder emanado da pura força, que costuma ser obtido em decorrência de alguma forma de aquiescência, ou de um ato de violência, de dominação, como fundamento da obediência, escondendo o desrespeito e a manipulação da vontade popular. Em “o problema da legitimidade”, ADEODATO (1989, p. 19) esclarece:

A legitimidade não se confunde com o poder nem é seu corolário essencial, que é possível um poder puro e simples, sem legitimidade, pelo menos temporariamente. Ao mesmo tempo, a legitimidade traz uma conotação de desejabilidade, [...] o poder legítimo é preferível ao ilegítimo.

Para um poder ser considerado legítimo, além de se considerar a forma de investidura, as decisões tomadas no exercício deste, precisam ser legitimadas pelos destinatários, para não desrespeitar o princípio democrático. Por um lado, deve estar em consonância com as regras procedimentais que conferem validade ao Direito, quais sejam: legalidade e eficácia jurídica. Por outro, para uma decisão ter legitimidade, deve possuir um conteúdo substancial compatível com o dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos.

A palavra legitimidade é também comumente empregada no sentido processual, com referência ao legítimo interesse de agir das partes. GUIMARÃES (2014, p. 679)¹², afirma que a falta de legitimidade leva à extinção do processo. Continuando a busca pelos conceitos de legitimidade, encontra-se em SANTOS (2001, p. 340)¹³, legitimidade como qualidade daquilo que é legítimo, como era utilizado para justificar o poder dos que eram considerados legítimos representantes do povo.

Segundo BUENO (1998, p. 2870), a adjetivação de legitimidade vem do substantivo legítimo (a), que na sua etimologia expressa o que é perfeito, autêntico, verdadeiro. Nesta perspectiva, a legitimidade apresenta-se como uma qualidade que se relaciona com a ética na forma das pessoas procederem.

¹² “Retidão, conformidade com a lei; qualidade do que é legítimo. Para a causa (ad causam): é uma das condições da ação. É o legítimo interesse de agir da pessoa civilmente capaz, tanto a do autor, que se diz ativa, quanto a do réu, que é passiva. A falta de legitimidade leva à extinção do processo”.

¹³ “Qualidade do que está de conformidade com a lei; qualidade de que é legítimo. Nota: pode ser, também: doutrina política dos legitimistas; direito de sucessão, na monarquia, por ordem de progeneratura”.

Outros autores, a exemplo de COELHO¹⁴ (2003), também reconhecem a legitimidade como um requisito ético indispensável para que o Direito atinja seu fim¹⁵. COELHO (2003, p. 503 - 504), entende que “a legitimidade pode ser definida como a qualidade ética do direito, a maior ou menor potencialidade para que ele alcance um ideal de perfeição”. Na citação, destaca-se o ideal de perfeição que muitas pessoas anseiam que o Direito atinja. Para ser o mais reto e perfeito que os homens possam realizar para ter uma vida justa e feliz, faz-se necessário se qualificar eticamente¹⁶.

SILVA (2003, p.395), afirma que “num sentido amplo, como em intervenção legítima ou opção legítima, é sinônima de correção, exatidão, justiça”. Nesse sentido, ser legítimo é um requisito exigível, ou melhor, é um atributo de validade do Direito. Contudo, essa opinião é criticada, porque há muitos cidadãos que admitem a existência de poder sem esta qualidade ou com esta qualidade enfraquecida em determinados momentos, como acontece contemporaneamente no Brasil.

Na continuidade, SILVA (2003, p.397) explica que “a legitimidade é um conceito instrumental pelo qual se avalia o grau de aceitação das instituições pela sociedade”. Nesta perspectiva é que se questiona a legitimidade de determinada instituição e o método de escolha para preenchimento dos cargos destas. E estes questionamentos são inerentes ao regime democrático, em que o povo pode questionar a legitimidade de suas instituições e propor alternativas para o seu aperfeiçoamento, a fim de que funcionem de forma legítima. Mas, e a possibilidade da legitimidade estar intimamente comprometida com as ideologias do poder, como aconteceu quando o sistema feudal foi considerado legítimo, por exemplo?

A esse respeito, COELHO (2003, p. 564), já alertava que se este Direito for fruto da alienação produzida pela ideologia, deixa de constituir um valor ético, ou seja, deixa de ser legítimo por não representar realmente a vontade do povo. Este não sabe para onde direcionar suas esperanças, nem como se defender da alienação política, a que todos estão sujeitos, quando assediados por todos os meios de manipulação ideológica existentes em cada período histórico. É por esta razão, que se diz que o conceito de legitimidade está intimamente ligado às condições históricas e pode servir como instrumento ideológico para sacralizar o poder de quem o detêm.

No Direito, é comum se ouvir que a legitimidade do direito posto é produto da autoridade. Segundo GRAU (2005, p. 87): “sustentada sobre os princípios que tenham sido

¹⁴ O autor é um dos precursores da teoria crítica do direito no Brasil.

¹⁵ Não é objetivo da tese discorrer sobre as categorias do universo ético-jurídico.

¹⁶ Aristóteles já pregava a eudaimonia aristotélica - a felicidade como fim ético, asseverando que esta é a finalidade natural de todos os seres humanos e que para alcançá-la deve-se agir retamente e saber deliberar sobre todas as coisas.

adotados pelo todo ou pelo grupo social destinatário do direito positivado (direito posto)” [...] “o fundamento da legitimidade encontra-se na autoridade”. [...] “o direito legítimo, pois, é resultado da adição de autoridade ao poder do qual emane”. [...] “ilegítimo é o poder despido de autoridade”. Mais adiante, diz: “Um direito posto é legítimo quando permite o pleno desenvolvimento das forças materiais produtivas, em determinada sociedade; ilegítimo, quando constitui entrave ao pleno desenvolvimento dessas forças, ocasião em que se instala uma época de revolução social” (GRAU, 2005, p. 88).

Percebe-se que o autor fundamenta a legitimidade na autoridade de quem governa a sociedade, e que a ilegitimidade pode se instalar em um Estado. A história mostra que quando este fato acontece e as forças materiais produtivas não forem respeitadas, gera-se uma revolução social. GRAU (2005, p. 89) enfatiza: “a ilegitimidade de um direito se manifesta quando se instalam, em todas as suas possíveis nuances, movimentos e épocas de revolução social”.

Neste contexto, a democracia é uma ideologia que o conhecimento científico produziu e fez dela uma espécie de mito da modernidade, um mito difundido pela classe burguesa para assegurar o seu domínio e a vitória dos sistemas dominantes. Assim, os novos escravos obedecem à autoridade dos novos amos, pressupondo ser essa autoridade legítima e a estes cabem o direito-dever de concordar e acatar as ordens estabelecidas.

Para se evitar esta situação, ADEODATO (1989, p. 20), ressalta haver critérios objetivos e materiais para aferir a legitimidade de um poder. O critério objetivo constitui-se dos requisitos formais que dizem respeito ao modo como o poder se institucionaliza e às regras previamente definidas¹⁷. O critério subjetivo contempla os requisitos materiais que estão relacionados à dimensão empírica, às experiências práticas do tratamento dado aos “súditos” no seu dia-a-dia. A questão não está apenas na falta de reconhecimento destes critérios de legitimidade, mas também, de outros fatores de ordem ideológica e econômica que, no plano empírico, sobrepõem-se a eles.

No pensamento de COELHO (2003), existe um critério interno, denominado de intrajurídico, em que o ordenamento jurídico estabelece seus próprios critérios de legitimidade, e outro critério externo, metajurídico, baseado em pressupostos que estão acima do ordenamento jurídico vigente, quais sejam: os interesses da sociedade e os limites estabelecidos pela teoria do direito natural. COELHO (2003, p. 519-510) afirma que “embora os critérios intra ou metajurídicos possam ser reconhecidos tanto em relação ao direito positivo quanto aos direitos plurais, a ideologia os concentra na legitimidade do direito positivo”.

¹⁷ Na esfera política se aplica a regra da maioria.

Como o autor anotou, o comum é ver a legitimidade sendo utilizada como fundamento de validade da juridicidade, delimitada por critérios procedimentais da ordem jurídica em vigor, já que a dimensão que o Direito encerra não está para além do enclausuramento estatal. Isso ocorre porque ainda compreende-se o Direito¹⁸ como um fenômeno eminentemente produzido pelo Estado e que seus agentes estão legalmente investidos desse poder de dizer o Direito e estabelecer suas normas, por mais refutável que esta teoria possa ser¹⁹.

Existem diferentes maneiras de compreender a legitimidade, dependendo do tempo, lugar e conveniência da ocasião. Nem mesmo estar em consonância com a vontade do povo, é garantia de legitimidade. Apesar de o consentimento popular ser considerado uma condição que impede os detentores do poder de agirem arbitrariamente no processo de tomada de decisão, há muitos fatores que podem viciar esse consentimento²⁰.

MERLE e MOREIRA (2003, p. 10) afirmam que nenhuma ordem estatal, jurídica ou não, é absolutamente legítima. Assim eles se pronunciam: “não se pode pensar na legitimidade de uma ordem jurídica e estatal sem uma combinação de ambos os tipos de legitimidade, da mesma forma que não se pode prescindir de um Estado coercitivo ou de uma vinculação a princípios de justiça”.

Para os autores, não há uma coincidência entre a expectativa provocada pela legitimidade e a suscitada pelo Direito, porque pode haver uma tensão em relação a legitimidade enquanto consentimento e a legitimidade enquanto obediência a princípios procedimentais de justiça²¹. Contudo, pensando nos tipos de dominação propostos por Max Weber, defendem MERLE e MOREIRA (2003, p. 09) que “a legitimidade pode ser definida como um dos muitos tipos de consentimento por parte do dominado”.

Tratar a legitimidade como uma relação que se estabelece quando o poder²² puro e simples se torna dominação, foi resultado de um apurado estudo realizado por MAX WEBER

¹⁸ Outro complicador é esta palavra “direito” ser utilizada em muitos sentidos. Nem sempre os direitos são reconhecidos pela ciência do Direito como jurídicos e aceitos como legítimos.

¹⁹ As ideias desenvolvidas nos quatro parágrafos anteriores e neste foram publicadas pela autora desta tese no VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, ocorrido em 2016.

²⁰ Prova disso foi o nazismo, com ações que em sua consciência nunca poderiam ser consideradas legítimas, mas que foram fundamentadas em normas jurídicas legítimas do ponto de vista procedimental, consentidas pelo povo, apesar de ilegítimas a luz dos critérios metajurídicos. Esse é um exemplo de que a obediência nem sempre é sinal de legitimidade. Como também revela o que o poder político-jurídico (a dominação) pode fazer com uma sociedade por meio de normas aparentemente imparciais e neutras.

²¹ Segundo os autores, na filosofia do Direito e do Estado, não se entende as regras procedimentais como expressão dos princípios de justiça.

²² Segundo Weber (1922), que viveu de 1864 a 1920, o poder é definido como a capacidade de induzir ou influenciar o comportamento de outra pessoa, seja utilizando-se de coerção, manipulação ou de normas estabelecidas para dominar.

(1922). A legitimidade é apresentada como sinônimo de autoridade e definida como um dos muitos tipos de consentimento por parte do dominado. Segundo o autor, a dominação legítima é classificada em três tipos puros, quais sejam: a racional-legal²³, a tradicional²⁴ e a carismática²⁵, ponderando que os tipos de dominação são ideais, projeções utópicas que não podem ser encontradas de forma pura na realidade, apresentando-se, frequentemente, combinados²⁶.

No apogeu do pensamento político moderno, MAX WEBER (1922), disse que o Direito é um sistema que legitima a dominação e é esta que permite a obediência à ordem social. A dominação funciona como uma espécie de direito adquirido para se fazer obedecido e exercer influência dentro de um grupo. Para o autor, a dominação também pode fundamentar-se em tradições e costumes institucionalizados, qualidades excepcionais de determinados indivíduos que sabem racionalmente estabelecer regras e interesses aceitos por todos. E a luta política é a luta para influir na distribuição do poder na estrutura social.

Com base na teoria acima, a discussão da legitimidade passa pela questão do exercício do poder na sociedade²⁷, não apresentando um conteúdo valorativo. Neste contexto, o Direito normatizado e aplicado na sociedade, é expressão da dominação com o apoio dos dominados. Sendo o Estado, o poder institucionalizado, tido como legítimo, por estar legalizado, por ter transformado a autoridade do poder em Direito. Por isso, afirma-se que o poder está para o Direito como a energia para a física. E as leis da dinâmica social não passarão de uma

²³ Racional-legal: origina-se de regras, estatutos e leis sancionadas pela Sociedade ou Organização. Reconhece que a autoridade está no cargo ocupado e não na pessoa que o ocupa, que só pode exercer a dominação dentro dos limites estabelecidos pelo cargo. Esse tipo de dominação só foi possível com a consolidação do Sistema Capitalista de Produção, que realizou a transição de uma Sociedade baseada em valores (tradicional) para uma orientada para objetivos, com regras e controle racional dos meios para atingir os fins. Exemplos: empresas capitalistas privadas, estrutura moderna do Estado, forças armadas, etc.

²⁴ Tradicional: acredita na existência de um "estatuto" de onde o poder é emanando pela tradição, que ordena que o senhor manda e os súditos obedecem. Exemplos: a dominação patriarcal (tipo mais puro dessa dominação), uma aldeia indígena, a monarquia, os despotismos, o Estado Feudal, etc.

²⁵ Carismática: fundada nas qualidades pessoais, nas revelações, heroísmo e poder intelectual ou de oratória, com depósito de confiança em alguém que é visto como um herói, santo, salvador ou exemplo de vida, extinguindo-se quando há perda de credibilidade ou quando as virtudes que geravam tal influência sofrem desgaste. Os dominados são considerados apóstolos, discípulos, pupilos, seguidores, fãs, etc. Este tipo de autoridade é um dos maiores impulsores das revoluções pela qual a humanidade passa, entretanto, por ser extremamente pessoal, tende a ser autoritário em sua forma mais pura, ressaltando a importância do apoio das estruturas de dominação, como as "bases jurídicas", que funciona como legitimadora da dominação, fazendo com que os dominados acreditem que a dominação é legítima.

²⁶ Observa-se que se trata de um tema que apresenta questões importantes para a reflexão desse capítulo. Ver que a legitimidade pode ser definida como um dos muitos tipos de consentimento por parte do dominado chama a atenção para a expansão do poder político sobre a vida segundo o modelo soberano do poder que se metamorfoseia de várias formas para continuar exercendo a mesma função de dominar, com ou sem a legitimação para isso.

²⁷ Apesar de não ter a pretensão de se prender a este tema, ele apresenta questões importantes para a discussão da legitimidade democrática.

manifestação arbitrária do poder, enquanto não se consolidar o processo de legitimação democrática nas sociedades contemporâneas.

A dificuldade decorre das formas como vem sendo exercida a representação política, por não se apresentarem adequadas, como canais de recepção das legítimas manifestações das diferentes vontades da pluralidade do povo que compõe essas complexas sociedades e seus aparatos institucionais burocráticos.

Muitas teorias democráticas liberais surgiram no século XIX. A maioria dos autores defendia o governo representativo em oposição à passividade, característica do governo despótico. Um desses que se destacou foi John Stuart Mill, defendendo que em última instância, o poder supremo de controle deve pertencer aos cidadãos que devem ser chamados a tomar parte ativa no governo por meio do exercício de alguma função pública. O autor acreditava que a participação é capaz de fazer os cidadãos pensarem visando ao bem coletivo. O que justifica a opção do autor pela adoção de um regime representativo, é o fato da participação direta de todos os cidadãos no governo ser de difícil operacionalização. MILL (2006, p. 122), faz sua crítica à democracia americana, dizendo:

Na falsa democracia que, em vez de conceder representação a todos, a concede apenas às maiorias locais, a voz da minoria instruída poderá não ter de modo algum órgão no corpo representativo. Admite-se que na democracia americana, a qual se fundamenta neste modelo defeituoso, os membros de espírito altamente cultos da comunidade, exceto por aqueles que se presta a sacrificar suas opiniões e modos de julgamento dessa forma tornando-se porta-vozes servis daqueles que são inferiores a eles em conhecimento, raramente candidatam-se ao Congresso ou às Assembleias Estaduais, tão reduzidas suas chances de serem eleitos.

Apesar deste autor também defender que quem estava apto a participar do governo seriam as pessoas com um maior grau educacional, ele relaciona a soberania popular ao progresso e conseqüentemente a evolução do povo. Observa que quando estes são excluídos dessa participação ou se tornam servís e deixam seus interesses ficarem nas mãos dos outros, as possibilidades de aprimoramento da sua comunidade são reduzidas. E quando são incluídos, se mobilizam e transformam a sociedade, que permite o aprendizado das capacidades humanas.

HOBBS (1999) e ROUSSEAU (1989) são autores que deram grande contribuição para a discussão da natureza do poder e para a análise do corpo social. Ambos desenvolveram um pensamento filosófico-político a respeito da legitimação do poder político. Hobbes, com base em argumentos racionais, nega as concepções legitimadoras do poder, entendendo que cada indivíduo entrega sua vida nas mãos do poder soberano. Rousseau, entende que mesmo

participando do contrato, os indivíduos permanecem com suas individualidades, podendo rescindir o contrato, porque a soberania é inalienável e indivisível.

Em sua época, HOBBS (1999), pensando em quem seria capaz de representar cada uma das vontades individuais e reuni-las numa estrutura homogênea, entendeu que só o Estado, por meio de um poder concentrado e ilimitado, teria condições²⁸. Por isso, a necessidade do pacto que institui o poder político ser irreversível para salvaguardar o Estado e não permitir que este se fragmente e torne-se suscetível à discórdia decorrente dos interesses individualistas que colidem entre si. Ele não confiava que a sociedade fosse capaz de se converter voluntariamente numa unidade de identidade democrática. O autor temia que esse corpo político se transformasse no Leviatã. Por isso, escreveu Hobbes no seu Leviatã (1999, p. 150):

Dado que o direito de representar a pessoa de todos é conferido ao que é tornado soberano mediante um pacto celebrado apenas entre cada um e cada um, e não entre o soberano e cada um dos outros, não pode haver quebra do pacto da parte do soberano, portanto nenhum dos súbditos pode libertar-se da sujeição, sob qualquer pretexto de transgressão.

O autor advertia que era a proteção prestada à vida de cada um dos súditos, ou seja, dos cidadãos, que justificava a obediência ao compromisso firmado no pacto de cedência do poder e da vontade, celebrado entre os súditos e o soberano. HOBBS (1999), defendia um modelo estatal autoritário e controlador de Estado, porque desconfiava da democracia.

Já ROUSSEAU (1989), concebia o poder não sob a forma da representação política, mas na forma de delegação. Assim, o governo não podia vincular a vontade de todos à sua própria vontade. O governante seria apenas um delegado que executaria a vontade direta do povo soberano. Por isso, defendeu a indivisibilidade da soberania e o exercício da democracia direta. Para o autor, a opinião do povo era soberana. E a este, era permitido se revoltar sempre que estivesse sentindo a iminente ameaça de se ver usurpado da sua soberania.

A sociedade civil tem o direito de escolher seu modelo de Estado e se este for de base democrática, seu governo só pode atuar em função do interesse comum, dado que “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade da sua instituição, que é o bem comum” (ROUSSEAU, 1989, p.32). Para o autor, um Estado que não respeita a vontade geral, torna-se tirânico.

Concorda-se com o autor que os membros da comunidade possuem consciência da meta geral da sociedade e sabem discernir o que é bom e o que não é, para a vida social. Para ROUSSEAU (1989), a vontade geral representa a integração dos interesses, norteados por

²⁸ O autor partia do pressuposto de que a única lei é a do mais forte.

princípios de justiça, visando à realização do bem comum. São os interesses em comum que formam um corpo social coeso, e, torna possível a existência de uma sociedade. As ideias de Hobbes e Rousseau geraram e ainda geram polêmicas, as quais contribuem para a importante discussão sobre a participação popular.

Percebe-se que a discussão feita pela academia e pela sociedade desde muito tempo, é embasada por argumentos críticos de diversos grupos sociais, sociólogos, juristas e filósofos. Contudo, não se sabe quem está com a verdade e nem mesmo se é possível alcançá-la, por isso faz-se necessário examinar o que o conhecimento científico transmite como verdades definidas. E se este se coaduna ou se contrapõe com o conhecimento comum verificado empiricamente na sociedade.

O que se verifica é que o conhecimento científico não tem dado respostas satisfatórias aos problemas e desafios que se apresentam no cotidiano da vida social, onde existem diversas formas de entendimento para a compreensão de cada indivíduo em suas diferentes escolhas de perspectivas. E que existe um amplo espectro com diferentes formas de dominação e de teorias criadas pelas diversas áreas do conhecimento²⁹, para justificá-las.

Apesar deste tema ter sido teoricamente abordado por historiadores, filósofos, juristas, cientistas políticos e sociólogos, os acontecimentos contemporâneos ocorridos no âmbito dos poderes constituídos no Brasil, evidenciam a necessidade de aprofundamento e de uma revisão do que significa legitimidade num regime democrático. Essa discussão deve passar por uma análise dos modelos de estruturação e tomada de decisões nas organizações políticas e jurídicas na história das democracias liberais. O estudo sobre tais questões será feito a partir do próximo tópico, pela abordagem dos vários modos de legitimação do exercício do poder nos modelos de democracia liberal.

1.2 O DESENVOLVIMENTO DA DEMOCRACIA: DOS MODELOS CLÁSSICOS AOS CONTEMPORÂNEOS

²⁹ E quando se trata das teorias normativas do Direito, que partem da análise das diferentes ordens jurídicas existentes e dos embates que elas travam consigo mesmas e com outras culturas é que se verifica a complexidade.

Ao perscrutar as múltiplas teorias da democracia, observa-se que as contradições que estas apresentam, dos modelos democráticos ocidentais clássicos aos contemporâneos, não são fáceis de serem superadas, conforme se verá na continuidade.

Estudos apontam ter sido na *polis* grega que nasceram os termos: política, direito, democracia, bem como as primeiras formas de concebê-las. Ser membro de uma sociedade significava participar da condução desta sociedade. Estes temas tão antigos continuam ocupando um papel relevante na vida das sociedades, por isso os debates que o tema enseja, têm despertado o interesse dos estudiosos ao longo dos séculos.

Das experiências democráticas ocidentais consideradas exitosas, ressalta-se a democracia direta ateniense, que tem seu princípio nos séculos VI a IV a.C., com suas assembleias e deliberações públicas³⁰. Porém, convém lembrar que já havia conflitos de interesses entre as diferentes classes sociais no campo político e a discussão sobre a legitimidade³¹. Veja-se o que GLOTZ (1980, p. 100), narra:

Como em toda parte, as classes populares entraram em luta com uma oligarquia opressora. Camponeses condenados por suas dívidas à escravidão, comerciantes indignados, a quem a própria riqueza não permitiu esperar a obtenção de direitos políticos, todos se concentraram para exigir a publicação das leis que só eram conhecidas dos Eupátridas.

Desde este tempo, busca-se conformar o povo que clama por igualdade social, por uma divisão equânime da terra e por justiça material, por meio das alterações na parte dogmática da constituição e da criação de leis ordinárias. Foi assim que se aprovou o princípio jurídico da igualdade formal perante a lei. Apesar de ter sido considerado uma conquista histórica em benefício de todos, e realmente não deixar de ser, nunca foi intenção das forças dominantes torná-lo concreto. Foi permitido para conter as forças insurgentes de oposição à exploração, como acontece ainda hoje.

Segundo MOSSÉ (1982, p. 34-39), foi nesta base que se estabeleceu a democracia ocidental, mantendo a estrutura social que transmitia privilégios pelo nascimento a algumas classes sociais³². O autor diz que o apogeu da democracia ateniense aconteceu quando o regime

³⁰ Com o transcorrer do tempo, a participação direta dos cidadãos, gradualmente, foi sendo substituída pela forma representativa, deslocando os espaços de participação para o cenário de representação.

³¹ Atenas era uma sociedade escravista, o que significa dizer que só participava destas assembleias a elite, para fazer seus acordos de interesses, em detrimento das classes desfavorecidas.

³² Sólon dividiu os atenienses considerando a renda de cada pessoa, em quatro classes: os *pentacosiomédimos*, *hípeus*, *zeugitas* e *tetes*. Destas, as três primeiras poderia ascender aos cargos na magistratura, e aos últimos, o direito de participar das assembleias e tribunais de justiça como jurados. Depois, com Clístenes os atenienses foram divididos em dez tribos, instituindo diversas “*demos*”, alterando a estrutura que perpetuava o legado familiar dos privilégios por não poderem mais ser identificados por sua ascendência. Esta mudança foi mais

político proposto por Péricles fundamentou-se nos princípios da soberania do *demo*, na igualdade dos cidadãos e no sentimento de pertencimento à comunidade cívica. Contudo, a insatisfação com a realidade concreta da polis, persistia. Ainda subsistiam distinções de classe social: livres e não livres, cidadãos e não cidadãos, ricos e pobres, homens e mulheres, com toda marginalização social e política que a desigualdade acarreta. Assim, a contribuição dos gregos no sentido da liberdade política é deveras questionável.

Foram os romanos que contribuíram na separação entre autoridade e poder, mesmo na desigualdade política entre governantes e governados, sem eliminar a faculdade de ação e a participação no espaço público. Com as mudanças na organização e funcionamento da sociedade, verificou-se que o modelo de democracia direta ateniense não servia para as sociedades modernas, que se mantinham excludentes e tornavam-se mais complexas, características ainda presentes nas sociedades contemporâneas.

Percebe-se que há muito tempo se questiona a validade de um sistema jurídico sem a pretensão política de justiça. A respeito deste tema DUSSEL (2009, p. 306), comenta:

Desde los más antiguos sistemas políticos, como los de Mesopotamia hace más de cuarenta siglos, el sistema del derecho, cuyos enunciados son universales, necesitaba como mediación necesaria de su aplicación a los casos singulares. De nada valería el mejor sistema jurídico sin quien pudiera aplicar lo universal a lo particular o singular, o sin quien pudiera subsumir lo particular o singular en lo universal con justicia. Justo es el juez que, en cumplimiento de las condiciones universales de la legitimidad política (que serían la articulación adecuada de los niveles materiales de la verdad práctica —en relación a la reproducción de la vida—, usando los procedimientos legítimamente acordados — desde un sistema de leyes —, y considerando las circunstancias histórico-empíricas de lo que ha de juzgarse), sostiene honesta y públicamente ante la comunidad política una «pretensión política de la justicia», es decir, del juicio proferido como interpretación del sentido práctico del acto en cuestión [...].

Para o autor, de nada vale ter um melhor sistema jurídico sem juízes justos. E justo é o juiz que cumpre as condições da legitimidade política, usando os procedimentos legitimamente acordados e conformes ao sistema de leis vigentes.

O surgimento das democracias liberais foi impulsionado no final do século XVIII³³, quando a monarquia absolutista foi se tornando inadmissível e eclodiram as revoluções

“democrática” e ensejou para que a palavra democracia, que se compunha da palavra demos, que significa povo, e da palavra *ekratein*, exercício da soberania, fosse entendida como governo do povo.

³³ Na monarquia absolutista, a vontade do soberano era a “razão do Estado”, a titularidade do poder não estava no povo, estava concentrado no imperador que dizia “o Estado sou eu”. Vigorava a forma de governo denominada de autocracia (governo por si próprio), não permitindo a participação popular nas decisões.

burguesas³⁴. A Revolução Francesa, em 1789, tornou-se o grande divisor histórico e o marco do advento do Estado de Direito do Liberalismo³⁵, bem como da história moderna da democracia, ao combater o poder arbitrário e reivindicar que os direitos fundamentais da pessoa humana, fossem assegurados ao povo. Seduzidos pelo discurso e pelo ideal de liberdade, igualdade e fraternidade, o povo fez a revolução ser um sucesso para os burgueses.

Assim aconteceu a transição para o Estado liberal³⁶, com o fortalecimento da burguesia e posteriormente sua ascensão³⁷. Reconhece-se a importância dos direitos conquistados neste período, que culminou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujos postulados constituem o núcleo dos direitos fundamentais nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos. Não obstante, os igualitários liberais e os demais ideólogos deste Estado tenham transformado a teoria da representação política em um mecanismo institucionalizado de poder com o propósito de privilegiar os seus interesses.

Dessa história, pode-se perceber que a democracia é um processo que vem sendo construído ao passo da própria evolução cultural e do anseio por um projeto democrático capaz de promover o respeito aos direitos fundamentais na sociedade. A questão da representação política não representar toda a Nação, vem desde o período acima comentado e perdura até hoje, gerando consequências de caráter político e jurídico. Por isso se diz que a democracia representativa e o Estado liberal, serviram para consolidar ainda mais o caráter burguês individualista, que favoreceu a expansão do poder econômico e do mercado.

O legado deixado, principalmente na América Latina, foram profundas desigualdades e injustiças sociais perpetradas em virtude dos fatores econômicos e históricos³⁸, que mantiveram

³⁴ Os burgueses contestaram os pressupostos ideológicos absolutistas, que além de excluí-los do poder político, ainda não permitiam que seus interesses materiais prosperassem. Mais informações acerca deste processo histórico é feita no II capítulo: “constitucionalismos e democracia”.

³⁵ Que corresponde ao domínio político da burguesia e ao primeiro estágio do capitalismo.

³⁶ O Estado de Direito que se apresenta na concepção moderna positivista surge como Estado Liberal. É uma expressão de origem alemã. Também é denominado de Estado Constitucional, pelos franceses ou governo representativo pelos anglo-saxões. É o Estado em que para garantia dos direitos dos seus cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder e o respeito pela legalidade. O Estado de Direito surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. Sendo a democracia, a realização de valores como igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, na convivência social de uma comunidade livre, justa e solidária, portanto, mais abrangente do que realmente se vivenciava no Estado liberal. Assim, surge o princípio democrático visando garantir os Direitos Fundamentais, onde todos os elementos constitutivos do Estado e a própria ordem jurídica estarão impregnados de valores que se ajustem ao interesse coletivo, contrapondo-se assim ao Estado Liberal.

³⁷ A ascensão da burguesia foi fortalecida pelos ideais do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista. As circunstâncias econômicas e culturais, os levaram às manifestações e a enfrentar a luta por seus direitos. Contudo, os burgueses estavam interessados na liberdade para realizarem seus negócios comerciais e exercerem seus direitos à propriedade. Foi a igualdade formal o direito postulado em nome do direito natural para ser positivado e assegurado pelo Estado.

³⁸ Este assunto será tratado no capítulo III desta tese.

muitos povos excluídos das ‘benesses’ do Estado Democrático de Direito. Por isso, CAGGIANO (1990, p. 14) declara:

A democracia configura, na realidade, uma categoria histórico - social, ajustando-se, nas suas variadas nuances, à condição de cada povo, às peculiaridades de cada sociedade, donde a extrema dificuldade de uma conceituação precisa. Daí, também, a pluralidade de conceitos diferentes sobre o que se deva entender por democracia. Certo é, porém, que ela exsurge como mecanismo de preservação da liberdade individual – o governo do povo pelo povo – penetrando a história das instituições políticas com o exemplo ateniense, onde a assembleia geral do povo reunida sobre as colinas de Pnyx precede à tomada das decisões.

Na realidade, ainda há dúvidas sobre como se entender essa democracia que pretendendo funcionar como mecanismo de preservação da liberdade individual, sendo o governo do povo pelo povo, restringiu a participação a um ente uniforme e abstrato. A representação popular, fruto da ideologia dominante nas revoluções liberais, sob a justificativa que esta representaria todo o povo, homogeneizou os diferentes povos e fez acreditar que todos tinham os mesmos interesses, quando na verdade, não existia uma identidade entre dominadores e dominados, mas muitos interesses divergentes. A respeito deste tema, SCHMITT (1982, p. 230-231) explica:

Democracia es identidad de dominadores y dominados, de gobernates y gobernados, de los que mandan y los que obedecen. Esta defición resulta de la sustancial igualdad, que es supuesto esencial de la Democracia. Excluye el que la distinción dentro del Estado democrático de dominates y dominados, gobernates y gobernados espese o produzca una diferencia cualitativa. Dominación o gobierno em uma Democracia no pueden nacer de una desigualdad, de una superioridad de los dominadores o gobernantes, de que los gobernantes sean em algún modo cualitativamente mejor que los gobernados.

Como visto, há tempos se procura uma maneira de aproximar a vontade dos representantes com a dos seus representados. Este constitui um objetivo elementar da democracia representativa. Contudo, embora a democracia moderna esteja pautada na representatividade, não significa que todo Estado com governo representativo é democrático, nem que todo regime democrático represente todos os povos que vivem em um país.

MULLER (2009, p. 31-32) explica que, inicialmente apenas os representantes dos homens proprietários tinham constituído a vontade geral na Constituição. Com as lutas políticas, os agrupamentos inicialmente excluídos forçaram a sua inclusão e conseguem o reconhecimento do povo como soberano. Segundo o autor, foi desta maneira que se chegou à utopia da democracia e a da ampliação do povo na direção do sujeito global e efetivo. Contudo, o problema da reificação do conceito de povo prossegue. E mesmo se o conceito de povo

estivesse livre de discriminações, graças as prescrições normativas e a promulgação de uma lei fundamental democrática de um Estado, pressupondo ser esta efetiva, não apenas simbólica, a apatia política e as suas causas, seriam obstáculos a realização deste ideal.

Quando o dogma que declarava que a soberania residia na Nação foi substituído pelo que declara que a soberania reside no povo, o que só veio acontecer na Constituição Francesa de 1793, foi que o conceito de cidadania começou a ser paulatinamente ampliado. Contudo, o Estado de Direito não foi capaz de proteger a todos os cidadãos igualmente. Uma grande parcela destes ficou excluída dos direitos, apesar de responder ante suas leis, a fim de evitar que esse mesmo Estado, por meio do Direito e do seu poder de coerção que o distingue dos demais instrumentos de controle social, o castigue com os rigores da lei promulgada sob o manto da legalidade, critério tão apreciado pelos liberais e neoliberais ainda hoje.

Para WOLKMER (2003, p. 89-91), a discussão acerca da democracia representativa teve início com a crítica de teóricos como Benjamin Constant³⁹ à democracia direta e sua inviabilidade nas modernas sociedades burguesas. Não obstante as críticas, aos bons ou maus propósitos e de quem são os culpados, o fato é que o modelo de democracia representativa, pensado como forma de superar as dificuldades num processo de tomada de decisões coletivas nas sociedades complexas, tornou-se vulnerável aos interesses econômicos.

Na tentativa de aperfeiçoamento do sistema representativo, NINO (2003) sugere a adoção de um sistema de representação parlamentarista ou misto. Propõe mudanças na forma como operam os meios de comunicação no sistema eleitoral, bem como em relação à atuação dos partidos políticos. Estes deveriam funcionar como intermediários do processo democrático e promover o debate público. Assim, haveria possibilidade de fortalecimento do sistema representativo.

Pelas razões expostas, considera-se a democracia um regime difícil de exercício do poder e continua sendo um grande desafio que acompanha os dilemas dos homens desde a Grécia antiga até nossos dias. Ainda assim, consideram-se os modelos de democracia vivenciados no Ocidente, como um meio de transição para a democracia que se deseja ver prosperar.

³⁹ Henri Benjamin Constant de Rebecque, publicou em 1815 uma obra denominada “Princípios de Política”, que serviu de base ao constitucionalismo moderno, onde discutiu a tendência da classe dominante em manipular as ações governamentais e a necessidade de modificação na estrutura política.

Ser um Estado de Direito⁴⁰, não significa ser um Estado Democrático de Direito. Os Estados de Direitos foram alicerçados no paradigma jurídico-liberal, preocupados em instituir a justiça formal. Aos Estados Democráticos de Direito devem acrescentar a preocupação em também instituir uma justiça material, reconhecendo e respeitando a soberania popular⁴¹. Por mais que os democratas liberais saibam que é a força viva do *demo*⁴² que faz um Estado ser Democrático de Direito, eles buscam formas para eliminar os perigos que esta força pode representar para seus interesses.

É por esta razão que as teorias se materializam com propósitos reais não revelados à população. Algumas vezes em descompasso com a realidade, outras em compasso, com a intenção de conformá-la segundo os interesses de quem está no poder. Enquanto isso, os cidadãos, ora por medo, outra por falta de tempo ou qualquer justificativa plausível ou não, passivamente vão admitindo qualquer forma de democracia⁴³. Sendo ainda, constantemente ameaçados pelas forças conservadoras, que não escondem sua condição de amantes da ditadura⁴⁴. Os novos arranjos conceituais que vão sendo criados, mudam os métodos e procedimentos utilizados, mas continua o mesmo na produção das desigualdades.

Conforme afirmou AURÉLIO (2014, p. 115): “Ao longo do século IX, a democracia representativa convertera-se em democracia de massas e a representação foi perdendo a aura de encarnação da vontade e dos valores comuns dos povos, transformando-se num instrumento, numa técnica”. Por isso, pode-se utilizar a expressão ‘processo democrático’, que funciona oscilando entre avanços e retrocessos, assim como todos os processos em todo tempo e lugar que envolve todos os seres vivos.

Ao eliminar a participação direta na tomada de decisões, aumentaram as possibilidades de decisões parciais. RÍOS (2008, p. 126) critica as democracias limitadas e reduzidas ao aspecto procedimental eleitoral. Concorde-se com a defesa que o autor faz quanto à necessidade de se construir uma democracia dos cidadãos, que considere a diversidade de interesses das

⁴⁰ O Estado de Direito não é visto como uma forma de Estado, mas como um *status quo*. Que no ordenamento jurídico pátrio, o Estado de Direito constitui-se um princípio jurídico estruturante, posto que cria a idéia de juridicidade, que pressupõe a existência e o respeito às normas jurídicas criadas para regulá-lo.

⁴¹ Nenhum poder é maior que o poder do povo, por essa razão nunca poderá ser tomado, apesar das muitas situações que este, tem estado enfraquecido, pela covardia e desonestidade dos velhos e novos colonizadores, que transmitem como herança uma visão limitadora e equivocada de que são mais merecidos do que os demais seres humanos. A superação da dominação política e jurídica acontecerá quando o povo tomar consciência do seu poder e não aceitar serem tratados como súditos.

⁴² Demo=povo e Cracia=governo

⁴³ Mesmo as que não servem de modelo para nenhum Estado que respeita seu povo, e ainda, tercem fortes críticas aos sistemas socialistas onde o povo possui o mínimo necessário para a sobrevivência, a exemplo de Cuba.

⁴⁴ Fazendo alusão aos cidadãos que no atual contexto brasileiro pedem o retorno à ditadura.

diversas classes sociais, que a cada dia se veem obrigadas a afastar-se de si mesmas, da sua cultura, numa constatação empírica de que não vivem num Estado Democrático de Direito.

Reconhece-se que a democracia precisa ser incessantemente construída pelos cidadãos ativos e comprometidos em mantê-la viva. Primeiro, fez-se necessária a luta dos súditos para serem reconhecidos como cidadãos, estes por sua vez sentem a necessidade de lutar por outras demandas que vão surgindo ao longo da vida. Hodiernamente, verifica-se a disputa por uma parcela do poder político. Nesta perspectiva, SILVA (2008, p. 136), já dizia que “a democracia não teme, antes requer, a participação ampla do povo e de suas organizações de base no processo político e na ação governamental”.

Assim, as demandas acompanham a dinâmica da vida humana nesta sociedade. De certa forma, essa constatação serve para justificar o fato dos modelos democráticos testados no Ocidente, contemporaneamente, serem considerados insuficientes e antidemocráticos⁴⁵. Fundamentados num conceito liberal de cidadania, restringiram a participação popular ao processo eleitoral - político, onde a maioria decide apenas quem vai representar os interesses de todos, quando é sabido que eleições não esgotam o alcance de uma democracia.

Frisa-se que num regime democrático o povo precisa exercer sua cidadania todos os dias. Trata-se de ter uma real participação não apenas da maioria, através da escolha de seus representantes, mas também oportunizar que as minorias sejam igualmente consideradas em suas demandas e vistas como sujeitos de direitos. Segundo WOLKMER (2003, p. 98):

Trata-se da afirmação de uma cidadania que não é mais “regulada” nem é “concessão” das elites ou do Estado. Rompe-se com o conceito liberal burguês de cidadania (o indivíduo como titular de direitos eleitorais ou como aquisição de direitos legalmente reconhecidos) para configurá-la, criticamente, como conquista, construção, exercício cotidiano e prática social.

Na esteira desse entendimento, encontram-se muitas pessoas que se preocupam com o tema. Assim, novos modelos democráticos vão sendo pensados, devido à descrença em uma democracia representativa possível, em que os representantes sejam fieis aos seus mandatos⁴⁶.

Não se está defendendo o fim do Estado, a anarquia, a subversão. Apesar de haver teorias que propugnam pelo fim do Estado político para que haja uma verdadeira democracia⁴⁷. ABENSOUR (1998), tentando desvendar o que ele chama de enigma da verdadeira democracia,

⁴⁵ A relação entre os interesses econômicos dominantes e a crise da democracia representativa começou a ser visualizada de forma mais clara no século XXI.

⁴⁶ Acreditava-se que, não sendo possível a participação de todos os indivíduos que compunham a sociedade, estes elegeriam seus representantes, que cumpririam com o que lhes foi confiado.

⁴⁷ Para melhor compreender o tema, consultar a obra “A Democracia contra o Estado” de Miguel Abensour.

examina o contraste entre o Estado político e a democracia. Para o autor: “compreender a lógica da verdadeira democracia é atingir a lógica da coisa política” ABENSOUR (1998, p. 71-72).

Na contemporaneidade, ainda se observa a classe dominante sustentando a bandeira da democracia, com o propósito de avançar nos seus projetos políticos e econômicos, enquanto os demais cidadãos são violentamente reprimidos nas suas lutas por justiça material. Ademais, são impedidos⁴⁸ de avançar politicamente, ou seja, assumir o poder e materialmente terem uma vida digna. Nem o respeito ao método procedimental está sendo garantido. Sobre o tema, DIAZ (1990, p. 21) pondera:

Un Estado, un Derecho, pueden ser calificados de legítimos (legitimidad) y, no obstante, producir resultados concretos, en mayor e menor medida, injustos: <<las mayorías pueden, desde luego, equivocarse>>; también, por supuesto, las minorías y los individuos. Cabe que aquéllos, Estado y Derecho, hayan ocasionado algunas situaciones injustas (leyes o actos), lo cual, por supuesto, no es para nada deseable ni conveniente, sin que por ello pierdan su legitimidad; siguen siendo Estados y Derechos legítimos a pesar de que hayan dado lugar a ciertas consecuencias concretas que pueden considerarse injustas y que, desde luego, si lo fueren, habría que intentar a toda costa corregir.

O autor admite que um Estado de Direito qualificado teoricamente como legítimo, na prática, possa desprezar esta qualidade, o que acarreta consequências consideradas injustas. Enquanto não forem corrigidas as situações de ilegitimidade e o interesse do Estado político estiver canalizado para a satisfação dos que estão ocupando cargos nas suas estruturas de poder, não haverá a concretização da verdadeira democracia.

Isto acontece porque os representantes do povo, eleitos, apropriam-se do Estado, resguardados pelo Direito, enquanto milhões de pessoas⁴⁹, apesar de terem o direito ao voto, são excluídos das discussões e deliberações públicas por não participarem das estruturas de poder. Estruturas criadas com a finalidade de atender às demandas dos interesses dos que a controlam, em sua maioria, pessoas desconectadas da lógica da coisa política.

Na obra “O suicídio das democracias”, encontra-se uma reflexão a respeito da situação em que se encontrava a democracia, que serve aos dias atuais. JULIEN (1975, p. 261) levantou o seguinte questionamento:

Direitos presos a antigas definições, liberdades individuais excessivamente frágeis, uma justiça social mal garantida, privilégios ferozmente protegidos: este balanço não está à altura das promessas da democracia. Esta defasagem entre as esperanças e a realidade alimenta a crise de civilização que abala o Ocidente. Outros regimes enfrentam dificuldades e insuficiências análogas ou mesmo mais graves. Mas aquilo que os ocidentais podem reformar e salvar é

⁴⁸ No sentido de se depararem com toda sorte de obstáculos.

⁴⁹ Essas pessoas são as maiorias vulneráveis socialmente, vítimas de uma visão hegemônica mercantilista da sociedade.

a democracia assim como foi por eles concebida. Ela não pode contentar-se em sobreviver: só durará se fizer todo o possível para crescer. Mas já tentou? [...] Ainda há tempo? Se demorarmos, as democracias ocidentais destruirão em seus povos aquela esperança sem a qual os homens são irresistivelmente levados à violência e à destruição.

Percebe-se que a crise de legitimidade democrática sempre sendo remixada, em versões cada vez mais intoleráveis. Será que há possibilidade da construção de um paradigma que supere os modelos liberais clássicos de democracia? A resposta a este questionamento será discutida nos próximos tópicos, em que serão abordadas novas perspectivas de democracia. Trata-se de propostas que pretendem ampliar o valor epistêmico das democracias ocidentais.

1.1.1 Ampliando o valor epistêmico da democracia: a proposta da democracia deliberativa, agregativa e agonística

A democracia deliberativa é uma das formas de exercício da democracia que existe desde a antiguidade. Aristóteles, filósofo que viveu no século V a.C. já defendia que os cidadãos pudessem discutir publicamente suas leis. No entanto, ele ficou conhecido como defensor da Aristocracia, por advogar a favor de deliberantes competentes do ponto de vista acadêmico. Contudo, a representação, mesmo tendo seu nascedouro nestas bases discriminatórias, é reconhecida como uma das fontes da democracia deliberativa.

A situação muda na segunda metade do século XX, por meio da obra *Capitalism, Socialism and Democracy*, editada em 1947, de autoria de Schumpeter, que propôs o modelo de democracia denominado de agregativo. Para este autor, o conceito de soberania popular, conforme o entendimento dos modelos clássicos de democracia, tornou-se, inadequado. Com o desenvolvimento da democracia de massa, a vontade do povo se tornou mera retórica, por não haver consenso total entre os indivíduos.

O que passou a existir foi a vontade da maioria, facilmente influenciável pelos grupos interessados em manipular sua vontade. Por isso, definiu o método de democracia clássica, como um arranjo institucional para se chegar a certas decisões políticas; um sistema competitivo pelos votos do eleitor, no qual um indivíduo, através de eleições, adquire o poder de tomada de decisões políticas, reduzindo a democracia aos procedimentos formais manipulados por grupos políticos. SCHUMPETER (1984, p. 305).

Observa-se que este *modus procedendi* assegura a situação do sistema majoritário dentro da lógica do método democrático, bem como que governo democrático não é necessariamente aquele em que o povo realmente governa, seja qual for o sentido das palavras povo e governo. A democracia significa que o povo tem oportunidade de aceitar e recusar aqueles que o governarão, sendo este aceite e recusa, consequências da livre concorrência entre os possíveis líderes pelo voto do eleitorado. Por isso, a democracia não seria o governo do povo, mas de fato, o governo dos políticos eleitos pelo povo.

Neste sentido, o processo democrático produziria legislação e administração apenas como subprodutos da luta pelos cargos políticos. MACPHERSON (1978), criticando o modelo teorizado por SCHUMPETER (1961), afirma que a democracia representativa ou de equilíbrio é somente um mecanismo de mercado: os votantes são os consumidores e os políticos são os empresários. Os consumidores seriam soberanos apenas porque podem escolher entre os fornecedores do cesto de bens políticos. Esta perspectiva de democracia associa, então, a política à economia.

Observa-se que as teorias clássicas ou utópicas da democracia, não estão justificadas por resultados da análise empírica. O que se conheceu no período histórico da modernidade foi um modelo em que as ideias tomam por base discursos justificatórios e não a realidade, conforme MACPHERSON (1978), com sua ‘doutrina da democracia utópica’. Para o autor, o termo “democracia liberal” significa, por um lado, a democracia de uma sociedade de mercado capitalista e, por outro, uma sociedade empenhada em garantir que todos os seus membros sejam igualmente livres para concretizar suas capacidades.

Segundo MACPHERSON (1978), as teorias e visões da democracia que precederam a liberal possuíam a característica comum de associarem a uma sociedade não dividida em classes ou onde vigia uma classe única, sendo, na verdade, reações às divisões de classe de seu tempo.

É no contexto deste liberalismo que surge o modelo da democracia representativa. Já o modelo da democracia de participação, construído por MACPHERSON (1978) como uma alternativa ao modelo hegemônico, resulta do reconhecimento de que a baixa participação política e a iniquidade social estão interligadas. Admite que para existir uma sociedade mais equânime e mais humana, faz-se necessário um sistema de maior participação dos cidadãos e, conseqüentemente, uma mudança de consciência do povo ou da sua inconsciência.

A democracia participativa exige um sentido mais forte de comunidade do que o existente hoje, além da diminuição da desigualdade social e econômica. E, por sua vez, não se consegue minorar a desigualdade social sem a participação democrática. Segundo o autor, este

é um círculo vicioso. Por isso, para MACPHERSON (1978), o modelo mais simples de democracia participativa consiste em um sistema piramidal com democracia direta na base e democracia por delegação em cada nível depois da base. Por exemplo, a democracia direta começaria ao nível da fábrica ou vizinhança, com eleição de delegados que formariam uma comissão no nível seguinte, e prosseguiria até o vértice que seria um conselho nacional para assuntos de interesse nacional e conselhos locais e regionais para questões próprias destes⁵⁰.

Em virtude das influências e do amadurecimento destas teorias, no século XX, o interesse pelo modelo democrático deliberativo é renovado. Com a finalidade de assegurar o futuro da democracia liberal, os teóricos liberais buscam fortalecer seus valores por meio de novos métodos, adequados ao contexto atual, que melhor atendam às reivindicações da soberania popular. Por esta razão, o tema da legitimidade democrática configura-se como centro das discussões.

MOUFFE (2005, p. 20), apesar de firmar seu pensamento no marco teórico da democracia liberal, advoga por uma urgente revitalização da esfera política e apresenta como alternativas aos modelos agregador e o deliberativo, um modelo denominado de pluralismo agonístico. Este, oferece possibilidade para o antagonismo natural inerente às relações sociais, poder ser transformado em agonismo. Ao invés de uma relação entre amigo *versus* inimigo, sem condições para uma discussão política adequada, tem-se um confronto entre adversários que se respeitam e aceitam as regras do jogo democrático, firmadas a partir de uma lógica de equivalências, sem que nenhum seja considerado mais importante do que o outro.

Segundo MOUFFE (2005, p. 13-16), as diferentes correntes de democracia deliberativa podem ser classificadas nas escolas que receberam a influência de Rawls⁵¹ e seu discípulo Joshua Cohen e a de Habermas, seguido pela discípula Seyla Benhabib. A autora ao perceber a pluralidade dos processos democráticos, compreende que todos buscam restabelecer a relação entre liberalismo e democracia, negando o caráter paradoxal da democracia moderna e a tensão fundamental entre a lógica do liberalismo.

Para COHEN (1998, p. 38) trata-se de “institucionalizar soluções de problemas diretamente pelos cidadãos e não simplesmente promover a discussão informal com promessas de influências possíveis na arena política formal”. Segundo o autor, as decisões devem ser tomadas coletivamente, por meio de deliberação pública, em espaços abertos aos cidadãos, a

⁵⁰ Os delegados seriam responsabilizados em relação àqueles que os elegeram sob pena de não reeleição.

⁵¹ John Rawls em 1971 na sua obra *A Theory of Justice*, já denunciava a crise de legitimidade das democracias ocidentais. Para o autor, a questão estava centrada na concepção de Justiça. Por isso, o autor enfatiza o papel que os princípios de justiça exercem na vida do cidadão, para garantir a igualdade substantiva e, não apenas formal.

fim de que aqueles que sejam afetados pelas decisões, participem. Contudo, esses cidadãos têm de examinar suas escolhas à luz das experiências vivenciadas pelas outras unidades que lidaram com problemas similares. Observa-se que o autor propõe que sejam buscadas soluções locais, através da participação diretamente deliberativa, valorizando o conhecimento das pessoas sobre os seus conflitos.

HABERMAS (1997, p. 186), defende por leis legítimas aquelas que são constituídas a partir do acordo de todos os cidadãos em um processo discursivo de elaboração que eles próprios, juridicamente constituíram. Este autor, em sua teoria social do agir comunicativo, desenvolveu uma concepção procedimentalista de política e propôs um modelo deliberativo de democracia, argumentando ser possível que pessoas com diferentes posições sociais e pontos de vista, acordem nas discussões de casos controversos.

Isto será possível se forem viabilizados entendimentos sobre as normas procedimentais e, por conseguinte, garantidas as condições ideais de comunicação nas esferas política ou jurídica. Garantir estas condições, possibilita alcançar resultados racionais por meio da participação popular, ou seja, por meio de um processo legitimamente democrático. Como se vê, o princípio democrático é o princípio do Direito em que o autor fundamenta a legitimidade.

Nesta mesma perspectiva, argumenta BENHABIB (1996, p. 68): “a legitimidade em sociedades complexas deve ser pensada como resultante da livre e desimpedida deliberação pública de todos, sobre matérias de interesse comum”. É o poder de participar de todas as decisões que os afeta, que materializa o princípio democrático.

Uma das críticas à democracia procedimental, diz que ao se preocupar com a questão sobre quem e como se decide, pouco se leva em consideração o que se decide. E a democracia, não pode ser reduzida à vontade da maioria quantitativa ou qualitativa do povo, sem respeitar os limites estabelecidos pelos princípios de direitos fundamentais que constituem o conteúdo da democracia substancial.

Habermas centrou sua preocupação na forma como os cidadãos fundamentavam racionalmente as regras do jogo democrático. No olhar habermasiano, num jogo de argumentação e obedecendo às suas regras, deve vencer o melhor argumento, sendo este o que melhor contribui “para a solução do problema da aceitabilidade ou não-aceitabilidade de uma pretensão de validade controversa” (HABERMAS, 1997, p. 283).

Conforme assevera HABERMAS (1997), o comportamento imposto por via jurídica ou política só pode ser legítimo se o direito e as instituições políticas satisfazem a pretensão de legitimidade com que se apresentam. Atender a esta pretensão é uma necessidade para a

legitimidade dos governos democráticos. A legitimação do processo democrático deriva dos procedimentos utilizados para aferir a formação democrática da vontade.

DUSSEL (2007), ao tratar na tese 8, da legitimidade democrática, chama a atenção para a importância de todos os cidadãos poderem participar, simetricamente, das decisões para que sejam consideradas legítimas. DUSSEL (2007, p. 67) esclarece:

Chamamos de “formal” esta esfera por se tratar da forma ou procedimento que deve ser usado para que a ação ou a instituição (e as decisões que estão abaixo de ambas) sejam legítimas. [...] para que estas mediações sejam legítimas, faz-se necessário, idealmente, que todos os cidadãos possam participar de alguma maneira simetricamente com razões (não com violência). Neste sentido, a esfera da legitimidade é a própria da razão discursiva.

O autor faz questão de enfatizar que os argumentos devem ser embasados na razão discursiva e não na violência, assim como defende HABERMAS (1997). Segundo as regras propostas pela teoria do discurso, o melhor argumento deve ser obtido dentro de condições de argumentação imunizadas contra a repressão e a desigualdade, condições que distorcem a comunicação. Assim, HABERMAS (1997, p. 284), expõe:

Uma situação de fala na qual os proponentes e oponentes, aliviados da pressão da experiência e da ação, tematizam uma pretensão de validade que se tornou problemática e verificam, num enfoque hipotético e apoiado apenas em argumentos, se a pretensão defendida pelo proponente tem razão de ser.

Para se alcançar um acordo racionalmente motivado, é preciso que cada participante da discussão, perante a tematização de um caso controvertido, admita um exercício de alteridade no qual assuma não coativamente, a perspectiva das visões de mundo e pontos de vista ou a autocompreensão de todos os participantes do momento discursivo.

O procedimentalismo defendido por HABERMAS(1997) encontra limitações. Nos conflitos contemporâneos, especialmente os que envolvem divergências políticas, o acordo entre pessoas com diferentes posições sociais e pontos de vista é difícil de acontecer, principalmente, em se tratando de acordar-se um procedimento democrático para a tomada de decisão, livre da pressão externa dos interesses dominantes.

No horizonte do empiricamente possível, pode-se dizer que é impossível resolver os conflitos por meio de um acordo perfeito. Contudo, uma forma de alcançar mais legitimidade é por meio de procedimentos mais democráticos, nunca perfeitos, conforme DUSSEL (2007, p. 67): “A democracia não é somente uma instituição procedimental (uma mera forma para se chegar ao consenso), mas sim normativa. O fato de tentar sempre uma maior simetria e participação dos cidadãos – nunca perfeita, sempre perfectível – [...]”.

Com base no autor, pode-se dizer que a legitimidade tem uma dimensão normativa-procedimental que deve ser observada em todo processo de tomada de decisão. Mesmo que a complexidade deste, que decorre da vida humana em sociedade, exija mais reflexões da filosofia política e do direito, para que alcancem um maior grau de perfectibilidade em nível material. Na obra “Política de la Liberación. La arquitectónica”, ao comentar sobre a esfera formal da legitimidade, DUSSEL (2009, p. 280), explica:

Como la decidibilidad es inevitablemente imperfecta (imposible de ejercerse perfectamente), habrá que lentamente ir probando históricamente las maneras siempre perfectibles, es decir, imperfectas, de decidir con mayor legitimidad. Pero antes aun de decidir el modo de decidir las decisiones, habría una pregunta esencial: ¿quién tiene el derecho, la potestad o la autoridad de decidir? Es la cuestión tradicional de la soberanía, sobre la cual ya Jean Bodin escribió el primer famoso libro (poniéndole un nombre, soberaineté, y definiendo a la antigua cuestión de ¿quién tiene en último término esa capacidad (majestatem escribe Bodin) y de dónde la recibe?). Toda la historia de la filosofía política es el largo camino del pasaje de la soberanía de los dioses (como en Mesopotamia, ya que eran los dioses quien dictaban la ley) a la soberanía del rey (como Hammurabi, que recibía las leyes de los dioses, y posteriormente del Dios monoteísta en las tradiciones semitas, bizantina, islámica o según la tradición cristiana latino-germánica). Al final, la soberanía llega a ser una facultad de la comunidad política como tal. Con Francisco Suárez, contra Bodin y otros autores, incluyendo Hobbes, Dios no da la autoridad al rey en primer lugar, sino a los reinos que firman el pacto con el rey (que recibe la autoridad de los reinos firmantes del pacto). Pero el paso definitivo es cuando se define como última instancia de la soberanía la misma comunidad política, como el último fundamento intersubjetivo de la soberanía. Sin embargo, el camino fue lento, porque en muchos casos se pensaba que el soberano era el Estado, la macro-estructura de la Sociedad política, que se levantaba como un Leviatán, como un nuevo Dios en la tierra.

Para o autor, o importante é ir buscando maneiras de decidir com maior legitimidade, partindo do exame racional a respeito de quem tem o direito de decidir⁵² em última instância.

Outro dos principais teóricos contemporâneos da democracia deliberativa na América Latina chama-se Carlos Santiago Nino, que avalia a questão democrática a partir da noção de valor epistêmico. Para NINO (2003), a melhor alternativa para se ampliar o valor epistêmico da democracia é permitir o confronto das opiniões dos envolvidos nos processos decisórios. O seu pensar das práticas democráticas recai sobre as instituições, sugerindo novos arranjos institucionais e de poder. Defende que quanto mais amplo o debate e mais sujeitos dele participam, melhor para o fortalecimento da democracia.

⁵² Este tema será tratado no capítulo V, no tópico referente a teoria da última palavra.

NINO (2003)⁵³, norteado pela busca por decisões legítimas e democráticas, tomadas pelos titulares do poder que são atingidos pelos processos de tomada de decisão, propõe o modelo de democracia, conhecido como democracia deliberativa. O desafio perseguido por sua teoria é a transformação, por meio da deliberação.

Ao defender a democracia deliberativa, o autor não ignora as tensões existentes quando se busca unir a democracia e o constitucionalismo. Isso porque, se pressupõe que uma democracia requer a ausência de restrições à vontade da maioria e o constitucionalismo estabelece limites procedimentais e substanciais para formação dessa vontade.

NINO (2003, p.166), acredita ser por meio de práticas discursivas e públicas que incluam a participação dos que possam ser afetados pelas decisões, que a democracia pode vir a prosperar. Busca-se transformar os interesses das pessoas, que devem estar em condições de igualdade, com conhecimento sobre a questão em debate e dispostos a encontrar uma solução imparcial e moralmente correta.

Certamente que a tendência coletiva à imparcialidade não é absoluta. DUSSEL (2009, p. 286), considera:

El sistema democrático intenta tipos de mayor o menor legitimidad, estabilidad, gobernabilidad. Un sistema puede ser más legítimo y menos gobernable, puede tener mayor estabilidad pero menor legitimidad. Toda decisión en elegir las proporciones, articulaciones, prioridades son contingentes, en mayor o menor medida inciertas.

Para o supracitado autor, todas as decisões são circunstanciais e incertas. Nesta perspectiva, NINO (2003) considera que podem existir agregações utilitaristas para satisfação de preferências. A maioria está sujeita a tomar decisões parciais. Por essa razão, há casos em que a decisão moralmente correta a ser tomada deve preservar o princípio da autonomia, mesmo contra a opinião de uma maioria acostumada a lidar com um modelo social discriminatório.

Estes modelos estabelecidos, hierarquicamente, não costumam aceitar a igualdade de direitos e a pluralidade de valores e interesses que há nas sociedades contemporâneas. Nestes casos, os indivíduos que não concordam com a maioria, devem levantar suas objeções e demandas pelo respeito aos seus direitos.

A democracia deliberativa enfrenta tantas dificuldades quanto às de qualquer modelo de democracia que se pretenda adotar. A princípio, apresenta-se a dificuldade da participação popular nos espaços públicos, que são limitadas por condições econômicas, de tempo (alguns

⁵³ Participou de forma decisiva no processo de redemocratização da Bolívia, na década de 80, e, sobretudo, na Argentina. Participou da criação do conselho para a Consolidação da Democracia e atuou como conselheiro do Presidente Raúl na defesa dos direitos humanos e dos ideais democráticos.

indivíduos trabalham muito), de educação para o exercício da cidadania e de confiança no processo deliberativo. Os cidadãos avaliam se ao expressar suas necessidades, estas influenciarão no processo decisório, a fim de saber se o dispêndio de tempo e esforço vale a pena.

Observa-se que a legitimidade democrática dos poderes constituídos varia de acordo com o processo de discussão coletiva que o colocou no poder e das bases dos processos de tomada de decisão. Quando esses processos são viciados e não incluem todos os cidadãos, a democracia é sacrificada. Isso porque o valor epistêmico de uma democracia exige que haja a participação popular no processo de discussão e de tomada de decisões no âmbito de todos os poderes, inclusive do Judiciário. Só com a participação popular é que a deliberação será legítima. Para NINO (2003, p.180), quando as condições para promover o valor epistêmico da democracia não são satisfeitas, esta não logra seu valor⁵⁴.

Apenas se deve obediência ao resultado do processo democrático - deliberativo quando preenchidas as condições que o caracterizam como um processo sem coerções. Mesmo quando o interesse coletivo é o vencedor, deve-se preocupar em proteger os direitos das minorias que muitas vezes entram em choque com valores morais determinados pela tradição dos detentores do poder, que estabelecem padrões culturais homogêneos e discriminatórios.

Esse processo encontra limites no princípio da autonomia do sujeito, na preservação da sua vida privada e suas escolhas no que diz respeito à intimidade, como sua opção sexual, religiosa, entre outros, que não devem estar sujeitas à deliberação pública.

Tantas vezes, interesses individualistas e preconceitos são transformados em normas jurídicas, por meio de processos em que estes foram impedidos ou têm sua participação limitada pelas privações de natureza material excludente. É este o ponto nevrálgico da tensão entre constitucionalismo e democracia.

Para NINO (2005, p. 208), não há conflito entre democracia deliberativa e direitos fundamentais, porque pertencem a planos diferentes. Os direitos fundamentais subjazem ao processo democrático-deliberativo, situando-se no plano ontológico e a democracia deliberativa, no plano epistemológico.

A democracia se faz efetiva de diversas formas e não apenas por meio do voto. Desempenha uma função dialética, importante, quando se inclui a participação popular nas discussões e deliberações, condição *sine qua non* para a democracia. Mesmo que gere conflitos, esses fazem parte do exercício democrático.

⁵⁴ Esclarece o autor, que os critérios não são estabelecidos dentro da fórmula de tudo ou nada, mas, de forma gradual.

Segundo NINO (2003, p.168), o processo democrático-deliberativo é mais confiável que o processo de reflexão individual e o argumento que confere legitimidade e validade à decisão da maioria não é o da unanimidade. A passagem da unanimidade para a regra da maioria deve ser baseada na ideia de que a imparcialidade é melhor preservada quando há a discussão e se admitam os antagonismos sociais com seus dissensos; do que quando advém de um resultado fruto do consenso unânime. É o dissenso que possibilita um debate democrático capaz de estabelecer o alcance dos direitos de cada indivíduo numa sociedade marcada por profundas diferenças.

Quanto à questão de que nos processos decisórios deliberativos possam existir negociação e influência da emoção, NINO (2003, p. 171) argumenta:

Admitamos que con la ayuda de factores emocionales y negociaciones sobre la base del auto interés, el debate racional y las decisiones mayoritarias consiguientes no tenderían a ser soluciones imparciales. Sin embargo, el impacto beneficioso de estos aspectos de la democracia sobre su valor moral funciona solo a través de la argumentación.

Para o autor, esses aspectos abertamente considerados, podem até ser benéficos ao processo de discussão pública. Não se pode exigir que os indivíduos sejam perfeitos, mas que estes estejam receptivos e abertos ao debate⁵⁵.

O objetivo é evitar a tomada de decisões parciais por parte dos atores sociais, jurídicos e políticos. A falta de imparcialidade se deve aos vícios na operação das máquinas da estrutura de poder⁵⁶, programadas segundo a lógica dos interesses de quem está no poder, que estrutura toda uma argumentação para direcionar as forças ao seu favor.

A democracia deliberativa trabalha com a possibilidade de um diálogo continuado, as pessoas devem estar abertas para ver as decisões serem questionadas. Há muitos canais de democracia deliberativa e não há a certeza de que todos eles conduzem a decisões legítimas, nem mesmo se a decisão que hoje é julgada correta seja assim considerada quando se mudam as circunstâncias.

NINO, (2003, p.13), avalia que com o fim das ditaduras na Europa e na América Latina, e ainda, a derrocada do império comunista no Leste Europeu e na União Soviética, o que se entendia como ideal de democracias constitucionais estendeu-se rapidamente nas últimas

⁵⁵ Os indivíduos devem depois de apresentarem suas preferências, interesses e razões, escutar os interesses dos demais, para poderem discutir e chegar a um entendimento bom para toda sociedade.

⁵⁶ E quem está no poder sente dificuldades para reprogramá-la, também é suscetível às inclinações instintivas de sobrevivência e principalmente, o desconhecimento da dor do outro, ou seja, por ignorância comete os equívocos.

décadas do século XX, sendo que nos anos oitenta, a maioria dos países da América Latina instituiu democracias constitucionais.

É inegável que este acontecimento representou, para muitas pessoas, uma importante conquista, já que a democracia constitucional apresentou-se como a melhor opção na busca de soluções corretas. No entanto, além de ser importante utilizar um procedimento democrático na elaboração das Constituições, deve-se buscar equilibrar os antagonismos sociais a fim de conformar o bem comum, conferindo legitimidade democrática ao processo constitucional. NINO (2003, p. 302), assim se posiciona:

El desafío para todos aquellos que estén comprometidos con el ideal del constitucionalismo es equilibrar estos tres elementos cuando entran en conflicto. A través de la búsqueda de ese equilibrio aspiramos a alcanzar el umbral donde los vicios, el debilitamiento y los antagonismos mutuos se convierten en un apoyo virtuoso, fortificador y libertador.

Certamente que encontrar o equilíbrio para se estabelecer uma democracia constitucional e os Poderes atuarem legitimamente, como assegura a Constituição, constitui um desafio que requer o esforço e o comprometimento de todos. Em uma democracia deliberativa, as divergências e refutações devem ser consideradas como legítimas. Uma democracia que funcione bem exige um choque de posições políticas, uma atenção da dissidência, exige a participação ativa do povo.

Outra contribuição ao tema, importante de ser considerada é a de Mouffe, que também questiona essa pretensão de consenso racional alcançado através de procedimentos deliberativos. Para MOUFFE (2005, p. 19):

De acordo com a abordagem deliberativa, quanto mais democrática uma sociedade, menos o poder será constitutivo das relações sociais. Se aceitarmos, contudo, que as relações de poder são constitutivas do social, então a questão principal para a política democrática não é como eliminar o poder, mas como constituir formas de poder mais compatíveis com valores democráticos.

Para a autora, o objetivo de produzir decisões que representam um ponto de vista imparcial igualmente no interesse de todos, está sujeito a minar a própria possibilidade da política democrática, pois apaga a dimensão do antagonismo que é importante existir na sociedade.

A proposta democrática da autora se denomina modelo agonístico. Na linguagem de MOUFFE (1996, p. 15-19), a luta agonística entre os adversários permite que sejam apresentadas alternativas à ordem hegemônica. É preciso aceitar a necessidade do político e a

impossibilidade de um mundo sem antagonismos para que a democracia não seja colocada em risco.

Nas palavras de MOUFFE (2005, p. 21): “Ideias de que o poder poderia ser dissolvido por meio de um debate racional e de que a legitimidade poderia ser baseada na racionalidade pura são ilusões que podem colocar em risco as instituições democráticas”.

Concorda-se com a autora, que os conflitos não devem ser aparentemente conciliados sob o véu da racionalidade e da moralidade, mas ouvindo as vozes da população das sociedades contemporâneas. É possível uma ordem democrática radical e pluralista, em que o conflito e o antagonismo sejam, simultaneamente, condições de possibilidade, bem como de impossibilidade para sua realização⁵⁷.

Para MOUFFE (1998), a despilitização da sociedade e o deslocamento da expressão política para a esfera jurídica, com os conflitos sociais sendo judicializados e resolvidos por meio de procedimentos racionais pelos tribunais, deve ser visto como sinal de uma série de problemas que precisam ser sanados com urgência, antes de gerar consequências desastrosas para as sociedades democráticas⁵⁸.

Assim, pode-se observar que a democracia levada a sério não é apenas um mero regime político. As diferentes concepções aqui apresentadas ultrapassam esse entendimento e envolvem nesta discussão político-jurídica, elementos culturais, econômicos e sociais em contínua transformação, por isso dependendo do contexto e dos parâmetros examinados é tratada de forma diferente pelos autores.

NINO (2003) defende uma concepção de democracia que contrapõe-se às concepções ‘hiperrealista’ e da ‘utopia ilegítima’. A hiperrealista apresenta uma visão descritiva do regime democrático. Seus teóricos limitam-se a descrevê-la conforme suas características fáticas, sem projeções idealistas a serem alcançadas. Os críticos dessa corrente alegam que assim qualquer democracia é legítima, desde que adote mecanismos institucionais suficientes para convencer a população. E a concepção denominada de utopia ilegítima, além de incorporar os ideais conceituais de um regime democrático, quer absolver as expectativas de toda sociedade, tornando impossível sua realização.

Com base no entendimento do autor, o que a democracia é, não pode estar dissociado do que ela deve ser; e o que a democracia deve ser, precisa ser pensado a partir de como ela

⁵⁷ Adverte a autora que para se compreender esta questão, é preciso abandonar a perspectiva epistemológica antiga e recorrer a uma nova epistemologia.

⁵⁸ Este tema vem a ser discorrido no capítulo II, no tópico que trata da judicialização da política e o ativismo judicial.

efetivamente se apresenta. Busca-se superar a discussão entre procedimentalistas e substancialistas. Uma das razões que se apresenta deve-se ao fato de que quando se priorizam os aspectos procedimentais sem levar em consideração os substanciais – que dizem respeito ao conteúdo dos textos constitucionais-, o resultado não é satisfatório. A história mostra que estabelecer como parametro apenas o aspecto normativo trouxe consequências que custaram caro ao povo, por terem sido legitimados governos ditatoriais.

QUEIROZ BARBOZA e KOZICKI (2007, p. 6745), ao analisarem a teoria da democracia procedimental e a jurisdição constitucional, assim se pronunciam:

Verifica-se que os teóricos que defendem uma democracia procedimental acabam por admitir um julgamento substantivo por parte da Jurisdição Constitucional, na definição do que seja um processo democrático justo, bem como na definição de quais são os direitos fundamentais essenciais ao processo democrático, concluindo-se, desta forma, que não há teoria democrática meramente procedimental.

Portanto, para que o julgamento de um processo por parte da Jurisdição Constitucional esteja alinhado à teoria democrática, é de fundamental importância que se observem além dos procedimentais, os aspectos substanciais. Segundo as autoras, até mesmo os que possuem uma visão da democracia como um sistema procedimental, admitem que os direitos fundamentais das minorias sejam protegidos por meio do julgamento substantivo na Jurisdição Constitucional. Neste sentido, QUEIROZ BARBOZA e KOZICKI (2008, p.156) comentam:

[...] Verifica-se que mesmo os teóricos da democracia procedimental, ao aceitar um papel mínimo de jurisdição constitucional para garantia do próprio processo democrático, não conseguem evitar a possibilidade de que esta jurisdição envolva julgamento de valores substantivos, demonstrando que julgamentos substantivos pelo Poder Judiciário não estão a ofender, de modo algum, o princípio democrático. Isto também porque, ao defender que um processo democrático legítimo e justo é que vai legitimar as leis, os procedimentalistas acabam admitindo algumas pré-condições necessárias a que este procedimento seja o mais adequado, tais como liberdade, igualdade e dignidade dos cidadãos. Isto, por sua vez, demonstra condições necessariamente substantivas.

Para as autoras, o Poder Judiciário não ofende o princípio democrático quando realiza julgamentos substantivos. O objetivo é não permitir que as leis aprovadas pelos parlamentares - eleitos por meio do processo político de eleição-, desrespeitem os direitos assegurados pela constituição.

O desempenho que se espera dos poderes constituídos na conjuntura dos Estados contemporâneos é ser democrático e assegurar a efetividade da Constituição. O texto

constitucional sistematiza os princípios⁵⁹ deontológicos que o Poder Constituinte acordou como fundamentais para os seus povos. A maneira de se conduzir as políticas públicas, bem como as ações na esfera privada deve se pautar no que ela determina.

É por meio da participação popular que se vislumbra o horizonte da democracia. Quando o povo afirmar sua soberania e entrar nas estruturas de dominação, elas podem ser transformadas em estruturas de emancipação e propulsionar a tão almejada transformação social. Essa transformação passa pela ordem nas instituições políticas e jurídicas. Essas instituições não podem continuar funcionando dependendo das contingências e interesses individualistas, mas democraticamente pensada pelo povo e para o povo, como definiu Abraão Lincoln.

Para que esse entendimento prospere, faz-se necessário romper com o pensamento jurídico tradicional de colonialidade do poder e do saber transmitido nas faculdades de Direito, para que uma nova epistemologia seja estudada e praticada.

O Direito não pode continuar sendo encarado apenas do ponto de vista da normatividade, como um sistema lógico de normas que estabelece uma coerção e melhor serve ao propósito de regulação social. Neste sentido ROSA (2004, p.32) observa:

[...] compreender o direito como fato social, e não apenas como um conjunto de normas que formam um sistema lógico, disciplinador da vida em sociedade. [...] A realidade do mundo contemporâneo e a superação inevitável dos formalismos estéreis, pela procura imperativa de soluções aos problemas humanos de convivência, vêm impondo que se encare o fenômeno do Direito como fato, ou seja, fato social que condiciona suas manifestações e, sobretudo sua adequada compreensão.

A autora fala da importância de se encarar o Direito como um instrumento de organização social capaz de assegurar os direitos decorrentes da dignidade que todo ser humano encerra. Uma concepção pluralista do Direito e a vivência de uma democracia plural são imprescindíveis à persecução deste propósito. Conforme observa MACHADO FAGUNDES (2015, p. 305) “a órbita do Pluralismo Jurídico é a realidade e a cotidianidade vivente dos seres organizados em comunidade na busca pelo arranjo social para melhor desenvolvimento da vida”.

Observando as contradições dos regimes ditos democráticos na América Latina, percebe-se que as teorias democráticas que tratam da limitação do poder, discutidas pelo constitucionalismo moderno, precisam ser revisitadas, resignificadas e praticadas além das fronteiras do discurso que o manteve aprisionado durante séculos. Faz-se necessário promover

⁵⁹ O significado de princípio pode ser haurido pela sua origem: *principium*, o começo de qualquer coisa.

uma renovação na metodologia de atuação das instituições políticas e jurídicas, para que estas atuem respeitando os critérios da legitimidade democrática.

Ainda que BOBBIO (2002), tenha dito que mesmo a democracia mais distante do modelo considerado ideal, não pode ser confundida com um Estado autocrático, nem totalitário, para dizer que mesmo com suas falhas é o regime desejável; conforme o exposto neste capítulo, o povo não precisa permanecer acomodado com a forma como vem atuando a democracia representativa em vigor, nem com os parcos e ineficientes instrumentos de participação democrática.

Em sua obra “O Futuro da Democracia”, BOBBIO (2000), reconhece as promessas não-cumpridas, bem como o antagonismo entre a democracia ideal, conforme concebida e a democracia que efetivamente vem sendo possível realizar. Para o autor, “a democracia converteu-se nestes anos no denominador comum de todas as questões politicamente relevantes, teóricas e práticas” (BOBBIO, 2000, p. 9).

O cenário contemporâneo é de incertezas quanto ao “futuro” da democracia. Os ventos neoconservadores que sopram dos dois lados do Atlântico⁶⁰ sinalizam perigo de tuzinamis ditatoriais, que podem ser evitados pela soberania popular.

Para BARROSO (2012, p. 31-32), a real disfunção que aflige a democracia é a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do poder legislativo. Sustentando uma auto-defesa nas suas afirmações, diz que os juízes e tribunais não atuam por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. Que nos casos de princípios constitucionais abertos, como: a dignidade da pessoa humana e o impacto ambiental, em que o poder criativo do intérprete se expande a um nível quase normativo, a escolha do legislador deve prevalecer, para que não gere dificuldade contramajoritária, o que é um dos principais argumentos dos que enxergam o ativismo como uma ameaça à democracia.

O autor chama a atenção para que nas demais situações, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador e respeitar o exercício razoável de discricionariedade do administrador. Reconhece a sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos indesejáveis, imprevisíveis ou até mesmo previsíveis das decisões proferidas em casos individuais. Admite que ao lado das intervenções necessárias e meritórias, existem decisões extravagantes e emocionais que põem em risco a continuidade das políticas públicas e

⁶⁰ Os presidentes que assumiram o Poder Executivo nos EUA e no Brasil, Donald Trump e Michel Temer, respectivamente.

desorganizam a atividade administrativa, e que de fato, "o juiz está preparado para realizar a justiça do caso concreto, a micro-justiça" (BARROSO, 2012, p. 27-30).

Para que uma justiça macro seja realizada, outras formas de democracia podem ser experimentadas. A democracia plural pode ser vislumbrada como um horizonte alcançável, desde que se potencialize as vozes do povo que precisam ser ouvidas. E assim, solidaria e cooperativamente, se escolha caminhar em busca de novos horizontes.

Para BOBBIO (2000, p. 13): "O sistema ideal de uma paz estável pode ser expresso com esta fórmula sintética: uma ordem democrática de Estados democráticos. Não tenho necessidade de acrescentar que, com todas as fórmulas ideais, esta também pertence não à esfera do ser, mas à esfera do dever ser". É por pertencer a esfera do dever ser que depende da interferência humana para que aconteça.

O importante é não ser condescendente com a falta de legitimidade democrática, porque pode levar às formas conhecidas de ditadura, tirania, despotismo, já vivenciadas na América Latina. Por isso, a legitimidade democrática deve ser encarada como um direito desta nova geração. Um direito elementar para a subsistência dos Estados constitucionais, que ousam experimentar modelos mais plurais de democracia, fundamentados na soberania popular.

Portanto, a legitimação democrática é abordada neste trabalho como um processo contínuo. Ela se verifica, ou não, no curso do exercício dos poderes constituídos. A sua realização vem sendo aferida na forma pela qual as pessoas desempenham sua função na administração da *res pública*. Como num processo, novas razões sempre podem surgir e serem analisadas a favor ou contra a decisão tomada, mas deve respeitar a soberania popular, observando os mandamentos constitucionais.

Trata-se de uma passagem da legitimidade formal para a efetivamente vivenciada na prática cotidiana, buscando resolver os conflitos que lhe competem de forma transparente, discutindo com os demais poderes e com a sociedade. Parte-se do pressuposto que está na esfera da sociedade civil, dos movimentos sociais, as possibilidades de redimensionamento do modelo de relacionamento dos indivíduos com os poderes constituídos que devem funcionar a serviço de todos.

Para isso, faz-se necessário substituir os mecanismos de repressão, estabelecer critérios de aferição da legitimidade e ampliar os mecanismos de participação popular. A perspectiva é que com essas mudanças, as estruturas jurídicas reprodutoras de injustiças se transformem em promovedoras de justiça. Segundo WOLKMER e FERRAZZO (2014, p. 182):

Encarar o Estado sob novas funções implica não mais vê-lo como tutor permanente da sociedade e detentor único do monopólio de criação jurídica, mas, agora, como uma instância democratizada mandatária da Comunidade, habilitado a prestar serviços a uma ordem pública plenamente organizada pelo exercício e pela participação da cidadania individual e coletiva.

Verifica-se a perspectiva enfocada na crítica do paradigma do monismo jurídico e do Estado como tutor da sociedade que constituem a base de legitimação do sistema moderno que não está legitimado pela soberania popular. Os autores chamam a atenção para a capacidade de organização coletiva da população e da atuação dos sujeitos coletivos de direito. As significativas mudanças que ocorreram nos espaços sociais e políticos da periferia da América Latina reconhecem a atuação dos sujeitos coletivos de direito e da participação popular nos movimentos sociais emergentes.

Vive-se um tempo sinalizado pela dissolução das certezas, que tem deixado à população em permanente estado de tensão e insegurança jurídica. Certamente que a desestabilização da pretensa ordem democrática do Estado brasileiro não é apenas um problema de legitimidade democrática. Esta não é contingente, é um princípio, ou seja, um mandamento elementar, por meio do qual a Política e o Direito devem instrumentalizar a atuação dos poderes constituídos.

O conhecimento dos aspectos jurídicos e técnicos não foi suficiente para se realizar o ideal democrático. Para isso, faz-se necessário que os sujeitos sociais questionem, fiscalizem e mais, participem do exercício do poder. E por meio de todas as denominações de modelo democrático, atuem para transformar os procedimentos discriminatórios e arbitrários ainda existentes nos sistemas cegos pela ganância, corrompidos pelo capitalismo⁶¹.

A experiência latino-americana no que diz respeito à democracia plural tem a acrescentar elementos importantes para a discussão sobre constitucionalismo e democracia num Estado Democrático de Direitos e o processo de legitimação democrática do Poder Judiciário, que é o objeto principal abordado nesta tese.

Ao se abordar a democratização no campo do jurídico, estar-se defendendo um processo em construção, impulsionado pela participação popular, pautada na concepção de que a soberania pertence ao povo. Vislumbra-se que a democracia pode ser mais do que um regime de governo e ir além das teorias para alcançar a forma de relação estabelecida na vida cotidiana de uma sociedade. Concorde-se com BOBBIO (2002, p. 36):

⁶¹ Estão cegos pela ganância todos aqueles que só miram seus próprios interesses individualistas, que alienados pelo sistema capitalista não enxergam suas necessidades reais e se perdem na busca do supérfluo, que não se sentem parte e corresponsáveis pela dignidade da vida e não agem em função do todo.

A democracia não se refere só à ordem do poder público do Estado, mas deve existir em todas as relações sociais, econômicas, políticas e culturais. Começa na relação interindividual, passa pela família, a escola e culmina no Estado. Uma sociedade democrática é aquela que vai conseguindo democratizar todas as suas instituições e práticas.

O Direito e a Política podem ser instrumentos de transformação social, podem significar mais que meros sistemas pelos quais os interesses capitalistas são viabilizados. Ambos, devem se transformar em espaços públicos potenciais e concretamente emancipatórios, deixando de abrigar somente a aristocracia para incluir a pluralidade social.

Cumpra-se ressaltar que essa crise de legitimidade dos Poderes, afeta os países da América Latina e, especialmente o Brasil. Crise esta, que se transformou num desafio à sustentabilidade da democracia e evidencia a necessidade de serem redefinidos os fundamentos da relação entre a Política e o Direito. Mostra que já é tempo da ordem jurídica burocrática, dominadora, monista e hegemônica vigente, passe a primar pela legitimidade democrática e desenvolva um pluralismo jurídico comunitário participativo em espaços públicos abertos, que prime pelas manifestações autênticas das bases comunitárias. Para WOLKMER (2001, p. 249-250):

Pensar e articular um novo pluralismo de dimensão política e jurídica é viabilizar as condições para a implementação de uma política democrática que direcione e ao mesmo tempo reproduza um espaço comunitário descentralizado e participativo [...] resgatando formas de ação humana que passam por questões como “comunidade”, “políticas democráticas de base”, “participação e controle popular”, “gestão descentralizada”, “poder local ou municipal” e “sistema de conselhos”.

WOLKMER (2001), defende o pluralismo político e jurídico. E esse pluralismo é dialógico, é dialético, com a participação dos sujeitos coletivos interagindo com os poderes legitimamente instituídos, de forma permanente, não apenas em um dado momento. Objetiva formar um corpo societário plural, capaz de resistir à violência perpetrada pelas diversas formas de poder. É um pluralismo que coexiste com os demais instrumentos de democracia comunitária e respeita às outras formas de juridicidades, conforme será tratado no terceiro capítulo desta tese.

A ideologia liberal conservadora proclamada pelo sistema de que todo poder emana do povo e é exercido pelos representantes eleitos, é utilizada para legitimar as estruturas de dominação, que sustentam o sistema capitalista. Reduzir a participação política dos sujeitos ao âmbito de uma titularidade democrática exercida apenas pelo voto nos embates eleitorais, revela sua faceta antidemocrática e sua forma de tratar a democracia como um produto negociável.

Concorda-se com SÁNCHEZ RUBIO (1999, p.263) “[...] Se edifica por tanto una fachada democrática con la que la sociedad sólo se limita a votar y no participa del grado suficiente para detener el poder y controlar su propio destino como sujeto activo”.

Não se pode permanecer iludido com a fachada democrática, é preciso adentrar nas suas estruturas e se aprofundar, superar a lógica utilizada nos projetos de democracias liberais, avançar no sentido de construir um novo projeto de democracia, que contemple formas interculturais, com a realização de fóruns interétnicos.

Os sujeitos de direitos que vivem na “periferia do mundo”, não podem continuar vivendo excluídos. As etnias possuem o direito de decidir seus destinos, por meio da utilização de outras metodologias. Um dos obstáculos ao efetivo exercício de muitos direitos proclamados formalmente em documentos nacionais e internacionais, é a falta de conhecimento, de estratégias anti-hegemônicas, consequência da falta de políticas públicas mais eficazes do ponto de vista emancipatório, não apenas assistencialista.

O obstáculo citado é uma estratégia do Poder, utilizada pelo Estado que não quer combater a desigualdade, porque enquanto alguns povos aceitarem viver subjulgados, alimentados por uma ordem que lhes sonega o direito de participar das decisões que os afeta, permanecerão vulneráveis às intempéries dos Poderes. Para SÁNCHEZ RUBIO (1999, p.268):

El poder popular y la necesidad de su reapropiación normativa son fundamentales, así como el rescate de la dimensión participativa social, política y económica que implican los procesos de liberación. La democracia, el mercado, el estado y cualquier otro tipo de mediación, deben ser controlados y estar supeditados a las condiciones de vida ya la posibilidad de su disfrute por parte de todos los seres humanos.

O autor apresenta uma perspectiva crítica do Direito sob o viés da Filosofia da Libertação latino-americana, que propugna por uma transformação do sistema e das instituições, que devem servir como instrumento de emancipação⁶² e igualdade, condições concretas que constituem a democracia.

Estes temas precisam deixar de ser encarados como um assunto de menor importância e se transformar em pautas da Política e do Direito, assumidas com seriedade. Mais do que teorias, precisa-se de práticas democráticas. Para dar conta das complexas sociedades latino-americanas, com suas demandas, consequências das condições históricas que as acompanham desde o período de formação, mudanças estruturais precisam acontecer nas suas instituições.

⁶² Muitos filósofos, como Gramsci, educadores como Paulo Freire, o geógrafo Milton Santos, afirmavam que as pessoas precisam assumir seus papéis como sujeitos da história, não enquanto indivíduos abstratos, mas dentro das condições concretas, participando das estruturas sociais.

E isso gera tensões e desafios, à Política e ao Direito, que precisam deixar de ser cenários elitistas e excludentes, onde a corrupção e a injustiça ocupam o papel principal, para ser um cenário democrático em que todos atuem com legitimidade pela causa da Justiça. É como DIAZ (1990, p. 20) afirma: “Una teoría de la legitimidad y una teoría de la justicia son, en efecto, sectores de trabajo inescindiblemente unidos entre sí”. E o interessante é perceber que ambas são construídas paulatinamente pelas pessoas que formam a sociedade. Neste sentido DIAZ (1990, p. 22) acresce:

Toda teoría de la justicia incluye, pues, desde ambas perspectivas, una teoría de la legitimidad. Y ésta, a su vez, ha de confrontarse, y completarse, siempre y en última instancia, con aquélla, la cual - téngale esto muy en cuenta - no es tampoco algo absolutamente inmutable y estático, dado de una vez por todas. También la justicia es una construcción histórica, además de racional, pero de no idéntica textura que la legitimidad. Esta tiene más que ver, críticamente, con la legitimación, aunque en modo alguno se agote en ella; aquélla, por su parte, tiene más que ver con la argumentación racional, aunque sin olvidar que la razón no es ninguna entidad impersonal y abstracta, sino algo que se construye a través de su ejercicio por los hombres, y las mujeres, los seres humanos, en momentos concretos del tiempo y del espacio.

Além do autor explicar o caráter mutável e dinâmico das teorias da justiça e da legitimidade, chamando a atenção para as responsabilidades jurídicas e políticas destas, ele afirma compreender a legitimidade democrática como o melhor caminho para se obter resultados sociais mais justos. Mais adiante, DIAZ (1990, p. 25), completa sua explicação acrescentando:

[...] tal teoría (crítica) de la justicia debe siempre situarse y entenderse en muy íntima e inescindible conexión con la que en concreto puede calificarse como teoría democrática de la legitimidad. Existe, a mi juicio, una profunda vinculación entre ambas dimensiones valorativas, las dos serían en efecto éticas y políticas, configurándose la legitimidad democrática como la mejor vía para la consecución de resultados sociales más justos y, por tanto, para la mejor justificación ética del Derecho y del Estado. La democracia tiene, pues, mucho que ver con la ética: y no sólo en ese <<a priori>> fundamental, sino también en cuanto a las consecuencias y responsabilidades jurídicas y políticas [...].

Concorda-se com o autor, ao considerar a democracia importante para a justificação ética do Direito e do Estado. Para um Estado Democrático de Direito se colocar no caminho do desenvolvimento sustentável, faz-se necessário que os cidadãos enxerguem além de si para aprender a conviver com respeito e ética.

A crise de legitimidade democrática evidencia a necessidade de se examinar o constitucionalismo e a democracia em curso, por exemplo, no Brasil, para que não se tenha que continuar dando razão a HOLANDA (1995, p. 160), quando afirma: “a democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal entendido”.

Não obstante toda construção teórica realizada, conforme se expõe neste capítulo, na prática ainda persiste o desafio de superar o déficit de legitimidade e democracia na Política e no Direito. E para superar, é preciso reconhecer a legitimidade democrática como um princípio a nortear o modo de exercer o poder nas instituições políticas e jurídicas. Ampliar a participação popular e permitir que o povo amplie seus horizontes, supere as deficiências existentes que obstaculizam o exercício da democracia nos Estados constitucionais. Ademais, compreender que as formulações democráticas legadas pelas teorias liberais não são as únicas versões da democracia.

Dos modelos tradicionais de democracia liberal que já foram experimentados pelos países da América Latina, mormente, o Brasil, não possibilitaram o florescer de uma sociedade mais justa e igualitária. No capítulo que segue, ‘Constitucionalismos e Democracia’, perscruta-se na história do constitucionalismo, de que forma se estabeleceu a relação entre ambos. Se existe um compromisso entre os dois e a quais propósitos vêm servindo, bem como qual o nível de tensão existente nesta relação com a legitimidade democrática.

CAPÍTULO II

2 CONSTITUCIONALISMOS E DEMOCRACIA

O objetivo geral deste capítulo é perquirir como a dimensão democrática foi sendo ampliada pelas constituições e quais os desafios a serem superados pelos constitucionalismos democráticos contemporâneos. Para isso, no primeiro tópico ‘Delineamentos para compreender a evolução dos constitucionalismos e da democracia’ nas Américas e na Europa, apresentam-se concepções de constitucionalismo e democracia, abordando como o princípio democrático se desenvolve com a evolução do constitucionalismo.

Para alcançar o objetivo supracitado, faz-se um balanço da relação entre constitucionalismos e democracia, a fim de saber onde surgiu a tensão existente entre ambos, a partir de uma revisão teórica da experiência do sistema americano e europeu de controle de constitucionalidade das leis. A finalidade é compreender o processo histórico que conduziu a afirmação da teoria da supremacia da constituição e a institucionalização dos sistemas de controle de constitucionalidade das leis⁶³ dos dois lados do Atlântico⁶⁴.

Abordar-se-á no segundo tópico ‘Os sistemas jurídicos de controle das normas constitucionais’, para saber as razões que serviram para compor esses dois sistemas de justiça constitucional. Ademais, saber o porquê do modelo estadunidense ter sido rejeitado na Europa, como funcionam ambos, quais os limites de cada um, bem como se desenvolveu o ativismo judicial e como esses modelos influenciaram os modelos de justiça nos países latino-americanos.

A seguir, discute-se a respeito das modalidades de controle de constitucionalidade existentes, a fim de verificar se estão atuando satisfatoriamente, seus órgãos de controle, seja, na esfera política, responsável pelo controle preventivo, seja na esfera judicial, a quem incumbe o controle repressivo.

⁶³ Compreender o passado é importante para projetar o futuro, por isso se diz que a substância do constitucionalismo é histórica.

⁶⁴ Como foram esses dois sistemas de justiça constitucional que serviram de modelo para os sistemas de justiça latino-americanos, faz-se importante perscrutar os processos históricos que conduziram os continentes supracitados a adotar os seus sistemas, assim como abordar as diferenças das posições adotadas e os conflitos que envolveram a questão.

Na continuidade, examina-se a respeito da ‘legitimidade e legitimação da jurisdição constitucional no limite com a judicialização da política e o ativismo judicial’. Em primeiro lugar para perscrutar o processo que levou à legitimidade da jurisdição constitucional para decidir questões que outrora eram tratadas na esfera política. Em segundo lugar, para compreender as inadequações que obstaculizam a realização da democracia constitucional na América Latina, em especial no Brasil.

2.1 DELINEAMENTOS PARA COMPREENDER A EVOLUÇÃO DOS CONSTITUCIONALISMOS E DA DEMOCRACIA

A importância destes temas para a Teoria Política e a Teoria do Direito, vem crescendo desde o advento do Estado Liberal no final do século XVIII, quando o processo histórico denominado constitucionalismo se firma como constitucionalismo clássico ou liberal. Este constitucionalismo moderno⁶⁵ apresentou-se como um movimento político, filosófico, jurídico⁶⁶ e ideológico, cuja pretensão era edificar os Estados Liberais sobre as bases da democracia e por meio da ordem jurídica.

Neste período vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. As Constituições tinham um cunho mais político que jurídico⁶⁷, cujo cerne era assegurar o funcionamento do sistema político e econômico, com a finalidade de consolidar a economia capitalista de mercado. BARROSO (2010, p.4), explica que a Constituição era compreendida apenas em seus aspectos macroestruturais e procedimentais, possuíam o *status* de documento político, mas suas normas não possuíam aplicação imediata.

Mesmo assim, as Constituições burguesas liberais, resultado do triunfo das revoluções liberais, além de firmar os princípios do Estado, também dedicavam um capítulo à proteção dos direitos individuais, com base na concepção do Estado mínimo⁶⁸. Este era considerado a melhor

⁶⁵ Trata-se como constitucionalismo moderno para diferenciar do constitucionalismo antigo, ligado ao Estado teocrático dos Hebreus, que se fundamentava nos dogmas da igreja católica, bem como de outras experiências vividas em Grécia, Roma, Inglaterra, até surgir o denominado constitucionalismo liberal, no final do séc. XVIII.

⁶⁶ Em decorrência deste movimento houve a necessidade de se adaptar os métodos de estudo e de aplicação do Direito.

⁶⁷ Ainda hoje muitos autores se referem à Constituição apenas como um documento político. Ainda que não constitua objetivo desta tese aprofundar neste assunto, fica registrado que a considero um documento político e jurídico, símbolo da complementaridade entre política e direito.

⁶⁸ O Estado limitava-se a buscar garantir a ordem e a segurança jurídica e a Constituição se limitava a disciplinar sobre a estrutura e o funcionamento do Poder do Estado, estabelecendo como seria a separação dos Poderes, e garantindo aos cidadãos direitos individuais, as conhecidas liberdades públicas.

alternativa que um Estado de Direito podia ter naquele contexto. Veja-se a crítica de CANOTILHO (1998, p.94):

O Estado de direito cumpria e cumpre bem as exigências que o constitucionalismo salientou relativamente à limitação do poder político. O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma constituição limitadora do poder através do império do direito. As ideias do «governo de leis e não de homens», de «Estado submetido ao direito», de «constituição como vinculação jurídica do poder».

Como disse o autor, ter um governo de leis e não de homens, com uma Constituição escrita limitando o poder monárquico e um Estado submetido ao Direito, delimitando o princípio da separação das funções do Poder, reconhecendo os direitos que giram em torno das liberdades públicas (direitos de primeira geração ou dimensão⁶⁹), foram consideradas como grandes conquistas do constitucionalismo moderno e da ordem jurídica⁷⁰. Para AVRITZER e FILGUEIRAS (2011, p. 352):

El desarrollo del Estado liberal en el siglo XIX consolidó esa concepción racional y formal del derecho, siendo la democracia y la posibilidad de autonomía del ciudadano los marcos normativos para la construcción del Poder Judicial. El desarrollo del derecho moderno y el reconocimiento de la democracia como una forma política capaz de concretar ese proceso de racionalización de las sociedades occidentales.

O constitucionalismo clássico ou liberal atendeu aos propósitos da política liberal burguesa, consolidando a concepção formal do Direito instituído neste período. Por isso que se diz que o Estado de Direito é uma criação histórica do liberalismo, que se apresentou como defensor dos direitos humanos, mas na verdade, defendeu e continua a defender a ordem capitalista.

Na obra ‘Legalidade e Legitimidade’, publicada em 1931, Carl Schmitt falava do esgotamento do Estado burguês do século XIX e da cultura jurídica do Estado de legalidade. Segundo AMARAL (2014, p.145), neste período a relação entre Política e Direito era de exclusão mútua, explicando que isso acontecia porque:

“[...] a política (confundida no discurso corrente com a soberania da lei parlamentar) era o espaço de criação livre do Direito, que só existia portanto fora dela e após ela. Sob o ponto de vista dogmático, esta visão das coisas cifrava-se numa construção dualista estanque, que separava o acto criador do

⁶⁹ Alguns autores como Paulo Bonavides, Willis Santiago, dizem ser melhor utilizar a expressão dimensão, pois o termo geração remete a ideia que uma geração supera a outra. Mas, comumente ambas palavras são utilizadas.

⁷⁰ Os EUA iniciaram o grande movimento para o advento do Estado Constitucional, depois de uma série de fenômenos políticos, como a queda do regime monárquico, a república e às primeiras formulações doutrinárias dirigidas tanto para combater a constituição política da monarquia absoluta, como para prescrever os princípios a serem aplicados no Estado Liberal.

direito, por essência livre, dos actos de aplicação do direito, esses objecto de vinculações jurídicas.

A autora explica que a estrutura de poder e a base de legitimidade política estavam assentadas na monarquia e nos parlamentos nacionais eleitos por uma restrita percentagem de cidadãos, ‘ideologicamente’ homogêneos.

A compreensão do Direito nesta fase da história era de ordenar a sociedade por meio da força da lei do Estado⁷¹. E seu grande marco foi motivar os países ocidentais a proclamar suas constituições escritas e positivar direitos⁷². Paulatinamente, foi acontecendo a ampliação de suas responsabilidades e seu compromisso em garantir os direitos fundamentais de todos os seres vivos, incumbindo à jurisdição constitucional de exercer a guarda da Constituição.

Conforme expõe AMARAL (2014, p.142): “Desagrega-se o princípio tradicional de legitimidade do poder que era o princípio monárquico; desagrega-se o consenso da sociedade que era a dos poucos que até então haviam tido o direito de voto”. É ao fim da Primeira Grande Guerra Mundial, pós-1914, que a estrutura do poder começa a sofrer modificações.

Para Schmitt, *apud* AMARAL (2014), essa unidade não devia vir por meio da jurisdicionalização da Constituição, controlada por um tribunal especializado em função da matéria. Em 1922, na obra ‘Teologia Política’, o autor diz: “soberano é o que decide do estado de sítio”. O objetivo é dizer que a ordem jurídica se fundamenta numa decisão, e não numa norma. AMARAL (2014, p.139) adverte:

O facto não pode no entanto levar-nos a esquecer dois problemas que a este respeito se devem equacionar, e que considero essenciais. O primeiro tem que ver com as consequências decorrentes, para o direito constitucional e para a sua ciência, da aceitação generalizada deste princípio de jurisdicionalização das constituições, segundo o qual aparece como um dado natural o confiar-se ao Direito e a tribunais a tarefa de guarda quanto ao cumprimento das normas constitucionais. As consequências que daqui decorrem não são de pequena monta. [...] Como uma constituição não é nem um código de processo nem um código civil (não é um código de qualquer espécie) a transformação da ciência do direito constitucional em ciência de direito positivo não pode implicar a sua redução a quadros dogmáticos estreitos, em que nenhuma constituição caiba. Podem vir a ser trágicas para a vida de um país as consequências decorrentes desta redução, caso ela ocorra.

⁷¹ Observa-se o entrelaçamento entre os papéis do Direito, do Estado e da teoria constitucional, porque as alterações do papel do Estado estão intrinsecamente ligadas às transformações do papel do Direito e a teoria constitucional às teorias do Estado.

⁷² Na Inglaterra, mesmo sem Constituição escrita, já existia o “*rule of law*”, ou seja, o governo das leis. Foi lá onde se iniciou, ainda na idade média, o combate ao exercício arbitrário do poder pelos barões feudais e produzido o documento estabelecendo direitos para estes cidadãos ingleses. Este pacto, conhecido como a Magna Carta, imposta ao Rei João Sem Terra em 1215, limitou o exercício do poder pelo Monarca em assuntos que diziam respeito a propriedade privada.

Para a autora, as consequências decorrem da ausência das devidas cautelas científicas e metodológicas que vêm sendo discutidas desde 1931, ano em que Carl Schmitt publicou ‘Der Hüter der Verfassung’ (O defensor da Constituição) e Hans Kelsen responde-lhe com ‘Wer Soll der Hüter der Verfassung sein?’ (Quem deve ser o defensor da Constituição?). AMARAL (2014, p.140).

Foi neste contexto, que Hans Kelsen pensou que a pluralidade de valores sociais existente podia reencontrar-se com a unidade necessária que impedisse a desagregação dos sistemas jurídicos por meio da expansão da juridicidade se a Constituição fosse alçada à categoria de norma jurídica, a ser aplicada, como qualquer outra norma, pela via própria do Direito, por meio dos tribunais constitucionais.

Sendo assim, a guarda da Constituição, só pode ser confiada a “quem represente (no sentido moral e simbólico do termo, e não no sentido jurídico) a *res* pública, na sua identidade existencial e na sua individuação face aos outros e aos diferentes”. A garantia da Constituição, ao contrário da garantia da lei constitucional, não pertencia ao domínio do poder jurisdicional.

CARL SCHMITT (1982, p. 45), afirmou ser a lei constitucional mutável e contingente, expressão de um acordo fruto da pluralidade dos interesses sociais de um contexto histórico. Enquanto a Constituição é a decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política, que revela o sentido da existência de uma comunidade.

Destarte, o paradigma liberal aumentou ainda mais a desigualdade social e a concentração de renda. Percebeu-se, assim, que o Estado deveria proporcionar aos cidadãos um mínimo de condições materiais, pré-condição para o exercício dos direitos individuais. A partir do século XIX, muitos conflitos sociais envolvendo a grande massa de trabalhadores ocorreram até acontecer, teoricamente, a mudança para o Estado social⁷³.

BARBOSA (2006, p. 13), analisando sobre a crise do Poder Judiciário, diz ser consequência da mudança do papel do Estado a partir da segunda metade do século XX, quando este passou a ser mais demandado. Saindo da concepção democrática-liberal para a de Estado Social e Democrático de Direito, sem uma definição quanto aos rumos a serem tomados.

Uma nova forma de compreensão do mundo foi surgindo a partir do Estado Social de Direito⁷⁴ e as sociedades esperavam passar por significativas transformações. Contudo, a

⁷³ Há controvérsias quanto sua existência na América Latina. Alguns autores afirmam que não ocorreu na trajetória histórica latino-americana. Que foram adotadas as políticas do Consenso de Washington e suas estratégias de desenvolvimento.

⁷⁴ Também chamado de Estado de bem – estar, ou ainda, Estado providência.

implantação do modelo de Estado Social, com o objetivo que este materializasse os direitos formais, ocorreu por meio da implantação de uma política assistencialista. A forma como se desenvolveu esta política, com a ampliação da área de atuação do Estado, onerou os cofres públicos, sem, necessariamente ter combatido eficazmente as causas das desigualdades e lhes assegurado direitos fundamentais. Assim, não satisfazendo as demandas sociais e políticas, logo apareceram as fragilidades e as crises sociais.

Esta fase do constitucionalismo social trouxe a regulação pelo Estado, dos direitos sociais ou coletivos, norteados pelo princípio da igualdade, denominados de direitos de segunda geração, como o direito ao trabalho, à previdência social e outros. As primeiras constituições que deram previsão constitucional aos direitos sociais⁷⁵ foram a Constituição do México de 1917 e a Constituição da Alemanha de 1919.

Segundo BARBOSA (2006), da primeira fase do Estado moderno, no século XVIII até chegar ao século XX, ocorreram muitas transformações que ainda estão em fase de consolidação neste século XXI, que também possui novas demandas de direitos e conseqüentemente, muitos desafios. Uma das mudanças verificadas diz respeito à inserção na Constituição do Brasil de 1988, de direitos fundamentais sociais, que demandam a prestação positiva por parte do Estado por meio de políticas públicas. Assim, estas passaram a ser judicializadas, para que o Estado garanta por meio do Direito o que ele não consegue realizar por meio da política, o que tem suscitado uma crise de legitimidade entre os poderes⁷⁶.

A respeito do redimensionamento da relação entre os Poderes do Estado, com o deslocamento de tensão da esfera política para a judicial, STRECK (2004, p. 148) comenta:

A democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem à luz Constituições cujos textos positivaram os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o Welfare State lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula dos tribunais ad hoc) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do

⁷⁵ Já existiam documentos esparsos e até a Constituição francesa de 1791 que contemplavam alguns direitos sociais, mas não da forma como a Constituição do México de 1917 e a da Alemanha (Weimar) de 1919.

⁷⁶ As ideias desenvolvidas neste parágrafo foram publicadas no artigo intitulado “Judiciário e políticas públicas: construção ou desconstrução democrática?”, publicado no CONPEDI 2014 ocorrido em João Pessoa-PB.

deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.

O prestígio do Estado Social, como modelo capaz de promover a justiça constitucional durou pouco e a sociedade continua na busca de um modelo mais eficaz. E na tentativa de fazer o povo acreditar nas promessas da modernidade surge o paradigma⁷⁷ do Estado Democrático de Direito, prometendo consagrar os direitos conquistados nos estágios anteriores, resignificá-los à luz do princípio democrático e proclamar novos direitos, conhecidos como direitos de terceira geração⁷⁸. Além de outros direitos que vão surgindo de acordo com os movimentos de expansão das sociedades e vão sendo incorporados nos tratados e convenções internacionais, produzidas no âmbito do Direito Internacional, ampliando o universo dos direitos fundamentais assegurados pelas Constituições.

O marco deste período foi a ampliação dos mecanismos políticos de participação popular, o fortalecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, com a preocupação de defesa dos direitos das minorias e garantia de procedimentos democráticos na gestão dos interesses públicos. A pretensão era de que todos os elementos constitutivos do Estado, inclusive, a Política e o Direito se impregnassem dos valores e dos princípios que o norteavam, em nome da supremacia do povo.

Para ROSSI E PAMPLONA (2013, p.17): “O próprio princípio democrático se desenvolve com a evolução do constitucionalismo a tal ponto que hoje seria impensável imaginar o constitucionalismo por meio de uma Constituição que não garanta ou instrumentalize a estrutura democrática”.

A incorporação da palavra “democrático” não implicaria numa mera junção de conceitos, mas acrescentaria diferenças nas estruturas políticas e jurídicas⁷⁹. Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, institui-se um novo paradigma, em que compreende-se a democracia como um princípio constitucional chave para assegurar a justiça constitucional.

⁷⁷ Na concepção construída por Thomas Kuhn, paradigma é um modelo ou padrão aceito. A cada mudança de paradigma, faz-se necessário que os padrões do modelo anterior sejam trabalhados de modo a permitir que o novo se estabeleça como um implemento do anterior.

⁷⁸ Também denominados de direitos difusos, os quais estão relacionados aos princípios da solidariedade e da fraternidade entre os povos. São assim considerados os direitos metaindividuais, de natureza indivisível, como o direito a autodeterminação dos povos, à paz, à cultura, ao meio ambiente equilibrado. Observa-se que os direitos assegurados nas classificações das gerações, divergem entre os autores que abordam o tema e que a classificação adotada nesta tese corresponde a do jurista Paulo Bonavides.

⁷⁹ As mudanças sofridas na teoria das fontes do direito, em que a lei era considerada a fonte por excelência, “o império da lei”, começaram a produzir suas consequências. Neste período surgem as concepções de direito conhecidas como pós-positivistas ou neopositivistas, defendendo os princípios constitucionais como normas jurídicas com força cogente. Com isso, inicia-se a superação da dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo, com também observa-se a presença de escolas jurídicas que influenciaram neste processo histórico conflitivo que foi o surgimento do constitucionalismo e do neoconstitucionalismo de matriz burguesa.

A Constituição adquire força normativa e passa a servir como fundamento de validade para as demais normas, disciplinando o modo de produção da legislação ordinária e estabelecendo limites e deveres à atuação do Estado. Aquela supremacia do parlamento acima referida vai cedendo espaço à centralidade da Constituição e a crescente atuação do Poder Judiciário em diversos âmbitos, inclusive o político.

A democracia constitucional passa a ser vista como imprescindível ao Estado de Direito, por ser um instrumento de proteção dos princípios consagrados pelo povo e expressos nas suas constituições. Para explicar a relação existente entre democracia e constituição, parte-se do entendimento de que o princípio democrático é uma norma jurídica constitucional, elaborada pelo poder constituinte, representando a vontade do povo. Por isso, pressupõe-se que seja legítima e apta a nortear a ação dos Poderes, bem como a relação entre o Estado e o cidadão. Mas, a dúvida é se a Constituição realmente regula a organização do poder e a relação entre o Estado e a população⁸⁰ de forma democrática.

A fim de responder esta questão, recorre-se mais uma vez a NINO (2003)⁸¹, autor que propôs a adoção de sistemas mistos de governo, ao invés dos sistemas presidencialistas ou parlamentaristas puros. Para ele, há um consenso social no sentido de conceber o significado de constitucionalismo como governo limitado por normas jurídicas. E, além de tantas outras significações que o autor apresenta, uma que parece óbvia é a que o constitucionalismo pressupõe a existência de uma constituição, seja ela escrita ou não. Contudo, NINO (2003, p.17) pondera:

[...] existe una gran vaguedad em torno a la palabra “constitución”, pero podemos asumir que se refiere al conjunto e normas que prescribe la organización básica del poder político y la relación entre el Estado y el individuo, imponiendo límites a la actividad legislativa. En este sentido mínimo una constitución no necesita ser escrita [...]

Segundo o autor, uma constituição deve servir sim, para regular de um modo geral, a relação entre o Estado e o cidadão, mesmo que esta não seja escrita. Por esta razão, associa o constitucionalismo à idéia de democracia constitucional.

Quando NINO (2003, p. 55), escreve sobre a importância prática da constituição histórica, ele a entende, não apenas, como um documento escrito, mas enquanto conquista histórica e resultado da regularidade das condutas interpretativas de sucessivas legislaturas, do poder judiciário, bem como das atitudes das gerações de cidadãos. Isto porque o conteúdo

⁸⁰ A troca pela expressão “população”, deve-se ao fato de considerá-la mais abrangente do que o termo “cidadão”.

⁸¹ Por ser considerado um dos autores latino-americano bem importante nesta temática, o tópico foi elaborado à luz de sua teoria.

constitucional vai sendo determinado na medida em que a prática interpretativa o revela. Trata-se de um processo de construção coletiva, que está em constante desenvolvimento. Sua observância constitui um elemento essencial para o constitucionalismo e é tratada pelo autor como dimensão histórica.

Além da constituição histórica, NINO (2003, p. 70), trata da “*Constitución ideal de los derechos*”. Para o autor, a Constituição ideal é composta por princípios morais dos quais decorrem os direitos fundamentais, que compreendem a dimensão do constitucionalismo denominada de libertária. A democracia relaciona-se diretamente com as dimensões histórica e libertária do constitucionalismo, por ser o respeito à Constituição histórica que permite atribuir valor às decisões democráticas conquistadas pelo viés libertário.

A seguir, o autor situa a democracia como dimensão do constitucionalismo e identifica duas dialéticas decorrentes do fato de a democracia constituir elemento do constitucionalismo. Uma surge da relação entre os aspectos ideal e real de Constituição. A dimensão ideal funciona como parâmetro para a interpretação da dimensão real, que deve estar em consonância com a ideal.

A respeito da dimensão ideal substantiva de uma constituição complexa, NINO (2003, p. 82), defende que uma constituição ideal é constituída por um conjunto de direitos universalmente válidos que garantam autonomia aos indivíduos. Cabe aos Estados não apenas proibir ações que interfiram na esfera da autonomia individual, mas promover meios para desenvolvimento desta autonomia.

A outra dialética apontada por NINO (2003), decorre da relação entre a democracia e a constituição dos direitos, por serem estes que estabelecem as condições essenciais para a realização da democracia, constituindo pré-requisito para o adequado funcionamento de um processo democrático de tomada de decisão. Em relação a este tema, NINO (2003, p. 95) assevera:

Si el proceso democrático niega la inviolabilidad de la persona, por ejemplo a través de la institución de alguna forma de esclavitud, o ignora la autonomía de la persona a través de la promoción de políticas perfeccionistas, el reconocimiento de los derechos que emergen de nuestros principios fundamentales invalidarían *ipso facto* estas decisiones.

Para o autor, o processo democrático deve respeitar os direitos fundamentais constitucionalmente já assegurados, para que não haja restrição aos direitos em nome da democracia, como já aconteceu outrora.

Foi na transição para o constitucionalismo contemporâneo, que se percebeu a necessidade de se discutir novas propostas para o constitucionalismo, que observasse as

demandas procedimentalistas e substantivas do Direito. O fato é que as consequências da primeira e segunda guerra mundiais⁸² forçaram o constitucionalismo a passar por mudanças significativas. O mundo viu que era necessário estabelecer um novo marco na história jurídica do Direito ocidental. Depois da primeira guerra, o marco foi a teoria positivista Kelseniana, proclamando a obediência aos aspectos formais, procedimentais do Direito, sem centrar uma preocupação com o conteúdo das normas⁸³, aos aspectos substanciais. Depois da segunda guerra, foram feitas fortes críticas contra a teoria positivista defendida por KELSEN (2006)⁸⁴.

O impacto que as interpretações equivocadas sobre esse tema geraram, influenciou as condutas dos profissionais que lidam ainda hoje com a temática, bem como na qualidade do Direito produzido. Admitir a relação entre o político e o jurídico, entre o direito e a moral, estabelecendo-as dentro de critérios, faz-se importante para que o Direito não seja refém de uma produção científica mais preocupada com os requisitos técnicos que com as questões substanciais que assegurem a dignidade da pessoa humana.

A partir do início do século XXI, a preocupação não estava mais em positivar ou constitucionalizar direitos, mas em atribuir maior efetividade, a fim de concretizar os direitos já conquistados. Como disse BOBBIO (2004, p. 25): “o problema que temos diante de nós não é mais filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político”.

Percebe-se que sempre existiu uma tensão entre constitucionalismo e democracia. Isto porque a ideia preponderante da democracia é o autogoverno popular e do constitucionalismo, a de defesa de direitos envolvendo decisões contramajoritárias tomadas, inclusive, para além dos espaços de decisão da representação da maioria. Este fato não significa que o constitucionalismo seja incompatível com a democracia, são interfaces do Direito e da Política, que fazem parte da mesma face estatal, que devem coexistir em nome da defesa do mesmo corpo social e não descontextualizados.

⁸² A II Guerra mundial durou de 1939-1945. É importante observar que os princípios do Direito foram sendo concebidos com critérios de justiça e moral e incorporados num corpo de regras pré-estabelecidas. A princípio, no *corpus juris civilis*, e posteriormente, a partir do séc. XIX, após a segunda guerra mundial, nos códigos e nas leis.

⁸³ Razão pela qual esta teoria que tanta contribuição trouxe ao Direito ter sido utilizada como fundamento pelos Estados que não a entenderam e a manipularam ideologicamente em nome dos seus ilegítimos propósitos.

⁸⁴ Vale mencionar que neste período o positivismo jurídico tinha atingido o seu apogeu com a materialização da obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, no início do século XX. Embora a obra tenha sido elaborada no ambiente cultural do século XIX, Kelsen (2006) sem negar os aspectos multifacetários do fenômeno jurídico, disse ser preciso purificar a ciência jurídica de toda ideologia política e delimitar seu objeto, para que o mesmo pudesse se firmar como ciência, atendendo aos critérios do rigor científico, pela objetividade da lei. O autor defendeu ser o Estado a única fonte do Direito, a personificação da ordem jurídica. Essa teoria é denominada de monista e se contrapõe a teoria dualista, que considera o Estado e o Direito como duas realidades distintas. O próprio Kelsen (2006) em prefácio à segunda edição do livro, explica que foi o contexto científico e político, bem como os abalos sociais provocados pela primeira grande guerra mundial, que o conduziram a adotar o método que o seu projeto defende.

Embora haja uma tensão estabelecida entre a Política e o Direito, que faz parecer haver incompatibilidade entre os dois, como se para haver mais democracia tenha que existir menos constitucionalismo e para haver mais constitucionalismo tenha que haver menos democracia. Garantir a democracia é uma missão do constitucionalismo contemporâneo.

A este respeito, KOZICKI (2008) explica que a razão da tensão está na relação entre o Judiciário e os Poderes Legislativo e Executivo. E são consequências de uma relação mal gerenciada entre a Política e o Direito. Para KOZICKI (2008, p. 2496 - 2497):

Isto ocorre porque o diálogo delineado entre a Política e o Direito traz, em seu bojo, situações controversas e ao mesmo tempo complementares, quais sejam da necessidade de se conferir à sociedade ideias de conflito, abrindo-se espaços à contingência e à pluralidade, como também de estabilização, papel desempenhado com primazia pelo Direito que visa conferir determinado grau de limitação às instabilidades que o pensamento democrático necessariamente promove.

As situações controversas ou os antagonismos acontecem entre a atuação dos seres sociais que realizam a política e o dever ser constitucional do Direito, que confere parâmetros para equilibrar as instabilidades sociais. Essas instabilidades são características do próprio tempo histórico denominado de modernidade, marcado pelo confronto de ideologias entre os diferentes sujeitos sociais, bem como pelo confronto natural da transição das convicções herdadas do passado e as novas realidades do processo social dinâmico e ininterrupto.

Estar-se diante do desafio de se conciliar democracia e constitucionalismo, principalmente nas complexas sociedades latino-americanas. Segundo CAMPOS (2016, p. 179):

A constituição, apresentada como a fonte axiológica e procedimental do sistema jurídico, também carece, ela mesma, de um fundamento valorativo que lhe permita sustentar-se em tempos de crise, evitando um esvaziamento normativo durante os processos de revisão constitucional – problema especialmente sensível em democracias recentes, que convivem com uma instabilidade política que se reflete na fluidez e mutabilidade casuística das normas jurídicas.

Neste sentido a atuação do Poder Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos tem um papel fundamental, devendo servir para fortalecer, e não para debilitar a soberania popular.

Para entender a relação entre o constitucionalismo e a democracia, muitos teóricos recorrem à retrospectiva histórico-comparativa. Desde às experiências históricas revolucionárias liberais, sobretudo a Revolução Francesa e a Norte-Americana que tiveram

fundamental importância na formação dos sistemas de justiça constitucional que se desenvolveram na Europa Continental e nos Estados Unidos da América.

Dos sistemas de justiça que se espalharam pelos países do Ocidente, dois ganharam destaque. O que se formou sobre a base do direito romano: sistema romano - germânico o *civil law*, adotando o princípio do *legislative law*⁸⁵. O outro, dos países anglo-americanos⁸⁶, que seguem a tradição jurídica do *common Law*, no qual as decisões dos tribunais se baseiam nos usos e costumes consagrados nos seus precedentes, seguindo o princípio do *judge made Law*⁸⁷. ATAÍDE JR. (2013, p. 561) recorda que foram justamente as histórias do poder no *civil law* e no *common law* “as responsáveis pelas diferentes funções atribuídas aos juízes destes sistemas jurídicos”.

Contemporaneamente há muitas formas de jurisdições constitucionais. Para AMARAL (2014, p.148): “a expansão contemporânea das diferentes formas de justiça constitucional pode aparecer, também, como uma “derrota” das teses schmittianas”. Muitos países do continente americano, da tradição da judicial *review of laws* são denominadas de ‘Tribunais Superiores ou Tribunais Supremos’. Alguns Estados da Europa acompanharam a experiência austríaca dos ‘Tribunais Constitucionais’ proposto por Hans Kelsen. Assim também são designadas as jurisdições constitucionais da República da Guatemala, do Perú, da Bolívia, do Chile e da Colômbia. Outras, a exemplo da França de ‘Conselhos Constitucionais’. A respeito das diferentes designações, AMARAL (2014, p.137) reflexiona:

Como quer que seja, a diferença nas designações – com toda a carga histórica que por detrás dela se esconde – não impede o essencial. E este pode resumir-se a uma conclusão simples: em todos estes países existem instituições que resolvem pela via jurisdicional – isto é: através dos meios próprios do Direito, com exclusão de quaisquer outros – os conflitos decorrentes da aplicação à vida das normas das suas constituições escritas.

Para compreender as controvérsias que envolvem essa questão, cumpre-se realizar uma digressão pela perspectiva histórica dos modelos europeu⁸⁸ e americano de constitucionalidade das leis, que será desenvolvida no tópico seguinte.

⁸⁵ Oriundo do poder legislativo, que é a principal fonte de produção do direito.

⁸⁶ Inglaterra.

⁸⁷ O direito é produzido pelos juízes. O juiz faz a lei.

⁸⁸ Modelo europeu, porque foi o modelo construído na Europa depois da Segunda Guerra Mundial e adotado pelos países da Europa.

2.2 OS SISTEMAS JURÍDICOS DE CONTROLE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Como foi apresentado no primeiro capítulo, ao contrário do que muitos pensam, o tema ‘legitimidade’ possui raízes profundas, e vem sendo discutido desde quando a Grécia antiga começou a estruturar sua democracia. E a preocupação com a questão da legitimidade da jurisdição constitucional que permeia o debate jurídico contemporâneo em virtude do crescente protagonismo das Cortes Constitucionais, também já vem sendo objeto de discussão desde o século XVIII. Mas, para entender a natureza da jurisdição constitucional, faz-se necessário compreender a história dos sistemas americano e europeu de controle de constitucionalidade das leis.

Conforme VALDÉS (1988), para compreender a experiência destes sistemas americano e europeu de controle de constitucionalidade das leis, se faz importante estudar as obras de Locke⁸⁹ e Montesquieu⁹⁰. Pois, é analisando como as leis foram construídas pelos primeiros constituintes liberais nas experiências históricas mais significativas produzidas no mundo, quais sejam: a Revolução Inglesa (1688)⁹¹, a Norte - Americana (1776)⁹² e a Francesa (1789), que se entende às finalidades políticas e jurídicas a que serviu e serve a clássica divisão de poderes. E na sequência, a da criação da jurisdição constitucional.

⁸⁹ John Locke foi o grande teórico da revolução inglesa, defendendo que o poder do Estado, deve atuar submetido ao império da lei, e estar separados, como uma forma de proteção das liberdades contra o exercício absoluto do poder político. A propriedade seria o direito natural inalienável do ser humano, o direito fundamental do qual decorrem os demais direitos dos indivíduos. Segundo Locke, o indivíduo deveria limitar a sua absoluta liberdade e demais direitos para a formação da instância que garantirá e protegerá a existência do direito à propriedade, ou seja, o Estado-governo. A ideia contratualista, na qual a propriedade, a livre iniciativa econômica a uma margem de liberdades políticas e de segurança pessoal seria garantida pelo poder público nasceu da concepção individualista burguesa que marca o pensamento lockeano.

⁹⁰ Montesquieu criou uma teoria política que apareceu na sua obra mais famosa, o Espírito das Leis, em 1748. Este livro inspirou os redatores da Constituição Francesa de 1791 e tornou-se uma fonte importante para os constitucionalistas liberais. Com base nele, propulseram a separação do poder em Legislativo, Executivo e Judiciário, mas eu não considerava o Judiciário como um dos Poderes. Ele defendia a Monarquia Parlamentar.

⁹¹ A Revolução Inglesa teve, como ponto culminante, a afirmação do Parlamento e a implantação de uma monarquia constitucional e com ela o estabelecimento do princípio político constitucional da separação de poderes, assim, os poderes limitados pelo *Bill of Rights* (Declaração de Direitos de 1688), que constituiu uma conquista precedida pelo *Petition of Rights* em 1628 e pela *Magna Carta Libertatum*, outorgada por João Sem-Terra na Inglaterra, em 1215, pelo *habeas Corpus Act* em 1679.

⁹² A Revolução Americana foi responsável pela emancipação das colônias inglesas na América, anunciada na Declaração de Independência, de 1776. Segundo Valdés, foi responsável pelo processo de uma profunda transformação política, que culminou na primeira grande Constituição escrita na história da humanidade, em cujo texto se proclamava o direito à vida e a liberdade, bem como sua reunião em um Estado independente, delineado na Carta de 17 de setembro de 1787.

Para se analisar o sistema jurídico norte – americano, é importante partir da construção teórica do princípio da supremacia da Constituição⁹³, para a seguir buscando entender a realidade histórica e política que transformou o problema de controle do poder no principal ponto de discussão das teorias políticas e jurídicas. Diante do problema de como garantir a liberdade da sociedade frente ao Estado e proteger a população, a solução foi criar um rígido sistema de divisão de poderes, com um controle recíproco entre os poderes do Estado. A primeira indagação nesta seara, pretende averiguar em benefício de que órgão estatal se estabeleceu o sistema de separação de poderes, ou seja, que perigo político se queria prevenir.

De acordo com VALDÉS (1988), esta discussão inicia-se nos Estados Unidos da América⁹⁴ com o processo histórico que o conduziu ao *judicial review of legislation*. Para isso, implica conhecer como a teoria da Supremacia da Constituição se afirmou. O Juiz Marshall analisou que se a Constituição fora considerada Lei Fundamental, conseqüentemente os atos legislativos contrários a ela são desprovidos de valor. Depois, questionou a necessidade de optar por uma das duas normas em conflito, enfatizando que existindo uma lei contrariando a Constituição, sendo que ambas tratam a mesma matéria, o Tribunal teria que indicar qual delas rege o caso. Em seguida, fez referência à lógica da supremacia da Constituição⁹⁵, argumentando a partir de uma afirmação de princípio, que os tribunais não de observar a Constituição, e sendo esta superior a qualquer lei, deve ser aplicada⁹⁶. Observa-se que na argumentação foi dado um valor jurídico e não meramente político ao texto constitucional.

VALDÉS (1998, p. 102), escreve que a Revolução Americana⁹⁷ fez eclodir um processo de transformação política, que culminou na primeira Constituição escrita na história da humanidade. No texto delineado na Carta de 17 de setembro de 1787, proclamava-se o direito à vida e a liberdade, bem como sua reunião em um Estado independente. A aprovação da

⁹³ As reflexões dos Padres Fundadores da Constituição sobre a separação de poderes, encerrava nas condições de necessidade que iam exigir um valor a Constituição, para mais tarde ser consolidada a construção da teoria da supremacia da Constituição sobre as demais leis.

⁹⁴ O presidente americano John Adams no final de seu mandato efetuou algumas nomeações para cargos no judiciário, aproveitando-se uma lei aprovada no mês de fevereiro que criou determinados cargos e dentre os nomeados, estava Marbury para juiz de paz no distrito de Columbia (02/03/1801), sendo tal nomeação ratificada pelo Senado e expedido a credencial que não chegou a ser entregue. Jefferson, o novo presidente, ordenou ao Secretário de Estado - Madison que não efetuasse a entrega da credencial, o que levou Marbury a interpor recurso à Suprema Corte para que aquela determinasse a entrega da credencial, haja vista que a Lei Judicial de 1789 facultava poderes ao Tribunal para expedir tal mandamento.

⁹⁵ Para VALDÉS(1988, p. 129) não houve uma conexão conceitual entre a idéia de rigidez e superioridade.

⁹⁶ Ressalte-se que a sentença acima referida teve como antecedentes decisões como a de JAMES OTIS em 1761 (contra medidas fiscais da Inglaterra), PATRICK HENRY em 1763, e SHARP em 1774 (rechaçavam as leis do Parlamento britânico frente as ordens restritivas dos direitos reconhecidos na Carta Magna) e por último a "*Judiciary Act*" de 1789 (que habilitava os órgãos judiciais para supervisionarem as leis advindas do Parlamento).

⁹⁷ Foi responsável pela emancipação das colônias inglesas na América, que tinham sido anunciada na Declaração de Independência de 1776.

Constituição, constituiu-se num passo decisivo para o processo de criação e assentamento da jurisdição constitucional, haja vista que dispunha em seu art. VI, seção 2 que:

Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expiden con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país, y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, aun cuando se encuentre en la Constitución o en leyes de cualquier Estado alguna disposición que lo contradiga.

Apesar de não apresentar o princípio da separação de poderes de forma expressa, tal princípio está consagrado em todo o texto. Este fato significou o marco inicial do sucesso institucional dos Estados Unidos da América, que adotou o modelo de separação de poderes, de forma relativamente rígida, com o objetivo de garantir a liberdade e evitar o despotismo.

VALDÉS (1998, p. 103), observa que esta rigidez foi compensada por uma série de disposições constitucionais que supõem interrogações ao princípio de especialização funcional. Cita como exemplo, o que dispõe o artigo 3º, I da Constituição americana⁹⁸, disciplinando que o Poder Judiciário dos Estados Unidos residirá na Suprema Corte e em tantos outros tribunais inferiores que o Congresso julgar necessário criar e estabelecer.

JAVIER (1988) assinala que a Constituição americana não atribuiu competência à Suprema Corte para proceder ao controle de constitucionalidade das leis. Esta competência foi estabelecida por intermédio da própria jurisprudência daquela Corte, não obstante a doutrina federalista já cogitasse essa possibilidade. Afirma-se que em *El Federalista*⁹⁹, que cabe aos juízes como guardiães da Constituição zelar por sua estrita observância, ante os atos e decisões oriundos do poder legislativo.

Então, foi a partir da sentença do juiz John Marshall, que os juízes e tribunais norte-americanos passaram a ter o direito de revisar os atos do executivo federal, estadual e local, bem como as leis do legislativo nacional e dos estados, sem a criação de um órgão com atribuição específica para tal finalidade¹⁰⁰. Registra-se que a aparição definitiva do controle judicial das leis se dá efetivamente no ano de 1803, quando o juiz John Marshall no caso "*Marbury versus Madison*" sentenciou, pela primeira vez, a anulação de uma lei federal, dando ensejo, assim, ao controle judicial das leis pela Suprema Corte.

⁹⁸ Foi a Constituição de 1787 quem despertou o interesse político e jurídico com a determinação do valor da Constituição.

⁹⁹ Conforme se pode ver na seção LXXVIII.

¹⁰⁰ Como aconteceu mais tarde na Europa, com a criação dos tribunais constitucionais, que conforme se verá no decorrer deste trabalho, resultou de um longo e conflitivo processo.

Percebe-se que toda a análise histórica que se tem desenvolvido, desde os antecedentes determinantes do horizonte da cultura jurídica norte - americana, até o da expressão constitucional que aquela alcançaria na Convenção de Filadélfia¹⁰¹, é encontrada em uma prática judicial que afirmava seu papel na definição do valor da Constituição. Este fato demonstra que o terreno que possibilitaria a afirmação da revisão judicial como uma das peças - chave do sistema constitucional americano¹⁰² estava negligenciado nos momentos finais do século XVIII.

Com o Estado Constitucional consagrado na Carta aprovada em Filadelfia, em razão da desconfiança nos *parlements*, a concepção de que o Poder Legislativo seria mais perigoso para a liberdade que o Poder Executivo, ganhou força na América do Norte . Isto deve-se ao fato da teoria constitucional ter se construído sem ter que enfrentar todas as resistências institucionais e sociais que enfrentaram os Estados Europeus¹⁰³.

O modelo norte-americano de controle da constitucionalidade teve origem no modelo comum aos países de colonização inglesa, ou seja, no *common law*, tendo o magistrado inglês fundamental importância na sua consolidação, por isso se fala em *judge make law*, ou seja, no direito produzido pelos juízes. O juiz, fulcrado no princípio do *judge made law*, tem o poder de afirmar o *common law*, ou seja, invocar os usos e costumes que se sobrepujam ao Poder do Legislativo¹⁰⁴, considerado como um parceiro do Judiciário.

Há controvérsias no tocante a esta questão. MARINONI (2010, p.35), afirma que no *common law*, a autoridade da lei é superior àquela das decisões judiciais, e não o contrário, o

¹⁰¹ VALDÉS (1988, p. 155) analisando a Carta de Filadélfia e a reflexão política de EL Federalista sobre a supremacia da Constituição, apresenta as seguintes considerações: a primeira, se refere ao fato de que o rechaço dos constituintes a associar aos juízes um órgão encarregado de controlar as leis, ser o Conselho revisor, não significava a negação da oportunidade de tal elemento de controle sobre o poder legislativo como demonstra a atribuição de veto ao Presidente na Seção VII do artigo 10 da Constituição, nem o rechaço de toda possibilidade de intervenção dos juízes a respeito das normas emanadas do parlamento, apenas afirmar que os juízes deveriam ser da “constitucionalidade” e não da “oportunidade”, função esta meramente política, como era o Presidente. A segunda, diretamente relacionada com a que se acaba de expor, não é outra que a relativa a confirmação da opinião majoritariamente favorável dos Pais Fundadores em relação com a atribuição aos juízes da função de controle da institucionalidade.

¹⁰² No constitucionalismo norte-americano, o poder Judiciário Federal estrutura-se em três instâncias: a Suprema Corte, os Tribunais de Apelação de Circuito e os de Distrito. A Jurisdição Federal tem sua competência fixada em razão da matéria (estendendo-se aos casos de aplicação da Constituição, Leis federais e Tratados) e em razão da pessoa (litígios em que sejam parte os agentes diplomáticos estrangeiros, a Federação, dois ou mais Estados membros enfrentando-se, um Estado membro e cidadãos de outro, cidadãos de Estados diferentes e por último um Estado estrangeiro).

¹⁰³ Esta se referindo ao desafio que a Europa enfrentou para transformar os antigos monarcas absolutos em titulares de órgãos constitucionais do Estado.

¹⁰⁴ Na tradição inglesa, o parlamento considerava as decisões proferidas pelas Cortes nos casos concretos para, a partir delas, de modo a complementá-las, precisar a lei decorrente da vontade comum, atento a garantia da segurança jurídica.

que se afere que a quantidade de leis e o seu grau de autoridade constituem critérios inadequados para distinguir o sistema *common law* do *civil law*.

É importante a observação feita por RENÉ DAVID (2002, p.491), quando diz que a existência de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes e que estes, não são de uso exclusivo do *common law* e inadequado ao *civil law*. Em ambos, serve como orientação para o juiz não decidir os conflitos baseados em suas convicções pessoais. A França, a Hungria e a Espanha são exemplos de países de tradição do *civil law* que acolheram, no todo ou em parte, a ideia de precedentes vinculantes¹⁰⁵.

No que pertine à segurança jurídica ante as possíveis contradições nas decisões, MACCORMICK(2008, p.191) esclarece:

Num Estado moderno com muitos juízes e muitas Cortes, e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluções devem orientar a decisão independentemente do juiz do caso. Fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou Corte, para outro.

Resguarda-se a aplicação do princípio do "*stare decisis*", que impõe aos juízes seguir a orientação de decisões anteriormente concebidas pelos tribunais de instância mais elevada, em especial as da Suprema Corte. Ressaltando-se que a interpretação definitiva é a da Suprema Corte, pois esta efetiva a uniformidade ao conhecer, por via de apelação, as decisões dos tribunais inferiores¹⁰⁶.

Observa-se que o modelo europeu de controle de constitucionalidade, como é denominado, foi fruto de experiências diferentes das vividas pelos países anglo-americanos. CAPPELLETTI (1992, p. 77): explica:

¹⁰⁵ Teve início com o Direito dos Casos, o *case Law*, um direito construído pelos magistrados nos julgamentos de casos concretos, que passava a vincular as decisões subsequentes. As reuniões dos juízes da Corte do reino inglês, realizadas na "*Camara Exchequer*" a partir do século XV, discutiam os casos mais importantes e complexos; depois o caso retornava a respectiva Corte de Justiça para que a decisão fosse tomada. No ano de 1483, numa das decisões tomadas por maioria na Câmara, o Juiz-Chefe ao se manifestar consignou que apesar de discordar da decisão que ali se estabelecia, ele era obrigado a adotar a decisão da maioria que decidiu de acordo com uma decisão anterior. Nos séculos XVI e XVII as decisões proferidas assumiram o papel de precedentes vinculantes, depois passaram a ser o direito dos precedentes vinculantes, mas só no século XIX que foi estabelecido a obrigatoriedade de observância dos precedentes pela Câmara Exchequer. Quando o caráter vinculante dos precedentes passou a ser observado também nas Cortes de Justiça foi que ficou relacionada à hierarquia entre as Cortes, de maneira que uma Corte somente estaria vinculada às decisões proferidas pelas Cortes superiores ou pelas proferidas pelas Cortes de mesma instância. Assim, existe precedente vertical, que estabelece que uma Corte siga as decisões da Corte superior dentro de uma mesma jurisdição. E, precedente horizontal, que estabelece uma hierarquia imposta do anterior para o posterior.

¹⁰⁶ A obrigação que uma corte tem de seguir decisões da mesma corte é *stare decisis*, enquanto o termo precedente, é usado para se referir tanto à *stare decisis*, quanto à obrigação de uma corte inferior de seguir decisões de uma superior, ou seja, é mais abrangente.

A introdução, no sistema de *civil law*, do método ‘americano’ de controle, levaria a consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição por outros.

A adoção do sistema concentrado do controle da constitucionalidade, pelas modernas constituições européias, mormente, a austríaca, a italiana e a alemã, foram motivadas por essas razões.

CAPPELLETTI (1992) em “O controle judicial de constitucionalidade das leis nas leis do direito comparado”, elenca o ano em que alguns países passaram a adotar o sistema concentrado como modelo de controle judicial de constitucionalidade. CAPPELLETTI (1992, p. 72) que:

[...] Tchecoslováquia em 1920 e na Espanha, em 1931 [...] além da constituição vigente Italiana [...] onde está em vigor desde a data da criação da Corte Constitucional, isto é, desde 1956, também pela Constituição de Bonn, de 23 de maio de 1949, como também pela Constituição da República do Chipre, de 16 de agosto de 1960, pela Constituição Turca, de 9 de julho de 1961 e, enfim pela Constituição, de 7 de abril de 1963, da República Socialista Federativa da Iugoslávia [...].

A Constituição promulgada em 1920, na Áustria, criou sua Corte Constitucional, no entanto, a reforma constitucional de 1929 foi quem criou o sistema de controle de constitucionalidade das leis, exercitado ‘por via de ação’. A legitimidade para instaurar um processo de controle perante à corte constitucional austríaca, foi estendida, a dois órgãos judiciários, ao *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema) e ao *Verwaltungsgerichtshof* (Corte Administrativa¹⁰⁷). Neste sistema, a Corte Constitucional, não declara nulidade de uma lei plenamente válida e eficaz, mesmo que inconstitucional, mas, anula, cassa os seus efeitos, via de regra, a partir da publicação de sua decisão e, excepcionalmente pode dispor que a anulação da lei se dê a partir de uma data posterior à publicação de inconstitucionalidade por esta Corte.

O sistema Alemão de jurisdição concentrada nasceu da Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, que serve de Constituição à República Federal da Alemanha. O controle jurisdicional é exercido pela Corte de Karlsruhe na Alemanha, que é composto por duas Câmaras, compostas cada qual de doze juízes, eleitos, metade pelo Parlamento “*Bundestag*” e metade pelo Conselho Federal “*Bundesrat*”, tendo suas decisões força de lei. Uma das Câmaras é competente para os recursos constitucionais, que dizem respeito aos atentados aos direitos fundamentais, podendo esses recursos ser impetrados por particulares, sendo que a outra

¹⁰⁷ Não cabe a esse órgão aplicar as leis cuja constitucionalidade esteja em dúvida, sem o julgamento vinculatório da Corte Constitucional.

Câmara, salvaguarda o sistema federativo. O mandato dos juízes da Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) é de doze anos.

Observa LEIBHOLZ (1971, p. 148), que o Tribunal Constitucional da Alemanha prima pelo bom relacionamento constitucional dos órgãos da Federação e dos Estados, preocupando-se em garantir os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos e uma ordem jurídica democrática, atuando como guardião da Constituição.

Na Itália, apesar da Corte Constitucional Italiana ter se instalado em 23 de abril de 1965, o sistema concentrado de controle das leis já havia sido previsto na Constituição da República Italiana de 1947. Apenas a Corte Constitucional julga a constitucionalidade de uma lei. O Tribunal Constitucional Italiano, previsto nos artigos 134 e 135 da Constituição não constitui órgão do Poder Judiciário. Ele é composto por quinze juízes, sendo um terço destes, indicados pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento e um terço pela Suprema Corte de Cassação¹⁰⁸. Estes, exercem o mandato por nove anos (FREITAS, 2010).

Em alguns países, ao lado do controle jurisdicional existe um controle exercido por órgãos políticos. Um exemplo de controle de constitucionalidade de caráter não jurisdicional, mas político, bastante citado, era encontrado na França. Ao invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, o controle era essencialmente preventivo, ocorria antes que a lei entrasse em vigor. Com a reforma constitucional de 23 de julho de 2008, foi permitido ao Conselho Constitucional realizar o controle repressivo de constitucionalidade, quando se trata de uma ‘questão prioritária de constitucionalidade’ (QPC).

Para se analisar o valor da Constituição no modelo francês, deve-se iniciar abordando a questão da separação de poderes nas constituições francesas do período revolucionário, quais sejam: a Constituição de 1791, a de 1793 e a de 1795, bem como as dificuldades conjunturais e estruturais enfrentadas pela França naquele momento.

Na análise que faz da Constituição de 1791, VALDÉS (1988, p. 210) diz ter ocorrido uma cópia orgânica do princípio da separação de poderes inscrito no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, demonstrando que em todas as questões que resultavam essenciais, a Assembleia Nacional Constituinte francesa se expressou em favor do poder legislativo e contra o executivo personalizado pelo Rei.

VALDÉS (1988, p. 224-225) acrescenta que o debate sobre o veto e a sanção na constituinte francesa de 1789, era político. Discutia-se como se deveria organizar o Estado constitucional para equilibrar o poder portador da revolução, convertido depois dela em órgão

¹⁰⁸ Órgão hierarquicamente superior da justiça ordinária.

central estatal, o parlamento, e o poder que o próprio Estado liberal herdava do antigo regime monárquico. Na Constituição de 1793, o debate foi para o plano jurídico-constitucional de um movimento tendencial que reafirmava a centralidade política do parlamento na dinâmica revolucionária. Um aspecto que chamou atenção nos comentários do autor foi que a supracitada Constituição parece permeada pelo princípio da separação absoluta dos poderes: legislativo (atribuído à Assembleia), executivo (ao conselho executivo) e o judiciário (aos juízes), sem que se estabeleça nenhum tipo de interferência substantiva entre eles.

Em relação à Constituição de 1795, VALDÉS (1988) observa que esta recupera a combinação entre separação e equilíbrio que havia sido quebrada no texto de 1791. No entanto, nenhuma das três Constituições acima referidas vinha favorecer a criação de verdadeiros instrumentos jurídicos, destinados a controlar o respeito efetivo por parte do legislador aos princípios materiais contidos no texto constitucional. As Constituições do período revolucionário se limitaram a conformar o povo com declarações em defesa do ordenamento constitucional, assim, as pretensões que podiam derivar dos princípios contidos nos textos declarativos de direitos se esbarrariam contra o muro da supremacia da lei¹⁰⁹, o que acarretaria uma inoperância jurídica efetiva dos princípios consagrados tanto na parte dogmática como na parte orgânica da constituição.

Já a Constituição Espanhola de 1978 trata da posição do Tribunal Constitucional em relação ao controle de constitucionalidade das leis. Elenca as vias pelas quais pode o tribunal pronunciar-se sobre leis e sobre atos com força de lei, quais sejam: o recurso prévio de inconstitucionalidade, o recurso de inconstitucionalidade, o recurso de amparo e os conflitos de competência entre o Estado e as comunidades autônomas.

Na Espanha, os membros do Tribunal Constitucional são nomeados entre magistrados, fiscais, professores universitários, funcionários públicos e advogados, todos eles juristas de reconhecida competência com mais de quinze anos de exercício profissional. O Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo o território espanhol e é competente para conhecer dos recursos de inconstitucionalidade contra leis e disposições normativas com força de lei. Estão legitimados para interpor o recurso, o presidente do governo, o defensor público, deputados, senadores e os órgãos colegiados executivos das comunidades autônomas.

¹⁰⁹A supremacia da lei e a lei como expressão da vontade geral, e a expressão desta pelo corpo legislativo enquanto órgão representante da nação, assevera que a partir do ponto de vista da teoria da Constituição o que se reduz da dupla proposição conformadora do conceito revolucionário da lei, é que conduzirá a afirmação da soberania parlamentar.

É importante observar que o Tribunal Constitucional não pode substituir o juízo político do parlamento, mas apenas velar pela observância das regras do processo legislativo, inclusive como uma forma de preservar a integridade da Constituição. O recurso prévio de inconstitucionalidade que possibilitava ao tribunal Constitucional invadir a esfera do legislador, não foi avaliado positivamente pela sociedade.

Em relação ao recurso de inconstitucionalidade, somente no caso de uma interpretação manifestamente contrária à Constituição se decidiria a pronunciar a inconstitucionalidade. Afirma-se que as jurisprudências constitucionais nos recursos de inconstitucionalidade se converteram ao longo destes anos em um pronunciamento sobre os próprios limites do Tribunal Constitucional na hora de determinar os limites do legislador. Mas, que o tribunal tem avançado em relação aos critérios de auto-limitação. As limitações consideradas mais importantes, são: limitação da análise do Tribunal Constitucional aos textos legais e as fórmulas legislativas que não se encontram expressamente derogadas e que tenham sido expressamente recorridas.

Apesar das diferenças entre os sistemas do *civil Law* e do *common Law*, a cada dia mais se percebe a aproximação entre esses sistemas, no decorrer do exercício da função de interpretar e aplicar o Direito. Segundo JAVIER (1988, p.29): “los imperativos de la democratización progresiva de la sociedad civil, no sólo de la sociedad política, han ido aproximando en la practica a ambos sistemas desde la perspectiva de la protección de las minorias”. Tanto os juízes do *common Law*, como os do *civil Law*, elaboram decisões criando e/ou interpretando o Direito, sob a base de fundamentação de que estão protegendo os direitos constitucionalmente assegurados.

Do exposto, observa-se que o exercício do controle do poder político pelo Poder Judiciário é matéria que perpassa pela questão do modelo de justiça constitucional adotado. Esta afirmação diz respeito às experiências do sistema americano e do modelo europeu de controle de constitucionalidade, que se revelaram adequados para inspirar os países da América Latina.

No Brasil, a partir de 2015, com o Novo Código de Processo Civil, o *common law* se fortaleceu ao ser criado um sistema de precedentes judiciais, por isso se diz que vem ocorrendo a commonlização do sistema jurídico brasileiro¹¹⁰. Esta mudança, bem como a intensificação do efeito vinculante das decisões judiciais, desencadeou questionamentos acerca da legitimidade democrática das referidas decisões. Para melhor compreensão desta questão, ela será discutida no desenvolvimento do tópico seguinte.

¹¹⁰ É como vem sendo denominado a aproximação ao modelo anglo-saxão do *common law*, que anteriormente era associado à tradição do *civil law* (fundamentado na valorização da lei escrita e da codificação).

Prosseguirá a discussão acerca da legitimidade da Jurisdição Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade, a fim de entender o que levou a se pressupor a legitimidade da jurisdição constitucional. E, na continuidade, estuda-se a problemática discussão em relação a sua carência de legitimidade democrática, que levou ao problema que esta tese se propõe a contribuir com a discussão.

2.3 LEGITIMIDADE E LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO LIMITE COM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

A fim de se compreender o tema da tese faz-se necessário estabelecer a diferenciação entre legitimidade e legitimação da jurisdição constitucional, bem como seus limites com a judicialização da política e o ativismo judicial. Conforme foi visto no primeiro capítulo desta tese, não há um consenso teórico ideológico-político no tocante às questões que envolvem este tema. Por esta razão, questionar a legitimidade democrática suscita inúmeras controvérsias.

Primeiro, para se compreender a jurisdição constitucional, SILVA (1985, p. 504), ensina que “consiste na entrega, aos órgãos do poder judiciário, da missão de solucionar os conflitos entre as normas jurídicas ordinárias e a constituição”. Na continuidade SILVA (1985, p. 512) explica que há a jurisdição difusa (denominado de controle difuso) e a jurisdição concentrada (controle concentrado). No controle difuso se reconhece jurisdição constitucional a todos os juízes. No controle concentrado, as atividades da jurisdição constitucional são confiadas a um tribunal especializado, geralmente denominado de Corte Constitucional, que é o órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Nesta tese, parte-se da premissa de que a jurisdição constitucional carece de legitimação democrática, porque apesar desta conferir a competência de origem à Constituição, para o exercício das atribuições por ela estabelecidas, faltam procedimentos suficientes e eficazes de controle destas atividades no decorrer do processo. As pessoas que desempenham essas funções, não possuem o poder para moldar a constituição conforme a conveniência circunstancial de cada momento histórico, seja por meio da hermenêutica constitucional. CANOTILHO (1998, p.95-96) esclarece:

O Estado constitucional carece da legitimidade do poder político e da legitimação desse mesmo poder. O elemento democrático não foi apenas introduzido para «travar» o poder (to check the power); foi também reclamado

pela necessidade de legitimação do mesmo poder. Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no Estado de direito; (2) outra é a legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político no Estado democrático. O Estado «impolítico» do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da soberania popular, segundo o qual «todo o poder vem do povo», assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de «charneira» entre o «Estado de direito» e o «Estado democrático», possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático.

As palavras do autor mostram que a legitimidade democrática é estabelecida em lei e constitui-se um requisito para a subsistência de um Estado Democrático de Direito. E que a legitimação do exercício do poder político em um Estado democrático está associada ao elemento que dá sustentação a qualquer construção teórica e/ou prática que se pretenda caracterizar de democrática, qual seja: a participação popular. É esta quem garante a legitimação das decisões no âmbito de todos os poderes, por ser o povo o verdadeiro titular do poder.

Pode-se afirmar que se denomina de ‘legitimidade’, a dimensão objetiva, formal, que decorre da prescrição legal; e, ‘legitimação’, a dimensão subjetiva, que decorre do exercício constante da soberania popular. O poder discricionário dos juízes para dizer o Direito na práxis da decidibilidade dos conflitos que se apresentam na sociedade, não pode ser arbitrário, nem preso a aspectos estritamente formais, se estes não alcançam os aspectos subjetivos presentes nos casos concretos.

Por exemplo, a própria Constituição Federal é considerada legítima em termos objetivos, porque atendeu aos critérios objetivos para sua elaboração – apesar de ser questionada esta legitimidade em virtude de não ter sido convocada uma assembleia nacional constituinte exclusiva, e o congresso nacional ter assumido a função para a qual não tinha sido eleito. Mas, à parte esta questão, que não cabe ser aprofundada neste momento, para que a Constituição Federal promulgada em 1988 continue sendo considerada legítima, faz-se necessário que a soberania popular continue a aprovando e acompanhando as mudanças implementadas por meio de emendas constitucionais.

Para muitos cidadãos a legitimidade da justiça constitucional em geral e a do Tribunal Constitucional está consolidada. A este respeito, MOREIRA (1995, p. 178), expõe:

A existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo se confiada a um tribunal específico, parece ter-se tornado nos tempos de hoje num requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos. A jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático. Além da jurisdição constitucional passar a ser considerada como elemento impressindível a um Estado de direito democrático, com o princípio da supremacia da Constituição, esta passou a ser a lente pela qual se lia todos os ramos do Direito.

A legitimidade democrática, num Estado Democrático de Direitos, conforme foi estudado no primeiro capítulo desta tese, não pode ser exigida apenas às instâncias institucionais compostas por agentes políticos eleitos pela regra da maioria para representar o povo. A maioria política não pode violar os princípios fundantes da constituição, se isso acontecer caracteriza-se uma situação de ilegitimidade, um golpe de Estado.

As instâncias sociais consideradas contramajoritárias, a exemplo do Poder Judiciário, para funcionar num Estado Democrático de Direito, também deve funcionar segundo os requisitos que a legitimidade democrática enseja. Além disso, deve ir além da fachada e adentrar no seu interior, por isso o povo deve adentrar no interior das suas estruturas, a fim de colocá-las para funcionar democraticamente e impedir ações ilegítimas, seja por comissão ou por omissão, o que também pode ocorrer. Por exemplo, quando Poder Judiciário se retrai e não cumpre sua função, ou seja, não assume suas responsabilidades para com o bom funcionamento do Estado, ficando na ‘trincheira’ como um guardião acanhado.

O processo de legitimação é contínuo, não cessa, e vai sendo confirmado ou não, pelas novas subjetividades que surgem na dinâmica social. Todos os sujeitos querem assumir sua condição potencial de constituinte, principalmente os sujeitos que eram invisibilizados e negados em sua dignidade -, em sua condição de cidadão pelo processo colonizador-civilizatório-capitalista, a exemplo dos indígenas e afro-descendentes.

No Brasil, a Constituição Federal promulgada em 1988, alcançou o status de ferramenta básica do Poder Judiciário para a realização da Justiça constitucional, por isso, a legitimidade dos ministros do STF, dela decorre¹¹¹. Contudo, vive-se uma situação de deslegitimidade na atuação das instituições políticas e jurídicas, que geram insegurança social e mostram o quanto à sociedade está vulnerável com a instabilidade e a corrupção dentro das suas instituições.

¹¹¹ Sua guarda foi confiada às mãos do STF (entendimento tacitamente presumido, apesar de estar explicitamente anunciado que todo poder emana do povo).

A análise destas questões, no atual contexto que se vem vivenciando, convida para uma reflexão anterior, importante nesta discussão. Vêm à mente, as velhas interrogantes que até então suscitavam dúvidas: o Direito legitima a Política ou é legitimado por esta? Quais os limites da Política e do Direito no Brasil?

Na tentativa de responder a estas indagações, que se inserem no campo da teoria política e jurídica, bem como de saber se tem ou não valor epistêmico as decisões que são tomadas por quem não possui representação dos titulares do poder¹¹², discutir-se-á a centralidade que contemporaneamente o Direito adquiriu no processo político com a judicialização da política¹¹³ e o ativismo judicial, temas que têm despertado repercussões significativas para o sistema político, jurídico e social.

Este tema se insere nesta tese devido à intensificação das demandas envolvendo questões de alcance político e social levadas ao Judiciário pela judicialização da política, ter despertado a necessidade de discussão sobre a questão da legitimidade democrática no âmbito do Poder Judiciário¹¹⁴.

A diferenciação entre legitimidade da jurisdição constitucional e legitimidade no exercício dessa jurisdição é explicada por BONAVIDES (2004, p. 128) da seguinte forma:

[...] A primeira é matéria institucional, estática, a segunda, axiológica e dinâmica; aquela inculca adequação e defesa da ordem constitucional, esta oscila entre o Direito e a política. À verdade, tribunal ou órgão de Estado, consagrado à fiscalização de constitucionalidade que não congregue requisitos indeclináveis ao desempenho de tal função ou não preencha os fins aí implícitos, terá sua legitimidade arranhada e contestada ou comprometida, como ora acontece em determinados sistemas judiciais dos países da periferia. Neles o influxo das interferências executivas sobre o Judiciário se fazem sentir com mais força e intensidade, descaracterizando, não raro, a natureza do controle, transvertido em instrumento ou veículo de interesses infestos à causa da justiça e da democracia, e sempre orientados no sentido do fortalecimento e hipertrofia, já do poder do Estado, já do arbítrio dos governantes. Assim acontece com as "ditaduras constitucionais" de algumas repúblicas latino-americanas, das quais o exemplo mais atual, frisante e ilustrativo é o Brasil na presente conjunção. Por onde se infere que neste país, o Poder Executivo busca fazer o controle de constitucionalidade se exercitar cada vez mais no interesse do grupo governante e cada vez menos no interesse da ordem constitucional propriamente dita, de que é guarda o Poder Judiciário.

¹¹² Principalmente as decisões proferidas em sede da jurisdição constitucional pelo STF.

¹¹³ No Brasil, além da judicialização da política, está ocorrendo o que vem sendo denominado de judicialização da vida privada cotidiana dos indivíduos. Conflitos que outrora eram resolvidos em outras esferas privadas (família, moral, etc.) estão sendo demandados no judiciário.

¹¹⁴ Trata-se de um assunto aparentemente novo, mas que na verdade, vem despertando o interesse da teoria geral do Direito e mais precisamente do direito constitucional nacional e internacional há algumas décadas.

Treze anos após esta escrita de BONAVIDES (2004), percebe-se a atualidade do tema e dos problemas que este envolve. Observa-se que os casos que envolvem situações de judicialização da política, requerem muita cautela para que o Judiciário não se transforme em uma arena política. A legitimidade que a jurisdição constitucional possui, por ser considerada “guardiã” da Constituição, decorre da legitimidade da própria constituição e não confere aos seus membros legitimidade democrática para tomar decisões arbitrárias, com base na sua moral pessoal, opção política e convicções forjadas ao longo das suas experiências de vida.

Buscando alternativas para combater as atitudes acima referidas, BONAVIDES (2004, p. 132), pondera que quanto mais perto do povo estiver o juiz constitucional, mais elevado há de ser o grau de sua legitimidade. Contudo, as decisões precisam ser desvinculadas de interesses individualistas e partidários, assim como não devem ser influenciadas pelos clamores sociais manipulados pela mídia, barganhas e coações de toda natureza, perpetradas para a manutenção dos interesses do sistema liberal burguês.

O pensamento dos membros do Poder Judiciário também está sujeito a ser corrompido pelas distorções ideológicas, E um fator agravante é a falta de controle social. Neste sentido, AVRITZER e FILGUEIRAS (2011, p. 351) comentam:

De este modo el caso brasileño, al igual que otros casos latinoamericanos, es en realidad un caso triple, en el que, durante el período democrático, se crean estructuras de control judicial para las acciones del Ejecutivo através de un nuevo activismo judicial, y al mismo tiempo faltan estructuras de control del Supremo, ya sea por parte del Poder Legislativo o de la sociedad civil.

Os autores criticam o Estado brasileiro e percebem semelhanças com outros Estados latino – americanos, ao permitir que o ativismo judicial se desenvolva num Estado Democrático de Direito, para controlar as normas e atos normativos dos poderes considerados democráticos e não cria uma forma de controlar o STF. O próprio BARROSO (2010, P.10) admite ao afirmar:

[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

Pelas palavras do autor, o ativismo judicial é utilizado para designar a atitude dos juízes na ocupação das lacunas deixadas pelo legislador. E essa interferência no espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo é avaliada positivamente, dizendo tratar-se de concretização dos fins constitucionais.

Também, considera-se comportamento ativista os casos de declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos emanados pelos demais poderes, com base em

critérios que violam a vontade do povo manifesta na Constituição. Decisões que impõem condutas e/ou abstenções ao poder público em matéria de políticas públicas, indo além dos limites da sua competência constitucional, entrando no campo cultivado pelo poder político a mando dos donos do poder econômico. A respeito deste tema, ROSSI E PAMPLONA (2013, p.16), escreveram:

O ativismo judicial implica o fato de que ao juiz cabe a tarefa primordial de racionalizar o sistema jurídico tomando-se como pauta os princípios éticos e políticos estabelecidos na própria Constituição. O vácuo muitas vezes deixado pela inação dos demais Poderes Instituídos, no cumprimento das suas obrigações para a realização dos dispositivos e direitos constitucionais estabelecidos, faz com que o poder Judiciário tenha a obrigação de atuar efetivando concretamente direitos por meio de suas decisões, ainda que este Poder seja o único não legitimado democraticamente, visto que não se compõe de agentes escolhidos pelo voto popular.

As autoras reconhecem ser o Poder Judiciário, o único não legitimado democraticamente pelo voto popular, mas ao mesmo tempo justificam que este poder deve cumprir sua obrigação de fiscalizar se os direitos constitucionais estão sendo efetivados. A ideia de que os fins justificam os meios, parece servir para embasar o ativismo quando é utilizado para dar efetividade à constituição, mesmo que não se concorde que os juízes tenham o poder de normatizar.

O fato é que todas as teorizações encontram resistências, principalmente porque se faz necessário compreender melhor em que realmente consiste o ativismo. Ao contrário do que se pensa, o ativismo judicial não é um fenômeno novo, iniciou-se na década de quarenta nos EUA. Segundo KOERNER (2013, p. 02):

Atribui-se a Arthur Schlesinger ter utilizado pela primeira vez o termo "ativismo judicial" em 1947, num artigo na revista *Fortune*, e, desde então, seu uso vem crescendo. Kmiec mostrou que o número de ocorrências do termo na produção acadêmica e em decisões judiciais nos Estados Unidos passou de poucas unidades nas décadas de 1950 e 1960 à ordem de centenas nas décadas seguintes. No Brasil, ele é utilizado para apreciar decisões do STF que ampliaram o alcance e o impacto da jurisdição constitucional e se distanciaram de suas formas consagradas de atuação.

Conforme o autor, no Brasil, configura-se o ativismo judicial quando as decisões judiciais vão além do que está estabelecido na ordem jurídica constitucional. Apesar de haver quem sustente que é por meio do ativismo que se está construindo a democracia, defendendo o povo da vontade majoritária do Poder Legislativo, paira o temor do Poder Judiciário, representando a força contramajoritária, transforme o ativismo num instrumento utilizado para restringir ainda mais a concepção de democracia. Por isso, o ativismo judicial tem recebido

críticas, principalmente, por parte de pessoas que defendem a esfera política para defesa da ordem democrática. Para KOERNER (2013, p. 03):

O ativismo judicial indica uma situação-limite, as fronteiras fluidas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito. Ao ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial — o juiz, um tribunal ou o Judiciário como um todo — produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos.

No atual contexto que o Brasil se encontra, a postura ativista da jurisdição constitucional deve ser examinada com muito cuidado, porque segundo KOERNER (2013) representa uma situação-limite, entre as fronteiras fluidas da Política e do Direito¹¹⁵. Mesmo quando é proativo e responde positivamente, a exemplo dos julgamentos da greve no serviço público, eliminação do nepotismo, a definição da fidelidade partidária, a decisão pelo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar¹¹⁶, a afirmação da constitucionalidade da Lei da Ficha-Limpa¹¹⁷, que representam uma vitória para a sociedade e enobrecem a postura ativista¹¹⁸, a sociedade precisa acompanhar para que as fronteiras não sejam ultrapassadas.

É preciso atentar para os problemas causados com a descaracterização ou expansão das funções do Poder Judiciário, quando os limites da capacidade institucional são ultrapassados ao se resolver determinadas demandas e comprometem a democracia. A jurisdição constitucional, dizendo-se estar utilizando a hermenêutica constitucional e interpretando a Constituição extensivamente, algumas vezes, decide questões controversas para a Política e o Direito, sem uma avaliação responsável das consequências que pode gerar à governabilidade.

Diante do exposto, não se pode afirmar se ativismo judicial é bom ou ruim, assim como acontece com outros instrumentos de controle social. Assim como a população aprovou as decisões acima elencadas, houve desaprovação por parte da sociedade em relação a muitas decisões. A título de exemplo, quando o STF declarou a constitucionalidade da taxa dos servidores inativos¹¹⁹. A questão está na forma como o ativismo é utilizado, o grau de responsabilidade, de ética, independência e transparência.

¹¹⁵ No sentido de que facilmente pode tomar outra forma.

¹¹⁶ Dos onze ministros, dez votaram a favor do reconhecimento da união homoafetiva e um não participou. Com a decisão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu às uniões homoafetivas o status de entidade familiar, colocando-as sob a mesma proteção da união estável entre heterossexuais.

¹¹⁷ Projeto elaborado pela iniciativa popular.

¹¹⁸ Observa-se que os posicionamentos dependem da posição política e / ou jurídica que os sujeitos ocupam no momento em que se encontram nas suas vidas.

¹¹⁹ ADIn nº3105, relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 18/8/2004.

Observa-se que o ativismo judicial como estratégia do jogo institucional, pode ser progressista ou conservador, compatível ou não com o compromisso de concretizar a justiça constitucional. Por isso, entre as principais objeções à crescente intervenção judicial, BARROSO (2012, p. 30) aponta a objeção de natureza político-ideológica, alegando riscos para a legitimidade democrática.

Uma das objeções diz respeito ao modo de investidura dos juízes e membros dos tribunais. Argumenta-se que por não serem agentes públicos eleitos, não são considerados como legítimos representantes do povo para terem o poder de invalidar atos do legislativo e do executivo, que possuem esta legitimidade. Apesar de expor em seu texto o argumento de natureza filosófica, defendendo que a democracia não se resume ao princípio majoritário e que o papel da Constituição é proteger os princípios e os direitos fundamentais, mesmo contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos, reconhece-se a complexidade desta questão.

Uma outra objeção diz respeito à questão da capacidade institucional. Saber qual dos poderes está mais habilitado a produzir a melhor decisão. Neste ponto, BARROSO (2012) concorda com a crítica de que falta aos juízes a informação e o conhecimento técnico específico sobre determinadas matérias.

Ainda existe a objeção quanto à limitação do debate. Argumenta-se que a linguagem jurídica exclui os que não a dominam. A razão disto decorre do fato do texto constitucional brasileiro apresentar ambiguidades, sejam elas semânticas¹²⁰ ou sintáticas¹²¹. Apresenta conceitos controversos, deixando muitas dúvidas no tocante, a saber, qual é a interpretação correta a ser tomada nos casos concretos que são levados ao Judiciário. Além desta situação dificultar o entendimento dos magistrados, confunde a população, que não sabe que posicionamento tomar diante destes casos.

O ativismo judicial passou a ser aceito e desejável pela sociedade, quando assegura à efetividade da Constituição, especialmente quando supre a inação dos demais poderes e quando o judiciário satisfaz aos litigantes, decidindo em desfavor às medidas fiscais do Executivo e do Congresso Nacional. Para FARIA (2003, p.01-03), a judicialização da vida administrativa-política e econômica tornou o judiciário vulnerável a tentativas de intervenções externas, ampliando o risco de perda de autonomia dos tribunais.

Decorridos treze anos da publicação do artigo de FARIA (2003), observa-se, salvo melhor juízo, que o Judiciário exerce um papel decisivo como instrumento de controle político,

¹²⁰ Palavras que admitem mais de um significado.

¹²¹ Orações que apresentam mais de uma proposição e que, por isso, são suscetíveis de serem interpretadas de modos distintos.

assumindo um protagonismo da história, como visto entre os anos 2013 a 2017, quando decidiu questões de largo alcance social e político.

Há, também, a questão da autorrestrrição judicial ou a autocontenção judicial, que significa um comportamento oposto ao ativismo, utilizado com o fim de evitar a intervenção judicial. Tanto é utilizado para evitar os excessos, em respeito à representação da participação popular realizada pelo Legislativo, como por ‘passivismo judicial’, adotado estrategicamente por razões diversas, inclusive por conveniência momentânea do próprio órgão que opta por ter uma postura minimalista, seja para enobrecer ou envergonhar o sistema de Justiça. Verifica-se que o ativismo judicial, assim como a autocontenção judicial, apresenta aspectos positivos e negativos sobre os poderes constituídos e a sociedade, principalmente na realidade latino-americana.

O ativismo, assim como o passivismo judicial apresentam fatores multicausais que se comunicam e refletem seus contextos sociais, considerando os fatores peculiares em cada país, que levam à judicialização da política. Por exemplo, na Colômbia, a defesa da Constituição por via judicial tem uma tradição histórica no constitucionalismo colombiano. A jurisprudência da Corte Constitucional colombiana é considerada como exemplo de dinâmicas ativistas inclusivas, que promoveram amplo acesso à justiça e impulsionaram significativas transformações no Estado. Para entender a respeito da defesa judicial da Constituição na Colômbia, segue a explicação de ESCOBAR GARCÍA (2009, p. 128):

Se estructura en torno a ocho rasgos de la defensa judicial de la Constitución en Colombia: la existencia de una historia y de una tradición de control constitucional, la defensa de la Constitución como asunto público, la Carta Política como norma “invasiva” de la vida social, económica y política del país, la desconcentración del control constitucional, la construcción permanente y progresiva del constitucionalismo por vía judicial, el diálogo con otros sistemas constitucionales, la existencia de una “identidad” constitucional, y la continuidad relativa con el sistema y la tradición jurídica.

Para perceber a dimensão da questão na Colômbia, ESCOBAR GARCÍA (2009, p. 133) explica que “[...] la confianza que en Colombia se ha depositado en El Derecho en general, ha provocado, entre otras cosas, el alto nivel judicialización de conflictos de orden político, económico y social [...]”.

Em contínua explicação, o supracitado autor afirma que o modelo previsto na Constituição de 1991, deve-se a este desenvolvimento histórico de todos os significativos aspectos acima elencados. Para o autor, a legitimidade da Corte Constitucional colombiana

deve-se ao alto nível de respeito à instituição e a independência que o Poder Judicial foi conquistando paulatinamente.

Para mostrar a veracidade de sua afirmação, cita a sentença C-141/10 que declarou a inconstitucionalidade da lei 1354 de 2009, expedida pelo Congresso, convocando referendo para reformar a Constituição e admitir outra reeleição do presidente. Mesmo contrariando os interesses do poder econômico e político, a decisão foi respeitada por todos, com declaração do presidente Uribe acatando a decisão e destacando a prevalência do Estado de Direito. Assim se pronuncia ESCOBAR GARCÍA (2009, p. 134):

La defensa judicial de la Constitución constituye un asunto público al que todas las personas tienen acceso. Como en ninguna otra rama del derecho, las personas en general, y no solo los abogados, se encuentran involucrados de una u otra manera con la defensa judicial de la Constitución: amas de casa, movimientos y organizaciones sociales, estudiantes de colegio, universitarios, pequeños y grandes empresarios, desempleados, trabajadores, personas privadas de la libertad, políticos, gremios profesionales, grupos étnicos, académicos, comerciantes informales, entre muchos otros, acuden a la justicia constitucional y depositan en ella la esperanza de encontrar solución a sus problemas. En otras palabras, los conflictos sociales, políticos y económicos del país suelen ser entendidos e interpretados como asuntos constitucionales, y de este modo son judicializados ante la justicia constitucional.

ESCOBAR GARCÍA (2009, p. 134-135), explica que a constitucionalidade do sistema jurídico é tratada de fato como um assunto público que interessa a todos, por isso não se tem necessidade de demonstrar interesse legítimo numa questão específica. E a Justiça Constitucional está obrigada a considerar os argumentos levantados nas intervenções públicas. A razão deve-se ao fato de que desde 1910, a ação de inconstitucionalidade pode ser promovida por qualquer cidadão. E a partir de 1991, foi institucionalizada a ação de tutela para proteção de todo tipo de conflito relacionado aos direitos fundamentais, podendo ser proposta por qualquer pessoa que tenha seus direitos ameaçados ou violados, sem necessidade de advogado. Também foi criada a ação popular para proteger os direitos e interesses coletivos¹²², além de poder ser proposta por qualquer pessoa sem advogado, foi fixado um estímulo econômico¹²³ para quem a propõe.

Nas sociedades marcadas pela exclusão, debilidade das instituições políticas, omissões do Estado no desenvolvimento de políticas públicas emancipatórias, os cidadãos depositam

¹²² Como o meio ambiente, a moralidade administrativa, os espaços, o patrimônio e a segurança públicas, bem como os direitos dos consumidores.

¹²³ Os artigos 39 e 40 de la Lei 472 / 1998 dispõem que o demandante tem direito a receber entre 10 e 150 salários mínimos mensais ou 15% do valor que o órgão público recupere com a ação popular quando se trata da moral administrativa. Este fato tem suscitado críticas por ter pessoas transformando em ocupação profissional examinar irregularidades objetivando vantagem econômica.

confiança nos juízes como única forma de se alcançar a justiça. A questão é saber se o Poder Judiciário está devidamente preparado para solucionar estas demandas de forma correta e justa.

Retornando ao tema da judicialização no Brasil, na atual conjuntura, não falta quem considere o Poder Judiciário ilegítimo, além de considerar suas decisões precárias do ponto de vista social, antropológico e jurídico. Ademais, há as alegações de que os princípios deontológicos contidos na Constituição, que são seus elementos substantivos, não estão sendo bem observados e interpretados. E que alguns intérpretes não estão obedecendo ao supremo poder decisório da soberania popular ao consubstanciar a vontade constitucional de sua nação, ou em termos rousseauianos, a vontade geral.

E o problema ainda fica maior quando se questiona que as normas constitucionais não são necessariamente frutos da vontade independente do povo, e sim, expressam as regras do jogo social e as decisões políticas de quem se encontra no poder nesta sociedade ideologicamente alimentada pelo liberalismo financeiro.

Outra questão considerada importante nessa discussão é a forma como se supera a aplicação do modelo de regras pelo modelo de princípios na prática judicial. Requerer dos juízes a submissão dos conteúdos normativos aos critérios substantivos do sistema jurídico-constitucional, particularmente ao conjunto dos direitos fundamentais presentes na Constituição, visando à defesa e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, e não o seu enfraquecimento.

Um dos fatores agravantes decorre da amplitude das demandas judicializadas não poderem ser resolvidas apenas pela técnica jurídica. Ao exigir a autonomia do julgador no processo de tomada de decisão, exige que este esteja preparado, que sua cultura jurídica avance do positivismo formalista ao positivismo que se preocupa com a substância e as implicações sociais das suas decisões.

Percebe-se que tem sido depositada no Judiciário a esperança da realização da promessa teleológica do Direito - a justiça, buscando realizar por meio do exercício da função precípua de garantir a efetividade da constituição e dos direitos fundamentais sociais, através das suas decisões, que mesmo em casos de litígios individuais, repercutem na esfera pública. Essa atuação substitutiva por parte do Judiciário levou o Supremo Tribunal Federal a afirmar que o ativismo se revela como estratégia legítima quando se trata de assegurar os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais.

O respaldo adquirido pelo Judiciário, para funcionar como uma esfera pública onde os cidadãos se sentem seguros para reivindicarem mais do que seus direitos já positivados, é tratado por GARAPON (2001) de reviravolta judiciária da vida política. O Judiciário se

converte no refúgio de um ideal democrático quase perdido, revelando um novo momento na história da democracia. Nas palavras de GARAPON (2001, p. 50):

O direito contemporâneo, emancipado do Estado, excede sempre naquilo que lhe é estabelecido, e a justiça, notoriamente constitucional, coloca-se como espaço de arbitragem permanente entre o ideal da vontade de viver em sociedade e a dificuldade da ação política.

Para GARAPON (2001), o Judiciário começa a ocupar um lugar simbólico proeminente na sociedade, que deseja uma mudança profunda nas estruturas de poder, a fim de que estas sejam democráticas e efetivamente incluam a participação popular na gestão dos assuntos públicos que implicarão em suas vidas.

A questão do espaço simbólico da democracia migrar silenciosamente do sistema político para o sistema jurídico tem custado caro ao Judiciário, pois cada vez mais aumenta a demanda dos cidadãos, que a ele recorre para defesa de direitos individuais ou coletivos. À medida que se percebe que as promessas contidas na Constituição não podem ser efetivadas pelo Judiciário, aumentam as críticas a respeito do seu comportamento ativista.

Neste sentido, GARGARELLA (2003) comenta sobre a importância de adotar um paradigma de justiça constitucional dialogal, para evitar que o ativismo represente o sintoma de uma cidadania débil e de uma democracia empobrecida. O que se teme em relação ao ativismo judicial praticado no Brasil, é que contribua para desequilibrar ainda mais o ‘diálogo’ democrático e esvazie ainda mais a esfera política, com implicações para o regime democrático.

Justificando a prática ativista no Brasil, BARROSO (2012) argumenta acerca da retração do Poder Legislativo¹²⁴, que impede determinadas demandas sociais serem atendidas de maneira efetiva, fazendo com que a postura ativista se faça presente, servindo de contraponto e complemento em países com pouco amadurecimento institucional e fragilidade do sistema representativo.

De maneira diversa, WALDRON (2003, p. 3), afirma que é preciso "recuperar e destacar maneiras de pensar a respeito da legislatura que a apresentem como um modo de governança dignificado e uma fonte de direito respeitável". O supramencionado autor, é um dos principais defensores das decisões majoritárias dos parlamentos. Ao comentar a respeito das diferenças entre parlamentares e juízes, WALDRON, 2003, p.37) explana:

¹²⁴ Para Barroso, a autocontenção judicial acontece quando o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes. Ele critica alegando que quando isso acontece é porque há uma deferência em relação às ações e omissões dos poderes políticos. Esclarecendo que o binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de tribunais constitucionais e que o aspecto negativo é que exhibe as dificuldades enfrentadas pelo poder Legislativo.

[...] os juízes erguem-se acima de nós no seu solitário esplendor, com seus livros, seu saber e seu isolamento das condições da vida comum. Se não estão sozinhos na banca, estão rodeados por um número bem pequeno de íntimos de distinção similar, com os quais podem cultivar relações de espírito acadêmico, erudição e virtude exclusiva. Um parlamento, em contraste, é um corpo rebelde, muitas vezes maior que esse número - talvez até centenas de vezes maior. Fazendo eco a Blackstone, exige-se um longo percurso de treinamento para que alguém se torne juiz, mas todo membro do populacho enviado pelos eleitores a Westminster pensa em si como um legislador nato.

Segundo o supracitado autor, uma característica positiva que distingue juízes e parlamentares, é que qualquer cidadão pode tentar se eleger político e se ver como legislador, enquanto para se tornar juiz o caminho é de isolamento das condições da vida comum. Contudo, na fase de flexibilização de sua teoria, passou a considerar que apesar das divergências acerca dos direitos deverem ser resolvidas no âmbito do processo legislativo e não do processo judicial, reconhece a possibilidade de Cortes de Justiça declarar a inconstitucionalidade de atos normativos, quando as características políticas e institucionais das democracias liberais não estejam totalmente presentes. Será este o caso do Estado democrático brasileiro?

Outros autores também criticam o papel que o Judiciário vem exercendo. MAUS (2000), por exemplo, teve fortes críticas ao Judiciário quando atua como órgão constitucional que decide casos a partir de razões de direito, como se fora uma superentidade que exerce o papel de superego de uma sociedade órfã. Para a autora, o Direito aplicado não é o votado pelo Legislativo, mas o que o Judiciário entende como aplicável. E MAUS (2000, p. 183) adverte: "por trás de generosas ideias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional, podem esconder-se à vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular".

O que se observa é que a advertência feita por MAUS no ano 2000, tornou-se evidente no atual cenário brasileiro. É uma multiplicidade de opiniões, com as muitas controvérsias, sobretudo no que tange aos paradoxos que precisam ser levados a sério, na teoria e na prática, para que não haja retrocesso no Estado Democrático de Direito e sim, o seu fortalecimento.

As indagações dizem respeito aos limites do Poder Judiciário nos casos de judicialização da política. Como pode um órgão democraticamente constituído, como é o caso dos Poderes Executivo e Legislativo, ser controlado por outro que não o é, pelo menos de maneira direta e imediata, a exemplo do judiciário, ademais não se responsabilizando pelas consequências das suas decisões? Estas são questões que para serem resolvidas passam pelo equilíbrio restaurador da judicialização da política e do ativismo judicial com os postulados da legitimidade democrática.

Para melhor entender essa questão, buscou-se a contribuição de Dworkin e Habermas. A teoria substancialista de Dworkin advoga um papel mais ativo para a jurisdição constitucional. O autor ao ver o Direito como moralidade política, considera ser o foro judicial o mais adequado para analisar os aspectos de igualdade e moralidade que o parlamento. O caráter majoritário do parlamento o compromete devido aos compromissos assumidos em campanha, que podem se sobrepor às questões de Direito e ao seu conteúdo deontológico¹²⁵.

Os críticos desta teoria, como Habermas, o acusam de ser elitista, por atribuir à jurisdição constitucional, a função de guardião de uma suposta ordem dos valores substanciais da sociedade, enquanto deveria ser a de promover e assegurar o funcionamento da democracia. Para Habermas, que tem uma percepção procedimentalista, a função da Corte é zelar para que se respeitem os procedimentos democráticos, sem assumir o papel de legislador político.

Concorda-se com HABERMAS (1997, p. 288), que os organismos da sociedade civil são mais sensíveis do que juízes e tribunais à captação, tematização, problematização e dramatização dos problemas que são relevantes para a sociedade como um todo. Este é um dos motivos, pelo qual se defende que a sociedade deve participar das interpretações e decisões das questões que tocam aos interesses públicos, ou seja, aos seus interesses.

O autor da teoria da ação comunicativa ou do discurso, diz que a afirmação sobre se uma decisão é correta ou não, apenas pode ser feita através da apreciação do procedimento que conduziu a essa decisão. Se esta ocorreu por meio de uma fundamentação desenvolvida argumentativamente aumentam as possibilidades de se ter uma decisão correta.

Continuando a explicação, HABERMAS (1997, p.278), diz que o procedimento argumentativo somente é dado como concluído quando os argumentos dos participantes da discussão forem dialógicos ao invés de monológicos, for de um todo coerente, e resultar num acordo não-coercitivo sobre a questão controvertida. Diferentemente do que propôs Dworkin, em que o “diálogo” aconteceria corporativamente entre o magistrado e a comunidade jurídica de que é parte, fundamentado nos princípios que a informam; Habermas propõe uma comunidade aberta de intérpretes do Direito, entre os quais o juiz é um parceiro, cuja função é a de facilitador do procedimento e prolator da decisão final, no meio de outros com diferentes visões sobre o direito e que tem o mesmo interesse num acordo que expresse a autocompreensão constitutiva da comunidade jurídico-política¹²⁶.

¹²⁵ Podendo haver comprometimentos inclusive para a solução de conflitos morais como o aborto e casamento entre pessoas do mesmo sexo.

¹²⁶ Este parágrafo integra o artigo publicado no CONPEDI 2014 ocorrido em João Pessoa-PB, por PAMPLONA, F. Edineusa; ROSSI, A. C. S. “Judiciário e políticas públicas: construção ou desconstrução democrática?”

Na visão Dworkiana, a decisão judicial é um empreendimento que há de respeitar não somente regras e princípios preestabelecidos pela Constituição e legislação de um Estado, mas também direitos institucionais, ou seja, princípios constitutivos e reguladores que informam o “jogo” institucional em que tal empreendimento está inserido. O autor reconhece ser este um procedimento hercúleo, não sendo a forma mais apropriada e legítima para se enfrentar as situações que emergem no cenário democrático contemporâneo brasileiro, especialmente nos casos de políticas públicas.

A posição de DWORKIN (2002) deve-se ao fato do mesmo se colocar contra a afirmação de que o Direito apresenta lacunas ou vazios e que a resposta deve ser buscada por meio da discricionariedade judicial no ato interpretativo, que levaria a uma criação de direito pelo juiz e, por via de consequência, a uma decisão política.

Segundo DWORKIN (2002) ¹²⁷ não existe espaço para a discricionariedade judicial, visto que, ao compreender o Direito como um sistema de regras e princípios, a decisão com base em princípios normativos faz com que o juiz, ao invés de criar o Direito diante dos chamados *hard cases*, antes o revele por meio da interpretação moral da Constituição. Portanto, é na interpretação dele que juízes e tribunais devem haurir as respostas judiciais, e suas respostas somente serão legítimas se conseguirem reproduzir a autocompreensão da sociedade materializada na Constituição¹²⁸.

Para HABERMAS (1997, p. 287): “a correção das decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que torna possível uma formação imparcial do juízo”. Essa é uma alternativa que visa enfraquecer as suspeitas de ideologia no ato decisório.

Para o autor supracitado, os direitos fundamentais precisam integrar, e de fato integram em muitos países, um sistema jurídico suscetível de se conferir coerência por intermédio de uma interpretação na qual os cidadãos possam recorrer a uma decisão judicial seguros de que esta será proferida fundamentando-se em regras e princípios válidos e preexistentes aos fatos e não criados para aquele processo.

Considera-se importante que a própria jurisdição constitucional examine como pode exercer o controle político das leis e atos normativos emanados pelos Poderes Legislativo e/ou Executivo, de uma forma mais legítima. Muitas decisões também são capazes de gerar

¹²⁷ No que tange a questão de deliberação sobre políticas públicas, o autor entende que devem ser tratadas pelos parlamentos eleitos.

¹²⁸ A questão está no uso do poder de interpretação das normas, que teoricamente não é, nem deve ser livre, segundo os valores próprios dos magistrados e tribunais, e sim de consonância com os princípios constitucionalmente assegurados.

consequências negativas ao país e ao povo brasileiro. Esta evidente que, tal como os outros dois poderes, o Poder Judiciário também está suscetível aos vícios que estão impregnados nas estruturas políticas e jurídicas dos países da América Latina. Ao tratar sobre a pretensão crítico-política de justiça, DUSSEL (2007, p. 162) diz que “embora mais complexo o sistema político com mais participação aumenta sua legitimidade”.

Conforme se verá no próximo capítulo, a revisão histórica pelas quais passam os países na América Latina, fomentaram uma redefinição do papel do Estado, bem como das teorias do Direito e da Política, a fim de que a democracia deixe de ser simbólica e a justiça constitucional prospere.

CAPÍTULO III

3 AMPLIAÇÃO DOS MECANISMOS DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO - AMERICANO

Este capítulo tem o objetivo de discutir as contribuições do novo constitucionalismo latino-americano¹²⁹ ao processo de legitimação democrática do Poder Judiciário. O que justifica a utilização do referencial teórico¹³⁰ do novo constitucionalismo latino-americano foi ter verificado, a partir das leituras realizadas, uma mudança de paradigmas na teoria jurídica latino-americana¹³¹, que dão fundamento aos sistemas políticos e jurídicos vigentes.

Os povos da América Andina implementaram mudanças nas práticas políticas e jurídicas, por meio de processos constituintes que culminaram com a promulgação de novas constituições, assim como ousou fazer o Equador e a Bolívia. Ressalte-se que as mudanças impulsionadas pelo novo constitucionalismo latino-americano, tiveram seu marco normativo com a promulgação da Constituição da República Bolivariana da Venezuela em 1999¹³². Mas,

¹²⁹ Toma-se como referência o novo constitucionalismo latino-americano devido as inovações que ele traz à teoria constitucional, bem como pelo fato dos países da América Latina possuírem características comuns quanto à funcionalidade.

¹³⁰ O referencial teórico utilizado nos capítulos III, IV e V desta tese, são predominantemente de autores latino-americanos, ainda que suas produções tenham sido elaboradas dentro ou fora da região e de autores europeus que estudam a América Latina e conhecem sua realidade. A prioridade dada a estes autores deve-se as experiências em andamento, de propostas de conselhos criados, da jurisdição indígena, entre outras, além destes terem mais condições de entender os desafios que enfrentam estas sociedades marcadas pela desigualdade socioeconômica.

¹³¹ Até o uso da expressão “direito latino-americano”, assim como fazer referência a pensamentos desenvolvidos por autores latinos, constitui um avanço.

¹³² A Constituição da Venezuela de 1999 enfocou o fortalecimento da participação popular. Em seu artigo 62 é enfático ao dizer que é dever do Estado garantir a participação do povo na formação, execução e controle da coisa pública. O artigo 125 traz a determinação da população indígena na Assembleia Nacional. No artigo 70 elenca muitos instrumentos por meio dos quais o povo exerce sua soberania: “Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad”. Dentre os instrumentos destacam-se: - o referendo popular, disciplinado pelo artigo 71, que diz que este pode ser convocado por um número igual ou maior ao de 10 por cento do total dos eleitores inscritos em uma determinada circunscrição; - a iniciativa legiferante e constituinte, em seu artigo 204 os cidadãos podem propor leis e, emendas e reformas à Constituição, conforme os artigos 341 e 342. Reconhecendo no artigo 347 que o povo é o titular do poder constituinte originário e exatamente por isso pode convocar nova assembleia constituinte para modificar o estado, criar um novo ordenamento jurídico e redigir uma nova constituição que não poderá ser objetada pelo presidente, bastando a assinatura de 15 por cento dos eleitores, conforme artigo 349; - a eleição à cargos públicos, a novidade é que os juízes da Suprema Corte de Justiça, são eleitos para um

neste trabalho, abordar-se-á com maior aprofundamento, as novas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009).

Estes países ampliaram os mecanismos de participação popular das comunidades tradicionais, aprofundando o processo de legitimação democrática de suas instituições. Foram as iniciativas de ações políticas concretas, por parte dos povos tradicionais latino-americanos, que provocaram os processos de reforma constitucional em muitos países da América Latina e as conquistas no plano constitucional, continuam possibilitando condições para que mais mudanças e conquistas sociais sejam alcançadas em termos teóricos e práticos. Conforme observa OCLES (2010, p. 100): “En la Constitución, hoja de ruta de la Revolución Ciudadana, se prevé que la participación supere el marco de los procesos electorales y pueda transformar las relaciones de poder entre los gobiernos y la sociedad civil, colocándolas en un plano de mayor igualdad”.

As críticas a estes processos de mudança institucional, fomentados para combater os resquícios da herança colonial, alegam que os resultados produzidos foram os mesmos ocorridos no neoconstitucionalismo de matriz europeia burguesa, que defende a visão universalista dos direitos humanos, ampliando o catálogo de direitos do Estado Constitucional, mas deixando-os para serem implementados por meio de políticas públicas a serem desenvolvidas dependentes da vontade do Poder Executivo, e outorgando à jurisdição constitucional a garantia da Constituição.

Os parâmetros constitucionais da maioria das constituições fundacionais dos países latino-americanos foram importados do modelo norte - americano para a América Latina, pelas elites liberais - conservadoras que organizaram a estrutura de poder para privilegiá-los e se consideravam os únicos aptos a governar, como acontece ainda hoje. Ao consagrar direitos concernentes às liberdades formais individuais e à propriedade, em meio à situação social precária da maioria numérica da sua população, permitiu que estes ficassem ao jugo da servidão. E o Estado não interventor, administrado pelo liberalismo hegemônico, que permitia tudo que não fosse proibido em lei, permitiu que alguns se fortalecessem à custa do enfraquecimento de outros “os ricos ficassem cada vez mais ricos e os pobres a cada dia mais pobres” com a prática da “exploração do homem pelo homem”.

período único de 12 anos, conforme artigo 264;- a revocatória de mandato, denominada de recall, que conforme o artigo 72 todos os cargos eleitos, sejam políticos ou de magistratura, a ele se submetem, bastando o requerimento de referendo subscrito por no mínimo vinte por cento dos eleitores da circunscrição relacionada ao cargo em questão.

Em suma, não foram modelos adequados à realidade social das sociedades latino – americanas com tantas peculiaridades e desigualdades. Neste sentido, o pensamento revolucionário e anticolonialista, registrado em um artigo redigido em 1891 denominado de ‘Nuestra América’ de autoria do líder MARTÍ (2015, p. 35-36):

La incapacidad no está en el país naciente, que pide formas que se le acomoden y grandeza útil, sino en los que quieren regir pueblos originales, de composición singular y violenta, con leyes heredadas de cuatro siglos de práctica libre en los Estados Unidos, de diecinueve siglos de monarquía en Francia. Con un decreto de Hamilton no se le para la pechada al potro del llanero. Con una frase de Sieyès no se desestanca la sangre cuajada de la raza india. A lo que es, allí donde se gobierna, hay que atender para gobernar bien; y el buen gobernante en América no es el que sabe cómo se gobierna el alemán o el francés, sino el que sabe con qué elementos está hecho su país, y cómo puede ir guiándolos en junto, para llegar, por métodos e instituciones nacidas del país mismo, a aquel estado apetecible donde cada hombre se conoce y ejerce, y disfrutan todos de la abundancia que la Naturaleza puso para todos en el pueblo que fecundan con su trabajo y defienden con sus vidas.

O autor tem a capacidade de ver a vida em sua totalidade, não se iludindo com as promessas que as teorias constitucionais liberais burguesas apresentam, antidemocraticamente, rotulando como universais e para o bem de todos os povos.

Alguns juristas latino-americanos, a exemplo dos que fazem parte da ‘Rede para o constitucionalismo latino-americano’, que questionam a ideologia burguesa e não aceitam que as necessidades dos povos da América Latina seja tratada com discriminação, como se esta fosse a periferia do mundo globalizado. Por isso, estudam possibilidades capazes de criar raízes e dar bons frutos para saciar a fome e a sede por justiça constitucional dos povos latino-americanos.

Orientados pelos valores do *bien vivir* e do respeito às subjetividades das diversas cosmovisões de mundo, resultantes das peculiaridades da vida de cada uma das identidades históricas de seu povo, aproveitam as lições que a riqueza da diversidade cultural proporciona¹³³. Com uma visão mais ampla compreendem que os ordenamentos políticos liberais clássicos foram criados para cobrir as atitudes excludentes do Estado com o manto da legalidade¹³⁴.

Limitando a força do povo, reduzem a liberdade de ter direitos para poucos privilegiados usufruir. Às demais classes, as vantagens que se apresentaram foram mais demagógicas, por

¹³³ No Equador e Bolívia, a filosofia indígena do “*buen vivir*” possui grande expressão na estrutura constitucional destes países. O capítulo segundo do título II da Constituição do Equador intitulado “*derechos del buen vivir*” e o título VII da mesma carta constitucional intitulado “*régimen del buen vivir*”, enumeram inúmeras seções para tratar de forma específica questões sobre o meio ambiente e os elementos que o compõem.

¹³⁴ A lei consagrava os princípios constitutivos destinados a realizar o ideário burguês e a manter o poder político.

poucas condições materiais de que dispunham e a sua não inclusão nas estruturas de poder dos Estados da América Latina¹³⁵.

Com isso, os movimentos sociais começaram a contestar a “ordem social” que o Direito e a Política foram capazes de proporcionar ao povo até ali¹³⁶. Para isso, acreditaram que uma nova maneira de fazer na Política e no Direito é possível e, dispuseram-se a resistir aos vendavais provocados pelas forças contrárias¹³⁷. Como diz VEGA CAMACHO (2010, p. 90), os povos latino-americanos estão compreendendo que:

Hacer y practicar democracia en nuestros países es descolonizar las estructuras fundamentales del Estado republicano, monocultural monolingüístico, y también aquella imagen de una sociedad modernizante y de ciudadanos que debía abocarse a una necesaria y saludable competencia de capacidades, habilidades e ingenios que surgen de las leyes “cuasi naturales” del mercado y la oferta, y que guardaba como olvido y superación al racismo, machismo y explotación existentes.

O novo constitucionalismo latino-americano vem desbravando novos caminhos metodológicos capazes de ser emancipador e de enfrentar os métodos utilizados pelo sistema que ainda domina e sujeita os povos à vontade dos que o representa. Neste sentido, MARQUES (2014, p. 86) elenca como características do novo constitucionalismo latino-americano:

1 - seu conteúdo inovador (originalidade); 2 – a extensão de seu texto (amplitude); 3 – a capacidade de conjugar elementos tecnicamente complexos (complexidade); e por fim; 4 – a aposta no poder constituinte que é exercido pelo povo, frente às tentativas de mudança da Constituição (rigidez).

Essas características mostram que o novo constitucionalismo latino-americano tem dado uma considerável contribuição e os povos da América Latina deram um grande passo no caminho para transcender os estreitos limites do pensamento positivista¹³⁸ impostos pelos modelos euronorte-americanos.

¹³⁵ Por essas e outras razões, as ideias socialistas, anarquistas e comunistas começaram a fomentar nos movimentos sociais dessas sociedades, o desejo de mudança e o ideal de igualdade.

¹³⁶ Sem desmerecer as conquistas e ser ingrato com aquelas pessoas que procuraram dar o seu melhor, seja contribuindo apoiando o sistema ou do lado da crítica verbalizada em manifestações ou por meio das teorias críticas do Direito, bem como de todas as teorias ecológicas, feministas e humanistas produzidas ao longo do século, desde a década de 70, que contribuíram para ampliar a consciência social dos povos da América Latina.

¹³⁷ Esses processos mostraram a capacidade destes povos de promover modelos jurisdicionais próprios, capazes de promover um desenvolvimento sustentável que respeite todos os seres viventes. Felizmente, foi percebido que o desenvolvimento fomentado pelo capitalismo se tornava a cada dia mais insustentável e produtor da miséria humana no planeta Terra e, possivelmente, causa impactos em outros planetas. Isso despertou a necessidade de se pensar e repensar os hábitos e atitudes, gerados e justificados por uma ética submetida a uma cultura alimentada pelo capitalismo predatório. Esse sistema que intoxica as pessoas com o consumismo, ignorando as reais necessidades do ecossistema, e as faz servir aos seus interesses políticos e econômicos.

¹³⁸ Que tenta controlar o mundo e as pessoas pela ordem imposta com autoritarismo e desrespeito às diferentes formas de vida, com sua visão mecanicista de mundo.

Observa-se que os juristas que se abrem a esta discussão do novo constitucionalismo, a exemplo de WOLKMER (2011), RAQUEL Z. (2001), perceberam a importância de desafiar o modelo cartesiano antidemocrático de se fazer ciência do Direito¹³⁹. E ousam defender e desenvolver uma metodologia com base em pressupostos emancipatórios outrora ignorados pelas autoridades científicas, jurídicas, políticas e econômicas que comandavam as estruturas do poder e do conhecimento científico.

GARGARELLA (2014, p.15), em sua análise histórico-constitucional, retrata o impacto da instabilidade política vivida na América Latina. O autor comenta que os constitucionalistas latino-americanos identificaram graves problemas sociais nestes países e reconheceram na constituição, uma ferramenta valiosa para se combater os males causados pelos modelos filosóficos, políticos, jurídicos e econômicos importados pelos civilizadores.

O denominado de novo constitucionalismo latino-americano propõe uma ruptura com o modelo estatal e jurídico advindo da tradição dos colonizadores, já que o modelo por estes desenvolvidos foi o projeto liberal de modernidade racionalista, que ignorou e excluiu os que não correspondiam ao seu padrão pré-constituído. Além disso, o novo constitucionalismo discute a possibilidade das decisões no interior das suas complexas sociedades, serem examinadas tendo em vista a questão da legitimidade democrática.

É a partir da compreensão de que independentemente da posição que cada um ocupa neste espaço social, somos todos seres vivos que lutam para sobreviver nesse planeta Terra. Assim, é urgente que se chegue ao entendimento necessário para defender e empreender um desenvolvimento sustentável. Para este projeto, o Direito precisa contribuir, mas para isso, precisa desenvolver uma nova racionalidade jurídica, ou melhor, desenvolver uma sensibilidade jurídica aos problemas que ameaçam todas as formas de vida na Terra¹⁴⁰.

Como disse WARAT, em sua obra “Por quem cantam as sereias” (2000, p. 83): “Os homens têm que aprender a aceitar as mudanças de mentalidade ecoambientais. As mudanças de mentalidade se aprendem, são frutos de uma atitude pedagógica diante da vida”.

As transformações sociais decorrentes da evolução e dos impactos causados pela atividade humana, geram insegurança na sociedade, medo da escassez dos recursos naturais

¹³⁹ Assim como ocorreu com outros ramos do conhecimento, a exemplo dos físicos quando começaram a ir além dos parâmetros mecanicistas e estabelecer outras conexões mentais para avançar no entendimento do seu universo.

¹⁴⁰ Faz-se importante, o Direito resgatar o elo com a sociologia, a filosofia, a psicologia, a educação, com os saberes dos povos para ampliar suas compreensões de mundo e consequentemente suas contribuições no mundo real em que vivem milhões de povos nutridos pela esperança de mudanças.

devido à degradação ambiental¹⁴¹. As consequências da ação antrópica individualista, capitalista, eurocêntrica, imperialista, satisfazem os interesses imediatos do mercado financeiro ocidental, mas apresentam muitos desdobramentos sociais, ainda não assimilados, devidamente, nem pela sociedade, nem pelos sistemas econômico e jurídico.

Neste trabalho, aborda-se a mudança de paradigmas que ocorre no pensamento latino-americano, que vem fomentando mudanças na forma como seus povos se organizam na busca de soluções para seus conflitos¹⁴². E o Direito tem sido utilizado como uma ferramenta normativa importante nas mudanças que vêm sendo realizadas na superestrutura jurídico-político-capitalista da América Latina. Porém, são muitos os desafios para que novas formas democráticas de atuação, que respeitem os direitos de todos os povos dessas sociedades multiculturais¹⁴³ prosperem, conforme se discorre na continuidade.

3.1 OS DESAFIOS DAS SOCIEDADES MULTICULTURAIS PARA SUPERAR O MODELO COLONIAL MONISTA

Como se sabe, ao longo da história da América Latina, grande parte dos povos latino-americanos foram marginalizados no processo de colonização pelos detentores do poder econômico e político. Mantidos em distintos níveis de submissão, tratados injustamente inclusive pela Justiça cega e indiferente às suas dores, por essas serem distintas das suas.

O sistema imposto, fundamentado em parâmetros positivistas liberais e burgueses, ignorou as normatividades informais e plurais existentes. Foram implantados uma política e um direito colonial homogêneo, expressão do poder da classe dominante excludente e discriminadora, que não compreendeu a riqueza que há na diversidade destes povos.

¹⁴¹ A teoria antropocêntrica, que se impôs com o cristianismo e ganhou o respaldo de filósofos e cientistas, como se fôra mundialmente superior e hegemônica, seja redefinida e venha a se integrar com as teorias ecocêntricas e holísticas, para se evitar que aconteça o que Francis Bacon defendia “que a natureza deve ser subjugada e torturada até manifestar todos os seus segredos”.

¹⁴² Acredita-se que com o fortalecimento das concepções ecocêntricas e holísticas, podem ser deflagrados processos político-educacionais e constitucionais, capazes de promover profundas alterações nos padrões até então adotados pela humanidade. Que a população passe a exigir e adotar transformações efetivas em suas práticas sociais, conduta moral e postura ética. Para isso, a população precisa compreender a dimensão dos desafios, que perpassa pela mudança em seus hábitos de consumo, a fim de que os Estados e o mercado nacional e internacional desenvolvam tecnologias sustentáveis e ofereça à sociedade produtos e serviços ecologicamente corretos, tendo como objetivo um desenvolvimento sustentável.

¹⁴³ Utiliza-se o termo “multiculturalismo”, por ter sido por meio dele que, em meados de 1980, começou a se afirmar o discurso da diversidade cultural dos povos latino-americanos e da necessidade de serem desenvolvidas políticas públicas inclusivas que os atendam, respeitando seus valores de vida.

Hoje se percebe que a perversidade do processo de colonização não se manifestou apenas pelo fio da espada, mas no desrespeito à cultura dos povos, em uma medida de homogeneidade que prejudicou a pluralidade. Isso aconteceu em todas as esferas, inclusive na jurídica. A produção do Direito e a atuação das instituições que compõem o Poder Judiciário (a Justiça), na América Latina, desde o início do processo de colonização, serviram aos intentos de consolidação da dominação, garantindo a propriedade privada e adotando uma política de extermínio dos povos indígenas.

Quando estes países deixaram de ser colônia e passaram a ter o status de Estados independentes, o uso dos parâmetros revolucionários europeus serviu para acentuar ainda mais a desigualdade social e protegê-la por meio do Direito, ou seja, o Direito continuou sendo usado como instrumento de dominação, como prossegue ainda hoje.

Ao tratar do nascimento do sistema jurídico moderno na América Latina, MACHADO FAGUNDES (2015, p. 173), relata que as bases do poder não se mostravam em acordo como forças para impulsionar o capitalismo. Isso aconteceu quando as novas ideologias do continente europeu foram trasladadas para cá e implantadas precariamente, causando um impacto na sociedade, razão pela qual só solidificou-se no período posterior à formação do Estado.

O processo de centralização jurídica e a filosofia política que dá fundamento às perspectivas do Direito pós-colonial não conseguiu superar a centralidade das categorias eurocêntricas coloniais, nem as disputas por hegemonia entre os grupos dominantes. Na continuidade, os instrumentos de dominação foram aperfeiçoados, outras formas de colonizar foram implementadas através do Direito. Como diz CASANOVA (2016), o colonialismo se tornou imperialismo, depois neocolonialismo, passando para a transnacionalização e globalização. São as redefinições do sistema capitalista para continuar dominando e não permitir, em nenhuma das hipóteses, a emancipação dos povos da América Latina.

Como a vitória foi dos valores constitutivos do liberalismo, os direitos emoldurados no ordenamento jurídico, foram os de feição teórica da democracia liberal, alicerçados nos ideários liberais que inspiraram a Revolução Francesa e a estadunidense. Por essa razão não funcionaram satisfatoriamente na realidade da América Latina, nem em nível epistemológico, enquanto racionalidade científica, nem em nível político. Para exemplificar, a igualdade pleiteada no lema da Revolução Francesa trouxe uma série de dificuldades, porque a política jurídica colonial tinha um tratamento desigual aos desiguais, como o tratamento dado aos povos

indígenas, que possuíam algumas prerrogativas que não se mantiveram no período pós - colonial¹⁴⁴.

MACHADO FAGUNDES (2015, p. 174 - 175) argúi:

Desde os primórdios do processo emancipador, o campo jurídico se encontrava desconectado com a realidade e as lógicas internas que determinavam os seus efeitos e, logo após o estopim e o emergir do Estado nação, o Direito não poderia ser diferente do profundo compasso das ideologias que fundamentavam o processo político. O Direito pós período colonial surge sem conexão com as necessidades locais dos setores oprimidos, pois assentava tanto no campo epistemológico como no filosófico paradigmas ainda fortemente influenciados pelos cânones da igreja e pelo moralismo elitista da sociedade de latifundiários, conjugando um campo de interesses das maiorias. [...] instaurou-se a legítima ordem burocrática dominadora hegemônica, em que os sujeitos que não compunham as forças de poder passam a localizar-se não só na margem social, mas agora também na margem jurídica.

As juridicidades que tinham como fonte os costumes dos povos originários foram uniformizados, numa atitude de pretensão para universalizar o Direito de acordo com o parâmetro do colonizador. Observa-se que o autor ressalta a instauração da “legítima” ordem burocrática, eurocêntrica, dominadora e hegemônica, que sem respeitar os processos sociais próprios da cultura latino-americana, deixou os que já viviam à margem da sociedade na margem do sistema jurídico.

Reforçando o pensamento de que o modelo social e jurídico imposto pelos colonizadores, forjado por ideias e ideais capitalistas e monistas, não possibilitou um desenvolvimento sustentável nos países da América Latina, PRONER (2013, p. 146-147) explica:

[...] o monismo jurídico presente na linguagem do Estado liberal criou, desde o momento da colonização, um conjunto de instituições que não conhecem outros modelos de organização e relação em sociedade para além das formas hegemônicas coloniais e neocoloniais [...]. No novo formato de Estado plurinacional foi necessário considerar o pluralismo realmente presente nessas diferentes sociedades existentes na Bolívia.

O pensamento jurídico monista ficou sem força para enfrentar os desafios contemporâneos, por ignorar o caráter pluricultural dos povos latino-americanos e não avançou na observância do fenômeno jurídico frente às necessidades locais. Foi o projeto de descolonização que fortaleceu o pluralismo jurídico e propôs mudanças na cultura jurídica de herança colonial. Neste sentido, FAJARDO (2015, p. 35), afirma: “este nuevo modelo supone

¹⁴⁴ Cumpre-se anotar que as críticas aqui feitas aos ideários liberais, são no sentido de mostrar que podem ser buscadas novas formas de emancipação.

retos enormes de adecuación normativa interna, implementación institucional y cambio en la cultura jurídica, que se mueve aún entre el monismo jurídico decimonónico y la pesada herencia colonial”.

Em uma atitude de renúncia a esta herança colonial e monista, novas correntes teóricas relevantes surgiram em oposição às teorias positivistas tradicionais do cenário jurídico-científico, fundamentadas nos ideais de libertação, interculturalidade e descolonização do poder e do saber. Essas correntes teóricas de pensamento jurídico crítico, apresentam como perspectiva o pluralismo jurídico, como um novo paradigma capaz de possibilitar a convivência de sistemas de culturas distintos, de respeitar a história de cada povo e emancipar os povos latino-americanos para que estes possam, um dia, se libertar de todas as formas de subordinação e limitações impostas.

Com exceção do Chile, os demais países andinos reconheceram o pluralismo jurídico em suas constituições. Contudo, os avanços ocorridos se deram em decorrência de um intenso e difícil processo político. Essas mudanças não seriam possíveis no conceito de Estado-nação pensado pelo constitucionalismo liberal cunhado nos séculos XVIII e XIX¹⁴⁵, nem tampouco pelo constitucionalismo social integracionista do século XX¹⁴⁶. Foi no constitucionalismo pluralista no final do século XX que se avançou no projeto de, efetivamente, descolonizar a América Latina.

O reconhecimento do pluralismo jurídico se apresentou como elemento indispensável para consolidação das vitórias democráticas ocorridas na parte orgânica da Constituição. Mesmo que não tenham ocorrido muitas mudanças na parte estrutural do poder, por se ter um sistema presidencialista com vastos poderes, foram criados mais mecanismos de participação popular e adotado um modelo de desenvolvimento econômico sustentável, que respeita e preserva a dignidade da vida de todas as espécies vivas.

A este respeito, FAJARDO (2015, p. 37 - 42) explica que o constitucionalismo pluralista teve três ciclos. O primeiro foi de 1982 a 1988, denominado de constitucionalismo multicultural, em que foi reconhecida a diversidade cultural, de línguas e alguns direitos indígenas. O segundo ciclo foi entre 1989 a 2005, o chamado constitucionalismo pluricultural, em que os conceitos de nação multiétnica, multicultural, foram desenvolvidos e se avançou

¹⁴⁵ O objetivo do constitucionalismo liberal moderno é dar segurança aos burgueses, homens brancos, donos do capital. Na América Latina, segundo FAJARDO (2015, p. 36), foi reduzir, civilizar e cristianizar “os selvagens”, como eram tratados nas constituições, os que ainda não haviam sido colonizados ou dizimados.

¹⁴⁶ Seu projeto era integrar os povos indígenas ao Estado e ao mercado.

rumo a uma redefinição do Estado. E o terceiro ciclo, que se iniciou em 2006 é o do constitucionalismo plurinacional.

A autora supracitada fala dos desafios que estes ciclos enfrentaram, bem como dos problemas decorrentes do reconhecimento de direitos nas constituições, sem terem sido criados mecanismos para torná-los efetivos. Esta situação é consequência de disputas pelo poder que ainda não foram devidamente resolvidas pela sociedade.

Apesar de importantes reformas políticas e jurídicas terem sido realizadas neste ciclo histórico, o que se vê é o uso dos mesmos instrumentos e categorias que se utilizam da mesma linguagem político-institucional do modelo socioeconômico capitalista, que impõe às pessoas um alijamento do processo de participação na Política e no Direito.

RAQUEL Z. (2001), comenta que a monoculturalidade, o monismo jurídico e o modelo tutelar indígena não foram objeto de discussão nos três ciclos do constitucionalismo pluralista. Assim, RAQUEL Z. (2001, p. 140-141) explica:

Esos ciclos –a) el constitucionalismo multicultural (1982-1988), b) el constitucionalismo pluricultural (1989-2005), y c) el constitucionalismo plurinacional (2006-2009) – tienen la virtud de cuestionar, progresivamente, los elementos centrales de la configuración y de noción de los estados republicanos latino-americanos diseñados en el siglo XIX, y la herencia de la tutela colonial indígena, planteando de este modo un proyecto descolonizador de largo aliento.

O projeto descolonizador da Bolívia se fundamentou no princípio do pluralismo jurídico. Estabeleceu a paridade entre a jurisdição indígena e a ordinária, bem como entre seus representantes. Contudo, as forças conservadoras introduziram uma série de normas limitativas, restringindo a jurisdição indígena.

Essa é uma das razões pelas quais se considera que a América Latina ainda é marcada pela contradição entre a realidade e o que está instituído na Lei Maior dos seus Estados. Enquanto as constituições contemporâneas reconhecem, as estruturas do poder encontram uma forma para ignorar os direitos dos povos que foram marginalizados historicamente pelo processo de colonização¹⁴⁷. São reminiscências de uma visão hierárquica positivista, com adesão do Direito e de suas instituições, para que continuem funcionando conforme os padrões estabelecidos pela hegemonia dos grupos dominantes antidemocráticos.

A preocupação em defesa do pluralismo jurídico comunitário participativo tem sido exteriorizada por juristas latino-americanos, a exemplo de WOLKMER (2011, p. 231-232),

¹⁴⁷ Como é o caso dos povos originários indígenas e dos negros africanos que foram forçados a imigrar de seu país e ainda são mantidos a margem da sociedade.

para quem o pluralismo jurídico comunitário participativo constitui-se a partir da união de duas condições. Uma consiste nos fundamentos de efetividade material, que por sua vez tem como elementos os novos sujeitos coletivos e a satisfação das necessidades humanas fundamentais. A outra condição consiste nos fundamentos de efetividade formal, que dependem da reordenação do espaço público, da construção de processos que favoreçam o desenvolvimento de uma racionalidade emancipatória e uma ética da alteridade.

As cartas constitucionais hodiernas da Bolívia e do Equador foram as primeiras a inovarem neste sentido. Apresentam uma natureza revolucionária e transformadora, por estarem declaradamente comprometidas com os processos de descolonização e a história cultural de seu povo.

No caso da Bolívia, com relação ao primeiro elemento acima apontado por WOLKMER (2011), ocorreu a legitimação dos sujeitos coletivos de direitos, especialmente dos povos indígenas. Enquanto o elemento, satisfação das necessidades humanas fundamentais, está sendo trabalhado no sentido de ser alcançado com o resgate da soberania plurinacional sobre as riquezas do país que estavam privatizadas, servindo às elites nacionais e estrangeiras.

No que concerne às condições formais de reordenação do espaço público, o reconhecimento do pluralismo jurídico consiste em importante avanço, que a cada dia vem se fortalecendo e sendo construído quando o povo busca a resolução dos seus conflitos e exige seus direitos fundamentais, condições básicas para a alteridade e a emancipação.

Ser uma sociedade pluralista significa dizer que a população merece ser respeitada e organizada por um direito plural e uma política que equilibre as desigualdades, que forneça instrumentos para efetivar os direitos assegurados nas suas constituições democráticas, que avançaram no sentido de superação do paradigma mecanicista e buscam restaurar o respeito para com os saberes dos povos originários. Conforme WOLKMER (2011, p.147):

Poucas vezes, na história da região, as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político reproduziram, rigorosamente, as necessidades de seus segmentos sociais majoritários, como as nações indígenas, as populações afroamericanas, as massas de camponeses agrários e os múltiplos movimentos sociais. Esse fato muda o paradigma racionalista do Direito e do Estado, supera a visão instrumental mecanicista para uma visão simbiótica, que resgata a pluralidade de saberes e a ciência dos povos para evitar a destruição da Terra.

O respeito deve ser um princípio político basilar para que as sociedades sejam livres e pluralistas. Pode haver um controle externo, mas que seja para verificar, por exemplo, se a autoridade indígena está violando suas próprias regras, feito por quem tem uma identificação

com a história das comunidades e não por quem nada conhece da realidade vivenciada, porque viveu e estudou num contexto totalmente diverso.

Uma realidade plural enseja uma democracia plural, conforme foi visto no primeiro capítulo. A voz da sociedade precisava ser escutada, a fim de que a democracia tivesse um sentido emancipatório e contribuisse de forma concreta com o processo de descolonização. Esta só seria possível por meio de práticas políticas e sociais que possibilitem a dialética entre o que está estabelecido pelos Poderes e o que os titulares do poder (o povo) desejam que se estabeleça no cotidiano das suas vidas.

A experiência no que diz respeito à democracia plural serviu como instrumento para mostrar a importância do exercício da cidadania. Além de ter incentivado os cidadãos a participarem da busca de soluções para alguns dos seus problemas específicos, mostrou que a participação popular deve ser o elemento fundamental a ser valorizado no processo de legitimação democrática na América Latina. MELO (2011, p. 143-144) elenca as principais tendências do constitucionalismo latino-americano iniciados nos anos 90:

1. A ampliação dos catálogos de direitos fundamentais e a proteção dos direitos humanos;
2. O aperfeiçoamento da tutela jurisdicional;
3. O garantismo constitucional, individual, coletivo e difuso;
4. A introjeção de figuras similares ao ombudsman e órgãos institucionais vigilantes dos direitos dos cidadãos e de controle da responsabilidade do Estado em tema de direitos humanos e direitos fundamentais;
5. A responsabilidade patrimonial do Estado;
6. A Constituição econômica, que reserva ao Estado a possibilidade de intervir e decidir as regras do jogo econômico na qualidade de Estado interventor e “prestacional” que, a fim de realizar os objetivos da justiça social e do desenvolvimento socioeconômico, administra, planifica, controla e subvenciona a economia por meio de uma administração “dirigente”;
7. O Pluralismo político, cultural, social e multiétnico;
8. O reforçamento dos direitos e deveres dos cidadãos como agentes corresponsáveis pela defesa da Constituição.

Como se vê, sonhou-se que com a efetividade dessas diretrizes, e confiou-se que essas melhorariam a tutela dos direitos fundamentais e desencadeariam a promoção da justiça social, por meio de um pluralismo democrático.

O objetivo do novo constitucionalismo latino-americano para dotar a América Latina de Estados verdadeiramente legítimos, é perscrutado por meio da participação popular. Para isso, a elaboração da proposta de suas constituições foi redigida por uma Assembleia Constituinte, eleita exclusivamente para isto. E como resultados, conseguiram promulgar Constituições que não se abstiveram de regular meios que possibilitassem uma melhor distribuição da riqueza, a igualdade de oportunidades e a integração dos seus povos. Em resumo, conseguiram promulgar Constituições de feição latino-americana, pautadas nos princípios do bem viver.

O novo constitucionalismo latino-americano apresentou propostas de superação dos modelos liberais de democracia. Uma delas, foi a experiência de democracia comunitária implementadas em alguns Estados, a exemplo da Colômbia¹⁴⁸, bem como as experiências de normatividades diferentes das promovidas pelo Estado¹⁴⁹. Considera-se ser esta a razão pela qual, SANTOS (2007, p.39), denominou de constitucionalismo experimental. Foram experiências originais que conseguiram ir além do que o pluralismo clássico pautado no princípio da legalidade e na exclusividade do Estado oficial conseguiu produzir para dizer o Direito.

O êxito dessas experiências deve-se ao fato delas estarem vinculadas a sua própria realidade, comprometidas com os interesses populares e serem aplicadas por quem o povo reconhece ter legitimidade para isso. Contudo, enfrentar as práticas conservadoras no âmbito do Direito e da Política, ainda constitui um desafio para todo o povo latino-americano, conforme se verá na continuidade deste tópico que tem por objetivo verificar as conquistas e compreender as limitações do novo constitucionalismo latino-americano.

O novo constitucionalismo latino-americano apresentou-se como uma alternativa de ruptura com o constitucionalismo de modelo liberal, que visivelmente vinha se sustentando a duras penas dentro da guerra econômica global no mundo do capital financeiro. GARGARELLA (2014, p. 199 - 202), fala sobre o constitucionalismo produzido neste período, das questões sociais e da atuação do Estado, que assume abertamente um papel intervencionista destinado a ter controle sobre as bases de produção e distribuição econômica. Na opinião do autor, foi a partir daí que os líderes políticos do pacto liberal-conservador dos distintos países latino-americanos, inspirados pelo exemplo mexicano, começaram a reconhecer a necessidade de expandir os limites dos pactos constitucionais e incluir as demandas sociais, antes ignoradas nas novas constituições. Mas, o real objetivo era acalmar o descontentamento social existente, para que os setores dominantes seguissem expandindo suas margens de benefícios econômicos.

Refletindo sobre isso, o autor discorre sobre o modo como foram introduzidos os direitos sociais nas constituições dos países latino-americanos e faz sua crítica às novas

¹⁴⁸ Na Colômbia, além da justiça formal, estatal, oficial, paralelamente encontra-se em funcionamento a justiça informal, denominada de equidade, alternativa, comunitária ou ainda denominada de profana. Uma experiência da democracia comunitária no constitucionalismo latino-americano é a justiça feita por autoridades indígenas, conciliadores devidamente recrutados, orientados e reconhecidos pelo Estado Nacional, em que a comunidade participa de forma coletiva das decisões.

¹⁴⁹ Mesmo que no conceito de Estado esteja compreendido o povo enquanto entidade homogênea, que ora aparece acima de si mesmo, quando se manifesta contrário às determinações do Estado, ora abaixo de si mesmo quando aceita as determinações que lhes são impostas por quem esta na representação dos poderes constituídos, exercendo suas funções na maioria das vezes antidemocraticamente.

Constituições dos países da América Latina. Neste sentido GARGARELLA (2014, p. 7) argumenta:

En resumen, las nuevas Constituciones de la región pecan por el modo en que mantienen cerrada la “sala de máquinas” de la Constitución. La consecuencia de ello es que el poder concentrado entra fácil y previsiblemente en tensión con las demandas sociales por más derechos, lo cual termina implicando que una parte de la Constitución comienza a trabajar en contra del éxito de la segunda.

Segundo o autor, o que limitou a efetividade das reformas produzidas e introduzidas nas Constituições foi o fato dos trabalhadores terem seus pleitos atendidos, ou seja, entraram pela porta dos direitos na Constituição, porém não entraram nas estruturas do poder e não modificaram a maneira como o poder está organizado.

GARGARELLA (2014, p. 253 - 267), também examinou como a reforma judicial impactou na estrutura constitucional, influenciando na expansão do poder judicial e reconhecendo que a chegada dos trabalhadores na discussão política dos direitos sociais no constitucionalismo latino-americano marcou um antes e um depois na vida política e jurídica da região, desestabilizando o antigo esquema liberal-conservador.

Contudo, sem a participação dos trabalhadores nas estruturas dos poderes, as conquistas em matéria de direitos permanecem inviáveis e sem sustentabilidade. E isso não foi fruto da casualidade, nem da incompetência destes, é ainda fruto da herança colonial e opressora, que não aceita a eliminação da relação de opressão. A classe dominante, utilizando de meios escusos e covardes, como da força do poder econômico, ainda tem conseguido manter sua dominação. É por esta razão que o autor supracitado diz que o novo constitucionalismo tem um perfil social em matérias de direitos, mas continuou conservador em matéria de organização do poder.

São muitas dificuldades jurídicas-políticas e sociais para se garantir a efetividade das Constituições e, conseqüentemente, a tutela dos direitos fundamentais nas complexas sociedades latino-americanas, formadas por uma diversidade de grupos sociais que lutam pelo reconhecimento da sua dignidade humana. Como diz BOBBIO (2004, p. 60):

[...] a maior parte desses direitos são agora aceitos pelo senso moral comum, crê-se que o seu exercício seja igualmente simples [...] a expressão genérica e única “direitos do homem” faz pensar numa categoria homogênea. Mas, ao contrário, os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos, nem constituem de modo algum uma categoria homogênea.

Na América Latina, a concepção da existência de valores universais e da idêntica natureza humana serviu para justificar as injustiças, a desigualdade nas relações sociais, tolher as práticas locais, forçando a adotar práticas baseadas em valores ocidentais. A negação do

direito de preservar a diversidade sócio-cultural local acarretou a pasteurização cultural. Por isso, é necessária uma vigilância permanente de caráter epistemológico dos direitos humanos.

O fato de se admitir concepções de direito limitadas somente à realidade dos estados nacionais latino-americanos, preocupa quando se perpetra violações à dignidade humana sob a justificativa de que correspondem a tradições culturais e políticas locais¹⁵⁰. Cumpre-se ressaltar que quando se defende o direito de cada povo em ter sua identidade, ter o seu processo de formação histórica respeitado, sem ser julgado e subjugado por um único parâmetro cultural¹⁵¹ considerado como modelo ideal, não significa que se está permitindo a violação dos direitos humanos. Significa que nenhuma sociedade tem o direito de impor seus sistemas organizacionais, suas regras, segundo suas próprias convicções, desclassificando os demais e subjugando o saber comunitário.

Para KLAUTAU FILHO (2004), o argumento de maior peso em favor da universalidade dos direitos humanos é a necessidade comum a qualquer povo de proteger os *human wrongs* (sofrimentos humanos), que estiverem em contraposição aos *human rights* (direitos humanos). Acontece que, assim como o relativismo pode ser utilizado para ocultar e justificar violações à dignidade da pessoa humana, o universalismo também pode resultar em formalismo inócuo e idealismo ingênuo. É por essa razão que KLAUTAU FILHO (2004, p. 55-64) propõe a superação de posições extremadas entre universalistas e relativistas em prol de um diálogo transcultural capaz de fortalecer a credibilidade e a eficácia da normatividade internacional de direitos humanos.

A democracia e os fundamentos que um Estado democrático de Direito preconizam nas teorias não se confirmam na prática, pela ausência de mecanismos que possibilitem que os sujeitos se articulem e participem das estruturas de poder. Mais uma vez citando BOBBIO (2004, p. 90): “[...] as exigências de direitos sociais tornaram-se tanto mais numerosas quanto mais rápida e profunda for a transformação da sociedade”.

No ritmo do crescimento e/ou desenvolvimento capitalista insustentável da sociedade, verificam-se indetermináveis consequências que ameaçam tomar proporções que tornem inviável a vida nesta Terra. Por isso, a importância do ‘giro decolonial’ na América Latina, para que seus povos possam buscar soluções com base em fundamentos sustentáveis, priorizando os direitos sociais e não os direitos individualistas de preservação dos interesses dos que sempre comandaram as estruturas de poder.

¹⁵⁰ Há casos que devem ser reprimidos através da intervenção dos órgãos internacionais que atuam na defesa de causas humanitárias.

¹⁵¹ Seja este nacional ou internacional.

A ampliação dos mecanismos de participação popular tem o sentido de atender um critério aferidor da legitimidade. A dificuldade dessa matéria é desafiante, porque a sociedade brasileira, assim como as demais sociedades latino - americanas estudadas nesta tese, é heterogênea. Ademais, são formadas por grupos sociais com diferentes concepções de vida e de justiça, o que gera o dissenso em relação a muitos temas que implicam em suas formas socioculturais de vida.

Para MEDICE (2012, p.103-104), o propósito do novo constitucionalismo latino-americano foi a incorporação do conflito sociopolítico, não o seu ocultamento, que deve ser dirimido em última instância pelo verdadeiro guardião da Constituição, o povo. Essa proposta de reconhecimento da soberania popular renova os ideais de igualdade social, sem negar a diferença nem a pluralidade sociocultural, é fruto do pensamento descolonial.

A subjetividade do direito colonial, plasmado na igualdade jurídica formal de todos os sujeitos, serviu para ocultar pelo discurso a realidade social de desigualdade econômica, social e cultural, impedindo que o conflito social fosse expresso e confrontado. Paulatinamente, vai sendo introduzida uma subjetividade descolonial, fundamentada na horizontalidade da igualdade material e cultural como norte.

Frente à constituição vertical e hierárquica do modelo colonial, a supremacia constitucional residiria no fato da constituição de um país ser a norma geral que funcionaria como o sol para o sistema solar. A constituição é o sol do sistema jurídico, de onde irradiam as normas principiológicas plasmadas dos valores de seu povo, que norteiam todas as normas do ordenamento jurídico, para que este garanta uma vida digna a todas as espécies vivas.

Segundo WOLKMER (2011, p.143), uma constituição não deve ser compreendida como um documento meramente político, inoperante, desvinculado dos processos históricos, sociais e culturais da sociedade que representa. Pelo contrário, deve expressar a pluralidade e materializar os meios necessários para coordenar a convivência e a harmonia de ideologias divergentes, garantindo a todos, indistintamente, o poder de participar das instituições do país.

O novo constitucionalismo latino-americano sabe que as constituições não devem estar alheias às práticas sociais, e sim, respeitar à realidade multicultural do seu país. Ademais, devem expressar e promover a abertura da racionalidade e dos sentimentos, no tocante à redefinição de categorias importantes para a construção de uma teoria do Direito capaz de combater as profundas desigualdades existentes na América Latina.

Que os frutos dessa nova postura, cheguem às instituições de ensino (escolas e universidades), e principalmente, às bases sociais, para que se mobilizem a construir uma ordem social digna e coerente com as distintas situações de vida dos povos latino-americanos.

Neste sentido, os movimentos sociais¹⁵² de trabalhadores, camponeses e povos originários tiveram fundamental importância. Foram estes que trabalharam para que as concepções plurais presentes nas sociedades latino-americanas provocassem a desejável ruptura com o tradicional modelo institucional do Estado e do Direito, que tanto marginalizou os povos latino-americanos.

Assim, atuaram e enfrentaram a resistência das classes dominantes, na luta para o estabelecimento de uma ordem constitucional democrática plural que ampliasse os mecanismos de participação popular e reconhecesse os sujeitos desfavorecidos pelo sistema social como novos sujeitos coletivos de direitos.

Para SOUSA JÚNIOR (2002, p.53), os movimentos sociais são equiparados como novos sujeitos coletivos de direito¹⁵³, quer porque representam sujeitos determinados a lutar e a fazer valer direitos já conquistados, quer como uma nova fonte de legitimação da produção jurídica capaz de conquistar novos direitos¹⁵⁴. O autor fala do surgimento de um novo sujeito histórico coletivo, capaz de se articular e compreender a necessidade de se mobilizar para exigir mais justiça e dignidade.

Comentando sobre a importância dos novos sujeitos, os movimentos sociais organizados, WOLKMER (2001, p. 240), se posiciona:

[...] na medida em que os movimentos sociais são encarados, quer como sujeitos detentores de uma nova cidadania apta a lutar e a fazer valer direitos já conquistados, quer como nova fonte de legitimação da produção jurídica, nada mais natural do que equipará-los à categoria de ‘novos sujeitos coletivos de Direito.

Nesta citação, Wolkmer expressa o reconhecimento de que os movimentos sociais entram na categoria de novos sujeitos sociais, sendo indispensáveis para dar sustentação aos avanços já conquistados e aos que estão por alcançar.

A história recente dos países latino-americanos demonstra que é por meio da mobilização social que se desencadeiam as mudanças. Um Estado não pode ostentar a qualificação de democrático sem que o autêntico titular da democracia, que é o povo participe das discussões nas estruturas de poder que decidem seus direitos e, conseqüentemente seus destinos.

¹⁵²A atuação dos movimentos sociais deve-se a perda de confiança na capacidade de representatividade das instituições públicas, assim como a consciência popular de abrir seus próprios caminhos de emancipação.

¹⁵³José Geraldo de Sousa Júnior reconhece os novos movimentos sociais como sujeitos coletivos titulares de direitos.

¹⁵⁴O reconhecimento da significação político-sociológica dos novos movimentos sociais apresenta um potencial tanto prático, como teórico de enunciação e articulação de Direitos.

O novo constitucionalismo latino-americano, mormente o exemplo da Bolívia e Equador, vem estabelecendo ações reparadoras das injustiças sociais, em parte, oriundas da falta de representatividade popular nas estruturas de poder. Os muitos conflitos sociais que os povos destas sociedades enfrentaram e enfrentam para conquistarem seus direitos, confirmam que a luta é o meio que os indivíduos dispõem para conseguir avançar¹⁵⁵. Para isso, é preciso confiar na capacidade de autodeterminação dos povos, na sua força propulsora para determinar os rumos da sua história e descortinar novos horizontes com desenhos institucionais verdadeiramente democráticos, conforme será estudado na continuidade desta tese.

3.2 BASES JURÍDICAS DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NAS CARTAS CONSTITUCIONAIS DO EQUADOR E DA BOLÍVIA

Neste século XXI, as novas cartas constitucionais da América Latina¹⁵⁶, originadas dos recentes processos constituintes¹⁵⁷, constituem referência no constitucionalismo contemporâneo da América Latina¹⁵⁸. Conforme foi dito na introdução, neste trabalho prevalece a ênfase na Constituição do Equador (promulgada em 2008) e da Bolívia (promulgada em 2009).

O Equador e a Bolívia refundaram o Estado¹⁵⁹ e estabeleceram novos marcos teóricos libertadores e não limitativos para implementar um processo de mudança nas suas sociedades. Estes países têm buscado estabelecer um modelo que se distancia do constitucionalismo colonial liberal, ficando suas bases na participação popular, a fim de legitimar democraticamente suas instituições.

No novo contrato social firmado com seus povos, comprometem-se em expandir mecanismos democráticos que favoreçam a participação popular, seja de forma direta,

¹⁵⁵ Quem se refere a luta como meio para se conseguir conquistar o Direito, que tem por fim a paz, é Rudolf Von Ihering em seu livro “A Luta pelo Direito”.

¹⁵⁶ Neste trabalho, abordam-se os processos constituintes da Bolívia, do Equador, com o objetivo de fazer uma reflexão crítica da “epistemologia do sul” e a aplicação prática da teoria jurídico-constitucional produzida nos últimos anos.

¹⁵⁷ Os processos constituintes colocaram em causa as debilidades democráticas, com a perspectiva de promover uma democracia participativa, diminuir as desigualdades sociais, garantindo direitos coletivos mesmo contra os direitos individuais liberais, como é o caso da propriedade privada.

¹⁵⁸ A da Venezuela, promulgada em 1999 e a da Colômbia, promulgada em 1991, também. Destacando-se a atuação da justiça constitucional colombiana e sua Corte Constitucional.

¹⁵⁹ As eleições e os projetos dos governos de esquerda, com Evo Morales (2006, resultado do movimento que se autodenominou de “revolução democrática cultural”) e de Rafael Correa (2007), que se auto-intitulou de “revolução cidadã”.

representativa ou comunitária. Apresentam uma visão plural de democracia, que preserva a democracia representativa, mas fomentam outras formas de democracia, a participação direta e a comunitária. Oxigenam a democracia com ideias de interculturalidade, cooperação, diferentes formas de deliberação, assembleias populares, inspiradas nas experiências sindicais indigenistas e camponesas. VEGA CAMACHO (2010, p.89):

[...] el Estado ya no puede ser visto ni tratado como abstracción ni síntesis de la sociedad, sino como un conjunto o red de instancias de autoridad y de diversas estrategias institucionales y normativas, donde hay que desplegar, modificar y transformar, pero que no lo realiza por voluntad y conciencia, sino por intervención, participación y agenciamiento de la sociedad organizada.

O propósito é que os povos latino-americanos deixem de tratar o Estado como um ente abstrato e se vejam como sujeitos ativos deste Estado, assumam o protagonismo social, fomentando as mudanças que consideram necessárias, para que deixem de ocupar a base da pirâmide social que sustenta as classes que vivem desfrutando dos frutos da desigualdade produzida pelo sistema dominante. Para isso, é de fundamental importância o aprimoramento das instituições políticas e jurídicas para atender aos preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito esboçado nas suas constituições. Não basta ampliar o catálogo de direitos e garantias constitucionais. Trata-se de um processo com muitas imbricações sociais e econômicas difíceis de ser equacionadas. A própria palavra “processo” aqui utilizada, reflete a natureza contínua deste desafio¹⁶⁰.

GARGARELLA (2014, p. 309-310), destaca a importância das reformas constitucionais realizadas na América Latina. Enfatiza a estrutura complexa, que de um lado reforça o poder presidencial e por outro fortalece os compromissos constitucionais em matéria de direitos sociais e participação política, incluindo propostas renovadoras de controle do poder. Adverte que a dinâmica: centralização da autoridade *versus* a expansão dos direitos e as dificuldades dos constituintes para ingressarem na “sala de máquinas da Constituição”, não produziram resultados práticos satisfatórios, por não terem permitido a realização das reformas políticas necessárias.

A seguir, GARGARELLA (2014, p. 310-312), cita o Equador, a Venezuela e o México, como exemplos de constituições que buscaram maximizar os direitos e propuseram mecanismos de participação popular, mas mantiveram organizações políticas centralizadas e

¹⁶⁰ Uma das principais críticas às novas Constituições latino-americanas do Equador e da Bolívia, diz respeito ao fortalecimento do Poder Executivo, com a possibilidade de reeleição do presidente, bem como no tocante às novas atribuições em temas econômicos. Estes temas foram considerados prejudiciais, ainda que estas novas Constituições tenham contemplado possibilidades de controle social e fortalecido a participação popular.

verticalizadas. Nestes países, o devenir da prática constitucional mostrou limites às expectativas criadas pela letra das Constituições contemporâneas e permaneceram agindo como nos tempos em que a democracia era ainda mais restrita e os privilégios e o poder político das elites não eram ocultados pela ideologia da igualdade formal, como o é contemporaneamente.

Neste trabalho, deu-se mais destaque ao Equador e a Bolívia, devido a necessidade de delimitação do objeto, bem como pelo fato dos processos revolucionários de refundação que estes países implementaram, terem por objetivo o fortalecimento da democracia por meio da participação popular no processo de legitimação democrática de suas instituições, conforme se verá nos tópicos seguintes.

3.2.1 A Legitimidade Democrática no Equador

O processo constitucional do Equador, buscou combater a desigualdade social e étnica, que excluiu os povos indígenas dos benefícios prometidos pelo modelo de desenvolvimento da modernidade, por meio do fortalecimento da democracia, ampliando o reconhecimento constitucional de novos direitos e novos espaços de participação democrática. Combinando formas de democracia representativa, participativa e comunitária, a fim de assegurar a justiça constitucional por meio da eficácia social das normas constitucionais.

A Constituição do Equador foi a primeira a consagrar o referendo e a iniciativa popular, ainda na reforma que aconteceu em 1984. Contudo, mesmo com o reconhecimento legal destes instrumentos democráticos, eles nunca tinham sido implementados¹⁶¹. Estava faltando acontecer uma transformação que fosse capaz de fomentar o funcionamento destes institutos, bem como criar outros mecanismos para se combater a exploração e as injustiças sociais, ou seja, estava faltando a força da participação política e jurídica de seus povos.

Nesta perspectiva, foi convocada a assembleia constituinte que promulgou a nova Constituição equatoriana de 2008. Essa nova ordem constitucional consagrou os elementos constitutivos e princípios fundamentais do seu Estado constitucional, no capítulo primeiro, título I:

Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y

¹⁶¹ Os inúmeros casos de corrupção e a crescente crise econômica decorrente das políticas neoliberais que assolaram o país concorriam para a formação de um quadro insustentável na realidade sociopolítica do Equador.

laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Como se vê, o Equador fez questão de dispor na sua Constituição, que é um Estado constitucional de direitos e justiça, social, democrático, soberano, independente, unitário, intercultural, plurinacional e laico. Só quem de fato percebe a diferença que faz este reconhecimento é quem sabe que a Constituição do Equador de 1869 estabelecia que a cidadania era reservada para os que professavam a religião católica, e mais ainda quem sofreu a discriminação e a privação dos seus direitos. E ainda a importante ênfase do reconhecimento de que a soberania pertence ao povo, sendo a vontade destes, o fundamento da autoridade.

Já em seu capítulo quinto, que trata dos direitos de participação, o artigo 61 apresenta as formas de participação direta, quais sejam: eleger e ser eleito, a iniciativa popular normativa, a consulta popular em forma referendária e a revocatória de mandato. Os cidadãos de forma individual e coletiva passaram a participar do processo de tomada de decisões, planificação e gestão dos assuntos públicos e do controle popular das instituições do Estado¹⁶², da sociedade e de seus representantes em um processo permanente de construção do poder cidadão, que exercido através da democracia representativa, tanto direta como comunitária.

No título III, das garantias constitucionais, capítulo segundo que trata das políticas públicas, serviços públicos e participação popular, o Estado equatoriano também assegurou a participação popular na formulação das políticas públicas e serviços públicos, conforme o art. 85:

El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos. En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

Observa-se que o poder constituinte garantiu a participação, não apenas das pessoas em geral, mas ressaltou a presença das comunidades, povos e nacionalidades, reconhecendo as diferenças de identidade entre seus povos, mas mantendo-as no mesmo nível de respeito. A igualdade, apresentada aqui é um princípio fundamental para a formulação de políticas públicas

¹⁶² A função de transparência e controle social busca promover o controle das entidades do setor público e de outros órgãos que desempenham alguma atividade de interesse público. Os representantes desta função são eleitos para mandatos cuja vigência dura 5 anos e devem atuar na coordenação de políticas públicas de transparência, controle, redução de gastos, prevenção e luta contra corrupção.

voltadas à promoção da justiça social. Este artigo abre os caminhos para o diálogo intercultural e aponta para mudanças estruturais na sociedade.

A história mostrou que quando os povos são entregues ao jogo do mercado, crescem as desigualdades sociais e a violência. No título IV, que trata da participação e organização do poder, no capítulo primeiro, apresentam-se os princípios da participação na democracia, dispondo no seu art. 95:

Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

Esta nova maneira de estabelecer a relação entre o Estado e seus cidadãos, ampliando os mecanismos de participação, admitindo tanto a democracia representativa, direta e comunitária é de grande relevância para a Política e para o Direito. Contudo, requer um esforço constante por parte de todos os sujeitos para ser uma realidade concreta.

PACHANO (2010, p. 78 - 80), fala a respeito das implicações que surgiram a partir da nova forma de relacionamento estabelecida entre o Estado e seus cidadãos. Diz ter exigido mudanças fundamentais para o funcionamento da democracia, com profundas alterações nas disposições referentes à participação popular na construção do poder cidadão. Refletindo sobre os possíveis resultados que irão produzir o desenho institucional equatoriano, diz que a nova arquitetura constitucional propõe modalidades corporativas de participação que são opostas à representação popular expressada na igualdade de voto¹⁶³.

O supracitado autor critica que a seção em que a nova constituição incluiu as formas básicas de democracia direta, quais sejam: a iniciativa legislativa, a consulta popular e a destituição do cargo, foram colocadas antes da organização e representação política. Argumenta que ao colocar a democracia representativa depois das formas de democracia direta, significa que, antes de estabelecer o direito das pessoas a formar as instâncias do poder político, isto é, de outorgar um mandato, facultou-se o direito de revogá-lo. Para o autor, longe de criar condições

¹⁶³ Para o autor, esse fato coloca os mandatários da cidadania que receberam o encargo pelo voto, no mesmo nível que as pessoas que têm desejo de participar, mas não expressam a vontade popular por meio do voto, assim como dos membros que exercem uma delegação do executivo. Assim, fica a vontade dos eleitores submetida às decisões de pequenos grupos.

que irão reforçar o processo de consulta democrática, esse desequilíbrio de poderes acarretará uma maior instabilidade política no futuro.

Percebe-se que a preocupação dos autores é em relação à operacionalidade e compatibilidade dos direitos estabelecidos pela vontade dos constituintes da Constituição com a vontade dos que estão no exercício ou seja, no governo. A propósito, ao tratar da participação nos diferentes níveis de governo, o art. 100 dispõe:

En todos los niveles de gobierno se conformarán instancias de participación integradas por autoridades electas, representantes del régimen dependiente y representantes de la sociedad del ámbito territorial de cada nivel de gobierno, que funcionarán regidas por principios democráticos. La participación en estas instancias se ejerce para:

[...]

4. Fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social.

5. Promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación. Para el ejercicio de esta participación se organizarán audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía.

O artigo elenca os objetivos de fortalecimento da democracia, por meio da formação dos cidadãos para o exercício da participação popular em todos os níveis de governo, como instrumento de legitimidade democrática. Contudo, os modelos políticos e jurídicos adotados na América Latina, com seus avanços e retrocessos, ainda não são capazes de garantir uma ampla participação dos povos marginalizados e assegurar seus direitos conforme estabelecidos nas suas Constituições. Foram muitos anos reproduzindo o modelo eurocêntrico, ficando a democracia com um grande déficit com a cultura política e jurídica latino-americana.

Uma prova da tentativa de resgatar este débito histórico é o artigo 171, que empoderou os indígenas, possibilitando a eleição das autoridades indígenas, permitindo o uso de costumes e procedimentos próprios para a solução dos seus conflitos, observando-se os instrumentos internacionais de direitos humanos.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Hodiernamente, têm-se elementos para afirmar a dificuldade que os povos latino-americanos enfrentam para viverem num Estado Constitucional Democrático de Direito. Este, ainda não está consolidado, ou seja, não se realiza em sua totalidade conforme dispõe a Constituição. A ‘culpa’ é dos males endêmicos da estrutura do sistema criado para servir aos interesses do capital. Mas, vem se tentando combater estas doenças hereditárias que insistem em afetar as novas gerações, conforme se percebe com as crises políticas por que passam os países latino-americanos. Para quem não está satisfeito com as inovações trazidas pela Constituição, no capítulo terceiro que trata da reforma da Constituição, o art. 441, ponto 1, dispõe:

Art. 441. La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará:
1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.

O referido artigo dispõe que os cidadãos também podem solicitar emenda à Constituição, bastando contar com o respaldo de 8% do eleitorado, fortalecendo a participação população no processo de reforma constitucional. Pelo número do artigo supracitado, observa-se a extensão da Constituição equatoriana, que possui 444 artigos¹⁶⁴.

A Constituição do Equador de 2008 modificou a divisão estatal proposta por Montesquieu. No título IV que trata da participação e organização do poder, pode-se verificar uma divisão composta por cinco funções: a legislativa, a executiva, a judicial e justiça indígena, a de transparência e controle social e a eleitoral.

A lei de participação cidadã é uma das formas de exercício da democracia deliberativa e da democracia direta, a fim de complementar a democracia representativa. A lei prevê instâncias de diálogo e consulta. Há instâncias em nível nacional, como o conselho de igualdade, integrado de forma paritária por membros do Estado e da sociedade; a assembleia cidadã plurinacional e intercultural para o bem viver; os conselhos cidadãos setoriais, formados por atores da sociedade civil, que possuem relação com a temática a ser discutida. E as instâncias em nível local para exercício do poder cidadão, também formadas por conselhos locais.

¹⁶⁴ A Constituição colombiana de 1991 tem 380 artigos; a Constituição venezuelana de 1999, 350; a Constituição equatoriana de 2008, 444; a Constituição boliviana de 2009, 411 e a menos extensa, a Constituição brasileira de 1988 tem 239 artigos.

Apesar de na prática, não funcionarem de forma perfeita, são iniciativas essenciais para o aprofundamento da democracia, em que as propostas são elaboradas coletivamente, emergindo do diálogo social, ampliando as bases da legitimidade. Há, porém, autores que consideram que a participação cidadã ainda ficou limitada por conta dos mecanismos burocráticos estatais. Segundo AGUILAR ANDRADE (2009, p. 97): “la pretendida participación, el supuesto poder popular, no están pensados para ser ejercidos desde la sociedade, sino para ser asumidos como función del Estado; la sociedade no controla la actividad pública, sino que es sustituida por la institucionalidade del Estado”.

ECHEVERRÍA (2008) tem uma conclusão similar a de GARGARELLA (2014) neste processo. Para ambos, a nova Constituição equatoriana é avançada desde a perspectiva dos direitos expressos em sua parte dogmática, porém atrasada em sua parte orgânica, que trata da estrutura institucional por meio das quais as políticas públicas poderiam funcionar como resposta à estrutura de direitos criada.

Em sua obra, GARGARELLA (2014, p. 330-332), chama atenção para os problemas próprios das denominadas “constituições de mescla”, que são as que assumem compromissos morais, políticos e jurídicos contraditórios, radicalizando suas tensões internas. Alguns podem celebrar as ‘constituições de mescla’ como expressão de um compromisso sobre o possível, e outros, veem uma virtude nesta ambiguidade constitucional, compatível com o despertar futuro dos direitos em jogo.

O autor fala dos problemas significativos que esta postura enfrenta. Primeiro, porque em sociedades profundamente marcadas pela desigualdade, espera-se que a estrutura de poder atue de maneira consistente com a preservação do estado de coisas tradicional e injusto. Segundo, porque as citadas ambiguidades sempre permitem que se tomem medidas contra os grupos indígenas respaldadas pelo texto da Constituição. Terceiro, que se trata de interesses fundamentais que requerem um respeito incondicional e em nenhum caso um mero subterfúgio.

Como se vê, pensar a legitimidade democrática¹⁶⁵ em sociedades complexas, como são os Estados Democráticos de Direito¹⁶⁶ Latino-Americanos é problemático. BARREDA (2011, p. 269) comunga com o pensamento de que no caso da América Latina um dos problemas que mais se destaca é a debilidade dos mecanismos de controle do poder político existente.

¹⁶⁵ O problema da legitimidade, também diz respeito às bases democráticas da própria Constituição, dado seu texto original e emendas posteriores terem sido aprovados pelo povo.

¹⁶⁶ A expressão Estado Democrático de Direito implica a ideia de juridicidade, em que o próprio Estado encontra-se sujeito às normas jurídicas, encontrando na lei, as razões e comandos para atuar na realização dos fins determinados na Constituição, determinados pelo poder constituinte originário.

Este autor, ressalta ainda, a importância da realização de um estudo empírico, a fim de examinar o conceito de qualidade democrática e suas dimensões fundamentais, assim como medir a qualidade das democracias da América Latina, para fornecer algumas explicações-chave que envolvem o controle do poder político. A qualidade dos mecanismos que pautam o acesso ao poder público como a qualidade dos mecanismos que controlam o exercício do poder político, têm fundamental importância, já que é comum a democracia ser concebida como um conjunto específico de procedimentos que regulam o acesso ao poder político, ou seja, como um tipo de regime político.

BARREDA (2011, p. 266 - 267) também reconhece que nos últimos anos o estudo da política latino-americana tem experimentado uma transformação substantiva, com o regime democrático se estendendo praticamente por toda região. No entanto, observa que a atenção é dirigida mais para os aspectos formais das novas democracias do que para um aspecto fundamental que é a qualidade democrática. O autor diz haver confusão entre a qualidade de uma democracia e o nível de democratização de um regime político. A análise quanto à qualidade só pode ser aplicada àquelas sociedades que têm assumido um mínimo grau de democratização, ou seja, aquelas que cumprem os requisitos elementares de uma democracia.

A desejável legitimação democrática é resultado de um processo participativo que inclua os atores sociais, num debate em que se admite a confrontação de ideias, e não simplesmente a imposição para convalidação das “verdades” eleitas pelos que têm o poder. PACHANO (2010, p. 78), cita como exemplo o caso equatoriano, em que para ele, as sucessivas reformas constitucionais foram orientadas a fortalecer o poder presidencial, somado ao status quase majoritário do partido dominante na Assembleia Nacional.

PACHANO (2010, p. 83), prossegue afirmando que a sedimentação das instituições políticas, o respeito ao império da lei e a constituição de uma cidadania plena em termos de direitos e obrigações ainda são questões para ser enfrentadas e construídas. Sem as reformas necessárias, o regime democrático continuará apresentando falhas.

As transformações que, paulatinamente, vêm ocorrendo na ciência jurídica e política, refletem a luz que vem chegando para transformar a realidade. O novo constitucionalismo latino-americano presta uma grande contribuição quando ressignifica o conceito de democracia a partir do respeito à pluralidade de direitos dos povos comunitários, bem quando propugna pela centralidade do povo - detentor do poder soberano.

Diz ALMEIDA (2008, p.19), sobre o processo de construção do Estado Plurinacional no Equador:

Al funcionar el Estado como representación de una nación única cumple también su papel en el plano ideológico. La privación de derechos políticos a las nacionalidades no hispanizadas lleva al desconocimiento de la existencia misma de otros pueblos y convierte al indígena en víctima del racismo. La ideología de la discriminación, aunque no es oficial, de hecho está generalizada en los diferentes estratos étnicos. Esto empuja a muchos indígenas a abandonar su identidad y pasar a formar filas de la nación ecuatoriana aunque, por lo general, en su sectores más explotados.

Apesar de se referir à Nação equatoriana, essa realidade se estende aos demais países da América Latina, pois desde o início do processo de colonização os povos originários vêm sendo vítimas de uma visão estreita da condição humana e dos seus direitos. O que diferencia um país latino-americano de outro é a quantidade e o tipo de povo originário. No Equador e Bolívia o número de indígenas é maior que no Brasil, proporcionalmente à totalidade da população¹⁶⁷.

Segundo MATOS, (2001, p. 11), o grande avanço da atual Constituição do Equador, diz respeito à criação da justiça indígena¹⁶⁸, que garante que autoridades das comunidades, povos e nacionalidades indígenas possam exercer funções jurídicas, com base em suas tradições ancestrais. Tais autoridades aplicarão normas e procedimentos próprios para a solução de seus conflitos internos, mas, somente, aqueles que não forem de encontro à Constituição, ou aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente. A lei garantirá, pois, um diálogo entre justiça ordinária e justiça indígena.

Mas, pelo visto, observa-se que apesar das conquistas, os problemas não foram superados. Apesar das mudanças significativas nos desenhos institucionais, colocando o povo como sujeito ativo necessário para propulsionar as mudanças e de todo aporte teórico e normativo produzido, na realidade ainda existe uma tensão entre como funciona as instituições e como deveriam funcionar, entre o mundo teórico e o mundo prático. Contudo, acredita-se que o novo constitucionalismo latino-americano vem ressignificando a teoria constitucional em vigor. E demonstra isto quando amplia a perspectiva da função exercida pelo Direito num Estado Democrático de Direito.

O novo constitucionalismo latino-americano tem direcionado o sentido do seu desenvolvimento nos objetivos da Constituição, a fim de que a justiça constitucional alcance

¹⁶⁷ Em relação ao Brasil, o maior grupo social excluído continua sendo os socialmente mais vulneráveis, onde se inserem os grupos indígenas, quilombolas, afrodescendentes e os analfabetos que vivem nas regiões mais pobres do país. E as minorias de “ricos e bem-nascidos” espalhados por todas as regiões do Brasil, mas com maior presença no sudeste e no sul do país, querem continuar recebendo a proteção - privilégios. Essa visão perdura entre os conservadores e liberais, que compartilham uma visão de direitos pautada nos direitos civis, sobretudo na proteção ao direito de propriedade. Inclusive o movimento de Impedimento da presidente Dilma representa uma reação desta classe contra o governo de esquerda, apesar de ter sido um movimento que recebeu uma ampla adesão da sociedade, e que foi ideologicamente influenciada pelos meios de comunicação.

¹⁶⁸ Os representantes dos povos indígenas poderão ser eleitos a partir das normas eleitorais de suas comunidades.

todos os cidadãos, e estes se vejam, de fato, como cidadãos iguais em direitos e obrigações. Segundo GRIJALVA (2008, p. 112): [...] “argumentos en favor de la necesaria consolidación de la justicia constitucional en el Ecuador, afirmando que a nivel comparado, esta institución, cuando funciona idealmente, ha favorecido la protección de los derechos humanos y la democracia deliberativa [...]”.

Mesmo não logrando a transformação desejada nas estruturas sócio-econômicas e culturais, devido problemas conjunturais das complexas sociedades a quais se destina, tem prestado boas contribuições pelo seu caráter educativo. Quem sabe encoraje o Brasil a realizar uma reforma nas suas estruturas de poder, tornando-as de fato democráticas.

Paulatinamente, o novo constitucionalismo latino-americano vem expandindo e clareando a compreensão dos cidadãos, profissionais do Direito e dos políticos, no sentido de ampliar a consciência para ver que é por meio do exercício dos direitos de cidadania que a democracia e a justiça, sejam no campo formal e material, podem prosperar na América Latina.

Promover uma sensibilidade para a peculiar realidade da América Latina, trata-se de um enorme desafio à sociedade e implica numa transformação profunda na cultura de todos os envolvidos. Enseja uma mudança de postura política do Legislativo, Executivo, Judiciário, bem como de toda sociedade. Por isso, vem-se defendendo nesta tese, que a legitimidade democrática é um processo em curso, com movimentos não lineares, ora acontecem avanços, ora apresentam-se as tentativas de retrocesso que precisam encontrar a resistência da participação popular.

3.2.2 A Legitimidade Democrática na Bolívia

No final do século XX e início do século XXI, os movimentos sociais na Bolívia, principalmente o indígena, travaram lutas sociais e políticas contra a manutenção do *status quo* dos poderes estabelecidos que gerenciavam o país. Segundo HAMECKER (2003), as formas delegadas de participação política encontravam-se desacreditadas, com mera aparência de participação democrática, mas o aparelhamento do Estado estava a serviço das grandes petrolíferas e dos 3,5% da população que não se encontravam em situação de vulnerabilidade social.

Por meio de revolta popular, chamada “Guerra do Gás” em 2003, a Bolívia deu início a um movimento jurídico batizado com o nome de “Novo Constitucionalismo Latino-

Americano” ou “Un constitucionalismo sin Padres”. A intenção era assumir o desafio de refundar o país sob outra perspectiva político-jurídica, sob uma nova base de poder, com o intento de fazer cumprir as promessas liberais não efetivadas no modelo constitucional anterior.

O protagonismo dos movimentos indígenas, com suas demandas de autodeterminação e autogoverno, bem como suas lutas pelo reconhecimento das suas práticas jurídicas indígenas e comunitárias, fez parte da mais ampla agenda vista na América Latina de refundação de uma nação. Em conjunto, essas bases supracitadas serviram de suporte para que essas sociedades multiétnicas e interculturais passassem a ser reconhecidas como Estados plurinacionais.

Frisa-se que na Constituição de 1967 e na reforma de 1994, a Bolívia já tinha passado a ser reconhecida como um Estado pluricultural e multiétnico, criando importantes instituições como o conselho da judicatura, o tribunal constitucional e o defensor do povo. Mas foi somente a partir da reforma constitucional de 2004, que se instituíram formas de democracia participativa como o referendo, a iniciativa legislativa popular e a Assembleia constituinte, além de ampliar-se a representação popular, introduzindo a possibilidade dos agrupamentos cidadãos e dos povos indígenas de apresentar seus candidatos¹⁶⁹.

De acordo com QUEVEDO (2012, p. 288-291), com a Constituição boliviana promulgada em 2009, os princípios de democracia e soberania passaram a servir de fundamento àquele texto constitucional. O autor, ao descrever sobre a primeira Constituição boliviana promulgada em 1826, diz que esta consagrava uma ordem liberal representativa que excluía os direitos sociais e políticos da maioria de sua população. Ainda na reforma constitucional ocorrida em 1880, o pensamento liberal ainda exercia forte influência no direito constitucional boliviano, impedindo significativas mudanças estruturais. Foi a partir da Constituição de 1938 e, posteriormente, na de 1967, que se verificou a presença de algum conteúdo de caráter social.

Percebe-se que paulatinamente os sujeitos sociais desses países entenderam que podem vivenciar uma democracia participativa, com voz e vez nas decisões que geram consequências diretas em suas vidas, bem como perceberam que os interesses de empresas privadas multinacionais estabelecidas nestas nações não podem sobrepor seus interesses aos interesses coletivos, em nome de um desenvolvimento que se mostrou indiferente aos saberes multiétnicos de seus povos. DALMAU (2011, p. 38) explica:

¹⁶⁹ Muito importantes foram as lutas populares das guerras da água e do gás, que foi consolidado na Constituição boliviana. O artigo 18 da lei 300, de 15 de outubro de 2012, trata da distribuição da riqueza do Estado com justiça social. O artigo 19 trata do acesso equitativo do povo boliviano aos componentes da Mãe Terra, determinando a eliminação da concentração de propriedades improdutivas e latifúndios.

La explosión popular que supusieron las assembleas constituyentes del nuevo constitucionalismo provocaran por lo tanto la ruptura con un sistema jurídico – y, cuando fue posible, también político – del pasado, depositando las esperanzas de la ciudadanía en la transformación social a través del cambio constitucional.

Para o autor, os cidadãos bolivianos acreditaram que por meio de uma nova constituição, fruto de um processo constituinte legítimo, que rompesse com as velhas estruturas jurídicas, também avançariam na esfera política, no sentido de consolidar uma verdadeira democracia. Observa-se o anseio destes povos por uma concepção jurídica pluralista, fundamentada no princípio da igualdade para poder viver suas diferenças, respeitando as concepções de todos os povos.

Segundo DALMAU (2011, p. 39), o processo constituinte para a Constituição da Bolívia de 2009, foi o mais complexo da história latino-americana. Foi marcado por uma sequência de fatores endógenos, como as difíceis condições de trabalho da Assembleia Constituinte, bem como por fatores exógenos, como os obstáculos criados por grupos minoritários bolivianos¹⁷⁰ que não acreditavam na vitória. Contudo, esse processo culminou com a Constituição boliviana contemporânea, que representa um marco para o constitucionalismo latino-americano.

Diante do caos em que se encontrava o Estado nacional boliviano, apresentaram-se alternativas para que o país pudesse passar pela transição rumo a um constitucionalismo democrático, que apostasse no respeito aos direitos fundamentais. Era preciso reavivar na alma do povo a esperança de que é possível transformar o *status quo* e avançar através da união dos povos e da coragem de mudar as estruturas de poder, e assim, poder vislumbrar uma luz no horizonte para um *vivir bien*.

O novo constitucionalismo partiu de postulados clássicos da teoria constitucional, repetindo o tradicional catálogo de direitos de proteção individual, porém procurou superar o constitucionalismo clássico naquilo que este não teria avançado. Um dos pontos foi concernente às possibilidades de articulação e releitura da soberania popular, como condição necessária de legitimação das instituições e de gestão do próprio Estado. Para DALMAU (2008):

Un constitucionalismo de nuevo cuño empieza a dar sus pasos en América Latina, a partir de la reivindicación de las atribuciones creativas del poder constituyente, operando por medio de Asambleas elegidas y referéndums aprobatorios sobre los textos producidos: es lo que el autor denomina

¹⁷⁰Para compreender o processo constituinte que deu origem à Constituição de 2009, deve-se partir da contextualização das inúmeras crises políticas que vigoravam no país e a reação popular proveniente do movimento MAS (movimento ao socialismo), liderado pelo atual presidente Evo Morales, que após assumir a presidência do país em 2006, lançou a proposta de convocar uma Assembleia constituinte e se comprometeu com o reconhecimento dos povos indígenas e dos demais povos excluídos pelo modelo político de tradição européia que até então vigorava.

“constitucionalismo sin padres”. El producto que se perfila son nuevos tipos de Constitución, más amplias y detalladas, orientadas a garantizar rigurosamente, con mecanismos normativos y jurisdiccionales, los derechos de los pueblos y los objetivos de cambio.

Na Bolívia, a ativação do poder constituinte favoreceu para que a Constituição boliviana e a Lei de Deslinde Jurisdiccional, de 29 de dezembro de 2010, reconhecessem oficialmente o pluralismo político e jurídico.

O pluralismo jurídico permite uma espécie de complementaridade à jurisdição estatal, mas sem intervenção e sem subordinação. É garantida a obrigatoriedade de cumprimento das decisões das jurisdições das comunidades e o dever de cooperação, oferecendo instrumentos de eficácia para estas jurisdições. Essas ações fundamentam-se nos princípios da integridade do Estado Plurinacional, com sua diversidade cultural e na ligação espiritual entre os povos com a Mãe Terra.

CHÁVEZ e MOKRANI (2007, p. 55) chamam a atenção para o fato de que o processo constituinte resulta de uma acumulação histórica que se iniciou bem antes deste ser deflagrado oficialmente:

En Bolivia, el proceso constituyente no se inicia con la instalación de la Asamblea Constituyente el 06 agosto pasado, sino que nace en los momentos de insurrección colectiva, en los diferentes ciclos de movilización social, que fueron en sí mismos momentos de disputas por el sentido de lo político. Fueron los momentos de insurrección popular en los que se modificó el escenario político, creando las condiciones de posibilidad para la refundación del Estado. [...] La presencia de los movimientos sociales en la Asamblea constituyente implica producir los espacios y formas de lucha abiertos por estos ahora en este nuevo terreno de deliberación, tanto en lo que cabe al proceso como en los resultados que de él emane.

A reação dos interesses oligárquicos dominantes diante da ameaça de perda da hegemonia foi utilizar de todos os meios institucionais e não institucionais, inclusive a violência, para impedir que as demandas da população fossem atendidas. Foi travada uma verdadeira luta no campo teórico e prático, que teve resultados significativos em matéria de direitos¹⁷¹.

Para grupos tradicionalmente ignorados e agredidos em seus direitos, como os camponeses e os povos indígenas, o reconhecimento pelo sistema legal torna-os visíveis e de alguma maneira reconhecidos em sua dignidade. Este reconhecimento serviu para ativar novas

¹⁷¹ Um dos eventos mais dramáticos do processo de constituinte foi o chamado “Massacre de Pando”, ocorrido em 11/09/2008, quando facínoras, a serviço do governo opositor de Pando mataram cerca de 22 camponeses simpáticos à nova constituição. Relatórios da ONU e da UnaSul apontaram que “houve em Pando uma violação em massa dos Direitos Humanos”.

formas de lutas, reconstituir e reforçar sua identidade de grupo, bem como sua capacidade de participar ativamente das instituições estatais.

Na Constituição boliviana verificam-se pontos inovadores no que se refere às novas divisões de funções estatais e apresentam novos caminhos a serem trilhados pelos Estados plurinacionais e interculturais. A intenção era superar os profundos déficits de participação democrática e cidadania, assim como reparar a violência perpetrada pelo colonizador que comandava os Estados nacionais constitucionais, outrora vigente, geridos por representantes do sistema econômico capitalista global.

A Constituição da Bolívia estabeleceu no capítulo sexto, a criação de um Tribunal Constitucional Plurinacional, com membros eleitos pelo sistema ordinário e pelo sistema indígena¹⁷². Conforme o artigo 197:

I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino.

II. Las Magistradas y los Magistrados suplentes del Tribunal Constitucional Plurinacional no recibirán remuneración, y asumirán funciones exclusivamente en caso de ausencia del titular, o por otros motivos establecidos en la ley.

Observa-se a ênfase que se confere à participação das mulheres, ressaltada também no artigo 198, que trata das eleições para o cargo de magistrado e magistrada do Tribunal Constitucional Plurinacional. O objetivo é garantir além da independência política, que os cidadãos exerçam o controle e se sintam representados também no âmbito jurisdicional.

Artículo 198. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia.

Este sufrágio tem requisitos diferenciados das eleições no âmbito dos demais poderes. Os candidatos não puderam fazer propagandas diretas ou indiretas¹⁷³, os eleitos não possuem o

¹⁷² A Constituição da Bolívia dispõe sobre a questão indígena em cerca de 80 dos 411 artigos. Os 36 “povos originários” (aqueles que viviam na Bolívia antes da invasão dos europeus), passam a ter participação ampla efetiva em todos os níveis do poder estatal e na economia. Com a aprovação da nova Constituição, a Bolívia passou a ter uma cota para parlamentares oriundos dos povos indígenas, que também passarão a ter propriedade exclusiva sobre os recursos florestais e direitos sobre a terra e os recursos hídricos de suas comunidades. A Constituição estabelece a equivalência entre a justiça tradicional indígena e a justiça ordinária do país. Cada comunidade indígena poderá ter seu próprio “tribunal”, com juízes eleitos entre os moradores. As decisões destes tribunais não poderão ser revisadas pela Justiça comum.

¹⁷³ Ficou a cargo do Tribunal Eleitoral a organização da eleição.

direito de serem reeleitos, sendo o mandato de seis anos. O artigo 199 traz as exigências de qualificação para compor o Tribunal Constitucional Plurinacional. Veja-se:

I. Para optar a la magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional se requerirá, además de los requisitos generales para el acceso al servicio público, haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.

II. Las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Essas inovações foram vistas com ressalvas pela comunidade, principalmente pela jurídica. Algumas pessoas não foram favoráveis às qualificações exigidas, nem quanto ao sufrágio universal, argumentando que os tornaria mais suscetíveis ao poder político. Mas, muitos consideraram uma evolução muito importante para a vida dos povos, especialmente por integrar ao sistema de justiça estatal outros sistemas de justiça efetivos na vida de alguns dos seus povos, como a justiça indígena originária campesina, respeitando os saberes dos seus povos.

A base filosófica da Constituição da Bolívia foi o pluralismo jurídico. Este foi reconhecido em igualdade de condições com o Direito estatal e provocou mudanças em vários aspectos. O principal aspecto inovador é a integração do homem com a natureza, conferindo uma nova dimensão à questão ecológica e indígena nessa região. Constitucionalizou as cosmovisões indígenas, ampliou e incluiu os direitos destes grupos e da sua linguagem nos elementos da Constituição. Essas mudanças causaram impactos transcendentais, a curto e em longo prazo, na vida destes povos.

Segundo WOLKMER (2012, p. 54), enquanto a perspectiva liberal entende a natureza como mero objeto inerte, passivo em relação ao homem e suas práticas exploratórias, o novo paradigma latino-americano visa compreender a natureza de forma horizontal. A nova cosmovisão contra-hegemônica está orientada para o “*bem viver*” comunitário, participativo e plural. Adequam-se os recursos naturais a um estilo de desenvolvimento sustentável, por meio de uma nova consciência ecológica.

Examinando a Constituição boliviana, encontra-se no art. 11, do capítulo terceiro, que trata do sistema de governo, que a Bolívia adota a forma democrática participativa, representativa e comunitária.

Artículo 11

I. El Estado adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.

II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley:

1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa, entre otros. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo.

2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, entre otros.

3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades por normas y procedimientos propios de los pueblos y naciones indígena originario campesinos, entre otros.

Conforme percebe-se, houve a ampliação dos instrumentos de participação popular para além dos já anteriormente criados e utilizados pela democracia participativa. Os procedimentos de origem popular introduzidos pelo novo texto constitucional foram: a iniciativa de referendo nacional, departamental, municipal e a iniciativa legislativa constitucional e constituinte, a possibilidade de revogação de mandatos, assembleias, conselhos e consultas prévias, estes últimos com caráter deliberativo.

O item II mostra que a existência da democracia representativa visa a continuidade do direito ao voto universal e secreto. A inovação apresentada no subitem três, refere-se à democracia comunitária. Esta forma de democracia prevê e reconhece constitucionalmente através do pluralismo jurídico, a legitimidade de eleição, designação ou nomeação de autoridades e representantes, garantindo-se o direito de que tais procedimentos sejam adotados conforme as normas próprias das nações e povos bolivianos.

Apesar de tudo, a Bolívia ainda não conseguiu superar seus problemas porque é preciso que ocorram mais mudanças na estrutura de poder para que o Estado se transforme. Para isso, muitos desafios precisarão ser enfrentados.

A refundação da nação boliviana passou pela ruptura das formas de acumulação capitalista e seus mecanismos de reprodução de desigualdades e destruição ambiental para o surgimento de um novo modelo de desenvolvimento econômico. Essa construção tomou como referência a filosofia do *vivir bien*, relacionada ao resgate das formas de vida ancestrais dos povos originários.

Essas práticas estão coerentes com a filosofia do *buen vivir*¹⁷⁴, que caracteriza a identidade originária e servem para entender as bases em que se sustenta sua própria

¹⁷⁴ A filosofia do “bem viver” ou “buen vivir” (Sumak Kawsay – em língua indígena kechwa ou Suma Qamaña – em língua indígena aymara), aponta para uma ética cosmopolita que engloba todos os seres vivos e não somente os homens. Desta forma, busca-se fugir da ótica individualista, racional cartesiana, mercantilista, para uma

juridicidade. São práticas normativas inoficiais, não-estatais, que mostram uma nova forma de legitimação. Conflitos são resolvidos e consensualizadas pela comunidade e pelos movimentos sociais, com o objetivo de se estabelecer processos de paz, e não como objeto de confrontação de vencedores e vencidos. São novas juridicidades legítimas e justas que dão sentido de identidade e emancipação, que podem coexistir e conviver em harmonia com as práticas jurídicas oficiais estatais do sistema jurídico positivista vigente.

Para MÉDICI (2012, p. 169), pretende-se construir um modelo educativo, social e político que garanta o desenvolvimento econômico, sem prejudicar as gerações futuras, visando à consolidação progressiva de uma cultura de respeito e consciência socioambiental.

Diante da perspectiva liberal, a natureza sempre foi compreendida como uma substância inerte e divisível, pelo qual o homem deveria transformá-la de acordo com os seus anseios de produção e acumulação. Esta compreensão expressa a ideologia doutrinária do modelo político burguês ocidental e põe em pauta como o discurso capitalista compreende a natureza como um mero recurso financeiro, explorável.

Paulatinamente, os povos latino-americanos vêm se conscientizando de que os bens ambientais, como gênero, e os culturais, como espécie, devem ser protegidos pelas sociedades. Esse pensamento provoca importantes alterações nos sistemas jurídicos. SOUZA FILHO (2011), adverte também para a compreensão que a humanidade necessita da natureza e dos marcos de civilização que evocam as gerações antecedentes e a cultura das comunidades tradicionais.

A Bolívia, em dissenso à ideia capitalista exploratória, compreende que a natureza deve ser desfrutada como um direito assegurado, com o objetivo de promover uma harmonia intercultural entre os povos e destes com a natureza. Sobre este tema puntúa MÉDICI (2012, p.150):

Actualmente, como realidad biofísica (en tanto que flora, fauna, su población, su diversidad), como su configuración espacial, (es decir, la dinámica sociocultural que articula esos territorios y ecosistemas), la naturaleza aparece ante el pensamiento hegemónico global y ante las élites dominantes de la región como un espacio subalterno, que puede ser explorado, arrasado, modificado según las necesidades de los regímenes de acumulación vigentes.

O relacionamento entre o homem e a natureza, de uma forma geral, foi alicerçado sob o paradigma antropocêntrico, que conduziu à espécie humana a interferir no ecossistema numa relação de dominação¹⁷⁵. Essa relação foi sendo deliberadamente estabelecida conforme suas

visão mais holística que compreenda o ser humano e o meio ambiente como partes comuns de um todo, em constante comunicação entre si.

¹⁷⁵ Historicamente, os seres humanos são os animais capazes de modificar o sistema ecológico, regulando o espaço de convivência ambiental. A crise ecológica que ameaça o ecossistema atingirá todas as formas de vida, tanto

prioridades e necessidades, como se fora um processo natural, ao invés de se preocupar com o sistema ecológico em sua totalidade e buscar combater toda forma de violação aos direitos humanos e não humanos.

CADERMATORI E COSTA (2013, p. 235) apontam que entre as principais inovações da Constituição boliviana de 2009, encontram-se: a permissão de eleições diretas para membros do Concejo Nacional de Justiça (CNJ) e do Tribunal Constitucional (TC); as várias expressões indígenas previstas no artigo oitavo da Constituição; o reconhecimento dos grupos indígenas e dos grupos excluídos; a forte rigidez constitucional; um amplo catálogo de direitos, enfatizando-se a política do *buen vivir*; o reconhecimento da *pachamama*; a garantia do Ministério público para defesa dos direitos humanos e a presença de instituições de garantia dos direitos políticos.

Do exposto, pode-se verificar que as contribuições trazidas pelos povos bolivianos são no sentido de reafirmar que o poder constituinte deve emanar do povo e estes devem participar ativamente dos processos de tomada de decisão nos interesses públicos, não permitindo que as elites econômicas comandem seus destinos. Para isso, ousaram fazer um redesenho institucional, reescrever o “mito” da democracia e implementar as bases jurídicas sobre as quais se perpetuam as desigualdades sociais e se firmar no caminho da legitimidade democrática.

em sua biologia quanto em sua cultura e está associada ao problema da desigualdade social, que é fruto da ação antrópica dos homens que dominam o sistema social.

CAPÍTULO IV

4 LEGITIMIDADE E JUDICIÁRIO DEMOCRÁTICO NO BRASIL: UMA DISCUSSÃO POSSÍVEL

Conforme foi visto no tópico em que se discutiu a judicialização da política, muitos atores sociais perceberam o quão amplo e variado é o campo jurídico e sua potencialidade para ser um dos principais *locus* de luta pela garantia dos seus direitos. Por essa razão, alguns sujeitos de direitos que possuem legitimidade ativa para propor as ações de controle de constitucionalidade, passaram a problematizar assuntos políticos de grandes implicações para a sociedade no âmbito da jurisdição constitucional.

Como não foram previamente verificadas em que condições as novas demandas judicializadas deviam ser decididas de uma forma considerada legítima dentro da ótica da democracia, o Judiciário foi assumindo o protagonismo. Pode-se afirmar que a sociedade brasileira considerou como positivas, as decisões em que o STF reconheceu a centralidade adquirida pelos direitos fundamentais e assegurou seus efeitos imediatos, em função da característica principiológica da CF/88. Contudo, outras decisões foram avaliadas como negativas para a sociedade.

Enfim, a postura assumida pelo Poder Judiciário e em específico pelo STF tem gerado uma grande tensão na sociedade e entre os poderes, principalmente porque o STF tem se mostrado vacilante em algumas das suas decisões. Para exemplificar, cita-se o caso ocorrido no Brasil em 05 de dezembro de 2016, quando o ministro do STF, Marco Aurélio, decidiu liminarmente, que o então Presidente do Senado, Renan Calheiros (PMDB/AL), deveria deixar a presidência, por ter se tornado réu por peculato e a Mesa do Senado ignorou a decisão¹⁷⁶.

Outra situação que provocou tensão ocorreu em 14 de dezembro de 2016, quando o ministro Luiz Fux, em resposta ao Mandado de Segurança apresentado pelo Deputado Federal Eduardo Bolsonaro (PSC/RJ), questionando emenda de abuso de autoridade ao Pacote

¹⁷⁶ Foi divulgado que iria aguardar a deliberação do Plenário do STF sobre o tema e o plenário do STF, por maioria, entendendo diferente do ministro Marco Aurélio, manteve o Senador como presidente da Casa, mas retirou o Presidente do Senado da linha sucessória da Presidência, considerando-o inapto, justificando que a Constituição proíbe que réus estejam aptos a assumir a Presidência da República. O ministro Luis Roberto Barroso, que não participou da audiência, emitiu sua opinião declarando que o descumprimento de uma decisão judicial deve ser considerado crime de desobediência ou golpe de Estado. Na continuidade, o Ministro Marco Aurélio solicitou que a Procuradoria Geral da República apurasse se o Senador Renan Calheiros havia cometido crime ao permanecer no cargo, mas a sociedade permanece sem saber o desfecho deste caso.

Anticorrupção, expediu liminar determinando que o Poder Legislativo não pode desvirtuar o conteúdo do projeto de iniciativa popular, assim como assumi-lo em nome próprio e mudar o objetivo original do mesmo com base em decisão já proferida pelo plenário do STF¹⁷⁷.

E, até o momento de escrita desta tese, outro caso de tensão ocorreu envolvendo o ministro do STF Edson Fachin, quando este, em 17 de maio de 2017, determinou medida cautelar para afastar o Senado Aécio Neves (PSDB/MG), conforme pedido da Procuradoria-Geral da República¹⁷⁸.

Os casos acima referidos servem para comprovar a veracidade e a gravidade da tensão entre os poderes vivenciados no Brasil contemporâneo, assim como tantos outros ocorridos no decurso da sua história. Hodiernamente, têm acontecido muitas situações em que juízes e tribunais têm proferindo decisões judiciais de natureza política, que interferem na formulação e execução de políticas públicas de grande repercussão na ordem social e econômica, consequentemente na vida da sociedade brasileira em geral¹⁷⁹, sem uma prévia reflexão crítica sobre as repercussões que geraria para o Estado Democrático de Direito brasileiro.

A este respeito, há muitas e variadas controvérsias¹⁸⁰. E GOWANS (1987, p. 3) pontua que: “um dilema moral é uma situação na qual um agente S deve moralmente fazer A e deve

¹⁷⁷ O STF já havia entendido que a Constituição vedava a prática de introduzir matéria estranha ao conteúdo de medida provisória no processo legislativo. Então, o ministro Luiz Fuz, decidiu que o projeto deve deixar o Senado e voltar a Câmara dos Deputados para análise de seu conteúdo tal como foi proposto pelo Ministério Público Federal, acompanhado por 2 milhões de assinaturas, salientando na liminar que qualquer votação no Senado não teria validade alguma, pois o ministro tornou sem efeito qualquer ato, pretérito ou superveniente, praticado pelo Poder Legislativo em contrariedade à sua decisão. Em resposta, a liminar o presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia (DEM-RJ), afirmou em plenário na Câmara dos deputados que tratava-se de uma intromissão do Judiciário no âmbito Legislativo, dizendo ser praxe a conversão de projetos de lei de iniciativa popular serem convertidos em propostas parlamentares, pois não é possível verificar e validar todas as assinaturas. Tal liminar foi ignorada por 2 meses e continuou sua tramitação no Senado até o dia 16 de fevereiro de 2017, quando o Pacote Anticorrupção foi encaminhado à Câmara dos Deputados.

¹⁷⁸ A decisão levou em consideração o áudio gravado pelo empresário Josley Batista, no dia 24 de março de 2017, em que o Senador teria demonstrado empenho e preocupação para frear a operação Lava Jato. Somente em 14 de junho foi retirado o nome do Senador do painel de votações, após o ministro Marco Aurélio acusar a direção da Casa de descumprir decisão quanto ao afastamento. O presidente do Senado, Eunício Oliveira (PMDB/CE), em resposta, disse que não há previsão regimental ou na Constituição para o afastamento, que a liminar determinava o afastamento, mas não dispunha de como este deveria se dar, salientando que cabe ao ministro Fachin determinar a forma de afastamento e que quando assim for realizado, cumprirá a decisão, portanto não estaria em desobediência.

¹⁷⁹ A respeito deste tema, ver artigo publicado por PAMPLONA, F. Edineusa; ROSSI, A. C. S. Judiciário e políticas públicas: construção ou desconstrução democrática? O artigo discute se o Judiciário brasileiro está devidamente habilitado para o exercício desta função de decidir questões que envolvem políticas públicas. E algumas perguntas que também permeiam esta tese, quais sejam: se Juízes e tribunais podem ou não, e em que medida, realizar deliberações políticas ao interpretarem e decidirem os problemas que lhe são submetidos? Se o Poder Judicial interferindo nas políticas públicas e regulando a maneira de como se desenvolve as atividades políticas através de seus julgamentos, tem realizado justiça constitucional ou desconstruído as políticas públicas e realizado uma micro-justiça em casos individuais de poucos que tiveram acesso ao Judiciário? Se essa postura fortalece ou compromete a democracia?

¹⁸⁰ Este tema foi aprofundado no capítulo II desta tese.

moralmente fazer B, mas não pode fazer ambas. Ou porque B é não fazer A apenas, ou porque há alguma característica contingente do mundo que impede o agente de fazer ambas”.

O povo não pode permitir que as forças insurgentes de oposição à exploração, que clamam por igualdade social, por uma divisão equânime da terra e por justiça material, sejam violentamente caladas, como já aconteceu na história¹⁸¹ deste e de tantos outros países.

Para avaliar o que vem sendo experimentado no Brasil, neste capítulo, aborda-se a construção da democracia constitucional, suas conquistas e limites a partir da Constituição do Brasil de 1988. Ademais, analisam-se os mecanismos democráticos inovadores que vêm sendo criados para reconfigurar as instituições políticas e jurídicas, a fim de legitimá-las democraticamente. Com esta finalidade, é realizada uma breve análise das propostas de emendas à Constituição da República Federativa do Brasil em vigência, que tramitam no Congresso Nacional, e versam sobre a modificação no sistema de investidura dos juízes da Corte Constitucional brasileira.

4.1 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA A PARTIR DA CRFB/ 1988

Antes de poder respirar os ares da democracia, as castas políticas tramam seus planos estratégicos¹⁸² de interrupção da democracia, obstaculizando os processos emancipatórios da população¹⁸³.

Isso aconteceu porque os governos de esquerda, quando estiveram no poder, não fizeram a reforma política e jurídica, tão necessárias e ansiadas pelo povo. Para KOERNER (2013), no governo Lula houve avanços consideráveis nesta seara. Contudo, o objetivo era buscar apoios e tornar possível a governabilidade. KOERNER (2013, p. 10), assim se manifesta:

Para contornar suas dificuldades e reforçar apoios, o governo Lula incentivou mudanças pela via judicial. Com o apoio de juristas progressistas e entidades

¹⁸¹ Como aconteceu na época de Getúlio Vargas e do golpe militar de 1964, os militares prometendo restaurar a democracia e suprimir o comunismo, aumentaram a influência do Poder Executivo e reduziram o campo de atuação do Poder Legislativo, ‘suprimindo’ a democracia. Foi um período com muitas restrições aos direitos. E, em 1967, é aprovada uma constituição em que os direitos outrora constitucionalizados, foram compulsoriamente retirados. Em 1968 foi editado o Ato Institucional nº5, concedendo poderes extremos ao Presidente da República.

¹⁸² Como o impeachment da presidente Dilma Rousseff.

¹⁸³ Apesar da igualdade formal ter sido considerado uma conquista histórica em benefício de todos, e realmente não deixa de ser, nunca foi intenção das forças dominantes torná-lo concreto.

de profissões jurídicas estatais, buscou desde logo aproximar-se das elites jurídicas e promoveu a formação de consensos, simbolizados pelos dois pactos republicanos, para a reforma do Judiciário. As ações do governo nesse campo continuaram nos anos seguintes, com mudanças na gestão e procedimentos judiciais, a promoção, pelo Ministério da Justiça, de estudos e iniciativas de reformas legislativas e o apoio do governo a entidades e movimentos de defesa e a promoção de direitos.

As reformas consolidaram o STF como jurisdição constitucional concentrada, permitiram maior controle da agenda e a ampliação dos impactos das decisões. O governo Lula sinalizou a modificação do caráter do STF, ao buscar uma composição mais plural e engajada à concretização da Constituição. Aos tradicionais critérios de escolha dos ministros segundo sua origem regional, carreira jurídica e o apoio de lideranças políticas nacionais relevantes, somaram-se atributos pessoais ou histórias de vida: gênero, etnia, atuação ou apoio a movimentos sociais. Alguns nomeados eram próximos aos partidos de esquerda e movimentos populares, mas outros eram juízes ou juristas profissionais sem atuação política, ligados a lideranças de partidos de centro ou entidades de representação das profissões jurídicas.

Mesmo com os avanços relatados por Koerner, a avaliação que se tem é que a Jurisdição constitucional brasileira avançou menos do que as demais Cortes constitucionais latino-americanas¹⁸⁴. Segundo KOERNER (2013, p. 06):

A análise política do pensamento jurídico tem como foco a prática judicial, que se realiza num espaço formado por três dimensões: a institucional, a do pensamento jurídico e a histórica. A dimensão institucional é a dos arranjos de instituições políticas inseridos em bases mais amplas de uma formação social. A do pensamento jurídico é o modo pelo qual o agregado jurídico e as relações de poder são problematizados como tema de Justiça. O pensamento jurídico de uma formação social é constituído pelas formas discursivas de sua época histórica, e se articula a sistemas mais gerais de pensamento sobre o direito e a outras formas de reflexão normativa sobre a experiência dos sujeitos. A dimensão histórica refere-se aos processos que produziram a configuração atual da formação social, na qual se apresentam como dadas estruturas de ação, tradição e memória.

Com todas as controvérsias que os acontecimentos na Política e no Direito causam, o Estado brasileiro, bem como a sociedade, estão diante de uma oportunidade para bem gerenciar estes conflitos¹⁸⁵, fortalecer suas instituições e o princípio da soberania popular, que afirma ser o povo, o titular do poder constituinte.

Foi com a finalidade de evitar que a vontade política dos governantes não prevalecesse quando entrasse em conflito com a vontade constituinte manifesta na Constituição, que a jurisdição constitucional foi criada. Segundo MOREIRA (1995, p. 179):

¹⁸⁴ Um exemplo é a decisão do STF em relação à lei de anistia, anulando os direitos dos familiares e não garantindo uma justiça de transição continua sendo motivo para muitas críticas e envergonha a Nação brasileira.

¹⁸⁵ Os conflitos são oportunidades de evolução. Marx já dizia que a ordem social é a ordem do conflito.

Os dois dogmas em que tradicionalmente se baseava a contestação da legitimidade da fiscalização judicial da constitucionalidade – ou seja, a soberania do parlamento e a separação dos poderes, ambos expressão da prevalência do princípio da maioria – deixaram de ter, em grande parte, correspondência nas realidades político-constitucionais contemporâneas.

É preciso que se adotem práticas políticas e jurídicas coerentes e comprometidas com os fundamentos e objetivos elencados na CRFB/88. Este desafio é um projeto em que pouco se investiu e que merece ser melhor acompanhado por toda sociedade. Infelizmente, ainda há uma desconformidade da atuação dos poderes constituídos com as normas do ordenamento jurídico vigente, mesmo em relação as denominadas de cláusulas pétreas, que constituem um núcleo de direitos indisponíveis aos poderes constituídos, instituído pelo poder constituinte originário como uma medida de segurança.

Em determinados momentos, observa-se a Política submetida ao Direito, que o fiscaliza e estabelece os limites a fim de evitar o uso arbitrário do poder político, assegurando o cumprimento das leis vigentes e a execução das políticas do Estado. Em outros momentos, os fatos demonstram o Direito servindo para legitimar o poder político dominante, que o utiliza como estratégia legal de legitimação, para garantir seu autoritarismo arbitrário, na defesa de seus interesses. E a deusa da Justiça cega e surda, não escuta, nem vê o Direito servindo como objeto de manobra às intrincadas estruturas do poder econômico das classes dominantes, ficando imóvel como suas estátuas, limitado-as a figurar simbolicamente no imaginário popular.

No contexto atual, pode-se afirmar que vivencia-se o declínio da atividade política partidária. MOUFFE (1998), argumenta que entre as razões para o declínio da política, está a falta de formas democráticas de identificações oferecidos aos cidadãos nas sociedades democráticas liberais atuais e a falta de projetos democráticos que forneçam a base para um debate agonístico sobre a forma e o futuro da vida em comum.

Para consolidar um Estado de Direito Democrático, fazia-se necessário uma mudança de paradigmas¹⁸⁶. Uma das principais mudanças foi o despertar da compreensão para a importância dos Estados de Direito adotar uma Constituição com força normativa, que afirme garantir os direitos humanos fundamentais e, conseqüentemente, que estes possuem eficácia plena¹⁸⁷. Outra foi o crescente número de países que criaram uma jurisdição constitucional para fiscalizar a constitucionalidade das leis e garantir a aplicabilidade dos direitos fundamentais.

¹⁸⁶ Aconteceram muitas mudanças em nível teórico e algumas mudanças estruturais em nível operacional nos sistemas jurídicos e políticos.

¹⁸⁷ Os valores morais, ao serem positivados, passaram a se expressar com o status de normas jurídicas constitucionais, norteadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana e inspirados pela Declaração Universal

Numa República todos os poderes precisam ser democratizados e a população precisa entender que o exercício da cidadania é uma construção social que se realiza cotidianamente, em inter-relação com todos os indivíduos que compartilham esta vida. É incoerente afirmar que se vive numa república democrática e permitir que o poder econômico controle as instituições, enquanto o povo permanece como espectador do desenrolar dos acontecimentos, admitindo a impunidade dos que ocupam as funções de poder nas instituições brasileiras. A propósito, ensina DUSSEL (2007, p. 151):

A impunidade é uma debilitação do poder do povo, porque é em seu nome que deve ser aplicada a lei e que se deve castigar a injustiça, por isso, é necessário desenvolver ainda a autonomia do *poder judiciário* tornando-o objeto de uma eleição popular direta, dos corpos legítimos de advogados e da intervenção do *poder cidadão* (e não de uma eleição compartilhada dos que devem ser igualmente julgados: o poder legislativo e o executivo).

É relevante para esta tese o posicionamento deste autor, quando ele enfatiza a necessidade de desenvolver a autonomia do Poder Judiciário e a intervenção do Poder Cidadão na escolha dos membros que o compõem¹⁸⁸. Igualmente relevante é a explicação que o autor faz para a forma de se adquirir e permanecer no poder. DUSSEL (2007, p. 157) explica:

[...] o poder não se “toma” – como se fosse uma coisa, um objeto a mão, um embrulho bem atado. O poder é uma faculdade da comunidade política, do povo. O poder que aparenta, que se “toma” é somente o das mediações ou instituições do exercício delegado do indicado poder fundamental. Se o exercício delegado do poder se efetua *obediencialmente* tal poder como serviço é justo, adequado, necessário. Se se deve “tomar” as instituições já corrompidas, estruturadas do poder fetichizado, tal exercício não poderia ser em benefício da comunidade, do povo.

Na citação, destaca-se a crítica que o autor faz às instituições corrompidas, estruturadas a partir do uso do poder como um fetiche. Sobre essa forma de encarar o poder, de ‘tomar o poder’, o autor adverte que não pode ser em benefício do povo, o que está evidente na América Latina, especialmente no Brasil.

Conforme foi estudado, a República Federativa do Brasil para se consolidar como um efetivo Estado Democrático de Direito requer a superação de todas as estruturas autoritárias de poder. Apesar das conquistas, reconhecidas principalmente por quem vivenciou ou estudou o período da ditadura militar, ainda há ciclos de atraso que precisam ser revistos, assim como

dos Direitos Humanos. Neste contexto surgiram os neoconstitucionalistas normativos e novas teorias do Direito, que buscaram dar um equilíbrio às teorias positivistas, contemplando valores defendidos pelos jusnaturalistas.

¹⁸⁸ Este tema será objeto de maior discussão na continuidade da tese. Contudo, cumpre esclarecer que a autora desta tese não concorda com a realização de concurso público para a escolha dos ministros do STF, nem com o concurso de mérito.

providências a serem tomadas a fim de evitar o retrocesso. Pode-se dizer que, a confiança que os constitucionalistas expressavam, a exemplo de BARROSO(2008) foi frustrada. Veja-se o posicionamento de BARROSO (2008, p. 196), no ano da obra referida:

A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira. Nos últimos vinte anos, superamos todos os ciclos do atraso: eleições periódicas, Presidentes cumprindo seus mandatos ou sendo substituídos na forma constitucionalmente prevista, Congresso Nacional em funcionamento sem interrupções, Judiciário atuante e Forças Armadas fora da política. Só quem não soube a sombra não reconhece a luz.

Diante do contexto atual pelo qual passa o Brasil, bem como da vida do supracitado autor, acredita-se que o mesmo tenha mudado de posicionamento a respeito desta afirmação, já que um ciclo de retrocessos sociais está sendo percebido pelos povos da América Latina.

Muitos questionamentos permeiam a cabeça dos brasileiros, tais como: Por que a CRFB/88 criou o poder Judiciário para ser menos democrático do que os outros? Por que as autoridades que compõe a jurisdição constitucional não são submetidas as mesmas exigências das demais autoridades que compõem os demais poderes? Por que devem permanecer estáveis e acomodadas na hierarquia se até o presidente eleito pelo povo está sujeita a ser impedido de exercer o seu mandato? Os motivos que justificam esta desigualdade de tratamento foram criados em que contexto de interesses e com fundamento em quais premissas?

Com a promulgação da CRFB/88, uma grande parcela do povo brasileiro passou a acreditar na possibilidade dos Poderes agirem com legitimidade democrática e, começou a reivindicar a atuação efetiva de todos os Poderes estatais no sentido de realizar a justiça constitucional¹⁸⁹.

Para um Estado de Direito atender ao critério da legalidade, pode ser considerado suficiente, do ponto de vista formal; mas um Estado Democrático de Direito, precisa atender ao critério da legitimidade democrática, este critério não é uma faculdade, é uma obrigação, um compromisso assumido com o seu povo, que deve participar de todas as estruturas do poder e em todos os momentos em que estas atuam.

Conforme preceitua o art. 1º da CRFB/88, em seus incisos e parágrafo único, desenvolveu-se a crença¹⁹⁰ de que o Estado Democrático de Direito está fundamentado na

¹⁸⁹ Como no momento político em que o país se encontrava, os Poderes Executivo e Legislativo estão desacreditados, a sociedade passou a depositar suas esperanças no Poder Judiciário, especialmente na jurisdição constitucional, que por ser até então, o mais desconhecido dos Poderes, e seus membros atenderem ao critério da reputação ilibada, como requisito para o exercício da função, não sofre fortes rejeições por parte da sociedade.

¹⁹⁰ Cria-se uma espécie de mitologia tecno-científica para servir como paradigma político e jurídico, a ser utilizado pelo sistema dominante para permanecer dominando. Isso porque os dominantes precisam se mostrar

soberania, na cidadania e ainda que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Essa frase pode ser interpretada como o reconhecimento da democracia representativa e participativa na República Federativa do Brasil.

É o que acontece no âmbito do Poder Legislativo¹⁹¹, o povo tem a oportunidade de votar nos seus representantes, como também de apresentar projetos de lei e discutir nas comissões no seu âmbito. Pode-se afirmar que uma lei passou por um processo democrático quando ela é discutida com a presença da população, compreendida pelas majorias e minorias sociais. Quando estas são devidamente ouvidas e os movimentos sociais têm o direito de propor projetos de leis e participar das discussões.

No âmbito do Poder Executivo, o povo também é quem elege seus representantes. Ademais, está sendo experimentada a participação popular no processo decisório da destinação dos recursos do orçamento e na formação de conselhos para implementação de políticas públicas. Este é um reconhecimento da importância do exercício da cidadania para o Estado atingir os objetivos fundamentais propostos no artigo 3º¹⁹² da referida Constituição.

Constata-se que a participação popular no âmbito da política é, notadamente prevista em lei, mas não vem funcionando a contento, por razões que não cabem ser discutidas nesta tese. Com a promulgação da CRFB/88 tinha-se a esperança de que mudanças significativas viessem a acontecer. Confira-se na citação de MACEDO (2008, p. 186):

Considerando a democracia semidireta como a simples conjugação da representação com institutos da democracia direta, não se pode dizer que a democracia afirmada na Constituição seja semidireta, pois, no decorrer de seu texto, há diversas formas inovadoras de participação da sociedade nas atividades estatais. Assim, a Constituição institui, como paradigma, a democracia participativa, reconhecendo o sufrágio universal, inserindo institutos da democracia direta, como referendo, plebiscito e iniciativa popular e proporcionando outros meios de participação e controle da sociedade nas decisões políticas e nas atividades da administração pública.

De fato, alguns instrumentos e leis foram previstos na Constituição, e paulatinamente, foram sendo criados mecanismos de participação popular. Contudo, para que as promessas da

politicamente corretos, por isso se valem do Direito para fundamentar suas ações nos critérios de legitimidade e legalidade. E assim, a classe dominante vai se aliando, se articulando, em meio as suas próprias contradições, vai se retroalimentando e se fortalecendo, enquanto a população continua sonhando com um mundo de liberdade, igualdade e fraternidade, lema da revolução francesa.

¹⁹¹ Assim como a CRFB/88, as Constituições Estaduais preveem a propositura de projetos de lei por iniciativa popular observados os requisitos exigidos. As assembleias legislativas têm Comissões de Participação popular, por meio destas, a sociedade pode apresentar propostas legislativas e outros pleitos.

¹⁹² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Constituição sejam cumpridas, ainda é preciso ampliá-los e possibilitar que efetivamente funcionem. Considera-se que com um maior nível de participação popular, maiores seriam as probabilidades das decisões tomadas pelos Poderes representarem não apenas as preferências do maior número de cidadãos, como os católicos, brancos, heterossexuais, mas também das minorias excluídas serem ouvidas e terem seus direitos assegurados.

O próprio Poder Judiciário é ciente disso. Essa é a razão pela qual tem permitido avanços no sentido de incluir a participação popular. A proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 96/1992 que culminou na Emenda Constitucional, (EC) n. 45/2004, serve para comprovar esta afirmação. Apesar de ter tramitado com dificuldades e sofrer alterações, reconheceu que as estruturas do Poder Judiciário precisavam passar por mudanças, a fim de possibilitar a realização de uma prestação jurisdicional mais eficiente, por isso reconhece a necessidade de investimento na sua política judiciária.

Paulatinamente, entre avanços e retrocessos, vão surgindo sinais de mudanças e propostas de ampliação do acesso à justiça, que são consideradas medidas de democratizar o Poder Judiciário, inclusive propostas de criação de mecanismos eficientes de controle e fiscalização dos órgãos do sistema de justiça. O Estado também sabe que precisa se instrumentalizar e adotar sérios mecanismos para responsabilizar os membros do Poder Judiciário que não atuem de forma condizente com as exigências da instituição que representam.

Nesta tese se defende a ampliação da participação popular como sendo indispensável em todas as estruturas dos Poderes, não apenas nos Poderes Executivo e Legislativo, mas também no Judiciário, por isso se critica sua estrutura atual e se propõem mudanças. Neste sentido, AVRITZER e FILGUEIRAS (2011, p. 353) destacam:

Existen por lo menos tres dimensiones involucradas en la relación entre el Poder Judicial, el sistema político y la sociedad civil. La primera de estas dimensiones es la pérdida de prerrogativas del Poder Legislativo y las consecuencias que esa pérdida ha tenido para la democracia brasileña. De acuerdo a la legislación, las prerrogativas del Poder Legislativo en relación al Judicial son dos. La primera está relacionada con la aprobación de procesos de nombramiento de jueces del Supremo Tribunal Federal y la segunda con los crímenes de responsabilidad.

A democratização do Judiciário compreende três dimensões, quais sejam: o acesso à Justiça, a gestão democrática das instituições jurídicas e a ampliação dos mecanismos de participação popular nos debates e deliberações nas questões políticas constitucionais nesta

esfera. Esta última precisa ser trabalhada a fim de se evitar que ocorra a tomada de decisões políticas de forma ilegítima.

As duas maiores críticas em relação ao Poder Judiciário é a forma de nomeação dos ministros do STF e a questão dos crimes de responsabilidade. Em 1988 houve uma ampliação considerável do papel do Supremo Tribunal Federal como Corte constitucional. Com a EC 45, da reforma do judiciário, houve a ampliação dos legitimados para arguir a inconstitucionalidade, a criação do CNJ e outras medidas, mas o procedimento utilizado para nomear os ministros do STF não se modicou. A tradição herdada do período autoritário, qual seja: o Executivo nomear quem com ele mantém relação pessoal ou política. E o Senado Federal, a quem compete aprovar mediante debate na Comissão de Constituição e Justiça, também aprovar segundo seus interesses, evidencia a falta de democratização no acesso à jurisdição constitucional, como incorre na falta de legitimidade no exercício da função. Por esta razão, AVRITZER e FILGUEIRAS (2011, p. 361) argumentam:

En este sentido el Poder Judicial, como cualquier otro, debe someterse al control ejercido por la sociedad, que recientemente ha avanzado mucho con la creación del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) por la enmienda constitucional 45 de 2004. La enmienda 45, conocida como “la enmienda de reforma del Judicial”, reconoce que la magistratura debe someterse al control de la sociedad, y que sus actividades deben estar regidas por la idea de moralidad, publicidad y proximidad con las demandas del ciudadano. La enmienda 45 estipula la vigilancia de la acción de los magistrados, que deben responder a las demandas de acceso a la justicia mediante la idea de mayor proximidad con la sociedad. Las actividades de los jueces empezaron a ser controladas, y estos ahora deben responder ante el CNJ por su productividad, competencia técnica y celeridad.

Ao tempo que os autores reconhecem os avanços da emenda 45, eles a critica pelo fato desta não ter modificado a estrutura corporativa do Poder Judiciário e não ter avançado no sentido de estabelecer um controle social; conforme escrevem AVRITZER e FILGUEIRAS (2011, p. 361):

Sin embargo, la enmienda 45 no logró quebrantar la estructura corporativa de la magistratura que controla los nombramientos para el CNJ através de la OAB, además la presidencia del Consejo por la presidencia del mismo STF. Es decir que la enmienda 45 tiene buenas intenciones, en el sentido de establecer control social sobre las acciones del Poder Judicial, pero esas intenciones están controladas dado que la estructura corporativa de la magistratura continúa vigente en los nombramientos de los miembros del Consejo. A pesar de representar un avance, esta idea de control social del Poder Judicial queda desvirtuada por el control corporativo que ejerce la propia magistratura. En este sentido, la responsabilidad de la magistratura ante la sociedad termina por desvanecerse frente a los intereses corporativos de la OAB.

Entende-se que o Poder Judiciário possui legitimidade para assegurar o cumprimento dos princípios constitucionais consagrados pelo poder constituinte originário, a fim de se alcançar os objetivos propostos na CRFB/88 e contribuir com a realização do projeto de país esboçado no preâmbulo da mesma. Quando ele assim procede, está agindo a favor e não contra o Estado Democrático de Direito. Já que a função precípua deste é zelar pelos direitos fundamentais e a realização da justiça social, não apenas para alguns grupos sociais, circunstancialmente majoritários ou minoritários, mas levando em consideração o respeito a todos, em sua individualidade e coletivamente.

A forma tradicional como as instituições jurídicas costumam atuar, não estão conseguindo dar conta da realidade concreta da América Latina, em decorrência de muitos fatores. Um deles é ter mantido a mesma estrutura política e jurídica, sem meios e preparo técnico e humano para atender a pluralidade das complexas demandas envolvendo interesses sociais divergentes. Em consequência desta, há um outro fator, que é a falta de alternativas democráticas e emancipadoras. Mas tudo isso, faz parte da estratégia de poder das forças liberais conservadoras. Conforme AVRITZER e FILGUEIRAS (2011, p. 353):

Estos preceptos encontraron en el Estado liberal el fundamento político para la constitución de un Poder Judicial que respetara, institucionalmente, las siguientes condiciones: (1) el Poder Judicial entendido como un poder exclusivamente reactivo, es decir, que sólo se manifiesta cuando es provocado; (2) la separación entre el proceso de construcción de las leyes y el proceso de acuerdo a estas; (3) una estructura procedimental que asegure parámetros para la acción de la magistratura dentro de la esfera del Estado; (4) una estructura burocrática que asegure la realización de este mundo procedimental; (5) el principio de la meritocracia como fundamento para el acceso a carreras jurídicas; (6) la independencia funcional del Poder Judicial en relación con los demás poderes, y (7) la imparcialidad como principio orientador de la decisión.

As condições dadas ao Poder Judiciário pelo Estado liberal, apontadas pelos autores, justificam a falta de democratização do mesmo. Estas, foram sendo estabelecidas pelos donos do poder econômico a todos os poderes e assim continua. Alguns cidadãos recebem o direito de criar as leis, outros de executar, uns de julgar e muitos recebem o direito de cumprir as leis estabelecidas pelo Estado. Enquanto o poder econômico se dá o poder de estar acima da lei. E assim, o ideal democrático vem sendo uma utopia que se renova, até o poder econômico ser democratizado.

O império do poder econômico sempre foi terreno favorável para que os muitos e heterogêneos grupos sociais existentes sobrevivam submetidos a muitas formas de dominação

das velhas estruturas antidemocráticas que inviabilizam os avanços que sinalizam na perspectiva de emancipação, alteridade e de libertação do povo. Segundo WOLKMER (2004, p. 02):

Parece claro, portanto, que não se está diante de, uma reflexão sobre a liberdade, mas de um questionamento (...) sobre a realidade concreta, em que vivem as pessoas submetidas a diversas formas de dominação, bem como sobre os processos voltados à transformação dessa situação. Trata-se de compreender a realidade da dominação e o processo de libertação. Assim, a práxis da libertação tem como fundamento o Outro oprimido, a reconstituição da alteridade do excluído.

Conseqüentemente, esse fato tem levado a sociedade a propugnar por uma modificação na sua estrutura e funcionamento, por isso os problemas sociais decorrentes da crise das instituições políticas tradicionais fizeram eclodir uma série de reivindicações por parte da sociedade¹⁹³, na busca de alternativas eficazes para que a voz do Outro¹⁹⁴ e de todo cidadão seja ouvida.

Quando qualquer um dos Poderes se articula com o poder econômico com o intento de dominar a sociedade, a violência vai sendo institucionalizada nas práxis, e conseqüentemente, legalizada pela ordem jurídica. As manifestações populares são controladas violentamente pela repressão estatal, sob a justificativa da defesa e preservação do Estado Democrático de Direito e sua “ilegítima” ordem jurídica. Não se dialoga com a sociedade, os Poderes constituídos consideram-se legitimados para impor a própria vontade ao resolver assuntos que implicarão na vida das pessoas. Açam que o fato de estarem exercendo um mandato (no caso do executivo e legislativo) confere a estes, o poder de atuar conforme seus interesses, de alienar a sociedade e fundamentar suas ações na legalidade para evitar reações sociais significativas contrárias aos interesses dos dominantes.

Esse fato decorre da herança positivista que vem ensinando que o direito oficial estatal exaure o critério de legitimidade. Ainda que se tenha avançado no entendimento teórico de que uma ordem só é legítima quando é a sociedade que a institui, há muito a ser feito no campo prático. Para isso, a academia deve dialogar com a sociedade, com honestidade e independência intelectual.

¹⁹³ Em todo Brasil, mais intensamente teve início nos meses de junho e julho do ano de 2013 e perduraram até 2016. A sociedade se manifestou contra os procedimentos ilegítimos e ilegais utilizados no exercício de gestão dos interesses públicos, demonstrando o despertar de uma consciência cidadã.

¹⁹⁴ Para saber mais sobre esse tema, pesquisar o fundamento da alteridade, na Filosofia da Libertação, de Enrique Dussel.

DUSSEL¹⁹⁵ (1977) fala sobre a importância dos intelectuais orgânicos, dos grupos críticos, dos grupos que historicamente foram silenciados pelos detentores do poder, das comunidades, dos movimentos sociais, fazerem-se ouvidos. E sabe-se que é através de manifestações e ocupações que se chama a atenção da mídia e, conseqüentemente, da sociedade e dos poderes públicos. DUSSEL (1977, p. 179) diz: “é necessário saber perder tempo para comprometer-se nas lutas dos povos periféricos e das classes oprimidas. É necessário saber perder tempo em ouvir a voz de tal povo: suas propostas, interpelações [...]”.

Esse trabalho educativo implica também, em desaprender antigas crenças que infantilizam o povo, utilizadas para justificar a tese da incapacidade da população. A solução vem pela educação, pois é quando os homens educam a própria ação que as mudanças acontecem para melhorar a vida neste planeta. Como disse FREIRE (1996): “a educação não muda o mundo, a educação transforma as pessoas e as pessoas mudam o mundo”¹⁹⁶.

E partindo da crença de que as pessoas podem transformar as instituições, é que se faz essa discussão para incluir a participação popular nas instâncias de decisão, nas questões que repercutirão nas suas vidas. Defende-se aqui, o direito que o povo tem, por ser o titular do poder, de efetivamente participar das decisões públicas. Neste sentido, SARTORI (1994, p. 159) anota:

A participação deve ser entendida com um sentido forte e não diluído da palavra, ou seja, “tomar parte pessoalmente”, de forma desejada, e não “fazer parte”, e nem ser “tornado parte”, involuntariamente, salientando, destarte, as virtudes nela insertas (autocontrole, autorrealização e autoinstrução).

Infelizmente, a participação em sentido forte, conforme entende o autor supracitado, ainda é um objetivo a ser buscado. Consideram-se os avanços importantes ocorridos com a ampliação do acesso à Justiça. Mas, esta não se restringe apenas ao acesso da população ao Poder Judiciário.

Conforme se observa na obra de CAPPELLETTI e GARTH (1988), fica demonstrada a amplitude dessa garantia constitucional por meio do que os autores convencionaram intitular de ondas revolucionárias de acesso à justiça. Estes desenvolveram três das quatro ondas consolidadas doutrinariamente, quais sejam: a primeira voltada para a assistência gratuita aos hipossuficientes, a segunda voltada para tutela dos interesses difusos e a terceira voltada ao combate da morosidade processual.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Dussel é um dos filósofos da Filosofia da Libertação na América Latina. Escreve sobre as etapas do pensamento filosófico da libertação desde o processo de conquista e de colonização, até chegar ao período contemporâneo. Problematiza temas como exploração, a questão popular e cultural, a democracia e a ditadura.

¹⁹⁶ Esta frase é uma adaptação dos escritos em que Paulo Freire escreveu sobre a importância da educação, por isso está sem a página. Mas, quem se interessar sobre o tema pode pesquisar no livro que consta nas referências.

¹⁹⁷ A quarta onda revolucionária foi desenvolvida por Kim Economides, professor da Universidade de Exeter na Inglaterra no ano de 1999, por meio de uma pesquisa nas comunidades rurais da Inglaterra.

ECONOMIDES (1999) destaca que a quarta onda revolucionária diz respeito ao acesso dos operadores do direito à justiça, defendendo ser inútil o acesso dos cidadãos sem o Sistema jurídico está preparado para atender as demandas. O autor acredita que a somatória destas quatro ondas seria suficiente para promover o acesso à justiça da forma mais satisfatória.

Apesar dos avanços desenvolvidos por esses pesquisadores nessa seara, o direito de acesso à justiça não pode ser restringido apenas aos fatores acima elencados. Diante disso, vem se discutindo a existência de uma quinta onda de acesso à justiça, voltada para a participação popular na construção do Direito e no controle da constitucionalidade.

É o povo quem pode impedir que os lucros sejam privatizados e os prejuízos do Estado socializados. O Estado quer que o cidadão atue no espaço público não estatal. Contudo, seu discurso gerencial, neoliberal, está desconstruindo o Estado democrático. Muitos cidadãos concordam que deve haver um controle político e social, efetivo e constante. A democracia não é um regime dado do céu, é uma permanente construção social. Neste sentido, LEMBO (1999, p. 196):

É claro que a democracia, na constante mutabilidade social que possibilita, permite a prevalência de seus valores básicos. É preciso apenas que a sociedade, por si e por seus agentes, atue constantemente, sem esmorecimento, na salvaguarda da essência da própria democracia. Essa tarefa exige extenuante análise da sociedade e de suas instituições. Tudo que estiver equivocado necessita ser realinhado.

O Estado democrático de Direito enseja o engajamento da sociedade na discussão e construção das políticas públicas. As entidades sociais devem ter seu espaço assegurado, não como substitutos das funções do Estado, mas dentro das suas funções, para que estas garantam as condições para a emancipação dos indivíduos, e procurem alcançar os objetivos da CRFB/88. BOBBIO (2000, p. 32-33), quando afirmava ser o Estado liberal um pressuposto histórico e jurídico do Estado democrático, explica:

Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais.

O autor reconhece a necessidade do poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Verifica-se a necessidade dos indivíduos trazerem consigo a consciência de serem sujeitos ativos na construção do Direito, para, com isso, efetivar o poder democrático e o princípio constitucionalmente protegido do acesso à justiça.

Em relação ao engajamento da sociedade ao processo de emancipação dos indivíduos para atuar como sujeitos ativos, STRECK (2004, p. 174) questiona:

Como ter cidadãos plenamente autônomos, como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido? Como ter cidadãos plenamente autônomos se suas relações estão colonizadas pela tradição que lhes conforma o mundo da vida? Nesse sentido, com Ackerman, há que se perguntar: Pode uma eleição ser livre e justa, se uma grande parte do eleitorado carece de instrução necessária para compreender as principais linhas do debate político? Ou se estão passando fome ou trabalhando em condições opressivas durante a maior parte de seu tempo? ‘Minha resposta é não’ [...].

A crítica que o autor faz por meio dos seus pertinentes questionamentos é contundente e necessita ser objeto de reflexão por toda sociedade. De fato, a exclusão social, as relações de colonização, a falta de instrução, de tempo, acarretadas pelas condições opressivas que o sistema impõe, são causas que impedem que a participação popular avance e os cidadãos tenham mais autonomia nos processos de escolha dos seus representantes, bem como das demais decisões no mundo da vida.

Em relação aos avanços da participação popular na estrutura constitucional brasileira, verifica-se que apesar de não ser recente a defesa por uma maior participação popular nas demandas judiciais, foi a partir da Constituição de 1988 que o rol de legitimados para propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade, foi ampliado, pois anteriormente eram reservadas ao Procurador Geral da República.

Além destes supracitados, consideram-se relevantes as inclusões do *amicus curiae* e a possibilidade de realização de audiências públicas no ensejo das ações de controle de constitucionalidade no STF, a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), constante no art. 102, § 1º da CF, regulamentada pela Lei 9.882/99, bem como a Ação Declaratória de Constitucionalidade, inserida pela EC 3/1993 e os avanços nas técnicas decisórias e dos métodos interpretativos.

4.2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ESCOLHA DE SEUS MINISTROS

O STF é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro¹⁹⁸, com competência precípua para exercer a guarda da Constituição, conforme expressa o art. 102¹⁹⁹ da Constituição Federal promulgada em 1988.

A composição deste tribunal sofreu alterações ao longo de sua formação histórica constitucional²⁰⁰. No período colonial, em que foi denominado de Casa da Suplicação do Brasil²⁰¹, e durante os anos de 1808 a 1824, era composto por 23 juízes, permanecendo com esta composição até o ano de 1829²⁰², quando houve uma alteração para 17 juízes, assim permanecendo até o ano de 1891.

Foi na Constituição do Império, em 1824, que o Judiciário foi elevado a um dos poderes políticos²⁰³, seu órgão de cúpula passou a ser chamado de "Supremo Tribunal de Justiça"²⁰⁴ e era considerado uma instituição de caráter político e judicial. Veja-se o que dispõe seu artigo 163:

Na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daqueles, que se houverem de abolir.

TEIXEIRA (2001, p. 76), em estudo sobre a judicialização da política no Brasil, identificou dados sobre as posições políticas dos ministros, nos períodos anterior e posterior às nomeações para o Supremo Tribunal de Justiça imperial (entre 1828 e 1890) e pelos nomeados para o Supremo Tribunal Federal republicano (de 1891 até os dias atuais). Os resultados mostraram que os 124 ministros nomeados no período imperial, passaram antes por cargos

¹⁹⁸ O STF é o órgão máximo do Poder Judiciário e acumula a função de Corte Constitucional e de Tribunal de última instância para matérias constitucionais que a ele chega via recursos.

¹⁹⁹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, [...].

²⁰⁰ Esta afirmação diz respeito às alterações explicitadas na continuidade do parágrafo, porque desde a época do Brasil colônia, são indicadas pessoas próximas a quem exerce o poder político, esteja este nas mãos do rei, do governo ou dos partidos políticos a seu favor.

²⁰¹ Assim era chamado o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. A Casa de Suplicação de Lisboa era o ápice da organização judiciária do Reino. Quando os órgãos do Estado português foram transferidos para o Rio de Janeiro, permaneceu o mesmo nome. Foi instituída pelo Príncipe Regente D. João, mediante Alvará Régio de 10/5/1808.

²⁰² Neste ano, reunido em sessão plenária, se elegeu o Ministro José Albano Fragoso, de nacionalidade portuguesa e formado pela Universidade de Direito de Coimbra.

²⁰³ O Poder Judiciário imperial não realizava qualquer espécie de controle de constitucionalidade. Era o Poder Moderador a chave de toda a organização política. Explica SILVA (1985, p. 499), que a polêmica sobre quem seria o titular da soberania, se o monarca ou o povo, foi resolvida atribuindo ao Rei a titularidade do Poder Moderador. A este competiu ser o guardião da Constituição e resolver os conflitos constitucionais entre os demais poderes.

²⁰⁴ Regulamentado pela Carta de Lei Imperial de 18 de setembro de 1828 e instalado no dia 9 de janeiro de 1829 funcionando na Casa da Câmara do Senado e posteriormente no Palácio da Relação.

políticos de menor ou maior expressão e, chegar ao STJ representava o coroamento da sua carreira.

A denominação "Supremo Tribunal Federal" foi adotada com a Proclamação da República do Brasil pela Constituição Provisória publicada pelo Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890²⁰⁵. Na primeira Constituição Federal brasileira, de 1891²⁰⁶, o STF era composto por 15 juízes²⁰⁷. Na vigência do Decreto nº 19.656, de 1931 diminuiu para 11 juízes, permanecendo com esta formação durante a vigência da Constituição Federal de 1934, da Carta Federal de 1937 e na Constituição Federal de 1946. Com o Ato Institucional nº 02/1965 aumentou para 16 Juízes²⁰⁸ e assim foi mantido na Carta Federal de 1967. Voltou a sofrer diminuição para 11, com o Ato Institucional nº 05/1969²⁰⁹, assim permanecendo na Carta Federal de 1969.

A Constituição Federal de 1988 ainda em vigor, permanece com a mesma composição das Constituições de 1946 (art. 99), de 1967 (art. 113) e da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 118), o que denota que as mudanças em relação ao número de ministros foram para atender a situações políticas, não tendo a intenção de se modificar sua estrutura²¹⁰.

A CRFB/1988 exige que todos os ministros sejam brasileiros natos²¹¹, cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada²¹². O que justifica o critério da idade é a necessidade de maturidade e experiência para o melhor exercício da função. Quanto a este requisito, não constam objeções.

²⁰⁵ Tendo sido organizado com fundamento no Decreto nº848, de 11/10/1890, editado pelo Governo Provisório da República.

²⁰⁶ Teve a sua instituição prevista nos arts. 55 e 56 da Constituição republicana de 1891e foi instalado em 28/2/1891, realizando sua primeira sessão plenária, sob a Presidência interina do Ministro Sayão Lobato, conhecido como Visconde de Sabará. Sessão que elegeu como primeiro Presidente o Ministro Freitas Henriques.

²⁰⁷ O art. 55 dispunha que: o Poder Judiciário da União terá por órgãos um STF, com sede na Capital da República, e tantos juízes e tribunais federais, distribuídos pelo país, quanto o Congresso criar. E, o art. 56, que o STF composto de 15 juízes, entre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado e nomeados pelo Presidente da República, sujeitando-se a aprovação ao Senado.

²⁰⁸ O intuito era diluir o poder dos ministros indicados por João Goulart e Juscelino Kubitschek.

²⁰⁹ Foram compulsoriamente aposentados os ministros Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal. Em solidariedade aos colegas o ministro Antônio Gonçalves de Oliveira renunciou ao cargo e o ministro Lafayette de Andrada solicitou sua aposentadoria em protesto às medidas de exceção do governo militar.

²¹⁰ É interessante saber que em 1998, ao se referir ao julgamento de extradição de Olga Benário, companheira de Luís Carlos Prestes, realizado pelo STF na primeira sessão ocorrida na sede de Brasília em 21 de abril de 1960, o ministro Celso de Mello, declarou que a extradição fora um erro cometido pelo STF, permitindo a entrega de uma mulher grávida a um regime totalitário. Outro caso que repercute negativamente na história do STF foi o mandado de segurança impetrado por João Café Filho, então presidente (1954-1955), que foi vítima de uma conspiração arquitetada pelo presidente da Câmara dos Deputados que estava no exercício da presidência. Este ordenou que tanques do exército cercassem o hospital em que o presidente estava internado, impedindo sua saída e retorno ao exercício do cargo. Foi o único Presidente da República que, durante o seu mandato, não indicou e nem nomeou ministro para o Supremo Tribunal Federal.

²¹¹ Art. 12, § 3º, inc. IV, da CF/1988): § 3º São privativos de brasileiro nato os cargos: IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

²¹² Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Em relação ao critério de notável saber jurídico, há controvérsias. Existe quem defende que pessoas com outras formações acadêmicas ou não, também podem possuir um notável saber jurídico²¹³. CRETELLA JÚNIOR (1992, p. 3062), relata que diante da imprecisão da Constituição, o Marechal Floriano Peixoto chegou a indicar um pediatra, Dr. Cândido Barata Ribeiro²¹⁴, e dois generais, que posteriormente foram rejeitados por a interpretação dominante entender que para ser ministro do STF se exige, pelo menos, o título de bacharel em Direito.

Esse entendimento encontra resistência na classe dos magistrados. A PEC nº 92-A/1995 apresentada pelo Deputado Nicias Ribeiro, com o objetivo de dá nova redação ao art.101, ao transformar os cargos de Ministro do STF no ápice da carreira da magistratura. A proposta é que por merecimento ou antiguidade os juízes de carreira, que chegam a ocupar assentos em qualquer um dos Tribunais Superiores, poderiam ascender ao STF, a partir de uma lista tríplice elaborada pelo próprio tribunal.

A Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados votou unanimemente pela admissibilidade da proposta. Posteriormente, a Comissão Especial proferiu parecer rejeitando-a, sob o argumento de ser contrária à tradição do STF e ofensiva ao interesse público, sendo arquivada nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados - RICD.

A CRFB/1988 manteve o procedimento para se ocupar o cargo de ministro do STF, faz-se necessária a nomeação pelo Presidente da República²¹⁵. Após a indicação, o candidato passa por uma sabatina na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal (CCJ)²¹⁶. Se aprovado pela maioria absoluta do Senado Federal toma posse sem mandato fixo²¹⁷.

²¹³ Ademais essa avaliação é muito subjetiva e restringe o debate, que seria mais enriquecedor se fossem inseridos novos atores sociais como alternativa à legitimação democrática, conforme será abordado no capítulo V desta tese.

²¹⁴ Cândido Barata Ribeiro, formado em Medicina, exerceu o cargo de Ministro do STF de 25.11.1893 a 29.09.1894, e deixou o exercício do cargo por força de decisão do Senado Federal que, em 24.09.1894, em votação secreta, resolveu que o Ministro não preenchia o requisito do “notável saber jurídico”.

²¹⁵ Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

²¹⁶ Ao ser indicado pelo presidente da República, o indivíduo é submetido à sabatina que consiste em questionar a respeito da opinião jurídica e política deste sobre os mais variados assuntos contemporaneamente demandados. Essa Comissão composta por 27 senadores, não tem tempo fixo para realizá-la. Observa-se muitas críticas pelo fato da sabatina ser realizada por membros que em alguma medida estão envolvidos por interesses no julgamento da Ação Penal 470, o denominado processo do mensalão.

²¹⁷ O limite é o da aposentadoria compulsória, quando inteira setenta e cinco anos de idade, com fulcro no art. 100: “Até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, nas condições do art. 52 da Constituição Federal”.

Note-se que há dois séculos o método utilizado nas indicações continua sendo o mesmo e a jurisdição constitucional brasileira continua sendo um corpo aristocrático²¹⁸ com a presunção de imparcialidade sustentada por um elitismo epistemológico. BRITTO (2006), se referindo ao tema, diz: “secular e arcaico mecanismo de escolha dos ministros do STF”.

Até a Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB (2002), publica notas jornalísticas admitindo: “Há muito tempo, constata-se que o atual modelo constitucional de escolha de ministro do Supremo Tribunal Federal deve ser modificado, para garantir-se à excelsa Corte maior distância do poder político-partidário e imagem de absoluta independência nos julgamentos”.

Observa-se que o sistema que dá sustentação a este modelo, está impregnado pela ideologia hegemônica, machista e discriminatória, que atuam como protagonistas no espetáculo deste mundo. A título de exemplificação, a indicação da primeira mulher ao cargo só veio a acontecer no ano dois mil²¹⁹. O próprio ministro MELLO FILHO (2014, p. 22), comentou ter sido um gesto emblemático, de grande significação histórica e consequências políticas. “Uma clara e irreversível transição para um modelo social que repudia a discriminação de gênero, ao mesmo tempo em que consagra a prática afirmativa e republicana da igualdade”.

Todos os dias os principais meios de comunicação informam ou desinformam como se encontra o estado desta arte. Às vezes surgem algumas pressões midiáticas, como ocorreu com o ministro Alexandre de Moraes²²⁰. Entre as muitas objeções em relação a sua nomeação, está o fato dele próprio ter feito muitas críticas em relação aos critérios de nomeação de ministros do STF e ter defendido no ano 2000, em tese de doutorado²²¹ intitulada “Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição”, que:

É vedado (para o cargo de ministro do STF) o acesso daqueles que estiverem no exercício ou tiveram exercido cargo de confiança no Poder Executivo, mandatos eletivos, ou o cargo de procurador-geral da República, durante o mandato do presidente da República em exercício no momento da escolha, de maneira a evitar-se demonstração de gratidão política ou compromissos que comprometam a independência de nossa Corte Constitucional.

Observa-se que o argumento utilizado para existirem maiores requisitos para a investidura e exercício do cargo, bem como um número maior de vedações e incompatibilidades

²¹⁸ Utiliza-se essa expressão em analogia a forma pura de governo denominada de “aristocracia”, que consiste no governo de poucos e dos melhores cidadãos, visando o bem de todos os cidadãos.

²¹⁹ Ellen Gracie Northfleet foi a primeira mulher a investir-se como Ministra do STF. Foi nomeada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso e tomou posse em 14/12/2000.

²²⁰ Para preencher a vaga deixada pelo ministro Teori Zavascki, relator da principal investigação em curso, conhecida como Operação Lava Jato e falecido neste ano de 2017.

²²¹ Orientada pelo professor Dalmo de Abreu Dallari.

é evitar uma espécie de gratidão política ou quaisquer outros motivos que comprometam a independência do STF. Para MOURA (2006), trata-se de: “uma inconveniente politização ou partidarização da cúpula do Poder Judiciário”, que compromete a imparcialidade dos seus membros.

CARVALHO (2017), comentando sobre esse assunto, destacou que o atual ministro também defendeu em sua tese a mudança na forma de escolha dos onze ministros, visto que hoje todos são escolhidos pelo Presidente da República. A proposta sugerida foi a escolha de quatro ministros pelo Presidente da República, mediante parecer emitido pelo Conselho Federal da OAB, mais quatro escolhidos por meio de eleição pelo Congresso e três escolhidos pelo próprio STF.

Neste sentido, a PEC nº 484/ 2005, do Deputado João Campos, que tem por proposta alterar a redação dos art.101 e 84, defendendo que não possam ser nomeados ao cargo de Ministro do STF, pessoas que tenham exercido mandato eletivo ou cargo de Ministro de Estado, de Presidente de partido político, até o prazo de quatro anos depois do término do mandato ou de afastados definitivamente de suas funções. Propõe também que os ministros do STF fiquem inelegíveis por um período de quatro anos, contados a partir do afastamento efetivo de suas funções judiciais.

TAVARES FILHO (2006, p. 5) define a nomeação como um ato administrativo complexo e discricionário. Complexo, por participar o chefe do Executivo e o Senado; e discricionário, por caber a um único ator da esfera do Poder Executivo, o Presidente da República, poder escolher o nome a ser sabatinado.

Ao comparar com outros países, TAVARES FILHO (2006, p. 11) ressalta que nos Estados Unidos a indicação de juízes da Suprema Corte mobiliza organizações da sociedade e dos meios políticos, havendo pressões a favor ou contra determinada escolha, de acordo com o posicionamento do candidato frente a temas relevantes ou controversos, tais como, aborto, liberdade de expressão, direitos civis. E a arguição do candidato pelo Senado Federal é palco de debates intensos, diferentemente ao que ocorre no Brasil.

A este respeito, há quem considere que o fato do Presidente da República e os Senadores terem sido eleitos pelo povo, garanta o caráter democrático do processo de escolha. Em contraposição, muitas pessoas consideram ser um processo com critérios essencialmente políticos e antidemocráticos.

Diante do pedido de aposentadoria do Ministro Joaquim Barbosa, a Associação de Juízes para a Democracia (AJD)²²², encaminhou à presidente Dilma Rousseff, um documento contendo uma proposta de nomeação de ministros do STF²²³. BEZERRA (2014), na época presidente da AJD, em entrevista, explicou que a nomeação deveria ser aperfeiçoada democraticamente, o que significa inclusive, uma maior transparência no processo. A sugestão é de a nomeação seguir o procedimento abaixo:

- a) em um primeiro momento, permitisse a máxima divulgação do histórico dos(as) juristas a serem considerados(as) para integrar a mais alta corte do país;
- b) em um segundo momento, estipulasse um lapso de tempo razoável para o debate e a manifestação formal dos cidadãos, associações e entidades de classe acerca dos(as) candidatos(as) indicados(as);
- c) em um terceiro momento, encerradas tais fases, a presidência da república indicaria o nome do(a) candidato(a), que, por sua vez, seria submetido à sabatina e a eventual aprovação pelo Senado.

A proposta não elimina a prerrogativa constitucional exposta na CRFB/1988. A mudança está em permitir a participação popular na escolha dos membros do STF, órgão encarregado de exercer a função institucional de intérprete final da Constituição Federal.

A AJD fez referência ao Decreto 8.243/2014, expedido pela presidente Dilma Rousseff criando a Política Nacional de Participação Social. Reconheceu ser um ato normativo capaz de estimular a participação de conselhos, de movimentos sociais, bem como de ampliar a participação popular nas decisões que envolvem a política pública. E aproveitando o ensejo, requereu que mediante decreto, a presidente promovesse mudanças no processo de nomeação ao cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Sem alterar a Constituição seria possível realizar debates públicos e viabilizar meios para recepcionar as sugestões da sociedade.

Ademais, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional muitas propostas de emenda à Constituição - PEC's, com o objetivo de mudar a forma de recrutamento dos ministros. Uma delas, que está pronta para deliberação pelo plenário do Senado, é a PEC 35, apresentada no ano 2015, pelo senador Lasier Martins (PSD-RS), propondo que os ministros do STF sejam escolhidos a partir de uma lista tríplice elaborada pelo Tribunal de Contas da União, o procurador-geral da República e pelo presidente da Ordem dos Advogados (OAB). Além de estabelecer que o mandato seja de 10 anos e os ministros fiquem inelegíveis por cinco anos após término do mandato.

²²² É uma entidade não governamental, fundada em 1991, que tem dentre seus objetivos estatutários o respeito absoluto e incondicional aos valores próprios do Estado Democrático de Direito.

²²³ A proposta que não foi acolhida, toma por base o Decreto 222, da República Argentina no ano de 2003, visando permitir e estimular a participação popular no processo de escolha dos ministros do STF.

Outra proposta com o objetivo de conferir maior legitimidade democrática ao processo de escolha dos ministros é a do governador pelo (PCdoB-MA), Flávio Dino, defendendo a participação de várias instituições, inclusive colegiados de faculdades de Direito, OAB, Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça e as duas Casas do Congresso. E também, propondo um mandato de 11 anos, sem recondução.

Assim, também se encontra arquivada nos termos do art. 164, § 4º, do RICD11, a PEC nº 71/1999, do Deputado Valdemar Costa Neto, propondo que os Ministros sejam indicados, alternadamente, um terço pelo Congresso Nacional, um terço pelo Poder Judiciário, dentre os Ministros dos Tribunais Superiores, e um terço pelo Presidente da República. A justificativa da proposta, é o fato da prática em vigor favorecer a politização e a descaracterização jurídica do órgão máximo do Sistema Judiciário²²⁴.

De autoria do Deputado Alceu Collares, a PEC nº 566/ 2002, defende que a redação do art.101 da CRFB/1988, passe a ser: I – um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal; II – um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e dos Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94²²⁵.

A PEC nº 68/2005, proposta pelo Senador Jefferson Peres, determinando que ao ser aberta vaga para o STF, os órgãos de representação da magistratura, do Ministério Público e dos advogados escolherão, mediante eleição, cada um deles, dois candidatos à vaga, submetendo-os ao STF, o qual elegerá dentre os seis nomes, por voto secreto e maioria absoluta, um deles. A última ação desta PEC foi em 2007 e está para ser posta na pauta na Comissão.

Observa-se que a solução menos comprometida com a indicação política é a que defende a realização de concurso público por provas e títulos para o ingresso, sob a justificativa que esta é a melhor maneira de favorecer a democratização na escolha, por predominar as qualidades intelectuais, independentemente da proteção política do candidato. Neste sentido, tramitou a PEC nº 569/2002, do Deputado Dr. Evilásio. A proposta consistia numa nova redação ao art.

²²⁴ Com proposta semelhante é a PEC nº 473/2001, arquivada, nos termos do art. 105 do RICD13, de autoria do Deputado Antônio Carlos Pannuzio, propondo que os ministros do STF fossem escolhidos, alternadamente, pelo Presidente da República e pela maioria absoluta do Congresso Nacional. Como justificativa o autor diz que dessa forma a democracia é beneficiada.

²²⁵ Proposta semelhante é apresentada na PEC nº 546/2002, da Deputada Telma de Souza, também arquivada, nos termos do art. 105 do RICD, propondo uma nova redação aos art. 94, 101, 104, 107, 119, 120 e 123 da CRFB/88. Nesta, os candidatos ao cargo de ministros do STF deveriam ter mais de quinze anos de carreira na magistratura e seriam indicados em lista tríplice, elaborada pelo próprio Tribunal e nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

101 da CRFB/1988, defendendo que os ministros do STF fossem nomeados pelo Presidente da República, após aprovação em concurso público²²⁶.

Também, há a proposta de Emenda à Constituição nº 275/2013, da deputada Luiza Erundina (PSB-SP). Além de propor transformar o Supremo em Corte Constitucional, amplia o número de ministros para 15 e reduz sua competência. A Corte Constitucional teria competência para decidir causas que envolvem interpretação e aplicação da Constituição Federal, sendo as demais competências transferidas ao Superior Tribunal de Justiça²²⁷.

A proposta acima referida, aumenta a idade mínima, de 35 anos para 40 e reduz a máxima, de 65 anos para 60. Estes ministros seriam selecionados a partir de listas tríplexes, com nomes de candidatos indicados pela magistratura, Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil. Estas seriam elaboradas pelo Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil. A nomeação fica a cargo do presidente do Congresso Nacional, após aprovação dos nomes pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A proposta recebeu parecer favorável na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) no dia 12/04/2017 e está sujeita à apreciação do plenário da Câmara.

Verifica-se que nenhuma destas propostas apresentam critérios realmente democráticos para a escolha dos membros do STF. O que fica evidente é que este modelo adotado pelo Brasil de indicação para ministro do STF, inspirado no sistema norte americano, para atender a fins políticos, carece ser resignificado com critérios de legitimidade democrática²²⁸.

Examinando essas propostas de PEC's, observa-se que elas são pensadas a partir de modelos utilizados em outros países²²⁹, que apesar de apresentarem em alguns aspectos uma

²²⁶ A última ação desta PEC foi em 11/09/2002, com o despacho: “Devolva-se ao autor, por não conter o número mínimo de assinatura sindicado no inciso I do art. 60 da CF, combinado com o inciso I do art. 201 do RICD”.

²²⁷ A PEC no seu art. 3º dispõe que os artigos 104 e 105 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, sessenta Ministros. § 1º Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente do Congresso Nacional, após aprovação de seus nomes pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a partir de listas tríplexes de candidatos oriundos da magistratura, do Ministério Público e da advocacia, elaboradas respectivamente pelo Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil”.

²²⁸ Site do Supremo Tribunal do Brasil informa o número de Ministros nomeados para o STF pelos Presidentes da República ou quem exercia as funções presidenciais. Deodoro da Fonseca 15; Floriano Peixoto 15; Prudente de Moraes 07; Manuel Vitorino Pereira 03; Campos Salles 02; Rodrigues Alves 05; Affonso Pena 02; Nilo Peçanha 02; Hermes da Fonseca 06; Wenceslau Braz 04; Delfim Moreira 01; Epitácio Pessoa 03; Arthur Bernardes 05; Washington Luís 04; Getúlio Vargas 21; José Linhares 03; Eurico Gaspar Dutra 03; Nereu Ramos 01; Juscelino Kubitschek 04; Jânio Quadros 01; João Goulart 02; Castello Branco 08; Costa e Silva 04; Garrastazu Médici 04; Ernesto Geisel 07; João Figueiredo 09; José Sarney 05; Collor de Mello 04; Itamar Franco 01; Fernando Henrique Cardoso 03; Luiz Inácio Lula da Silva 07; Dilma Rousseff 05. Michel Temer 01.

²²⁹ A título de exemplo, cita-se a composição do Tribunal Constitucional chileno, que é formado por três membros indicados pelo presidente da República, três indicados pela Corte Suprema, dois pelo Senado e dois pela Câmara

abertura para uma representação mais plural, também precisam ser repensadas a luz da democracia. Os países que apresentam aspectos mais inovadores nesta perspectiva são o Equador²³⁰ e a Bolívia²³¹, conforme estudado no capítulo III.

Observa-se que dificilmente se encontrará um país que considere perfeito o processo de escolha dos seus juízes constitucionais e plenamente satisfeito com suas decisões. TAVARES FILHO (2006, p. 10), critica os Estados Unidos da América, pelos acordos políticos para a nomeação de seus juízes e pela constituição não estabelecer critérios para a seleção dos juízes da Suprema Corte. HÄBERLE (1997, p. 236), analisando o modelo de investidura dos juízes no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, reconhece a necessidade de uma reforma que inclua a participação de todos os partidos representados no Parlamento (Bundestag). O autor argumenta que diante da impossibilidade de existir um “forte ingrediente político”, que seja pluralista.

Observa-se que em nenhuma parte do mundo existe um consenso a respeito das mudanças a serem realizadas na parte estrutural das instituições. Segundo FAVOREU (2004, p. 122):

[...] mesmo quando parecem ter optado pelo sistema da Corte Constitucional, como no Chile, constatamos que esta, na realidade, está ligada à Corte Suprema, sendo uma parte de seus membros simultaneamente juízes desta. De fato, podemos considerar que, ao lado dos modelos estadunidenses e europeu, há também um modelo sul-americano, cujas características comuns ainda não foram definidas [...].

Por isso, todas as propostas que são apresentadas, para terem viabilidade de serem aprovadas, não comprometem as estruturas de poder, ou seja, não colocam em risco o monopólio do poder, mantendo as prerrogativas de quem o exerce²³².

Quando o recurso da barganha para atingir seus interesses não funciona, recorrem ao Poder Judiciário, para assegurar os interesses particulares individualistas, partidários ou públicos. Conforme se verifica, o papel que o STF exerce não se restringe a proferir decisões

dos Deputados, com ratificação do Senado. Um dos requisitos é estar a 15 anos no exercício profissional e ter se destacado em atividade pública ou acadêmica, permitindo assim, que um ex-parlamentar, um professor, advogado exerçam a função.

²³⁰ O processo de investidura para o exercício da função judicial no Equador, atende a critérios de igualdade e participação cidadã. O processo se inicia com a escolha dos candidatos por dois delegados do Poder Executivo, dois do Legislativo e dois de associações de controle social. Cada um deles escolhe nove candidatos. Os 27 indicados passam então por um concurso de mérito, do qual serão selecionados nove, que podem permanecer no cargo por 12 anos.

²³¹ No artigo 182, enfatiza que poderão ser eleitas e eleitos para mandato de 6 anos no Tribunal Supremo de Justiça, mediante sufrágio universal, a partir de lista de pré-seleção encaminhada pelo Poder Legislativo, as Magistradas e Magistrados.

²³² Muitas propostas dos atores sociais, jurídicos e políticos, que são apresentadas sob a égide de um discurso imparcial, focado nos interesses coletivos, não apresentam fundamento substancial que convença à razão.

meramente técnico-jurídicas. Muitos problemas que a esfera política não foi capaz de resolver a contento, tampouco a esfera jurídica demonstra ter capacidade para tanto, como se pode verificar contemporaneamente.

Diante desta realidade, para que o Poder Judiciário tenha condições de decidir as demandas que se apresentam na atual conjuntura em que o Brasil se encontra, faz-se necessário que o processo de descolonização passe também pelas estruturas jurídicas e pela epistemologia do Direito. Além da ciência jurídica abrir-se ao diálogo com outros saberes, as estruturas jurídicas podem abrir-se ao diálogo com os demais poderes e com a sociedade. Podem ser criados mecanismos de ampliação da participação popular que confira legitimidade democrática aos poderes para decidir questões de repercussão na vida do povo.

Já que se está vivendo num tempo de transição e rupturas, diante da necessidade de se experimentar novas formas de democracia capazes de dar conta da complexidade que a globalização capitalista impôs aos Estados e todas as transformações ocorridas, surge a ideia de ampliar os espaços democráticos e redefinir a função do sistema jurídico. Essa proposta faz parte dos objetivos do novo constitucionalismo latino-americano, por isso foi estudado no capítulo III e relatou-se a experiência de alguns países que caminham buscando avançar neste sentido.

Autores, a exemplo de PASTOR (2007), concordam que o órgão encarregado de controlar a constitucionalidade seja o Tribunal Constitucional, mas discordam da forma como é composto e são nomeados os seus ministros. PASTOR (2007, p. 46) argumenta que este é “elemento de cierre del sistema y de conexión entre el poder constituyente del pueblo, delegado en sus manos, y los poderes constituidos”. Para este autor, o Tribunal precisa possuir independência política e outras condições, quais sejam:

- a) la elección del Tribunal no debería quedar en manos de los poderes constituidos, sino depender de la decisión universal de la ciudadanía; b) el Tribunal podría estar conformado por juristas o por ciudadanos no juristas; y, c) el análisis del texto constitucional a cargo del Tribunal debe responder a criterios jurídicos y políticos (no partidistas) en función de la primacía de la voluntad política del constituyente, la defensa de marco político de convivencia social y la garantía de los derechos fundamentales frente al poder constituido (PASTOR, 2007, p. 48).

O autor defende eleições com a participação popular para o Tribunal Constitucional, que em razão da natureza das demandas que recebe, deve atuar de forma política e jurídica, colocando-se sempre em defesa da Constituição.

Os cidadãos brasileiros consideram ser mais fácil demandar ao Judiciário do que conseguir que os legisladores criem, modifiquem, revoguem uma norma ou ato normativo que contrarie os interesses das classes que estão no controle do poder. Mas, qual a fonte de legitimidade do Poder Judiciário? Com base em que se consideram os ministros do STF os indivíduos mais capacitados para proferir a última palavra em matéria de defesa dos direitos constitucionalizados? Se o Poder Judiciário não estabelece um diálogo com a sociedade, que o inclua como órgão democraticamente legítimo, como pode ser considerado como o mais apto a defender a ordem constitucional?

Em resposta se escutam argumentos que o Poder Judiciário, por meio da sua jurisdição é o poder capaz de defender a ordem constitucional por não ter interesses políticos partidários e que é a Constituição Federal quem legitima a força das instituições jurídicas. Para garantir que não haja transgressão aos princípios constitucionais garantidos pelo Estado, atribui ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade²³³. Então, é por meio do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, que como a própria denominação sugere, concentra-se na jurisdição constitucional, que o STF exerce essa guarda da Constituição²³⁴.

A respeito da questão dos juízes desempenharem o papel de legisladores, confira-se o entendimento de CAPPELLETTI (1999, p. 106):

Não vejo por que razão se deveria excluir, a priori, que os próprios tribunais sejam, ou tenha a potencialidade de ser, os melhores legisladores possíveis na determinação e constante adaptação das regras técnicas do processo, regras com as quais, dia após dia, devem trabalhar. Resta, todavia, o fato de que os juízes, quando exercem tais poderes de regulação, agem como legisladores, e não como juízes. [...]. E [...] operam com competência legislativa, ao invés de judiciária, quando exercem, como na hipótese das cortes supremas dos países da Europa oriental, o poder de emanar diretivas gerais em tema de interpretação, vinculantes para os tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso concreto. De resto, não hesitarei em atribuir caráter legislativo, muito mais que judiciário, também aos obiterdicta prolatados por certas cortes superiores dos países de Common Law, no caso

²³³ No controle difuso da constitucionalidade, não se atribui competência exclusiva a nenhum órgão jurisdicional em específico, e sim a todos os juízes e tribunais. Estes, na apreciação de um caso concreto e particular, podem realizar o controle de constitucionalidade das leis em questão e suas sentenças produzirem efeitos entre as partes litigantes. São os chamados efeitos *inter partes* e eficácia *ex tunc*, ou seja, retroagirão à data da edição da lei. Entretanto, se determinado litígio chega ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário, e este declara a inconstitucionalidade, pode gerar efeitos que transcendam o caso em questão e atinja outras ações que tenham a mesma questão constitucional, são os chamados efeitos *erga omnes*, para todos e eficácia *ex nunc*, não retroativa. Quando a inconstitucionalidade da lei não poder ser declarada pelos juízes comuns, devem estes, suspender o processo que está sob sua apreciação, para a questão de inconstitucionalidade ser arguida perante o Tribunal Constitucional.

²³⁴ Cumpre ressaltar que o controle de constitucionalidade no Brasil é considerado misto, por ter o concentrado, exercido pelo STF, e o difuso, que pode ser exercido pelos juízes dos tribunais hierarquicamente inferior, conforme explicação na nota anterior.

em que tais dicta terminem por assumir, pelo menos de fato, eficácia erga omnes.

Observa-se que o autor reconhece o caráter legislativo das ‘Cortes Supremas’ e enfatiza ser este muito mais presente que o caráter jurídico.

Cumprido recordar que a intenção do princípio da separação dos poderes idealizado por Montesquieu, foi de afastar a possibilidade de uso arbitrário do poder, contrabalanceando-o pelo sistema de freios e contrapesos (*cheks and balances*), o qual confere ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário a legitimidade para exercer o poder de forma conjunta. Argui MONTESQUIEU (1993, p. 174): “[...] se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fosse uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos”. E acresce, ressaltando que os juízes são “apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor” (Montesquieu 1993, p. 179). Como o Brasil adotou sua teoria clássica da tripartição dos poderes, pode-se inferir que o STF também possui legitimidade para decidir fundamentado em justificativas de cunho político, já que desempenha o papel de Corte Constitucional, mas sem invadir a esfera de competência dos poderes Legislativo e Executivo.

Ao perscrutar as razões para a expansão do Poder Judiciário e do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos no Brasil, alguns autores, a exemplo de DIMITRI e LUNARDI (2011, p. 334) apontam à crise de credibilidade do Poder Legislativo e o aumento do acesso ao Poder Judiciário pelos cidadãos.

Conforme foi argumentado anteriormente, o STF precisa incluir a participação popular no processo de escolha dos seus ministros se pretende atender ao critério de legitimação democrática. André Augusto Salvador Bezerra (2014), presidente do Conselho Executivo da Associação Juízes para a Democracia, reconheceu em requerimento enviado a presidente Dilma Rousseff:

A intensa mobilização popular que tem sucedido no Brasil desde o mês de junho de 2013 (as chamadas *jornadas de junho*) revela que a sociedade demanda maior influência nos rumos a serem tomados pelo Estado brasileiro. Apesar da multiplicidade de reivindicações que se ouvem nas ruas de todo o país, a realidade é que todas elas orbitam em torno da procura por mais democracia, o que significa a busca por um sistema político que permita a permanente participação popular nas escolhas realizadas por parte dos agentes do Estado, não se limitando às formalidades dos processos eleitorais que ocorrem a cada 04 (quatro) anos.

O Poder Judiciário comprometido com a realização da justiça, não pode continuar funcionando nos moldes do conservadorismo excludente, conservando as prerrogativas de

quem está no topo da estrutura social hierárquica há séculos e não quer abrir mão dos seus privilégios.

Com muita resistência foi criado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²³⁵, para exercer o controle externo do Judiciário, assumindo a fiscalização e apontando soluções para questões institucionais que eram decididas *interna corporis* pelos tribunais, a fim de torná-lo menos sujeito aos interesses corporativistas e mais eficiente. O intuito também era organizá-lo e reafirmar sua importância perante a sociedade e os demais poderes, bem como promover um diálogo com os próprios membros do Judiciário e com a sociedade.

A justificativa de que o distanciamento do Judiciário da sociedade é para preservar seus membros da sujeição às pressões dos cidadãos é um argumento utilizado para não submetê-los às eleições populares. Mas se for nesta lógica, eles, igualmente, não poderiam ser indicados para não ficarem submetidos às pressões de quem os indicou. Este fato desrespeita a soberania popular que por decisão política da República brasileira é legitimamente o titular do poder.

A formação dos ministros está permeada pelos valores do sistema liberal burguês, filosofias de vida antropocêntricas, materialistas, meritocráticas, colonialistas. Sustentam-se em premissas, como a da neutralidade axiológica, que serve para mascarar os interesses ocultos presentes na dogmática elaborada com o propósito de dar continuidade ao projeto do sistema capitalista que não tem compromisso com a efetividade da justiça²³⁶.

Os sujeitos que demandam por seus direitos pela via da jurisdição constitucional, acreditam que o Supremo Tribunal Federal (STF), no desempenho de sua função constitucional, pode estabelecer a justiça e não ser conivente com as injustiças.

Com a elaboração do novo Regimento Interno (RI) do CNJ, abriu-se a possibilidade de o plenário ou o relator, realizar consultas ou audiências públicas (art. 102, § 3o do RI), ou seja, incluiu a participação popular no processo de elaboração dos seus atos normativos, a fim de conferir legitimidade democrática. E ainda, em seu art. 102, prevê a possibilidade de terceiros poderem sugerir ao CNJ a elaboração de normas, semelhante ao que já era previsto no art. 98 do RI anterior, com o nome de pedido de providências.

²³⁵ O Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do Judiciário, tem reafirmado o poder normativo do CNJ para normatizar com fundamento no art. 37 da CRFB. Com fulcro no art. 102, inciso I, alínea “r” da CRFB, o STF possui competência para originariamente processar e julgar as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público.

²³⁶ Parecem estar encurralados entre o Direito e a Política. Ora aplicam as leis cegamente em nome da segurança jurídica, ora comprometem a integridade do Direito e os princípios de justiça proferindo decisões políticas influenciados pela política partidária, descaracterizando a natureza funcional da jurisdição constitucional na defesa da ordem constitucional.

Apesar dos resultados não serem o que se esperava, são iniciativas de abertura democrática que podem ser aprimoradas, para que o Poder Judiciário possa funcionar de uma forma mais condizente com os princípios de um Estado Democrático de Direito. É possível vislumbrar um horizonte, uma estrutura democrática que bem cumpra sua missão. Assim como a sociedade não é linear, o modo de pensar a realidade também não deve ser, por isso a importância de se repensar a forma de funcionamento das estruturas de poder e os princípios que as orientam, visando aprimorar suas práticas.

Conforme ensina WOLKMER (2004, p. 02) é preciso “[...] trabalhar na materialização de elementos iniciais fundantes para uma proposta cultural teórico - prática que permita a desmistificação das velhas estruturas alienantes e viabilize avanço de alternativas democráticas e emancipadoras”.

Diante disso, é que se traz à discussão uma possibilidade de considerar a participação popular no processo de legitimação democrática do Judiciário brasileiro, âmbito que tradicionalmente não se discutia essa questão. Para isso, o Poder Judiciário carece que sejam adotados procedimentos mais democráticos, dialógicos, inclusivos e plurais para que se torne audível a voz da Justiça, o que constitui um desafio neste momento histórico que o Brasil e a América Latina vivenciam.

A sociedade brasileira espera que o Judiciário ao proferir suas decisões, as faça com coerência, velando pelas regras da democracia, respeitando as fronteiras procedimentais da racionalidade e os princípios substantivos do Direito, onde a justiça e a emancipação social são valores que não podem deixar de ser defendidos. Para POU GIMÉNEZ (2011, p.243):

La agenda de la transparencia y de la apertura de los tribunales a la ciudadanía, por ejemplo, parece ser un tema de importancia transversal, porque conlleva en todos los casos la posibilidad de pedir cuentas a los jueces constitucionales, de proporcionarles elementos de juicio que pueden impactar sobre sus decisiones, y de situar sus decisiones en el centro de un debate que genere inclusión social y legitimidad y potencie sus efectos instrumentales y simbólicos.

Os membros do STF não possuem a chave epistemológica do conhecimento jurídico. É uma excrescência ilegítima da parte do Judiciário, querer dominar as outras esferas de poder por meio de suas decisões, sem ser uma instituição democrática. Esta tese, assentada no paradigma de legitimidade democrática, propõe que se inclua a participação popular nas práxis

jurídicas do Poder Judiciário²³⁷. Acredita-se que o processo de legitimação democrática do judiciário brasileiro avançará quando este superar o desejo de poder para o desejo de melhor servir a sociedade.

Além da necessidade de se redefinir os limites do papel do STF e da atuação dos seus membros, precisa ser estudado um procedimento dialético de interlocução não só com os demais poderes, mas, e principalmente, com a sociedade. No tópico abaixo, examina-se como vem se dando a inclusão de autores não jurídicos às discussões que antecedem os julgamentos no STF.

4.3 INSTRUMENTOS DE REALIZAÇÃO DE UMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL NO STF: AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E AMICUS CURIAE

Este tópico visa discutir os conceitos e evoluções históricas das audiências públicas e da participação do *amicus curiae* para, na continuidade, debater a eficácia desses institutos como forma de efetivação de uma democracia constitucional, visto que muito se tem tratado sobre a sua real eficácia no plano prático.

Com a realização das audiências públicas e a admissão do *amicus curiae* começou uma relação de maior abertura para a participação de atores sociais externos, com saberes especializados a respeito dos casos em pauta. São saberes técnicos e de experiência que podem fazer diferença no rumo dos encaminhamentos a serem diligenciados.

SÁNCHEZ (2008), define as audiências públicas²³⁸ como um mecanismo de participação e de controle social que permite ao particular uma maior influência e contribuição no processo decisório do Poder Público. Os principais objetivos das audiências públicas para SÁNCHEZ (2008, p. 415) são: legitimar o processo de decisão; aprimorar as decisões; atender requisitos legais de participação pública; fornecer aos cidadãos informações; dar aos cidadãos a oportunidade de se expressarem, de serem ouvidos e de influenciarem nos resultados. Ademais, também possuem o propósito de identificar as preocupações e os valores do público,

²³⁷ A Emenda Constitucional nº 45, trouxe importantes mudanças. Tornaram-se mais amplos os instrumentos de controle da constitucionalidade. A participação nos processos constitucionais foi ampliada e assim, aumentou o número de decisões sobre questões controversas na sociedade.

²³⁸ Este instituto remonta às *public hearings* anglo-saxônicas, sendo que seus primeiros registros datam do ano de 1403, em Londres.

bem como identificar a necessidade de medidas mitigadoras ou compensatórias necessárias para a solução do caso concreto.

No âmbito do Poder Judiciário essas audiências foram previstas, inicialmente, pelas leis 9.868/99 e 9.882/99 que disciplinam o processo de julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, das ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental. Especificadamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, essas audiências tiveram na Emenda Regimental 29/2009 a sua regulamentação, atribuindo-se competência ao Presidente ou ao Relator. Nos termos dos artigos 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas pelo Tribunal.

No Brasil, a realização da primeira audiência pública ocorreu em 1988, na cidade de São Paulo. E a primeira audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510 e tinha como relator o Min. Ayres Britto. O objeto da audiência era a contestação a dispositivos da Lei de Biossegurança. Salienta-se que na ocasião compareceram 24 especialistas, dos diversos campos do saber, quais sejam: geneticista, médico, professor, biofísico, farmacêutico, entre outros, que haviam empreendido estudo sobre o tema.²³⁹

Foi a primeira vez em que o Supremo Tribunal Federal deu abertura para que terceiros participassem da lide por meio de audiência pública. Nesta ação discutiu-se quando se iniciava a vida e a partir de qual momento deveria incidir a proteção jurídica sobre o nascituro, a fim de deliberar sobre a utilização de células tronco, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, para fins de pesquisa e terapia.

Importante destacar a observação feita por GODOY (2015, p. 203), em relação a escolha dos participantes da audiência pública e dos *amicus curiae*. Sendo uma decisão discricionária de competência do ministro relator, sua tarefa deve ser a de proporcionar o maior debate sobre a temática, para que diferentes opiniões possam se manifestar sobre o tema que esteja sob julgamento.

O relator pode convocar as pessoas com notória experiência no assunto ou aprovar a participação solicitada. Com base nisso, o campo de debate pode ser alargado ou restringido,

²³⁹ A informação é do Relatório de Atividades de 2007 do STF (Lei 11.105/2005), e ocorreu no dia 20 de abril de 2007.

conforme os posicionamentos apresentados. Um exemplo é o caso da Lei de Biossegurança, em que ficou nítido que o ministro relator não cumpriu satisfatoriamente com a sua tarefa de abrir espaço para que os posicionamentos pudessem ser contrapostos, promovendo um debate mais acurado. GODOY (2015, p. 204), expõe:

Esse modo pouco deliberativo de conceber a audiência pública ficou claro no caso da Lei de Biossegurança (ADI 3.510) nas diversas intervenções feitas pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto ao vetar os possíveis debates e questionamentos que surgiam no decorrer da audiência pública. Mais do que isso, nesse caso o Ministro Relator exigiu que as exposições se restringissem a argumentos científicos, devendo ficar de fora argumentos jurídicos, políticos, éticos ou morais. Isso mostra o subaproveitamento da audiência pública como espaço de debate, de troca de argumentos não apenas científicos, mas também morais, já que a questão levantada pela ADI 3.510 era justamente uma questão moral – a de proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. O argumento sustentado pelo Ministro Relator de que o espaço adequado para o debate era o julgamento em plenário tampouco se verificou verdadeiro. O debate não apenas não aconteceu entre os Ministros – e raramente tal debate acontece – como ainda que 205 acontecesse, seria um debate apenas entre os julgadores e não entre eles e as partes, amigos da corte e especialistas.

Como visto, a escolha das pessoas para participarem do julgamento do caso é fundamental para estabelecer o rumo das discussões. No entanto, também precisa ser discutida a metodologia que se adota nas audiências públicas. GODOY (2015, p. 204 - 208), comenta que essas audiências se resumem apenas à exposição de diferentes opiniões em relação ao caso, não sendo à toa que alguns ministros sequer fazem qualquer tipo de referência às audiências públicas em seus votos.

O que se percebe é que o modelo decisório do STF é o de decisões fracionadas, ou seja, por mais que haja o debate, as decisões e os argumentos são individuais. Não se vê uma decisão da ‘Corte’, fruto de uma empreitada coletiva, que busca chegar a um consenso da melhor decisão para o caso, mas sim, decisões individuais que ao final são somadas para se chegar a um consenso.

Além da crítica em relação ao tempo levado até o despertar da importância de se realizar audiências públicas, são identificados alguns outros fatores limitadores que questionam a sua efetividade como instrumento de inclusão popular. Um destes, diz respeito ao protagonismo de determinados atores sociais com a finalidade de se autopromover, invés de defender a sociedade. Neste sentido, GIMÉNEZ (2011, p.243), pontua:

Como hemos sugerido, sin embargo, los efectos de publicitar las deliberaciones o de celebrar audiencias públicas antes o después de la sentencia pueden variar mucho desde todos los puntos de vista normativamente relevantes según las particularidades contextuales, y lo que

en un caso puede ser epistemológicamente enriquecedor y socialmente incluyente, en otro puede limitarse a privilegiar a actores sociales no representativos o provocar que la “puesta en escena” y el protagonismo personal vayan en detrimento del debate sobre los argumentos.

A autora supracitada demonstra uma preocupação com o fato deste mecanismo de participação se converter num meio de promoção particular com finalidades não compartilhadas com os demais membros da comunidade e sem sentimento de responsabilidade social.

No caso da Lei de Biossegurança, GODOY (2015, p. 190), pondera que por ser matéria que abrange outros ramos das ciências, que ganhou grande notoriedade midiática, recebeu sete pedidos de ingresso na condição de *amicus curiae*²⁴⁰. Contudo, apenas cinco pedidos foram deferidos, sem o relator justificar os motivos da aceitação ou da não aceitação dos pedidos, ou seja, os pedidos não foram motivados, preponderou o livre convencimento do juiz.

Destarte, concorda-se com o autor ao defender que haja um espaço de deliberação fundado na troca de informações e argumentos. Ademais, que a participação popular seja vista como forma de realizar um debate público aprofundado e efetivo sobre a temática discutida, além de que os argumentos levantados sejam considerados pelos ministros na hora das suas decisões, fundamentando-se com o porquê de considerá-los ou não.

CARDOSO (2014, p. 3), explica que o instituto do *amicus curiae*²⁴¹ possui origens distintas no Direito Romano e no Direito Inglês. Contudo, desenvolveu-se principalmente nos Estados Unidos, por essa razão sua origem pode ser considerada controversa. Parte da doutrina acredita que o termo deriva do *consiliarius* do Direito Romano, enquanto outros defendem que deriva do Direito penal britânico.

Esse instituto faculta a uma terceira pessoa, entidade ou órgão interessado, o direito de integrar uma demanda submetida ao controle de constitucionalidade na jurisdição constitucional. O objetivo é contribuir na discussão do tema suscitado de forma ativa e objetiva, mesmo que não seja parte do processo, apenas parte interessada no trâmite processual. É-lhes conferido o poder de juntar seus pareceres, notícias, estudos científicos e fazer sustentações orais nas audiências públicas, bem como antes do julgamento em plenário.

Para CARDOSO (2014, p. 6), o *amicus curiae* é uma pessoa que por não ter interesse próprio na lide, pode expor sua opinião sobre o caso, bem como prestar informações

²⁴⁰ A previsão legal deste instituto, no direito brasileiro encontra-se na Lei nº 9.868/99. No seu artigo 7º diz: "Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade". E no parágrafo 2º: "O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

²⁴¹ Termo em latim que significa “amigo da Corte” ou “amigo da Justiça”.

relacionadas ao assunto discutido. Diante da sua participação, o órgão julgador pode avaliar o caso e formar sua convicção. Frise-se que a valoração dada à manifestação do *amicus curiae* na lide é também do julgador. Também é importante destacar que não se trata de testemunha ou perito e que a sua participação não é remunerada.

Frise-se que, inicialmente, o STF admitia a participação do *amicus curiae* apenas por escrito, como se pode extrair dos debates na ADI-MC 2223/DF, Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 10/10/2002, DJ 05/12/2003, p. 18, noticiado no Informativo nº 246, do STF, de 15 a 19 de outubro de 2001, na nota quanto à sustentação oral de *amicus curiae*” diz:

“Inicialmente, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem, entendeu não ser possível a sustentação oral de terceiros admitidos no processo de ação direta de inconstitucionalidade na qualidade de *amicus curiae*, cuja manifestação há de ser feita por escrito (...)”.

Ocorre que o procedimento acima exposto foi mudando, admitindo-se a sustentação oral, como se pode observar no julgamento de questão de ordem na ADI 2675/PE, rel. Min. Carlos Velloso, e na ADI 2777/SP, rel. Min. Cezar Peluso, conforme noticiado no Informativo nº 331 / 2003, na nota “Substituição Tributária e *Amicus curiae*” que assim expõe:

Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem suscitada no julgamento das ações diretas acima mencionadas, admitiu, excepcionalmente, a possibilidade de realização de sustentação oral por terceiros admitidos no processo abstrato de constitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*. Os Ministros Celso de Mello e Carlos Britto, em seus votos, ressaltaram que o § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99, ao admitir a manifestação de terceiros no processo objetivo de constitucionalidade, não limita a atuação destes à mera apresentação de memoriais, mas abrange o exercício da sustentação oral, cuja relevância consiste na abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade; na garantia de maior efetividade e legitimidade às decisões da Corte, além de valorizar o sentido democrático dessa participação processual. O Min. Sepúlveda Pertence, de outra parte, considerando que a Lei 9.868/99 não regulou a questão relativa a sustentação oral pelos *amici curiae*, entendeu que compete ao Tribunal decidir a respeito, através de norma regimental, razão por que, excepcionalmente e apenas no caso concreto, admitiu a sustentação oral. Vencidos os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que, salientando que a admissão da sustentação oral nessas hipóteses poderia implicar a inviabilidade de funcionamento da Corte, pelo eventual excesso de intervenções, entendiam possível apenas a manifestação escrita (...).

O denominado de Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que entrou em vigor desde o dia 17/03/2016, trouxe mecanismos de flexibilização do processo judicial e da ampliação da abertura do Judiciário aos *amici curiae*, enquanto instrumentos de legitimação das decisões judiciais capazes de proporcionar ao sistema jurídico brasileiro uma maior

legitimidade democrática. Em seu art. 6º dispõe que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O fato deste novo sistema processual ter o ideal de cooperação entre as partes, das decisões serem fundamentadas na participação, mostra que a ideia de democratização já chegou no âmbito do Poder Judiciário. Neste sentido, MEDINA (2015, p. 142) explica:

[...] as partes têm direito de participar democraticamente do processo, de modo a poder influir decisivamente na criação da solução jurisdicional a ser dada ao problema. Assim, na medida em que os problemas jurídicos interessam não apenas às partes, mas a uma parcela mais ampla da sociedade, ou a toda a sociedade, deve o sistema possibilitar a participação de terceiros que, de modo representativo, possam expor, no processo, o ponto de vista de esferas individuais ou dos grupos afetados. Se é certo que os grupos atingidos pela decisão judicial a ser proferida não decidem com o Estado, não menos acertado é dizer que à sociedade devem ser assegurados instrumentos de participação no procedimento, a fim de que possa informar-se, analisar as opções que no processo são colocadas, indicar suas objeções a que uma ou outra solução seja escolhida, e ter suas objeções analisadas pelo Poder Judiciário.

O novo CPC²⁴² deu ênfase ao instituto do *amicus curiae*, dispondo no artigo 138 que o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias de sua intimação. O artigo 950, §3º possibilita que terceiros sejam admitidos nos casos de arguição de inconstitucionalidade. E o artigo 1.035, §4º trata da admissão de terceiros em análise de repercussão geral, em sede de recursos extraordinários.

Observa-se a importância da ampliação da participação do *amicus curiae* nas instâncias de primeiro grau, como terceiros representativos da sociedade, cujo direito de participação no processo está relacionado à ideia de legitimação democrática, como já era reconhecido pelo STF²⁴³. Ocorre que, apesar dos significativos avanços na legislação em reconhecer a

²⁴² O art. 138 expressa que: “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”. O art. 950, §3º considera que: “[...] a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. No art. 1.035, §4º aduz que: “O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

²⁴³ Ementa do acórdão nº 2.130 MC/SC, prolatada pelo STF na AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.868/99 (ART. 7º, § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE

possibilidade de participação de amigos da corte em audiências públicas, este instrumento ainda precisa ser aperfeiçoado e melhor utilizado.

Com isso, entende-se que embora seja bem-vinda a abertura democrático-deliberativa que o Supremo Tribunal Federal adotou com a possibilidade de poder formar o seu convencimento com base na participação de terceiros, muitas vezes de áreas diversas da jurídica, a forma como o STF lida com essa participação ainda carece ser definida e ampliada. Concorde-se com GODOY (2015, p. 202) quando diz que é preciso haver um verdadeiro espaço deliberativo-dialógico, que proporcione uma profunda discussão e troca de argumentos.

Por todas as razões expostas, confirma-se o problema da falta de legitimidade democrática. E para que o Poder Judiciário, mormente o STF não continue sendo acusado de exceder sua esfera de competência, é necessário aprimorar os já existentes mecanismos criados com o intuito de lhe conferir legitimidade democrática, como as audiências públicas e a participação do *amicus curiae*, conforme foi examinado nesta tese, além de se descobrir outras maneiras de fazer que sejam mais eficazes e democráticas²⁴⁴.

Não há razão de se considerar importante a participação popular no momento de criação das leis no âmbito do Poder Legislativo e não considerá-la igualmente importante nos momentos de implementar sua efetividade no Poder Executivo e de realizar os julgamentos que questionam sua constitucionalidade no Poder Judiciário.

O Brasil ao constituir-se um Estado Democrático de Direito, acreditou ter alcançado o modelo ideal de organização, bem como de relação com seus cidadãos, prometendo-lhes uma transformação social a partir dos direitos e garantias fundamentais asseguradas pela CRFB/88, alicerçadas nas bases da cidadania e da dignidade humana. Afinal, colocar a democracia no cerne da estrutura do Estado e reconhecer que os órgãos do Estado devem atuar conforme o princípio democrático, tem um significado simbólico importante²⁴⁵. Contudo, para que se

CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO [...] A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional. Relator: Min. Celso Antônio Bandeira de Mello, 2000.

²⁴⁴ A ideia que a democracia é uma questão a ser discutida apenas no âmbito político mostrou-se equivocada. Em que pese o dever moral de respeitar todas as ideias, defende-se nesta tese, que a democracia deve ser ampliada também no âmbito jurídico.

²⁴⁵ Não se quer diminuir a importância de se considerar o princípio democrático como eixo central dos Estados constitucionais contemporâneos, mas criticar e reconhecer a necessidade de ter sido construídas teorias e práticas a partir deste norte.

consolide este ideal, faz-se necessário mudar as estruturas de funcionamento dos poderes constituídos e democratizá-las.

A mudança a ser implementada deve ser no sentido dos poderes atuarem com mais coerência com os princípios de um Estado Democrático de Direito, por meio da adoção de práticas democráticas e do respeito aos verdadeiros titulares do Poder, que merecem se sentir seguros no seu país.

Para que se afirme e se firme a legitimidade democrática da jurisdição constitucional que é o *locus* de defesa da constituição frente à violações de direitos por parte dos poderes públicos e privados, faz-se necessário o respeito as diferenças e a pluralidade existentes na sociedade. Esta é uma condição de possibilidade para que o STF por meio de suas decisões, faça cumprir a vontade soberana do povo consubstancializada na Constituição, tendo em vista o bem comum.

Vislumbrando este cenário, o capítulo que segue traz algumas propostas para ampliar a legitimidade democrática no exercício da atividade judicante no Brasil. Acredita-se na hipótese de ser possível haver diálogo entre o Judiciário com os demais poderes²⁴⁶. Inclusive acredita-se na possibilidade de ocorrer o que afirma BARBOZA (2007, p. 208):

Se o Legislativo, o Executivo e o Judiciário se comunicarem, aqueles órgãos políticos poderão, inclusive, verificar as necessidades mais urgentes dos cidadãos, que muitas vezes ficam esquecidas nos debates políticos do dia a dia, e procurar, assim, paralelamente à proteção imediata garantida pelo Poder Judiciário, promover políticas sociais em longo prazo para garantir os direitos sociais ao máximo de cidadãos possível.

É com a pretensão de ver os direitos fundamentais serem assegurados aos cidadãos, de ver o povo sendo respeitado e participando em todas as esferas dos poderes constituídos, que esta tese apresenta uma proposta de democratização para o Judiciário brasileiro.

A defesa da democratização do Poder Judiciário sugerida aqui, deve-se à necessidade de avaliação e redimensionamento do sistema de justiça vigente, bem como da atuação dos membros da jurisdição constitucional. Conforme será desenvolvido no capítulo seguinte, o processo de democratização do Judiciário brasileiro precisa acontecer por meio da ampliação da participação popular.

²⁴⁶ Este tema será abordado no capítulo v, no tópico 5.1 que trata das teorias da última palavra e do diálogo.

CAPÍTULO V

5 PROPOSTA DE DEMOCRATIZAÇÃO PARA O JUDICIÁRIO BRASILEIRO: ABERTURA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL À PARTICIPAÇÃO POPULAR

Como foi discutido nos capítulos anteriores, com base no argumento de assegurar eficácia à Constituição, a jurisdição constitucional vem proferindo decisões políticas e proferindo decisões de grande repercussão na realidade social. O núcleo essencial deste capítulo é discutir e propor mecanismos que ampliem as condições para que a atividade judicante brasileira, especialmente na jurisdição constitucional²⁴⁷, possa ser considerada legítima dentro da ótica do princípio democrático²⁴⁸.

Para que o Poder Judiciário participe positivamente do processo de consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil, faz-se necessário que a atuação jurisdicional esteja comprometida com a justiça constitucional e a legitimidade democrática²⁴⁹. Nesta perspectiva, DIAZ (1990, p. 25), comentando sobre a teoria da justiça, comenta:

[...] debe siempre situarse y entenderse en muy íntima e inescindible conexión con la que en concreto puede calificarse como teoría democrática de la legitimidad. Existe, a mi juicio, una profunda vinculación entre ambas dimensiones valorativas, las dos serían en efecto éticas y políticas, configurándose la legitimidad democrática como la mejor vía para la consecución de resultados sociales más justos y, por tanto, para la mejor justificación ética del Derecho y del Estado. La democracia tiene, pues, mucho que ver con la ética: y no sólo en ese “a priori” fundamental, sino también en cuanto a las consecuencias y responsabilidades jurídicas y políticas [...].

Segundo o autor, é a legitimidade democrática o melhor caminho para se alcançar resultados sociais justos, sendo este o objetivo que confere justificação ética à atuação do Direito e do Estado. Para assegurar que os direitos fundamentais positivados constitucionalmente sejam cumpridos, a CRFB/88 conferiu ao Poder Judiciário a função de

²⁴⁷ Por uma questão de delimitação do objeto de estudo desta tese, porque na realidade se vê a necessidade de um redesenho em toda a estrutura dos poderes, não apenas no campo jurídico. Mas, como nosso campo de atuação profissional é este, é nele que propomos as modificações, enquanto se amadurecem as ideias de uma reforma ainda mais ampla e conjuntural.

²⁴⁸ A vulnerabilidade destas decisões se configurou num problema para a segurança jurídica e a sustentabilidade democrática do País.

²⁴⁹ Já que a crise de legitimidade dos sistemas: político e jurídico, decorre das denúncias de falta de seriedade e responsabilidade no trato das questões públicas, que deslegitimaram os poderes constituídos perante a sociedade.

fiscalizar a aplicação da justiça constitucional. E para assegurar a justiça constitucional, em última instância, confia-se na jurisdição constitucional, que se encontra entrelaçada pela Política e pelo Direito²⁵⁰.

Para HÄBERLE (2002, p. 28), a “jurisdição constitucional é um catalisador essencial, ainda que não o único, da Ciência do Direito Constitucional como interpretação constitucional”. Para que esta catálise seja no sentido de construir e promover avanços democráticos, é preciso viabilizar mecanismos que ampliem a participação popular. E para que haja a participação da sociedade, precisa-se de uma maior abertura democrática no Judiciário brasileiro.

Uma abertura que o permita reagir de forma coerente às novas demandas que estão sendo constantemente judicializadas, assim como possibilite ao povo, destinatário das normas jurídicas, atuar de forma mais ativa nos processos de construção das decisões articuladas em seu âmbito, oxigenando-o com o ar puro da legitimidade democrática que nasce na seara da soberania popular. Para MULLER (2009, p. 86):

A legitimidade é por igual um processo que reage à realidade, configurando-a ao mesmo tempo, dito em outras palavras, ela aparece na sua elaboração (Bearbeitung). A legitimação do Estado democrático deveria tanto oferecer alternativas distinguíveis como também exibir gradações manuseáveis. [...] Devemos entender como expansão democrática a expansão do conceito de povo.

Segundo o autor, o processo de legitimação do Estado democrático é inacabado e reage à realidade social vivenciada pelo país. Há momentos de restrição e de expansão democrática. Com a promulgação da CRFB/88, vivenciou-se uma fase em que se acreditava ser de expansão democrática. Contudo, vinte e oito anos depois²⁵¹, se verifica uma fase de restrição do processo de legitimação do Estado democrático.

Neste contexto, a participação popular precisa ser expandida, a fim de impedir os efeitos deletérios desta “fase”. Para isso, o povo precisa se organizar de todas as formas, seja jurídica, como politicamente, e, se for necessário “gritar aos quatro ventos” que não aceita mais ser diminuído na sua dignidade. Vale mencionar WARAT (2000): “A rua grita e não é escutada pelos juizes, advogados, teóricos do Direito, professores, médicos, políticos, etc., instituições onde o clamor da rua não chega, bloqueado pela razão técnico-instrumental”.

²⁵⁰ Considerando a natureza política e jurídica da Constituição. No capítulo II, já foram feitas explicações sobre esse tema.

²⁵¹ Este cálculo toma por base o ano de 2016, em que a presidente Dilma Rousseff foi impedida de exercer o seu mandato, e, na sequência, foram apresentados muitos projetos de reforma constitucional com o objetivo de restringir os direitos das classes mais vulneráveis socialmente.

A razão técnico-instrumental das pessoas que exercem um papel social de destaque²⁵², como as mencionadas pelo autor acima referido, neste palco do mundo capitalista, parece os impedir de se verem como cidadãos e aos demais, também. Na sua maioria encontram-se ensurdecidas e insensíveis aos clamores dos demais seres vivos que não são considerados como seus pares, ou no melhor dos julgamentos, não tiveram o mérito de estar na situação em que eles se encontram. Também, cumpre mencionar os que estão desempenhando papéis coadjuvantes, mas esperando ocupar um destes principais, para usufruir dos “privilégios” que são conferidos pelo sistema financeiro que ‘banca’ o espetáculo no mundo material.

Há pessoas que ainda possuem sensibilidade para ouvir o povo, mas se sentem incapazes de reagir e não se articulam para derrotar o sistema. Ademais, permitem que esse Estado seja chamado de democrático e a atuação dos Poderes constituídos qualificada de legítima, quando não o são, ou visivelmente vem promovendo injustiças. Confirma-se, deste modo, o que diz DIAZ (1990, p. 21):

Un Estado, un Derecho, pueden ser calificados de legítimos (legitimidad) y, no obstante, producir resultados concretos, en mayor e menor medida, injustos: “las mayorías pueden, desde luego, equivocarse”; también, por supuesto, las minorías y los individuos. Cabe que aquéllos, Estado y Derecho, hayan ocasionado algunas situaciones injustas (leyes o actos), lo cual, por supuesto, no es para nada deseable ni conveniente, sin que por ello pierdan su legitimidad; siguen siendo Estados y Derechos legítimos a pesar de que hayan dado lugar a ciertas consecuencias concretas que pueden considerarse injustas y que, desde luego, si lo fueren, habría que intentar a toda costa corregir.

Importante ressaltar o alerta que o autor faz ao frisar que apesar das consequências concretas já produzidas, que podem ser consideradas injustas, “há que se tentar a toda custa corrigi-las”. Não obstante, este relato retratar a situação atual vivenciada no Brasil, o autor escreveu este comentário em um outro contexto histórico, porém com algumas características semelhantes, o que mostra que desde que os homens foram seduzidos pela tentação do poder, eles promovem tensões entre a humanidade.

ARENDDT (1993) explica que os romanos foram os primeiros a usar a expressão *persona* para designar as pessoas que possuíam direitos civis e, diferentemente, usavam a expressão *homo* para quem “não passava de um membro da espécie humana” (ARENDDT, 1993, p. 176). É triste constatar empiricamente que esta diferença ainda permeia o “senso crítico” da humanidade. Alguns têm a sorte de serem reconhecidos pelos papéis que representam, enquanto

²⁵² Está-se referindo às mencionadas pelo autor acima citado, quais sejam: juízes, advogados, teóricos do Direito, professores, médicos, políticos, etc.

outros só são reconhecidos no momento em que são necessários para preparar o palco do espetáculo que a Política e o Direito encenam e contracenam.

Alguns personagens da Política e do Direito, muitas vezes, confundem seus papéis, restringindo o espaço da democracia nesta cena²⁵³. E a crise de legitimidade democrática também é reflexo desta confusão de papéis, neste palco em que os demais atores sociais não têm permissão para atuar. Essa questão vem sendo percebida pelos cidadãos há algum tempo, assim como há atores sociais que querem que este palco seja pluralista e os permita atuar, por entenderem que a soberania popular também está legitimada pela Constituição, não para ficar no plano da abstração, mas para se concretizar na vida cotidiana dos cidadãos.

HÄBERLE (2002, p. 36-37), desde o ano de 1975²⁵⁴, em suas reflexões sobre a teoria da democracia como legitimação, argumenta em favor de uma sociedade pluralista e aberta dos intérpretes da Constituição, para exercer a atividade de interpretar e construir o Direito, a fim de conferir-lhe legitimidade democrática.

No Estado constitucional-democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria de Democracia). A ciência do Direito Constitucional, as ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais [...] Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o “concerto” científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente.

O autor afirma que um Estado constitucional-democrático precisa ver a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática, abrindo-se à participação do cidadão ativo, admitindo que a sociedade que vive a Constituição seja sua legítima intérprete²⁵⁵. À luz deste

²⁵³ Utiliza-se esta expressão ‘personagens’ por não ser conveniente citar nomes de políticos e profissionais da área jurídica que protagonizam as cenas mais polêmicas no espetáculo em cartaz no Brasil.

²⁵⁴ Foi neste ano que o referido autor publicou o trabalho traduzido para o português como “A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Vale ressaltar que a referida tradução foi realizada pelo ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, que na apresentação da obra, afirmou ser “um dos textos mais instigantes do Direito Constitucional moderno”.

²⁵⁵ Ademais, já foi constatado empiricamente que o conhecimento abstrato das normas jurídicas, alheio à realidade social não possibilita o desenvolvimento das competências necessárias para realizar a atividade de interpretar o Direito a fim de que este cumpra os objetivos contidos na Constituição vigente.

entendimento, se observa que a legitimidade é matéria fundamental numa democracia constitucional, que precisa ser incluída em todas as esferas do poder.

É a soberania popular, por meio do compromisso democrático de escolher seus representantes, quem em tese define o Direito do seu Estado. Contudo, não participa do processo²⁵⁶ de definição do sentido interpretativo das normas jurídicas (regras e princípios). HÄBERLE (2002, p. 12) critica o fato da ciência do Direito Constitucional adotar um modelo de sociedade fechada, em que os cidadãos não participam, porque não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição, por esta tarefa se concentrar “na interpretação dos juízes e nos procedimentos formalistas”. A seguir, o autor firma que “todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidos [...] os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade” (HÄBERLE, 2002, p. 13).

A teoria desenvolvida pelo autor²⁵⁷ possui elementos que servem como um pilar de sustentação para a hipótese construída no projeto de pesquisa desta tese e confirmada no decorrer desta construção teórica. Concorde-se com o entendimento de HÄBERLE (2002, p. 34) quando diz que “Limitar a hermenêutica constitucional aos interpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo”. Mas, considera-se insuficiente a afirmação no seu resumo que “uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição no contexto de uma teoria de democracia” (HÄBERLE, 2002, p. 49).

Para que ocorra a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto democrático, é preciso muito mais do que uma conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual. Faz-se necessária uma revisão mais ampla das finalidades da jurisdição constitucional. Neste sentido, MARTIN e MARTA (2012, p. 289-290) argumentam:

Pelo fato de a Democracia encontrar-se constantemente embebida no enfoque da legitimação popular, ela significava uma opção viável para responder, de forma condizente, a todas suas pretensões, conflitos e anseios da atual sociedade complexificada. Ao fracassar diante de seu mister, porém, passou a ser nociva, provocando uma atmosfera de crescente degradação de seus procedimentos clássicos. Com efeito, o século 21 sugere a incidência de uma nova fase: aquela voltada à concretização dos princípios, objetivos e fins presentes no Texto Constitucional. Será a fase da constitucionalização do direito processual, arrostando a confluência do contemporâneo Estado

²⁵⁶ E esse processo é aberto e inacabado.

²⁵⁷ A tese defendida por HÄBERLE (2002, p. 13) afirma não ser possível “estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.

Democrático de Direito. Dessa forma, preme-se pela redefinição da jurisdição para que, no seio da ordem jurídico-constitucional, haja uma união entre os planos de juridicidade, a fim de reajustá-los, vez que, ao se revisitar os conceitos e finalidades ínsitos na jurisdição, por certo, chegaremos à tão almejada concretização dos direitos fundamentais, através da atividade jurisdicional, no afã de alcançarmos a democracia com vestes substanciais.

Para as autoras, o que faz a democracia ser uma opção viável para responder às expectativas da sociedade é sua centralidade na legitimação popular. O fato desta condição não ser atendida pela democracia representativa provocou seu esgotamento. Por isso, surge a necessidade de ser oxigenada pela participação popular, como também a jurisdição constitucional deve redefinir suas finalidades e a forma como vem atuando para alcançá-las²⁵⁸.

Importante se faz recordar a observação de CAPELLETTI (1992, p. 25): “Todas as manifestações da Justiça Constitucional podem, de certo, reduzir-se a unidade, pelo menos sob o seu aspecto funcional: a função da tutela e a atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional”. O autor, no seu tempo, já via a importância de repensar os objetivos da jurisdição constitucional no sentido de assegurar a observância das normas constitucionais.

A Constituição, a fim de se manter como um documento vivo, deve acompanhar as relações sociais em constante transformação, atendendo às demandas provenientes das necessidades pragmáticas da sociedade contemporânea²⁵⁹. O problema é que a Constituição Federal de 1988, por meio da hermenêutica constitucional, está se transformando naquilo que os que detém o poder para pronunciar a última palavra ou a errar por último querem que ela seja.

Apesar de todos os argumentos serem fundamentados na CRFB/88, por nenhum ministro assumir que está julgando contra a Constituição, eles excedem e não agem com fidelidade aos princípios que lhes dá sustentação. Isso acontece porque não há uma linha demarcatória limítrofe para se afirmar o que é ou não de acordo com a Constituição.

²⁵⁸ Faz parte do processo evolutivo das sociedades buscar novas formas para se enfrentar os desafios. Na década de 1985 existia um movimento na América Latina no sentido de reformular o sistema existente, de renovar o ordenamento jurídico. No Brasil, esse movimento culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Pode-se dizer que, contemporaneamente, observa-se a necessidade de novamente se repensar o sistema e suas instituições, inclusive a jurisdição constitucional.

²⁵⁹ Determinadas pelas circunstâncias do momento histórico que se vivencia, pelo contexto político, econômico, social, cultural e educacional que influencia na interpretação Constitucional e, conseqüentemente, nas decisões judiciais.

A CRFB/88, ao redimensionar o papel do Judiciário, permitiu que este atue em prol da concretização da própria Constituição²⁶⁰ por meio da atividade interpretativa²⁶¹. Esta prerrogativa tem encontrado uma boa recepção perante a opinião pública em geral, diante da crise de credibilidade, representatividade e funcionalidade que afeta os poderes constituídos, sobretudo o Legislativo. Como diz WALDRON (2003, p. 02): "Construímos, então, um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar".

Uma das causas para que isso acontecesse foram os representantes eleitos, no exercício da função legislativa, agirem contra os interesses de quem os elegeu, desrespeitando a decisão do titular da soberania. Em virtude de tais fatos, tem sido depositada no Judiciário a esperança da realização da promessa teleológica do Direito – a justiça. E sua realização recaiu especialmente na jurisdição constitucional, por meio do exercício da função precípua de garantir o cumprimento do texto constitucional²⁶². A respeito da importância de concretizar a Constituição, HESSE (1991, p. 19) explica:

Embora a Constituição não possa por si só realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder concretizar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

Conforme anota o autor, para a Constituição ser força ativa, ela deve estar na consciência geral, principalmente dos principais responsáveis pela ordem constitucional. Um ponto pouco observado e muito importante que o autor ressalta é que não se trata só da vontade de poder, mas também da vontade de Constituição. E essa vontade de Constituição pode ser interpretada tanto com a vontade da soberania popular, como com a dos que dominam “os fatores reais do poder que regem uma determinada sociedade”, conforme já advertia (LASSALE, 1933, p. 12).

²⁶⁰ A Constituição, para além de documento organizativo dos poderes constituídos e funcionamento do Estado, é instrumento de construção da cidadania no mais extenso sentido.

²⁶¹ Se forem identificadas contradições entre a norma e os valores substantivos da Constituição, podem e devem os magistrados e tribunais deixar de aplicar as puras disposições legais, mesmo que o processo legislativo não apresente nenhum vício ou incorreção do ponto de vista formal e procedimental.

²⁶² O STF não possui exclusivamente a função de guarda da Constituição. Alguns autores, a exemplo de Paulo Bonavides, opinam pela necessidade de desmembrar do Poder Judiciário a corte de justiça.

A população não pode permitir que o mal da ditadura tenha recidivas, ou melhor, reincidência, conforme a linguagem jurídica²⁶³. Desde sua época, JULIEN (1975, p. 28) já diagnosticava²⁶⁴:

O espírito democrático parece adormecido não só na maioria dos cidadãos, como nos homens encarregados do bom funcionamento das instituições. A importância do interesse geral e da justiça mais elementar foi sacrificada em favor dos interesses corporativistas fortalecidos por grupos de pressão, para desgraça dos fracos e dos desorganizados, que não têm meios de fazer ouvir sua voz [...].

O espírito da Constituição e o espírito democrático precisam ser despertados, alimentados e fortalecidos em todos os corpos humanos que habitam no Brasil, para que os bons frutos do progresso sejam colhidos por todos os cidadãos e estes possam viver dignamente, acreditando que vale a pena lutar por legitimidade democrática, tendo em vista a concretização da justiça constitucional. Como explica DIAZ (1990, p. 22):

Toda teoría de la justicia incluye, pues, desde ambas perspectivas, una teoría de la legitimidad. Y ésta, a su vez, ha de confrontarse, y completarse, y completarse, siempre y en última instancia, con aquélla, la cual – téngale esto muy en cuenta – no es tampoco algo absolutamente inmutable y estático, dado de una vez por todas. También la justicia es una construcción histórica, además de racional, pero de no idéntica textura que la legitimidad. Esta tiene más que ver, críticamente, con la legitimación, aunque en modo alguno se agote en ella; aquélla, por su parte, tiene más que ver con la argumentación racional, aunque sin olvidar que la razón no es ninguna entidad impersonal y abstracta, sino algo que se construye a través de su ejercicio por los hombres, y las mujeres, los seres humanos, en momentos concretos del tiempo y del espacio.

A jurisdição constitucional brasileira também precisa ser despertada para a necessidade de ampliar a legitimidade democrática na sua construção histórica, a fim de que tenha condições de realizar a justiça constitucional. Para auxiliar no convencimento de que é preciso transformar a jurisdição constitucional brasileira, no tópico seguinte serão apresentados os argumentos das teorias da última palavra e das teorias do diálogo.

5.1 TEORIAS DA ÚLTIMA PALAVRA E TEORIAS DO DIÁLOGO

²⁶³ A linguagem técnica e hermética utilizada pelo Judiciário, difícil de ser entendida pela população, já alcançou seu apogeu de valorização e está em declínio.

²⁶⁴ Cumprе esclarecer que este autor é francês e escreveu sua obra em 1972. A semelhança da descrição feita com a realidade brasileira contemporânea, apesar de ser mera coincidência, sinaliza que este problema acomete todos os países e em todos os tempos, por essa razão é preciso que todos os povos estejam despertos.

O objetivo das teorias da última palavra é discutir com quem deve ficar o poder de decidir, em última instância, as questões relevantes para a sociedade. Nesta perspectiva, há os teóricos que se posicionam a favor do Poder Judiciário, os que se colocam em defesa do Poder Legislativo e os que defendem o diálogo entre os Poderes.

Os defensores do Poder Legislativo para pronunciar a última palavra fundamentam suas críticas a partir do argumento de que o parlamento é o órgão legitimamente democrático por ser formado por membros eleitos pelo povo. Um autor que bem discute este argumento é MENDES (2008, p.102), para quem o Poder Legislativo é uma instituição valiosa por representar o povo. No processo de eleição dos seus representantes, todos os indivíduos que atendem aos requisitos podem votar e cada voto tem a mesma importância.

Um outro argumento em defesa do parlamento é sustentado por WALDRON (2003), argumentando que o fato do parlamento ser composto por centenas de membros constitui um obstáculo às possíveis decisões tendenciosas. Além disto, para que o Poder Legislativo tome suas decisões é necessário todo um procedimento que envolve inúmeras condições (votação dos parlamentares, quórum mínimo, etc.). Assim WALDRON (2003, p.32) se posiciona: “Não estou dizendo que tal corpo não pode ter intenções nem executar ações intencionais. Pode, mas apenas em virtude dos seus atos formalmente especificados [...]”.

O autor se refere às regras constitucionais que estipulam o que deve ser votado pelo parlamento. O outro argumento utilizado por WALDRON (2003, p.32) diz respeito à linguagem. Enquanto o Poder Judiciário possui uma linguagem essencialmente técnica, a do poder legislativo possui um caráter menos técnico, mais popular e, desta forma, mais acessível à população. Ademais, por ser composto de forma mais plural, com indivíduos de diferentes níveis sociais, presume-se haver mais dificuldades em favorecer interesses particulares de uma determinada classe social.

GARGARELLA (1997), apesar de concordar com a premissa de que os juízes, por não sofrerem pressão popular, aparentemente possuem mais independência para tomar decisões imparciais, critica a presunção de imparcialidade dos juízes. Isto, porque os principais argumentos dos defensores do Poder Judiciário são construídos com base na presunção da infalibilidade judicial e nas crises de representatividade do Poder Legislativo.

Além destes, um outro argumento muito utilizado é que o Poder Judiciário é quem protege os direitos das minorias contra as possíveis ditaduras majoritárias. Inclusive pode ser encontrado na obra de BINENBOJM (2014) ao explicar que nos países que adotaram o sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis, os eventuais conflitos políticos de índole

constitucional se resolvem por uma decisão do Tribunal Constitucional e não por meio de decisão da maioria. Foi a alternativa concebida para minimizar os riscos de que um governo da maioria fosse excludente e preconceituoso.

Conforme observa CARDOSO (2014, p.219), essa questão é controversa. Enquanto alguns sustentam que o controle de constitucionalidade é desejável exatamente pelo seu caráter contramajoritário, justificando que os direitos constitucionais não devem se sujeitar à vontade da maioria, outros criticam o *judicial review* por sua interferência na vontade majoritária.

Por considerar antidemocráticas as decisões judiciais que invalidam leis e atos governamentais, bem como as possibilidades de erro, o constitucionalismo popular não concorda que o Poder Judiciário tenha a última palavra no que diz respeito ao controle de constitucionalidade. CHAGAS (2014, p.49) afirma:

O constitucionalismo popular, nesse âmbito, busca diminuir com esses efeitos negativos, não negando a prerrogativa do Poder Judiciário de realizar o controle de constitucionalidade, mas sim afirmando que em certos casos não é ele quem deve ter a última palavra sobre a matéria, mesmo porque, a interpretação das cortes superiores pode também estar errada – assim como, pode não refletir um debate substancial sobre os valores constitucionais, e sim doutrinas interpretativas utilizadas para se chegar a um resultado.

A preocupação do constitucionalismo popular é evitar que a interpretação e aplicação da constituição, não reflitam um debate substancial sobre os valores constitucionais. Outros estudiosos deste tema, a exemplo de CARDOSO (2014), são mais radicais ao defender que a competência das Cortes e tribunais seja realizada pelo povo. CARDOSO (2014, p.220), assim expõe:

Nessa linha de raciocínio, constitucionalistas populares reivindicam basicamente uma democracia mais participativa e direta pelo povo, e são céticos e hostis frente às dinâmicas do sistema do *judicial review* norte-americano, que coloca a Suprema Corte como única legitimada para determinar o significado da Constituição.

O autor compartilha da ideia de que o governo pertence ao povo e não a seus representantes ou ao Judiciário. Ademais, o autor explica que a realidade norte-americana é bastante diversa da realidade da América Latina. Há nos EUA uma cultura liberal sólida que impediu a entrada dos autoritarismos, enquanto a história político-institucional latino-americana é marcada por governos autoritários.

Observa-se que nestes tempos de crise de legitimidade do sistema político, o encaminhamento de questões constitucionais ao Congresso Nacional, seria um risco, por isso não se recomenda. Isto porque a democracia ainda não foi consolidada, nem efetivamente incorporada na cultura, jurídica, social e política do Brasil.

MENDES (2014), ao tratar sobre o tema, argui que os membros do Poder Legislativo não assumem seu compromisso com a sociedade, se corrompem por interesses e conveniências políticas, econômicas, deixando o interesse público relegado a um plano secundário²⁶⁵. Segundo MENDES (2014, p.79):

O comportamento dos representantes é voltado, na maior parte do tempo, a satisfazer interesses imediatos de seus eleitores. Suas motivações se reduzem a uma variável simples: escolherão tudo aquilo que aumentar as chances de reeleição e de ampliar o poder individual.

Como consequência deste comportamento dos representantes, o povo brasileiro vivencia uma grande crise. A postura dos que compõem os Poderes constituídos, bem como da sociedade em geral, não tem contribuído para o fortalecimento da democracia, mas para o comprometimento ainda maior da crise de legitimidade democrática. Uma das razões desta crise deve-se ao nível de diálogo entre os três Poderes e destes, com a sociedade.

Diante das controvérsias existentes sobre qual dos poderes constituídos deve ser o detentor do poder de proferir a última palavra nos processos decisórios, considera-se mais importante enquadrar a última palavra em uma perspectiva democrática, buscando promover o diálogo entre os poderes, a fim de encontrar a melhor resposta para o problema em questão. É essa a proposta das teorias que defendem o diálogo institucional.

Mais importante que delimitar quem deve ter o poder de proferir a última palavra no processo decisório, é instituir o diálogo entre os poderes, com a finalidade de alcançar melhores resultados para a sociedade.

A forma como o diálogo entre as instituições vem sendo exercido não favorece a vitória da democracia. Diz-se que o STF vive uma crise metodológica, justamente porque ainda não encontrou um modelo de diálogo para as suas audiências, tem perdido a oportunidade de participar das audiências no legislativo, assim como de aproveitar melhor as oportunidades das audiências públicas e da participação do *amicus curiae*²⁶⁶.

As discussões no âmbito do STF são permeadas por convergências de fatores individuais e divergências sociais. Quando as circunstâncias fornecem elementos de que o melhor é recorrer à dogmática, justifica-se a atitude, desconsiderando aspectos antes

²⁶⁵ Até mesmo o conceito de interesse público vem sendo distorcido pelos que não são verdadeiramente comprometidos com a efetividade dos objetivos da CF/88.

²⁶⁶ Observa-se que este instituto, enquanto instrumento de legitimação das decisões judiciais também precisa ser ampliado, conforme foi discutido no quarto capítulo.

valorizados. Resumindo, a interpretação depende da perspectiva sócio-jurídica e política de cada julgador.

Essa atitude vem recebendo muitas críticas, assim como todo cenário de deliberação popular no Brasil. Para SILVA (2009), o diálogo entre os poderes só se torna possível a partir dos seguintes elementos: a unidade institucional, a deliberação interna e a deliberação externa. Quanto à questão da unidade institucional, o autor comenta que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal são resultado da soma dos votos individuais dos ministros, não é uma decisão como instituição, preocupada com a unidade da constituição na sua deliberação interna.

Quanto à forma de deliberação externa, evidencia-se um esforço para convencimento dos atores externos, mas os próprios ministros não conseguem se entender. Como se pode ver por meio da transmissão televisiva e da análise das decisões, há divergência entre os próprios membros do Judiciário. A respeito da deliberação interna e externa, SILVA (2009, p.210) explica:

[...] a deliberação interna envolve a troca de razões e argumentos no interior de um grupo, no intuito de fazer com que esse grupo, como um todo, decida em uma determinada direção. Já a deliberação externa consiste no esforço de convencer atores externos ao grupo. No caso dos tribunais, então, a deliberação interna diz respeito ao fluxo de argumentos entre os juizes, ou seja no interior do próprio tribunal; já a deliberação externa diz respeito ao fluxo de argumentos entre o tribunal e o mundo externo a ele.

Para o autor, a deliberação interna é capaz de promover uma unidade institucional se os argumentos divergentes forem expostos com o intuito de resultar numa convergência entre seus membros. Por sua vez, a deliberação externa promoveria o diálogo da instituição com a sociedade e os demais Poderes constituídos. Segundo SILVA (2009), se o parlamento possuir um argumento mais consonante ao interesse público pode ocorrer uma superação legislativa. Assim SILVA (2009, p.212) explica:

A possibilidade desse diálogo tem relação direta com a facilidade ou a dificuldade daquilo que se convencionou chamar de "superação legislativa" (*legislative override*), ou seja, da faculdade de o legislador rediscutir as decisões tomadas no âmbito do controle judicial de constitucionalidade e, se for o caso, de superá-las.

Segundo o autor, mesmo depois de uma decisão do STF, no âmbito do controle judicial de constitucionalidade, o parlamento pode rediscuti-la e superá-la, se for o caso. Para SILVA (2009), faz-se necessário compreender a última palavra sob uma perspectiva democrática, onde

todos os poderes possam estar envolvidos na sua construção. Destaca-se principalmente a participação da sociedade, como meio de legitimação do poder e exercício da soberania popular.

MENDES (2008), diz que a última palavra vai sendo compreendida a longo prazo, conforme as deliberações e as modificações que ocorrerem. E que esta não caberia a um órgão específico, mas ao órgão que apresentasse a melhor resposta do ponto de vista constitucional. A última palavra seria provisória, porque a decisão poderia ser repensada, encarada como um processo de busca contínua por melhores entendimentos.

Para este autor, independentemente de qual instituição tenha a última palavra, não há nada que impeça que a outra instituição responda. Num exemplo concreto, MENDES (2008) escreve:

O STF, conforme o desenho da constituição brasileira, tem a última palavra na interpretação da constituição; entretanto, mesmo depois da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, nada impede que o parlamento responda, reaja, desafie a posição do STF. É claro que tal resposta, na maioria das vezes, não ocorre no dia ou no mês seguintes, mas numa escala temporal mais espaçada, o que acaba diluindo e obscurecendo nossa percepção. Há vários exemplos disso ocorrendo na prática, e isso não pode passar despercebido. O que isso mostra? A meu ver, que a última palavra, se não é necessariamente um mito ou uma questão irrelevante, é relativa. A última palavra é, no máximo, “provisória”, e não há como escapar disso. Pensar em termos de diálogo não perde de vista a continuidade inexorável da política, a circularidade da separação de poderes. Trata-se de uma percepção da política no longo prazo.

Do comentário de MENDES (2008), pode-se perceber como é relativa, na prática, as teorias da última palavra e do diálogo interinstitucional. Mesmo por meio do diálogo, em que se vislumbra uma solução para o conflito a partir de uma perspectiva mais flexível e participativa, com o intuito de integrar ambos os poderes em uma mesma condição horizontal de diálogo.

Já SILVA (2009) reconhece que a concretização do diálogo interinstitucional no Brasil não depende apenas dos elementos constitutivos dessas teorias. Para ser possível inserir as teorias do diálogo interinstitucional à realidade brasileira, precisaria mudar o regimento interno do Supremo Tribunal Federal, superando a visão binária construída a partir das teorias da última palavra. Outra necessidade que o autor enfatiza é a de compreender o controle de constitucionalidade para além de um mero processo, mas como um procedimento legítimo, parte do jogo democrático²⁶⁷.

²⁶⁷ A crise do Judiciário brasileiro, em grande parte, decorre da crise do Supremo Tribunal Federal. E esta só será superada com mudanças no sistema de controle de constitucionalidade das leis.

Para tanto, propõe-se um redesenho institucional para o Poder Judiciário, ainda que seja necessário para todos os Poderes do Estado. O problema não é só jurídico, nem a competência para resolver é apenas do Direito. Os Poderes precisam ter condições para dialogarem entre si e com a sociedade. O modelo de diálogo institucional que se tem, se é que tem, não está atendendo eficazmente a sociedade. Esta, deve encarar esta luta consciente de que se estar a lutar por um bem valioso, como uma rica experiência de exercício da soberania popular e de empoderamento político - jurídico do cidadão.

A perspectiva horizontal na construção de uma decisão é de fundamental importância para os que defendem as teorias do diálogo. A importância do diálogo horizontal entre os poderes e destes com a sociedade também é encontrada em POU GIMÉNEZ (2011, p.244):

Las implicaciones del paradigma del diálogo horizontal entre poderes habría que añadir, en el contexto latinoamericano, algunas implicaciones de un paradigma de diálogo vertical que favorezca la participación de grupos o individuos inicialmente excluidos del diálogo político.

A participação popular é capaz de transmitir importantes indicativos para a atuação dos Poderes, inclusive ao Judiciário e a jurisdição constitucional, que ainda permanecem distantes das bases sociais, até mesmo em virtude da sua posição hierárquica no topo da pirâmide. As normas ditadas de cima para baixo são difíceis de serem entendidas por não possuírem a linguagem popular. E para elas possuírem efetividade social precisam deixar de ser deliberadas e decididas por poucos que estão nas alturas da pirâmide.

Conforme foi visto na análise feita por NINO (2003)²⁶⁸ e suas sugestões de novos arranjos institucionais e de poder, capazes de implementar decisões legítimas e práticas democráticas. O autor acredita que a transformação das instituições pode vir por meio da deliberação com os titulares do poder que são atingidos pelos processos de tomada de decisão. Uma das preocupações que o autor apresenta é com a atuação do Poder Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pela jurisdição constitucional.

Para que a jurisdição constitucional não contribua ainda mais para o colapso da democracia e promova situações de mais insegurança jurídica na sociedade brasileira, ao invés de primar pela garantia dos direitos constitucionalmente assegurados por meio de processos

²⁶⁸ Participou de forma decisiva no processo de redemocratização da Bolívia, na década de 80, e, sobretudo, na Argentina. Participou da criação do conselho para a Consolidação da Democracia e atuou como conselheiro do Presidente Raúl, na defesa dos direitos humanos e dos ideais democráticos.

democraticamente legítimos, faz-se necessário que a mesma encare a questão da legitimidade democrática. A respeito deste tema, GARGARELLA (2010, p.92) afirma:

[...] las discusiones en torno al control judicial de la constitucionalidad siguen encalladas en el tema de la baja legitimidad democrática de los jueces para desempeñar el papel que cumplen. En efecto, esta discusión es, sin duda, la más importante, duradera e inuyente de todas las que rodean al control judicial. Y ello se debe a que hoy nos resulta muy chocante que los jueces puedan cumplir un rol semejante, cuando vivimos en una sociedad democrática en la cual todos nosotros, como ciudadanos, creemos tener la capacidad y el derecho de pronunciar la última palabra respecto de todas las cuestiones constitucionales que nos afectan o interesan.

O autor ao se referir as ‘teorias da última palavra’, faz questão de ressaltar que por vivermos numa sociedade democrática, como cidadãos, temos o direito e a capacidade de pronunciar a última palavra a respeito das questões constitucionais que nos afetam direta e indiretamente, ou que por algum motivo nos desperte o interesse.

A discussão sobre se as controvérsias constitucionais devem ou não serem confiadas apenas aos onze ministros do STF, por se pressupor que estes sejam independentes, imparciais e neutros do ponto de vista axiológico, tem gerado muita polêmica. Muitos cidadãos e juristas se posicionam no sentido de não reconhecer legitimidade democrática a estes membros, alegando que alguns dos ministros do STF não possuem independência, nem são imparciais²⁶⁹.

Todos os Poderes são compostos por seres humanos falíveis, sujeitos a cair nas mesmas tentações materiais ou espirituais. Esta não é uma condição particular dos que se envolvem com o poder político. Os cidadãos que estão na condição de juízes também estão sujeitos a tais práticas²⁷⁰. Sendo assim, é precário o povo confiar e permitir que apenas onze ministros tenham o poder de decidir questões cujas consequências repercutirão na vida de milhões de pessoas. Ademais, não há um controle do desempenho dos ministros que compõem a jurisdição constitucional.

Os fatos ocorridos contemporaneamente no Brasil mostram que há muitas formas de corrupção no âmbito dos Poderes. Ademais, enquanto o Congresso Nacional, que representa o Poder Legislativo, a cada quatro ou oito anos, tem a oportunidade de se renovar, no âmbito do Poder Judiciário se espera a aposentadoria de alguém para ter alguma renovação. A respeito da relação entre o Poder Judicial, o sistema político e a sociedade, AVRITZER e FILGUEIRAS (2011, p. 357) explicam:

²⁶⁹ Da forma como funciona e como os seus ministros vêm se posicionando, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional foi posta em dúvida.

²⁷⁰ Além de já estar provado que nenhum ser humano é neutro do ponto de vista axiológico, que há elementos pré-interpretativos de ordem moral, social, educacional e psicológica que influenciam na interpretação das leis.

Existen por lo menos tres dimensiones involucradas en la relación entre el Poder Judicial, el sistema político y la sociedad civil. La primera de estas dimensiones es la pérdida de prerrogativas del Poder Legislativo y las consecuencias que esa pérdida ha tenido para la democracia brasileña. De acuerdo a la legislación, las prerrogativas del Poder Legislativo en relación al Judicial son dos. La primera está relacionada con la aprobación de procesos de nombramiento de jueces del Supremo Tribunal Federal y la segunda con los crímenes de responsabilidad.

Diante de constatações como estas, fica difícil entender o porquê de ainda se confiar nos ministros do STF e se desconfiar que apenas os parlamentares podem agir segundo seus próprios interesses. Esta situação só existe porque o poder constituinte originário assim permitiu. Este, recebeu as influências importadas do Norte do continente e do outro lado do Atlântico, que por sua vez foram visitados por liberais que por lá estudaram ou de cá buscaram referências de lá, dada a propaganda de desenvolvimento e de progresso que estes enunciam com base em critérios por eles criados e parâmetros por eles estabelecidos.

Em meio a tanta instabilidade social, na Política e no Direito, acredita-se ser possível vislumbrar uma aurora. Não é abafando os conflitos, é encarando, é participando, é o povo assumindo o protagonismo nesta cena. Uma das ilusões que esta tese combate é a visão de que a legitimidade democrática é algo consolidado, imposta pela ordem jurídica e que pressupõe consenso na sociedade. Mais importante do que chegar a um consenso, fato empiricamente impossível, quando existem muitos interesses em jogo, é respeitar a divergência social existente, a dialética das diferenças, as mudanças incessantes que ocorrem no seio da sociedade e possibilitar a abertura de espaços plurais para discussão e uma convivência em que se respeite cada um dos sujeitos envolvidos.

A abertura do Judiciário, com a ampliação da participação popular no processo e na construção do Direito, a fim de que este seja o fruto de um amplo diálogo social em interlocução institucional com os poderes constituídos, aumenta sua legitimidade democrática. A respeito deste tema, RIBEIRO e SCALABRIN (2009, p. 165) comentam:

Nesta perspectiva, o Judiciário está em franca vantagem para a implementação da democracia participativa, porquanto é o mais legitimado das três funções do Estado para realizar as promessas da modernidade. Como se o povo ativo escolhe seus governantes: legislativo e executivo? Onde estaria a legitimidade democrática do Judiciário, que não é eleito nem escolhido por esse ator decisivo que é o povo? Sua legitimação decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas de poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática, pois é através do processo, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é realmente criado (RIBEIRO, 2008, p. 63-4) e não a lei (GROSSI, 2003, p. 21). Sem falar no grau de credibilidade social que

usufrui o Judiciário quando comparado ao Executivo e ao Legislativo, pois é o mais ético deles.

No momento de redação desta tese, vive-se um tempo tenso e confuso no que pertine a esta matéria. É um tempo de crise de legitimidade democrática, em que o povo²⁷¹ não se sente representado pelos que foram eleitos como seus “legítimos” representantes. Um tempo em que o povo observa seu Estado Democrático de Direito, constitucionalmente firmado, se desviar²⁷² do que foi alicerçado na CRFB/88 e os fundamentos baluartes da democracia se tornam ainda mais difíceis de serem efetivados.

É um momento de transição, que requer luta pela efetividade dos direitos já normatizados constitucionalmente, para que a vontade soberana do povo não seja vilipendiada²⁷³, e estes assistam passivos, alienados pelos meios ideológicos utilizados pelo sistema capitalista²⁷⁴.

CAMPOS (2016), já argumentava que para os Estados constitucionais contemporâneos possam ser qualificados de democráticos, se requer mais do que teorizações e legislações normativas. Faz-se necessário estabelecer um parâmetro de legitimação adequado ao modelo democrático que faça parte do cotidiano das pessoas. Para isso, o conteúdo substancial do Direito produzido num país, deve ser pensado de forma plural, interdisciplinar, como práxis sócio-política. Vê-lo como um processo histórico inacabado e inesgotável, de caráter multifacetado, que deve sempre está buscando se legitimar e integrar-se a realidade social.

No atual contexto brasileiro, é urgente que se impulsionem essas mudanças de perspectivas²⁷⁵. Pode-se começar com uma maior interação deliberativa e uma estratégia de cooperação entre os poderes, que não comprometam a independência e a responsabilidade de cada um deles.

Enriquecer a qualidade das deliberações, possibilita, conseqüentemente, decisões mais democráticas. Uma outra alternativa para que o Poder Judiciário brasileiro, mormente a

²⁷¹ Vale esclarecer que quando se emprega a palavra “povo” se está fazendo alusão tanto a maioria numérica, como as consideradas minorias sociológicas, parcela da população que mais sofre com a privação de direitos.

²⁷² Esses desvios estão sendo cometidos pelos próprios atores que compõem os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, quando desrespeitam a Constituição vigente.

²⁷³ Diante da flagrante ilegitimidade ocorrendo no âmbito destes Poderes, eles não aceitam a pecha de ilegítimos, porque a legitimidade democrática, mesmo que nem sempre exista, é um parâmetro de análise de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. A mídia e todos os mecanismos que o sistema possui, forçam para que o povo não veja quando os Poderes estão desrespeitando, ou melhor, veja os fatos por um outro ângulo, deturpando os acontecimentos, numa manifestação real de como a força de quem tem o poder desempenha um papel fundamental na condução do Estado.

²⁷⁴ A crise não decorre apenas pelo modelo de democracia adotado, mas de muitos fatores econômicos, políticos, sociais e ideológicos, colecionados ao longo da história política.

²⁷⁵ Todos os dias e a toda hora, aparecem mais situações de crise nos países latino-americanos. Estas sinalizam que o sistema como um todo precisa passar por mudanças e ajustes nos arranjos institucionais vigentes.

jurisdição constitucional, venha a legitimar-se democraticamente é ampliando os mecanismos de participação popular nos debates e deliberações públicas nesta esfera, conforme a proposta que será desenvolvida na continuidade.

Poderá haver pessoas que criticarão veementemente as ideias defendidas nesta tese, subestimando a capacidade do povo de ter condições para bem dar conta desta proposta. Haverá também quem não concorde com as críticas aqui feitas ao Poder Judiciário e argumentarão ser uma proposta de desconstrução da jurisdição constitucional. Ainda há as pessoas que por estarem cétricas, não acreditam que possa haver uma oxigenação capaz de conferir legitimidade democrática aos Poderes, nem acredita que o Poder Judiciário possa ser o veículo que conduza a este fim, muito menos a jurisdição constitucional.

Se não é fácil imaginar, imagine admitir que a jurisdição constitucional, considerada ‘Corte Suprema’ se transforme em um espaço de exercício de cidadania, de cooperação e de deliberação. Imagina-se que esta dificuldade seja do mesmo tamanho da que admite os acordos de arranjos constitucionais ordinários celebrados nos banquetes do poder. E mais difícil ainda é continuar convivendo com estes fatos da vida real.

Entende-se que os críticos tenham e apresentem muitos motivos para contra argumentar as ideias aqui expostas. Mas quem pode afirmar quem está certo? Todas as teorias estão sujeitas a serem refutadas, algumas de imediato pela banca de avaliação, outras com o desenrolar dos acontecimentos. Todas as pessoas acreditam ter razão para se comportar da forma como lhe convém, poucos procuram compreender as razões do outro.

Sabe-se que o dissenso sobre o significado e conteúdo dos direitos, é a possibilidade que tem maiores chances de acontecer. Contudo, considera-se que é a partir do dissenso que se pode chegar ao momento de construção coletiva dos entendimentos possíveis naquele determinado momento histórico. Mesmo não alcançando um consenso, pode-se alcançar um acordo sobre o procedimento que defina o alcance dos direitos e, sobre a substância destes direitos.

COELHO (2003, p. 573), afirma que não basta um “discutível consenso de uma maioria também discutível”. E mais adiante, COELHO (2003, p. 508), diz que o consenso traduz certo grau de inconsciência do papel social dos indivíduos, por isso a legitimação social imposta pela ordem jurídica radica na alienação, com os espaços públicos para participação popular, reduzidos e as máquinas de produção de riqueza material, bem como a de produção das leis, ampliadas e concentradas nas mãos de poucos escolhidos.

Observa-se aqui, a importância de se permitir o antagonismo social e as manifestações plurais da sociedade, buscando assegurar os direitos de todos, por meio do respeito à dignidade

que cada um encerra²⁷⁶. Quanto mais respeitado for o povo, mais respeitável será o Estado que o representa. Quanto maior for o desrespeito à soberania popular, mais enfraquecido também estará o Estado, por carecer de legitimidade democrática.

BARREDA (2011, p. 268 - 270) também compreende a democracia como um modo particular de relação entre Estado e cidadãos e entre os próprios cidadãos. A participação popular nas decisões políticas e jurídicas que implicam direta ou indiretamente na vida da sociedade é uma importante expressão da saúde democrática²⁷⁷.

A importância de incluir a participação popular consciente e independente nos processos de tomada de decisão dos Poderes, além de evitar a concentração de poder e atender aos critérios utilizados para aferição do grau de democracia que um país possui, empodera a população e a capacita para o exercício da cidadania ativa e responsável.

Falta despertar uma crença na legitimidade democrática, a partir da consciência de que o poder é do povo, e sendo assim, é ele quem deve exercer a missão de guardião da Constituição, de vigiar os vigias e/ou até mesmo de errar por último. Sabe-se que a cidadania política foi reprimida pelo sistema capitalista e sua ilusão de progresso pela estratégia de trabalho e consumo que limitou o tempo da população para o exercício da cidadania.

A desculpa de que o povo é ignorante ou mal intencionado, serviu e continua servindo para não permitir que os mesmos, se capacite e seja capaz de articular uma ação organizada capaz de exercer pressão sobre o sistema²⁷⁸. Enquanto isso, o “esquema” organizado, coloca o povo contra ele próprio, para que desconfie de suas capacidades e confie seus destinos nas mãos de quem na maioria dos casos nem conhece, não se identificam com suas dores, e assim procedem insensíveis aos seus interesses. E sem conhecer as pessoas envolvidas nos conflitos que diariamente são judicializados, fica mais fácil aplicar a lei dos opressores²⁷⁹. MACHADO FAGUNDES (2015, p. 305- 306) já dizia que:

Os campos jurídicos são permeados por elementos que não existem nos cálculos cientificistas do sistema do Direito estatal moderno e nem mesmo

²⁷⁶ Chama-se a atenção para a importância do respeito neste processo, porque é respeitando uns aos outros em todos os momentos do movimento de expansão do universo e dos seres vivos, que o ser humano evolui moral e materialmente.

²⁷⁷ Para o autor, a qualidade de uma democracia também se mede pela existência de um sistema legal que tem efetivos direitos políticos, liberdades civis e mecanismos de redução de contas.

²⁷⁸ Utilizam de todas as ferramentas possibilitadas pelo Direito e pela Política. Estas, sempre estiveram reservadas para uso da classe dominante e sua ideologia que incute a ideia de despreparo do povo para lidar com assuntos públicos.

²⁷⁹ Estes, sem poder usar a força física da matéria, resolveu delegar esta função ao Estado para usar a força da lei criada nas suas estruturas de poder viciadas e operadas por quem venceu as eleições, os concursos, etcétera. Convêm-lhes permanecer obedientes as regras do jogo e indiferentes as dores dos que não tiveram a oportunidade de vencer, a quem não foram permitidas as condições intelectuais e econômicas para reagir aos meios de controle ideológicos.

qualquer tipo de teorização científica dos doutrinadores da área poderia enquadrar em um resultado exato para suas pretensões teóricas.

Mesmo sem a pretensão teórica de saber com absoluta certeza qual caminho para se chegar ao aperfeiçoamento das instituições que compõem o Estado Democrático de Direito no Brasil, ousa-se afirmar que para se alcançar o caminho, primeiro tem que se passar pela reflexão dos problemas atuais que evidenciaram a variabilidade e a vulnerabilidade da democracia que se tem na realidade brasileira. Um segundo ponto que é necessário encarar é o da valorização de uma cidadania que desperte a vontade de participar dos assuntos públicos. Sem passar por estes pontos, o contexto institucional-político e jurídico continuará carente de legitimidade democrática e não se chegará ao aperfeiçoamento das instituições.

A análise feita por NINO (2003)²⁸⁰ nos capítulos anteriormente estudados e suas sugestões de novos arranjos institucionais e de poder, servem para implementar decisões legítimas e práticas democráticas. Esta é uma preocupação que tem ocupado muitos estudiosos.

Questiona-se também a inexistência de avaliação e acompanhamento constantes por parte dos titulares da soberania, a fim de saber se os Poderes constituídos estão atuando em conformidade com a Constituição. E em caso de respostas negativas, quem controla os representantes do povo que estão no exercício dos poderes Legislativo e Executivo? E ainda, quem controla o Judiciário?

Em resposta a estes questionamentos, serve-nos a hipótese apresentada no projeto, qual seja, para que o Poder Judiciário adquira legitimidade democrática é preciso que seja ampliada a participação popular nos debates e deliberações públicas nesta esfera, conforme foi e continuará ser argumentado no decorrer deste trabalho.

Recuperar o poder constituinte e não mais confiar a definição do que é a constituição a um governo de juízes²⁸¹, sem que exista canais idôneos para controlar suas decisões, faz parte do ideal republicano que prima pela saúde cívica do País.

Segundo VILLANOVA (1978, p. 36), o que dá origem aos poderes materializados nos órgãos e em suas diferentes e interligadas funções, é a constituição, a qual é elaborada pelo poder constituinte originário, que depende das condições históricas. Assim VILLANOVA (1978, p. 27), explica:

²⁸⁰ O referido autor participou de forma decisiva no processo de redemocratização da Bolívia, na década de 80, e, sobretudo, na Argentina. Participou da criação do conselho para a Consolidação da Democracia e atuou como conselheiro do Presidente Raúl na defesa dos direitos humanos e dos ideais democráticos.

²⁸¹ Lenio Streck, em comunicação verbal feita no XXII Congresso Nacional do CONPEDI realizado em São Paulo – SP no mês de novembro de 2013, apelidou este modelo de “juristocracia”, numa invocação de uma suposta supremacia judicial em detrimento da soberania popular.

Cada poder constituinte que sobreveio [...] foi condicionado pela tradição histórica: foi este um limite extraconstitucional, a demonstrar que, histórica e sociologicamente, inexistiu ilimitação ao pretendido poder absoluto do legislador constituinte. Limita-o, contextualiza-o a circunstância social, política, econômica, ideológica: limita-o a textura histórica em que ele irremediavelmente se encontra. No final das contas, o que se perpetua através de um órgão do poder [...] é a nação mesma. É a nação mesma [...], é ela que se revela ou se manifesta, pois tomada de posição política, em substância, é a concepção do direito através deste modo como se realiza a justiça. Política, sim, porque é através do poder que o direito e a prestação da justiça se efetivam. A politicidade é inerente ao poder, mesmo ao mais despolítico, como o poder de dizer o justo nas relações jurídicas contenciosas.

Segundo o autor supracitado, todo poder constituinte é limitado pelas condições extraconstitucionais impostas pela tradição histórica e suas circunstâncias sociais, políticas, econômicas e ideológicas. Assim também ocorre com a concepção do Direito, o poder de decidir as demandas jurídicas e a forma de se realizar a justiça, atos de legislação e atos jurisdicionais, todos são atos de órgãos imediatamente constitucionais. Por isso, todos são considerados atos políticos e dependem da posição do poder político. Essa é a razão para o autor afirmar que todos os atos de poder são políticos por definição, ou seja, são constitucionalmente políticos. Nesta perspectiva, BARBOZA (2007, p. 209) escreve:

[...] cumpre asseverar que sendo a Constituição um documento político, caberá, sim, ao Judiciário tomar algumas opções políticas, as quais, entretanto, deverão ser fundamentadas em princípios escolhidos pelo próprio povo no momento constituinte[...].

Para a autora, ao afirmar que a Constituição é um documento político, confere ao Judiciário tomar opções políticas, desde que estas estejam consonantes aos princípios escolhidos pela soberania popular. Neste mesmo sentido, MACHADO FAGUNDES (2015, p. 50), também argui que se o STF exerce função política, é porque esta é inerente aos órgãos do poder público.

O exercício da função política no STF ocorre quando este Tribunal é chamado a posicionar-se em relação ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em face da Constituição brasileira promulgada em 1988, de onde advêm seu poder e autoridade, observando-se os limites por esta estabelecidos. Como esses limites são fixados por normas abertas, a crítica que se faz é que a exemplo da Constituição norte-americana, a CRFB/88 acaba sendo o que os ministros do STF declararem o que ela é por meio da hermenêutica constitucional.

PASTOR (2007, p. 42), ao reafirmar que o poder constituinte é o *'pueblo soberano'*, diz que este ao manifestar sua vontade por meio de um referendo, validando o trabalho da

Assembleia Constituinte eleita, sujeita os poderes constituídos a se submeterem ao que foi decidido. Para o autor, o poder constituinte é uma questão de soberania popular. E os demais poderes não podem se sobrepor ao que foi decidido pela soberania popular. Por esta razão, os limites do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, devem ser estabelecidas pelo poder constituinte.

Concorda-se com NINO (2003) ao ponderar que a legitimidade democrática dos poderes constituídos varia de acordo com o processo de discussão coletiva que o colocou no poder e das bases dos processos de tomada de decisão. Quando esses processos são viciados e não incluem todos, a democracia é sacrificada. Entende-se que isso acontece porque o valor epistêmico de uma democracia exige que haja a participação popular no processo de discussão e de tomada de decisões no âmbito de todos os poderes, inclusive do Judiciário.

Por isso, defende-se que as formas de legitimação precisam ser reinventadas para incluir os sujeitos sociais. Nesta perspectiva, WOLKMER (2001, p. 81) afirma: “a concretização da legitimidade supõe a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com o justo advogados pela sociedade”. Para o Direito ser produto de uma decisão do STF e ser legítimo, espera-se que este garanta as condições de exercício da democracia no processo de construção social constante.

A jurisdição constitucional deve procurar meios que favoreçam formas democráticas de participação e que tragam, na medida do possível, os cidadãos para as discussões sobre os assuntos que repercutirão na vida pública da sociedade. A questão é saber se o Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional sintonizada com o espírito da Constituição e se seus ministros possuem legitimidade democrática para tanto.

A implementação de medidas para democratização do Poder Judiciário é um desafio com muitas implicações no campo social, político e jurídico, que abre horizontes de possibilidades alternativas na interpretação do Direito. Essa compreensão é reforçada com o exame do posicionamento de DUSSEL (2009, p. 424):

El Principio democrático regirá todos los procedimientos de la Asamblea constituyente, todos los capítulos de la posible Constitución, del enunciado de los derechos, de la diferenciación de los Poderes (la potestas). Es evidente que jugará un papel paradigmático en los procedimientos normativos del Poder legislativo, en los Parlamentos o cuerpos del Estado donde la discursividad crítica, las razones, la aceptación de los argumentos jugará un papel fundamental. La filosofía nació como retórica junto al ágora ateniense y como control racional para el ejercicio empírico del Principio democrático: el logar consenso a partir de argumentaciones políticas de participantes simétricos afectados por lo tratado. Pero igualmente deberá penetrar todo el sistema del derecho, los cuerpos de jueces, los procedimientos de aplicación de las leyes.

El «estado de derecho», como hemos indicado, es en realidad el momento legal del horizonte de la legitimidad que crea el Principio democrático en la vida política de una comunidad.

A luta por procedimentos democráticos no Direito precisa ser encarada como uma prática libertadora das condições impostas pelo processo colonizador e seus costumes de práticas indignas. Superar o imperialismo e o império do Direito que permite muitos povos serem oprimidos pelo sistema²⁸²continuará sendo o grande desafio enquanto as estruturas dos Poderes não forem democratizadas e enquanto o povo não assumir a sua soberania. É no horizonte da legitimidade democrática que se visualiza a erradicação das diversas formas de exclusão existentes na dimensão material da sociedade.

Neste trabalho, entende-se que a justiça constitucional se realiza quando as decisões dos Poderes constituídos, cada qual na sua esfera de competência, estão consonantes com a vontade do titular do Poder Constituinte e firmes no propósito de garantir a efetividade dos princípios consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil e alcançar os objetivos nela propostos. E uma forma de resolver o dilema entre o princípio democrático e o controle de constitucionalidade é democratizando a jurisdição constitucional.

Nesta perspectiva, surge a pergunta: que contribuição os cidadãos, principalmente os que lidam com o Direito, podem dar para que aconteça uma ampla revolução pacífica e democrática na sociedade, que torne possível a democratização do Poder Judiciário? No sentido de contribuir, passa-se a dissertar a respeito da sugestão de criação de uma teoria denominada de ‘Teoria do Controle Democrático de Constitucionalidade’, a ser realizada por um ‘Conselho Constitucional Plural’, com o objetivo de suprir a carência de legitimidade democrática.

5.2 TEORIA DO CONTROLE DEMOCRÁTICO DE CONSTITUCIONALIDADE - PROPOSTA DE CRIAÇÃO DE UM CONSELHO CONSTITUCIONAL PLURAL PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Partindo do pressuposto que o STF não pode funcionar como uma instância isolada, como se seus membros bastassem a si mesmos, e precisa ter por fundamento a legitimidade democrática, apresenta-se uma proposta à Jurisdição Constitucional brasileira, qual seja, a

²⁸² Cumpre ressaltar a confusão que existe entre maioria social e maioria política. Muitas vezes, o que se chama de minoria são maioria social, a exemplo dos indígenas na Bolívia, entre outros. E uma das funções da jurisdição constitucional é evitar os abusos da maioria política contra minorias sociais, como os indígenas no Brasil.

abertura responsável do seu campo à participação popular, possibilitando a inserção de atores de outras áreas do saber nas interpretações e dicções do Direito²⁸³.

Está na hora de ser criado um órgão de controle da constitucionalidade coerente com as profundas transformações que os povos latino-americanos estão vivenciando, pautado no princípio da legitimidade democrática²⁸⁴. Estes povos, e em especial o povo brasileiro, precisam vivenciar uma renovação teórica e prática, legitimada democraticamente, capaz de romper com o processo de dominação e alienação da população, para que possam redescobrir seus mais profundos anseios de liberdade, igualdade e fraternidade.

A democracia não se reduz a um método. As propostas teóricas não resolvem os problemas de ordem prática, precisam do engajamento social e do compromisso de todos nas políticas descolonizantes. Concorda-se com SANTOS (2003), de que é necessário passar de uma percepção da democracia como método de constituição de governos para olhar a democracia como prática social. Esta, não pode se restringir a servir ao mercado capitalista, proporcionando aos que controlam as instâncias do poder, o direito de subjugar os que por estas são controlados, por meio das instituições políticas e jurídicas, que muitas vezes contribuem para aumentar os conflitos sociais ao invés de restaurá-los.

Para que políticas públicas compensatórias da desigualdade venham ter efetividade e atinja seus propósitos, não é suficiente que se adote um regime de governo democrático²⁸⁵. É necessário que os problemas sejam levados à discussão na sociedade, que esta participe do procedimento de escolha das políticas prioritárias a serem executadas, enfrente as contradições e os antagonismos que um processo de natureza democrática promove e fiscalize sua execução; ainda que esta metodologia de trabalho apresente uma complexidade superior aos métodos convencionais comumente aplicados.

Entende-se que um Estado Democrático de Direito não foi pensado para privilegiar uma parte, dando-lhe o poder de determinar a vida do outro, enquanto os outros permanecem passivos e desarticulados pela exclusão social, pela alienação ou acomodação diante do

²⁸³ Utilize-se a expressão “uma alternativa” por entender que existem outras formas da jurisdição constitucional se legitimar democraticamente, esta é uma alternativa apresentada nesta tese.

²⁸⁴ Esses processos pelos quais passa o Brasil, porque parecem ser comuns, não despertam o interesse de uma grande parte da população, que vive mais preocupada em satisfazer as necessidades na esfera particular. Estes subestimam a capacidade de desintegração que tais processos são capazes de causar, trivializando os sinais de consequências funestas para a democracia.

²⁸⁵ A democracia não garante a efetividade das políticas públicas e não se reduz a um regime. Até em um Estado mínimo pode haver políticas públicas a exemplo da política de segurança que geralmente é executada como a principal política do Estado, da qual participam os três poderes constituídos. Assim, como esta, as políticas públicas compensatórias das desigualdades sociais não devem ser tratadas como ações de um governo em que os adversários torcem para não dar certo. Devem ser encaradas como políticas de Estado e cada um dos três poderes, cada qual na sua esfera de competência, trabalhar no sentido de assegurar sua efetividade e eficiência.

desrespeito a sua condição de sujeito social e individual. Essa situação só apresenta possibilidades de ser revertida mediante um aprofundamento da democracia constitucional.

Num regime democrático não deve haver divisão entre atores e expectadores, todos podem exercer uma cidadania ativa na luta por um mundo em que a justiça constitucional se efetive²⁸⁶. O exercício da cidadania não é uma reserva do sistema político representativo de governo, é para ser exercido em todas as estruturas de poder, assim como a interpretação constitucional também não pode ser encarada como uma reserva dos juristas. Esse monopólio do poder de interpretação e decisão acarreta que a jurisdição constitucional se distancie não só do constitucionalismo democrático, mas da complexidade do mundo da vida²⁸⁷.

O objetivo é reestruturar a democracia em curso, fortalecê-la e ampliá-la, favorecendo a emancipação social. Na América Latina, já existem experiências de democracia participativa. São movimentos sociais organizados, compostos por mulheres, negros, trabalhadores, minorias étnicas, homossexuais, e outros, que exigem maior participação nas tomadas de decisões políticas, forçando os agentes estatais a adotar uma postura diferente da verticalidade tradicional. Contudo, esses movimentos sofrem tentativas de enfraquecimento protagonizadas pelos poderes públicos e econômicos que os impossibilitam de realizar os potenciais emancipatórios do regime democrático.

Outro exemplo de democracia participativa em curso, digna de ser melhor conhecida e implementada por outras esferas do Estado brasileiro, tal como o Poder Judiciário, e, quiçá, adequada ao âmbito de suas competências, diz respeito ao orçamento participativo, que vem sendo implementado em alguns municípios brasileiros. Para SANTOS (2003), o orçamento participativo resultou do processo de redemocratização do Brasil. É um mecanismo que tenta compatibilizar a participação/deliberação e o poder público.

Objetivando fortalecer a legitimidade dos membros que compõem a instância superior do Poder Judiciário brasileiro e, com isso, oxigenar o pensamento e as práticas dos que estão no exercício da função de decidir as demandas de competência da jurisdição constitucional, como já foi apresentado no decorrer desta tese, a proposta é a criação de um Conselho Constitucional Plural (CCP) de interpretes do direito, como forma de viabilizar o controle democrático de constitucionalidade.

²⁸⁶ Muitas das conquistas que as Constituições de ideal democrático proclamam, continuam no campo do ideal, distante dos que esperam se alimentar de algo concreto, assim como dos que enfrentam a dura realidade de desigualdades no seu dia-a-dia. Mas nutridos pela esperança de que a justiça proclamada na Constituição se torne realidade.

²⁸⁷ Essa é uma das razões pelas quais se cogita proibir às pessoas que possuem tatuagem de prestarem concurso público.

Para tanto, observa-se a necessidade de se construir uma ‘teoria do controle democrático de constitucionalidade’, com mecanismos de legitimação democrática das decisões que possam repercutir na sociedade e implicar em deliberações políticas, bem como nas interpretações instituidoras de novos sentidos para o Direito.

Cumpra esclarecer que a criação deste conselho não impede que sejam ampliados outros mecanismos de democracia participativa já existentes, como as deliberações em conselhos locais (ou municipais), em conselhos estaduais (ou regionais) e em conselhos nacionais. Assim como, as formas de participação popular, como por exemplo: os plebiscitos, referendos ou outras consultas, utilizando os recursos da tecnologia para aferir a opinião pública, sempre que uma decisão for proferida. Também se sugere que nas assembleias municipais e regionais, a participação seja facultada a todos os membros da comunidade, sendo as regras de deliberação e decisão definidas pelos próprios participantes.

Para que este Conselho Constitucional Plural (CCP) seja um órgão que atenda aos ditames da CRFB/88, de forma essencialmente legítima, em contraposição ao de formato aristocrático²⁸⁸, que depois de nomeados ministros, estes se distanciam do povo, faz-se necessário que o mesmo seja democrático.

Conforme foi mostrado no decorrer do quarto capítulo desta tese, os tribunais constitucionais e os demais tribunais superiores apresentam características antidemocráticas. São órgãos colegiados, compostos em média por 9 a 16 membros, com mandatos de no mínimo nove anos e em alguns países vitalícios. A maioria exige a formação jurídica e não existe paridade, a exemplo do STF no Brasil²⁸⁹, que apesar das naturais divergências que os ministros tenham entre si, possuem a mesma formação jurídica e cultural. Ademais, são todos nomeados por meio de um procedimento político em que o povo não tem o direito de participar. Mas, como sua legitimidade decorre da atual Constituição brasileira e se pressupõe que esta representa a vontade do povo, por ter sido “elaborada pelo poder constituinte originário”, a sociedade se vê obrigada a aceitar como sendo uma legitimidade indireta.

Contrariando a tendência contemporânea de privilegiar o sistema de controle concentrado, por entender que o Conselho Constitucional pode exercer um papel de promover o equilíbrio entre os poderes, uma espécie de poder moderador, como o poder do rei no império,

²⁸⁸ Utiliza-se essa expressão no sentido de comparar o STF com um governo de poucos cidadãos importantes que deliberam em nome do interesse de todos.

²⁸⁹ Apenas depois da Constituição de 1988 foi que o então presidente ‘Lula’ veio indicar a primeira-ministra mulher, o que representou um avanço, conforme foi comentado no quarto capítulo desta tese.

a proposta é que a ‘teoria do controle democrático de constitucionalidade’, esteja alicerçada na pluralidade cultural existente na sociedade brasileira.

A própria expressão ‘Corte’, utilizada comumente em referência ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, sugere um império do Direito, formado por um governo de juízes²⁹⁰. Esta tese contesta este entendimento, por isso, sugere a modificação do nome de referência e deferência desta, e defende que o órgão hierarquicamente superior deve ser expressão da soberania popular²⁹¹.

Quanto à alteração do nome de Supremo Tribunal Federal (STF) para Conselho Constitucional Plural (CCP), existem muitas propostas de emendas à Constituição com conteúdo semelhante, a exemplo da PEC 275/2013 apresentada pela deputada Luiza Erundina, que propôs a nomenclatura “Corte Constitucional”. Ademais, também existem juristas, acadêmicos e pesquisadores que escrevem a respeito de propostas neste sentido, ou seja, que reconhecem a necessidade de se modificar a estrutura ultrapassada da jurisdição constitucional, a exemplo do que se problematiza nesta tese. No entanto, ressalta-se que nenhuma das proposituras de emenda à Constituição fundamentam-se em critérios de legitimação democrática, incluindo a ampliação da participação popular, com a presença de atores não jurídicos²⁹².

Portanto, pode-se afirmar que o caráter inovador desta proposta está na inclusão de atores não jurídicos com poder deliberativo, de voz e de voto, ou seja, com poder decisório, diferentemente do que acontece nas audiências públicas e na participação do *amicus curiae* no âmbito do STF. Ademais, na proposta que se apresenta, não se exige o “notório saber jurídico”, e inspira-se na “epistemologia do Sul”, reafirmando a importância da ampliação do diálogo e da participação popular a fim de conferir efetiva legitimidade democrática à jurisdição constitucional, com decisões menos centralizadas.

Para GARGARELLA (1997), embora os juízes não sofram pressões populares, nada os impede de tomar suas decisões de forma tendenciosa. E, ao comentar a respeito do elitismo

²⁹⁰ Entre os atores principais deste espetáculo exibido em horário nobre pelas redes de comunicação, estão os juízes, mormente os mais poderosos deles, que são os ministros do STF. Estes atuam como intérpretes da Constituição, fechados para não se contaminarem com a sociedade e manter a imparcialidade diante dos fatos, como se por traz da máscara de ministro não existisse um cidadão, do ponto de vista humano igual a todos os demais, inclusive no quesito falibilidade.

²⁹¹ Os representantes indicados para compor o Conselho Constitucional Plural, não seriam assalariados, apenas receberiam uma ajuda financeira para custear passagens, estadia e diárias para as demais despesas com alimentação, no período em que fossem convocados.

²⁹² Os atores não jurídicos, teriam direito a uma assessoria jurídica, composta por juristas aprovados em concurso público de provas e títulos, específico para esta função junto ao CCP. Estes assessores jurídicos devem ser maiores de 30 anos com o mínimo de três anos no exercício da profissão de advogado, fariam parte do quadro de funcionários permanentes e receberiam salários.

epistemológico, o autor não exclui a possibilidade de que os juízes ao tomar suas decisões de forma isolada deixem de levar em consideração fatores importantes na resolução dos conflitos. GARGARELLA (1997, p. 65) comenta:

En efecto, en las consideraciones anteriores se afirma implícitamente que la reflexión aislada e individual (o en pequeños grupos) de los jueces, en materia de cuestiones constitucionales, nos garantiza la toma de decisiones imparciales de un modo más apropiado que la misma discusión colectiva. Sin embargo, los proponentes de tal postura deben dar razones de por qué dicha forma de razonamiento nos acerca más a la toma de una decisión imparcial que un procedimiento que, en cambio, involucre más directamente a todos los potencialmente afectados por la decisión a tomarse.

Para o autor, não é razoável que não tenha uma participação da comunidade no processo de decisão judicial, já que não há garantia alguma de que a decisão individualizada de um pequeno grupo de juízes seja mais imparcial que aquela gerada através de uma deliberação coletiva, onde todos possuem algum interesse no conflito²⁹³. Nesta mesma perspectiva GODOY (2015, p. 107), se posiciona:

A interpretação da Constituição não pode ser objeto exclusivo do Poder Judiciário e tampouco a ele cabe a última palavra sobre o significado da Constituição. O conteúdo, os alcances e limites dos direitos fundamentais, da própria Constituição, são definidos e redefinidos todos os dias por diversos atores, pelos representantes do povo que interpretam e aplicam a Constituição ao elaborar leis e políticas públicas que irão dar concretude às previsões constitucionais; pelo Poder Judiciário que ao emitir suas decisões também exibe a sua compreensão sobre o significado da Constituição e suas normas; pelo povo, pelos movimentos sociais e demais instituições.

Defende-se que o povo tem competência para pensar no melhor para sua sociedade, porque possui legitimidade para tanto. A própria Constituição afirma que a soberania pertence ao povo, mormente numa república democrática de direito.

Considerando que os poderes constituídos estão corrompidos e viciados por seus próprios interesses, paulatinamente, a população vem entendendo que só com a participação popular é que as deliberações serão legítimas na ótica da democracia²⁹⁴. Nesta tese acredita-se que é por meio da participação popular que o Poder Judiciário poderá avançar no seu processo

²⁹³ Esclarecendo que para o autor não seria razoável que não houvesse uma participação da comunidade no processo de decisão judicial.

²⁹⁴ Observa-se que a fronteira entre o que é permitido aos poderes fazer e o que é vedado está cada dia mais frágil. As decisões proferidas pelo sistema de justiça são imprevisíveis, porque além de não ter leis fundamentando todas as decisões, devido o problema das lacunas, ainda tem o problema das antinomias, que são os casos em que existem conflitos entre as leis, o problema das leis anacrônicas. Nestes casos, se constata que por inúmeras vezes os juízes justificam estar se utilizando da abertura interpretativa da hermenêutica constitucional para decidir, motivados por questões contingenciais, sejam elas econômicas, políticas, morais ou religiosas, o que tem causado problemas para a ordem jurídica, política e social.

de legitimação democrática, já que a ausência de legitimidade pode ser configurada como um estado de exceção permanente perpetrado dentro de um regime que se denomina de democrático.

Se os critérios técnicos-legais já não são os mais importantes a serem observados, não faz diferença se quem está examinando tenha ou não “notável saber jurídico”²⁹⁵. E como o Direito é um fenômeno que estabelece uma relação de interdependência com outros ramos do saber, propõe-se que pessoas de outras áreas do conhecimento possam ser incluídas na composição do órgão.

Cumpre esclarecer que não se está fazendo apologia ao arbítrio, nem advogando que no CCP seja dispensada a observância de critérios técnicos-legais. O que se entende é que não pode ser criada uma normatização jurídica, conforme o entendimento dos membros do Judiciário, à revelia do povo, que é onde está o fundamento da democracia. A discricionariedade forte, que se confunde com arbitrariedade, provoca a indesejável insegurança jurídica na sociedade.

Que Estado Democrático de Direito é esse em que o povo não sabe quais as regras do jogo? Essas regras precisam ser bem definidas, públicas e respeitadas, ter os procedimentos simplificados, para que as pessoas possam compreender e tomar parte, ao invés de se transformar em jogos de interesses dos quais a maior parte da população não participa.

Os membros do Conselho Constitucional Plural devem trabalhar no sentido de garantir o cumprimento do ordenamento constitucional, e não modelá-lo segundo suas convicções ideológicas. Mas, quem serão estes denominados atores sociais que farão parte do processo de interpretação e de construção do sentido das normas jurídicas? Serão indivíduos que podem possuir saber jurídico, assim como outros saberes científicos ou culturais, no caso de representantes das comunidades tradicionais²⁹⁶.

Os diálogos multidisciplinares e interculturais vão ampliar e qualificar o debate, por ter uma maior representatividade da sociedade. Ademais, podem proporcionar uma reflexão dialógica que complemente o sentido das matérias discutidas, ampliando a visão para enxergar e compreender a totalidade das questões que dizem respeito aos interesses da sociedade, além de desenvolver a solidariedade entre os intelectuais orgânicos e a cooperação entre estes.

²⁹⁵ Ao utilizarem as funções institucionais da linguagem jurídica, para demonstrar seu “notável saber jurídico”, algumas vezes, privilegiando a perspectiva legalista estrita, em outras desprezando-a, deixam os telespectadores aturdidos sem entender o que acontece. E diante do intrigante espetáculo, só os resta escolher aplaudir ou vaiar os atores principais, esquecendo-se da responsabilidade dos atores coadjuvantes e da própria plateia na manutenção do espetáculo que agenda fazer uma turnê principalmente pela América Latina.

²⁹⁶ Na continuidade deste tópico será detalhado como será a composição do órgão sugerido.

A justificativa de que os atores sociais não estão aptos a discutir e deliberar sobre os grandes temas que os atingem, serve como desculpa desde a época dos filósofos na Grécia. Este argumento é utilizado para que a sociedade continue sendo administrada por um pequeno número de pessoas que ocupam as posições hierarquicamente superiores nas estruturas dos poderes constituídos, enquanto os demais se limitam a obedecer resignadamente as leis por eles decididas.

Sabe-se das dificuldades desta proposta, mas concorda-se com ARISTÓTELES (1991), quando na obra ‘Ética a Nicômaco’ ensina que a virtude não é uma qualidade inata da alma humana, mas uma disposição que pode ser adquirida se os seres humanos praticarem atos que os desenvolvam e os tornem melhores. ARISTÓTELES (1991, p.30), já dizia que o propósito de todo legislador é tornar bons os cidadãos por meio de hábitos que lhes incutem, e quem não logra tal desiderato falha no desempenho da sua missão.

Do mesmo modo que nos tornamos justos pela prática de ações justas, também o legislador é esse tipo de homem que deve estar imbuído do propósito de fazer com que os cidadãos ajam corretamente. É para isso que a lei existe! Assim, ARISTÓTELES (1991, p. 110), assevera:

Com efeito, a justiça existe apenas entre homens cujas relações mútuas são governadas pela lei; e a lei existe para os homens entre os quais há injustiça, pois a justiça legal é a discriminação do justo e do injusto. E, havendo injustiça entre homens, também há ações injustas (se bem que do fato de ocorrerem ações injustas entre eles nem sempre se pode inferir que haja injustiça), e estas consistem em atribuir demasiado a si próprio das coisas boas em si, e demasiado pouco das coisas más em si.

Acredita-se que é por meio do exercício da cidadania, que as pessoas aprenderão a ser cidadãos mais justos e a querer o melhor para todos. Para Aristóteles, o homem como animal político só pode alcançar a excelência na condição de cidadão, por isso ele defende o humanismo cívico e a participação ativa do povo. Nesta caminhada, os cidadãos podem exercer esta função de grande responsabilidade, ‘usurpada dos deuses’, que é a função de julgar²⁹⁷.

Um julgamento, na esfera de um Conselho Constitucional Plural, chamaria a atenção dos destinatários das decisões e produziria um efeito educativo na sociedade. O diálogo entre os saberes e culturas, ou seja, multidisciplinar e intercultural, também possibilita um exercício democrático no campo empírico. Além de possibilitar o exercício da democracia como um processo socialmente inclusivo, oportuniza todos os sujeitos de direito a participar dos

²⁹⁷ Não é preciso ser escriba, nem fariseu, homens considerados muito ciosos dos seus compromissos e que cumpriam a risca todos os mandamentos da lei humana e divina, sendo eles considerados pessoas frias e calculistas no julgamento dos seus semelhantes, por se focarem apenas nos aspectos objetivos, não levando em conta as subjetividades que envolvem cada situação específica.

processos decisórios, com os indivíduos tomando parte e reconhecendo sua co-responsabilidade diante dos conflitos, bem como do desfecho das demandas que envolvem a sociedade em que vivem.

Os debates, possivelmente, seriam mais fecundos em razão da relação interdisciplinar ser mais compreensiva e utilizar uma linguagem acessível a todos. Ademais, seria um processo democrático mais confiável por não está fundamentado apenas no ponto de vista de uma categoria de saber que pode dizer o que é ou não é Direito, o que está ou não de acordo com os preceitos da Justiça, o que é ou não constitucional.

Entre as vantagens de um conselho com bases multidisciplinar e intercultural, está a importância de valorizar todos os saberes e culturas, principalmente os descoloniais e transdisciplinares para o fortalecimento dos princípios da igualdade e da dignidade dos indivíduos no desempenho dos papéis que ocupam numa sociedade plural.

Trata-se de uma arquitetura interdisciplinar, que vai além do campo jurídico e abrange autores de outras áreas do saber, legitimados por novas subjetividades, redefinindo a cidadania²⁹⁸, para que os sujeitos ausentes das deliberações públicas não sejam propositalmente esquecidos. Essa necessidade de um novo desenho institucional deve-se ao fato do formato atual favorecer as elites.

Os indivíduos de saberes e culturas diferentes por serem iguais em humanidade, possuem direitos e deveres em relação a si mesmos, a sua sociedade e ao seu Estado. Este direito/dever de responsabilidade humana, precisa ser exercido com espírito de solidariedade e fraternidade. Todos os sujeitos precisam se perceber capazes de dizer o que é o Direito e colocá-lo a serviço da transformação social e dos reclames da Justiça.

Há muito, vive-se com o problema de se saber o que é o Direito no âmbito da pluralidade social e quem o define, haja vista que, muitas vezes, são adotadas teorias que seguem um modelo diferenciado da realidade local, pensado em outra realidade histórica e para outro contexto geopolítico, que acaba sendo mimetizado na colonialidade do saber jurídico. Diante disso, evidencia-se a necessidade de uma ressignificação destes modelos, que passam pela inclusão de saberes descoloniais, já que não deve existir sobreposição ou hierarquização dos saberes²⁹⁹ e dos conhecimentos culturais.

²⁹⁸ O exercício da cidadania era eleger seus representantes para que estes deliberassem e decidissem os assuntos de interesse público. A ideia contemporânea é que o cidadão deve ser sujeito deliberante e participante ativo no processo de decisão das questões públicas que os afeta, sentindo-se corresponsável pelo controle da administração pública. E inclusive, ser este um critério que confere legitimidade a administração pública.

²⁹⁹ Numa democracia não deve haver superposição de poderes, é a soberania popular que deve ter o protagonismo na história.

Nesta perspectiva, conforme foi estudado no capítulo III, o novo constitucionalismo latino-americano vem contribuindo para resignificar os modelos de justiça de alguns países da América Latina. A Constituição do Equador (2008), assim como a Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia (2009) implementaram importantes mudanças no sentido de avançar no processo de descolonização e promover a justiça constitucional, a partir da ampliação da participação popular, estabelecendo um maior controle social³⁰⁰.

Na busca pela resolução dos conflitos, deve-se partir das condições reais da vida na dinâmica de cada sociedade. Defende-se uma estrutura formada a partir do contexto regional das raízes culturais latino-americanas, que expressem a diversidade desta parte do continente, já que os sistemas importados adotados não deram conta das facticidades culturais da América Latina e não cumpriram suas promessas de desenvolvimento³⁰¹.

A participação popular é um exercício da cidadania política, do direito de liberdade positiva e de igualdade formal, ou seja de garantia dos direitos fundamentais assegurados na lei maior de cada país. Acredita-se que só assim, os sujeitos passam a entender a realidade e despertam da cegueira parcial³⁰² que acomete a sociedade e os Poderes constituídos durante séculos. Paulatinamente, vão se percebendo as negligências diante de questões essenciais para a população e os tantos equívocos e desonestidade cometidos, intencionalmente ou não³⁰³.

Por isso, enfatiza-se a importância da participação efetiva dos indivíduos nas instituições sociais, nas organizações populares de base. Os indivíduos não devem ficar na expectativa, esperando para que um dia, a possibilidade de participação vislumbrada na lei se concretize. É fundamental que essa participação se expanda como prática histórica, ampliando a dimensão democrática na mediação dos interesses coletivos, aproveitando as possibilidades previstas nas constituições contemporâneas.

Uma das questões importantes para a viabilidade desta proposta é assumir a dimensão política da jurisdição constitucional. Conforme foi apresentado no tópico anterior, muitos autores concordam que o controle de constitucionalidade das leis apresenta uma dimensão política e jurídica, a exemplo de CITTADINO (2013, p. 63-64) que expõe:

³⁰⁰ O artigo 178 da Constituição da Bolívia dispõe que o poder de atribuir justiça emana do povo. Ademais, deve se sustentar nos princípios da independência, imparcialidade, seguridade jurídica, publicidade, probidade, celeridade, gratuidade, pluralismo jurídico, interculturalidade, equidade, serviço à sociedade, participação cidadã, harmonia social e respeito aos direitos.

³⁰¹ Sem desprezar o arcabouço teórico produzido na América do Norte e na Europa, sociedades que se encontram em um outro estágio de desenvolvimento educacional, social, científico e econômico, apesar de pertencerem ao mesmo moderno mundo ocidental e sofrerem com problemas comuns ao sistema de produção capitalista e seu modelo de democracia liberal.

³⁰² Utiliza-se essa expressão porque quando os que estão no poder querem enxergar o povo, eles conseguem.

³⁰³ Este tema não será aprofundado por não ser objeto direto da tese. Mas, considera-se importante citá-lo por ter implicações com a discussão da crise de legitimidade democrática.

Com a definição do caráter político do Supremo Tribunal Federal, fecha-se o círculo que caracteriza a dimensão comunitária do ordenamento constitucional brasileiro. A realização dos valores constitucionais e a efetivação do sistema de direitos fundamentais vai depender, por um lado, da participação jurídico-política de uma ampla comunidade de intérpretes, dotada de instrumentos processuais inibidores das omissões do poder público, e, por outro, de uma hermenêutica constitucional que, ultrapassando o formalismo positivista, introduza uma consideração de ordem axiológica na tarefa de interpretação da Constituição.

A autora defende o papel político do Supremo Tribunal Federal, e que o mesmo adote procedimentos interpretativos para proferir decisões à luz dos valores consubstanciados na Constituição Federal de 1988, a fim de que haja a efetivação dos direitos fundamentais. E segundo ela, para que isso ocorra, depende de dois fatores, quais sejam: a participação jurídico-política de uma ampla comunidade de intérpretes da Constituição e de uma hermenêutica constitucional que supere o formalismo positivista. E acresce CITTADINO (2013, p. 68):

Parece não restar dúvida de que o constitucionalismo ‘comunitário’ brasileiro, especialmente no que diz respeito ao tema da jurisdição constitucional, luta por um Poder Judiciário cujo papel fundamental seja o de ajustar o ideal ‘comunitário’ dos valores compartilhados à realidade constitucional. Esperam do Judiciário uma ação de inclusão dos excluídos, ‘concretizando a Constituição’, como advoga Canotilho, ou, nas palavras de José Afonso da Silva, ‘realizando o sistema de direitos constitucionais’, para eliminar as perversas divisões sociais que caracterizam a sociedade brasileira.

De acordo com a autora, pode-se aferir que existe um constitucionalismo ‘comunitário’ no Brasil e que este luta para que o Poder Judiciário, mormente, a jurisdição constitucional, assumira sua função de ajustar o ideal ‘comunitário’ dos valores compartilhados pela sociedade à realidade constitucional. E se o ingrediente político não pode faltar, que se respeite o pluralismo político e social.

A proposta é reconfigurar a jurisdição constitucional, sem que a mesma deixe de ser um órgão hierarquicamente superior do sistema jurídico. As suas decisões precisam ser atreladas aos princípios constitucionais fundamentais, base argumentativa necessária que impeça o retrocesso e permita que as disputas políticas e ideológicas, que têm tomado conta do sistema político, não promovam uma atuação arbitrária dos membros dos sistemas, político e jurídico.

O que se tem certeza é que os atores que têm representado os poderes constituídos não vêm atendendo ao que a sociedade espera. Diante dessa realidade, vislumbra-se uma oportunidade para que ocorram mudanças no sentido de se adotar um modelo que favoreça uma perspectiva de legitimidade democrática. Para que isso aconteça, é preciso que essas mudanças

sejam implementadas com base na perspectiva de uma filosofia da libertação e de uma visão plural do Direito.

A decisão do povo exprime a forma dos sujeitos entenderem a realidade a sua volta, o substrato coletivo das consciências em cada dado momento histórico que o seu país atravessa. Um dia chegará o entendimento do que todos os indivíduos devem realizar para alcançar o bem comum, o que possibilitará existir uma conciliação das contradições da multiplicidade dos interesses dos seus cidadãos.

Assim como Rousseau, acredita-se que o homem é bom, o que o torna corruptível é o sistema capitalista. Que existem condições de se encontrar a solução para os problemas que afligem os povos. Que a soberania do povo é inalienável e indivisível. É a vontade humana que determina sua história. Na obra “O contrato social”, ROUSSEAU (1983, p.22), escreve: “o homem nasce livre, e por toda parte está acorrentado. Muitos pensam que são os senhores de outros, enquanto, na realidade, são mais escravos ainda que os outros”.

Os conflitos de perspectivas são a marca das sociedades contemporâneas, por isso não se pode afirmar com quem está a razão e a verdade. Depende da perspectiva de quem está vendo e por onde ver, do ser social que determinou a alcance da visão de cada um. Por isso, sugere-se que indicações para o Conselho Constitucional Plural sejam discutidos com todos os seguimentos sociais e que os critérios organizacionais estabelecidos sejam resultado do diálogo entre os conselhos especializados nas áreas do conhecimento³⁰⁴ científico e dos saberes culturais.

Sugere-se que seja adotado um mandato com prazo determinado de quatro anos, sendo permitido apenas uma recondução imediata, devendo observar um interstício de quatro anos para submissão a uma nova candidatura. Como também, que atendam ao critério de paridade, devendo ser indicado um homem e uma mulher, e ainda, um suplente para cada um, do mesmo sexo³⁰⁵. E nos casos de diferença entre o sexo biológico e o gênero assumido, deve ser respeitado àquele pelo qual o indivíduo se identificar.

A eletividade e a alternância substituiriam a atual vitaliciedade dos membros do STF. Ainda, nesta mesma perspectiva, todos os componentes da CCP deverão se submeter a um

³⁰⁴ Os atores passariam por um processo eletivo nas entidades que representam e prestariam conta de sua atuação às mesmas.

³⁰⁵ Por exemplo, a OAB indicaria dois nomes para titular e para suplente observando a alternância de gênero. Quando um membro não puder comparecer à sessão, poderá ser substituído pelo suplente. Os membros indicados paritariamente pelas suas associações se revezariam alternadamente um homem e uma mulher de forma de se reunir, na medida do possível, com uma formação paritária em todos os julgamentos e deliberações.

processo de avaliação de desempenho por parte de seus pares e ficam sujeitos a ter o mandato revogado, caso não cumpram com dignidade a missão que lhes foi confiada³⁰⁶.

A cada matéria levada ao julgamento no CCP, os representantes das entidades sociais deverão reunir-se com os seus respectivos pares para discussão prévia do tema. A partir de tais reuniões, o representante da classe terá que levar ao CCP à temática da forma como fora discutida com os membros da entidade, expondo os argumentos majoritários e contra majoritários, visando ao enfrentamento de ideias que acontecem e seguramente acontecerão de forma continuada até o momento de dar por concluído o processo. É assim que ocorrem as mudanças, a sociedade empodera-se e progride por meio de um saudável exercício democrático.

Para se evitar o acúmulo de processos, o Conselho Constitucional Plural, pode coexistir com o Supremo Tribunal Federal. As competências do artigo 101, da Constituição da República Federativa do Brasil seriam redefinidas. O Conselho Constitucional Plural ficaria com a competência para realizar o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos³⁰⁷.

Cumprir explicar que se está a descrever algumas ideias, a fim de tornar mais clara a proposta. No entanto, a estrutura orgânica do Conselho Constitucional Plural, a elaboração do seu regimento interno, bem como as atribuições comuns dos seus titulares e respectivos suplentes, as atribuições específicas dos assessores jurídicos e as atribuições da secretaria geral e da secretária para cada comissão temática, deverão ser discutidas e decididas na plenária do Conselho Constitucional Plural, por todos os seus membros³⁰⁸.

É importante que seja criado uma secretária para cada comissão, um secretariado de tecnologia da informação para o conselho; um secretário de planejamento orçamentário para as questões administrativas ligadas às finanças e o pagamento das ajudas de custo dos conselheiros, entre outras providências necessárias³⁰⁹.

Os membros do Conselho, ao início das reuniões – todas estas deverão ser públicas -, devem se comprometer a colaborar de forma ativa e verdadeira para a concepção das finalidades da sessão, salvaguardando e promovendo os princípios constitucionais da Constituição da

³⁰⁶ Cada representante tem o dever de informar ao órgão que representa a sua participação nas sessões, juntando a documentação pertinente, bem como em sua ausência, e o suplente deve fazer o mesmo.

³⁰⁷ Teria competência para processar e julgar originariamente ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo Federal; ação de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³⁰⁸ Pelo grau de responsabilidade que a função enseja, sugere-se que os membros devem ser maiores de 30 anos com o mínimo de 5 anos no exercício da profissão ou atuação no grupo que representa.

³⁰⁹ Sugere-se que os gastos de funcionamento do Conselho Constitucional Plural sejam custeados pelo Poder Judiciário.

República Federativa do Brasil. Caso o membro não cumpra com seus compromissos e obrigações poderá ser revogado seu direito de representação e convocado um outro membro ao mesmo órgão que este pertence. Contudo, não poderão ser perseguidos e/ou punidos, por opiniões e votos³¹⁰.

Pode ser argumentado que se o STF passasse a desempenhar apenas o papel de Corte Constitucional, ele poderia ser desvinculado do Poder Judiciário, como acontece com algumas Cortes Constitucionais na Europa. A ideia de criação de uma Corte Constitucional desvinculada de uma Corte Suprema, com uma maior autonomia e de formação diversificada, composta por docentes e profissionais, já foi pensada e posta em prática em alguns países, conforme mencionado nos capítulos anteriores. Mas não é esta a proposta, porque isso levaria ao fortalecimento do poder dos ministros que compõem a denominada ‘Suprema Corte’, não fortaleceria a soberania popular e não resolveria o problema da crise de legitimidade democrática. Esta é a razão de não se concordar que se confira ao STF o *status* de Corte Constitucional.

As comissões temáticas serviriam para substituir as atuais turmas do STF³¹¹. Sugere-se que sejam criadas comissões, dentre as quais: a comissão das Comunidades tradicionais formada por antropólogo, sociólogo, historiador, geógrafo e os membros das Comunidades tradicionais, quilombolas e indígenas. Uma comissão para tratar das liberdades civis e políticas, composta por representantes da OAB, do Conselho da magistratura, da Defensoria Pública, da procuradoria do Ministério Público, professores universitários. Uma comissão para questões que envolvem interesses transindividuais, competente para decidir as questões de trabalho, consumo e meio ambiente, que seria composta por um representante do Decon, Procon, da representação sindical dos trabalhadores e dos empregadores, ambientalistas, economistas, professores universitários³¹².

Estas comissões funcionariam de forma semelhantes às que realizam o controle preventivo da constitucionalidade das leis no âmbito do Poder Legislativo. Por exemplo, quando fosse ser discutida matéria constitucional que diz respeito a bioética, biodireito,

³¹⁰ A presidência e vice- da Assembleia geral do Conselho constitucional plural seria escolhida pela plenária do mesmo. Decorrido um ano de mandato, haveria um revezamento com um membro de outro sexo. Deverá ser elaborada a ata de todas as seções das comissões. Quem não concordar com o que está na ata pode juntar sua opinião e anexar a ata. Não seria admitido o recurso de vista que atrasa as deliberações.

³¹¹ Cada comitê teria cinco membros que seriam convocados para as reuniões e poderia admitir mais representantes da sociedade, estes não teriam suas despesas custeadas e seriam admitidos nos moldes do *amicus curiae*.

³¹² As demandas seriam previamente discutidas e aprovadas pelas suas respectivas comissões temáticas. As demandas que fossem aprovadas pelo quórum determinado não precisariam ser discutidas no plenário. Para ser discutida no plenário, com todos os conselheiros, em parte ou na totalidade precisaria assinatura de dois terços dos membros.

relacionados às ciências biomédicas, leis relacionadas a reprodução humana, pesquisas biomédicas, saúde mental, doação de órgãos, transplante, que envolvem questões éticas que o avanço das tecnociências têm provocado, a comissão seria formada por médicos, psicólogos, filósofos, juristas e professores das ciências biomédicas³¹³. Tais comissões não terão membros permanentes, mas escolhidos à medida do surgimento de novas demandas, composta por um conselheiro relator da matéria, um de defesa e seus auxiliares.

Após as discussões nas comissões, encaminhar-se-ão ao Plenário, onde o conselho popular ouve a matéria, pergunta, discute, vota e com o auxílio dos assessores concursados para esta função, redige a decisão em termos técnicos - jurídicos. Este momento pode ser utilizado para ampliação do debate com a sociedade em geral, sendo a tecnologia um instrumento adequado para saber a opinião dos demais cidadãos.

Estas comissões plurais possibilitam o intercâmbio de conhecimentos, bem como o diagnóstico dos conflitos existentes nas sociedades para que as leis tenham maior eficácia social. Os membros do Conselho Constitucional Plural estariam mais conectados com as demandas por estas serem pertinentes a sua área de estudo e atuação. Ademais, estariam inseridos na complexidade e dinamismo da sociedade, ao contrário dos ministros do atual formato que pertencem a uma aristocracia e a uma elite cultural formada com base nos mesmos parâmetros.

A presença da organização social no CCP é de fundamental importância no processo de mediação dos interesses coletivos dos indivíduos. Por isso, os indivíduos devem ter a possibilidade concreta e não abstrata de participar efetivamente dessas instituições, e não ficarem na expectativa, esperando para que um dia, a possibilidade abstrata vislumbrada na lei, concretize-se.

Entende-se que as decisões devem observar as exigências dos princípios constitucionais fundamentais e éticos da sociedade. Neste sentido, surge o questionamento: o Direito tem a função de normatizar os efeitos da revolução biotecnológica sobre a sociedade? Para o Poder Judiciário dar esta resposta em nome da sociedade e estabelecer regras, precisa ter legitimidade democrática para tanto. Por isso, essas questões devem ser avaliadas à luz dos princípios morais constitucionalizados. Os avanços da ciência não podem ter a pretensão de legitimidade apenas pelos progressos que prometem, mas têm valores sociais que foram alçados a princípios

³¹³ A divisão em comissões temáticas permitiria que houvesse uma maior interação entre os membros do Conselho, agrupando-os nas mais variadas áreas sociais, o que permitiriam uma ampliação da análise dos temas, de tal forma que os assuntos deverão ser discutidos a partir de diversas perspectivas do conhecimento.

constitucionais que objetivam defender a dignidade da pessoa humana que devem ser considerados nesses julgamentos.

A proposta poderá se tornar viável por meio de Emenda Constitucional. Também não se descarta a possibilidade deste Conselho Constitucional Plural ser criado por uma Assembleia Constitucional Constituinte extraordinária e exclusiva. Somente o debate democrático poderá amadurecer esta proposta, discussão esta, que deve englobar a comunidade científica e a sociedade em geral.

Ao invés do protagonismo do Judiciário limitar o debate sobre a política, o que normalmente acontece, essa proposta de democratização da jurisdição constitucional tem o intuito de ampliar o debate na esfera política, quanto na jurídica. Precisa-se descobrir o que realmente limita o povo de exercer seu poder. O modelo tradicional de racionalidade técnico-formal pode ser suplantado pelo modelo crítico interdisciplinar na racionalidade emancipatória³¹⁴.

Sabe-se que esta é uma frente de batalha difícil de ser encarada, já que a perspectiva é dos conflitos sociais serem intermináveis. Mas se não existirem cidadãos dispostos a encará-los, a justiça não triunfará e os conflitos continuarão matando, torturando, perseguindo os considerados subalternos.

O desencantamento pela democracia não contribui para melhorar, só deixa a decisão a cargo dos que estão institucionalizados no poder e os benefícios que dele podem aferir. A irresponsabilidade dos que não se importam, contribui para que não se alcance melhores resultados. No que diz respeito às dificuldades que se tem para alcançar este desiderato, uma delas deve-se ao fato de vivermos em um mundo de disputas políticas e ideológicas. Estas disputas devem ser superadas por uma sociedade fundamentada nos princípios e em práticas de cooperação e solidariedade. É a união que deverá nos conduzir para alcançarmos a paz e o verdadeiro desenvolvimento que se precisa neste mundo.

Diante do exposto, muitas são as razões que justificam a apresentação desta proposta, em nível teórico e prático. O fato de não existir um diálogo institucional profícuo, com respeito e espírito de cooperação entre os poderes; a incoerência que há em afirmar que se vive em uma república democrática e o povo não participar; o STF não se submeter ao escrutínio público; a

³¹⁴ Como o conceito de povo envolve uma realidade conflituosa, é necessário cuidado com a participação popular para não se legitimar um discurso conservador. Questões como o direito dos refugiados podem facilmente serem levadas a um debate xenofóbico e nacionalista extremista, condição de retrocesso e degradação dos direitos humanos já conquistados internacionalmente. Por isso a necessária limitação e apego aos princípios constitucionais fundamentais e dos preceitos éticos internacionalmente protegidos pelos organismos de defesa dos direitos humanos.

necessidade de ter quem controle o STF; de se ter um órgão de controle social que não seja ‘colonizado’ por partidos políticos, e sim por verdadeiros representantes das organizações sociais.

Enfim, pode-se afirmar que a hipótese do projeto de pesquisa desta tese se confirmou. É preciso democratizar o Poder Judiciário para que este inclua a participação popular no seu processo de legitimidade democrática. E a proposta é criar um Conselho Constitucional Plural (CCP), composto por atores que representem a pluralidade da sociedade e dos conhecimentos, com poder decisório, atuando cooperativamente no intercâmbio de saberes, porque é o povo a fonte de onde brota o Direito e toda autêntica democracia.

CONCLUSÃO

Nos países de regime democrático, a busca da legitimidade democrática é permanente e constante, já que a sociedade está a cada dia mais complexa e reivindica que as instituições se legitimem ou siga adiante com o processo de legitimação, em atenção às novas exigências sociais.

Conforme foi abordado no primeiro capítulo, a expressão legitimidade democrática está constantemente sendo empregada em alusão ao sistema jurídico-político. Apesar de poder ser tratada distintamente, apresenta-se como um ponto de conexão entre o campo da Política e do Direito.

Observou-se que a expressão e o sentido da legitimidade democrática foram sendo moldados dependendo das necessidades de manutenção do sistema que tem o poder de direcionar as teorias científicas de cada época e utilizá-las de modo que sirvam para justificar as ações tomadas pelos Poderes. Em virtude disso, contemporaneamente, convive-se com conceituações múltiplas de legitimidade³¹⁵.

O exame da temática: “A participação popular no processo de legitimação democrática do judiciário brasileiro” leva a admitir que apesar da mesma ser constantemente invocada nos discursos jurídicos e políticos, não tem norteado a tomada de decisões no mundo fático. As decisões na Política e no Direito não são fundamentadas na vontade soberana do povo. Por isso, as leis, constantemente vem servindo para atender aos imperativos dos interesses do sistema capitalista.

A ideologia dominante ainda aceita que os Poderes constituídos tomem decisões ilegítimas e difunde na sociedade que esta é uma discussão inútil, insuperável. Este pensamento tem o objetivo de reprimir o desejo de mudança, ao invés de transmitir a esperança e deixar florescer as sementes que podem auxiliar o processo de legitimidade democrática, bem como o crescimento e alcance dos Poderes da *res pública*.

O povo, por sua vez, observa a carência de legitimidade, à medida em que os Poderes tomam decisões em desacordo com a lei e mitigam cada vez mais as possibilidades de participação popular no espaço público. Uma das muitas promessas que a modernidade ainda não cumpriu foi a de promover um Estado Democrático de Direito, o que tem causado mal estar e desconfiança na sociedade.

³¹⁵ Por ser um vocábulo considerado análogo, além do entendimento fornecido pela ciência jurídica e pela ciência política, há outros. Contudo, sua essência permanece inalterada.

Pode-se afirmar, que no Brasil, a democracia constitucional ainda não está consolidada. Os indivíduos não acreditam se é possível viver num Estado Democrático de Direito e esse descrédito tem levado ao desinteresse na participação política e o debilitamento dos escassos mecanismos democráticos existentes nesta esfera. Esse é um dos fatores que permite e possibilita que os Poderes constituídos continuem atuando sem legitimidade, apesar desta ser teorizada como um dos critérios utilizados para aferição do grau de democracia que um país possui, bem como de todos se acharem, teoricamente, conhecedores de como deve funcionar o poder numa república democrática.

Neste contexto, por vezes a legitimidade democrática é vista como um critério de validade do Direito vigente, um critério procedimental a ser utilizado, por outro, como um princípio substancial decorrente do ideal de justiça reconhecido pela vontade popular, capaz de conferir estabilidade e sustentabilidade ao Direito.

Na parte em que esta pesquisa tratou dos modelos de democracia, percebe-se que a despeito da mesma ter se transformado num *standard* de perfeição dos regimes políticos, por apresentar-se como único modelo compatível com os direitos humanos e capaz de evitar o retrocesso social. Na realidade, estes nunca funcionaram como um modelo perfeito, simples de ser realizado e aprovado por todos, ou que pudesse ser reduzido numa fórmula ou num conceito com pretensão de validade atemporal e independente do contexto social e político.

A democracia que o sistema capitalista permitiu que se desenvolvesse no Ocidente, serviu para legitimar os interesses de quem ocupava o poder em cada época e atuar a serviço deste sistema. Neste âmbito, a ciência do Direito, respaldando sua autoridade na lei, com suas instituições que compõem o aparato estatal do Poder Judiciário, historicamente, também foi criada para legitimar e defender os interesses dos privilegiados pelo sistema, de quem este tradicionalmente esteve a serviço.

A panorâmica de como ocorreu a “evolução do princípio democrático”, realizada a partir da retrospectiva histórica das experiências democráticas no Ocidente, demonstrada com o estudo da digressão histórica sobre os modelos de democracia, explica os problemas atuais e revela como as patologias difíceis de serem curadas foram tomando conta da *res pública*.

Observa-se que há controvérsias sobre quem são os atores habilitados a participar dos espaços democráticos, sendo que a demarcação das competências decisórias destes espaços é uma questão dos que estão no exercício do poder e perdura desde os primeiros momentos em que se tentou estabelecer a chamada ordem social democrática.

Em maior ou menor nível, o Estado recorre às muitas formas de violência em nome desta ‘ordem’. A violência é uma prática perpetrada pelo conjunto dos meios disponíveis a

serviço dos que manipulam o sistema social em vigor. Qualquer semelhança com a realidade contemporânea nos países latino-americanos não é mera coincidência, são resquícios de uma cultura colonial e da concentração de poder da classe dominante que nunca permitiu que realmente, igualdade, justiça e democracia se realizem em sua plenitude.

A questão não está em teorizar se a democracia significa o governo legitimado pelo povo. É a efetiva participação deste que confere legitimidade ao Estado e às suas instituições, a fim de se evitar os abusos e desequilíbrios aos quais toda sociedade está sujeita. Não se nega a importância da democracia ser, teoricamente, um paradigma dos Estados de Direito modernos, mas afirma-se a insuficiência da força que esta teorização possui na prática cotidiana do capital financeiro que comanda o mundo material.

Todavia, o que se conclui do estudo realizado no primeiro capítulo é que: a consolidação da legitimidade democrática vem desafiando o entendimento de estudiosos ao longo de séculos, porque esta depende da compreensão do Direito na temporalidade histórica; sempre ocorreram violências à soberania popular; a compreensão dessa questão decorre da posição política e jurídica em cada contexto histórico e cultural. Por isso, é urgente que haja uma ressignificação teórica e prática deste conceito.

No segundo capítulo foi estudado de que maneira a dimensão democrática foi sendo fortalecida e ampliada pelas constituições. Do balanço da relação entre ‘constitucionalismos e democracia’, constatou-se que sempre existiu uma tensão entre ambos, devido a democracia estar associada ao autogoverno popular e o constitucionalismo à defesa de direitos envolvendo decisões contramajoritárias, tomadas para além dos espaços de decisão da representação da maioria, a fim de proteger as minorias.

Este fato não conclui que o constitucionalismo seja incompatível com a democracia. Constitucionalismo e democracia são interfaces do Direito e da Política. Estes fazem parte da mesma face estatal e devem coexistir em nome da defesa do mesmo corpo social de maneira contextualizada. Para enfrentar a descontextualização existente propugna-se a superação da tensão entre o constitucionalismo liberal e a fraca democracia, vislumbrando um horizonte com constitucionalismos pluralistas e democracias fortes, vivenciados na vida cotidiana e não somente no plano teórico.

Embora haja uma tensão estabelecida entre a Política e o Direito, que dá a impressão da incompatibilidade entre ambos - como se para existir mais democracia tenha que ter menos constitucionalismo e para haver mais constitucionalismo tenha que ter menos democracia - garantir a democracia e o constitucionalismo é um processo sempre inacabado e conflitivo de co-responsabilidade da soberania popular.

Percebem-se os paradoxos que envolvem a questão, quando se reconhece a conexão entre a soberania popular e a legitimidade democrática. Há limitações na visão analítica do Direito e da Política, que ainda não enfrentou essa questão com profundidade na academia, nem muito menos na esfera pública. Isso porque estar-se tratando de uma questão que revela a necessidade de ressignificação prática.

O que deveria ser superado é a ideologia de que o Direito é monopólio do Estado, criado por benesse de quem exerce o poder de fato. Que estes ‘privilegiados’ por alguma razão têm o merecimento, em detrimento dos demais, que necessitam de proteção, por permanecerem às margens do sistema, que em tese pode ser desfrutado por ‘todos’.

Na continuidade, quando examina-se a ‘Legitimidade e legitimação da jurisdição constitucional no limite com a judicialização da política e o ativismo judicial’, a fim de perscrutar o que levou a jurisdição constitucional decidir questões que outrora eram tratadas na esfera política, afere-se que apesar da jurisdição constitucional possuir a competência conferida pela Constituição, para o exercício das atribuições por ela estabelecidas, que é o que lhe confere legitimidade democrática, faltam procedimentos de controle e acompanhamento destas atividades. As pessoas que desempenham essas funções, não possuem o poder para moldar a constituição conforme a conveniência circunstancial de cada momento histórico.

No terceiro capítulo, foram apresentadas experiências realizadas em países latino - americanos, de realidades semelhantes às do Brasil, em alguns aspectos. Das discussões realizadas a respeito das contribuições das experiências democráticas em curso, principalmente no Equador e na Bolívia, afere-se que estes países se nortearam por uma concepção plural de democracia. Ambos procuraram superar as limitações dos modelos de democracia liberal e introduziram importantes avanços em suas experiências de democracia: representativa, direta, deliberativa e comunitária, apesar de todas as investidas desonestas que dificultam-nas a efetivação na prática.

Verifica-se que os modelos democráticos liberais em curso, precisam ser aperfeiçoados e ampliados os seus mecanismos de participação popular nos processos decisórios de todos os poderes constituídos. É na medida em que vão sendo ampliados estes mecanismos de participação popular, que as comunidades vão compartilhando do sentimento de responsabilização, vão acompanhando o exercício dos Poderes, dialogando com estes, e, assim, viabilizando seu processo de legitimação democrática.

Por meio da utilização de uma metodologia que respeita a realidade plural da América Latina, numa perspectiva descolonial e emancipatória, estes países ampliaram os mecanismos políticos e jurídicos de participação popular com o objetivo de promover a igualdade formal e

material, procurando garantir o respeito aos seus direitos fundamentais e acreditando na realização da justiça constitucional e nas possibilidades de sua consolidação.

O esforço de perscrutar essas experiências, especialmente da Bolívia e do Equador, foi por acreditar que as mudanças implementadas por estes países podem contribuir no aprofundamento das reflexões sobre a democracia dentro do campo jurídico latino-americano. Para que o Poder Judiciário possa legitimar-se e desenvolver seu potencial de participação na construção conjunta de um Direito que permita a participação efetiva não apenas dos sujeitos nas demandas processuais, como também nas discussões inerentes às questões constitucionais e políticas.

Ainda acredita-se ser possível instrumentalizar a estrutura democrática com novos elementos e mecanismos de participação popular sugeridos pelo novo constitucionalismo latino-americano. Contemporaneamente, percebe-se que o campo jurídico vem se abrindo à reflexão do Direito a partir da realidade latino-americana. A partir de elementos que se irradiam da Filosofia da Libertação, busca novas perspectivas para o processo de legitimação democrática e novos horizontes para os povos da América Latina. Até mesmo na área da medicina, o povo tem a opção de buscar a cura em outras formas de medicina popular, mas na seara da Justiça, as possibilidades são restritas pelo monismo jurídico.

A transformação do sistema jurídico herdado do colonizador exige um esforço conjunto da sociedade. Fala-se da necessidade de se reinventar a estrutura social, política, econômica, cultural, educacional, mas não se fala da importância de se reinventar o sistema jurídico, não por achá-lo perfeito, mas por este parecer intocável.

Nas últimas três décadas do século XX, os Estados latino-americanos caminharam no sentido de avançar no processo de descolonização por meio do antagonismo contra-hegemônico protagonizado pelos movimentos sociais. Os povos da América Latina despertaram para a necessidade de uma nova formação jurídica de matriz latino-americana. Contudo, ainda não se pode afirmar que os avanços no sentido do rompimento com a colonialidade epistêmica e na transcendência dos limites do monismo jurídico, que desde sua concepção é antidemocrático, sejam realmente significativos.

Essa realidade não é apenas da Bolívia e do Equador, mas da maioria dos Estados latino-americanos que passaram pelo mesmo processo de colonização e posterior “independência”. Uma mudança de perspectiva e de racionalidade para entender a forma como devem manifestar e reconhecer os processos sociais no espaço multiétnico da América Latina, mudaria os dogmas reproduzidos pelo Estado e pelas teorias jurídicas. E essas mudanças ensejam uma nova relação entre Estado e sociedade, novas institucionalidades baseadas em amplos mecanismos de

participação popular a fim de consolidar os processos de legitimação democrática dos poderes constituídos nestes Estados.

O novo constitucionalismo latino-americano, com o seu ideal de legitimidade democrática, ainda tem um longo caminho a percorrer até ver consolidada na prática sua teoria. Contemporaneamente, observa-se que para os povos latino-americanos, o Estado Democrático de Direito ainda é um projeto em construção que se insiste em acreditar. E para vê-lo concretizado é preciso reestabelecer o poder da soberania popular e resgatar a força transformadora e normativa da Constituição. Ademais, que a jurisdição constitucional exerça sua missão constitucional de fiscalizar a constitucionalidade das leis e garanta a aplicabilidade dos direitos fundamentais, ou seja, trabalhe no sentido de concretizar a Justiça Constitucional.

O atual contexto latino-americano demanda uma nova configuração do Estado e suas instituições. Os novos sujeitos de direitos - a natureza, os povos tradicionais, os movimentos sociais - requerem uma nova forma de relação destes com o Estado, o Direito e a Sociedade. As relações sociais e jurídicas que engendram das novas constituições latino-americanas, são desafiadoras no contexto das sociedades capitalistas contemporâneas.

Para os países latino-americanos pós-coloniais, ainda tratados como a periferia do mundo ocidental, a legitimidade democrática é fundamental para todos os seus povos, por isso a mesma deve ser observada pelas instituições políticas e jurídicas, ou seja, deve ser adotada como uma norma de garantia para todos os povos, controlando os impulsos de quem pensa que por ocupar cargos na hierarquia dos Poderes, pode dispor destes, estrategicamente, segundo seus interesses egoístas.

A barganha política dos interesses partidários oportunistas continua sendo um desafio a ser superado em toda a América Latina. Vive-se uma fase de transição, em que não mais se permite a submissão velada do povo oprimido pelo processo colonizador, mas ainda não estão estabelecidos os mecanismos de resistência ao neocolonizador que, como seus antecessores, apresenta-se em nome do progresso, da civilização e da modernidade.

Enfim, o novo constitucionalismo latino-americano se propõe a lutar para restabelecer a dignidade dos seus povos por meio do Direito como instrumento de ação social. Se a prática está corrompida pela globalização dos interesses capitalistas, é outra investigação a ser feita. Nesta, conclui-se que as contribuições do novo constitucionalismo latino-americano, no que diz respeito à ampliação dos instrumentos de participação popular, são consideradas como conquistas a serem valorizadas.

No quarto capítulo, os estudos realizados acerca da participação do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira, sem desmerecer sua importância para a abertura

democrática do STF, constataram que a forma adotada possui limitações que o impedem de ter uma maior eficiência. Uma delas é o fato dos pareceres apresentados não terem força vinculativa, o que faz com que exerçam pouca diferença no momento da decidibilidade dos conflitos.

Verificou-se que os juízes e tribunais sempre exerceram um papel político relevante na sociedade brasileira. Seja no período colonial ou como Nação independente de Portugal e, principalmente, na trajetória republicana. A escolha política da cúpula do Poder Judiciário sempre comprometeu a imparcialidade dos seus membros em momentos decisórios que envolvem questões de natureza política. Esses problemas convidam a repensar as estruturas e o controle social que se tem. Se a sociedade entende que os julgamentos e decisões proferidos pelos ministros do STF sejam respeitadas como lei, este órgão precisa ser democratizado.

Observa-se que dificilmente se encontrará um país que considere perfeito o processo de escolha dos seus juízes constitucionais e plenamente satisfeito com suas decisões. Nos Estados Unidos da América há acordos políticos para a nomeação de seus juízes e a Constituição não estabelece critérios para a seleção dos juízes da Suprema Corte. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, reconhece a necessidade de uma reforma que inclua a participação de todos os partidos representados no Parlamento.

No caso brasileiro, as formas democráticas tradicionalmente conhecidas e experimentadas ao longo dos 517 anos de herança colonialista, não deram conta de favorecer a efetivação dos objetivos fundamentais constituídos pela Assembleia Nacional Constituinte que elaborou a Constituição brasileira de 1988. Com isso, as aspirações populares foram sendo frustradas, o que se apresentou foi a traição à confiança do povo e a indiferença para com seus problemas. Por isso, alguns cidadãos preferem se resignar, enquanto outros se revoltam com a circularidade dos problemas democráticos. Contudo, ainda há quem acredita ser possível vivenciar a democracia quando os homens se unirem, e, enquanto grupos organizados forem capazes de respeitar os direitos fundamentais de todos os indivíduos e bem cumprirem seus deveres como íntegros cidadãos.

O estudo teórico reforçou o que se constata na prática, as insuficiências inerentes aos modelos de democracia experimentados. Sem uma valorização da cidadania, da participação popular, do respeito mútuo em todos os momentos do movimento de expansão do universo dos seres humanos, o contexto institucional-político e jurídico continuará carente de legitimidade democrática.

Não é o caso de se apegar a antigos ou novos *standards* teóricos e doutrinários, que vêm sendo estabelecidos desde o nascimento do constitucionalismo e apresentados em outras

perspectivas no neo constitucionalismo ou no novo constitucionalismo latino-americano. Mas, é preciso enfrentar os velhos e novos desafios, buscando melhorar o contexto social contemporâneo e avançar na discussão de uma metodologia de trabalho condizente com o paradigma de abertura democrática das Constituições contemporâneas da América Latina.

O que se constata é que a “democracia” do Estado brasileiro está fragilizada. O que o Estado não consegue realizar por meio da política, tenta-se por meio do Direito, mas tampouco consegue que os resultados sejam sempre positivos e satisfatórios, o que resulta num acirramento ainda maior na crise de legitimidade. Mesmo quando os Poderes estão atuando em conformidade com a Constituição, ainda se faz necessário uma avaliação, permanente e renovada, com um acompanhamento por parte dos titulares da soberania. O processo de legitimação democrática precisa da participação popular em todos os momentos em que vai sendo construído, sem previsão de ser concluído, mas sim ampliado e consolidado.

No quinto capítulo, comprova-se a hipótese aventada no projeto de pesquisa de que para que o Poder Judiciário brasileiro possa avançar no processo de legitimação democrática, é preciso que haja aumento da participação popular nos debates e deliberações de interesse público.

Arrematando as questões que consistem no problema examinado: o que pode conferir legitimidade democrática ao Poder Judiciário? Conforme foi desenvolvido nesta tese, fica compreendido que o Poder Judiciário brasileiro precisa modificar sua maneira de atuação, mas essa compreensão não resolve o problema. O problema que esta tese se propôs a resolver, foi compreender de que maneira deve ser a atuação do Poder Judiciário brasileiro para ampliar e consolidar sua legitimidade democrática. Este problema, durante o transcurso do tempo passado entre a apresentação do projeto de pesquisa e a escrita desta tese, foi alterado devido a alguns fatores.

Primeiro, constatou-se a dificuldade para o Poder Judiciário consolidar sua legitimidade democrática, na medida em que o mesmo é carente desta legitimidade. Assim, a pergunta premente passou a ser: o que pode conferir legitimidade democrática ao Poder Judiciário e quais são as condições que se tem para alcançar este desiderato?

E para responder a primeira parte desta indagação, vale a hipótese apresentada no projeto, qual seja, para o Poder Judiciário ampliar a legitimidade democrática é preciso que haja aumento da participação popular nos debates e deliberações públicas nesta esfera. E para contribuir no que diz respeito a segunda parte do problema, apresenta-se a ‘Teoria do Controle Democrático de Constitucionalidade’ e a proposição de incluir a participação de atores não

jurídicos com poder, de voz e voto, por meio da criação de um Conselho Constitucional Plural (CCP).

Essa tese propõe uma participação simétrica dos cidadãos. As sociedades precisam aprender a tomar as decisões horizontalmente, com a contribuição da pluralidade social, todos se responsabilizando em apoiar o que foi decidido para se alcançar os resultados, sem rechaçar o saber dos especialistas no assunto, mas sem endeusá-los, nem ignorar a sabedoria popular.

O caminho para se chegar ao aperfeiçoamento das instituições que compõem um Estado Democrático de Direito, passa pela reflexão dos problemas atuais que evidenciam a vulnerabilidade da democracia. Contudo, não se perdeu a esperança na possibilidade de uma interlocução e um agir democrático dos indivíduos que constituem as instituições de todas as esferas do Poder. Compreender que a participação popular não deve ser limitada a um dado momento e posteriormente subsumida para o todo. A mesma deve acontecer de forma continuada, valorizada em todos os momentos, com todos assumindo as responsabilidades e consequências das suas escolhas.

Dizer que o povo não sabe, não quer, não está preparado, são preconceitos que permanecem na herança cultural colonialista. Mesmo com todas as transformações ocorridas na sociedade ao longo do tempo, as circunstâncias institucionais contemporâneas evidenciam que o pensamento de quem continuou controlando as estruturas do poder permaneceu inalterado. O que foi permitido ser alterado foram as leis, fruto das conveniências do momento, e os conceitos, a cada dia mais plásticos e flexíveis, por isso a diversidade de significados e de normas jurídicas.

As contribuições dos autores citados no decorrer desta tese, acendem luzes para iluminar o processo de aperfeiçoamento do desenho institucional da democracia constitucional brasileira, pois mesmo com todo histórico de vida pregressa que a Justiça possui, ainda há uma crença induzida na imparcialidade, que a justiça formal foi capaz de elaborar, mas não foi capaz de efetivar no plano da realidade cotidiana dos cidadãos latino-americanos.

É na relação entre indivíduos com diferentes saberes que se amplia a capacidade cognitiva, que se conhece a realidade, se examina uma forma de melhorá-la e se pode atuar no sentido de contribuir para o processo de construção social e de realização dos objetivos esboçados na Constituição.

Enquanto a população não despertar de que é por meio da participação popular que se poderá avançar e se propor a bem exercer seu papel, seja na esfera política e na jurídica, para que haja uma reorganização das relações entre a sociedade e o Estado, a crise vai prolongar e confrontar os princípios do Estado Democrático de Direito positivados nas constituições.

O processo de democratização da sociedade brasileira tem requerido uma avaliação conjuntural do funcionamento dos Poderes da União. E o Poder Judiciário de um Estado Democrático de Direito deve dar o exemplo de respeito ao princípio democrático, implementando mudanças democratizantes na sua estrutura e forma de atuação, mostrando como se procede democraticamente.

Está na hora deste silêncio histórico promovido pela ideologia dominante ser rompido, para que se escutem as vozes dos povos que apesar das situações de vida limitadoras, corajosamente encontram uma forma de se manifestarem contra as leis e atos normativos que os oprimem.

Conforme foi estudado nos capítulos desta tese, a crise de legitimidade democrática evidenciou a necessidade de ser formatado um novo desenho institucional³¹⁶ para o Brasil. E quem deve elaborar este desenho é o povo, definindo, estabelecendo e controlando os limites da Política e do Direito, assumindo a responsabilidade, o direito/dever de protagonizar e se responsabilizar por sua história³¹⁷.

Há deficiências na visão analítica do Direito e da Política, que ainda não enfrentaram essa questão com profundidade na academia, nem muito menos na esfera pública. Por isso, estar-se tratando de uma questão que revela a necessidade de ser resignificada na prática.

Verificou-se que com o déficit de legitimidade democrática, ainda são muitas e de toda ordem as dificuldades. Contudo, é possível se avançar no desiderato de superação, ampliando os mecanismos de participação popular, conforme já foi discutido. Para tanto, é preciso mudar as estruturas antidemocráticas dos Poderes, e assim, poder vislumbrar uma luz no horizonte para um *vivir bien*.

O pensamento jurídico crítico, com o seu modo de entender o mundo, trabalha no sentido de possibilitar a abertura para uma construção teórica que ofereça possibilidades de melhorias para a sociedade. Reconhece-se sua importante função teórica, mas também suas limitações no que diz respeito ao plano prático. É preciso que o espírito da cooperação para a transformação seja bem recepcionado pelo Poder Judiciário, a fim de aprimorar o modelo de

³¹⁶ Depois das manifestações populares de junho de 2013 o Congresso Nacional se transformou num campo de luta de classes e se tornou ainda menos legítimo e representativo dos interesses das populações socialmente mais vulneráveis da sociedade brasileira. Este fato foi decorrência do fortalecimento das forças liberais – conservadoras, com as eleições em 2014. Estas defendem propostas que representam retrocessos para a luta social e ameaçam a democracia, como os grupos que pedem a volta dos militares ao governo.

³¹⁷ O cenário político e jurídico brasileiro é amedrontador. Os fantasmas de uma ditadura rondam no governo do Presidente Michel Temer, que quer revestir de legitimidade atitudes ilegítimas e de interferência do poder econômico. A ameaça de retrocesso social e jurídico que ronda a América Latina, inibe a evolução e a consolidação dos direitos conquistados no plano formal.

justiça implantado, que este possa ser coerente, aberto a compreender as diferenças e equalizá-las.

Ousa-se afirmar que a sociedade brasileira tem uma resistência a mudanças e haverá os espíritos conservadores que desdenharão da proposta de inclusão de atores sociais sem formação jurídica na jurisdição constitucional. E há também, os espíritos progressistas que argumentarão acerca da inviabilidade da proposta na prática, por não confiarem na inclusão da participação popular. Entretanto, para que ocorra um aprofundamento democrático, faz-se necessário dar um voto de confiança na capacidade do povo para aprender a viver num mundo democrático. Na realidade o mundo precisa deixar de ser um mundo de disputas para se transformar em um mundo de cooperação.

Para tanto, é preciso examinar se é esse o projeto que a sociedade almeja ver prosperar. Caso a resposta seja nesta perspectiva, os Estados de Direitos dos países ocidentais, sobretudo os Estados da América Latina, e em especial o Brasil, precisam se instrumentalizar e adotar bons e sérios mecanismos para transformar as estruturas do poder. Todas essas providências precisam ser tomadas a fim de que a idade das trevas do totalitarismo fique definitivamente no passado e a justiça constitucional prospere.

No atual contexto de instabilidade e insegurança jurídica e política, em que não se sabe o que vai acontecer no próximo capítulo da história da “República” brasileira, escolher o Poder Judiciário como objeto de estudo, é sujeitar-se a incorrer, no mínimo, a muitas críticas. Contudo, verifica-se uma necessidade de se redesenhar este poder, mormente, a Jurisdição Constitucional, porque o desenho atual está carente de legitimidade democrática e é a população quem deve se responsabilizar pelo controle da sua Constituição.

Por isso, fez-se uma releitura de conceitos aprendidos, buscando uma melhor interpretação a fim de se escrever esta tese, inspirada em novos paradigmas, a partir da leitura de autores que apresentam um projeto inovador para o constitucionalismo. Ademais, é uma oportunidade de acender um ‘foco de luz’ para clarear as questões que giram em torno deste tema que repercute na vida dos povos latino-americanos, como bem sabe o povo brasileiro.

Por fim, esta pesquisadora acredita na teoria das ideias inatas criada por Platão, reconhecendo que Deus atribuiu a cada ser humano a capacidade de identificar o justo e o bem, e partindo do pressuposto que toda relação entre os homens deve estar fundamentada no princípio da justiça, acredita na possibilidade de se promover a justiça constitucional ansiada pelos povos latino-americanos. Por isso, defende a participação popular no processo de legitimação democrática na jurisdição constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS

ABENSOUR, Miguel. **A democracia contra o Estado: Marx e o momento maquiaveliano**. Belo Horizonte, Editora UFMG, 1998.

ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade. No rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo. **La cuarta función del Estado. Análisis de una ficción**. La nueva Constitución del Ecuador, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

ALMEIDA, Ileana. **El Estado Plurinacional – valor histórico e libertad política para los indígenas ecuatorianos**. Editora Abya Yala, Quito, Ecuador, 2008.

AMARAL, Maria Lúcia. **Revisitar Carl Schmitt: a defesa da Constituição. Carl Schmitt revisitado**. Carlos Blanco de Moraes e Luís Pereira Coutinho (org.) Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, p. 133, 2014. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/352219795/Varios-autors-SCHMITT-revisitadoicjp-ebook-carlschmittrevisitado-pdf>> Acesso em 14.03.2017.

ARENDRT, Hannah. **A Dignidade da Política**. Tradução Helena Martins Frida Coelho, Antônio Abranches, César Almeida, Cláudia Drucker e Fernando Rodrigues. Rio de Janeiro: Relume - Dumará, 1993.

ARMENGOL, Carlos. **El derecho constitucional del siglo XXI em latinoamérica: um cambio de paradigma**. In: PASTOR, Roberto Viciano (Ed.). Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Valencia, 2012.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de WD Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ATAÍDE JR. Jaldemiro Rodrigues de. **As Tradições Jurídicas de Civil Law e Common Law**. In: CUNHA Jr., Dirley da. et al (org.). Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil, v. 2. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 555-608. Disponível: <https://www.academia.edu/29979307/A_COMMONLIZACAO_DO_PROCESSO_BRASILEIRO_E_OS_INSTRUMENTOS_DE_LEGITIMACAO_DEMOCRATICA_DO_JUDICIARIO_NO_NOVO_CPC>. Acessado em 06.02.2017.

AURÉLIO, Diogo Pires. **O Político: Entre Siéyès e Hobbes Em Carl Schmitt REVISITADO**. Carlos Blanco de Moraes e Luís Pereira Coutinho (org.) Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, p. 104, 2014. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/352219795/Varios-autors-SCHMITT-revisitadoicjp-ebook-carlschmittrevisitado-pdf>> Acesso em 14.03.2017.

AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. **Control y observación del Poder Judicial: la publicización de las acciones y trayectorias de los jueces del Supremo Tribunal Federal.** In: El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, p. 349-366, 2011. Disponível em: <https://www.academia.edu/1495960/Control_y_observaci%C3%B3n_del_Poder_Judicial_la_publicizaci%C3%B3n_de_las_acciones_y_trayectorias_de_los_jueces_del_Supremo_Tribunal_Federal>. Acessado em 25.02.2017.

BALDI, C. A. **Aprender desde o Sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2015.

BARBOSA, C. M. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro.** In: XIV Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2006, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, v. 1.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional - Entre constitucionalismo e democracia.** Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais.** Dissertação de mestrado. Orientadora, Katya Kozicki. Curitiba, 2005.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia. **Democracia procedimental e jurisdição constitucional.** In: Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte. Florianópolis: Boiteux. 2007.

BARREDA, Mikel. **La calidad de la democracia: um análisis comparado de América Latina.** Política e gobierno, v. 18, n. 2, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372011000200003> Acessado em 12.03.2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.** Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Cadernos [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acessado em: 10.01.2014.

BENHABIB, Seyla. **Toward a deliberative model of democratic legitimacy.** Democracy and difference: Contesting the boundaries of the political, p. 67-94, 1996.

BERGAMO, Mônica. **Senadores articulam desobediência a Fachin para manter Aécio no cargo.** Folha de São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2017/05/1885865-senado-pode-desobedecer-decisao-do-stf-e-manter-aecio-no-cargo.shtml>> Acesso em 01 de junho 2017.

BEZERRA, André Augusto Salvador. Presidente do Conselho Executivo da AJD - Associação Juízes para a Democracia. **AJD reitera proposta de nomeação dos ministros do STF.** São

Paulo. 2014. Disponível em: <http://ajd.org.br/documentos_ver.php?idConteudo=161> Acessado em: 15/05/2016.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 7. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLIVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia**. 2009. Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>> Acessado em: 02/03/2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. ed.15. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros: 2004.

BRAZIL. Constituição do (1824). **Constituição Política do Império do Brazil**. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acessado em: 29/12/2014.

BRASIL. Constituição do (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Presidentes da república que nomearam ministros para o supremo tribunal federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=quadro>> Acessado em: 10/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório de atividades do STF, 204 a 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfRelatorio>> Acesso em 20.03.2017.

BUENO, Francisco da Silveira. **Grande Dicionário Etimológico-prosódico da Língua Portuguesa**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1968.

BURCKHART, Thiago Rafael. **O ‘novo’ constitucionalismo latino-americano e a positivação de direitos pluralistas: uma análise crítica acerca do direito indígena nas recentes constituições**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791> Acessado em: 15/01/2015.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI,

Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 19807791> Acessado em: 12/03/2016.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. **Sistemas eleitorais X Representação política**. Brasília: Editora Senado Federal, 1990.

CAMPILONGO, Celso Fernando. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. **O povo é inconstitucional: Poder constituinte e democracia deliberativa**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ª ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris Editor, 1992.

CARDOSO, Oscar Valente. **Amicus curiae e audiências públicas no controle de constitucionalidade brasileiro**. Cadernos do Programa de Pós-graduação Direito/UFRGS, Rio Grande do Sul, v. 9, n. 2, 2014.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. **As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 6, n. 2, p. 218-227, 2014. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/7160> Acessado em 15 maio de 2017.

CARVALHO, LUIZ M. **Tese de Moraes impediria sua nomeação ao STF**. O Estado de São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tese-de-moraes-impediria-sua-nomeacao-ao-stf,70001654253>> Acessado em: 12/05/2017.

CHAGAS, Carolina Alves das. **Por um poder judiciário com limites: uma análise da PEC 33 à luz do constitucionalismo popular**. 2014. Disponível em: <acervodigital.ufpr.br/handle/1884/37573> Acesso em 15.01.2017.

CHVEZ; P.; MOKRANI; D. **Los movimientos sociales en la Asamblea Constituyente: Hacia la reconfiguración de la política**. In: SVAMPA, 2007.

CITADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. São Paulo: Saraiva, 4 ed, 2013.

COELHO, Luís Fernando. **Teoria crítica do direito**. Editora del Rey, 2003.

COLÔMBIA. **Constituição Política de Colômbia**. 1991. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf> Acessado em: 09/01/2016.

COMELLA, V. F. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

COHEN, Joshua. **Democracy and liberty**, in Jon Elster (ed.), *Deliberative democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

DAHL, Robert. **Democratização e Oposição pública In Poliarquia: Participação e Oposição**. São Paulo: EdUsp, 1997.

DAHL, Robert. **O que é democracia; Por que democracia ?; Por que a igualdade política? Igualdade intrínseca**. In: *Sobre a democracia*. Brasília: Ed. UnB, 2001.

DALMAU, R. M. **El proceso constituyente: la activación de la soberanía**. In: ERREJÓ, Í.; SERRANO, A. (Coords). *Ahora es cuándo carajo!: Del asalto a la transformación del Estado en Bolívia*. España: El Viejo Topo edición, 2011b.

DALMAU, R. M. **¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** Disponível em: <www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/13/245.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2011a.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo: direito comparado**. 2.^a ed. Trad. Herminio A. Carvalho, Meridiano: Lisboa, 1978.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

DE CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e democracia-soberania e poder constituinte**. *Revista Direito GV*, v. 6, n. 1, p. 159-174. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24214>> Acesso em 09 maio 2017.

DE MENEZES ALBUQUERQUE, Paulo Antônio. **A paixão do labirinto: Norberto Bobbio nos lindes entre direito e política**. Doi: 10.5020/23172150.2012. p. 603-617. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, v. 17, n. 2, p. 603-617, 2013.

DIAZ, Elias. **Ética contra política. Los intelectuales y el poder**. Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1990.

DICIONÁRIO LÉXICO. 2009. **DICIONÁRIO LÉXICO**. Disponível em <<https://www.lexico.pt/legitimidade/>>. Acessado em 15.01.2017.

DIMITRI, Dimoulis; LUNARDI, Saraya, **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2011.

DUSSEL, Enrique D. **20 teses de política**. 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO); São Paulo: Expressão Popular, 2007.

DUSSEL, Enrique D. **Filosofia da libertação: Filosofia na América Latina**. Piracicaba: Unimep, 1977.

DUSSEL, Enrique D. **Política de la liberación: arquiteônica**. vol. II. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: Epistemologia versus metodologia?** In: PANDOLFI, Dulce, et al. (orgs). Cidadania, justiça e violência. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1999, p. 61-76. Disponível em: <<http://gajop.org.br/justicacidade/wp-content/uploads/Lendo-as-Ondas-do-Movimento-de-Acesso-aa-Justica.pdf>>. Acessado em: 12.10.2014.

ECUADOR. **Constitución de la República Del Ecuador**. 2008. Disponível em: <[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion de bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion%20de%20bolsillo.pdf)> Acessado em: 03/01/2016.

ESCOBAR GARCÍA, Claudia. **La defensa judicial de la Constitución en el constitucionalismo colombiano. Balances y perspectivas después de dos décadas** (Tema Central). 2009.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. **El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización**. In: El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Cesar Rodriguez Garavito (org). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/12/doctrina35334.pdf#page=138> Acessado em: 22/03/2014.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERREIRA FILHO. **Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Os Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. 3ª edição. Ampliada e Atualizada (ano 2005). 6ª Reimpressão, Juruá Editora. Curitiba, 2011.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FREITAS, Vladimir P. **Entenda a estrutura do judiciário na Itália**. Consultor Jurídico, 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-23/segunda-leitura-entenda-estrutura-judiciario-italia>> Acessado em: 23/05/2017.

GARAPON, A. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARAVITO, César A. Rodríguez (Ed.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Siglo Veintiuno XXI Editores, 2011. Disponível: <http://www.justiciaglobal.net/files/actividades/fi_name_recurso.8.pdf> Acessado em: 15/04/2016.

GARGARELLA, Roberto. **La dificultad de defender el control judicial de las leyes**. In: VÁZQUEZ, R. (Comp.). Interpretación jurídica y decisión judicial. México: Fontamara, 1998.

GARGARELLA, Roberto. (Coord.). **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Abeledo Perrot, 2009.

GARGARELLA, Roberto. (Compilador). **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: siglo veintiuno editores, 2014.

GARGARELLA, Roberto. **El constitucionalismo latino-americano y la “sala de máquinas” de la constitución (1980-2010)**. Gaceta constitucional. Peru: n.48. p.289 – 305. Disponível em: <<http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/GC%2048%20Roberto%20GARGARELLA.pdf>> Acessado em: 14/06/2015.

GARGARELLA, Roberto. **Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina**. In: El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. p. 87. Buenos Aires: Siglo Veintiuno XXI Editores, 2011. Disponível:<http://www.justiciaglobal.net/files/actividades/fi_name_recurso.8.pdf> Acessado em: 15/04/2016.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la constitución**. Buenos aires: Katz editores. Primera edición, 2014.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Curitiba: Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2015. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20-%20T%20%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2>> Acessado em: 05.06.2016.

GOMES, L. F. **A dimensão da magistratura no Estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOWANS, C.W. **The Debate on Moral Dilemmas**. In: C.W. GOWANS (ed.), Moral Dilemmas. Oxford, Oxford University Press, 1987.

GLOTZ, Gustave. **A cidade grega**. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: DIFEL, 1980.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo. Malheiros editores, 2005.

GUIMARÃES, D. T. **Dicionário técnico jurídico**. 17 ed. São Paulo: Rideel, 2014.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARNECKER, Marta. **Estratégia e Tática**. São Paulo: Ed. Expressão Popular, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLANDA, Sergio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia de Letras, 1995.

JAVIER, Pérez Royo. **Tribunal Constitucional y Division de Poderes**. Madri: Editorial Tecnos S.A.,1988.

JULIEN, Claude. **O Suicídio das Democracias**. Tradução de Marina Colasanti. Rio de Janeiro: Artenova, 1. ed. bras., 1975.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo. Martins Fontes, 2006.

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. **Igualdade e liberdade: Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de direitos humanos**. Belém: CESUPA, 2004.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88**. *Novos Estudos - CEBRAP*, n. 96, p. 69-85, 2013.

KOZICKI, Katya; LORENZETTO, Bruno Meneses; GIAMBERARDINO, Pedro Ribeiro. **Política e Direito: uma reflexão sobre a teoria da violência e da justiça**. In: Diretoria do CONPEDI. (Org.). *Anais do XXVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 2495-2512.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte. Arraes Editores, 2012.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. — 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LANG, Miriam; SANTILLANA, Alejandra. **Democracia, participación y socialismo. Bolivia, Ecuador y Venezuela**. Quito, Fundación Rosa Luxemburg. Marx, Carlos y Engels, Federico (1975), *La ideología alemana*. Arca de Noé, Bogotá, 2010.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Tradução port: Walter Stöner. Fonte Digital: Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao1.html>>. Acesso em 22 nov.2016.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LEMBO, Cláudio. **O futuro da liberdade**. São Paulo: Loyola, 1999.

LUCHETE, Felipe. **Desobediência à decisão que afastava Renan Calheiros do Senado foi destaque**. *Informativo Eletrônico ConJur – Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2016-dez-10/ranking-noticias-desobediencia-decisao-afastava-renan-calheiros-foi-destaque>> Acesso em 22 maio 2017.

LUCHETE, Felipe. **Fux manda Câmara recomeçar do zero votação de pacote anticorrupção do MPF.** Informativo Eletrônico ConJur – Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-14/fux-manda-camara-recomecar-zero-votacao-pacote-anticorruptao>> Acesso em 22 maio 2017.

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. **Democracia participativa na Constituição Brasileira.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176529>>. Acesso em 04 mai. 2017

MACHADO FAGUNDES, Lucas. **Juridicidades Insurgentes: Elementos para o Pluralismo Jurídico de libertação latino-americano.** Tese de doutorado - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2015.

MACPHERSON, C. B. **A democracia liberal: origens e evolução.** Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, v. 4, 1983.

MARCCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito.** Rio de Janeiro: Alsevier, 2008.

MARQUES, G. L. **Instrumentos de Participação Popular no Novo Constitucionalismo Latino Americano.** In: Jonathan Barros Vita; Maragareth Anne Leister. (Org.). Direitos Fundamentais e Democracia II. 1ªed. Florianópolis: FUNJAB, 2014, v. , p. 83-104.

MARTÍ, José. **El indio de nuestra América.** La Habana: Centro de Estudios Martianos, 2015.

MARTIN, Andréia Garcia; MARTA, Taís Nader. **Concretização dos direitos fundamentais pelo judiciário: alcance da democracia substancial.** p. 289-290. In: Panorama da pesquisa em direito: I colóquio / Luciana Gross Cunha, (organizadora). Série pesquisa direito GV. 1. ed. - São Paulo: Direito DV, 2012. Disponível em: <[http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/panorama da pesquisa em direito.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/panorama_da_pesquisa_em_direito.pdf)>. Acessado em: 12/02/2017.

MATOS, Francisco José Sobreira de. **Equador e a Constituição de 2008: um contraponto teórico face ao Estado Liberal de Direito.** Disponível em: <<http://www.sinteseeventos.com.br/ciso/anaisxvciso/resumos/GT17-03.pdf>> Acessado em: 16/04/2015.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”.** Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. de 2000.

MÉDICI, Alejandro. **La Constitución Horizontal: teoría constitucional y giro decolonial.** Centro de estudios jurídicos y sociales Mispat, A.C., Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de San Luis Potosí; Educación para las Ciencias em Chiapas, A.C, Aguas Calientes, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões**

e **notas comparativas ao CPC/1973**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal:(império e República)**. Brasília, 2014. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/bicentenario/publicacao/arquivo/notasInformativas.pdf>>

MELLO, Claudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2004.

MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América Latina**. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, v. 4, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em ciência política) - Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **O STF no jogo da separação dos poderes: tensão e ajustes**. Disponível em: < http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=12>. Acessado em: 18 set. 2014

MERLE, Jean Christophe; MOREIRA, Luiz (org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

MERLE, Jean Christophe; MOREIRA, Luiz (org.). **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. São Paulo: Escala, 2006.

MONEDERO, Liliam Fiallo; RODRÍGUEZ, Abraham Zaldívar. **Um nuevo constitucionalismo para el proyecto de emancipación latino-americana**. In: PASTOR, Roberto Viciano (Ed.). Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Valencia:tirant lo blanch, 2012. P: 197- 213.

MOSSÉ, Claude. **Atenas: A História de Uma Democracia**. Trad. João Batista da Costa. 2ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília (UnB), 1982.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Coimbra: Ed. Gradiva, 1996.

MOUFFE, Chantal. **The Political, the Moral and the Juridical**. Paper entregue em seminário no Centro de Estudos para a Democracia, Universidade de Westminster, Londres, 1998.

MOUFFE, Chantal. **Dossiê democracias e autoritarismos. Por um modelo agonístico de democracia**. *Revista de Sociologia e Política*, v. 11, n. 25, p. 11-23, 2005. Acessado em: 25.02.2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782005000200003>>.

MULLER, Fredrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.** Trad. por Ralph Christensen. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional.** Buenos Aires: Ástrea, 2005.

NINO, Carlos Santiago. **La constitucion de La democracia deliberativa.** Barcelona- Es: Gedisa, S.A, 2003.

NOGUERA - FERNÁNDEZ, Albert; CRIADO DE DIEGO, Marcos. **La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina.** Bogotá: Revista Estudios Socio - Jurídicos, v. 13, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/733/73318918002.pdf>> Acessado em: 25.02.2014.

NONET, Phillippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transação ao sistema jurídico responsivo.** Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: editora revan, 2010.

OCLES, Alexandra. **Participación y socialismo en la Revolución Ciudadana.** Miriam Lang y Alejandra Santillana. Democracia, participación y socialismo: Bolivia, Ecuador, Venezuela. Quito, Fundación Rosa Luxemburg, 2010. Disponível em: <<http://www.rosalux.org.ec/attachments/article/170/democracia-participacion-y-socialismo-bolivia-ecuador-venezuela.pdf>>. Acessado em 21.04.2017

OQUENDO. Angel. R. **Democracia y Pluralismo.** Edição 2014, México DF. Editora BÉFDP – Biblioteca de Ética, Filosofía Del Derecho y Política.

PACHANO, Simón et al. **La democracia inconclusa: derechos fundamentales, instituciones poíticas y rendimentos gubernamentales em ecuador (1979-2008).** Revista de Ciência Política, Santiago, v.30, n. 1, 65-85, 2010.

PAMPLONA, F. Edineusa; ROSSI, A. C. S. **Judiciário e políticas públicas: construção ou desconstrução democrática?** Direitos Sociais e Políticas Públicas II. 23 ed. 2014, p.27-42. Publicado em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6896521bf2c62949>

PASTOR, Roberto Viciano (Ed.). **Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano.** Valencia: tirant lo blanch, 2012.

PASTOR, Roberto Viciano. **El modelo de control de constitucionalidad en el contexto de cambio de paradigma social y constitucional en América Latina.** Tribunal Constitucional del Ecuador, Un cambio ineludible: La Corte Constitucional, Quito, 2007.

PASTOR, Roberto Viciano; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Aspectos generales del nuevo constitucionalismo. latinoamericano.** In: El nuevo constitucionalismo en América Latina. *Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición.* 1 ed. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/politica_justicia_y_constitucion.pdf#page=157 Acessado em 15.01.2016

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. **Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano.** In: PASTOR, Roberto Viciano (Ed.). Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Valencia: 2012.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. **Los procesos constituyentes latinoamericanos y el Nuevo paradigma constitucional.** Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222977001>>. Acesso em 04/02/2014.

POU GIMÉNEZ, Francisca. **Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo.** In: El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Coordinado por César Rodríguez Garavito - 1a ed. - Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. Disponível em: <https://www.academia.edu/1495960/Control_y_observaci%C3%B3n_del_Poder_Judicial_la_publicizaci%C3%B3n_de_las_acciones_y_trayectorias_de_los_jueces_del_Supremo_Tribunal_Federal>.

PRONER, Carol. **O Estado Plurinacional e a nova constituição boliviana: contribuições da experiência boliviana ao debate dos limites ao modelo democrático liberal.** In: Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

QUEVEDO, Joanna González. **Bases jurídicas para el empoderamiento político em los actuales diseños constitucionales de Venezuela, Ecuador e Bolivia.** In: PASTOR, Roberto Viciano (Ed.). Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Valencia: tirant lo blanch, 2012. P: 269 - 297.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidad del poder, globalización y democracia.** 2000. Disponível em: <<http://alainet.org/active/1382&lang=es>>. Acessado em: 15.01.2016.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade e Modernidade/Racionalidade.** 1992. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/36091067/Anibal-Quijano-Colonialidade-e-Modernidade-Racionalidade>> Acessado em 28/01/2016.

QUIJANO, Aníbal. **De la resistencia a la alternativa.** 2007. Disponível em: <<http://viva.org.co/cajavirtual/svc0086/articulo05.pdf>>. Acessado em: 20/01/2016.

RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoría crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo.** Equador: Rispergraf C.A, 2011.

RIBEIRO, Darci Guimarães. SCALABRIN, Felipe. **O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa.** In: Scientia Iuris, Londrina, v. 13, nov. 2009.

RÍOS, Alberto Arellano. **Poder judicial ciências sociais y consolidación democrática.** Espiral, v. 15, n. 43, 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário.** São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do Direito: o fenômeno jurídico como fato social.** 17 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. **Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva?.** Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, v. 33, n. 2, 2013.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. Tradução Leonardo Pereira Brum, Lisboa: Europa América, 1989.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina**. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 1999

SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos**. São Paulo: Oficina de Textos, 2008.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial**. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. Disponível em: < <https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2013/03/neoconstitucionalismo-y-ponderacion-judicial-luis-prieto-sanchc3ads.pdf>> Acessado em: 15.01.2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinención del Estado y el Estado plurinacional**. SANTA CRUZ DE LA SIERRA, Bolivia. Alianza Interinstitucional CENDA-CEJIS-DEDIB, 2007. Disponível em: < <http://www.bivica.org/upload/Estado-reinencion.pdf>> Acesso em 15.12.2016.

SANTOS, Washington. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Trad. por Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. (Tradução espanhola de Verfassungslehre) Alianza Editorial, Madrid, 1982.

SCHUMPETER, Joseph A. (1984). **O equacionamento do problema; A doutrina clássica da democracia; Mais uma teoria de democracia; Conclusão**. In: **Capitalismo, Socialismo e Democracia** Rio de Janeiro: Ed. Fundo de Cultura, sem data (1ª ed.: 1943).

SILVA, Antônio Álvares da. **Da legitimidade do empregado e do empregador na solução de seus conflitos**. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. Revista de Direito Administrativo n. 250, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Revista Consultor Jurídico, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros>>. Acessado em: 20 de fev. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Histórico.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>> Acessado em: 15/05/2017.

TAVARES FILHO, Newton. **Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2006.

TAVARES FILHO, Newton. **Procedimento de escolha e nomeação dos titulares de cortes constitucionais no direito comparado.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2002.

TAVARES, Iuri Gondim Trajano Alcântara; DAMACENA, Francisca Edineusa Pamplona. **O papel do Poder Judiciário no processo de constitucionalização do Direito no Brasil.** Revista Direito & Dialogicidade, v. 5, n. 2, p. 36-48, 2015.

TAVARES, Iuri Gondim Trajano Alcântara; DAMACENA, Francisca Edineusa Pamplona. **Reflexões sobre a legitimidade democrática do Judiciário brasileiro a partir da análise das teorias da última palavra e do diálogo interinstitucional.** Revista Direito & Dialogicidade. Disponível em: <www.urca.br/revistaDireito/> Acesso em 14 abril 2016

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil.** Brasília: Plano Editora, 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América.** 4º ed. São Paulo: editora itatiaia limitada, 1998.

VALDÉS, Roberto Blanco. **El valor de la Constitución.** Madri: Aliança Editorial, 1998.

VARGAS, Idón Moisés Chivi (coord.). **Bolívia: Nueva Constitución Política del Estado – Conceptos Elementales para su Desarrollo Normativo.** La Paz: Vice Presidencia del Estado Plurinacional, 2010.

VEGA CAMACHO, Oscar. **Transformaciones, descolonización y comunidades.** Miriam Lang y Alejandra Santillana. Democracia, participación y socialismo: Bolivia, Ecuador, Venezuela. Quito, Fundación Rosa Luxemburg, 2010. Disponível em: <<http://www.rosalux.org.ec/attachments/article/170/democracia-participacion-y-socialismo-bolivia-ecuador-venezuela.pdf>>. Acessado em 21.04.2017

VENEZUELA, **Constitución de la República Bolivariana de.** 1999. Disponível em: <http://www.cne.gov.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php>. Acesso em: 03 jan. 2016.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILLANOVA, Lourival. **As dimensões políticas das funções do Supremo Tribunal Federal.** In: MARINHO, Josaphat; ROSAS, Roberto (Org.). Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins fontes, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Por quem cantam as sereias**. Trad. Julieta Rodrigues Sabóia Cordeiro. Porto Alegre: Síntese, 2000.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima (1922)**. Tradução de Gabriel Cohen. Rio de Janeiro: VGuêdes Multimídia, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos, poder local e novos sujeitos sociais**. In: RODRIGUES, H. W. [Org.]. O direito no terceiro milênio. Canoas: Ulbra, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos da crítica no pensamento político e jurídico latino-americano**. In WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). Direitos humanos e filosofia jurídica na Latina. Rio: Lúmen Júris, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo e crítica do constitucionalismo na américa latina**. Academia brasileira de direito constitucional, in: Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst. Curitiba-PR: ABDConst, 2010. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. **Para um novo paradigma de estado plurinacional na América Latina**. Novos Estudos Jurídicos, v. 18, n. 2, p. 329-342, 2013. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4683/2595> Acesso em 20 abril 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos; FERRAZZO, Débora. **Resignificação do conceito de democracia a partir de direitos plurais e comunitários latino-americanos**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 16, n. 16, p. 200-228, 2014. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/558> Acesso em 15 abril 2017.