



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NUMA *DEMOCRACIA DE DIREITOS*: A  
REJUDICIALIZAÇÃO DA CORTE E A REPOLITIZAÇÃO DA CIDADANIA.

José Péricles Pereira de Sousa

Fortaleza (CE)

Agosto, 2010

JOSÉ PÉRICLES PEREIRA DE SOUSA

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NUMA *DEMOCRACIA DE DIREITOS*: A  
REJUDICIALIZAÇÃO DA CORTE E A REPOLITIZAÇÃO DA CIDADANIA.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará - UFC, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito e Desenvolvimento (Ordem Jurídica Constitucional), sob a orientação do Professor Doutor Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz.

Fortaleza - Ceará

2010

JOSÉ PÉRICLES PEREIRA DE SOUSA

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NUMA *DEMOCRACIA DE DIREITOS*: A  
REJUDICIALIZAÇÃO DA CORTE E A REPOLITIZAÇÃO DA CIDADANIA.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz  
UFC

---

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana  
UFC

---

Prof. Dr. Paulo Antonio de Menezes Albuquerque  
UNIFOR

*Hominum causa omne ius constitutum est.*  
(Todo o direito é constituído para os homens)

Digesto 1, 5, 2

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por me permitir a saúde, a admiração por todas as coisas criadas e, principalmente, a curiosidade em conhecê-las.

À minha família, pelo carinho e pela presença na ausência (eis que, durante todo o período em que escrevi estas linhas, estive fora do ninho paterno e fraterno). Anchieta, Fátima, Letícia e Aristóteles, eterna gratidão pelo apoio e pela paciência em ouvir minhas ideias.

Ao meu orientador, que corporifica o termo *filósofo*, sendo um dos raros *amigos verdadeiros do conhecimento* e, cuja virtude maior, aliás, é sempre compartilhar o sentimento da descoberta. Doutor Márcio Diniz, jurisconsulto e *Professor*, com o “P” capital que merece!

Aos amigos, pela convivência enriquecedora e pelo estímulo que teimaram em passar, particularmente os que combateram ao meu lado as batalhas da Graduação e da Pós-Graduação em Direito e os diletos convivas da Procuradoria da Fazenda Nacional. Cito alguns, mas não esqueço das centenas de outros: Yanna, Édila, Renato Leite, Emílio Viana, André Tabosa, Rayol, Renato Pinheiro, Marina, Marco, Wesley, Carlos Sampaio...obrigado!

Ao Pedro Rafael Malveira Deocleciano e ao Paulo Henrique Carneiro Fontenele, representantes de um limbo entre as categorias “amigo” e “irmão”, cujos conhecimentos de mundo e jurídicos os tenho próximos a mim, egoisticamente, aprimorando meus passos.

A Paula Pamplona Dantas Leite, figura apaixonante que iluminou várias passagens desta pesquisa, ajudando concreta e abstratamente (na escrita e no debate dos temas).

Aos renomados membros da banca, pelo pronto aceite e pela honra de elevarem meu trabalho através de suas intelectuais leituras e sugestões.

A todos que, de qualquer forma, podem se considerar meus companheiros nessa jornada terrena e ao saudoso mestre Alexandre Rodrigues, cujas boas vibrações continuarão sendo lição de humanidade.

*A nossa constituição não imita as leis dos estados vizinhos. Em vez disso, somos um modelo para os outros. O governo favorece a maioria em vez de poucos - por isso é chamado de democracia. Se consultarmos a lei, veremos que ela garante justiça igual para todos em suas diferenças; quanto à condição social, o avanço na vida pública depende da reputação de capacidade. As questões de classe não têm permissão de interferir no mérito, tampouco a pobreza constitui um empecilho: se um homem está apto a servir ao estado, não será tolhido pela obscuridade da sua condição...*

*Diferentemente de qualquer outra comunidade, nós, atenienses, consideramos aquele que não participa de seus deveres cívicos não como desprovido de ambição, mas sim como inútil. Ainda que não possamos dar origem à política, em todo caso podemos julgá-la; e em vez de considerarmos a discussão como uma pedra no caminho da ação, a consideramos como uma preliminar indispensável de qualquer ação sábia... Em resumo, afirmo que, como cidade, somos a escola de toda a Grécia...*

*Péricles Alcmeônidas. Atenas, 431 a.C.*

*Um monge descabelado me disse no caminho: “Eu queria construir uma ruína. Embora eu saiba que ruína é uma desconstrução. Minha idéia era de fazer alguma coisa ao jeito de tapera. Alguma coisa que servisse para abrigar o abandono, como as taperas abrigam. Porque o abandono pode não ser apenas de um homem debaixo de uma ponte, mas pode ser também de um gato no beco ou de uma criança presa num cubículo. O abandono pode ser também de uma expressão que tenha entrado para o arcaico ou mesmo de uma palavra. Uma palavra que esteja sem ninguém dentro. (O olho do monge estava perto de ser um canto.) Continuou: digamos a palavra AMOR. A palavra amor está quase vazia. Não tem gente dentro dela. Queria construir uma ruína para a palavra amor. Talvez ela renascesse das ruínas, como o lírio pode nascer de um monturo.” E o monge se calou descabelado.*

*Manoel de Barros (Ensaaios Fotográficos, Ed. Record, 1998)*

## RESUMO

Esta pesquisa, a partir da constatação de que o Supremo Tribunal Federal (STF), no Brasil, é considerado o intérprete último e principal da Constituição da República, e analisando essa realidade como efeito de uma distorção que, em grande medida, esvazia o sentido da expressão *soberania popular*, busca reposicionar o conceito de Poder Constituinte, evidenciando-o como tradutor da própria *cidadania ativa* e, assim, sempre pronto a decidir sobre os temas essenciais da dinâmica política. Para atingir satisfatoriamente esse objetivo, houve estudo bibliográfico e jurisprudencial, do tipo qualitativo, sugerindo revisão e aperfeiçoamento de conceitos, seguindo metodologia fenomenológica, a fim de que este esforço se conectasse ao espaço-tempo brasileiro atual, sem descer a longas retrospectivas e, paralelamente, fosse útil a uma transformação do campo de pesquisa verificado. Esta tentativa de releitura da *soberania popular* tomou em conta um paradigma de *cultura constitucional*, em que a vontade de participar e o sentimento cívico dos atores sociais demonstrariam que o fenômeno do ativismo judicial é provocado, essencialmente, pela apatia dos cidadãos em construir seu destino político. O conceito de *democracia de direitos* remeteu a uma ambiência ideal de sinergia entre os três poderes constituídos e o Poder Constituinte do povo, que se expressaria diretamente através de referendos, plebiscitos, consultas populares e através da própria esfera pública de discussões, incrementada pelas possibilidades de interação das novas tecnologias (v.g., a *internet*). Por óbvio, foram registradas as dificuldades em se atingir esse instante democrático, nomeadamente pela lacuna de educação crítica e pelo mundo incerto gerado em ondas de pós-Modernidade, supercapitalismo e globalização. Apesar disso, acredita-se que o arranjo institucional sugerido neste exame readequaria as funções do Executivo, do Legislativo e, principalmente, do Poder Judiciário, tão em evidência hoje, porque devolveria à participação e ao controle o *status* de fundamentos do constitucionalismo, instrumentalizando a sociedade para o exercício dessas funções.

Palavras-Chave: Cidadania ativa. Democracia de direitos. Poder Judiciário.

## ABSTRACT

This research, based on the observation that the Supreme Court (Supremo Tribunal Federal [STF]), in Brazil, is considered the last and principal interpreter of the Constitution, and analyzing this reality as a distortion that, largely, empties the meaning of the term *popular sovereignty*, seeks to reposition the notion of Constituent Power, showing it as translator of *active citizenship* and, thus, always ready to decide on key issues of political dynamic. To achieve this goal satisfactorily, there was literature and case law research, in a qualitative type, suggesting the review and development of concepts, following a phenomenological methodology, in the intention that this effort would be connect at current Brazilian space-time, without write long introductory chapters and, in parallel, would be useful to a transformation of the research field verified. This attempt to re-reading of popular sovereignty took into account a paradigm of *constitutional culture* in which wish to participate and civic sense of social actors would demonstrate that the phenomenon of judicial activism is caused mainly by the apathy of citizens in building their own political destiny. The concept of *democracy of rights* referred to an ideal ambience of synergy between the three powers and the Constituent Power of the people, that would be expressed directly through referenda, plebiscites, popular consults and through the public sphere of discussion, enhanced by the possibilities of interaction of the new technologies (*e.g.*, the internet). In another way, there were registered the difficulties in reaching this democratic instant, particularly because the gap of critical education and the uncertain world generated by waves of post-Modernity, supercapitalism and globalization. Nevertheless, it is believed that the institutional arrangement suggested in this essay readjust the functions of the Executive, Legislative, and especially, the Judiciary, so evident today, because would return to participation and to control the *status* of constitutionalism's foundations, giving instruments to the society for the exercise of those functions.

Keywords: Active citizenship. Democracy of rights. Judiciary Power.

## SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| <b>Introdução</b> .....  | 11  |
| <b>1 A Era do Judiciário</b> .....   | 16  |
| 1.1 Esboço sobre o caso brasileiro.....  | 19  |
| 1.2 A judicialização da política à brasileira num paradigma de <i>mundo incerto</i> .....                            | 32  |
| 1.2.1 Mundo incerto.....   | 34  |
| 1.2.2 O Constitucionalismo na incerteza.....   | 38  |
| <b>2 A superação da dificuldade contramajoritária</b> .....  | 46  |
| 2.1 O argumento americano.....   | 48  |
| 2.2 A hipótese brasileira.....   | 52  |
| 2.2.1 Caracteres do modelo teórico de <i>convencimento do soberano</i> na prática brasileira.....                    | 54  |
| <b>3 Não há vácuo no poder</b> .....   | 63  |
| 3.1 Expansão para igualamento com ou expansão por retração dos demais poderes.....                                   | 63  |
| 3.2 O Judiciário, contudo, também está destinado a falhar.....   | 76  |
| 3.3 A vez da <i>cidadania ativa</i> .....  | 81  |
| <b>4 A nova democracia de direitos</b> .....   | 96  |
| <b>5 Uma outra realidade democrática no Brasil</b> .....   | 108 |
| 5.1 Fractalidade da Constituição.....  | 119 |
| 5.2 Educação.....  | 126 |
| 5.3 Alterações constitucionais e legais viáveis.....   | 128 |
| 5.3.1 Indicações à magistratura dos Tribunais.....   | 129 |
| 5.3.2 Veto popular a projetos de lei.....  | 131 |
| 5.3.3 Consulta popular em votações plenárias apertadas.....  | 132 |
| 5.3.4 <i>Recall</i> e dissolução do Congresso.....   | 133 |
| 5.3.5 Emenda Constitucional de iniciativa popular.....   | 134 |
| 5.3.6 Consultas populares em Ação Direta de Inconstitucionalidade e em Ação Declaratória de Constitucionalidade..... | 134 |
| 5.3.7 Referendos em votações majoritárias mínimas no plenário do Supremo Tribunal Federal.....                       | 136 |
| 5.3.8 O auxílio tecnológico.....   | 139 |
| 5.3.9 Possibilidade de liberação da reserva de lei ordinária do art. 14, CF, a leis municipais e estaduais.....      | 141 |
| 5.3.10 Diminuição ou virtualização dos requisitos da “iniciativa popular”.....                                       | 142 |
| 5.3.11 Apreciação da “iniciativa popular” diretamente em Plenário.....   | 144 |

|   |     |
|---|-----|
| <b>6 Conceitos revisados de cidadania e soberania popular</b> ..... | 146 |
| 6.1 A Jurisdição (guardiã) Constitucional.....                      | 160 |
| <b>Conclusão</b> .....  | 169 |
| <b>Referências</b> .....  | 173 |

## INTRODUÇÃO

Neste trabalho pretende-se revelar uma crise nos significados político-sociais das expressões *Poder Constituinte do povo* e *soberania popular*, a partir dos sentidos em que mais comumente são decantadas na realidade constitucional brasileira. Aliás, a investigação poderia referir-se a qualquer ordenamento jurídico, especialmente os existentes em “países periféricos”, nos quais, de regra, a função simbólica dos textos constitucionais é hipertrofiada em detrimento de sua concretização <sup>1</sup>. Não obstante, optamos por uma *metodologia fenomenológica* que, no dizer de Mauro Cappelletti <sup>2</sup>, escapa das puras especulações conceituais e procura, ao contrário, permanente aderência aos fatos, dados, desenvolvimentos e tendências evolutivas da realidade, oferecendo ao investigador a possibilidade de análise fenomenológico-experimental, que as ciências sociais, diferentemente de outras ciências, não estão em condições de desenvolver artificialmente “em provetas de laboratório”. E, por isso, desenvolvemos ponderações voltadas às causas e efeitos de problemas brasileiros.

Por se tratar de um estudo eminentemente jurídico, a despeito de fortes nuances de Sociologia e de Ciência Política, conectou-se à verificação de que o Poder Judiciário brasileiro não suportará a demanda – a todo instante crescente – por direitos de *dignificação* de uma cidadania pouco atendida pelos Poderes Executivo e Legislativo. Isto é, a questão do *ativismo judicial*, muitas vezes suscitada como algo degenerativo para a democracia, particularmente no debate americano, pôde ser revisitada, para se constatar sua insuficiência, enquanto dinâmica de proteção a direitos, eis que sem *ativismos* correspondentes por parte das funções administrativa e legislativa do Estado, a função jurisdicional se arruinará no mesmo déficit de legitimidade recentemente experimentado pelas outras.

---

<sup>1</sup> Embora haja uma perspectiva negativa de “periferização do centro”, por conta da globalização econômica e de práticas políticas, que termina estendendo a *constitucionalização simbólica* para os Estados democráticos e sociais de direito que ainda persistem na “modernidade central”, isto é, nos países em que o código econômico capitalista tradicionalmente não atrapalhou o desenvolvimento social igualitário. Ver NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

<sup>2</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Reimpressão 1999, p. 20.

A propósito, a complexidade das demandas em busca de cidadania qualificada é diretamente proporcional à complexidade dos eventos econômicos, políticos, culturais, sociais, religiosos, geográficos, éticos, morais, enfim, o intrincamento de um mundo no início de novo milênio, em que a *incerteza* se tornou o pilar de sustentação das ciências exatas e humanas. Além disso, somem-se o medo sobre o futuro, após diversos colapsos geoclimáticos sofridos pelo planeta e a angústia das escolhas individuais, profundamente divididas entre personalidades ao mesmo tempo consumidoras e cidadãs, enfrentando um *supercapitalismo*, ou seja, um sistema que financia o mercado, a imprensa, a política, a ideologia, a cultura e mesmo os apetites éticos e morais.

Toda essa viragem de acontecimentos contribui para uma *democracia complexada*, no Brasil. É dizer, embora as instituições democráticas tenham inegavelmente avançado desde a Constituição de 1988, é constante e séria a crise de representatividade dos poderes eleitos e, com ela, o abarrotamento do poder não-eleito, porém, nada obstante, raros canais de participação direta da *cidadania ativa* são abertos, o que encerra um movimento cíclico vicioso de apatia política, elitização e domesticação do poder no Estado <sup>3</sup> e atravancos sistêmicos no Poder Judiciário. Esta pesquisa tenta demonstrar a insustentabilidade desse quadro, que transparece, há tempos, a necessidade de criar e reforçar mecanismos de acesso direto do povo à decisão política no Estado, que aprofundem o exercício da vida política enquanto resolução de problemas cotidianos e retirem do Judiciário, por consequência natural, o peso das decisões sobre as mais diversas políticas públicas, bem como redescubram a legitimidade dos poderes eleitos, em conta de uma nova fluidez política que efetive o conteúdo pragmático (e não apenas o conteúdo simbólico) dos pilares constitucionais da *soberania popular* e do *Poder Constituinte do Povo*.

Esse pensamento se filia a ideia de Constituição enquanto *cultura* <sup>4</sup>, a robustecer um *sentimento constitucional* <sup>5</sup> e uma *vontade de Constituição* <sup>6</sup> em seus intérpretes, na percepção

---

<sup>3</sup> Ver CANOTILHO, J. J. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. A despersonalização do exercício do poder, que incide sobre todos os cidadãos por meio de determinações gerais válidas (normas jurídicas), aos quais aqueles devem apenas obediência.

<sup>4</sup> Q.v. HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

<sup>5</sup> Consultar VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximações ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução e prefácio: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: FORENSE, 2004.

de que a cidadania ativa é o principal ator político-social e, portanto, responsável último pelo desvelamento de significados constitucionais, afastando esse encargo do Supremo Tribunal Federal – cuja função é de guarda do texto e não de apoderamento sobre ele. As dimensões essenciais do *controle* da redação constitucional <sup>7</sup>, dimensão *fundante* e dimensão de *garantia*, somente são exercíveis pelo povo, isto é, a fundação da ordem constitucional e a fiscalização daquela já elaborada, o que repercute, necessariamente, em seu papel de domínio sobre a evolução do Estado democrático de Direito modelado por si.

Esse reposicionamento teórico do povo enquanto autoridade constitucional máxima, que não pode ser *sempre-representada*, sob pena de uma impossível delegação de soberania, valeu-se do conceito de *democracia de direitos* de Stephen M. Griffin <sup>8</sup>, como representação de uma ambiência democrática ideal, em que os legisladores norteariam a implementação constitucional <sup>9</sup> respeitando os interesses dos que os elegeram, o Poder Executivo gerenciaria o *possível da reserva* <sup>10</sup>, escolhendo políticas públicas que edificassem os programas constitucionais, a Suprema Corte protegeria a legislação sobre direitos fundamentais e os cidadãos vigiarão a adequada interpretação constitucional por parte de todos os outros poderes – efetivando, enfim, o seu próprio e soberano poder.

A pesquisa se dividiu em seis tópicos básicos.

No primeiro, destaca-se que o século XXI é propagado como a Era do Poder Judiciário, contudo, no exemplo brasileiro, a locução *ativismo judicial* não nos parece guardar a mesma tradução que sua congênere estadunidense *judicial activism*. Trata-se, na sequência, da forma de aparição da “judicialização da política” no contexto da Constituição nacional, que, a um só instante, é extremamente principiológica e regulamentista, descendo a cada campo do ordenamento jurídico. Verifica-se que o Judiciário ganha espaço por trabalhar nos

---

<sup>6</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 1991.

<sup>7</sup> Ver PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>8</sup> Para mais, GRIFFIN, Stephen M. *American Constitutionalism: from theory to politics*. New Jersey: Princeton University Press, 1998.

<sup>9</sup> WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 1999. Disponível em [www.cambridge.org/catalogue/catalogue.asp?isbn=0521658837](http://www.cambridge.org/catalogue/catalogue.asp?isbn=0521658837).

<sup>10</sup> Expressão cunhada por Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz (v. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002), durante a disciplina *Direito Político na Ordem Constitucional*, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará - UFC.

parâmetros de um constitucionalismo muito abrangente (que, limitado a uma condição normativa, tenta aplacar as *incertezas* do mundo).

No segundo, examina-se o “argumento contramajoritário” que, a partir do nicho constitucional norte-americano, espalhou-se como debate global, no entanto, pode estar superado desde a construção de uma democracia que convive simbioticamente com o constitucionalismo. Noutros termos, o juiz não representa uma ameaça ao sistema democrático, notadamente quando a própria conjuntura constitucional autoriza interpretações limiares entre o Direito e a Política. Em verdade, o desinteresse na efetiva participação democrática, por parte da quase totalidade dos cidadãos, é que traduz a ruína contramajoritária, na medida em que poucos grupos dominantes (no Executivo e no Legislativo, especialmente) tomam as decisões impulsionadoras do Estado.

No terceiro tópico, prenuncia-se um esgotamento desse modelo, eis que o Judiciário também, mais cedo ou mais tarde, falhará na “representação argumentativa da sociedade” que supõe realizar. É dizer, os três poderes constituídos necessitam do suporte do Poder Constituinte – refletido na *cidadania ativa* – para que suas ações produzam alguma eficácia social.

No quarto, cuida-se da formulação de uma nova espécie de institucionalização democrática, na qual a consciência e a participação cidadãs sejam a tônica de arranjos políticos e sociais entre os poderes constituídos e o povo. Por isso mesmo, essa ambiência, denominada *democracia de direitos*, na linha das ideias semelhantes de Stephen Griffin, pugna por uma readequação das funções administrativa, legislativa e jurisdicional, dentro do Estado, para que nenhum dos poderes constituídos sobressaia, considerando não haver vantagem comparativa entre eles, em matéria de defesa de direitos fundamentais.

No quinto tópico, aborda-se uma outra realidade democrática possível para o Brasil, sugerindo alterações legislativas e constitucionais, por exemplo, com vistas a concretizar um regime democrático próximo a uma *democracia de direitos*, baseado na *participatividade*, ou seja, na possibilidade contínua de participar franqueada ao cidadão “comum”. E, finalmente, no sexto, compreende-se que o envolvimento político no Estado, antes de ser uma questão de educação crítica (que é, obviamente, crucial), é também uma necessidade de prática, de treino democrático, no sentido de que, quanto mais – e mais diretamente – se participa das decisões

no Estado, mais se aprimoram os posicionamentos políticos dessa cidadania e do próprio Estado, completando, assim, o ciclo (dessa vez virtuoso) de ativação e realização das expressões *soberania popular* e *Poder Constituinte do povo*.

## 1 A ERA DO JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário fora proclamado o poder do século XXI<sup>11</sup>. Com efeito, as ambiências ideológicas e pragmáticas vivenciadas pelo homem foram se alterando e, com elas, a prevalência de um ou outro Poder Constituído – aliás, em determinados momentos, houve alternância também entre um ou outro *poder de fato*, isto é, entre domínios constituídos pelas circunstâncias históricas e não pelos documentos de Estado.

No século XIX, o Poder Legislativo era considerado o depositário da soberania (compreendida como o sumo poder estatal: a capacidade de autoconstituição e autoregulação). Nos textos – hoje clássicos – de Locke<sup>12</sup> e Rousseau<sup>13</sup> (séculos XVII e XVIII), por exemplo, o Legislativo era o coração do corpo político, o elo que dava ao Estado e à sociedade funcionar (entre si, inclusive), porque naquela atividade fundamental se decantavam os destinos das ideias, mesmo as novas e mais radicais, que mudariam o futuro.

Eram as câmaras de leis que definiriam os rumos tomados pelas sociedades. Não à toa, esse pensamento marcara aquele século também por conta do Iluminismo<sup>14</sup>, filosofia ascendente durante todo o século XVIII.

---

<sup>11</sup> Lenio Streck dispõe a questão nestes termos: “Ou seja, é preciso compreender que, nesta quadra histórica, o direito assume um caráter hermenêutico, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do pólo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) poder antever todas as hipóteses de aplicação. (...) Textos constitucionais compromissórios, com amplo catálogo de direitos fundamentais individuais e coletivos inexoravelmente geram um aumento de demandas. Ver STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3 ed., 2009, pp. 1-2.

<sup>12</sup> Q.v. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes. 2ª Ed, 2005.

<sup>13</sup> Ver ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Russell, 2005.

<sup>14</sup> Na passagem sucinta mas exauriente de Immanuel Kant: “O Iluminismo representa a saída dos seres humanos de uma tutela que estes mesmos se impuseram a si. Tutelados são aqueles que se encontram incapazes de fazer uso da própria razão independentemente da direção de outrem. É-se culpado da própria tutela quando esta resulta não de uma deficiência do entendimento mas da falta de resolução e coragem para se fazer uso do entendimento independentemente da direção de outrem. *Sapere aude!* Tem coragem para fazer uso da tua própria razão! - esse é o lema do Iluminismo”. KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: o que é Iluminismo?* Escrito, 1784.

No século XX, o Executivo voltou ao centro do poder estatal – como em todos os tempos anteriores ao século XVIII – onde sempre houve uma autoridade executiva (fosse uma pessoa apenas, fosse um grupo ou vários grupos coligados: certo é que a história demonstrou a existência de um ditador das regras, em diversos períodos até a Modernidade). Esse Poder Executivo, na roupagem do século XX, prevaleceu ora pela forma habitual – por intermédio da força, de exércitos, da cultura ou da tradição – ora por mecanismos aos quais estava menos adaptado, como através de apoios conquistados nas Casas Legislativas, que permitiam controle intenso das direções sociais e das práticas políticas.

Aliás, o século XX fora tingido por conflitos que acomodaram o mundo inteiro sob determinadas práxis culturais, religiosas, jurídicas, filosóficas, econômicas e sociais. É dizer: de alguma maneira, o século passado determinou a consolidação da *Modernidade* – o homem se tornou seguro de si, elegendo suas próprias regras, na síntese kantiana – e abriu caminho para algo mais, ainda por vir.

No tocante à práxis política, ponto mais interessante a este trabalho, é suficiente, por enquanto, afirmar que a democracia retomou o curso interrompido durante mais de um milênio, vingando, definitivamente, como sistema hegemônico. Nas palavras de Robert Dahl<sup>15</sup>:

O século XX foi um período de muitos reveses democráticos. Em mais de setenta ocasiões, a democracia entrou em colapso e deu lugar a um regime autoritário. Mas também foi um momento de extraordinário sucesso democrático. Antes de terminar, o século XX transformou-se em uma era de triunfo democrático. O alcance global e a influência de ideias, instituições e práticas democráticas tornaram este século, de longe, o período mais florescente para a democracia na história do homem.

Finalmente, no século XXI, o Poder Judiciário, que na modelar tripartição dos Poderes de Montesquieu, sempre pareceu mais técnico do que político, emergiu como *o principal* componente do Estado<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: Editora UnB, 2001 (reimpressão 2009), p. 161.

<sup>16</sup> “(...) Dos três poderes é congenialmente o mais fraco e, de tradição, aquele que mais dificuldade teve, no passado, para sobrepor-se às pressões executivas de dominação. Com efeito, na memória do *ancien régime* fez-lhe odiosa a imagem nos fastos do constitucionalismo francês da Revolução de 1789, que buscou na pauta institucional inferiorizá-lo, de algum modo, perante os outros Poderes, da trilogia de Montesquieu”. BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 3ª Ed. São Paulo: MALHEIROS, 2004, p. 74.

Não é exagerada a afirmação, porque o homem acelerado (e, ao mesmo tempo, tomado de *incertezas*) do século XXI compreendeu que os Poderes Executivo e Legislativo necessitavam da atuação – ainda que homologatória – do Poder Judicial para que as dinâmicas políticas exercitadas não se tornassem vazias.

Em outros termos, os Poderes Executivo e Legislativo passaram a depender, e muito, do Judiciário, para que seus trabalhos fossem validados, por meio de decisões – que agora são – tanto políticas quanto técnicas.

O Judiciário, finalmente, deixou os séculos de discricção (ou de certa prudência – quase medo – em tomar posicionamentos políticos). E, nos poucos anos de século XXI, já anunciou, por mensagens perfeitamente compreensíveis, que esse seu processo de mudança é sem retorno <sup>17</sup>.

O sumo dessas mensagens é que o crescimento do Estado e o incremento de quaisquer medidas que visem ao *Interesse Público* têm de contar com a colaboração dos Tribunais, sob pena de não se efetivarem.

Os motivos para que o Judiciário ganhasse (ou, melhor dizendo, começasse a demonstrar) tamanha influência sobre as questões de Estado jamais se podem reduzir a uma *teoria geral do ativismo judicial*, isto é, não podem ser analisados abstratamente, tomando esse ou aquele caso como paradigmas.

Em cada país e, por consequência, em cada múltipla conjuntura histórica, é possível identificar fatores diferentes a redundar aparições mais ou menos próximas do mesmo fenômeno: o acréscimo de importância e de extensão do Poder Judiciário sobre variados aspectos da vida social e política.

---

<sup>17</sup> “Poucos personagens sofreram tantas modificações nos últimos anos quanto os magistrados. Sua presença transpôs as portas dos fóruns. Dificilmente se encontrará um tema ou um embate sobre o qual não se solicite a palavra ou não se pronuncie um magistrado. Como protagonistas centrais, juízes, desembargadores e ministros de tribunais têm ocupado espaços na arena pública, marcando posição e desempenhando papéis que extrapolam a clássica imagem de descrição ou de extrema impessoalidade”. SADEK, Maria Tereza. BENETI, Sidnei Agostinho. FALCÃO, Joaquim. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 11.

## 1.1 Esboço sobre o caso brasileiro

A despeito de bicentenário, o Poder Judiciário nacional deve ser estudado sob determinado fator histórico que não consta em países como a Alemanha ou os Estados Unidos, geralmente apontados como exemplos principais de Judiciário poderoso: o fator do (parco) *desenvolvimento nacional*.

Não regredindo ao tempo das *grandes navegações* e dos *descobrimentos* (séculos XV e XVI), para argumentar que o Brasil fora uma colônia de exploração, enquanto Alemanha, Inglaterra, França, Itália, Espanha, Estados Unidos ou Canadá, *v.g.*, foram metrópoles ou colônias de povoamento, e, portanto, desde então, já se fixara a diferença fulcral entre os sistemas judiciais desses Estados e o brasileiro, situa-se o problema de maneira mais realista e mais próxima. Tanto porque o Judiciário daqueles países também sofreu interferências das elites políticas e econômicas dominantes, em menor ou maior grau, e a depender das épocas consideradas. Logo, o resgate simplista das espoliações vivenciadas pelo Brasil há 500 (quinhentos) anos não convence – não, ao menos, de maneira isolada.

É que, em verdade, as grandes distinções entre sistemas políticos (e judiciais, por via oblíqua) como o estadunidense e o brasileiro residem na estabilidade democrática e no vigor econômico. Nesse sentido, ater-me-ei, nas linhas seguintes, aos séculos XX e XXI, sob pena de que, a cada trabalho a respeito do assunto, devam ser ressaltados os desdobramentos históricos – naturalmente complexos – que geraram a pujança norteamericana e o subdesenvolvimento latinoamericano.

Nesse passo, vale dizer que o Brasil, de acordo com Vilmar Faria <sup>18</sup>, foi o país que mais se transformou no século XX, num fenômeno só comparável à União Soviética da década de 1930. O país saía de uma população 70% (setenta por cento) rural em 1950 e em 20 (vinte) anos estaria com uma população 70% (setenta por cento) urbana, ou seja, em uma geração inverteu completamente sua feição geopolítica, territorial, cultural, social e econômica.

---

<sup>18</sup> Q.v. FARIA, Vilmar E. SILVA, Pedro Luiz Barros. “Transformaciones estructurales, políticas, sociales y dinámica demográfica: discusión de un caso. Brasil 1950/1980”. In: *Memorias del Congreso Latinoamericano de población y desarrollo*. Cidade do México, 1983, pp. 1009-1060.

Aliás, tudo isso, frise-se, numa ambiência ditatorial (Revolução de 1930: 1º Governo Getúlio Vargas), sem um *welfare state* aos moldes europeus que encaminhasse as demandas sociais e oferecesse condições propícias ao estabelecimento das novas comunidades urbanas e ao incremento das comunidades rurais restantes. Assim, de alguma forma, cada um se tornou estrangeiro dentro do próprio país, tendo que reconstruir o sentimento de pertencimento.

O período populista-paternalista de Getúlio Vargas, sem entrar no mérito acerca de eventuais ações sociais consideradas benéficas, buscava, exatamente, restringir uma prática democrática mais efetiva, eis que tratava o povo como mero destinatário de deferências políticas. Após sua renúncia <sup>19</sup>, Juscelino Kubitschek ganhou as eleições, prometendo desenvolver o país 50 (cinquenta) anos em 05 (cinco).

A iniciativa mais conhecida do governante, entretanto, endividou enormemente o Brasil no mercado internacional: resolveu cumprir a promessa de construir a nova capital da República – algo projetado, a propósito, ainda no período imperial, mas nunca tirado do papel <sup>20</sup>.

Após esse atolamento financeiro, outro pior. A ditadura militar, que se instala em 1964, perdurando até 1985, com implicações que permanecem cruelmente próximas. O povo não passou de *instância global de atribuição de legitimidade*, como diria Friedrich Müller <sup>21</sup>. Um ícone, uma referência mítica, exclusivamente manejada para que o regime político prosseguisse, fingindo estar sob os auspícios da *nação*. Por outro lado, quanto às manifestações culturais e políticas, o povo deveria silenciar.

Por óbvio, em nenhuma ditadura esse silêncio é total e a inconformidade corajosa – e mesmo a oposição pacífica – são punidas com violência. Não é difícil supor que, nesse intervalo, o Judiciário, seguindo o destino da democracia como um todo, esteve tolhido em suas prerrogativas <sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Em verdade, a nota oficial de renúncia fora ofuscada por sua morte, na mesma madrugada de 24 de agosto de 1954, assumindo a presidência o vice Café Filho.

<sup>20</sup> A transferência da capital para o interior já era prevista desde 1850, constando desde o primeiro ADCT (Constituição republicana de 1891).

<sup>21</sup> V. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução: Peter Naumann e Paulo Bonavides. 5ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>22</sup> V. trilogia: GASPARI, Élio. *A ditadura envergonhada. A ditadura escancarada. A ditadura derrotada*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002/2003.

Em 1985, realizam-se as primeiras eleições após a repressão, de forma indireta. No ano de 1987, a convocação da Assembleia Constituinte se dá por emenda constitucional – e não através de movimentos populares, por exemplo. Assim mesmo, a trajetória das comissões designadas para escrever a redação que futuramente resultaria na Constituição de 1988 apresentou uma preocupação democrática, no sentido de acolher sugestões de diversos segmentos sociais para a elaboração do novo texto magno.

A *Carta Cidadã*<sup>23</sup>, como foi apelidada a Constituição de 1988, prenhe de direitos e, mais ainda, de expectativas, em particular, na mudança da realidade social brasileira, terminou provocando um choque entre a *discursividade* e a *legitimidade teórica* do recém-instituído Estado Democrático de Direito, e o panorama político e a práxis democrática brasileira herdada durante todo aquele século<sup>24</sup>.

Num palavreado mais contundente, o belo texto ali promulgado se contrapunha à multissecular apatia política do povo em geral e, pior, aos interesses das elites políticas e econômicas que continuaram – e sempre estiveram – a dominar o país, enquanto todo o resto da população esteve letárgica.

Na mesma perspectiva a redação constitucional surpreendera o Poder Judiciário. Pois sim: os juízes nunca experimentaram ser um corpo de *agentes políticos*, de *membros* de uma atividade (também e fortemente) política do Estado. Durante as eras ditatoriais e os breves intervalos democráticos, o tacho civil, o jugo castrense ou os impublicáveis empenhos de alguns setores da economia sempre os lembraram que não passavam de *funcionários* do Estado.

Os juízes, menos que *bouches de la loi* deveriam ser bocas do sistema político dominante, qualquer que fosse, eis que, muitas vezes, não era a lei que demandava aplicação. De maneira que havia juízes, mas não havia Estado (verdadeiramente) Constitucional onde

---

<sup>23</sup> No discurso proferido em 27.7.1988, o Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, asseverou que aquela seria a Constituição cidadã, porque recuperaria como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria. Ver Panteão dos clássicos, disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_62/panteao/panteao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm).

<sup>24</sup> Estamos analisando a Constituição porque, no dizer de Hesse: “Entender o Direito Constitucional vigente implica a compreensão prévia do seu objeto: a Constituição. Só a partir desta compreensão o Direito Constitucional permite identificar os problemas constitucionais, assim como lhes dar resposta adequada”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: SARAIVA, 2009, p. 73.

pudessem atuar. O pretório não era refúgio algum para a *cidadania* ou para a vontade de implementação da Constituição, porque se esquivava de uma série de questões, a teor de que eram políticas e não jurídicas<sup>25</sup>.

Fato é que somente as doutrinas preconizadas pela nova Constituição (1988) impeliram a magistratura a refletir sua própria performance, e dessa vez, qualificando essa reflexão com o dado importante de estar inserida num autêntico Estado de Direito (porque, finalmente, democrático e, assim, o temor daria lugar ao debate de ideias).

Agora uma rápida digressão, que possibilite comparar. Os Estados Unidos, no começo do século XX, a partir de revolucionárias técnicas de produção e métodos de trabalho na indústria e no comércio, fizeram surgir conglomerados empresariais e um aquecimento econômico cíclico de uma forma que o mundo jamais assistiu – uma segunda Revolução Industrial. A riqueza do país e a *glamourização* do seu estilo de vida (*american way of live*), aliadas à experiência democrática desde 1776 (independência) ou, peculiarmente, desde 1787 (primeira e única Constituição dos E.E.U.U.) nunca ataviaram o trabalho judiciário.

A Justiça lidava com questões cíveis (incluídas as empresariais e tributárias, por suposto) e penais cotidianas, enfeitando as grandes discussões políticas ou éticas, ao argumento de que pertenciam ao âmbito dos poderes eleitos pelo povo para decidi-las.

Essa locomotiva econômica descarrilou em 1929 (grande *crack* da bolsa de Nova Iorque), exatamente por não ter freado em determinados instantes. A assunção do Presidente Franklin Delano Roosevelt, apresentando, literalmente, um novo pacto institucional (*New Deal*), com esteio nas ideias do economista John Maynard Keynes, conseguiu recuperar o rumo financeiro do país. A presença estatal na economia fora percebida como necessária, dentro de parâmetros limitados, para implementar, notadamente, políticas sociais e políticas regulatórias, que, conforme se compreendia à época, não cabiam às empresas.

Com a deflagração da Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos, substituindo-se às indústrias, ao comércio e até aos serviços das nações territorialmente envolvidas no conflito,

---

<sup>25</sup> Ver RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I (1891-1898): Defesa das Liberdades Cíveis. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2ª Ed., 1991. Em diversos momentos da história, houve atos institucionais, decretos, ideologias e práticas econômicas que formavam o ordenamento jurídico da normalidade, de uma maneira que sequer concebemos hoje.

passaram a exportar tremendamente todos os produtos que podiam ofertar (de alimentos a armamentos). Não levou muito para que o *american way of life* voltasse à tona.

Sagrando-se vitoriosa sua parceria político-ideológica com Inglaterra, França e União Soviética, durante a Grande Guerra, as décadas de 1950 e 1960 selaram, em definitivo, o poderio americano sobre meio-mundo (literalmente), visto que se tornou modelo do sistema capitalista, em contraposição ao modelo comunista-socialista da União Soviética, que arrebatou a outra metade do globo.

Contudo, a Guerra Fria, longe de ter abalado o regime democrático doméstico, o fortaleceu (nem que fosse apenas para propagandear a simbiose *capitalismo - democracia*<sup>26</sup> para todos os países influenciados pelas práticas americanas) e, com isso, também se solidificou a atuação do Poder Judiciário como necessária para a manutenção da democracia.

Há uma mútua implicação nos desempenhos sistêmicos de umas e outras instâncias de poder, logicamente. A economia e a política fortes exigem um Judiciário confiável também, para que as eventuais tensões entre elas se resolvam de maneira célere e com relativa previsibilidade.

Bem... Essa previsibilidade pode ter falhado, no contexto norte-americano daquelas décadas, porque a força econômica, política, científica, cultural e as circunstâncias sociais e religiosas do período acabaram gerando um avejão ativista na Suprema Corte nunca antes (nem depois<sup>27</sup>) observado: os cerca de vinte anos que correspondem à presidência do *justice*

---

<sup>26</sup> “Democracia e capitalismo de mercado são como duas pessoas ligadas por um casamento tempestuoso, assolado por conflitos – mas que resiste, porque nenhum dos parceiros deseja separar-se do outro. Passando o exemplo para o mundo botânico, os dois existem numa espécie de simbiose antagônica. Embora seja um relacionamento complicadíssimo, acredito que possamos extrair cinco importantes conclusões a partir da profusa e sempre crescente série de experiências. 1. A democracia poliárquica resistiu apenas nos países com economia predominantemente de mercado; jamais resistiu em algum país com a predominância de uma economia que não seja de mercado. 2. Esta relação estrita existe porque certos aspectos básicos do capitalismo de mercado tornam favorável para as instituições democráticas. Inversamente, alguns aspectos de uma economia predominantemente planificada a tornam prejudicial às perspectivas democráticas. 3. A democracia e o capitalismo de mercado estão encerrados num conflito permanente em que cada um modifica e limita o outro. 4. Como inevitavelmente cria desigualdades, o capitalismo de mercado limita o potencial democrático da democracia poliárquica ao gerar desigualdade na distribuição dos recursos políticos. 5. O capitalismo de mercado favorece grandemente o desenvolvimento da democracia até o nível da democracia poliárquica. No entanto, devido às conseqüências adversas para a igualdade política, ele é desfavorável ao desenvolvimento da democracia além do nível da poliárquia”. DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*, p. 183-196.

<sup>27</sup> Após essa onda, a Suprema Corte foi envolvida por uma outra, conservadora, com a nomeação de juízes que tinham uma visão severamente crítica do ativismo judicial e dos “avanços” obtidos com essa práxis.

Earl Warren (1953-1969) e aos primeiros anos da presidência do *justice* Warren Burger (1969-1986).

A corte, na era Warren, reverteu mais de 50 (cinquenta) precedentes: a segregação em escolas e demais ambientes públicos foi vedada (*Brown v. Board of Education* [1954]); fora minorado o arbítrio policial contra pobres e negros; vedada a utilização de provas obtidas de modo ilícito (*Mapp v. Ohio* [1961]); comunistas ou suspeitos não podiam ser expostos de forma degradante e ruínosa para suas carreiras e suas vidas (*Pennsylvania v. Nelson* [1956], *Jencks v. United States* [1957], *Watkins v. United States* [1957], *Sweezy v. New Hampshire* [1957], *Service v. Dulles* [1957] e *Yates v. United States* [1957]); acusados em processos criminais não poderiam ser julgados sem advogado (*Gideon v. Wainright* [1963]); era obrigatório informar ao acusado seu direito de consultar um advogado e de não se autoincriminar, podendo permanecer calado (*Miranda v. Arizona* [1966]); o Estado não poderia invadir o quarto de um casal em busca de contraceptivos; não se poderiam proibir casamentos interracialis (*Loving v. Virginia* [1967]).

Além disso, a *US Supreme Court* ainda reordenou os distritos eleitorais do país, superando a visão de que isso se tratava de uma questão política (*Baker v. Carr* [1962]). No âmbito da liberdade de expressão, pavimentara o caminho para uma imprensa destemida: *New York Times v. Sullivan* (1964) e *Brandenburg v. Ohio* (1969).

Nas décadas subsequentes (de 1970 a 2000), apesar de uma participação menos incisiva (menos direta quanto a questões que, em tese, estariam reservadas à lei), por conta de uma autorrestricção *quase-programada*, a Corte Máxima nunca mais abandonou sua relevância capital à estrutura democrática estadunidense.

Em tempo: a locução adjetiva *quase-programada* se deve, especificamente, à preocupação dos juristas que vieram a compor o Tribunal, dali em diante, para que decidissem de forma discreta e, principalmente, fiel aos tons conservadores ou liberais das Administrações que os indicaram. A afirmação poderia até soar óbvia, porém não é, na medida em que, por exemplo, da Corte Warren, 04 (quatro) ministros [Warren, Brennan,

Harlan e Whittaker] foram indicados pelo presidente Dwight Eisenhower, republicano conservador, e, não obstante, causaram reviravolta jurídica ímpar<sup>28</sup>.

Nessa visão, o Judiciário brasileiro, em verdade, nunca esteve apto a decidir proativamente, tal como o americano (já na década de 1950). Traçando o paralelo de modo realista, talvez somente neste quadrante histórico (última década do século XX e primeira do século XXI), é que os sistemas econômico, social, cultural, político e religioso brasileiro confluíram para uma performance mais acentuada dos Tribunais, destacadamente o Supremo Tribunal Federal.

Todavia, é preciso indagar se neste tempo (tão) posterior à prolixa Constituição Federal de 1988, permanece conceitualmente válida a expressão *ativismo judicial* para designar a realidade das decisões da Justiça nacional. Noutros termos, será mesmo que o padrão americanizado de supremacia da Constituição, controle de constitucionalidade estrito, supremacia judicial e ativa proteção dos direitos fundamentais (estes dois últimos aspectos remontam, diretamente, ao *ativismo judicial*) é realizado, no Brasil, pelo gênio dos nossos juízos? Não haveria, com a Carta de outubro, uma determinação constitucional nessa direção?

Essas perguntas, por vezes, não se colocam de modo claro, na doutrina ou na jurisprudência pátrias. Urge que se delimite a compreensão a respeito do fenômeno, sob pena de denominarmos *ativismo judicial* à moda americana algo que passa longe do paradigma eleito. Ora, a Carta de 1787 nem mesmo trata de *controle de constitucionalidade* (por isso toda a significância de *Madison v. Marbury*, em 1803, decidindo que o Judiciário americano deve verificar a compatibilidade das leis frente à Constituição). Então, para começo de raciocínio, o pretório dos Estados Unidos decidiu que era competente para ser o fiscal da constitucionalidade, enquanto o Supremo Tribunal Federal já fora convocado, pelo próprio texto constitucional, a ser o seu *guardião*.

Em segundo lugar, a Corte Warren, *e.g.*, gerou intensa discussão à sua época, por supostamente barrar discussões de uma democracia alentada e de muitos séculos: reclamava-se que os juízes determinavam *ações afirmativas* (trato a expressão como gênero para sintetizar o trabalho do Tribunal naqueles vinte anos) que deveriam ser decididas pelo

---

<sup>28</sup> Quando a voz contrária ao ativismo, *justice* Felix Frankfurter, aposenta-se, em 1962, e mais ministros são indicados pelo presidente John Kennedy, os ativistas tomam o controle efetivo da corte.

Congresso e pelo Executivo <sup>29</sup>. O colegiado utilizava-se de interpretação agudamente principiológica, inclusive por conta da sinteticidade da Constituição com que lidava.

Já o Judiciário brasileiro atual, em regra, não formula e determina *ações afirmativas*, antes, define a necessidade de cumprimento daquelas ações antevistas no texto constitucional de 1988. Aquilo que não está taxativamente declinado na Constituição – o que é difícil tendo em mente seu extenso conteúdo – não carece de interpretação de intenso *principismo*. O juízo mais apegado à letra redigida pelo Constituinte consegue se passar por ativista, porque a própria redação da Carta, por si mesmo, guarda essa característica.

E, numa situação-limite, quando o juízo parece decidir sob o manto de convicções sociais e políticas próprias, ainda carece lembrar que a Carta de 1988 teve lugar como um “manifesto contraditório”. O Brasil, terra de desigualdades sociais extremas e de uma apatia política decorrente desse quadro socioeconômico, não tem um passado de debates democráticos <sup>30</sup> – saudáveis ou conflituosos que fossem, como nos Estados Unidos. Ao contrário, democracia era uma lembrança que já se distanciava até mesmo para a geração que formulou a Constituição de 1988. Assim, o tal *ativismo judicial* que se crê existir, no Brasil, deve ser renomeado, no mínimo, porque pouquíssima coisa tem que o aproxime do ocorrido (ocorrente) nos Estados Unidos da América.

O juiz brasileiro não perturba as discussões do Congresso, do Executivo e da sociedade, através de sua *sentença aditiva*, para usar a expressão popularizada pelo ministro Gilmar Mendes. Não está apressando ou antecipando a decisão que poderia ser tomada pelo caminho natural dos debates. E, nessa premissa, o argumento contramajoritário <sup>31</sup> dos juristas

---

<sup>29</sup> Embora não se possa deixar de notar que parte dessa reclamação se deva à “rapidez” com que o Judiciário determina a consecução desses mecanismos de *igualamento* social, político, econômico *etc.*, ao passo que o Executivo e o Parlamento, juntamente com a sociedade, poderiam debater séculos – como já faziam – essas questões.

<sup>30</sup> “A falta de coragem ou de ânimo para inovar, da maioria dos homens públicos ou, possivelmente, a falta de condições políticas, alguma coisa tem impedido que se rediscuta em profundidade a organização do governo, criando formas novas a partir das novas realidades que emergiram durante os últimos duzentos anos. Por esse motivo buscam-se novas soluções dentro dos esquemas tradicionais de organização e foi por esse caminho que se chegou ao Judiciário ativo e militante, com papel político reconhecido, admitindo-se que ele seja o complementar das normas constitucionais, o que, em princípio, cria menos riscos do que a complementação feita pelo Executivo”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 165-166.

<sup>31</sup> À frente, neste trabalho, dedicaremos mais linhas à temática.

americanos (na companhia de Alexander Bickel <sup>32</sup>, por exemplo) não se demonstra apropriado na maior parte das conjunturas enfrentadas na jurisdição constitucional brasileira.

Em praticamente todos os casos, o Judiciário nacional não está potencialmente contrário à maioria da população, aliás, longe disso, poucas vezes há em que não se prostra “obrigado” a atender os anseios da esmagadora maioria da população (alijada das dinâmicas econômicas, sociais e políticas). O Judiciário de um país subdesenvolvido, portanto, na quase totalidade dos casos, está acorrentado à necessidade de espantar as mazelas e fantasmas de uma ditadura militar ou de uma ditadura das circunstâncias sociais e econômicas que bloquearam a soberania <sup>33</sup> do país.

Dessa maneira, o desenvolvimento ou o subdesenvolvimento do Estado, inelutavelmente, delimita o raio e a natureza da ação de seu respectivo Poder Judiciário. Não se podem reduzir, dessa maneira, as peculiaridades do contexto brasileiro em nome de um pretense paralelo de acontecimentos semelhantes noutros países, notadamente os Estados Unidos.

Há outros exemplos, próximos e remotos no tempo, como a Alemanha, cuja atuação do seu Tribunal Constitucional Federal constitucionalizou todos os ramos do direito, desde a interpretação abrangente e garantista da *Lei Fundamental de 1949*.

A Itália, cuja Constituição foi promulgada em 1948, mas sua Corte Constitucional só foi instalada em 1956, também sofreu processo de constitucionalização de vários direitos até meados da década de 1970.

Portugal e Espanha, outrossim, países cujas Constituições, de 1976 e 1978, por ordem, levantaram-se contra sistemas totalitários, servem de exemplos nos quais as Cortes Constitucionais moldaram diversos novos direitos, a partir das múltiplas facetas de textos magnos democráticos.

Por fim, a França, cuja Constituição é de 1958, porém ainda vive uma fase de afirmação constitucionalizante, porque não há mecanismo de controle de constitucionalidade repressivo previsto, apenas um controle prévio, do Conselho Constitucional, todavia, as

---

<sup>32</sup> Consultar BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1986.

<sup>33</sup> Essa *soberania bloqueada* também será alvo de divagações em instante propício.

doutrinas mais modernas daquele país já cuidam de uma *impregnação* da Constituição em todo o ordenamento jurídico.

Todos esses processos são únicos e somente comparáveis superficialmente, para fins de elucidação de causas e efeitos específicos sobre a constatação comum de um *espalhamento* do direito (em particular, do Direito Constitucional) pelos rincões da vida social em suas amplas dimensões.

Aprofundar indevidamente essas confrontações mais dificulta do que facilita o entendimento do fenômeno da *judicialização da política* no Brasil, que é outro em relação ao mesmo fenômeno ocorrido, *v.g.*, na Espanha ou na Alemanha. De modo que há, inegavelmente, um alargamento da incidência do Poder Judiciário sobre as interações institucionais e sobre o próprio dia-a-dia em dezenas de países do mundo contemporâneo, contudo, esse acontecimento se distingue, substancialmente, de um país para o outro, de acordo com a época em que percebidos seus primeiros sintomas, de acordo com os atores sociais que se envolvem para apoiar ou combater essa dinâmica institucional, de acordo com a força decisória dos juízos mais afeitos a essa prática, de acordo com a própria estrutura judicial do Estado.

É nesse sentido que optamos pela expressão *judicialização da política* para categorizar a observação de um crescimento da influência do Poder Judiciário, sobretudo em questões que tradicionalmente faziam parte de um catálogo de discussões político-partidárias, questões que ao longo da história habitualmente estiveram na pauta dos poderes constituídos eleitos pelo povo <sup>34</sup>. O que implica na afirmação de que não existe *ativismo judicial* no Brasil, se essa locução é compreendida como a exteriorização da *judicialização da política* tal como ocorrida (ocorrente) nos Estados Unidos da América.

---

<sup>34</sup> Robert Dahl trata da vulneração da autonomia dos cidadãos quando as Cortes juntam Direito e Política: “A postura do tribunal constitucional, então, deve envolver grande dose de prudência e tomar por base novos parâmetros a exemplo da discursividade alcançada no curso do processo legislativo. Justamente para reconhecer, nesses casos, arguições de inconstitucionalidade que se voltam menos contra os aspectos *jurídicos* subjacentes à questão do que contra o êxito (político) da norma editada. Em o tribunal constitucional não se autoconscientizando dessa distinção entre o *político* e o *jurídico*, vulnera-se a autonomia dos cidadãos, especialmente nas leis mais polêmicas, cujo processo legislativo, em regra, suscita maiores debates políticos. Ou seja, dá-se a judicialização da política”. DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*, p. 54.

E isso, segundo já explicamos, pela simples razão de que naquele país os juízes tomam uma atitude *operacional* em relação ao texto da Constituição – que é o mesmo há 223 (duzentos e vinte e três anos) – atualizando-o conforme a situação concreta enfrentada, deferindo direitos que não estavam vislumbrados (ao menos não gramaticalmente) nem na redação magna nem nas leis ordinárias. O que, por óbvio, causa a polêmica contida acerca da legitimidade daquele membro de um poder não-eleito para, de maneira indireta que seja, contradizer a maioria do povo, cuja vontade (iconicamente) é expressada por intermédio das leis.

No nosso país, o procedimento é todo diferente: o juiz toma uma atitude *funcional* em relação ao texto de uma Constituição que tem menos de 22 (vinte e dois) anos completos, na medida em que já encontra delineados os contornos dos direitos que deve aplicar numa tessitura concreta, no mínimo, em um ou dois artigos constitucionais, quando não até numa lei ordinária. A tarefa, então, é restrita a uma aplicação analógica, ou extensiva, ou sistemática, ou *aditiva* de disposições legais pré-existentes <sup>35</sup>.

É raríssimo, entre nós, o exemplo de uma decisão da Suprema Corte ou de qualquer outra instância judicial calcada única e exclusivamente num princípio, numa norma condutora de valor.

O autêntico *ativismo judicial* não se restringe na interpretação-concretização pura de princípios, como o da *igualdade* ou o do *devido processo legal*, tantas vezes referidos nos *casos difíceis* hauridos da Suprema Corte norte-americana. Se é verdade que o português permite abstrações parecidas com as do grego ou do alemão, a contundência dos juízos brasileiros em matéria de direitos fundamentais poderia ser expressada como um *atuantismo judicial* <sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Ou a uma moldura fática pré-existente, em precedentes do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a qual não precisará alterar em medida considerável.

<sup>36</sup> “Quanto mais se tivermos em mente a evolução ocorrida no âmbito da Hermenêutica, que tornou patente a natureza híbrida, cognoscitiva e criativa, da atividade exegética, a qual propicia, mais do que a aplicação, a concretização de normas, cujos elementos estão apenas contidos *in fieri* nos textos legislativos. As decisões judiciais, portanto, são, como já foi visto, necessariamente criativas e inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão (ponto culminante do processo de concretização normativa), mas, principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: SARAIVA, 2010, p. 119.

Significa dizer: são eles chamados a atuar e o fazem, decidindo até os casos mais complexos por meio de técnicas interpretativas que, quando se ampliam demais, parecem criar direitos ou deveres antes inexistentes, mas, atentando bem, percebe-se que não criam coisa alguma. A diferença sutil reside no ponto em que não estão *ativados* em prol dos direitos fundamentais, como os *justices* americanos de 1950 e 1960 estavam: simplesmente estão *atuantes* na linha da própria Constituição – essa sim, que poderia ser apelidada de *ativista*.

Antoine Garapon <sup>37</sup> também indica que a questão do ativismo judicial é “mal colocada”, no mesmo sentido que ora explicitamos:

O direito, tanto o direito humano como o processual, tornou-se a referência maior da ação política. Não só para traduzir as reivindicações, mas também para organizar a ação administrativa. É sob a forma do direito e do processo que o cidadão das democracias realiza sua ação política. Eis por que a questão do ativismo judiciário é mal colocada. Não se trata da ação esporádica de alguns juízes desmiolados que querem brigar com o poder político, mas de uma evolução de expectativas quanto à responsabilidade política. (...) O aumento de poder da justiça não deve ser entendido como uma transferência da soberania do povo para o juiz, porém como uma transformação do sentimento de justiça.

Nesse ponto é que afirmamos que o juiz brasileiro não ativa nenhuma especial genialidade sua (não legisla no caso concreto) para proteger algo que não estava protegido. Somente amplia ou diminui, em técnicas interpretativas que podem ser (e são) contestadas, o âmbito de proteção daquilo que já estava previsto na Constituição com a qual atua – e não age em parceria, porque a Carta Magna não precisa de parceiro nesse trabalho de resguardar direitos fundamentais. No afã de ser exauriente terminou conseguindo exclusividade <sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2ª Ed. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: REVAN, 2001, p. 45-46.

<sup>38</sup> José Souto Maior Borges remete, inclusive, à dimensão superior a que a Carta Constitucional alçou os direitos fundamentais, como normas primordiais à análise de qualquer intérprete, destacadamente o juiz: “É nítida – tão nítida quanto estranhamente desapercibida – a valoração constitucional dos princípios. Os primeiros princípios constitucionais estão vestibularmente enunciados no texto: federação, república, democracia (art. 1º), tripartição do poder (art. 2º). Esses são nomeados ‘princípios fundamentais’, em contraposição, por exemplo, aos meros ‘princípios gerais da ordem econômica’ (art. 170 e seguintes). Acaso será esse descompasso terminológico produto de um simples desacerto? Um descontrolo de atecnia? Um farfalhar ao vento? Variedade terminológica ditada apenas pela estética da linguagem? De modo algum, já o veremos. Não sem antes ponderar que os direitos individuais e coletivos do art. 5º são reunidos sob a rubrica constitucional: ‘Dos direitos e garantias fundamentais’. Fundamental é aí o que está no fundo dos fundamentos. O que sustenta os próprios alicerces constitucionais”. In: “Pró-Dogmática: por uma Hierarquização dos Princípios Constitucionais”. *Revista Trimestral de Direito Público* nº 1. São Paulo: Malheiros, 1993, 140-146.

Não se negam, obviamente, determinados arroubos de *ativismo*, quando uma ou outra decisão, principalmente nos extremos do sistema judicial (o Supremo Tribunal Federal ou o Conselho Nacional de Justiça, de um lado, e juízos de primeiro grau de jurisdição, de outro) fundamentam-se exclusivamente em princípios, para criar um espaço normativo fixo onde antes não havia norma alguma. Apenas para citar alguns arestos, lembram-se as decisões sobre o nepotismo no serviço público em geral (RE nº 579.951/RN e súmula vinculante nº 13), a decisão sobre a redução do número de vereadores municipais (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345-0 e Resolução TSE nº 21.702/2004) e a decisão dando chances à progressão de regime em crimes hediondos (HC nº 82.959), além da Resolução CNJ nº 80/2009, declarando a vacância dos serviços notariais e de registro ocupados em desacordo com as normas constitucionais pertinentes à matéria, da Resolução CNJ nº 11/2006, regulamentando o critério da atividade jurídica para a inscrição em concursos da magistratura.

Contudo, as exceções somente confirmam a regra, isto é, sendo necessário pinçar uns ou outros precedentes que, de fato, surpreenderam pela “criatividade” jurisdicional, reconhece-se que não há nisso um movimento (ou uma revolução de mentalidade) concatenado em prol de “legislar positivamente em casos concretos”. Acontece, essencialmente, aquilo que Lord Radcliffe (juiz britânico) registrou, quase poetizando:

O juiz pode se empenhar na mais estrita adesão ao princípio de respeitar rigorosamente os precedentes; bem pode concluir toda tarde sua própria jornada de trabalho na convicção de nada haver dito nem decidido senão em perfeita concordância com o que seus predecessores disseram ou decidiram antes dele. Mas ainda assim, quando repete as mesmas palavras de seus predecessores, assumem elas na sua boca significado materialmente diverso, pelo simples fato de que o homem do século XX não tem o poder de falar com o mesmo tom e inflexão do homem do século XVII, XVIII ou XIX. O contexto é diverso; a situação referencial é diversa; e seja qual for a intenção do juiz, as sacras palavras da autoridade se tornam, quando repetidas na sua linguagem, moedas de nova cunhagem. Neste sentido limitado, bem se pode dizer que o tempo nos usa a nós todos como instrumento de inovação.<sup>39</sup>

A Carta de 1988, e toda a sua profusão de sentidos, antes de ser utilizada por um juiz, utiliza-o – e ele sendo instrumento de inovação de significados, nesse exercício, parece se destacar mais que os padrões de criatividade que já estavam delineados.

---

<sup>39</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, ob. cit., p. 23, citando Lord Radcliffe.

## 1.2 A judicialização da política à brasileira num paradigma de *mundo incerto*

Fixados esses primeiros termos, urge explicitar que a diferença estabelecida entre *atuantismo* e *ativismo judicial* visa precisão terminológica, todavia, na prática, ambos podem catalisar efeitos deletérios à democracia. O fato de nossa Constituição ser uma “novela”<sup>40</sup> com mais de 60 (sessenta) emendas e 250 (duzentos e cinquenta) artigos permanentes, além de 97 (noventa e sete) disposições transitórias, somente agrava o fato de os juízes ainda precisarem de mil técnicas interpretativas para resolver determinados casos.

Ninguém desconsidera que a agilidade das transformações do cotidiano, em todas as áreas, sempre será maior que a capacidade do Congresso Nacional de legislar (ou emendar a Constituição). Contudo, a prognose do legislador opera com a previsibilidade/probabilidade de determinado fato se repetir numa série tal que o valorize a ponto de constar em lei/emenda. Assim sendo, quando o juiz cumpre a lei, subsume os ditames produzidos na previsão do político a respeito de circunstância que aconteceu no campo do jurídico. Quando a previsão não se mostra exata – o que ocorre com frequência – o juiz a interpreta da maneira mais adequada ao bem comum e aos fins específicos colimados por aquela norma, fazendo-a incidir, como que complementada, ao caso concreto.

Toda essa “filosofia” se aprende na faculdade de Direito. Entretanto, a práxis transparece outros dados, que não cabem nalgumas ortodoxas lições preliminares. As situações reais em que o juiz é compelido a atuar, por obra da argumentação das partes, somente se enquadram na lei quando as disposições legais são favoráveis aos interesses imediatos perseguidos com o processo judicial. Quando a lei se mostra incompreensiva aos intentos de uma das (ou de todas as) partes, nunca será perfeita à resolução do contexto e o juiz é convencido a dizer *seu ponto de vista* sobre o direito, já que o direito mesmo (potencialmente incidente ao caso) estaria equivocado.

---

<sup>40</sup> Na irônica expressão de SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional: como se mudam as Constituições*. Brasília: Ed. UnB, 1996, p. 211: “O ‘salto quântico’ ocorreu em 1950, com a Constituição da Índia, que tinha 395 artigos, além de alguns anexos detalhados. Mas a Constituição brasileira de 1988 possivelmente bate o recorde: é uma novela do tamanho de um catálogo telefônico, com 245 artigos, mais 200 disposições transitórias. É uma Constituição repleta não só de detalhes triviais como de dispositivos quase suicidas e promessas impossíveis de cumprir”.

Nessa marcha, e entendendo infinita a criatividade humana para argumentar, o ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal vigente se tornou um bálsamo vertiginoso de possibilidades interpretativas. E, nesse ponto, há, logo, uma desvantagem intrínseca nessa relação: o juiz não se escusa de decidir, por obrigação legal e às partes é dado o direito de dizerem o que quiserem no processo, eis que quase se anulou a estatística de sentenças e acórdãos que resolvem o feito em conta da impossibilidade jurídica do pedido. Presumível, portanto, o desequilíbrio entre o *input* do sistema (ingresso de novas ações) e seu *output* (a saída de decisões).

Nada obstante, no que importa a esta pesquisa, o juiz é convocado a responder qualquer questão que, prática ou teoricamente, resvala na(s) hermenêutica(s) utilizada(s) pelas partes quanto à lei, o que, diversas vezes, força o magistrado a uma decisão que igualmente cria uma hermenêutica que apenas tangencia a lei.

Dessa forma se manifesta o *atuantismo judicial* que referimos no tópico anterior. Na maioria dos casos, o juiz, por ser constrangido legalmente a decidir (e com imparcialidade e adstrito ao direito que as partes trouxeram ao processo), conclui favoravelmente à aplicação da interpretação dada por uma das partes àquele caso, ou a um misto da aplicação de ambas as interpretações das partes, ou, ainda, a uma terceira forma de concretização da lei, que ele mesmo engendrou. E, em qualquer das hipóteses, estará atuando num modo assemelhado ao ativismo judicial.

Isso porque, com dificuldade se encontra hoje um processo no qual as partes requeiram, tão-só, a aplicação integral de um dispositivo de lei, ou de uma súmula tribunalícia, ou de um postulado constitucional nas mesmas letras em que se contém no documento magno. Via geral, a complexidade <sup>41</sup> – verdadeiramente maior – dos contextos concretos atuais ou meramente uma complexidade na retórica manejada pelas partes, a fim de obterem um pronunciamento judicial o mais benéfico possível e sem qualquer dano

---

<sup>41</sup> Alexandre Coura aduz que essa complexidade deve gerar, gradualmente, novas formas de decidir: “Num contexto em que se percebe claramente o crescente incremento de complexidade em relação às sociedades atuais, marcadas por um pluralismo de formas de vida e visões de mundo muitas vezes concorrentes, o desafio de se realizar, por meio do Direito, um “processo de integração social”, em que os membros da sociedade sintam, a um só tempo, destinatários e coautores das normas (em prol da legitimidade do direito), deve ser considerado não só no plano da criação e justificação das normas, mas também na fixação de limites para a tutela jurisdicional”. COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (in) constitucional: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da Teoria Discursiva de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, p. 195.

emergente, fazem com que o processo se encerre numa interpretação analógica, extensiva, sistemática ou *aditiva*, como se disse muitas linhas atrás.

Todavia, a escassez na aplicação “limpa e seca” das normas, consecutindo numa espécie de realismo jurisprudencial, quase sempre confundido com ativismo judicial, pode estar enraizada em elementos mais profundos.

### *1.2.1 Mundo incerto*

O futuro dirá melhor se é deslumbramento, como ocorreu a diversos teóricos, que se admiraram de forma excessiva com o que acontecia em suas épocas, mas – enquanto esse julgamento não vem – é possível afirmar que a sociedade de agora parece sintetizar todos os problemas e soluções das sociedades passadas.

Continuam as guerras e conflitos internacionais (por poder, por riquezas, por território, por religião, por recursos naturais e, quem diria, até por paz!); avolumaram-se como nunca as preocupações climáticas e ambientais; a economia, vez ou outra, está em colapso (demandando atitudes enérgicas por parte dos governos e não do empresariado por si); noutros instantes, essa mesma economia está num *frenesi* que precisa ser domado, sob pena de inflação, encilhamento, excesso de especulação *etc.*; as finanças globais já não podem ser compreendidas enquanto *polinésia* (um conjunto de ilhas), na medida em que agora sempre formarão uma *economia mundial*, não havendo país com economia autossuficiente; a exploração dos mais fracos pelos mais fortes continua, porém num nível diferente (dominação cultural, por exemplo); as pessoas estão cada vez mais “estressadas” (“estresse” tornou-se a palavra mais usual do início do século XXI).

E, tudo isso, ao mesmo tempo, gerou o positivo crescimento da indústria do entretenimento, das artes, da diversão e do turismo. A *globalização* se intensificou (qualquer lugar do planeta acompanha os acontecimentos de outro em tempo real); a má distribuição de renda, o desemprego, as precárias condições de saúde, a lacuna da educação formal e determinados outros problemas sociais amainaram em diversos países, isto é, a questão social começou dar mostras de avanço no mundo inteiro.

Apesar de cada um desses ciclos de melhorias e piorias paralelos e imbricados guardarem relações pouco próximas da essência deste trabalho, importa salientar que a ciência se deu conta de um novo momento, para si e, conseqüentemente, para a humanidade: a de que não tem certeza alguma sobre qualquer coisa.

A admissão de que todas as certezas são transitórias não tem sabor de novidade, mesmo porque faz parte da própria fundação da ciência. No entanto, essa premissa teórica jamais fora tão próxima. As novas descobertas, os novos teoremas, as novas comprovações, os novos resultados, os novos cálculos, as novas estatísticas, os novos aparelhos, enfim, as novas certezas com as quais devemos trabalhar chegam, atualmente, num ritmo acelerado a ponto de serem sempre certezas interinas.

Publicações científicas especializadas, que foram anuais num passado não muito remoto, hoje são semanais. Aquilo que se inventou este ano possivelmente estará obsoleto no próximo. E essa tecnologia incontida se reflete para o mundo das ciências sociais, também. A profusão de informações sobre tudo e a facilidade de acesso a elas, por suposto, implica em novos posicionamentos, em novas reflexões acerca de certas paragens das ciências humanas.

E, assim, o homem contemporâneo vai se (re)construindo em tempos praticamente paralelos, ou seja, administrando vários mundos únicos e unidos, a um só instante, devendo preocupar-se com a aceleração de determinados processos, com a lentidão de determinados outros e, ainda, com a velocidade combinada de ambos. Nessa ambivalência, para se valer de exemplos triviais, é moda resgatar um passado que nem mesmo se viveu (*retrô*), pondo a geração dos anos 1990 usando roupas dos anos 1920, mas, ao mesmo tempo, deve-se ler as notícias num *i-pad* – porque o jornal diário é coisa antiga. Uma música lançada há 04 (quatro) meses é velha, mas o artista revelado ontem lança um álbum vinil (um Long Player [LP]), porque é moderno e estiloso.

Nesse emaranhado, as ciências sociais aplicadas, como o Direito, ficam absolutamente à deriva, pois nenhuma teoria ou prática revelam traços de *definitividade* suficientes para que tomem autoridade paradigmática. E, assim, o paradigma se torna a própria *incerteza*.

O princípio da incerteza, enunciado por Heisenberg na física quântica <sup>42</sup>, decantou por todo o resto da ciência o axioma de que o observador e o meio manipulado para observar o fenômeno necessariamente o modificam. A reviravolta linguística da filosofia já o preconizava, demonstrando que a linguagem – o meio manipulado para descrever o fenômeno, no caso – determinava alterações no próprio ente observado, de acordo com a capacidade do observador de operar signos e sentidos para expressar o objeto.

Essa incerteza, outrossim, é agonia existencial. Continuamos sem saber de onde viemos, onde estamos, para onde vamos, porquê vivemos, enfim, as grandes questões da humanidade permanecem sem resposta e, neste momento, com a agravante de que qualquer tentativa de resposta parecerá precária. Nesse medo de não enxergar qualquer ponto seguro onde deitar nossos anseios (*angst* freudiana), o mundo parece ter mergulhado numa recorrente ideia de *improbabilidade*. Isto é, diversos enunciados da física atual já não podem ser provados, porque somente são válidos no universo em dimensões cósmicas (gigantescas) ou num plano de dimensões nanoatômicas.

E, na insegurança, as prescrições e proscricções do Direito equivalem a um alento, ou seja, os limites, que em tantas circunstâncias estão sendo apagados, parecem sobreviver na ordem jurídica, que agora já não é apenas nacional, mas também regional, comunitária ou internacional <sup>43</sup>.

Os precedentes dos Tribunais pouco arrefecem o momento de insegurança. Em regra, obtêm-se arestos para um argumento tanto quanto para seu contrário, com a mesma facilidade. As decisões de órgãos judiciais diferentes, ou dentro de um mesmo órgão, apontam, muitas vezes, para lados diametralmente opostos: uma loteria para os que se servem do trabalho jurisdicional.

A doutrina jurídica, obviamente, também não se imuniza. As tramas argumentativas de diversos esforços teóricos descem a *cientificismos* e *conceitualismos* cada vez menos

---

<sup>42</sup> A respeito da movimentação de um elétron, que seria influenciada pela própria observação do cientista, eis que, à medida da iluminação utilizada para ver a partícula, ela mudaria de lugar, de sentido, de direção e mesmo de natureza (podendo tornar-se onda). Assim, impossível determinar, com precisão, o local do espaço ocupado por um elétron num determinado instante.

<sup>43</sup> O que, a propósito, configura outro foco de incertezas, pois já não se determina com precisão qual direito deve incidir em situações extremas, passíveis de resolução pelo direito nacional, pelo direito regional ou pelo direito internacional, por exemplo.

acessíveis, direcionados como que exclusivamente a um público de acentuado preparo técnico. Há, nisso, uma resistência científica em confirmar o esgotamento do *paradigma da Modernidade*, cuja promessa central – de que a racionalidade poderia resolver e construir tudo – se perdeu. De fato, acabam sendo necessárias posturas e propostas teóricas mais complexas a fim de que não se abandone um molde científico que tanto êxito obteve, historicamente.

Há, por fim, um reclamo científico de maior espaço à teoria, à busca de soluções através da problematização e não somente do pragmatismo. Ora, a tecnologia reafirmou a *incerteza* de duas ordens: (i) não é possível alcançar exatidão em conhecimento humano algum e toda a precisão antes conquistada era falaciosa e (ii) a rapidez dos eventos – e a descoberta de encadeamentos profundos entre eles – transformam e assolam as poucas e pequenas certezas que ainda existem. Nesse raciocínio, até a teoria atua devagar frente ao próprio mundo, porém, ao menos, é mais rápida que a atuação do legislador e do administrador, no caso particular do Direito.

Dessa forma, reivindica um lugar de destaque, entre os papéis jurídico-institucionais regulares, por influenciar as normas e as políticas públicas do futuro – com a característica contemporânea de que esse futuro *é já*. Então, assentar a *incerteza* como predicado científico não exclui a necessidade de rigor do método e da apreciação racional dos fenômenos. Se nem a austeridade técnica pôde gerar veracidade absoluta nos raciocínios desenvolvidos, quanto mais a anarquia e o desleixo.

Dessarte, interessa elucidar que o reconhecimento da insuficiência do paradigma da modernidade frente aos problemas atuais e a busca de edificação de um novo paradigma, na própria *incerteza* do mundo, não significa esvaziar o sentido da racionalidade. Ao contrário, é preciso reforçar o pensamento científico, ladeando-o de concepções holísticas. Ampliar a racionalidade através de (novos) fatores e métodos com a flexibilidade suficiente para compreender um mundo que se evidenciou igualmente mais flexível<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> “Essa concepção compatibiliza-se com a idéia de liberdade e de tolerância na sociedade plural. Ela permite a criação de meios, entre os cidadãos por igual, para recriar e modificar a Constituição. Essas características, intrinsecamente ligadas à necessidade emancipatória da cidadania, deixam em estado latente todo o potencial inovador das normas. Assim, por não enrijecer a interpretação ou concentrá-la em um único órgão, fica permanentemente assegurada a autodeterminação, através do exercício das dimensões pública e privada de cada pessoa”. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Revisitando os fundamentos do Controle de Constitucionalidade: Uma crítica à prática judicial brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 93.

Nesse sentido, é urgente reconhecer a heurística e a entropia como métodos de investigação <sup>45</sup>. A primeira, enquanto método de aproximação das soluções aos problemas, sem seguir um percurso rigoroso, eis que permite a fluência da intuição e de outras circunstâncias subrracionais a fim de gerar conhecimento novo, contradizendo o método algorítmico, hermético, até então manejado pelas ciências em geral. A segunda, enquanto avaliação do grau de desordem de um sistema, isto é, quantidade de energia de um universo considerado (inclusive o social) que não pode ser convertida em trabalho (em processos sociais, por exemplo), mas influencia na quantidade global de energia circulante naquele sistema. Em termos menos complexos, devem ser incorporados caminhos científicos mais permeáveis a novas respostas que os tradicionalmente percorridos, sob pena de não serem estudados diversos fenômenos socialmente complexos que não se sujeitam a soluções razoáveis dentro de uma lógica muito fechada.

Boaventura de Souza Santos resume essa ideia, sinalizando que o paradigma científico contemporâneo impõe a superação do determinismo pela *imprevisibilidade*; do mecanicismo pela *espontaneidade*; da ordem pela *evolução* e pelo *acidente*; da objetividade pela *subjetividade* <sup>46</sup>.

### 1.2.2 O constitucionalismo na incerteza

O constitucionalismo brasileiro não está infenso a todas essas mudanças – em verdade acontece o oposto. O direito em nosso país se acomodou, por uma série de fatores, no centro da tormenta <sup>47</sup>, sendo convocado a *conjugiar tempos tão paralelos quanto os do próprio mundo da vida* <sup>48</sup>.

A Constituição, no presente, estaria obrigada a entrelaçar o “bom” e o “ruim” de tudo o que a sociedade oferece. Uma tarefa que se afigura duplamente hercúlea: primeiro, pela tentativa de resolver os problemas cardeais da realidade normativa (propondo e implementando as práticas tendentes a debelá-los), depois, pela tentativa de prever todos os

<sup>45</sup> Ambas utilizadas como métodos na investigação científico-jurídica: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 135-147.

<sup>46</sup> SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Um discurso sobre as ciências*. Porto: Edições Afrontamento, 2001, p. 28.

<sup>47</sup> Ver: PIRES, Nádya. IGREJA, Cristiane de Oliveira. “O direito no centro da tormenta: comunidade, sujeitos morais e sentidos de Justiça”. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 2010.

<sup>48</sup> Expressão creditada ao crítico de Arte Josué Mattos.

programas de direitos tendentes a melhorar a experiência democrática futura. Nota-se, portanto, que, no mesmo documento, objetivam-se empreitadas que, necessariamente, realizam-se em tempos diferentes (o incremento futuro depende da definição dos problemas atuais).

Antes encarado como uma formalidade, um compromisso político-ideológico que auxiliava a manutenção e o controle do poder nos Estados-Nacionais, hoje, o constitucionalismo se transformou numa vivência que pode “salvar o destino” dos países. A responsabilidade do constitucionalismo, no correr dos séculos, aumentou exponencialmente. Não basta ser a lei para reger o Estado, deve ser o guia do desenvolvimento: deve investir nas soluções e acabar com os problemas.

A Constituição é concebida como um mapa de projeções, pesando sobre as páginas magnas a incumbência de direcionar o futuro de uma nação rumo ao encerramento dos principais atravancos econômicos, sociais, políticos, culturais, religiosos *etc.* Essa missão é toda nova. Não havia, nos embriões do constitucionalismo, o sentimento ou a ideia de que a Constituição, por si, deveria “salvar a realidade”. Contudo, nossos dias sinalizam a necessidade de um ente etéreo para alavancar o mundo sensível (depois de quedas bruscas de esperanças noutros campos). O perigo nisso, que já se sente na prática, é a gradativa inauguração de uma *rectocracia* (uma *direitocracia*, para usar um hibridismo), ou seja, fazer com que a ordem jurídica valha por/em si mesma, autoreferenciavelmente, e valha mais do que a ação dos homens que a arquetam e dos quais é mero instrumento <sup>49</sup>.

A validade do ordenamento jurídico pressupõe construção e obediência de suas normas por homens, eis que, nem mesmo a Teoria Pura do Direito (Hans Kelsen <sup>50</sup>)

---

<sup>49</sup> “Esse panorama democrático pressupõe ainda novos perigos. O excesso de direito pode desnaturalizar a democracia; o excesso de defesa, paralisar qualquer tomada de decisão; o excesso de garantia pode mergulhar a justiça numa espécie de adiamento ilimitado. De tanto ver tudo através do prisma deformador do direito, corre-se o risco de criminalizar os laços sociais e de reativar o velho mecanismo sacrificial. A justiça não pode se colocar no lugar da política; do contrário, arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, e até mesmo para uma espécie de crise de identidade. Em resumo, o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia como seu pouco uso. A democracia jurídica hoje é pensada apenas de modo negativo e defensivo, correndo o risco de implodir. De tanto se multiplicarem os direitos, perde-se a noção do direito; de tanto considerarmos a liberdade em termos negativos, esquecemos que ela é também positiva; quer dizer, a possibilidade – ou melhor, a necessidade – de participar do debate sobre o direito. De tanto pensarmos nos contrapoderes, não sabemos mais como pensar na obrigação; por não sabermos mais distinguir a violência legítima da ilegítima, somos incapazes de determinar a dívida, quer dizer, o preço do ingresso na vida comum. Investida de tais esperanças, a justiça pode decepcionar”. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia...*, ob. cit., p. 53.

<sup>50</sup> Ver KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 6ª Ed., 2003.

imaginária excluir o próprio homem da aferição da validade do Direito<sup>51</sup>. Sem embargo, se a Constituição for estudada em apartado da realidade a que se arremessa, isto é, se a interpretação da lei for esquadrihada sem o necessário atrelamento dela à sua concretização, nunca existirá uma análise séria e efetiva da Constituição.

A *rectocracia*, o poder do direito pelo direito e para o direito seria um fenômeno confuso, posicionando aquilo que é instrumento (meio) na condição de objetivo (fim). Não deve haver especulação sobre os ditames constitucionais, de *per si*, senão um exame deles na contingência da realidade constitucional, nas conexões mais íntimas que mantêm com a vida real. Há certo *totalitarismo constitucional* na tentativa contemporânea de sacralizar o texto aprovado pelas Assembleias Constituintes. Com efeito, contam-se diversas teorias do constitucionalismo atual que excluem a hipótese de existirem erros numa Constituição – o que equivale a tratar a obra como divinal. A ótica doutrinária, especialmente após a “banalização” da técnica do sopesamento de valores, do *balancing* entre normas constitucionais, voltou-se para um afastamento de determinadas disposições num caso concreto em prol de outras, sem que, no entanto, aquelas normas afastadas se esvaziem de sentido. Com isso, as críticas mais ásperas vão ao rumo de que alguns dispositivos não deveriam estar na Constituição, v.g., o art. 242, § 2º da Constituição brasileira de 1988<sup>52</sup>, porém, dificilmente, algum autor encoraja-se a defender a existência de normas constitucionais inconstitucionais ou algo do gênero<sup>53</sup>.

É indisfarçável um pensamento de que as críticas severas a um texto constitucional, particularmente um texto como o brasileiro (posterior a uma ditadura militar, fruto de diversas discussões e acordos políticos e registrando múltiplos direitos fundamentais), atrapalham o desenvolvimento nacional. Raros são as obras que, deliberada e contundentemente, exponham falhas na redação magna, além da tradicional “prolixidade” da carta.

---

<sup>51</sup> A par disso, Hesse comenta a vontade dos sujeitos como a garantia de implementação da Constituição: “De outro lado, a força normativa da Constituição acha-se condicionada pela *vontade constante* dos implicados no processo constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição. Dado que a Constituição, como toda ordem jurídica, precisa atualizar-se pela atividade humana, sua força normatizadora depende da disposição para se considerar vinculantes os seus conteúdos e da decisão de realizar esses conteúdos, inclusive contra eventuais resistências; e isso tanto mais porque a atualização da Constituição não pode ser apoiada e garantida da mesma forma como os demais direitos, que não o Direito Constitucional, são atualizados pelos poderes estatais, que, de resto, não se constituem senão mediante essa atualização”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais...*, ob. cit., p. 97.

<sup>52</sup> Brasil. Constituição Federal. Art. 242. (...) § 2º. O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.

<sup>53</sup> *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*, tal como explicitou BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra, Almedina, 1994.

Contudo, não se há de esquecer, o constitucionalismo, como qualquer outra corrente de pensamento haurida do Direito, é ferramenta ideológica e não, propriamente, um programa de ações coordenadas visando a um fim, qualquer que seja (melhor que seja). Quando alçamos o Direito Constitucional – a representação do constitucionalismo – a uma espécie de “esperança última para a transformação da sociedade”, acabamos invertendo toda a lógica das coisas.

A sociabilidade é que deve transformar suas ideologias e suas leis para que se adaptem aos novos desafios e necessidades do homem, do ser social. A responsabilidade por quaisquer mudanças, dessa maneira, é – e sempre será – do próprio homem, enquanto entidade política (que decorre dessa sua condição social). A Constituição foi escrita por homens, não sendo livro sagrado ou obra de psicografia; a inspiração constitucional representa, no máximo, o *espírito público* que deveria ter impregnado os homens que a redigiram. Conquanto tenha delineado diversos aspectos da vida, não prende (qual uma ânfora) nem muito menos contém toda a vida.

O âmago oitocentista do constitucionalismo hospedava, tão-só, a limitação ao poder do Estado. A conjuntura de revoluções burguesas, à época, demandava freios ao arbítrio monárquico, através do que se convencionou chamar *liberdades negativas*, isto é, através da garantia de certas prerrogativas aos cidadãos frente ao soberano. Com o tempo, a ideologia política se modificou a ponto de compreender a soberania como titularizada pelo povo ou pela nação e, posteriormente, a ponto de garantir *liberdades positivas* aos cidadãos ante o Estado, ou seja, direitos a prestações sociais, em particular que garantissem participação efetiva e construção conjunta da esfera pública, por governantes e governados – e a Constituição se expandiu.

Esses arquétipos, entretanto, já não guardam a mesma força (e, aliás, faz parte da evolução das sociedades que nem todas as escalas dos modelos do passado sejam reproduzidas). As conquistas civilizatórias do constitucionalismo dos séculos XVIII, XIX e até mesmo XX, arraigadas que estão à cultura constitucional contemporânea, devem naturalmente se enquadrar como meros parâmetros no início de novas conquistas. Noutros termos, não é possível entender o constitucionalismo de hoje unicamente como uma ideologia de limitação do poder, como rebentara no século XVIII. O Direito Constitucional, enquanto

declinação objetiva do constitucionalismo num dado Estado <sup>54</sup>, deve ser compreendido, nos dias presentes, com uma ideologia emancipatória do real possuidor de todo o poder num Estado: o povo <sup>55</sup>.

A Constituição enquanto *cultura constitucional*, na ideia de Peter Häberle <sup>56</sup>, declara-se eterno *devoir*, ao passo em que reclama a participação de todos os intérpretes possíveis, propugnando, em seus dispositivos (na verdade, nas dinâmicas de interpretação desses dispositivos), o efetivo envolvimento dos atores sociopolíticos interessados. Marcelo Continentino <sup>57</sup> explicita o projeto da Constituição aberta:

Trabalhar o projeto de Constituição aberta de Peter Häberle exige o exame de pressupostos por ele assumidos. A teoria de Häberle, segundo Emilio Mijunda-Franco, nasce da premissa com base na qual o pluralismo é concebido por fundamento básico e essencial da Constituição. Sua perspectiva democrática caracteriza o esforço de construir a teoria constitucional da sociedade aberta, nos moldes da “sociedade popperiana-habermasiana”. A Constituição abre-se em toda

---

<sup>54</sup> Lembramos o número de vezes que esta pesquisa registra o termo, porque não queremos nos afastar dele, propositalmente, consoante adverte Bercovici: “Esta hostilidade da teoria da constituição em relação à política e ao Estado manifesta-se, hoje, no crescente processo de “desalojamento” do Estado pela constituição. Não se fala mais em Estado, mas em sociedade, sistema político, governo, governança. O Estado só existiria enquanto constituído pela constituição. É impossível dissociar Estado e constituição. A constituição do Estado constitucional pressupõe um Estado já pré-existente. Afinal, o Estado constitucional é um Estado, como ressalta Isensee. Não há, ainda, constituição sem Estado. O Estado constitucional conserva estrutura básica do Estado monárquico que o antecede, acrescentando a legitimação democrática do poder político, com a soberania constituinte do povo”. BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 18-19.

<sup>55</sup> Afinal, como melhor estudaremos adiante, o povo é um ente real e não simplesmente uma palavra cercada de significados abstratos: “O texto constitucional (o que não é peculiaridade sua e sim da linguagem em geral) é repleto de termos e expressões demasiadamente ambíguos. É até natural porque, em algumas oportunidades, a imprecisão decorre da deficiência da linguagem jurídica. Por outro lado, ao se expressar por termos e conceitos com sentidos genéricos e abstratos, o legislador constituinte, propositadamente, terá pretendido delegar às futuras gerações o direito de determinar o significado da Constituição, em conformidade com a própria interpretação de seus interesses e necessidades. Ronald Dworkin é muito claro quanto ao tema: ao tratar das cláusulas constitucionais “vagas”, que assumem forma de *standarts*, a exemplo dos conceitos de “legalidade”, “equidade”, “igualdade”, “devido processo legal” dentre outros, Dworkin afirma que elas resultam da intenção de seus promulgadores, consistente em não estabelecer vinculatória e autoritariamente suas concepções particulares de vida, e sim em delegar a cada uma das futuras gerações a responsabilidade por desenvolver e aplicar o próprio entendimento sobre as normas constitucionais e os conceitos. As cláusulas vagas denotam a estratégia, utilizada pelo legislador constituinte, para conceder às gerações vindouras o direito de se autogovernarem”. CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, ob. cit., p. 89-90.

<sup>56</sup> No mesmo comentário: DINIZ, Márcio. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 181: “Uma Constituição não é apenas e tão-somente um texto jurídico; é, também, a expressão de uma situação de desenvolvimento cultural de um povo. Ao refletir uma “herança cultural” e constituir, ao mesmo tempo, o fundamento de suas esperanças na convivência do dia-a-dia, ela é uma estrutura normativa que se desenvolve juntamente com a vida de uma comunidade”.

<sup>57</sup> CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, ob. cit., p. 92-93.

sua plenitude à potencialidade de parâmetros (sociais, econômicos, jurídicos) para diferentes releituras contextualizadas de seu texto, que permitem tanto ao cidadão comum, quanto aos juristas e juízes sentirem-se participantes de sua interpretação. Ao invés de ficar presa a uma “ciência esotérica de uns poucos iluminados”, a Constituição vê-se nas mãos de uma “ciência esotérica de toda a cidadania”, dentro de um grande fórum aberto à discussão pelos mais variados intérpretes que – retirados do seio da opinião pública, dos meios de comunicação e dos próprios órgãos estatais – sentir-se-ão ao mesmo tempo seus autores e destinatários, porquanto terão cada uma de suas pretensões constitucionais discutidas publicamente.

Ora, a extinção gradativa das situações de apatia e de alheamento de vários intérpretes constitucionais é, patentemente, um processo sem-fim. A propósito, cumpre ressaltar, um processo propositalmente sem-fim, eis que a participação é a medida da democracia e a essência do ideal democrático é a busca constante e sempre-inacabada de pluralizar as fontes e consequências do poder. Logo, a significação do constitucionalismo contemporâneo remete à democratização de todas as instâncias sociopolíticas num Estado, através do fortalecimento da participação, entendida não como um meio de legitimar o domínio pré-existente (tal como nos séculos XIX e XX) mas como *fim* da própria existência e manutenção do Estado.

Dessa maneira, a participação que caracteriza o Estado “democrático” de Direito e é a veia maior do constitucionalismo atual, não se refere a uma simples distribuição do poder de decidir dentro do Estado, antes, traduz a única forma possível de manifestação sociopolítica que não esvazie completamente o sentido das expressões *soberania popular* e *poder constituinte do povo*, por exemplo <sup>58</sup>.

Portanto, o incremento da cultura constitucional, preocupando-se fixamente pela questão da participação – não enquanto legitimação de procedimentos decisórios, como se antecipou, mas enquanto único procedimento legítimo para se decidir num Estado em que o povo é o soberano – extirpa, de uma vez por todas, a tosca circunstância em que a Constituição se inseriu no mundo hodierno: ter a obrigação de salvar o Estado da absoluta ruína da própria legitimação.

---

<sup>58</sup> Friedrich Müller esclarece: O termo “democracia” não deriva apenas etimologicamente de “povo”. Estados democráticos chamam-se governos “do povo” [“Volks”herrschaften]; eles se justificam afirmando que em última instância o povo estaria “governando” [“herrscht”]. Todas as razões do exercício democrático do poder e da violência, todas as razões da crítica da democracia dependem desse ponto de partida. A explanação, bem como a justificação, movem-se habitualmente no campo das *técnicas* de representação, de instituições e procedimentos nos quais a delimitação (da “nação”, da “sociedade”) está em jogo. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução: Peter Naumann e Paulo Bonavides. 5ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 39.

Conforme aludimos antes, a *incerteza* dos fatos, das ciências, dos conceitos, das ideologias (até mesmo das religiões), enfim, a *incerteza* inerente ao universo do homem contemporâneo não pode ser transferida como encargo à Constituição, para que, neste documento seja extirpada. E, finalmente, essa (vã) tentativa de erradicar a *insegurança* não pode abarrotar as normas, porque é o Poder Judiciário que arca com os efeitos danosos disso, pela imagem que lhe foi construída de último refúgio da cidadania assombrada pela dúvida.

Também já apontamos que, muito longe dessa inversão de papéis, o constitucionalismo deve se valer da *incerteza* como predicado de um novo paradigma (em construção) para a atualidade. É dizer, a ambivalência, a subjetividade, a espontaneidade, o acidente, o indeterminável, o improvável, como teoriza Boaventura de Souza Santos, devem ingressar na Constituição na qualidade de aliados da pluralidade, do multiculturalismo, da participação efetiva, da comunhão nacional e internacional, do transconstitucionalismo, enfim, aliados de todos os atributos que compõem a *ductilidade* do texto e das práticas constitucionais, na expressão de Gustavo Zagrebelsky<sup>59</sup>.

Todavia, enquanto essa absorção não é realizada, transforma-se em cada dia mais pesado o fardo da Constituição: (i) os governantes continuarão imputando-lhe a culpa pela ingovernabilidade do país; (ii) a população continuará acreditando que a solução é mudar (aumentar!) a “lei”; (iii) os governantes e a população continuarão levando todos os seus problemas para o Judiciário, na esperança de que esta atividade seja a única obrigada a guardar a “lei” e (iv) de saldo, resta somente um assoreamento do Judiciário, gerando descrença na lei, nos governantes, na Justiça e nas próprias possibilidades que agora têm – ou não – diante de si a própria população.

De sorte que a afirmação de que o século XXI será a era do Poder Judiciário não antecipa juízo de valor algum (se isso representa algo positivo ou negativo para o constitucionalismo contemporâneo).

A partir de uma análise da democracia pós-moderna, concepção de maior vigor do constitucionalismo atual e, aliás, quase confundida com ele hoje, certamente que a intensa *judicialização* da vida sociopolítica significa muito mais o desvirtuamento da participação

---

<sup>59</sup> Ver ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Gregorio Peces-Barba. Madri: TROTTA, 2005.

cidadã no Estado do que qualquer especial crédito ou influência do próprio Poder Judiciário, que, acima de tudo, sofre com essa realidade, em vez de beneficiar-se dela.

## 2 A SUPERAÇÃO DA DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

Admitindo as diversas teorizações em contrário, que escrevem a respeito da *judicialização da política e da vida social* em geral como uma iniciativa fomentada no íntimo do próprio Poder Judiciário e, em último lance, considerada favorável aos membros dessa atividade, interessa-nos evidenciar o mais notório argumento antagônico a essa “expansão” judicial.

Pois bem. Desde a década de 1960, autores dos Estados Unidos suscitam vivos debates acerca do que se denominou *dificuldade contramajoritária* (*countermajoritarian argument*), na linha de John Hart Ely e Alexander Bickel<sup>60</sup>, e no exemplo da Suprema Corte americana daquela época (com os *Chief Justice* Earl Warren [1953 a 1969] e Warren Burger [1969 a 1986], como se esclareceu linhas atrás). A doutrina, a jurisprudência, o governo e a sociedade americanos começaram a se preocupar com o efeito das decisões judiciais para o resto da conjuntura do país.

Paulo Gustavo Gonet Branco relembra as palavras de Bruce Ackerman e Mark Tushnet, dois constitucionalistas americanos contemporâneos, sobre essa temática:

Bruce Ackerman comenta, sem esconder a ironia, que “raramente passa um ano sem que algum eminente professor anuncie que descobriu a solução final para a dificuldade contramajoritária ou, o que é ainda mais tenebroso, que a dificuldade contramajoritária é insolúvel”.

.....

Os mais prestigiados autores americanos nem sempre concordam na solução que propõem para o dilema, mas coincidem em admitir que o tema ganha contornos de “obsessão central da doutrina constitucional moderna”.<sup>61</sup>

Antes de demorar-nos a respeito desse ponto, que Tushnet expressou como “obsessão central da doutrina constitucional moderna”, vale destacar que essa temática é paragem obrigatória neste trabalho num sentido diferente do que comumente tem para outros.

<sup>60</sup> Consultar ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1981. E BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch...*, ob. cit.

<sup>61</sup> *Apud* GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: SARAIVA, 2009, p. 58.

Não se repete aqui a eventual solidez ou fragilidade das argumentações já largamente desenvolvidas a respeito dessa “dificuldade contramajoritária” na decisão judicial. Longe disso: explica-se, superficialmente, a retórica tradicional acerca da questão, para, ao fim, aderirmos a uma linha teórica bem diversa. Se não oposta ao argumento contramajoritário, essa linha é, no mínimo, lateral/paralela e autossuficiente (isto é, prescinde da discussão americana para explicitar o lapso democrático que representa o fato de todas as decisões sobre as dinâmicas sociopolíticas terminarem no Poder Judiciário).

Para os objetivos desta pesquisa, o caráter antimajoritário da decisão judicial é compreendido como relevante premissa no enfrentamento do tema *judicialização da política* e, ainda, o debate jusconstitucional americano sobre o problema é intrigante, revelador e exemplo de argumentação contrária ao *ativismo judicial*, porém, todo ele demonstra, com as vênias devidas, certa lassidão, no instante atual do constitucionalismo brasileiro.

E isso não tem nada a ver com a constatação de ser esse debate haurido da década de 1960, sob pena de largarmos de mão erísticas tomadas em debates muitíssimo mais antigos (às vezes regredindo a 1.000, 2.000, 3.000 ou 5.000 anos, quase que desde o início da civilização humana).

O que se põe em xeque, em verdade, é até que ponto esse estudo é válido para a realidade nacional, que, como se expôs, vive mais um *atuantismo* que um *ativismo judicial*, propriamente dito, e, além daí, até que ponto o argumento contramajoritário tão-só resvala no cerne da questão da democracia – que sempre foi e continua sendo a participação de todos nas decisões.

Ora, a dificuldade contramajoritária, ao afirmar que o juiz, decidindo sozinho – isolado num gabinete – uma questão crucial para a vida sociopolítica, é um risco à democracia, porque nessa decisão pode estar se voltando contra a própria lei, admite, implicitamente, mas como premissa irrefutável, que a lei é mecanismo sociopolítico legítimo e extraído da vontade popular, pelo só fato de ter sido promulgada e sancionada por representantes políticos (por membros de poderes eleitos pelo voto popular).

Neste estudo, diferentemente, indagamos a temática em outra profundidade, para atingirmos o que consideramos o cerne do Estado “democrático” de Direito: a efetiva

participação popular. Com isso, ao mesmo tempo em que discordamos – pretensiosamente, é verdade – de Mark Tushnet, no sentido de que o “argumento contramajoritário” não é (nem deve sê-lo mesmo!) *a preocupação obsessiva da doutrina constitucional moderna*, afirmamos que essa apreensão começa a se direcionar para as maneiras de concretizar a participação de todos no âmbito do Estado Constitucional, com vistas a vivificar os – até agora simbólicos<sup>62</sup> – princípio da *soberania popular* e verificação do *poder constituinte do povo*<sup>63</sup>.

## 2.1 O argumento americano

Se o Executivo e o Legislativo representavam a população porque eleitos diretamente para isso, o que o Judiciário representava, para os Estados Unidos da década de 1960? Um corpo técnico, o único poder formado exclusivamente por membros hauridos de uma faculdade (ainda por cima, a de Direito).

A justificativa de um poder propositalmente não-eleito, técnico na área jurídica e que levasse adiante o cacoete da imparcialidade, porque afastado da arena político-eleitoral e partidária, sempre pareceu bastante plausível, contudo, na prática, aquele terceiro poder se arvorou nas funções de um verdadeiro *Poder Moderador* – sequer conhecido nos Estados Unidos da América, que nunca abrigou institucionalmente um rei em seu território<sup>64</sup>.

Os juízes passaram a “desafiar” as decisões tomadas pelo Poder Executivo, algo delicado e problemático, eis que, pela interpretação constitucional reinante até então, a autoridade do *Chief Executive* seria inquestionável – um guardião das vontades do povo americano. No entanto, a efervescência não era repentina. Durante a política interna do *New*

---

<sup>62</sup> No dizer de Continentino: “O ser a Constituição do povo, verdadeiro documento público, não deve representar mero elemento retórico ou “icônico” de legitimação. Antes, ostenta a tomada da Constituição como ordem jurídica de um processo público livre (*Law in public action*), que aponta para o futuro. Significa criar uma comunidade aberta de intérpretes a fim de evitar, nas palavras do professor Menelick de Carvalho Netto, que a Constituição venha a ser arbitrariamente “doada” a algum órgão, porquanto sua interpretação é atividade que, potencialmente, diz respeito a todos”. CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, ob. cit., p. 91.

<sup>63</sup> O povo como ícone, erigido em sistema, induz a práticas extremadas. A iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em ‘desrealizar’ [entrealisieren] a população, em mitificá-la (naturalmente já não se trata há muito tempo dessa população), em hipostasiá-la de forma pseudo-sacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência – “notre bon peuple”. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?...*, ob. cit., p. 55.

<sup>64</sup> Quando em sua pré-história (enquanto Estados Unidos da América), ainda ao tempo de Confederação de Colônias, o país se subordinou à rainha da Inglaterra, porém, a distância transoceânica para a metrópole lhe diluía a possibilidade de conhecer a verdadeira intensidade de um Poder Moderador.

*Deal* alguns episódios com o Judiciário pareciam um prenúncio sobre o que, décadas mais tarde, aconteceria <sup>65</sup>.

A maior democracia do mundo começou a entender que não poderia funcionar se os juízes não estivessem harmonicamente conectados aos outros poderes. O controle das políticas públicas se espalhou para além da atuação das atividades estatais diretamente eleitas pelo voto.

Earl Warren, Presidente da Suprema Corte daquele período, que se tornou referência em matéria de *ativismo judicial*, havia sido governador da Califórnia, compreendendo, perfeitamente, por que frestas institucionais o Judiciário poderia alcançar limites que o deixariam em igualdade de ações com o Executivo e, por vezes, mais relevante que o Legislativo. E assim fez: as decisões da mais alta instância judicial americana deram a última palavra em diversos assuntos que perturbavam os poderes eleitos. Como vimos, o término da segregação racial (nas escolas e transportes públicos), a legalização do aborto, o direito à liberdade de expressão, dentre outros direitos civis (peculiarmente) do povo estadunidense foram conquistados graças ao trabalho de sua Suprema Corte, entre 1953-1986.

Não obstante, a indagação que inquietava os constitucionalistas e politólogos de outrora permaneceu reverberando: o que legitimaria esses indivíduos a deliberar sobre todos os pontos centrais da discussão pública? Esse ainda continua o ponto de virada das teorias sobre o tal argumento contramajoritário. É dizer, perguntam-se os estudiosos sobre a legitimidade de apenas alguns indivíduos, por mais qualificados que sejam, de se encarregarem a determinar todas as veredas para o futuro da sociedade, no tocante à política, à economia, à religião, à moralidade, à sexualidade, à ética, enfim, a todos os temas que deveriam ser alvo de intenso e prolongado debate público.

Apenas para completar a referência história, deve-se lembrar o que aconteceu depois da onda ativista até 1986. A Suprema Corte americana iniciou a Era Rehnquist, um *Chief Justice* igualmente ativista, porém de lado inverso do jogo político – um juiz tendente ao conservadorismo. Até a morte de William Rehnquist, em 2005, a Corte luziu tons bem

---

<sup>65</sup> Medidas intervencionistas do *New Deal*, como a Lei de Recuperação da Indústria Nacional (National Industrial Recovery Act [NIRA]) e a Lei de Ajustamento Agrícola (Agricultural Adjustment Act [AAA]), ambas de 1933, foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte americana, que, a esta altura, refletia a inquietação dos republicanos conservadores, ocupantes da Presidência da República durante toda a década anterior.

diferentes que aqueles tingidos nas décadas de 1960 e 1970. Por óbvio, as discussões preocupantes também se modificaram sensivelmente, mas, a política profissional não precisava mais se preocupar em demarcar seu território ante o da Suprema Corte.

A Justiça, no uso da discricionariedade autorizada pela Constituição americana, foi deixando de lado julgamentos que envolvessem questões extremamente delicadas, que poderiam ser solvidas no âmbito do Executivo e/ou do Legislativo.

Hoje, sob nova presidência (*Chief Justice* John G. Roberts) – e em composição de matizes políticas mescladas – a *US Supreme Court* permanece um tanto silenciosa, muito embora, aqui e acolá, ainda abale as estruturas democráticas, como, por exemplo, em sua recente decisão a respeito dos limites para doações em campanhas políticas, sacramentando a possibilidade de qualquer cidadão ou companhia (americana ou não) doar o quanto lhe aprouver de seu patrimônio líquido para financiar candidatos <sup>66</sup> nas eleições. O certo é que os embates causados pelo Tribunal durante seus dias de ativismo progressista não se repetem <sup>67</sup>. A ideia de *autocontenção* do ativismo conservadorista sepultou no passado aquelas *decisões-códigos de leis* e trabalha, agora, na clássica definição de Judiciário garantidor de procedimentos (e não definidor de conteúdos), além de compreender o Estado americano como tipicamente liberal e, portanto, acima de tudo, as *liberdades negativas* é que devem sobressair, não as prestações sociais (*direitos de segunda geração*, que, em regra, obrigam a Administração Pública a um *fazer*).

Conquanto toda essa lembrança do exemplo americano seja valorosa, é preciso esclarecer que esta pesquisa se distancia dessa linha de raciocínio, e de modo bem simples: não considerando o Judiciário como ameaça ou como Poder que extravasou suas reais possibilidades de atuação. Ao contrário, pensamos que a Justiça também sofreu (e está sofrendo) com essa expansão, porque representa uma ampliação forçada, um fenômeno exógeno tanto quanto (ou mais que) endógeno. Dito de outra maneira, o Judiciário não é protagonista à toa desta confusão de papéis democráticos. Não houve uma revolução *um-a-um* dos juízos, a fim de que tomassem o poder estatal todo para si: é na ausência e na lacuna (de

---

<sup>66</sup> 08-205 U.S. Citizens United vs. FEC (Federal Election Commission), 21.1.2010.

<sup>67</sup> GRIFFIN, Stephen M. *The Age of Marbury...*, ob. cit., p. 64. “Nesse mundo anti-*Carolene*, a razão da nota de rodapé número quatro, que uma vez embasou vigorosa revisão das classificações legislativas, agora corre na direção contrária”. Tradução livre de: “In this anti-*Carolene* world, the footnote four rationale that once supported vigorous review of legislative classifications now runs in the opposite direction.”

legitimidade, inclusive) dos outros dois poderes que se projeta ao Judiciário a possibilidade de resolver os problemas do Estado <sup>68</sup>.

O fenômeno não é natural e encadeado: como se as decisões de cada juiz tivessem, pouco a pouco, formado uma mentalidade de incluir a Justiça no núcleo das decisões democráticas de toda a sociedade. Essa tendência crítica, que enxerga cada sentença “ativista” como uma partícula de uma oscilação toda programada (quase um boicote do Judiciário aos outros poderes), é perceptível naqueles que advogam o argumento contramajoritário. Porém, pensamos que há comportamentos e ideologias mais profundos envolvidos nessa temática (dos quais cuidaremos em momento próprio). Mas, apenas para que se complete o raciocínio, notamos que a dificuldade contramajoritária norte-americana não trata da apatia cidadã e do déficit da educação em prol da participação e da preocupação sobre os rumos políticos traçados para o futuro nacional. Assim sendo, o argumento opta por alinhar a questão toda em diversos simbolismos, nos quais o povo não passa de instância de legitimidade através do voto.

Dessa maneira, a dificuldade contramajoritária simplesmente considera que o Judiciário não é legitimado a tratar de questões políticas, por não ser eleito pelo povo, no entanto, esquece de declinar com precisão quais questões seriam puramente políticas, quais seriam puramente jurídicas e, além daí, esquece de manifestar que, embora “eleitos”, nem Legislativo nem Executivo estão quites com o povo em matéria de legitimidade, logo, é necessário responder quem é legítimo para questões políticas, já que o Judiciário não é.

Ora, por certo, estas respostas nunca virão, satisfatoriamente. Todas as tentativas doutrinárias para separar as searas política e jurídica falharam, por utilizarem premissas meramente alegóricas, que contradizem a realidade de que as normas jurídicas são elaboradas por políticos profissionais e que, nesse compasso, a aplicação delas nunca pode eliminar o

---

<sup>68</sup> Agra comenta, em particular, o caso do Legislativo: “Os fatores que mais contribuem para o arrefecimento da atuação do Poder Legislativo são: a pluralidade de fontes jurídicas, a imperiosa necessidade de adequação legal aos ditames de uma sociedade pós-moderna e o processo de globalização. Em decorrência desses fatores, o Direito substancialmente apresentado pelos códigos não preenche mais as expectativas da sociedade porque é inerte. (...) A falta de representatividade e de sintonia do Legislativo junto ao segmento organizado da sociedade e à população de modo geral também contribuem para arrefecer sua legitimidade”. AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: FORENSE, 2005, p. 126.

aspecto político imposto pela própria vida em sociedade e a ambiência político-partidária em que foram gestadas<sup>69</sup>.

Quanto ao mais, se a população e os próprios políticos profissionais é que acodem ao Poder Judiciário como árbitro da cena político-democrática, esperar que o pretório não atue é confabular contra seu dever institucional (de responder as demandas). Nesse sentido, o povo e seus representantes é que devem qualificar e resolver, por si, o debate das ideias democráticas – e não remetê-las ao Judiciário e criticar duramente quando este as responde.

Se a tão propalada crise de legitimidade assolou o Legislativo (na verdade, assolou a crença na democracia indireta, na democracia exclusivamente representativa) do mundo inteiro e o Executivo de vários países, o Judiciário serviu como válvula de escape desse processo, eis que legitimado pela própria Constituição, na maioria dos ordenamentos jurídicos e eis que o povo começou a se sentir mais representado nas decisões dos juízes do que nas atitudes (públicas e privadas) dos congressistas e dos chefes de governo.

## 2.2 A hipótese brasileira

Por opção de corte metodológico, preferimos discorrer apenas acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), tendo em conta a impossibilidade de tratar de cada juízo brasileiro – que tem o mesmo poder de efetuar o controle de constitucionalidade das leis – e, além disso, para mantermos o paralelo já traçado antes, com outras Supremas Cortes pelo mundo.

Em vez de *argumento contramajoritário*, a doutrina brasileira se aproximou mais dos críticos liberais substancialistas e procedimentalistas, como Alexy e Habermas, para analisar se a Corte Máxima exerce uma *representação argumentativa da sociedade*. E, no traçado desta pesquisa, na qual elegemos a *fenomenologia cappellettiana* como norte, indagamo-nos se o Tribunal compreende a superioridade da participação cidadã frente às suas decisões e, nesse sentido, a necessidade de convencer a instância superior de que a decisão é adequada.

---

<sup>69</sup> O simbolismo essencial é o de considerar a lei uma condução da vontade da sociedade e uma sentença, que, em verdade, constrói-se de duas argumentações diretamente surgidas de atores sociais, como um ato de vontade isolado do juiz.

A diferença entre as correntes parece sutil, num primeiro instante, mas é considerável. Não se admite, aqui, que o Supremo Tribunal Federal apenas “representa a sociedade argumentativamente” e, nesse sentido, suas decisões se legitimam à medida que se aproximam dos anseios populares. Essa teorização, conquanto sustentada por doutrinadores de fôlego, ecoa um tanto retórica, em nosso sentir; é dizer, meramente simbólica, por admitir que os juízes constitucionais precisem se explicar aos jurisdicionados unicamente por representá-los, assim como os outros poderes os representam de outras formas.

Essas teorias, ao nosso entender, abstraem uma autoridade e uma legitimidade autorreferencial do povo, enquanto *cidadania ativa*, ou seja, excluem a força (fática e potencial) da *cidadania* para dominar, extinguir, reconstruir, reformular, reformar, restabelecer, reconstituir o Estado, em suma. Tais estudos tratam o povo somente como referência teórica e não como autoridade/poder/violência existente no mundo dos eventos e capaz de subjugar todos os demais poderes, visto que são apenas constituídos e ele é (e não representa, como os outros) o único poder constituinte.

Nesse ponto, ao considerarmos o povo não como símbolo ornamental, mas como elemento dinâmico e com possibilidade (teórica e física) de eliminar e restaurar uma ordem constitucional, acreditamos ressituar o problema da legitimação do Poder Judiciário<sup>70</sup>. A partir dessa premissa, as decisões judiciais valem tanto quanto possibilitem a sua obediência tranquila pelo soberano (titular do poder constituinte). O que, por certo, somente ocorre quando racional e suficientemente motivadas forem essas decisões. A motivação, nesse quadrante, torna-se oportunidade de *convencimento do soberano* de que as razões ali decantadas favorecem, no mínimo, a manutenção e, para mais, o incremento, do Estado Constitucional tal e qual já existe.

Assim, propõe-se à doutrina brasileira repensar os modelos teóricos estrangeiros, como o contramajoritarianismo e a linha liberal-substancialista de que o Judiciário se impulsiona a uma representação argumentativa do povo, para fundamentar suas decisões,

---

<sup>70</sup> Continentino aproxima-se dessa ideia, ao expor a função pragmática da Constituição: “A função pragmática da Constituição, assim, mostra-se indissociavelmente ligada à atitude prospectiva dos intérpretes, à participação dos seus destinatários na difícil tarefa de desenvolvê-la, transformá-la e defini-la. As normas constitucionais contêm algo mais do que a mera expressão lingüística. E esse algo a mais está a viabilizar uma interpretação constitucional evolutiva, adequada à realidade sociopolítica e à identidade mutante do mesmo texto constitucional”. CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, ob. cit., p. 90.

partindo-se para um enquadramento que se preocupe com a efetiva participação popular nas decisões, porque, afinal, o povo é o soberano (na teoria, e na prática ainda deve aprender a se comportar como tal) e o Judiciário não *representa* essa soberania, eis que soberania não se delega.

O Judiciário está, constantemente, convencendo o povo de que aquela sua decisão é a melhor possível para a estabilidade das relações no Estado democrático de Direito e, eventualmente, para o aperfeiçoamento desse padrão <sup>71</sup>. Por isso é relevante que haja espaço para a participação direta do povo nas decisões, a fim de que esse convencimento seja aprimorado.

### *2.2.1 Caracteres do modelo teórico de convencimento do soberano na prática brasileira*

A Suprema Corte brasileira, como vimos, poucas vezes e em episódios mais espaçados, tomou posicionamentos ‘escancaradamente’ políticos, de modo a alarmar os representantes eleitos. Entretanto, na história recente (diga-se, após a instituição de um Estado democrático de Direito), imbuíu-se de campanha progressista em nome dos direitos fundamentais.

A par disso, nos dias presentes, o STF é compreendido, na cena política, como ator fundamental. A depender de determinados arranjos decisórios seus, vários caminhos já esboçados pelos Poderes Executivo e Legislativo podem se inverter. Há não só expectativa jurídico-institucional sobre certos julgamentos, mas sim, verdadeira ânsia política, para que esses julgamentos definam o resto de nossa história – ao menos, em curto e médio prazo <sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Continentino, citando Marcelo Neves e Habermas, demonstra que a gênese democrática pode aumentar a legitimidade das decisões: “No fundo, a partir da dimensão semântica da interpretação jurídica, o contexto parece ser aquele descrito por Marcelo Neves. A linguagem jurídica é, necessariamente, ambígua e vaga, o que abre espaço para interpretações divergentes a respeito dos textos jurídicos, especialmente em relação à Constituição. Só que, como esclarece Habermas, a redução da indeterminação do direito advirá de sua gênese democrática, e não de sua forma gramatical. Com efeito, a indeterminação das normas jurídicas somente alçará um grau aceitável de segurança e previsibilidade, se for intersubjetivamente compartilhada por todos os membros da comunidade jurídica. A prática de argumentação jurídica exige de todos os participantes a consideração das perspectivas dos outros, relativamente à interpretação das normas. Em outras palavras, para a teoria discursiva do direito, a aceitabilidade racional das decisões judiciais depende tanto da qualidade dos argumentos (dimensão semântica), como da estrutura do processo de argumentação (dimensão pragmática)”. *Ibidem, idem*, p. 87.

<sup>72</sup> “O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela, e portanto fora do Estado, que se busca a consagração da ação

Todavia, onde há ânsia política gerada, há, por consequência prática, oposição política instalada. Contra a Corte Excelsa, a crítica mais frequente desferida pelos partidos políticos, pelos Governadores de Estado, pelas Assembleias Estaduais, pelo Presidente da República e, muitas vezes, reprisada por outras partes que se envolvem nas maiores causas ali debatidas, relaciona-se a um (suposto?) *ativismo judicial seletivo*.

Noutras palavras, o Tribunal não parece seguir uma linha de atuação coerente e condizente para todos os casos, denotando, claramente, existirem “dois pesos e duas medidas”. Ao menos numa análise superficial de julgados, evidencia-se que o STF desenvolve raciocínios bem diversos sobre as denominadas *questões políticas*: nalguns julgamentos é arrojado, adentrando determinados tópicos que, tradicionalmente, são deixados ao Legislativo e ao Executivo; noutros é conservador, afirmando que os interesses em tablado fazem parte da *prognose* do legislador.

É difícil, através da comparação de recentes arestos, compreender as inclinações da Corte, entretanto, pela maioria dos casos – especialmente *casos difíceis* – é autorizado concluir que o Tribunal, em essência, mostra-se progressista e não reacionário. Nada obstante, o uso de técnicas vagas de interpretação do texto constitucional, designadamente lançando altas doses de *principiologismo* nos acórdãos, pode tornar complexa a fiscalização popular sobre as decisões do colegiado. Como lembrou Marmelstein <sup>73</sup>, com sua sarcástica *teoria da katchanga*, os princípios – as normas que plasmam com mais perfeição os valores – podem se converter em “truques na manga”, a depender da habilidade do intérprete e, a propósito, a depender dos interesses visados com a interpretação.

Não que haja, necessariamente, interesses antirepublicanos subjacentes às decisões de Tribunais Superiores apenas porque, em geral, envolvem grandes cifras: longe disso. Porém,

---

política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual “um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia-a-dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto”. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia...*, ob. cit., p. 48.

<sup>73</sup> MARMELSTEIN, George. “Alexy à brasileira ou Teoria da Katchanga”. Texto postado em <http://direitosfundamentais.net>. Ver, ainda: MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: ATLAS, 2008.

empregar vias hermenêuticas cada vez mais sofisticadas para decidir é, no mínimo, direcionar-se na contramão da almejada legitimidade das próprias decisões. Como serão controlados esses precedentes pelo Poder acima da Corte, o próprio Poder Constituinte (a *cidadania ativa*), se a personificação (difusa) desse Poder é, por fatores de educação deficitária do país, inculta em matéria jurídica?

Por óbvio, não se advoga que o Supremo Tribunal Federal comece a aproveitar gírias para decidir, a fim de que o povo compreenda o que escreve. O problema não está na linguagem. O fator semântico interessa, mas, nessa discussão, não é elementar. Curial mesmo é que as razões de decidir possam, ao menos, ser entendidas pela maioria da população, imprensa e comunidade jurídica (e científica), para que se propague a crítica (positiva ou negativa) a respeito delas.

No entanto, quando o próprio universo jurídico nacional (especializado) se admira do teor dos precedentes magnos, então, dentro de um *desacordo razoável* – que sempre haverá – é premente realizar um debate mais amplo, a fim de que a decisão passe pelo crivo da *cidadania ativa*.

Não nos convence o pensamento de que o Supremo Tribunal Federal tenha a última palavra em termos de Constituição. Ora, *guardar* a Constituição não quer dizer interpretá-la por último ou com exclusividade. A circunstância de a *conservação*, de a *preservação* do texto ser tarefa precípua do STF nunca equivalerá a confinamento ou a penhora dos dispositivos constitucionais à Corte<sup>74</sup>. Constituir um Estado é tarefa que, filosoficamente até, define-se na abertura e na mutabilidade – de modo que a Constituinte permanece *sendo...* Nunca *será* ou *foi*. E essa fluência hermenêutica se guia ao sabor das novas interpretações que os operadores da Constituição definem; operadores esses que são, por escolha da própria Carta, todos os intérpretes possíveis dentro do Estado.

---

<sup>74</sup> Nesse ponto, é importante destacar que a preservação da Carta Magna pode ser realizada por todos: “A dimensão pragmática da Constituição, portanto, responde a pergunta sobre “Quem interpreta a Constituição?”; modifica a compreensão de que a interpretação constitucional esgota-se com o exame do texto constitucional (sentido semântico) ou com a definição de regras e métodos de interpretação. As disposições constitucionais revestem-se de uma teleologia, no sentido de que dizem algo a alguém para fazer alguma coisa. J. J. Gomes Canotilho explica que o texto da norma constitucional não tem um significado autônomo, em si mesmo. Possui uma dimensão comunicativa (pragmática) que, em última análise, remete o intérprete para a realidade do mundo, exterior ao próprio texto. Dessa forma, a interpretação é menos determinada por regras lógicas do juiz solitário que por processos de comunicação dos participantes da comunidade política”. CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, ob. cit., p. 88-89.

Se há alguma contradição apontável na atuação da Corte Suprema, em determinados julgamentos, é que, teoricamente, a atual composição do Tribunal segue um viés haberliano, crendo nessa Constituição *aberta a e influenciada por* todos os seus intérpretes, porém, em alguns episódios da práxis tribunalícia se propugnou uma hegemonia do colegiado sobre o texto.

O recém-aposentado ministro Eros Grau, por exemplo, evidenciou, algumas vezes, que *o Supremo manifesta o que a Constituição determina, mas a Constituição, em si, não determina nada, então, a Corte deve dizer o que a Carta Política quer dizer*. Esse raciocínio, apesar de soar realista ou coeso, não pode prevalecer, sob pena de se anularem tanto a participação democrática enquanto maneira de dizer o que a Carta Política quer dizer, como também os próprios limites de atuação da Corte, na condição de guardião – e não “tradutora” – do texto.

Ora, aquilo que aparenta coesão, porque circuito de premissas lógicas expostas objetivamente (no jogo de palavras do ministro), com as devidas vênias, é argumento intrinsecamente falacioso. É como se tivesse dito o ministro: “se o Judiciário é o Poder que explicita o Direito, e o Direito é a estrutura aparelhada pelo Estado para organizar a vida em sociedade e, portanto, a segurança e a prosperidade do próprio Estado, via de consequência, conclui-se que o Judiciário tem nas mãos a segurança e a prosperidade, fins do Estado”.

A falácia inseparável a esse pensamento é desconsiderar um elemento externo que, desde sempre, condiciona a conclusão daquelas premissas: o Poder Constituinte é *do povo* e não *do Direito* ou *do Supremo Tribunal Federal*. Ambos, os últimos, são apenas mecanismos de explicitação e de garantia da continuidade desse poder – que é fático, antes mesmo de ser jurídico. É o poder criador do próprio Estado e, assim, é o determinante dos fins do Estado, seja através do Direito, seja através de qualquer outra ferramenta.

Além do que o raciocínio desconsidera outra condicionante externa que não permite que o Judiciário detenha o monopólio da interpretação constitucional ou, no segundo exemplo, não permite que tenha nas mãos a segurança e a prosperidade, fins do Estado. Esse elemento é a *inércia judicial*. Ora, as partes é que procuram essa atividade estatal, o que implica em não haver um *dizimento de direito* se não houver provocação alguma em busca disso.

Portanto, se a disputa sobre o argumento contramajoritário continua impressionando a doutrina norte-americana, é preciso que aprendamos a enfrentar nossa realidade de uma maneira diferente. Por isso mesmo, talvez, conquistara tanto espaço, entre nós, a teoria alemã de que uma Suprema Corte *representa argumentativamente* a sociedade. Robert Alexy<sup>75</sup> considera que o Judiciário corrige as distorções do Legislativo, e, nesse trabalho, as argumentações expostas nas decisões acabam representando a população de forma técnica, enquanto as Câmaras de Leis a representariam politicamente.

É impossível negar autoridade a esse raciocínio<sup>76</sup>, construído sob um prisma teórico estruturado para extirpar, de vez, a tese de que o Judiciário não teria legitimidade para decidir *questões políticas*. De fato, asseverar que os três poderes representam o povo, de maneiras distintas, equivale dizer que o fato de não ser votado para compor um quadro de Poder não faz do juiz um agente político menor (ou limitado na sua atuação).

Entretanto, considero que esse entendimento resolve o problema da legitimação apenas num aspecto eminentemente teórico, isto é, a repercussão prática desse debate se dilui bastante ou, pior, fica a depender da mentalidade<sup>77</sup> dos operadores do Direito, que, em geral, administram o Poder Judiciário. Isso é constatável na manutenção do *status quo* na interação Poder Judiciário/sociedade, mesmo que seja aplicada intensamente essa ideia de Alexy, como se pôde observar durante a presidência do Supremo Tribunal Federal pelo ministro Gilmar Mendes (2008-2010).

Ora, muitas vezes, nesse período, o chefe maior do Judiciário, por manifestações públicas extratribunais e endotribunais (nos seus votos, por exemplo), expôs o “sentimento” e o pensamento de que a Corte representava a sociedade, devendo, dessa forma, estar ciente de que suas decisões deveriam se alinhar aos anseios populares. Aliás, o ministro frisara essa teoria também na condução do Conselho Nacional de Justiça, de maneira que o Judiciário passara a refletir da mesma forma essa *representação argumentativa* em suas

---

<sup>75</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: MALHEIROS, 2008.

<sup>76</sup> Perfilhado, aliás, pelo ministro Gilmar Mendes, que, há pouco, deixara a presidência do Supremo Tribunal Federal (2008-2010).

<sup>77</sup> “É indispensável essa reforma de mentalidade para que o sistema judiciário não seja, como denunciou Marcel Camus, “uma forma legal de promover injustiças”. O excesso de apego à legalidade formal pretende, consciente ou inconscientemente, que as pessoas sirvam à lei, invertendo a proposição razoável e lógica, segundo a qual as leis são instrumentos da humanidade e como tais devem basear-se na realidade social e serem conforme a esta”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder...*, ob. cit., p. 87-88.

decisões administrativas, na medida em que afetam, consideravelmente, a vida de todos os jurisdicionados.

O que se percebeu foi uma atitude progressista no âmbito dos dois órgãos máximos do Judiciário brasileiro, várias vezes considerada *ativista* (ou, outras vezes, em minha ótica, *atuantista*). Nalguns instantes a gestão do ministro fora, mesmo, acusada de invadir a esfera dos outros poderes. Porém, essa faceta da hipótese de Alexy encontrou agentes preocupados com a aproximação do Judiciário com a sociedade. E se tivesse ocorrido o inverso? Se, trabalhando com a teoria alexiana, os ministros optassem por um fechamento maior do Judiciário? Pareceria igualmente plausível o raciocínio. Ora, os poderes não *representam* o povo? O Judiciário não está argumentando e debatendo todas as ideias possíveis em nome do povo? Então, para que a manifestação direta do representado? Afinal, essa representação seria indireta?

Essas indagações, utilizadas num caminho contrário ao tomado pelo STF (e pelo CNJ) nos anos de 2008-2010, poderiam admitir que o Judiciário ficasse tão obcecado pelo símbolo da representação quanto o Legislativo, por exemplo. Os juízos se perceberiam, então, autorizados a agir em lugar do povo (tanto quanto os outros dois poderes) e, assim, pouco a pouco, excluiriam a cidadania dos processos de tomada de decisão (tanto quanto os outros dois poderes fizeram). Nesse instante, inclusive porque a Presidência do STF e do CNJ se alternou (para 2010-2012, o ministro César Peluso preside os dois órgãos), é interessante reavaliar a posição dessa teoria para a realidade brasileira.

O referencial de que os juízos trabalham em constante *convencimento do soberano* nos parece mais oportuno, exatamente porque não depende dos agentes da Administração. E, ainda por cima, resgata a ideia que construiu o próprio termo “democracia”: a de que o povo exerce o poder em primeiro plano, não em último, como, em regra, todas as “democracias” têm configurado.

A crise de legitimidade sofrida pelas democracias atuais se explica em parte pelo cinismo de representantes eleitos e, inclusive, de cientistas, que buscam dar ares mais complicados às experiências democráticas do que elas, efetivamente, têm. E, por essa razão, propostas como a nossa parecem simplistas. Mas, de toda forma, será possível que não se

percebeu que significativo teor dessa crise tem a ver com a anulação da participação popular nos procedimentos de tomada de decisões?

Óbvio que sim. O *poder popular* tem sido, em todos os tempos, manobrado como simples arma ideológica, uma insígnia na Constituinte, um emblema legitimador da atuação dos três poderes constituídos – um constructo teórico e não uma *realidade*. Todavia, o enfraquecimento das democracias pelo mundo significa, antes, o depauperamento do sistema de representação pura e simples (sem canais que possibilitem a participação ou, inclusive, a decisão diretamente pelo povo).

Nesse ciclo, se o Judiciário, que já não é eleito, também começa a se inserir nesse jogo de falar em nome do povo, desde que esse povo se mantenha calado, então, o colapso da legitimidade se generaliza por todo o Estado. Para evitar depender da mentalidade de cada representante, para gerar esse ou aquele efeito na prática, necessita-se de uma teoria com potencial de modificar o *status quo* da relação Justiça/sociedade, é dizer, carece-se de um referencial teórico que, caso aplicado, repercuta em prol de maiores e melhores oportunidades de inclusão/influência do povo nas tomadas de decisões, inclusive decisões judiciárias.

Entender que o povo é, *de fato*, o soberano – e não apenas o é *de direito* – reverbera, instantaneamente, um imperativo de “prestação de contas”, ou seja, aquele que manda no Estado deve estar não apenas informado sobre o que acontece, mas sim decidir ou gerenciar as decisões sobre o que acontece. De sorte que todos os poderes constituídos trabalham na manutenção e no incremento da força do único poder constituinte, logo, para nos atermos ao exemplo do Judiciário, a motivação da decisão e a preocupação em tomar a decisão correta se referem ao dever de justificar ao soberano a manutenção e o incremento da ordem sociopolítica e jurídica que este criou <sup>78</sup>.

O Tribunal, em verdade, mais do que representar os argumentos (e a vontade, em última análise) da sociedade num determinado caso concreto, esforça-se para persuadir a

---

<sup>78</sup> Registram-se argumentos contrários a essa noção de constitucionalismo construído pela participação do povo: “As críticas de Ernst Böckenförde, dirigidas contra Peter Häberle, são contundentes e verossímeis quanto ao risco a que a Constituição está suscetível. A abertura da Constituição (democrática) terminaria com a atividade de interpretação, pois toda ação dos intérpretes, em verdade, corresponderia a uma permanente mutação constitucional criadora de direitos. Conceitos como vigência e normatividade não mais fariam sentido, já que as normas resultam do processo comunicativo. Se a Constituição é o que se extrai de sua abertura, não existiria ordem jurídica vinculante a exigir expectativas de comportamentos, além de se produzir um estado de indeterminação jurídica.” CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, ob. cit., p. 101-102.

sociedade de que tomara a decisão adequada a manter ou aperfeiçoar o Estado de Direito da maneira como estabelecida pelo povo, sob pena de, não convencendo, não obter a adesão do soberano sobre aquela decisão.

Nesses termos, a medida de inclusão do povo facilitará sua concordância com as conclusões do Tribunal, e, ao contrário, a exclusão (de qualquer forma e sob qualquer pretexto) dificultará o apoio do soberano com os termos fixados pelo órgão constituído. Perceba-se que a figura da *obediência* também se desloca, nessa interpretação. O povo é que obedece o Tribunal ou é o Tribunal que deve obediência ao povo? Quem é o soberano, entre eles? Então, por mais estarrecedora que seja a afirmação doutrinariamente, é forçoso reconhecer que o juízo é que se sujeita à autoridade constituinte, não o oposto. Agora, esse conceito retirado da própria Carta Magna não traduz uma desordem ou um estado de exceção constante. A visão de que o povo exercer diretamente o poder representaria uma anarquia, no mau sentido do termo, deve ser afastada de um novo paradigma que se queira para o Direito.

No entanto, o Judiciário decide e, eventualmente, age contra um indivíduo ou grupos de indivíduos segundo a autoridade que lhe é dada pelo apoio popular à sua decisão. Isto é, a Justiça institucional, quando fundamenta sua sentença e recebe adesão popular, consegue fazê-la cumprir na prática. Se não houver esse convencimento de que aquele *decisum* reflete a conservação e a melhoria do Estado Constitucional, com absoluta certeza, os aparatos populares para vetar/desfazer/descumprir aquela norma serão muito mais poderosos que os aparatos conferidos à Justiça para forçar o povo a aceitar/obedecer/cumprir.

Deixando a ficção um pouco de lado, é bom esclarecer que a Justiça institucional, em si, é composta por cidadãos; os aparatos de força/violência, como a polícia e o exército, também. Por postulado físico-pragmático e jurídico, ao mesmo tempo, torna-se óbvio que não existem pessoas nem na Justiça nem nos aparatos de força/violência que não se incluam no conceito de povo, sinalizando-se, assim, que nada lhe escapa à autoridade. Portanto, o Estado sendo corporificado (literalmente) por membros do povo, não haveria como se iludir na ideia de que tivesse mais poder que esses próprios cidadãos, eis que é elemento abstrato cuja

existência, enquanto ideia e realidade, depende, definitivamente, da existência do povo (das pessoas, em suma) <sup>79</sup>.

Assim, o Judiciário decide sempre como uma forma de manter e desenvolver o Estado Constitucional, porque somente assim o povo (soberano) se digna a levar a cabo tais decisões. Sob essa circunstância, deve ser contínua a tentativa de efetividade e de equidade nas posturas que toma, posto que somente válidas enquanto chanceladas pela *cidadania* – e não apenas avalizadas pelo fato de o Judiciário já representar, de qualquer forma, a sociedade, tendo em conta que uma chancela assim seria puramente alegórica.

Admitir a *representação*, sem esclarecer as possíveis sanções ocasionadas pelos seus defeitos, desencoraja a inclusão popular. Entretanto, no lado inverso da discussão, proteger o Poder Judiciário do desmoronamento de sua legitimidade, assim como houve com os outros poderes, através da participação direta e incisiva do povo nas suas dinâmicas de decisão, sugere uma vereda mais confiável.

E por essa ser a preocupação central deste trabalho, os mecanismos para viabilizar essa participação se espalham em tópicos específicos no restante do trabalho.

---

<sup>79</sup> “No plano jurídico, pelo contrário, não é admissível separar (ou separar inteiramente) a titularidade do poder da própria comunidade. Pelo menos em três aspectos: *a*) A pessoa colectiva Estado tem por substrato a comunidade, não se reduz aos órgãos e agentes que formam e exprimem a sua vontade; *b*) Os titulares dos órgãos e agentes detentores das faculdades ou parcelas de poder político provêm da comunidade, têm de ser designados dentre os seus membros (seja qual for o modo de designação); *c*) O poder constituinte como poder de auto-organização originária é um poder da comunidade, e não evidentemente dos governantes instituídos por essa organização”. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: FORENSE, 2002, p. 218.

### 3 NÃO HÁ VÁCUO NO PODER

Operando a conjectura de que o “argumento contramajoritário” e mesmo o modelo de *representação argumentativa da sociedade* não se afiguram linhas teóricas suficientemente fortes à superação do declínio de legitimidade dos poderes constituídos, em particular o Poder Judiciário (que mais interessa a esta dissertação), afirmamos que a Justiça atua no *convencimento da cidadania*, a cada decisão sua, de que deve ser conservado e aperfeiçoado o Estado Constitucional já estabelecido.

Nesse ponto, o povo, que detém isoladamente o poder de criar novo Estado, mantém-se satisfeito com a escolha que toma, a todo instante, em manter e melhorar as estruturas e instituições que já criara. Para esse raciocínio, servimo-nos da premissa de que o estrago do modelo de democracia indireta (ou representativa) teria contribuído grandemente, tanto para o processo de expansão do Poder Judiciário, quanto para a dúvida a respeito de sua legitimidade para responder a reclamos eminentemente políticos (às vezes, quase nada jurídicos).

Neste momento, convém-nos demonstrar de que maneira ocorreu esse depósito das esperanças da *cidadania* no Poder Judiciário (gerando o alargamento deste); a previsão de que essa “transferência de poder” nunca conseguirá satisfazer à *cidadania* e; nas entrelinhas, o porquê de a resposta para esses processos sociais e institucionais se conectar à constatação de que “no poder, não há vácuo”.

#### **3.1 Expansão para igualamento com ou expansão por retração dos demais poderes**

É antigo o adágio sociológico de que não existem lacunas onde devem existir espaços de poder: tão velho quanto a prova, já obtida pelas ciências (ditas) exatas, de que, quanticamente, não existem vazios onde há potencial de existir algo. Se isso vale, genericamente, tanto na física quanto na sociologia, não há dúvida de que o poder não permita cavidades em suas estruturas. Ou cada parte de sua engrenagem é ocupada pelos escolhidos

para tanto, ou outros irão fazê-lo (ainda que não tenham sido escolhidos), de modo que não há hipótese de vacância ou insuficiência de poder.

A partir dessa evidência, e sabendo do crescimento do Poder Legislativo nos séculos XVIII e XIX, em especial, e do hiper-crescimento do Poder Executivo em fins do século XIX e no século XX (além de sua presença marcante em todo o resto da história), é possível concluir que ou (i) o Judiciário se retraía durante aqueles séculos passados, de modo a abrir espaço aos outros poderes ou (ii) não crescera acompanhando o ritmo deles, igualmente permitindo “vazios institucionais ocupáveis”, o que gerou a expansão dos outros poderes, naqueles períodos.

Na atual virada da história (início do século XXI), a verificação da realidade institucional ecoa disjuntivo inverso, porque houve admirável dilatação do Poder Judiciário: ou (i) o movimento de expansão do Judiciário corresponde a um movimento de retração dos demais poderes ou (ii) o Judiciário está crescendo à proporção do que os outros já haviam crescido antes – de modo a acompanhá-los o ritmo. Não obstante, o século XXI trouxe nova suposição, esta sim a que agita os estudiosos do tema: (iii) ou o Poder Judiciário vem ditando um ritmo de crescimento tamanho que não é acompanhado pelos outros poderes, hoje.

Sob qualquer das hipóteses, não é descabido, antes de tudo, um debate sobre a regulamentação (constitucional e infraconstitucional) da trindade dos poderes. É dizer, percebe-se sem dificuldade que as leis ou, mormente, a Constituição Federal, não tratam das funções de cada poder. Ora, para se analisar a hipertrofia de um determinado poder ou a diminuição de determinado outro, é antecedente lógico que se conheça, ao certo, o limite de cada qual. E não se discute, de maneira aprofundada, a existência dessas zonas limítrofes entre os poderes constituídos.

Tomando como exemplo a Constituição brasileira de 1988, tem-se órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário, com competências discriminadas, todavia, não há uma espécie de “competência geral” ou uma “missão institucional” precisa, para cada um deles. É como se a Constituição considerasse autoevidente/autoexplicativa a missão dos três poderes, logo, não há uma cláusula informando que o Judiciário irá proteger o ordenamento jurídico ou a ordem constitucional: existem competências determinadas ao Supremo Tribunal Federal (STF), ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao Tribunal Superior

Eleitoral (TSE), ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) e assim por diante, em que se depreende isso.

Não há, também, uma cláusula especificando que o Poder Executivo formulará políticas públicas e cuidará da *reserva do possível*. A Constituição informa as competências do Presidente e do Vice-Presidente da República e atribui competências à União. Outrossim, não se caracteriza o Legislativo como o guardião dos anseios sociais, das ideologias e das necessidades públicas para a construção de um futuro melhor. A Carta Magna apenas confia competências à Câmara dos Deputados e ao Senado, assim como ao Congresso Nacional (órgão que representa a reunião de ambas as casas legislativas).

Sem embargo, conclui-se que a atual Constituição brasileira não se refere à tarefa particular de cada poder constituído e, por certo, importaria compreender se essa “omissão” fora proposital ou se configurou atecnia legislativa. Se qualquer interpretação da Carta Magna deve efetivá-la ao máximo, dentro de suas potencialidades, soaria duvidoso afirmar que houve omissão constitucional intrínseca, ou seja, desde a redação original do documento – e diversas vezes se levantariam a dizer que se está conspirando contra o ideal de transformar a Constituição num texto vívido (conectado à realidade).

Assim, menos polêmico é asseverar que o Poder Constituinte, por vontade própria, autorizou à dinâmica política posterior a determinação da natureza de cada Poder Constituído. Em outros termos, melhor pareceu à Constituição entregar aos movimentos democráticos do porvir a distribuição de tarefas entre os Poderes Constituídos, sem um estabelecimento prévio e cerrado. Dessa maneira, traduzindo somente atribuições básicas dos representantes de cada função estatal, seria possível a noção da relevância e da essência de cada uma, sem, no entanto, atá-las a uma única ocupação.

O que se examina, então, é que a Carta Política não definiu, qual Montesquieu, as leis apenas ao Legislativo, os julgamentos somente ao Judiciário e a administração e realização orçamentária exclusivamente ao Executivo. Em vez disso, a redação magna delineou também “momentos” de justiça institucional ao Legislativo, de elaborar leis ao Executivo e de agir feito Administração ao Judiciário.

Por outro lado, inexistem dispositivos que expressem o trabalho que a *cidadania ativa* deve desenvolver no ambiente democrático. Em conclusão, nenhum dos poderes constituídos é delimitado constitucionalmente. Há somente um estatuto mínimo de contenção dos poderes, onde as competências são dispostas para cada órgão, mas, subjacente a isso, revela-se o dever fundamental de guardar o ordenamento jurídico – um dever difuso.

A diferença básica entre os demais poderes e o Poder Constituinte (compreendido, aqui, enquanto *cidadania ativa*) é que aqueles possuem órgãos de execução e, se a Carta Magna não cuida, exatamente, de suas missões institucionais, ao menos trata de seus órgãos principais, como se disse. Porém, no caso da *cidadania*, não. A *cidadania* é especificada como se existisse num estado de latência, à espera de convocação pelos demais Poderes para participar.

Logo o primeiro artigo constitucional aduz que “todo o poder emana do povo, que o exercerá, indiretamente, através de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição”. Contudo, esses “momentos” institucionais de exercício direto do poder são esmiuçados como “plebiscito”, “referendo” e “iniciativa popular de leis”. Os dois primeiros instantes obrigam a um chamamento da *cidadania* por parte do Poder Legislativo, ou seja, não há referendo nem plebiscito antes de decisão do parlamento a respeito. E, no tocante à iniciativa de leis, outro temperamento: as exigências para que seja franqueado à *cidadania* elaborar leis tornam o instituto, praticamente, expletivo, tanto que existem apenas 04 (quatro) *tentativas* de leis de iniciativa popular, no Brasil, em 21 (vinte e um) anos de Constituição. Nem mesmo essas tentativas se tornariam leis, não fosse um parlamentar subscrevê-las, de modo que lei aprovada autenticamente como de iniciativa popular nunca houve. Essa quantidade de tentativas (e o insucesso delas) revela a falácia que reveste essa figura jurídica na prática.

Somente a partir desse enquadramento formal que a Constituição deu a cada um dos poderes, já se induz que, ao longo do tempo de exercício da democracia, houve um sufocamento gradativo das interações dos poderes constituídos entre si e desses com a *cidadania*. Noutros termos, ao fixar competências para órgãos e não, “filosoficamente” ao menos, para poderes (enquanto todos unitários e separados), a Constituição propiciou uma disputa institucional por espaço. Cada poder ensejou uma proteção tal a seus órgãos, para

alcançar maior influência segundo o número de atividades exercidas no âmbito do Estado Constitucional, que fora se fechando ao diálogo interpotencial.

Em vez de, gradualmente, dissolverem-se as zonas de tensão entre os poderes – inclusive pela obrigação de serem harmônicos – tentaram destacar rigorosamente o que cabia a cada um no novo arranjo constitucional. Os dois problemas centrais que advieram nessa primazia da *separação* em detrimento da *harmonia*: (i) a competição por maior controle do espaço institucional degenerou mecanismos relevantes, como, por exemplo, a Medida Provisória (instrumento do Poder Executivo para “legislar” em momento crítico, que denote relevância e urgência) e as Comissões Parlamentares de Inquérito (instrumento do Poder Legislativo para “julgar” em instantes nevrálgicos para a democracia) e (ii) a *cidadania*, por ter ficado alijada da disputa por espaço institucional, por não contar funções específicas nem as conhecer, começou a se amparar no Poder Judiciário, como se fosse o seu canal de participação.

E essa procura pelo Judiciário não foi à toa. Era o único Poder que estava, constitucionalmente, obrigado a responder às demandas populares. Isto é, o Executivo, quando pressionado (de qualquer maneira legítima [não-criminosa]) preocupa-se, tão-somente, com o desgaste político que sofrerá, caso não atenda aquele interesse de parcela da sociedade. O Legislativo quando cobrado, por alguma iniciativa já realizada ou ainda por realizar, reflete se é mesmo necessário ou não atender à chamada daqueles anseios sociais – ou se aquelas ideias não se compatibilizam com os “interesses do Estado”.

Já o Poder Judiciário, não. Inexiste essa triagem sobre o que ele irá responder, sobre o que ele deve se preocupar. Inexiste verificação da importância política ou do desgaste político da matéria trazida à baila pelo jurisdicionado. O pretório, por dever constitucional – compulsoriamente – responderá à demanda. Evidente que essa resposta é entregue das mais variadas formas admitidas no Direito: sem resolução do mérito da controvérsia ou com resolução (favorável ou desfavorável ao cidadão que iniciou o processo judicial). Mas, o certo é que o interesse imediato do autor da demanda será, obrigatoriamente, analisado, colocado na pauta daquele poder provocado e deferido ou indeferido. Aliás, lembre-se, em muitas e muitas causas, o autor irá estar frente a frente com o representante do poder, o juiz.

Nada disso é válido quando se pensa no Executivo e no Legislativo. O cidadão que sugere medidas e políticas públicas ao Executivo não obterá – compulsoriamente – uma resposta, talvez até numa interpretação extensiva se possa afirmar que era dever constitucional do Poder Executivo responder à solicitação, mas, a verdade é que isso não ocorrerá, na prática. Se o Executivo silenciar, nenhum problema haverá, num horizonte de normalidade. O Legislativo, da mesma forma, não se obriga a criar leis (‘a *prognose* do legislador não se vincula a nada ou ninguém’), por mais que a sugestão tenha vindo, diretamente, de um cidadão. Melhor dizendo, principalmente se a sugestão tiver vindo de um cidadão, eis que requerimentos individuais, em regra, são tratados com algum preconceito (considerados ideias vãs e pouco técnicas, formuladas por apenas um eleitor, por vezes, de baixa escolaridade).

Por outro lado, o Judiciário não se vincula a nenhum desses preconceitos. A petição inicial, ainda que praticamente inepta (com pouquíssima técnica, tanto jurídica quanto no aparato linguístico), de conteúdo duvidoso, assim mesmo, deverá ser respondida. O representante do Poder – o juiz – irá despachar diretamente com o cidadão, na maioria dos casos (no momento da audiência), e este será ouvido em tudo, por incompleta e absurda que seja sua ideia. Essa é, por essência, a tarefa do Judiciário. Por isso, aos poucos, foi sendo tratado como um setor estatal mais próximo e apto a auxiliar os interesses da cidadania – ao menos dando ouvido a eles.

Ademais, os poderes eleitos tendem a se preocupar mais com os eleitores, ou seja, os representantes votados pelo povo atendem, especialmente, o público votante e não à *cidadania* como um todo, na perspectiva de que decidem sua permanência no poder.

Outro fator, certa forma atrelado a esses, representa a própria proteção da *cidadania* contra a emissão desenfreada de normas (típica dos séculos XX e XXI). O recrudescimento do Poder Executivo, estabelecendo um comando quase isolado do Estado, sofreu concorrência do Poder Legislativo através da intensificação na promulgação de novas leis (que representam a maneira mais visível de aumentar seu raio de influência sobre o Estado).

Na expressão de Mauro Cappelletti, trata-se de verdadeira *poluição jurídica*. O cidadão passou a viver numa “ambiência juridicamente desequilibrada”, sem conhecer os direitos nem os deveres que possuía. Com efeito, se o ordenamento jurídico existe para que seja respeitado por todos, o lançamento diuturno de novas normas começou a dar um sentido figurado a essa

exigência. Com o número atual de Constituições, Leis Orgânicas, leis municipais, estaduais, federais, instruções normativas, portarias, decretos, decretos legislativos e outras disposições normativas não soa exagerado afirmar que é humanamente impossível algum cidadão conhecer todas as normas que lho afetam. Via de consequência, transformou-se numa premissa viciada a de que devemos respeitar a ordem jurídica, em sua integralidade, eis que sequer a conhecemos por inteiro.

É-se obrigado a um respeito/temor cego, ou, se se preferir, religioso, no sentido de que um acatamento a algo que nem se conhece redunde em fé e não em relação jurídica, propriamente. E, de fato, parece ter se espalhado uma mítica de que há leis para todas as situações da vida (afinal, não sabemos quais são todas as leis!) e que, através delas, estamos sempre socorridos. Contudo, na prática, o que se percebeu foi o exato contrário. Tornou-se recorrente a impressão, ao cidadão comum, de que há leis para tudo aquilo que não lhe seja favorável e não há lei alguma quando precisa de proteção contra vicissitude qualquer.

Nesse ponto, difícil discordar de Cappelletti, ao expor que essa enorme vazão de leis é verdadeira *poluição*, isto é, em vez de agente fomentador de democracia, porque produto natural desse sistema, a lei, na maioria das vezes, transfigura-se agente devastador para o balanceamento do meio democrático, por entulhá-lo de discursos vazios de sentidos que possam aperfeiçoar o Estado (na interação Estado/sociedade, por exemplo, torna-se mais um referencial aprovado pelo Estado fadado ao desconhecimento pela sociedade).

Ao lado disso, a sociedade se apercebeu de que não é necessária grande complexidade nas discussões parlamentares para se emitir uma lei. Ora, era de se esperar essa inferência, mais cedo ou mais tarde: o simples cálculo da quantidade de leis aprovadas em relação à quantidade de dias trabalhados no Poder Legislativo é revelador. E essa perda de complexidade nas discussões repercute numa fraqueza de conteúdo, que, na maior parte dos casos, a sociedade também percebeu, era intencional.

Os atores dominantes das Casas Legislativas se alimentam de uma sequência de consensos parciais, para confeccionar leis, na perspectiva clara de que, brevemente, estas serão substituídas ou complementadas por outras – o que somente piora o ciclo vicioso de emissão legislativa. Assim sendo, praticamente nenhuma matéria carece, mesmo, de exaustivo

debate ou tentativa de consenso mais amplo antes de alcançar um texto normativo: basta uma mínima vontade política, eis que ninguém se preocupará, no futuro, em aprovar nova lei.

A mídia, nesse ponto, favorece aos cidadãos que se deem conta de que a *ordem jurídica*, servindo a interesses inomináveis, mas também representados por intermédio dos mesmos políticos profissionais que elegeram, pode se tornar *caos jurídico* (com a licença pela impossibilidade lógica da expressão). A complicação e o espalhamento das normas fazem com que nem mesmo os legisladores consigam estar a par do conteúdo que decidem em nome do povo (ou atingir a compreensão da quantidade fraudulenta disso, como se alertou).

Nessas amarras, os indivíduos se obrigam a provocar o Poder Judiciário. Por evidente, não sabendo os direitos ou os deveres que tinha, tornou-se preferível se acudir de um poder que os declinasse de modo esclarecedor. O que, inclusive, explica o número de ações judiciais extremamente simples: a população se vale da Justiça, muitas vezes, para consultá-la sobre seus direitos e deveres (que não consegue extraí-los do ordenamento jurídico).

A questão de como mudar esse panorama nos remete à *dignidade da legislação*<sup>80</sup>. Não é possível sobrecarregar o Estado de normas, sob pena de intoxicá-lo em vez de fortalecê-lo. Uma lei deveria ser o mais importante veículo da *cidadania* e da democracia, contudo, foi o Judiciário que pareceu mais efetivo ao cidadão, afinal, lidava e amenizava um conflito concreto de uma maneira que a lei não demonstrou ser capaz.

Na práxis democrática formada com essas distorções, o cidadão comum não conseguiu enxergar na lei uma garantia – como o ideal liberalista moderno disse que enxergaria – porque, no fundo, as leis garantem qualquer coisa: um lado e outro de uma disputa de interesses conseguem se escorar em leis diferentes! Pareceu preferível convocar outro poder para resolver a situação.

Nessa linha de raciocínio, a resposta que se sugere mais consentânea aos acontecimentos da democracia brasileira pós-Constituição de 1988 é a de que os Poderes Legislativo e Executivo não se retraíram, ao contrário, continuaram a crescer até um certo esgarçamento institucional, que se tornou o ponto crítico à expansão do Judiciário. É dizer, o Legislativo iniciou estonteante emissão de leis e, ainda, seguidas apurações internas de

---

<sup>80</sup> Ver WALDRON, Jeremy. *The dignity...*, ob. cit.

corrupção (em particular através de Comissões Parlamentares de Inquéritos), e nisso foi se perdendo, ao mesmo tempo em que perdia a legitimidade e até a confiabilidade junto à *cidadania*. O Executivo recebeu parte da incumbência legislativa, através de suas Agências reguladoras setoriais, porém legislou, mesmo, por meio das Medidas Provisórias, fortemente combatidas pelo Congresso Nacional, levando-o a disputas ferrenhas para com o Poder Legislativo. Além daí, também se envolveu, ciclicamente, em episódios de corrupção e na necessidade de apuração interna, até o estágio de perder parte da credibilidade junto à *cidadania*.

Nesse crescimento “forçado”, aguçando as rivalidades entre esses dois poderes, o Judiciário acabou servindo de árbitro nas frequentes ações ajuizadas por partidos políticos e por representantes eleitos, uns contra os outros e a favor de seus interesses. Não apenas, como se evidenciou, acabou servindo de refúgio à *cidadania* interessada em efetivar seus direitos e não avistando possibilidade disso na atuação dos outros poderes.

Isto é, o Judiciário fora explorado pelos vários lados das disputas institucionais e, notadamente, pelos cidadãos comuns que, antes de disputarem espaços políticos amplos, ainda buscavam a própria sobrevivência, temendo – com motivos de sobra – a hipococoncretização de seus direitos fundamentais.

Portanto, se nos afigura que a Justiça não expulsou o Executivo e o Legislativo de eventual zona de segurança institucional obtida, ou seja, a Justiça não se expandiu por retração dos outros poderes. Distante disso. Ambos os poderes eleitos continuavam a crescer<sup>81</sup>, num empenho dos grupos que os dominavam, contudo, seu tensionamento constante, seu

---

<sup>81</sup> Cappelletti demonstra que “há Estado por todos os lados”: “Torna-se inevitável, portanto, para o governo de todo estado economicamente avançável, intervir em todos esses domínios, por mais difíceis e até arriscadas que possam ser essas intervenções. E de fato os estados modernos, justamente por isto caracterizados como estados sociais ou *welfare states* e como “economias mistas”, têm experimentado e estão experimentando, com sucesso variável, ampla gama de métodos e instrumentos no sentido de resolver o extremamente complexo problema das *externalities* ambientais. Métodos que vão das normas legislativas aos regulamentos, da determinação de prioridade mediante planos a curto e longo prazo à elaboração de princípios e diretivas limitadoras, da imposição de taxas e outros ônus à criação de incentivos indiretos. Inicialmente, as intervenções estatais tinham principalmente natureza de preceitos legislativos, do que decorreu o fenômeno, caracterizado incisivamente pelo conhecido jurista americano Grant Gilmore, como “orgia de leis”. Obviamente, contudo, um aparelho administrativo sempre mais complexo e foi deve ser criado, com o fim de integrar e dar atuação prática a tais intervenções legislativas. O *welfare state*, na origem essencialmente um “estado legislativo”, transformou-se, assim, e continua permanentemente se transformando, em “estado administrativo”, na verdade em “estado burocrático”, não sem o perigo de sua perversão em “estado de polícia””. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, ob. cit., p. 39.

choque de forças, aliado a um completo esquecimento de seu papel de representantes em dar soluções efetivas às necessidades da *cidadania*, gerou *um crescimento ainda maior* do Poder Judiciário, tendo em mente que a jurisdição traduz (ao menos teoricamente) o encerramento de todos esses embates.

A jurisdição é a área em que os contrastes políticos cederam lugar ao argumento técnico – ainda que igualmente político. É a área, em resumo, na qual as colisões políticas encontravam desempate. Para a sociedade, mera espectadora das dinâmicas de tomada de decisões, a jurisdição representava um alento contra o desconhecimento da lei e um recinto confortável para reivindicar seus direitos fundamentais e ser atendida, de uma maneira como já não estava sendo pelos poderes eleitos.

Como não existe vácuo no poder, o espaço deixado pelos cidadãos é tomado por outro ator democrático. Por séculos, o Poder Executivo (rei, senhor feudal, imperador, Presidente, qualquer que fosse o nome do titular ou dos titulares dele) dominou esse lugar. O ocupante do cargo maior de um Estado detinha todas as prerrogativas que necessitava para decidir tudo sozinho. Ora, se aqueles que deveriam (não poderiam, deveriam) fazê-lo rejeitavam a função e outros entes não eram suficientemente fortes para consegui-lo, então, o Poder Executivo passou a determinar os rumos das comunidades organizadas.

Em seguida, o Legislativo, considerado o coração do Estado, o Poder com a aptidão de criar as leis, conseguiu submeter o governante – que já não seria o governante máximo – e, mesmo séculos depois, todos os chefes de governo têm de negociar com os legisladores sobre as iniciativas e as ações que desejam implementar. Por fim, e está acontecendo agora, o Judiciário passou a determinar, mais e mais, as ações que tocam ao governo. O Poder que fiscaliza a aplicação das leis compreendeu sua relevância estratégica, na moldura estatal. Noutras palavras, sem o aval da Justiça institucional nenhum ato governamental permanece válido; ainda que tenha nascido válido e com presunção de legalidade e de legitimidade, se for discutido por qualquer interessado, necessitará de apoio no Poder Pretoriano.

Ainda, o Judiciário age por provocação, dessa maneira, os membros da comunidade política é que, de fato, escolhem quais questões serão levadas ao crivo dos juízes. Esse é o ponto: nos últimos tempos, parece que todas as decisões são legadas aos tribunais, por isso a expansão do Judiciário.

Nesse raciocínio, todas as ideias se entrelaçam, pois, primeiro, a apatia dos cidadãos causa um vácuo de poder, integrado por outros entes da democracia hábeis a decidir. No contexto presente, as decisões tomadas acabam dependendo dos critérios judiciais para se realizar, na medida em que toda a comunidade política provoca a atuação daquele Poder a respeito. E assim, o Judiciário, no lugar da cidadania, determina o que a Constituição e os atos de governo são ou deveriam ser.

Os trabalhos que conectam os conceitos de democracia, constitucionalismo e decisão judicial destacam premissas um tanto diferentes, todavia, no que têm em comum, admiram-se (ou, mesmo, preocupam-se) com essa “invasão” do Judiciário ante as relações sociais – incluídas as relações de poder. Essa também foi a primeira admiração que moveu o presente estudo, mas, diferente de vários outros, tenta-se alumiar, aqui, uma premissa que, por vezes, recebe menos atenção: como se repete, a relevância da cidadania ativa, nesse desenvolvimento.

Em outros termos, acredita-se que a judicialização das relações sociais e dos embates políticos se torna problema melhor exposto quando a análise começa pela apatia democrática, ou pior, por certas práticas pré-democráticas ainda mantidas.

Assim sendo, iniciar a abordagem pelo déficit de concretização constitucional, pela falta de legitimidade do Poder Judiciário para responder a determinadas demandas, ou pela dificuldade contramajoritária que representa (quando o juiz, só, decide em nome de muitos, ou todos), em nosso sentir, é iniciar a pesquisa pela conclusão. O exercício democrático antecede, essencial e logicamente, inclusive, a edificação constitucional, como se expôs. E, decerto, a democracia fornece os elementos indispensáveis para a construção (legítima) de um estatuto mínimo para o político – uma Constituição. Contudo, a Constituição, documento que é, não exaure nem substitui a práxis democrática, ao contrário, estabelece as regras fundamentais para a sua continuidade equilibrada e ascendente.

Com isso, resta claro que constitucionalizar (dar uma Constituição) a vida social é somente a primeira tarefa enfrentada pela ativação democrática de uma coletividade. A segunda, constante – sempre inacabada – é respeitar essa Constituição elaborada e buscar o incremento das práticas democráticas possíveis, em particular, o reconhecimento da igualdade

entre todos e a necessidade de participação constante em prol do aperfeiçoamento das instituições criadas.

Aliás, parece bem simples quando se escreve. De fato, não é complexo admitir que todo instante é propício para fortalecer a igualdade de tratamento e de oportunidades, bem como solidificar a ideia de participação ética e preocupada com os problemas que afetam à comunidade. Porém, fora deste pedaço de papel, isso se torna um longínquo horizonte, uma história de mais ou menos 2.500 anos ainda sem contornos definitivos <sup>82</sup>.

O que se alerta é que as possibilidades da democracia, por melhor e mais duradouro que esse ideal pareça, nunca foram totalmente exploradas e, por essa constatação, não é possível culpar o Poder Executivo, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, a Constituição, o Estado, o povo, ou qualquer outra instância de poder, por determinados fenômenos, como a “judicialização da política”. Antes disso, sequer existem culpados, porque culpa é responsabilidade desatendida e, quando se cuida de democracia, a responsabilidade por efetivá-la é difusa <sup>83</sup>. Ou, pelo contrário, como este é um dever difuso, então todos são culpados.

Por isso, revela-se importante o conceito de *elisão constitucional*, no sentido de que alguém deve ser denunciado pela baixa densidade democrática e constitucional <sup>84</sup>. Basta de

---

<sup>82</sup> “Apesar de suas falhas, não devemos perder de vista os benefícios que tornam a democracia mais desejável que qualquer alternativa viável a ela: a democracia ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos; a democracia garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não-democráticos não proporcionam (nem podem proporcionar); a democracia assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável; a democracia ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas; apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade autodeterminação – ou seja: viverem sob as leis de sua própria escolha; somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral; a democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável; apenas um governo democrático pode promover um grau relativamente alto de igualdade política; as modernas democracias representativas não lutam umas contra as outras; os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não-democráticos”. DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*, ob. cit., p. 73-74.

<sup>83</sup> “Esse êxito depende, em último extremo, do grau de adesão que encontre o Estado. Depende de que esse êxito seja sustentável, de que os cidadãos se façam responsáveis por ele, e, se for o caso, o defendam; só na medida em que isso seja assim, pode-se dizer que se trata de um Estado consolidado, de um Estado *robusto*”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais...*, ob. cit., p. 4.

<sup>84</sup> “Então, o Estado promete algo que não pode satisfazer, com o que podem resultar facilmente frustradas as expectativas despertadas por essas normas definidoras de tarefas do Estado; sua eficácia integradora pode voltar-se contra si própria – aspecto esse que adquire um peso considerável após as experiências da população da Alemanha Oriental com as promessas das constituições da antiga República Democrática. Existe o perigo de que, com preceitos programáticos desse tipo, se distenda em excesso a capacidade da Constituição, por muito

fatalismo na doutrina constitucional: repetir, inúmeras vezes, que a Carta Magna está sendo descumprida, não fará com que as coisas mudem. Aliás, também dizer que o governo está sempre errado é um equívoco ainda pior.

O desafio constitucional de hoje é trazer essa responsabilidade de volta ao Poder Constituinte Originário, ou seja, para a *cidadania*<sup>85</sup>. Não acoimar o povo daquilo que acontece em sua própria democracia não tem sido técnica bem-sucedida. Ao contrário, indicar unicamente os governantes pela falta de implementação dos ditames magnos é atingir alvo fácil. As faces da miséria e da exclusão social, da lacuna de educação e da falta de participação se tornam mais nítidas por outras ordens de interesses, por vezes, muito além dos meros interesses eleitorais.

Laurence Tribe<sup>86</sup> nominou “Constituição Invisível” a movimentação, na prática, em prol da aplicação de certos “direitos inalienáveis”, isto é, a Carta Política existe, não apenas escrita por uma geração constituinte, mas é constantemente reformulada pelas gerações vindouras, de modo imperceptível aos gabinetes políticos (por isso a alusão à “invisível”). É a política, como arte de governar, neste caso, autogovernar-se.

Mark Tushnet<sup>87</sup> aduz que há “momentos constitucionais” e não somente uma Assembleia Constituinte. Sempre que o povo decide, ou por si mesmo, ou influenciado por determinado governo, a respeito de mudanças bruscas da postura nacional, está constituindo novo hábito e nova modelagem jurídica, a partir de então, sem se preocupar, solenemente, de alterar todo o passado constitucional, até então.

---

que possa vir em sua ajuda uma certa condição irrevogável do Estado Social, já que a nenhum Governo cabe hoje em dia descumprir os encargos de provimento, previsão e compensação sociais”. *Ibidem, idem*, p. 49.

<sup>85</sup> O paradigma procedimental, adotado pela maioria da doutrina contemporânea, igualmente o explicita: “A Constituição procedimental, enquanto prática comunicativa de um processo falível e reflexivo de aprendizagem, objetiva a reconstrução da tradição jurídico-constitucional da sociedade. Inserida no modelo normativo de Democracia deliberativa, a *noção de Constituição procedimental assume o pressuposto da equi-primordialidade dos direitos individuais clássicos de liberdade e dos direitos políticos do cidadão*. Os direitos humanos não representam uma restrição externa, de fora para dentro, aos direitos de soberania, mas uma aquisição obtida ao longo do processo de evolução histórica e de aprendizado. Esse estágio de evolução a que chegou a sociedade moderna, por sua vez, pressupõe o compartilhamento de uma cultura política comum de pessoas habituadas à liberdade e às reivindicações jurídicas, dando vazão às diversas formas de pretensões normativas e interpretação de interesses e de necessidades, dentro do marco constitucional.” CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, ob. cit., p.103.

<sup>86</sup> Ver TRIBE, Laurence H. *The Invisible Constitution*. Oxford University Press, 2008.

<sup>87</sup> TUSHNET, Mark. *The new constitutional order*. Oxford: Princeton University Press, 2003.

De toda sorte, contentemo-nos a expor os dois lados da problemática, registrando que também existe, por óbvio, uma dose de autoexpansão no Judiciário: existem órgãos que se sentem vocacionados a respostas mais políticas que jurídicas, na maioria das questões.

### **3.2 O Judiciário, contudo, também está destinado a falhar**

Embora a Constituição não evidencie a tarefa de cada poder, especificamente, como dissemos, apenas contemplando as competências dos órgãos de execução atrelados aos três poderes constituídos, não é estruturante lógica desse sistema a possibilidade de um poder, isoladamente, conseguir debelar todas as crises do Estado.

Noutras palavras, o Judiciário não pode (nem deve) suportar a situação de que, na falta de legitimidade constatada para os demais poderes, ele os substitua – sozinho – na implementação dos direitos fundamentais<sup>88</sup>. Além disso, necessita suportar as demandas resultantes das crises econômicas (repercussões tributárias, empresariais, governamentais *etc.*), de segurança pública (repercussões penais e civis), da ciência (biosegurança, bioética, novas fontes energéticas *etc.*), da reforma agrária (milhares de ações possessórias, desapropriatórias e para demarcação de reservas indígenas) e da estruturação da sociedade (decisões sobre a identidade, a sexualidade, as famílias, a filiação, o casamento, os bens *etc.*), somente para citar alguns exemplos.

Para não eximir completamente o Judiciário desses *acontecimentos* da democracia contemporânea, é importante não negar a existência, concomitante a tudo isso, de uma dose de autoexpansão judicial. Isto é, os juízos não se tornaram somente “vítimas” de um processo “forçado” de crescimento dos outros dois poderes. Antes, a jurisdição também começou a perceber vantagens trazidas pelo acréscimo de espaço institucional na sua relação com os poderes eleitos e com a sociedade. Naturalmente, a mentalidade<sup>89</sup> e as práticas institucionais

---

<sup>88</sup> “À justiça não cabe resolver todos os problemas, dar a última palavra em matéria de ciência ou de história, definir o bem político e responsabilizar-se pelo bem-estar das pessoas. Ela não o pode e não o deve, sob pena de mergulhar-nos num inferno sofista frustrante, estéril e destruidor, que ninguém deseja. A justiça jamais nos livrará do escrúpulo por ter que fazer política, porém ela nos estimula a inventar uma nova cultura política”. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia...*, ob. cit., p. 265.

<sup>89</sup> “A primeira grande reforma que deve ocorrer no Judiciário, e sem dúvida a mais importante de todas, é a mudança de mentalidade. Embora se tenha tornado habitual, na linguagem comum do povo, a referência ao Judiciário como sendo “a Justiça”, o fato é que na grande maioria das decisões judiciais, sobretudo dos tribunais superiores dos Estados e do país, fica evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder...*, ob. cit., p. 84.

dos novos componentes do Judiciário trataram de avançar, ainda mais, nessa direção, sentindo-se os juízes vocacionados a respostas tão [ou mais] políticas quanto [que] jurídicas, em diversas questões.

O debate doutrinário que deu suporte a essa nova mentalidade suscitava, sobretudo, que, constitucionalmente, vários órgãos judiciais foram *criados para* essa aplicação política do Direito, como seria o caso dos Tribunais Superiores, em particular, o Supremo Tribunal Federal<sup>90</sup>. Considerando, ainda, que nosso sistema jurídico respeite o duplo grau de jurisdição (garantido como princípio implícito na Carta Magna), portanto, somente seriam necessárias duas apreciações de um caso concreto: uma primeira, mais detida, e uma segunda, revisora da anterior. Assim, aos Tribunais que não sejam de revisão de julgados, cabe uma *superposição* no universo jurídico. Não se prestando a ser mera instância recursal, tornam-se mantenedores dos pilares maiores do ordenamento: a segurança jurídica (estabilidade e eficácia das decisões) e a própria Constituição (enquanto *sentido objetivo último de justiça*, inclusive).

E, com esse raciocínio, o próprio Judiciário entendeu que essas tarefas ultrapassavam as fronteiras exclusivamente jurídicas, resvalando sempre no âmbito do político<sup>91</sup>. Nesse ponto, ressaltava-se que não seria possível culpar o Judiciário daquilo que estaria apto a fazer e daquilo que, por missão, lhe competiria. A afirmação de que o Supremo Tribunal Federal traveste com túnica jurídica suas posições políticas se consideraria eufemismo, então, de algo que acontece porque deve acontecer: o Supremo Tribunal tem posições políticas – e as declina em seus arestos. Não precisa disfarçá-las num linguajar jurídico<sup>92</sup>.

Não obstante a força desses argumentos, fizeram-se ouvir, na prática, mais reclamações que aplausos a essa atuação “invasiva” dos juízos (notadamente, dos Tribunais Superiores) na esfera pública de deliberações. Entretanto, para os fins deste trabalho,

---

<sup>90</sup> “Perante o legislador político, o tribunal não pode arrogar-se o papel de crítico da ideologia; ele está exposto à mesma suspeita de ideologia e não pode pretender nenhum lugar neutro fora do processo político”. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Juízo de ponderação...*, ob. cit., p. 83, referindo-se a Habermas.

<sup>91</sup> “Os juízes exercem atividade política em dois sentidos: por serem integrantes do aparato de poder do Estado, que é uma sociedade política, e por aplicarem normas de direito, que são necessariamente políticas. Mas, antes de tudo, o juiz é cidadão e nessa condição exerce o direito de votar, o que não é desprezível quando se analisa o problema da politicidade de suas decisões judiciais”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder...*, ob. cit., p. 89.

<sup>92</sup> “O reconhecimento da politicidade do direito nada tem a ver com opções partidárias nem tira, por si só, a autenticidade e a legitimidade das decisões judiciais. Bem ao contrário disso, o juiz consciente dessa politicidade fará um esforço a mais para conhecer e interpretar o direito, considerando sua inserção necessária num contexto social, procurando distingui-lo do direito abstrato ou do que é criado artificialmente para garantir privilégios, proporcionar vantagens injustas ou impor sofrimentos a outros com base exclusivamente numa discriminação social”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder...*, ob. cit., p. 98.

considera-se infundada a ideia de que as iniciativas judiciais trazem prejuízos à esfera pública, eis que esse entendimento desconsidera, em absoluto, o Poder Judiciário como ator (legítimo) da cena democrática – o que conjura contra a própria intenção constitucional de inseri-lo na tríade de poderes estatais. Com efeito, parece-nos inviável imaginar o desenho estatal como singela distribuição de atividades, quando, em verdade, distribuem-se forças políticas. Aliás, a fórmula clássica de tripartição se propôs, justamente, para uma limitação dessas forças, de um poder sobre o outro (*le pouvoir arrête le pouvoir*). Se houvesse uma rígida divisão de tarefas entre cada uma dessas estruturas constitucionais nenhuma tensão resultaria, muito menos interpenetração de forças.

Nesse compasso, o Judiciário é – como os outros são – poder constituído pelo político, que se define e se delimita politicamente também, nos seus embates com os demais. A diferença entre *poder eleito* e *poder não-eleito*, lembrada constantemente como a marca que desenraiza a política do Judiciário, em verdade, é diferença que, primeiro, pode muito bem ser circunstancial (nada impede que uma Constituição determine que o Judiciário seja eleito) e, segundo, reforça-se por meio de um amesquinamento da compreensão sobre o fenômeno político (reduzindo-o ao âmbito eleitoral).

Admitindo-se a crise de legitimidade dos *poderes eleitos* somada a todas as *incertezas* que assolaram a cidadania brasileira (e o próprio mundo, como um todo), no despertar do novo milênio – sem resolução definitiva para várias questões sociais, políticas, econômicas, éticas, religiosas, territoriais *etc.* – e admitindo-se que esses fatores foram essenciais para que o Judiciário expandisse sua área de atuação, provocado pela própria sociedade, é preciso, finalmente, admitir que a Justiça não tem condições materiais nem políticas de resolver essa avalanche de querelas sem o contributo firme dos demais poderes<sup>93</sup>.

Não há dúvida de que os microssistemas de poder estatal (Administração, Legislação e Justiça) estiveram cindidos por critérios de pragmaticidade herdados do constitucionalismo do século XVIII, isto é, parecendo necessária a descentralização das funções essenciais do Estado, para que atendesse às expectativas de sua idealização (especialmente no sentido de

---

<sup>93</sup> “O direito passou a constituir uma nova forma de consumo, as causas massificaram-se perdendo qualidade e os tribunais transformaram-se em fábricas de processos cuja falência técnica pode estar à vista se persistir a inexistência ou deficiente eficácia dos modelos de recuperação”. AFONSO, Orlando Viegas Martins. *Poder Judiciário: Independência in dependência*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 195-196.

oferecer proteção integral ao desenvolvimento das potencialidades do indivíduo), geraram-se aquelas categorias funcionais. Porém, de maneira alguma, particularmente hoje, representam uma *trifurcação*, ou seja, três caminhos diferentes de gerência do Estado.

O que, entretanto, vem sendo combatido, eis que cada vez mais os conceitos de *sinergia*, de *responsabilidade* e de *responsividade* pressionam os três poderes constituídos a descobrir a verdadeira face da harmonização de suas atuações. Em outros termos, a necessidade de responder, pronta e efetivamente, às demandas sociais, econômicas, políticas (e de todas as ordens) do Estado democrático de Direito, compôs o arranjo de poderes constituídos sobre o dever de cooperação e diálogo institucional, sob pena de falência do Estado, principalmente porque o Judiciário, isoladamente, não suportaria essas demandas.

Quer-se dizer que, não importam os esforços da Justiça para aperfeiçoar seu atendimento à população – e mesmo que seja considerada, definitivamente, legítima a decidir sob todas as veredas possíveis, inclusive políticas – não conseguirá honrar um compromisso com a sociedade que é de todo o Estado, e não apenas da jurisdição: o compromisso de aperfeiçoamento (até a plenitude, enquanto ideal) da vida social, através das práticas democráticas<sup>94</sup>.

A embaraçosa constatação de um assoreamento do Judiciário também se amenizou, nos últimos anos: os números continuam não sendo os ideais, porém, ao menos, na comparação com o passado, se mostram inspiradores. Entre 2008 e 2010, como se frisara antes, a Suprema Corte brasileira fora presidida pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes, sob os auspícios teóricos de Peter Häberle<sup>95</sup> (crendo-se, portanto, numa *sociedade aberta dos intérpretes constitucionais*) e a constante influência do Tribunal Constitucional Alemão, como exemplo de práxis adequada à proteção dos direitos fundamentais. Isso, inegavelmente, contribuiu para uma transparência e uma maior aproximação do Poder Judiciário à sociedade.

---

<sup>94</sup> E, a propósito, esses esforços vêm acontecendo. No campo da mentalidade, o comportamento do Supremo Tribunal Federal, *v.g.*, na última década, tomou feições de uma Corte exclusivamente Constitucional, aos moldes das Supremas Cortes europeias. O controle concentrado de constitucionalidade começou a ser mais e melhor utilizado, a fim de que a proteção ao texto magno se desse de maneira abrangente, isto é, que as decisões do Tribunal para determinado caso valessem para todos os demais com a mesma *fattispecie*.

<sup>95</sup> “No enfoque häberliano, a Constituição passa por uma “relativização”, no sentido de permitir, em seu bojo, a pluralidade de pontos de vistas até mesmo opostos. A Constituição é criada, transformada e desenvolvida em processos abertos de formação da vontade”. CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, *ob.cit.*, p. 93.

A presidência do Conselho Nacional de Justiça – segundo órgão na hierarquia judiciária – também exercida pelo ministro Mendes naquele período se moveu por assuntos que, durante décadas, foram considerados imexíveis no Judiciário. As modulações de efeitos nas ações de controle de constitucionalidade, a objetivação do controle difuso, a reinterpretação da incumbência do Senado Federal no controle de constitucionalidade, as denominadas *sentenças aditivas*, as barreiras deitadas contra a recorribilidade (a *repercussão geral*, a *súmula impeditiva de recursos* e o *prequestionamento*, e.g.), a ativação da reclamação constitucional, do mandado de injunção, a *súmula vinculante*, a técnica da *transcendência dos motivos determinantes*, todos esses mecanismos tornaram o Supremo um Tribunal ímpar no ordenamento brasileiro.

Nos dias atuais, o contexto é outro, tanto que se chega a denunciar uma certa monopolização da Carta Magna, por parte daquele Tribunal. Praticamente todas as controvérsias expostas nos processos brasileiros passaram a depender de uma resposta do Supremo Tribunal Federal. Os juristas parecem ficar aguardando o próximo passo intrigante da Corte, para acender ou arrefecer seus ânimos sobre determinadas causas. Todavia, essas consequências adversas não surpreendem, tendo em conta a performance acelerada do Tribunal, qualificando-se como o de melhor estrutura no Brasil, ao lado do Superior Tribunal de Justiça. A propósito, todos os Tribunais Superiores passaram a firmar convênios institucionais, a realizar campanhas socioeducativas, a virtualizar o processo judicial, a recompor suas gestões administrativo-financeiras, a enfrentar as situações internas com maior rigor disciplinar, a regulamentar temáticas importantes para a magistratura e para as carreiras de apoio, a informar a população sobre suas iniciativas através do rádio, da televisão, da internet e das revistas, jornais e boletins especializados.

Enfim, houve, notadamente na última década, uma série de estratégias que alteraram, de vez, a face do Poder Judiciário frente a sociedade (e por intermédio do Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, espera-se que essas estratégias continuem e se fortaleçam).

Porém, essa maior *prestatividade* do Judiciário fora outro item causador do aumento do número de demandas. Ou seja, as respostas positivas da atividade estatal tendem, no Estado democrático de Direito, a gerar novas provocações em conta de novas litigiosidades (novos conflitos de interesses [âmbito subjetivo] e novos conflitos normativos [âmbito

objetivo]). De sorte que, conforme antecipamos, não há incremento na efetividade do Judiciário capaz de tolerar as sempre-novas demandas gestadas no seio da *cidadania*. É imprescindível que todos os poderes estejam afinados em prol dos direitos fundamentais.

A visão obsoleta de que somente o Judiciário seria hábil a lidar com direitos dos cidadãos era, mesmo, incompreensível, posto que todo o arcabouço estatal fora instituído para garantir as prerrogativas da *dignificação* da vida<sup>96</sup>.

### 3.3 A vez da *cidadania ativa*

Se os primeiros episódios do século XXI evidenciaram a força (política) do Poder Judiciário, é possível afirmar que, ao mesmo tempo, já demonstraram a impossibilidade de um poder constituído suportar, isoladamente, todas as demandas por dignificação da vida, em suas várias dimensões. Alcança-se, então, outro nível deste esforço teórico.

A rapidez com que avançam os aparelhos, as ferramentas e os métodos (soluções tecnológicas), no mundo atual, exerce influencia (pode-se dizer, mesmo, que gera doses de afobamento) sobre os esforços teóricos da engenharia constitucional, também. E, nessa premissa, não parece admissível esperar mais um século de prevalência de um dos poderes constituídos (assim como dissemos que o XIX foi do Legislativo e o XX foi do Executivo), para, somente aí, observar se o Judiciário obterá êxito na tarefa que ora se coloca sobre seus pilares<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> “O órgão que exerce a jurisdição constitucional não se configura como o oráculo da vontade popular, nem muito menos o censor do regime democrático. Ele desempenha importante papel na estrutura política, mas não pode representar a soberania popular descurando dos dispositivos contidos na Carta Magna”. AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: FORENSE, 2005, p. 108.

<sup>97</sup> “Chama-se a justiça no intuito de apaziguar o molestar do indivíduo sofredor moderno. Para responder de forma inteligente a esse chamado, ela deve desempenhar uma nova função, forjada ao longo deste século, a qual poderíamos qualificar de *magistratura do sujeito*. As sociedades modernas geram, na realidade, uma demanda de justiça quantitativa e qualitativamente inédita. Trata-se de uma demanda de massa e de uma demanda maciça. A justiça não apenas deve multiplicar suas intervenções – o que já é em si um desafio -, mas é também, ela própria, objeto de novas solicitações. Quer lhe sejam submetidas questões morais difíceis, como as relativas à bioética ou à eutanásia, quer lhe seja solicitado remediar prejuízos causados pelo enfraquecimento dos vínculos sociais na população marginalizada, a justiça se vê intimada a tomar decisões em uma democracia preocupada e desencantada”. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia...*, ob. cit., p. 139.

E, nesse sentido, uma tentativa de *ressignificação* do Estado Constitucional <sup>98</sup>, de *ressituação* de suas instituições e, dessa vez, posicionando-as em sítios teóricos que lhes garantam renovada implicação prática, começa a permear a Teoria Constitucional contemporânea, especialmente interessada em resgatar a legitimidade do Estado (como instância de realização humana) e dar substância às formas normativas constitucionais.

A proposta deste trabalho, igualmente inclinado a essa tendência, é canalizar ideias que comprovem que a participação direta <sup>99</sup> da *cidadania ativa* nos processos decisórios do Estado será o fiel da balança para a *restauração do constitucionalismo*. No entanto, antes, importa compreender que restauração é essa, porque, afinal, não se chega a lugar nenhum sem conhecer de onde se partiu.

A simples circunstância de haver um marcante bálsamo teórico acerca da *justiça* confirma que se precisa muito dela, seja ideal seja institucionalmente. É irrefutável a constatação de que as palavras mais assinaladas por determinado léxico (de uma cultura em específico ou de uma época) são, de uma maneira qualquer, as que veiculam seus significados mais caros. Por outro lado, falar demais sobre certa coisa também se conecta, estranhamente, à ausência dela (é difícil ouvir falar de algo tão presente e tão funcional que nem se percebe sua “existência”). Portanto, a recorrência do termo é, quase sempre, inversamente proporcional à sua abundância e diretamente proporcional à sua importância no ambiente onde se colhem tais falas.

Transferindo esse paralelo genérico para o que nos interessa, por ora, constata-se um uso inflacionário do termo *Constituição*, uma sociedade que se preocupa demais com o *Judiciário* e uma Teoria Constitucional que estuda a *soberania popular* e o *poder constituinte*

---

<sup>98</sup> “A divergência entre as interpretações da Constituição está atrelada a diferentes processos de explicitação em relação às regras e pressuposições do discurso racional, das práticas sociais e culturais de uma sociedade. Justamente aí, isto é, na institucionalização jurídica dessas diferentes práticas sociais, é que se dão as diferenças entre as Constituições históricas, com base nas quais se interpreta e se configura o sistema de direitos de forma distinta. Assim, é plausível afirmar-se que o paradigma procedimental do Estado de Direito não é vazio de conteúdo, embora não parta de conteúdos predefinidos. Conforme sustenta Habermas, faz-se neutro em relação aos princípios jurídicos em face dos conteúdos referentes a específicas visões de mundo. Em consequência, o sistema de direitos e os princípios do Estado de Direito estão condicionados ao sentido performativo de uma práxis geradora de Constituições”. CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, ob. cit., p. 105.

<sup>99</sup> Essa participação direta, por lógico, não exclui a existência de representantes. Robert Dahl explicita: “Se devem ser competentes, os cidadãos não precisariam de instituições políticas e sociais para ajudá-los? É indiscutível. As oportunidades de adquirir uma compreensão esclarecida das questões públicas não são apenas parte da definição de democracia. São a *exigência* para se ter uma democracia.” DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*, ob. cit., p. 93.

*do povo* à exaustão. Sendo mais incisivo: todas essas fórmulas representam, sem dúvida, algo importante, contudo, na prática, algo ainda escasso, algo ainda sem efetivo sentido fenomênico.

Velha máxima romana alertava que “sagrado é aquilo para o qual se atendeu a função de dar sentido” e “banal é aquilo para o qual não se encontra ou se perde o sentido”. O que se verifica, atualmente, a partir desse adágio, é que, em vez de sacralização da *constituição*, da *soberania popular*, do *poder constituinte do povo* ou do próprio *constitucionalismo* – sacralização entendida como “encontrar o lugar adequado e justo desses entes filosóficos no mundo” – há uma banalização deles, ao sabor de uma reiteração de desvios conceituais e de definições vagas, a convertê-los de soluções em problemas para a vivência política.

Transformaram-se essas palavras em meras ilustrações de um livro erudito sobre filosofia – e esse processo é típico do *ode ao conforto* (conforto intelectual, por exemplo), arranjado por nossa sociedade dita “pós-moderna”, para a qual causa horror qualquer fuga da inércia, do estatismo, para a qual é dolorida a experiência de se mover por campos inéditos de especulação. Intrigante nisso é perceber que a ciência, em todos os tempos, fora entendida como *locus* do ideal especulativo e duto de utilização da angústia existencial na busca de melhores condições à vida humana, porém, nos dias atuais, diversas vezes se permite o papel de mero centro reprodutor de críticas.

Esses sinais de esgotamento de paradigma na ciência jurídica <sup>100</sup>, em particular, denotam um *constitucionalismo atordoado*, na expressão de Rodolfo Pereira Viana, eis que não se encontram mais os recintos teóricos adequados para potencializar/viabilizar a concreção de significações de *Estado*, *Política*, *Cidadania*, *Constituição* e, enfim, diversos outros conceitos, que terminam por se esvaziar, não mais servindo a nada na prática, compondo, então, somente os diálogos entre professores catedráticos, completando as páginas dos manuais, porém, não estando presentes no cotidiano político-jurídico-cultural-social.

---

<sup>100</sup> Em sentido contrário: “Apesar da dúvida radical que hoje conduz os “pós-modernos” aos ataques da “desconstrução” anti-humanista e antiformalista jurídica desfechados pelos céticos ou pragmáticos contra o direito político a pretexto de ultrapassar os paradigmas da Modernidade, uma reflexão filosófica sobre os *fundamentos* ensina que o humanismo jurídico dos modernos sempre vai além da fenomenalidade das fronteiras do espaço e do tempo em virtude das aspirações ideais que ele expõe no horizonte da crítica transcendental”. GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno*. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 499-500.

Se estamos neste ponto e precisamos alcançar um constitucionalismo que saiba seu verdadeiro papel para o século XXI, é imprescindível remodelar o que entendemos por *soberania popular, poder constituinte do povo, controle popular, participação popular e cidadania ativa*, para ficar apenas com as expressões mais comuns e emblemáticas das quais assistimos o enfraquecimento <sup>101</sup>.

Rodolfo Viana Pereira leciona que o controle democrático é categoria *fundante* no discurso constitucional, não apenas se traduz numa *garantia* de influenciar o exercício do poder político. Assim sendo, antes de definir a fiscalização que se exerce sobre o poder eleito (*contre-rôle*, contra-poder), o controle democrático é elemento da própria essência, isto é, elemento generativo, do próprio Estado Constitucional – é o controle do poder a própria *razão de ser* da Constituição.

Em uma abordagem sutilmente distinta, concordamos com a co-originalidade e com a co-implicação entre o ideal constitucional e o ideal do controle democrático, mas incluímos a *participação* como espécie de metacategoria do discurso constitucional, eis que seria anterior à própria fundação do Estado Constitucional. É imperioso, nesse sentido, realocar a fundamentalidade da *participação* como possibilidade/poder/dever que perpassa todo o discurso constitucional, consistindo, a propósito, na própria prática criadora da Constituição. Isto é, a redefinição do espaço de engajamento político do homem em sua convivência com os demais <sup>102</sup> precisa, urgentemente, acontecer, sob pena de desmoronamento (ainda que lento) do sistema autorreferencial que se “inventou” para nutrir a legitimidade dos processos e decisões do Estado – o sistema da representação (seja por meio de um poder tipicamente

---

<sup>101</sup> “Soberano, para Olivier Beaud, é a instância que exerce o poder. Deste modo, o Estado e o direito nunca poderiam ser soberanos. O Estado não tem vontade própria, nem a constituição. Ambos são o produto da ação de um homem ou grupo de homens. Não há sentido na soberania da constituição, que é, segundo Müller, o texto mediador central nas sociedades políticas para dominar e deixar-se dominar, para estabelecer o *status quo* e os meios de sua alteração controlada e legítima. (...) O soberano acima da constituição é o titular do poder de fazer e de desfazer as constituições, ou seja, o titular do poder constituinte, o povo. O povo soberano é, na expressão de Beaud, “*constitutione solutus*”. Esta relação entre constituição e povo soberano é sempre problemática. Embora seja invocado como titular da soberania e sujeito criador da constituição, o povo é sempre temido”. BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição...*, ob. cit., p. 23-24.

<sup>102</sup> “A cidadania, portanto, se constitui em liberdade política, no exercício dos direitos, quer no aspecto de liberdade negativa, liberdade de ação, quer no aspecto de liberdade positiva, de vontade, conforme bem apontado por Norberto Bobbio. Hannah Arendt conceituou a cidadania como o estado de pertencer a uma comunidade capaz de lutar pelos direitos de seus integrantes como o “direito de ter direitos”. Então, o conceito pode-se resumir em “direito de ter direitos””. ZVIRBLIS, Alberto Antônio. *Democracia Participativa e Opinião Pública: Cidadania e Desobediência Civil*. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 169. Ver, ainda, ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. Nova York: Harcourt Brace Jovanovitch, 1993, p. 299-302.

executivo ou de um poder legiferativo ou, mesmo, de um poder de julgamento e interpretação das leis e atos administrativos: porque se toda essa potência estatal é conduzida imediatamente por representantes, torna-se fictícia a noção de que esteja nas mãos do povo).

A *realizabilidade da participação*, contínua e determinante, de todos os intérpretes da Constituição é, por óbvio, desejada pelo Estado Constitucional, através daqueles que o criaram. Ora, as normas constitucionais não se configuram esquemas exclusivamente conceituais, ao contrário, delineiam-se como molduras operacionais, esquemas funcionais para pôr em movimento determinada realidade almejada desde o ato fundador daquela comunidade política. E se o alicerce dessas normas é construído na *participação* dos agentes políticos previamente existentes ao Estado Constitucional (que se está fundando), é insofismável concluir que esses agentes não se excluíram a si próprios da dinâmica político-jurídico-cultural-social que as normas recém-elaboradas irão implantar.

Nessa fluidez, a técnica da representatividade, sem – no mínimo – um complemento de controle efetivo e de participação direta da *cidadania ativa* estará fadada ao insucesso, tendo em vista que seu desempenho será retroalimentado insistentemente por símbolos e padrões alegóricos que, mais cedo ou mais tarde, evidenciarão seu desprestígio <sup>103</sup>. Se se diz que a Constituição é gestada pela comunidade política, através de consensos parciais entre grupos políticos maiores (ou mais organizados) e consensos genéricos entre todos os membros dessa comunidade, como seria viável ao Estado Constitucional excluir os últimos e entregar o comando apenas aos primeiros? A indefinição sobre quando acontecerá não apaga a certeza de que o esgarçamento desse paradoxo virá no instante em que a parcela maior dos interesses – geralmente a parcela mais silenciosa – quiser se expressar também.

---

<sup>103</sup> Antônio Maués, noutra toada, cuida de uma impossibilidade de democracia direta, devido ao tamanho das democracias atuais, porém não deixa de atacar o paradoxo de um soberano *sempre representado*: “A mudança de escala supramencionada implica algumas limitações a concepção clássica da democracia, entre as quais a impossibilidade de conceber a administração da coisa pública diretamente pelo povo, o que no decorrer deste século foi ainda mais reforçado pelo aumento das funções do Estado. Essa presença dos governantes como um papel social especializado e as dimensões da burocracia estatal conduzem as preocupações da democracia moderna para o modo como os governados os controlam, pois, ainda que não possa exercer o poder em todos os momentos, o povo detém a titularidade do poder. Portanto, as formas pelas quais o povo pode controlar o governo, seu grau e qualidade, tornam-se os aspectos centrais no exame do caráter democrático de um regime político. Tendo em vista a complexidade do Estado contemporâneo, o aspecto principal desse controle está nas decisões políticas, entendidas como decisões coletivas obrigatórias, que definem as ações que serão tomadas pelos poderes públicos. A partir disso, poderíamos estabelecer uma escala de participação, em que o grau máximo estaria na tomada de todas as decisões políticas pelo povo, e o grau mínimo, na eleição periódica de representantes como a única decisão tomada pelo povo”. MAUÉS, Antônio Gomes Moreira. *Poder e democracia: O pluralismo político na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 84.

E, frise-se, a ideia não é (necessariamente) marxista, ainda que lembre a noção de que as classes dominadas encerram um potencial revolucionário. Em verdade, recorre-se a teorias de participação política mais amplas (e mais recentes), como a de Hannah Arendt, para intuir que a própria essência performática do poder numa democracia obriga um compartilhamento das decisões <sup>104</sup>, por meio de um alargamento dos processos decisórios.

O pensamento de Hannah Arendt é proeminente, na medida em que antecipa o fluxo das ideias iniciado a partir dos anos 1980 pela filosofia política e que pretende dar sentido ao Direito para além do positivismo (impregnado de ceticismo ético, marcado pela derrocada da utopia igualitarista do Direito e pelo reconhecimento de um pluralismo incontrolável nas sociedades atuais). Nessa mesma época, teóricos liberais (John Rawls, Ronald Dworkin, v.g.), comunitários (Charles Taylor, Michael Walzer, Bruce Ackerman) e crítico-deliberativos (na linha de Jürgen Habermas) pretenderam encontrar um fundamento ético para a crescente juridificação das relações sociais que envolvem o mundo econômico e o mundo da vida, estabelecendo uma necessária e intrínseca ligação entre ética e direito.

Arendt traduziu a ação humana como *liberdade positiva* <sup>105</sup> que assegura a capacidade de tomar decisões políticas e controlá-las, atribuindo à autonomia pública e ao processo de participação política a tarefa de configurar e traduzir a vontade coletiva <sup>106</sup>, aproximando-se, assim, do pensamento de Charles Taylor (*O Multiculturalismo e a política do reconhecimento*) e Michael Walzer (*Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*), mas diferenciando-se dos comunitários, porque, para estes, os sujeitos coletivos limitam-se a *influenciar* o sistema político, não tendo o poder de ação sobre as tomadas de decisão, não sendo capazes de criar canais institucionais que façam valer suas opiniões para o

---

<sup>104</sup> Robert Dahl diz: “com exceção de uma fortíssima demonstração em contrário, em raras circunstâncias, protegidas por legislação, todos os adultos sujeitos às leis do estado devem ser considerados suficientemente bem preparados para participar do processo democrático de governo do Estado”. DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*, ob. cit., p. 90-91.

<sup>105</sup> No mesmo passo: “A liberdade deve tornar-se mais e mais participação: o cidadão deve participar na formação das grandes decisões políticas, deve participar mais ativamente do que até agora na gestão dos assuntos [...] e sobretudo, na concretização de medidas de proteção das liberdades, questão sempre polêmica.” GARCIA, Maria. *Desobediência Civil, direito fundamental*. São Paulo: RT, 1994, p. 120-121.

<sup>106</sup> “Os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana. Isso só se consegue quando a liberdade da vida em sociedade resulta garantida em igual medida que a liberdade individual. Ambas se encontram inseparavelmente relacionadas. A liberdade do indivíduo só se pode dar numa comunidade livre, e vice-versa; essa liberdade pressupõe seres humanos e cidadãos com capacidade e vontade para decidir por si mesmos, sobre seus próprios assuntos e para colaborar responsabilmente na vida da sociedade publicamente constituída como comunidade”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais...*, ob. cit., p. 33.

sistema político. Ao passo que, para Arendt, a interação dos diversos atores sociais faz da *esfera pública* a fonte geradora do poder <sup>107</sup>. Sendo assim, o poder se origina na *esfera pública* e não no centro do sistema político: um entendimento que torna justificadas as críticas arendtianas à democracia representativa e às teorias democráticas de cunho elitista (como a de Joseph Schumpeter, pregador de uma “democracia formal”).

Este trabalho se afiança dos percucientes estudos de Arendt para afirmar que é na ação e no discurso que os homens se manifestam uns aos outros, diferenciando-se. A ação e o discurso, portanto, guardam o duplo aspecto da igualdade e da diferença ("se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender"). Ser diferente não equivale a ser outro, pois a alteridade está presente na multiplicação de objetos inorgânicos; no homem, distinção é *singularidade*: a diferença "é a paradoxal pluralidade de seres singulares" <sup>108</sup>.

A representação da *ação*, dessa maneira, não é apenas um meio de manifestação da liberdade, enquanto capacidade de reger o próprio destino, mas, principalmente, é uma forma única do homem de expressar sua *singularidade* (individual). É por isso que, para Arendt, a liberdade moderna, privada, traduzida na não-interferência, significa muito menos que a liberdade pública, plasmada na *participação democrática* <sup>109</sup>.

Sempre que os homens se reúnem na modalidade do discurso e da ação passa a existir o que Arendt denomina de "espaço da aparência". Este espaço precede toda e qualquer

---

<sup>107</sup> “A esfera ou espaço da opinião pública é, certamente, um fenômeno social tão elementar como a ação, o ator, o grupo ou o coletivo; mas escapa aos conceitos tradicionais de ordem social. A esfera ou espaço da opinião pública não pode entender-se como instituição e, certamente, tampouco como organização; não é um entrelaçamento de normas com diferenciação de competências e de papéis, com regulação das condições de pertinência, etc.; tampouco representa um sistema; permite, certamente, traçados internos de limites, mas se caracteriza por horizontes abertos, porosos e mutáveis para o exterior. O espaço da opinião pública, como melhor se pode descrever, é como uma rede de comunicação de conteúdos e tomadas de postura, é dizer, de opiniões, e nele os fluxos de comunicação permanecem filtrados e sintetizados de tal sorte que se condensam em opiniões públicas enfeixadas em torno de temas específicos”. CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, ob. cit., p. 41.

<sup>108</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 188.

<sup>109</sup> Posfácio de Celso Lafer em ARENDT, Hannah. *A condição humana*, ob. cit.

constituição formal de *esfera pública* e as várias formas de governo <sup>110</sup>. E esse espaço da aparência existe "potencialmente" onde quer que os homens se reúnam, não necessariamente, nem sempre, mas "potencialmente". Essa potência se realiza assim que o primeiro homem se manifesta, encerrando sua individualidade (invisível aos outros, enquanto permanece íntima) e passando a ser visto e ouvido pelos demais – *aparência*, portanto, na expressão de Arendt, vem no sentido de *aparecer*, de aparecimento, do estar-no-mundo-com-os-outros.

Assim, é possível adiantar que o *poder concentrado* é o fator de destruição da *esfera pública* <sup>111</sup>, pela conseqüente impotência da maioria. É dizer, se a ação e o discurso são as formas de explicitar a singularidade, e esse predicado somente é acessado por poucos, todo o resto se torna massa indistinta, desvanecendo a complexidade intrínseca das discussões num ambiente de seres singulares. Explica-se a própria autora: "O único fator material indispensável para a geração do poder é a convivência entre os homens. (...) O que mantém unidas as pessoas depois que passa o momento fugaz da ação (aquilo que hoje chamamos de 'organização') e o que elas, por sua vez, mantêm vivo ao permanecerem unidas, é o poder. Todo aquele que, por algum motivo, se isola e não participa dessa convivência, renuncia ao poder e se torna impotente, por maior que seja a sua força e por mais válidas que sejam suas razões" <sup>112</sup>.

Noutros termos, aquele que se furta à convivência com os demais perde poder, pois o poder é a autoridade gerada na conexão dos homens entre si e unidos, de maneira que logicamente aumenta a cada discurso e a cada ação (eis que o discurso e a ação conectam os homens). Assim, a concentração de poder, num primeiro instante, representa mais autoridade para aqueles poucos que o detêm, pois todo o resto da *esfera pública* é banido da convivência, ao menos no tocante à tomada de decisões. Porém, em seguida, esse insulamento de um grupo

---

<sup>110</sup> *Ibidem, idem*, p. 211-212.

<sup>111</sup> Habermas, citado por Continentino, desenvolve pensamento semelhante: "A concepção de Estado Democrático de Direito de Habermas se funda sobre a premissa da co-originalidade entre os direitos políticos e civis, ou seja, entre as autonomias pública e privada. Em tal paradigma de Estado, é exigida dos cidadãos a participação política na definição dos rumos que a sociedade tomará. Por outro lado, no estágio atual de evolução das sociedades modernas (pós-convencional), a política deliberativa e o direito aparecem como os instrumentos de integração da sociedade. Dentro dessa estrutura conceitual, a esfera pública se reveste de grande potencial para permitir a convivência social harmoniosamente, pois inaugura a racionalização pública da discussão política dos assuntos que envolvem os membros da sociedade". CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, ob. cit., p. 37-38.

<sup>112</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*, ob. cit., p. 212-213.

ou de uns grupos políticos – como os representantes eleitos, para ficar em exemplo bem superficial – estabelece sua própria derrocada, porque, fatalmente, estes homens necessitarão da força, como autoridade alternativa ao verdadeiro poder (a força econômica, *e.g.*), sob pena de não continuarem ocupando a posição de mando que conseguiram no Estado. E essa autoridade impotente (sem poder), existindo apenas como força, é *tiranía*.

De sorte que não é difícil imaginar uma tirania da representatividade ocorrendo hoje, por certo sob todos os disfarces (simbólicos) possíveis. As figuras dos “profissionais da representatividade” são emblemáticas, nesse sentido. Homens pretensamente vocacionados à vida pública, que começam e terminam seu currículo apenas como representantes – o que não pode ser compreendido como algo ideal numa democracia, à medida que todos os indivíduos deveriam se sentir vocacionados aos assuntos públicos. Outra constatação emblemática é a de que a (supostamente viva) *esfera pública* é ente quase inextrincável de uma série de *esferas privadas* paralelas e extremamente fortes. Em palavreado mais ácido: a força dos investimentos econômicos para criar/guiar/estimular/desestimular ideologias, opiniões, notícias, ciências, leis, e quaisquer outros elementos culturais – *esferas privadas* – tem conseguido se imiscuir/camuflar com tanta veemência nas ações e na discursividade social que termina sendo confundida com a própria *esfera pública*.

Nessa ordem de ideias, o participar, através da ação e do discurso, além de configurar uma espécie de obrigação natural de cada indivíduo humano (para desfrutar de uma *existência humana*, isto é, singular mas interrelacionada às demais), torna-se uma obrigação cívica, também, ou seja, do homem enquanto integrante do Estado, sob pena de se findarem as experiências autênticas de poder (autoridade fruto da convivência) e somente se efetivarem um pálido e distorcido reflexo delas – experiências de força.

Essa participação, enquanto caractere fundador do discurso constitucional, remete à dimensão política da Constituição que, conforme trata Gilberto Bercovici<sup>113</sup>, não pode jamais se diluir apenas em seus aspectos técnico-jurídicos:

O direito constitucional não é meramente técnico, mas é político, pois deve tratar da difícil relação da constituição com a política. A constituição não pode ser compreendida de forma isolada da realidade, pois é direito político, isto é, a constituição está situada no processo político. A normatização unilateral da constituição gerou sua dessubstancialização, ignorando este seu caráter político. O

<sup>113</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição...*, ob. cit., p. 14-15.

entendimento da constituição exclusivamente como norma jurídica provocou a ampliação das questões versando sobre interpretação e aplicação do direito constitucional, hoje no centro do debate constitucional. A jurisdição constitucional, assim, assumiu a pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria da constituição, abandonando questões centrais, como a da democracia. Adoto, aqui, a concepção de Karl Loewenstein, que entende que a teoria da constituição deve se preocupar com a explicação realista do papel que a constituição joga ou deveria jogar na dinâmica política, contrapondo-se ao positivismo tradicional do direito público.

Pela capital importância dessa divagação teórica, sobre a participação, ela será retomada em momento oportuno, porque, nesta altura do nosso estudo, no que concerne a este tópico em particular, importa-nos expor as vias mais seguras para *restaurar* o constitucionalismo, adaptando-o aos próximos séculos: (i) manejar sua ideia fixa – oitocentista – de que surgiu para *contenção do poder*, conferindo nova acepção a esse *controle* do poder; (ii) concluir pela impossibilidade filosófica de uma Constituição instaurar uma tirania (ainda que seja de representatividade) e, via de consequência, chegar-se à inevitabilidade da implementação de técnicas de *democracia direta* para corrigir as desvirtuadas práticas de poder no Estado Constitucional, a fim de que; (iii) se desvelem significados realizáveis às expressões *soberania popular* e *poder constituinte do povo*, sob pena de continuarem sendo interpretadas como mitos, destituídas de operabilidade.

Para não fugir a um mínimo perímetro conceitual, é interessante revelar que, nesta dissertação, a fórmula *cidadania ativa* encerra o movimento da consciência e do agir humanos, através do qual um indivíduo se entrelaça a outros que compartilham seu mesmo círculo de possível interesse político <sup>114</sup>.

---

<sup>114</sup> Para uma apreciação histórica: “Com efeito, a idéia de cidadania aparece na Antigüidade Clássica como a condição de membro (*polites* ou *cives*) de uma comunidade política (a *polis* ou a *res publica*), e a partir de então acompanha a história e o pensamento político ocidentais. Contudo, já na Idade Antiga, podemos apontar diferenças entre a concepção grega e a concepção romana de cidadania. Na primeira, cidadão é aquele que governa e é governado por outros cidadãos que são seus iguais, o que realiza a natureza política do homem; já na concepção romana, a cidadania significa o conjunto de direitos, não apenas políticos, que cada um indivíduo possui por ser membro de determinada comunidade. Como se nota, a concepção grega é potencialmente universal, já que indica uma condição da própria natureza humana, enquanto a concepção romana trata a cidadania como um instituto do *jus civile*, e não do *jus gentium*. Esses dois sentidos também aparecerão na experiência das cidades que surgem nas franjas do sistema feudal a partir da Baixa Idade Média. Nessas novas comunidades políticas, formadas por indivíduos antes dispersos que juravam defender-se mutuamente, a cidadania significava em primeiro lugar a participação no governo da cidade; no entanto, mas, enquanto conjunto, os cidadãos gozavam de prerrogativas e imunidades particulares obtidas diante da coroa ou dos senhores feudais. Com as primeiras Constituições escritas, que fundavam a ordem política na vontade do povo, a condição de membro da comunidade passa a significar aqueles que participam do “contrato social”, o que a torna potencialmente universal”. MAUÉS, Antônio. *Poder e democracia...*, p. 89-90.

Antes de explicarem-se os termos, é crucial, de logo, diferenciar essa locução da comumente utilizada na Teoria do Estado, com o significado atribuído por Jorge Miranda <sup>115</sup>, entre outros:

Cidadãos activos (na expressão vinda desde o constitucionalismo) ou *optimo jure* (retomando a expressão latina) ou ainda cidadãos eleitores (devido à relevância central da eleição) vêm a ser os titulares de direitos políticos, de *jus suffragii* e *jus honorum*; os que atingem a plenitude dos direitos atribuídos pela ordem jurídica estadual no seu grau máximo – o *status activae civitatis*; os que tomam parte na direção dos assuntos públicos do país (art. 21º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e art. 48º da Constituição de 1976), no estabelecimento e no exercício do poder público (art. 60º do antigo Código Penal português). Cidadãos não activos vêm a ser os que, por qualquer causa, não possuem capacidade de participação política.

Esclarecido o ponto, agora, aos conteúdos elaborados primordialmente para cada termo da expressão: primeiro, é a cidadania “movimento da consciência e do agir”, porque, afinal, esse juízo não se concretiza apenas com o pensamento ou apenas com as ações, carecendo de ambos, ainda que não concomitantemente. De sorte que estão imbricados no conceito substância e forma, na síntese “consciência e agir”, visto que o indivíduo a cogitar, a elucubrar, sozinho, sem discurso nem ação, não exerce *cidadania*, como esclareceu Hannah Arendt. E o oposto é biologicamente inviável, ou seja, não há hipótese de ação sem pensamento, mas se se considerasse em sentido figurado, o indivíduo que permitisse que suas emoções ou seus instintos controlassem seus atos – esvaziando o trabalho da racionalidade – também, neste instante, não se dedicaria à *cidadania*.

Segundo, diz-se “indivíduo”, porque a palavra “cidadão” não se restringe em “eleitor” ou em “membro do povo”, há aí significações distintas entre si e com aquela. “Indivíduo” é termo mais genérico, englobando qualquer pessoa interessada em participar, tenha ou não nascido naquele(a) território/governo/nação <sup>116</sup>, tenha ou não autorização legal para votar nas eleições porventura existentes. Outrossim, evitou-se o uso do termo “cidadão” (manejando em vez dele *cidadania*) por estar demais atrelado ao conceito de Thomas H. Marshall (*Citizenship*

<sup>115</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado...*, ob. cit., p. 188.

<sup>116</sup> “Cidadania é a qualidade de cidadão. E por este motivo, a palavra “nacionalidade” – embora mais corrente e não sem conexão com o fundo do Estado nacional – deve ser afastada, porquanto menos precisa. “Nacionalidade” liga-se a nação, revela a pertença a uma nação, não a um Estado. Ou, se se atender a outras utilizações consagradas, trata-se de termo com extensão maior do que cidadania: nacionalidade têm as pessoas colectivas e nacionalidade pode ser atribuída a coisas (navios, aeronaves), mas cidadania só possuem as pessoas singulares. Cidadania significa ainda, mais vincadamente, a participação em Estado democrático. Foi nesta perspectiva que o conceito foi elaborado e se difundiu após a Revolução francesa. E se, por vezes, parece reservar-se o termo para cidadania activa, correspondente à capacidade eleitoral, a restrição acaba por radicar ainda na mesma ideia”. *Ibidem, idem*, p. 205.

*and social class*, 1950), que dividiu a cidadania em três dimensões, uma civil, uma política e uma social, ancorado na história britânica, que consagrou aos súditos da rainha direitos civis, no século XVII, políticos, no século XVIII e, sociais, a partir do século XIX, em resumo apressado. E exatamente porque essas dimensões foram fixadas num contexto bem peculiar, optamos por não transplantar as ideias de Marshall e utilizar “indivíduo” como entidade dinâmica (proativa) em troca do “cidadão” como titular de determinado *status* (figura aparentemente estática, passiva).

Terceiro, denominei de “círculo de possível interesse político” o espaço onde se exercerá a participação, entendendo que – numa democracia – essa prática é facultativa (ninguém é obrigado a participar), portanto, há apenas “possibilidade de interesse” pelos assuntos comunitários. E, além disso, utilizei o termo “político” no sentido grego, de “polis”, de *locus* privilegiado onde se realiza o homem, logo, esse interesse em participar é complexa e mutuamente conectado nos campos político-eleitoral, político-estatal, econômico, social, cultural, religioso, moral, jurídico, ético *etc.*, isto é, traduz um interesse potencialmente irrestrito de participar – pode o indivíduo contribuir na decisão de tudo que quiser naquele âmbito espacial em que se insere.

Sendo assim, temos nessa *cidadania ativa* um ente de contornos propositalmente amplos, englobando qualquer espécie de participação voluntária (que se torna, por extensão dos próprios conceitos) decisiva. Não necessariamente cidadania seria participar num Estado, senão inexistiriam cidadãos nos territórios palestinos <sup>117</sup>. Não necessariamente cidadania é votar, senão os menores de 16 (dezesesseis) anos e os maiores de 70 (setenta) anos, no Brasil, estavam destinados à não-cidadania – obrigatória ou facultativamente. Por derradeiro, também não é cidadania simplesmente votar (e nada mais que isso), pois a dinâmica da consciência e do agir humanos em torno de interesses políticos, essencialmente, desborda o único momento do voto <sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> “Ao conceito de povo reporta-se o de cidadania. Cidadãos são os membros do Estado, da *Civitas*, os destinatários da ordem jurídica estatal, os sujeitos e os súbditos do poder. Não existem, contudo, apenas, como se sabe, Estados – ou só Estados soberanos. Para além deles existiram em número considerável e ainda existem outras comunidades políticas em face das quais se estabelecem vínculos iguais ou similares aos da cidadania: assim, a condição de súbditos feudais, dos súbditos coloniais, a dos cidadãos de Estado sem acesso ou sem acesso pleno à vida internacional ou a dos territórios associados ou internacionalizados; e daí entrosamentos com as leis dos Estados soberanos a que possam estar ligados”. *Ibidem, idem*, p. 204-205.

<sup>118</sup> Will Kymlicka resume: “Cidadania é um termo cujo significado filosófico difere do seu uso quotidiano. No discurso quotidiano, a cidadania é entendida como sinónimo de “nacionalidade”, referindo-se ao estatuto legal

Por isso as teorias da cidadania, ao cercar o eixo central deste trabalho, mostram-se tão significantes. As instituições democráticas dependem do espírito cívico que conseguem imprimir nos cidadãos de cada época histórica e findarão se os seus cidadãos carecerem de certas virtudes, tais como a boa-vontade mútua. Agora mesmo se veem diversas democracias sofrendo com a apatia política por parte dos eleitores, a intolerância racial e/ou religiosa, a sonegação crescente de impostos e o déficit de implementação das políticas ambientais que dependem da cooperação voluntária dos indivíduos. A saúde de uma democracia depende não apenas da estrutura das suas instituições, mas também das qualidades dos seus cidadãos: por exemplo, das suas lealdades e de como eles encaram identidades nacionais, étnicas ou religiosas potencialmente rivais; da sua capacidade para trabalhar com pessoas muito diferentes de si mesmos; do seu desejo de participação na vida pública; da sua moderação nas suas exigências econômicas e nas suas escolhas pessoais que afetem a sua saúde e ao meio ambiente <sup>119</sup>.

Nesse ponto, outrossim, interessa cotejar a lição de Robert Dahl acerca da *democracia poliárquica*. O autor adverte que as novas comunidades políticas se diferenciaram de tudo que fora vivido antes, quanto aos instrumentos para facilitar a vida e a intercomunicação humana, e, não obstante, continuamos sob o signo dos mesmos rótulos políticos e ideológicos (perceptivelmente obsoletos para explicar as realidades distintas de agora).

A tecnologia, por exemplo, continua sendo um dos fatores que modificou os conceitos de participação, de transparência de contas, de representação, de legitimação, enfim, entregou novo aparelhamento à democracia atual, não nos permitindo que a igualemos ao regime de governo de poucas décadas atrás, sob pena de indicarmos como iguais entes com

---

das pessoas enquanto membro de um país em particular. Ser um cidadão implica ter certos direitos e responsabilidades, mas estes variam imensamente de país para país. Por exemplo, os cidadãos de uma democracia liberal têm direitos políticos e liberdades religiosas, ao passo que numa monarquia, numa ditadura militar ou numa teocracia religiosa podem não ter nenhum desses direitos. Nos contextos filosóficos, a cidadania refere-se a um ideal normativo substancial de pertença e participação numa comunidade política. Ser um cidadão, neste sentido, é ser reconhecido como um membro pleno e igual da sociedade, com o direito de participar no processo político. Como tal, trata-se de um ideal distintamente democrático. As pessoas que são governadas por monarquias ou ditaduras militares são súditos e não cidadãos. Esta ligação entre a cidadania e a democracia é evidente na história do pensamento ocidental. A cidadania era um tema proeminente entre os filósofos das repúblicas da Grécia e Roma antigas, mas desapareceu do pensamento feudal, sendo apenas reavivado com o renascer do republicanismo no Renascimento. Na verdade, é por vezes difícil distinguir a cidadania, enquanto tópico filosófico, da democracia. Contudo, as teorias da democracia centram-se sobretudo nas instituições e processos — partidos políticos, eleições, legislaturas e constituições — ao passo que as teorias da cidadania se centram nos atributos dos cidadãos individuais.” Ver: “Citizenship”. In: E. Craig (org.). *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London: Routledge, 1998.

<sup>119</sup> Baseado no texto *Cidadania* de Will Kymlicka disponível em [http://aartedepensar.com/leit\\_cidadania.html](http://aartedepensar.com/leit_cidadania.html)

características essenciais extremamente distintas. Ou seja, a democracia de hoje é essencialmente diferente das exercitadas antes, em suas formas e possibilidades de atuação.

Robert Dahl há muito expõe que o conceito de *democracia poliárquica* ou *poliarquia*<sup>120</sup>, declina melhor o regime de governo estabelecido na maior parte do mundo – inclusive no Brasil. O termo *poliarquia* resgata a circunstância de não ser mais o povo (*demós*) o único a deter o poder. Vários entes (*poli*) compartilham/disputam espaços de participação e deliberação. Entretanto, inegável, mesmo para Dahl, que uma *poliarquia* apenas é admissível, enquanto poder compartilhado, por dinâmicas de compartilhamento geradas no seio da *cidadania ativa*, isto é, esse compartilhamento representa a sinergia das instituições democraticamente formadas e não, ao contrário, um esforço de excluir o povo – inclusive no campo teórico – da soberania, do mando estatal.

Tanto assim é que Robert Dahl<sup>121</sup> alerta para as seis instituições que denotam um regime poliárquico: a) representantes eleitos; b) eleições livres, justas e frequentes; c) liberdade de expressão; d) informação alternativa; e) autonomia para as associações e; f) cidadania inclusiva.

Essas condições se entrelaçam, tendo em conta que, no instante em que um Estado se torna exageradamente grande, deixa de ser aconselhável a democracia direta (com a participação de cada indivíduo, separadamente), segundo Dahl. Se é necessária essa representação, que se faça com a eleição de representantes em períodos eleitorais frequentes, sem corrupção de votos e onde vencem os candidatos que melhor traduzam o interesse popular.

Para que isso aconteça, durante as eleições e para que se fiscalize o trabalho dos eleitos, não pode existir censura. Nenhuma reprimenda à expressão razoável e comprometida

---

<sup>120</sup> “Esse tipo moderno de governo democrático em grande escala às vezes é chamado de *poliarquia* – democracia poliárquica. (...) mais precisamente, uma democracia poliárquica é um sistema político dotado das seis instituições democráticas listadas anteriormente. Portanto, a democracia poliárquica é diferente da democracia representativa com o sufrágio restrito – como a do século XIX. Também é diferente das democracias e das repúblicas antigas que não apenas tinham sufrágio restrito mas faltavam-lhes muitas outras características decisivas da democracia poliárquica – os partidos políticos, o direito de formar associações políticas para influenciar ou fazer oposição ao governo existente, os grupos de interesse organizados, e assim por diante. É também diferente das práticas democráticas em unidades tão pequenas que os membros podem ser reunir diretamente e tomar decisões políticas (ou recomendá-las), fazer leis”. DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*, ob. cit., p. 104.

<sup>121</sup> DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*, ob. cit., p. 99-100.

com os rumos da sociedade pode ser admitida. Outrossim, os indivíduos carecerão de variadas fontes e espaços para propagação da informação, para que exista, no dizer de Dahl, uma *compreensão esclarecida da realidade*. Não seria possível uma única fonte oficial de informações. Depois disso, a autonomia de cada grupo de interesse e de pressão social deve ser respeitada, afinal, é inviável pensar em participação efetiva se apenas alguns poderão influenciar na tomada de decisões.

E, enfim, reunir todas as outras instituições e não aprofundá-las, consolidá-las e reforçá-las através de um melhoramento contínuo, de nada adiantaria, logo, é conclusão natural o imperativo de uma *cidadania inclusiva*, isto é, que todos os cidadãos residentes no território possuam a real possibilidade de participar do destino político de seu país, não apenas nos intervalos eleitorais pré-estabelecidos, mas, a todo instante considerado por essa cidadania como devido.

Portanto, longe de defender ou constatar que o povo está fora do poder, a *poliarquia* enunciada por Dahl incita uma “democracia capilarizada”, presente em todas as searas do Estado-sociedade, que deve ser aperfeiçoada mesmo nas nações já intituladas democráticas, eis que seria utópico imaginar que o espalhamento e o escalonamento da ideologia democrática (enquanto processos sociais), estariam um dia totalmente concluídos.

## 4 A NOVA *DEMOCRACIA DE DIREITOS*

A preocupação que permeia este trabalho, acerca de como se garantir o espaço de manifestação da *cidadania ativa*, como verdadeira face do poder constituinte e, evidentemente, da soberania no Estado, deságua na contribuição teórica de Stephen Griffin<sup>122</sup>, ao pressagiar a construção de uma *democracia de direitos* (*democracy of rights*).

Essa expressão, no contexto norte-americano, significa uma quarta onda democrática, após uma *democracia de confiança*, uma *democracia de partidos* e uma *democracia da informação*. A democracia de confiança seria aquela praticada em particular no século XVIII, à época dos *pais fundadores*, em que os votantes eram proprietários de terras, homens brancos, que viajavam consideráveis distâncias para declarar seu apoio a estadistas como George Washington, Thomas Jefferson e Patrick Henry. A democracia de partidos teve lugar em meados do século XIX, quando a separação dos grupos de interesses em *partidos políticos* iniciou uma nova espécie de participação no Governo. O maior número de votantes não foi acompanhado por um afã pelos assuntos públicos, fazendo com que expressiva parte dos votantes se convertesse em cabos eleitorais ou militantes, que trabalhavam para eleger seu candidato, sem necessariamente ter a consciência das propostas apresentadas. No século XX, o incremento dos meios de comunicação e a difusão do trabalho das Cortes deram novo fôlego à *esfera pública*: o interesse dos cidadãos, desta vez, pareceu acompanhar o aumento no número de eleitores (que se tornaram a maioria da sociedade). Não somente o sufrágio universal, mas o desenvolvimento científico (repercussão direta da melhoria da educação de base e superior), a abrangência das novas mídias e das informações e notícias, por intermédio da imprensa<sup>123</sup> cada vez mais forte, enfim, tornaram a democracia uma nova experiência, mais próxima e mais sindicável – eis a *democracia da informação*.

---

<sup>122</sup> GRIFFIN, Stephen M. *American Constitutionalism: from theory to politics*. New Jersey: Princeton University Press, 1998.

<sup>123</sup> “A mídia desperta a ilusão da democracia direta, quer dizer, o sonho de um acesso à verdade, livre de qualquer mediação”. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia...*, ob. cit., p. 75.

Embora não se possam comparar os históricos políticos do Brasil e dos Estados Unidos, notadamente porque ainda é noviça a estabilidade democrática nacional, não é desarrazoado afirmar que, de forma menos marcante, essas três fases democráticas também podem ser detectadas entre nós, com as ressalvas pelo pouquíssimo tempo de amadurecimento de cada uma. Desde os albores da República até o paternalismo na Era Getúlio Vargas pode-se dizer, cotejando superficialmente, como se alertou, ter existido uma “democracia da confiança”; escurecida a democracia durante o regime autocrático, entre 1964-1985; depois começou, incipiente, uma “democracia de partidos” (entre 1985-1994), quando se consolidou, de vez, a redemocratização, e então vivenciamos uma “democracia da informação” (1995-2004).

Hoje, passada esta confiança nos pequenos grupos que exerciam, diretamente, o poder; ultrapassada a ideia de que agir politicamente significa necessariamente estar vinculado a um partido (a um grupo de interesses institucionalizado) e, enfim, difundidas as informações – genéricas e superficiais que sejam – suficientes à conscientização de vários atores sociais a respeito da dimensão política de suas ações na democracia, chega-se a um aprofundamento, ou melhor, a um afunilamento dessas tendências: fenômeno que a doutrina americana denominou “democracia de direitos”. Nos Estados Unidos, o fim da década de 1980, após o estrondoso trabalho da Suprema Corte entre 1960-1980, fecundou o embrião desse período. Por aqui, no resumo desenhado no parágrafo anterior, apenas após o *Primeiro Pacto por um Judiciário mais célere e republicano*, assinado em dezembro de 2004, que culminou com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 (alteradora de 26 dispositivos magnos) é que se pode evidenciar uma mobilização significativa dos três poderes constituídos em prol desse novo tipo de realidade democrática.

Em um mundo ideal, composto a partir desse esquema democrático (*democracy of rights*), todos os cidadãos dominam, minimamente, os assuntos públicos, opinando livre e criticamente nas discussões sobre matérias relativas ao progresso da comunidade política, porque informados a respeito dos projetos principais do governo, presentes e futuros <sup>124</sup>. A

---

<sup>124</sup> “Em conclusão: nós passamos de um estágio onde a cidadania se manifestava como uma expressão da confiança nos sólidos (e ricos) cidadãos da comunidade a uma era dominada por partidos, onde a cidadania se expressou como um quadro de filiações a esses partidos e grupos de interesses. Nós passamos por uma era que idealizou um cidadão bem-informado e criou um conjunto de instituições que contribuíssem à realização da racionalidade individual na política. Nós estamos nos movendo, novamente, a uma forma de cidadania forjada em uma forte e arraigada política baseada em direitos. Contudo, acredito que apesar do rico e multifacetado

propósito, esse novo quadro estatal se caracteriza por resgatar dois momentos diferentes, de parte a parte: o governo se compromete, guiado pelos deveres constitucionais da publicidade, da moralidade, da eficiência, da *boa Administração Pública* em suma, a *prestar contas* com os cidadãos (daí expressões como "responsividade", "controle social", "accountability", "transparência" estarem tão em voga) e os cidadãos se comprometem – por dever constitucional também – a fiscalizar o funcionamento das instâncias representativas, a controlar as atividades essenciais do Estado, exercendo, na expressão de Michael Schudson, sua "obrigação de monitorar" (*monitorial obligation*)<sup>125</sup>, refletida no conhecimento mínimo que permita ao cidadão participar inteligentemente nos assuntos do governo.

*A democracia de direitos*, portanto, representa um instante político em que os direitos<sup>126</sup> – e não a “confiança” ou os “partidos políticos”, ou apenas as “informações” e notícias

---

legado, a maior parte das teorias sobre a cidadania é confinada ao modelo de cidadão individual informado, e emprega uma versão bastante rígida desse modelo. Tradução livre de: “In conclusion: we have passed from a stage where citizenship was manifested as an expression of trust in the solid (and wealthy) citizens of the community to a party-dominated era where citizenship was expressed as a set of affiliations with political parties and interest groups. We passed on to an era that held up the informed citizen as the ideal and created a set of institutions to help make individual rationality in politics more possible. We have moved on again to a form of citizenship nested in a strong, jealous rights-based political culture. Yet I believe that, despite this rich and multifaceted legacy, most thinking about citizenship is confined to the model of the individual informed citizen, and employs a rather rigid version of that model”. SCHUDSON, Michael. “Changing concepts of democracy”. Artigo disponível em *web.mit.edu*. Ver, ainda, SCHUDSON, Michael. *The Good Citizen: A History of American Civic Life*. New York: Free press, 1998.

<sup>125</sup> “Eu ofereceria uma alternativa. Proponho que a obrigação de os cidadãos conhecerem o suficiente para participar de forma inteligente nos assuntos governamentais deve ser entendida como uma "obrigação de monitorar". Cidadãos podem ser "monitores" ao invés de informados. Um cidadão monitor compreende (em vez de ler) o ambiente informacional de uma forma que ele ou ela possa estar alerta sobre uma variedade muito ampla de questões para uma grande variedade de fins e pode ser mobilizado em torno dessas questões em uma grande variedade de maneiras. Jornalistas da imprensa escrita criticam regularmente os meios de informação oficial por serem apenas um “serviço de manchetes”, mas um serviço de manchetes é que, em primeira instância, os cidadãos exigem. (“Os casacos vermelhos [exército britânico] estão chegando!”, disse Paul Revere enquanto cavalgava em cada aldeia e fazenda Middlesex, aparentemente não constrangidas pela brevidade de seu aviso)”. Tradução livre de: “I would like to offer an alternative. I propose that the obligation of citizens to know enough to participate intelligently in governmental affairs should be understood as a "monitorial" obligation. Citizens can be "monitorial" rather than informed. A monitorial citizen scans (rather than reads) the informational environment in a way so that he or she may be alerted on a very wide variety of issues for a very wide variety of ends and may be mobilized around those issues in a large variety of ways. Print journalists regularly criticize broadcast media for being only a "headline service," but a headline service is what, in the first instance, citizens require. (“The redcoats are coming!” said Paul Revere as he rode through every Middlesex village and farm, apparently not embarrassed by the brevity of his soundbite)”. SCHUDSON, Michael. *Changing concepts of democracy*. MIT Communications Forum. Papers. Disponível em *web.mit.edu*. Acesso em 10.8.2010.

<sup>126</sup> “Tal como são um elemento constitutivo do estado de direito, os **direitos fundamentais** são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: *os direitos fundamentais tem uma função democrática*, dado que o exercício democrático do poder: (1) significa a contribuição de *todos* os cidadãos (arts. 48º. e 109º.) para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política); (2) implica participação *livre* assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) coenvolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais,

sobre a condução do Estado – é que propiciam a escalada da participação, enquanto dimensão *fundante* do próprio Estado. Noutros termos, os direitos construídos e garantidos através de procedimentos democráticos são o fator de retroalimentação do sistema político, eis que promovem a vida digna – saudável, instruída e consciente – dos cidadãos, que os incita a controlar os assuntos do poder.

De alguma maneira, esse raciocínio fecha o ciclo de argumentos a partir dos quais democracia e constitucionalismo se contrapõem inarredavelmente. Aliás, não há sabor de novidade no desfazimento desse raciocínio, depois que autores como John Hart Ely, Habermas <sup>127</sup> ou Gomes Canotilho já demonstraram que a Constituição somente é legítima quando elaborada por processos democráticos e se atualiza validamente na medida da reprodução desses processos (a cada momento de interpretá-la/aplicá-la; a cada momento de *vivificação constitucional*), algo que se faz aberta e pluralisticamente, ou, numa palavra, democraticamente <sup>128</sup>. De outro lado, a democracia, enquanto sistema político no qual, em tese, todos os interessados têm a possibilidade de tomar parte nas decisões que afetam à coletividade, melhor se compatibiliza com uma comunidade organizada constitucionalmente, tendo em vista que o pacto constitucional situa as estratégias e procedimentos decisórios mais amplos de uma sociedade, isto é, sistematiza as técnicas de decisão política capazes de abranger o maior número de interessados possível, o maior número de argumentos possível

---

económicos e culturais, constitutivos de uma democracia económica, social e cultural (art. 2º.) Realce-se esta dinâmica dialéctica entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjectivos de *participação e associação*, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia. Por sua vez, os direitos fundamentais, como *direitos subjectivos de liberdade*, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de *garantias de organização* e de *processos* com transparência democrática (princípio maioritário), publicidade crítica, direito eleitoral). Por fim, como direitos subjectivos a *prestações sociais, económicas e culturais*, os direitos fundamentais constituem dimensões impositivas para o *preenchimento intrínseco*, através do legislador democrático desses direitos”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 291.

<sup>127</sup> “Então, a proposta da Constituição procedimental enquadra-se, sim, no movimento do constitucionalismo cuja finalidade é evitar a formação absoluta do poder na mão de uma única autoridade. A crítica contra o procedimentalismo constitucional deve ser devidamente ponderada para que, a pretexto de preservar o constitucionalismo, a tradição histórica dos direitos fundamentais não venha a sacrificar a própria Democracia. Esse, aliás, é um dos grandes desafios atuais do direito constitucional: equilibrar a Democracia com o constitucionalismo; a liberdade dos antigos com a liberdade dos modernos”. CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, ob. cit., p. 106.

<sup>128</sup> “Nessa visão procedimentalista, o texto constitucional anuncia o sentido performativo, que deve orientar a prática da sociedade em relação à Constituição, porque seu carácter democrático não advém só do conteúdo, mas também da participação da prática comunicativa cujo objetivo é realizar a liberdade e a igualdade. Assim, cada cidadão da comunidade política poderá criticar e “reformular” tanto a Constituição, quanto as interpretações que lhe seguirem. Em nível constitucional, a autolegislação vê-se plenamente realizada, de forma a garantir o exercício das autonomias pública e privada do cidadão”. *Ibidem, idem*, p. 99.

para, enfim, pôr-se em prática. Nessa interatividade, constituição e democracia se cooriginam e, depois, coexistem, numa simbiose, numa relação de partícula e onda de um mesmo corpo em movimento (a própria *Política*, enquanto modo de viver da comunidade na busca de resolver seus problemas) <sup>129</sup>.

Com isso, depreende-se que Stephen Griffin, como diversos catedráticos americanos tentou propor um modelo de democracia que superasse as duas vertentes centrais do “argumento contramajoritário” <sup>130</sup>, tanto no sentido de que a Constituição seria um instrumento antidemocrático, por encerrar unicamente a vontade de uma geração – a própria geração constituinte, obviamente – e não permitir que as futuras majorias façam valer suas vontades, como na dificuldade apontada contra o Judiciário, no sentido de que o juiz decide políticas públicas isolado, por vezes, contrariamente ao pensamento da maioria da opinião pública. Nas palavras de Griffin <sup>131</sup>:

---

<sup>129</sup> “Toda Constituição é Constituição no tempo; a realidade social, a que são referidas suas normas, está submetida à mudança histórica e esta, em nenhum caso, deixa incólume o conteúdo da Constituição. Quando se desatende dita mudança, o conteúdo constitucional “fica petrificado” e a curto ou longo prazo não poderá cumprir suas funções. Da mesma forma, a Constituição pode descumprir suas tarefas quando se adapta, sem reservas, às circunstâncias de cada momento; em tal caso, suas normas já não são pauta das circunstâncias, mas são estas que atuam como parâmetros de suas normas. Funcionalmente e só até certo limite pode contrapor-se a tal situação mediante a exigência de majorias qualificadas para a reforma constitucional. Em ambos os casos, no entanto, a força dos fatos revela-se superior ao poder do Direito; no primeiro caso, o tempo deixa defasada a Constituição, e, no segundo, a degrada até reduzi-la a mero reflexo das relações de poder existentes em cada momento”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais...*, p. 13-14.

<sup>130</sup> “O que a Constituição significa? E quem decide? Estas duas perguntas têm sido o cerne da teoria constitucional há décadas, embora tenha havido um consistente conflito sobre que questão tem a primazia. Neste ensaio, foco sobre a última questão e ofereço uma teoria do judicial review que é sensível aos nossos valores democráticos e as circunstâncias políticas, sem ser sujeita às várias linhas de críticas contra a dificuldade contramajoritária de Bickel. Eu acho que vale a pena andar por este caminho bem usado novamente porque as recentes decisões da Suprema Corte sinalizam que estamos entrando numa nova era em que os direitos criados através da deliberação democrática não serão sujeitos a contestação judicial. Isto significa que as questões debatidas exaustivamente sob a égide da dificuldade countermajoritária podem ser analisadas sob uma nova luz. A questão colocada por decisões recentes do Tribunal não é uma defesa dos direitos das minorias contra as incursões majoritárias, mas sim à questão institucional de qual ramo do governo está em melhor posição para proteger os direitos constitucionais”. Tradução livre de: “What does the Constitution mean? And who decides? These two questions have been at the heart of constitutional theory for decades, although there has been a consistent conflict over which question has primacy. In this essay, I focus on the latter question and offer a theory of judicial review that is responsive to our democratic values and political circumstances without being subject to the many lines of criticism brought against Bickel’s contramajoritarian difficulty. I think it is worth walking down this well-worn path again because in recent decisions the Supreme Court has signaled that we are entering a new era in which rights created through democratic deliberation will be not subject to judicial challenge. This means that issues debated exhaustively under the aegis of countermajoritarian difficulty can be analyzed in a new light. The question posed by the Court’s recent decisions is not one of defending minority rights against majoritarian incursions, but rather the institutional question of which branch of government is in the best position to protect constitutional rights”. GRIFFIN, Stephen M. *The Age of Marbury...*, ob. cit.

<sup>131</sup> Tradução livre de: “The politics of such a democracy is governed by the reality that all government actors are in the business of protecting constitutional and legal rights. There is thus something of a paradox at the heart of contemporary American democracy. On the one hand, rights are valued and protected for all citizens to a higher

A política numa democracia como essa é governada pelo fato de que todos os atores governamentais estão imbuídos de proteger direitos legais e constitucionais. Há, portanto, algo de paradoxal no coração da democracia americana contemporânea. De um lado, direitos são valorizados e protegidos por todos os cidadãos num grau jamais atingido em qualquer outra época na história americana. De outro, ferozes batalhas políticas sobre o conteúdo dos direitos constitucionais têm crescido fazendo do judiciário federal simplesmente outra arena para a contenda entre facções políticas rivais.

É de se perceber, ainda, que Griffin não se inclina a uma crítica simplista, que aponta tão-só a necessidade de autocontenção judicial, ou seja, o autor não assinala o Poder Judiciário como culpado pela centralidade interpretativa da Constituição que passou a exercer nos últimos tempos <sup>132</sup>. O professor de Tulane, no que concordamos, demonstra que numa ambiência democrática ideal, a interpretação de todos os poderes constituídos é equivalente e equipotente na resposta aos problemas públicos (o que supera o argumento contramajoritário sobre o juiz):

Para resumir, o papel do judiciário federal nos Estados Unidos contemporâneo será estruturar o conceito de uma *democracia de direitos*. Nessa espécie de democracia, os direitos constitucionais serão garantidos primariamente através de uma densa rede de estatutos de proteção de direitos promulgados por todos os níveis de governo a pedido de um cidadão consciente de seus direitos. O judiciário suportará essa rede por meio da interpretação legal ordinária, guiada pela apreciação informada sobre a proposta última daquela rede, para assegurar a existência de uma ordem política que respeite a igual dignidade de todos os cidadãos. Esse papel judiciário limitado (relativo, por exemplo, à Corte Warren) é justificado por um déficit do judiciário contemporâneo quanto a vantagem comparativa em matéria de princípios constitucionais e por uma informação superior em matéria de direitos disponível aos cidadãos comuns numa democracia completamente efetiva <sup>133</sup>.

---

degree than at any previous time in American history. On the other, the fierce political battles over the content of constitutional rights have increasingly made the federal judiciary simply another arena for the contest among contending political factions". GRIFFIN, Stephen M. *The Age of Marbury...*, ob. cit.

<sup>132</sup> "Haja vista a compreensão normativa da constituição se formar a partir da aceitação de valores políticos, a supremacia da constituição não pode mais ser reduzida a uma supremacia do Judiciário ou da Suprema Corte. Essa redução, segundo GRIFFIN, era possível e necessária no século XIX e na primeira metade do século XX, haja vista, naquele tempo, a democracia (nos termos como ela hoje é considerada) ser inexistente e cabia, desse modo, ao Judiciário proteger o direito de minorias que poderiam ser prejudicadas na disputa democrática: a Suprema Corte cumpria a legítima função de defender a Declaração de Direitos contra incursões do poder da maioria. Já com o advento da democracia tal como hoje a conhecemos, aquele autor entende que a tarefa da Suprema Corte deixa de ser a de proteger direitos da minoria contra o poder da maioria, para passar a resolver conflitos de direitos, claramente surgidos por força do embate democrático de interesses dos mais diversos grupos dentro da sociedade civil". VIEIRA, José Ribas. DUARTE, Fernanda. *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005, p. 91-92.

<sup>133</sup> Tradução livre de: "To summarize, the role of the federal judiciary in the contemporary United States should be structured by the concept of a democracy of rights. In such a democracy, constitutional rights are guaranteed primarily through a dense network of statutory rights protections enacted at all levels of government at the behest of a rights-conscious citizenry. The judiciary should support this network by means of ordinary statutory interpretation guided by an informed appreciation that the ultimate purpose of the network is to ensure the existence of a political order that respects the equal dignity of all citizens. This limited judicial role (relative to, say, the Warren Court) is justified by the contemporary judiciary's lack of a comparative advantage in matters of

De sorte que, consoante alertamos no início deste trabalho, não fará sentido, quando houver a ativação da cidadania e dos demais poderes constituídos em prol de conformar os ditames constitucionais à prática política, preocupar-se com ativismo judicial:

Nessa era politizada, não fará mais sentido engendrar argumentos unicamente atentando para o judiciário. Advogados dos novos direitos e defensores dos velhos direitos deverão apresentá-los em todos os ramos do governo, ou arriscar perdê-los completamente. Além disso, é compatível com a ideia de uma *democracia de direitos* que o controle de constitucionalidade esteja disponível àqueles raros casos, agora, em que, de alguma maneira, demonstre-se que as avenidas da mudança política estejam fechadas. Nessa *democracia de direitos* completamente efetiva, o papel judiciário apropriado é apoiar a deliberação democrática sobre direitos para assegurar o sucesso dos novos estatutos de proteção para os direitos e liberdades civis. Uma vez que uma *democracia de direitos* se tornou operacional após os anos 1960, o Judiciário não poderia esperar conciliar a quantidade de informações sobre valores e os multinivelados debate e deliberação gerados pelas pessoas comuns com efetivo acesso ao processo político. Por não haver barreiras significantes à participação política que o Judiciário pudesse dismantelar, o papel judiciário foi de suporte. Além disso, a politização dos direitos criados em parte pela própria Suprema Corte minou qualquer vantagem comparativa que o Judiciário uma vez teve em matéria de princípio<sup>134</sup>.

Griffin se preocupa, também, na demonstração de que em uma ambiência ideal de democracia, não existe vantagem por parte do Judiciário<sup>135</sup>, em matéria de princípios ou valores constitucionais: todos os poderes estão aptos a transitar, com a mesma eficiência, nessas veredas<sup>136</sup>.

---

constitutional principle and the superior information on matters of rights available to ordinary citizens in a fully effective democracy”. GRIFFIN, Stephen M. *The Age of Marbury...*, ob. cit.

<sup>134</sup> Tradução livre de: “In this politicized age, it no longer makes sense to craft arguments designed only for the attention of the judiciary. Advocates of new rights and defenders of old rights must make them to all branches of government, or risk losing them altogether. Further, it is consistent with the idea of a democracy of rights that judicial review be available for those now somewhat rare cases where it can be shown that the avenues of political change are closed. In this fully effective democracy of rights, the appropriate judicial role was to support democratic deliberation about rights by ensuring the success of the new statutory protections for civil rights and civil liberties. Once a democracy of rights became operational after the 1960s, the judiciary could not hope to match the amount of information about values and the multilevel debate and deliberation generated by ordinary people with effective access to the political process. Because there were no significant barriers to political participation that the judiciary could dismantle, the judiciary’s role was a supporting one. Moreover, the politicization of rights created in part by the Supreme Court itself had undermined any comparative advantage the judiciary once had in matters of principle”. GRIFFIN, Stephen M. *The Age of Marbury...*, ob. cit.

<sup>135</sup> “No âmbito de uma democracia de direitos, estes são criados e protegidos pelos três poderes e, segundo GRIFFIN, de modo muito mais apropriado pelos poderes eleitos que pelo Judiciário. Os três poderes, assim, são simultaneamente responsáveis pela observância à Constituição e por conferir a esta validade e eficácia. Nesse sentido, a teoria da democracia de direitos sustenta a supremacia da constituição e nega veementemente a supremacia do Poder Judiciário”. *Ibidem, idem*, p. 93.

<sup>136</sup> “Uma deliberação será legítima se os cidadãos estiverem aptos a se reconhecerem como seus autores e destinatários. Isso não acontece numa imensa e irrealista *ágora*, mas sob uma democracia constitucionalmente estruturada, em que cinco categorias de direitos devem ser asseguradas a todos para que se possa legitimamente regular as interações entre os cidadãos por meio da lei”. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Juízo de ponderação...*, ob. cit., p. 81.

Desse modo, o atributo básico desse molde estatal, voltado à eficiência na garantia dos direitos (especialmente os direitos de acesso e participação nas decisões políticas, porque a par desses se constroem os demais), voltado ao cooperativismo entre os poderes e, para utilizar termos da ciência da administração, voltado à *governança corporativa*, alinha-se ao pensamento de que a harmonia entre os poderes sobressai em face de sua separação.

Com efeito, diversos autores têm lembrado que a interpretação mais condizente com o Estado democrático de Direito, em resumo: a interpretação adequada à máxima efetividade das normas constitucionais, autoriza a moderna práxis constitucional a concluir que a sinergia entre os poderes deve ser mais intensa que sua preocupação em se afastar um do outro, é dizer, a *separação* dos poderes não se faz, necessariamente, com sua *diferenciação*. Essa separação traduz, antes, uma garantia constitucionalizada de que um irá deter os eventuais arbítrios do outro. Nada mais <sup>137</sup>. Assim, *separar* não significa *distanciar* um do outro. Nesse ponto, as teorias dialógicas das relações interpotenciais também concorrem para a implementação de uma *democracia de direitos*.

Apesar de utilizar esse modelo como referência, alguns temperamentos são necessários quanto à proposta teórica da *democracy of rights*. O ponto fundamental de crítica ao trabalho de Griffin diz respeito à pouca ênfase dada à participação do povo, como instância (maior, inclusive) do poder, no contexto de uma democracia qualificada, conforme o próprio autor adjetiva. Claro que o estudo revela o Judiciário como poder responsável pela abertura dos canais democráticos ao povo (deferindo e garantindo direitos nesse sentido) e, portanto, demonstra sua intenção de que a soberania popular se expresse continuamente, porém, é depreensível alguma dose de complacência com a democracia representativa. Isto é, uma primeira leitura de Griffin não indica, seguramente, que a participação popular seria ativa e decisiva. A “qualificação” que seria atingida pela *democracia de direitos* parece se referir mais ao trabalho dos outros dois poderes – Legislativo e Executivo – e não se aprofundar,

---

<sup>137</sup> “O princípio da separação e interdependência é um *princípio estrutural-conformador do domínio político*, sendo importante descortinar os vários “níveis” em que a separação e interdependência se pode situar: (1) no *plano funcional*, interessa identificar as funções político-constitucionais básicas como a legiferação, a jurisdição e a execução; (2) no *plano institucional*, a separação de “poderes” incide especialmente sobre órgãos constitucionais, como, por ex., o Parlamento, o Governo e os tribunais; (3) a nível *sociocultural*, interessa articular o “poder” ou poderes do Estado com as estruturas sociais (grupos, classes, partidos)”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional...*, ob. cit., p. 556.

especificamente, nas dinâmicas franqueadas à cidadania, por si mesma, sem representação através de grupos eleitos.

De forma que a “democracia qualificada” de Griffin seria aquela na qual Judiciário, Executivo e Legislativo se voltam a garantir os direitos, cumprindo, portanto, seus próprios deveres, mas, e a *cidadania ativa*? Para que se entenda: não se discorda das conclusões do professor americano, somente se aduz a possibilidade de complementar seu exame teórico com uma porção mais incisiva de democracia direta ou, ao menos, deliberativa. Isto é, ao transportar as possibilidades da simbiose constituição/democracia para o mundo atual, Griffin poderia ter detectado uma outra particularidade atinente à ativação da cidadania: a *virtualização* e a *espetacularização* da vida, fenômenos que um estudo sobre a *democracia* contemporânea não pode relegar. Ora, o compartilhamento de informações dos dias de hoje – em um estilo bem diferente do que acontecia em qualquer época anterior – forçou a todos a participar dos assuntos privados uns dos outros, por meio de fotos, vídeos, comentários, textos, uma infinidade de sítios eletrônicos, “redes de relacionamento” (*orkut, facebook, twitter, myspace etc.*) e outros recursos mais. Porém, restringir esse manancial unicamente a comunicações sobre a vida íntima de cada indivíduo seria desperdiçar o potencial da “era digital” para contribuir, definitivamente, para novas experiências democratizantes. Talvez já seja (ou esteja passando a) hora de “forçar” a todos a participar dos assuntos da política (da vida em comum), com a mesma intensidade e por intermédio da mesma tecnologia com que se participa dos eventos cotidianos (da vida de cada um), afinal, nada mais cotidiano que dar corpo à Constituição através da democracia.

Michael Schudson <sup>138</sup> resgatando ambos os temas, da fluidez entre democracia e constitucionalismo e do cidadão da (na) era digital, encerra seu texto “Changing concepts of democracy” da seguinte maneira:

---

<sup>138</sup> SCHUDSON, Michael. *Changing concepts...*, ob. cit. Tradução livre de: “A final observation: the democracy of partisanship and the democracy of rights both call attention to two concepts that are far too often omitted in discussions of digital democracy: expertise and institutions. We are not going to have a democracy without expertise, nor should we want to. We are not going to have a democracy without a variety of institutions that mediate between private individuals and public governing bodies, nor should we. But we do have and will have continuing discussions about a wired nation as if every citizen could be and should be his or her own expert and could and should communicate directly with political representatives without benefit of mediating institutions. That talk will get us nowhere. So I leave you with those two words – expertise and institutions. Any notion of democracy in the digital age will have to find a place for them.

Uma observação final: a *democracia de partidismo* e a *democracia de direitos*, ambas, chamam a atenção para dois conceitos que são frequentemente distanciados das discussões acerca da democracia digital: expertise e instituições. Nós não teremos uma democracia sem expertise, nem deveríamos querê-la assim. Nós não teremos uma democracia sem uma variedade de instituições entre os indivíduos privados e os corpos governamentais públicos, nem deveríamos tê-la dessa forma. Mas nós teremos e continuaremos a discutir sobre uma nação conectada se cada cidadão puder ser e for seu próprio *expert* e puder e dever se comunicar diretamente com os representantes eleitos sem o auxílio de instituições intermediárias. Essa conversa não nos levará a lugar nenhum. Então, deixo você com estas duas palavras – expertise e instituições. Qualquer noção de democracia na era digital terá de encontrar um lugar para elas.

Schudson transparece a mesma apreensão que a nossa, a respeito do papel do cidadão na democracia de direitos, especificamente, no caso do autor americano, desse cidadão envolvido num contexto altamente tecnológico. Contudo, ressalto que o viés de nossa dissertação é um tanto diferente. Schudson trata, como dissemos linhas atrás, de uma noção de “monitoramento” constante dos poderes eleitos e não, exatamente, de uma noção de “incidência direta” sobre a decisão deles.

A maior parte dos autores parece não levar a sério a constatação de que o termo “poderes” abrange o próprio poder constituinte originário, sempre denominado aqui *cidadania ativa*. Não se trata de assunto delicado ou novo, entretanto, dificilmente se vê numa obra tópico específico sobre o papel desempenhado pela *cidadania ativa*, nos séculos em que cada um dos outros poderes constituídos predominaram. Nesta pesquisa, ao contrário, afirmamos, de logo, que o poder que substituirá o Judiciário, na predominância dos processos sócio-estatais, talvez no século XXII, talvez ainda em meados deste XXI, é a *cidadania ativa*. O espalhamento da ideologia democrática vivenciado atualmente já permite aos cidadãos conceber que a aptidão de *constituir* (um novo Estado) é, em verdade, a síntese de toda a força possível dentro desse mesmo Estado, ou seja, o poder de criar uma (nova) ordem constitucional é a máxima capacidade existente como fenômeno sociológico. E se essa suma capacidade se encontra decantada entre todos os cidadãos, esses – mais dia menos dia – tenderão a se envolver e a resolver, por si, os problemas sociais, econômicos, políticos, culturais, religiosos, morais, éticos, ambientais e todos os outros que possam ser elaborados pela convivência humana.

A metodologia proposta por Stephen Griffin parece adequada ao asseverar um ponto de virada entre a *democracia do Direito* e uma *democracia de direitos*, isto é, um esgotamento da espécie de Estado meramente juridicizado, onde a Corte ocupa o lugar de

censor moral, de pai da cidadania e de freio e limite dos demais poderes, marcando o início de um Estado em que todos os poderes, o Judiciário, inclusive, direcionam-se a efetivar as vontades captadas – ou expressadas diretamente – da cidadania.

De maneira que a doutrina griffiniana pode ser traduzida como uma filosofia que subleva a forma de integração entre os poderes estatais (entendidos numa trindade Justiça-Administração-Legislação, contudo não apenas Judiciário-Executivo-Legislativo, mas sim todas as forças que se movem no Estado nessas esferas, auxiliando ou determinando a atuação dos agentes da Justiça, do Administrador e do Legislador, como a imprensa <sup>139</sup> e o Ministério Público, e a própria *cidadania ativa*). E, nesse sentido, é uma filosofia acentrista, ou seja, não elege nenhuma das funções estatais como ocupante do *centro*, não escolhe ou prioriza nenhuma das atividades estatais como se fosse vital ou principal ao funcionamento do Estado.

Com efeito, a maneira como o Judiciário é posicionado, contemporaneamente, por diversos doutrinadores e pela própria dinâmica política, o torna um *superpoder* ou uma estrutura de poder acima do próprio Estado, à feição do Poder Moderador <sup>140</sup> de outrora.

Se todos os poderes têm a mesma experiência e a mesma *expertise* para lidar com a política e a movimentação democrática da sociedade, nunca haverá razão para delegar a tarefa somente a um dos poderes ou, pior, elevar uma das atividades a andor mais alto que a própria *cidadania ativa*. Assim, o conceito mais adequado à Constituição brasileira para *democracia de direitos* pressupõe uma cidadania vigilante, uma cidadania que age, tanto monitorando o trabalho da política profissional, como discutindo e deliberando, por intermédio de mecanismos próprios – e apartados da técnica de política representativa. De forma que uma prática democrática integral redunde na necessidade de cada indivíduo se compreender

---

<sup>139</sup> Consabido o papel da imprensa, nos últimos anos. No comentário de Antoine Garapon: “Cada órgão da imprensa, além de informar sobre o trabalho da justiça, adota o ponto de vista de uma das partes, pronto para mudar em caso de necessidade no decorrer do processo, revela aos leitores elementos de prova, antes mesmo que a justiça deles tenha conhecimento, analisa o trabalho de cada um e, finalmente, julga em lugar dos juízes”. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia...*, ob. cit., p. 77.

<sup>140</sup> “Percorrido esse longo caminho, podemos concluir que a partir das mudanças impostas pela Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal viu-se obrigado a assumir o papel de árbitro último da política nacional, neutralizando conflitos desagregadores e garantindo a continuidade e a harmonia do sistema político, exercendo uma espécie de Poder Moderador – guardadas as enormes distinções – do império, exercido em diversos momentos da vida republicana brasileira, pelas forças armadas. Se isto for verdade, temos uma enorme evolução de nosso sistema político, não apenas pelo fato de ser o Supremo Tribunal Federal um órgão republicano e civil, mas especialmente pela sua obrigação de deliberar tendo em vista o texto da Constituição, portanto, o pactuado pela sociedade brasileira como meta-regra de nosso sistema político”. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: MALHEIROS, 1994, 1ª edição, p. 233.

enquanto parte de um todo – que é a realidade política – responsabilizando-se por interpretar/concretizar os mandamentos constitucionais na prática.

Registre-se, a propósito, que essa teoria (se é que, num senso estrito, pode-se denominar essa *ideia* de *teoria*) é contestável simplesmente por parecer utópica. Entretanto, em análise mais acurada, esse preconceito é extirpado, pelo simples cotejo de outras teorias sobre a cidadania e a democracia hodiernas. Quando se alega, por exemplo, que o Judiciário deveria representar instância moralizadora da comunidade política, recusando-se a decidir determinados contextos, porque seriam supostamente alvos de debates sociais; quando se argumenta que o Legislativo deveria recuperar sua legitimidade, a começar pela ética no sistema eleitoral, depois canalizando os anseios da população, cumprindo com denodo seu dever de produzir as leis; quando se aduz que o Executivo não deveria se envolver em corrupção, estando alerta para o Interesse Público primário e a formulação de sérias e contundentes políticas públicas, esquecendo-se um pouco de legislar (através de tantas Medidas Provisórias), tudo isso é utópico, também, na mesma medida.

Não se pode confundir a abstração, alcançada por uma teoria, com ideais utópicos. Quando determinada direção é sinalizada, em tese, vislumbra-se um potencial de melhoria quanto àquilo que se vive na prática. No entanto, o *teorizar*, em si, já se presta a isto: desenvolver doutrinas que expliquem e diversifiquem a realidade tátil. No exemplo das teorias políticas, quando se direcionam a um ideal de realidade, isso não se traduz, automaticamente, em algo impraticável. Assim sendo, primar pela participação cidadã significa, em essência, o mesmo que cobrar moderação do Judiciário, ética do Executivo e compromisso do Legislativo. Em verdade, a primeira atitude revela-se até mais fácil, embora pareça pior, devido ao número de pessoas relacionadas.

## 5 UMA OUTRA REALIDADE DEMOCRÁTICA NO BRASIL

Antes de qualquer exame daquilo que é viável para a nossa realidade, cumpre destacar como se concebe essa realidade. Rodolfo Viana Pereira remete-nos à imagem de um *constitucionalismo atordado*<sup>141</sup> e, quanto ao outro componente simbiótico do Estado contemporâneo, não soa estranho afirmar que vivenciamos uma *democracia complexada*, para resumir numa expressão os diversos rótulos e conjuntos de fenômenos que, por vezes, não parecem unidos.

O adjetivo *complexada* significa “intrincada”, “difícil”, “algo que não se explica de maneira simples”, mas, numa outra vertente semântica, pode significar “ressabiada”, “traumatizada”. Logo, uma excelente palavra para designar a democracia de hoje e sua dubiedade de referenciais teóricos. O século XX marcou uma espécie de rompimento definitivo com as “promessas da Modernidade Clássica”<sup>142</sup>, porque, como qualquer paradigma, em algum momento da história, o cientificismo e o racionalismo típicos da Modernidade evidenciariam sua insuficiência. No entanto, essa constatação é, por si mesma, perigosa, eis que o julgamento acerca da insuficiência de um paradigma é realizado, quase sempre, num período de transição entre paradigmas, ou seja, num período – nada fácil – de busca por novo (ou novos) paradigma (s).

Por exemplo, nos dias atuais, discute-se o que haveria para além da Modernidade: uma *pós-Modernidade*? Ou, uma *ainda-Modernidade*, porém diferente: uma *Modernidade Líquida*?<sup>143</sup> Quais as diferenças, afinal, que não permitem nosso tempo a se enquadrar no rótulo já conhecido da Modernidade?

---

<sup>141</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional...*, ob. cit., p. 22.

<sup>142</sup> Os politólogos traduzem, através dessa expressão (Modernidade Clássica), os novos significados que o Iluminismo e o Cientificismo tentaram – e conseguiram – impor à vida de todos.

<sup>143</sup> Ver BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

Como dissemos em tópico anterior, há, hoje, uma espécie de *sensação de incerteza*<sup>144</sup> disseminada inclusive na vida cotidiana, sendo algo refletido (por incrível que pareça) pelas próprias ciências antes ditas exatas. Mesmo as rigorosas Física, Matemática e Química enunciam a instabilidade e a inconstância dos fenômenos como aquilo de mais certo, mais estável e mais constante que se apresenta ao nosso conhecimento. Não é arriscado supor, nesse quadro, a situação das ciências humanas, que já se apresentavam tradicionalmente mais abstratas e mais vulneráveis à mudança.

A tecnologia deixou de ser a mera técnica de fabricação e utilização de ferramentas em prol da vida humana, tornando-se estudo constante e inacabado de como avançar quanto às maneiras de viver melhor, apontada, agora, constantemente, como fator central no (suposto) esgotamento da Modernidade e na proposta de um novo paradigma que lha supere. A propósito, para não descermos a uma infinidade de novas parafernálias eletroeletrônicas, cite-se, tão-somente, o exemplo do computador, como revolucionário sob todos os aspectos da interação humana.

Ascenderam novas experiências de sociabilidade, de dinâmica trabalhista, de intercâmbio com a Natureza, de dominação, enfim, novas experiências para o conhecimento de si, do outro e do Universo, acreditando-se, hoje, não existirem mais limites a qualquer atividade humana (que possa ser expandida pela força do *software*). Os apetrechos eletrônicos já têm sido considerados como *extensão da mente humana*<sup>145</sup>.

Pertinente às ciências sociais, tornou-se obsoleta a dualidade entre o homem racionalista, crente na ciência, no método, na técnica, e o homem religioso, temente a Deus, ligado ao sobrenatural e ao impossível de conceituar. As experiências de aguçamento dos sentidos, principalmente através de máquinas, as possibilidades de alcançar dimensões de tempo e espaço antes ignoradas, as explicações da religião cada vez mais científicas e as explicações da ciência cada vez mais dependentes de fé, modificaram o esquema das religiões e do rigor científico tradicionais. O laboratório, agora, pesquisa a *partícula divina* enquanto a Igreja busca uma explicação racional para a calma transmitida pela oração. A Universidade

---

<sup>144</sup> BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da Pós-Modernidade*. Tradução: Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

<sup>145</sup> Ver *teoria da mente estendida* em CLARK, Andy. *Natural born-cyborg*. Oxford University Press, 2003.

estuda o milagre da cura de doenças, enquanto o centro de estudos espíritas convida astrofísicos para palestras sobre *umbrais energéticos*.

Não bastasse isso, ainda houve uma completa interligação do mundo habitável. Qualquer região do planeta se conecta com outra em menos de um segundo. A propósito, os recentes fenômenos climáticos que preocupam a humanidade acabam por acelerar essa integração, que se torna além de amistosa, necessária e urgente. Para além, a emergência de um sistema econômico capitalista globalizado (e, diga-se, envolvido em todos os eventos da dinâmica mundial, particularmente no financiamento da política nos diversos países), denominado de *supercapitalismo*<sup>146</sup>, favoreceu o homem contemporâneo a estar em constante dúvida entre a sua personalidade cidadã e os seus anseios de consumidor.

A visão de que tudo é consumível e negociável, inclusive os consensos políticos e sociais, vem dominando, determinando que se negociem as *soberanias nacionais*<sup>147</sup>, para que tomem novas formas, a fim de que todos os países possam se integrar a blocos socioeconomicoculturais, não se restringindo apenas aos seus próprios territórios.

Nesse ponto, mesmo o capitalismo – que é reconhecidamente um sistema socioeconômico moldável a cada circunstância – se alterou tão profundamente que suas características de antes, à época da Modernidade Clássica, já não o conceituam perfeitamente hoje. Algumas mudanças, como essa de inserir o elemento tecnológico em todos os seus processos de avanço sobre o cotidiano, significaram autêntica revolução nos conceitos anteriores de *comércio, mercado, produtos, vendas, compras, negócios*, enfim, re-traduziram todos os componentes essenciais daquilo que se chama (va) *capitalismo*.

<sup>146</sup> Consultar REICH, Robert. *Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2008 ou, ainda, BARNES, Peter. *Capitalism 3.0: a guide to reclaiming the commons*. San Francisco: Barrett-Koehler publishers, 2006.

<sup>147</sup> A propósito, Paulo Bonavides, segundo Bercovici, é o autor brasileiro que melhor elucida um outro ponto, ainda mais fundo, nessa discussão. A de que essas conjunturas econômico-financeiras, em especial, jamais permitiram que o poder constituinte se manifestasse livremente, no Brasil. Isto é, uma negociação da soberania nacional, antes mesmo de sua previsão numa Carta Magna: “O poder constituinte do povo, na crise constituinte, é condenado a tornar-se um mero símbolo formal, referendando, segundo Bonavides, os conteúdos constituintes de um outro poder constituinte, o das forças reais de poder. (...) A concorrência histórica entre “poderes constituídos” e “poder constituinte”, a qual, para Bonavides, seria uma das causas da crise constituinte, não tem o mesmo sentido da velha e célebre distinção entre poder constituinte e poderes constituídos. Na realidade, trata-se do enfrentamento entre poderes de exceção, dos poderes de fato (seja do poder político “constituído”, seja do poder “constituinte”) entre si e com as circunstâncias históricas, políticas, sociais e econômicas de cada momento específico. (...) O problema central, ignorado pela maior parte de nossos doutrinadores, é o fato de que a soberania brasileira, como soberania de um Estado periférico, é uma “soberania bloqueada”, ou seja, enfrenta severas restrições externas e internas que a impedem de se manifestar em toda sua plenitude.” BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição...*, ob. cit., p. 35-36.

O povo é conjunto heterogêneo, heteroforme, hologramático. Não é composto apenas de indivíduos da mesma condição econômica, política, religiosa, educacional etc., não se encaixa em nenhuma definição universalizante e se apresenta tanto por um único indivíduo – que é povo, mesmo sendo a si mesmo – quanto por todos os indivíduos juntos. De ventura que conchamar o povo a praticar democracia, na acepção mais rústica da palavra, é mover cada um de nós.

Diferente dos outros poderes constituídos, não há eleição nem certame para tornar-se povo, o nascimento, de pronto, defere esta condição. Bem entendido, está-se considerando, aqui, a população (indivíduos residentes num território) e não apenas o segmento de cidadãos (indivíduos com possibilidade legal de participar da escolha de representantes).

Como se antecipou, comunga-se da ideia de que os eleitores e os não-eleitores influenciam na democracia, afinal, o processo democrático não se resume ao processo eleitoral<sup>148</sup>.

Dessarte, as mudanças nas práticas democráticas e capitalistas somente virão com a conscientização: o autoconvencimento é caminho menor em comparação ao convencimento alheio, melhor dizendo, a mudança individual de atitude, mentalidade e comportamento frente à prática democrática é menos tensa do que tentar persuadir juizes ou políticos sobre a democracia. É suficiente, para que o povo tome as decisões que o recoloquem no andor democrático mais alto, a tomada da primordial decisão: mudar o que está posto.

Depois disso, não há necessariamente revolução armada. O voto, a participação em atos públicos, a manifestação livre através da imprensa, a composição de organizações na base da sociedade, dentre outras maneiras de intervir nos processos de decisão, estão, por lei, franqueados a qualquer um. Sabe-se da dificuldade disso, porque a liberdade, também garantida por lei, não existe para todos. O sistema econômico subjacente à democracia importa, em grande medida, na determinação da integridade democrática vivenciada pelo corpo político. Em outras palavras, os donos e coordenadores dos maiores investimentos

---

<sup>148</sup> “O princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia. Antes de mais, é um *processo de continuidade transpessoal*, irredutível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas. Por outro lado, a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade *aberta e activa*, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social (cfr. CRP, art. 9º./d)”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, ob. cit., p. 289.

definem as espécies de práticas políticas admitidas para determinada localidade, sempre tipos que não comprometam a lucratividade de seus negócios.

Essa constatação solarmente clara, hoje, apenas alçou tal *status*, ao menos na seara jurídica, após os precisos ensinamentos da Teoria da Análise Econômica do Direito, no passado. Por isso, insiste-se na relevância da academia para transformar as concepções hauridas da prática. Mas, retornando ao tema central, é incontestável que o indivíduo se encontra diuturnamente perturbado por conceitos que lhe chegam através do mercado (de produtos e serviços).

A postura do cidadão esmorece, em detrimento dos interesses do consumidor. O mesmo indivíduo, conflitando duas *personas*: a que lhe comanda as melhores compras e investimentos, além de um pensamento solipsista, e a que lhe recomenda interesse pela gestão da coisa pública, participação nos movimentos reitores da sociedade e pensamento comunitarista.

A lógica do mercado, no entanto, continua a vencer, talvez porque exija menos do indivíduo. Basta que continue a gastar seu patrimônio, da maneira que quiser. Isso obriga a compreensão sobre o consumo e o investimento irresponsável, isto é, a aquisição de oportunidades no mercado que degradem a vida pública, o meio ambiente ou a própria integridade do ser humano (física e/ou mental).

Contradizendo esse processo sem-fim, há uma postura de consumo e investimento éticos. Aliás, esse espécime de atitude econômica exerce, naturalmente, pressão política, também. É o instante em que o consumidor lembra-se que é trabalhador, é eleitor, relaciona-se com outros grupos de pessoas que dependem, direta ou indiretamente, de suas escolhas. Não há, então, o consumo para atender a uma necessidade de comprar, há o consumo para atender à necessidade de obter aquele produto, após o crivo rígido da consciência ambiental, da consciência política e da consciência social.

Ao contrário do que se divulga, advogo que não é naturalmente preferível a atitude passiva – ser mero consumidor – que a urgência da ação – mudar a realidade da qual se participa. Na verdade, longe disso, o indivíduo estimulado para certa direção irá segui-la,

convicto. É isso que o capitalismo fez até hoje, e considera-se natural porque todos nascemos nesse sistema.

Com todo esse quadro, a democracia brasileira, da maneira como prevista na Constituição Federal de 1988, apesar de contar pouco mais de vinte anos, parece nem pertencer a seu próprio tempo. Apesar de a Constituição ter sido produzida em dogmática *principialista* – devendo, em tese, adaptar-se rapidamente a essas novas fases históricas (de instabilidade) – seu caráter prolixo a torna difícil de ser implementada por completo e um dos subsistemas constitucionais que mais sofre com essa circunstância é o democrático.

Aliás, a questão da *programaticidade* das normas constitucionais passou a representar uma intrincada dualidade, no exercício político: ao mesmo instante em que pareceu facilitar o espalhamento da Constituição por diversas áreas do domínio social e econômico, fez desacreditar o núcleo duro daquele documento jurídico, como se aqueles postulados existissem apenas como parte da política.

Em outros termos, cada governo marcou o Texto Constitucional com uma série de reformas, quase sempre incluindo mandamentos sociais desenvolvimentistas, tão-somente para, em seguida, alegar que essas mesmas normas, de tão avançadas que são, impedem a governabilidade do país. Isto é, o ideal constitucional da nação se tornou mera ilusão, um simples pedaço de papel, como já denunciava Ferdinand Lassalle<sup>149</sup> desde o século XIX: não havendo recursos e gestão eficiente constatou-se, de fato, impossível fazer valer todas as disposições magnas – inclusive a plenitude democrática.

No entanto, a atuação dos movimentos constitucionalistas, nesse instante, não deve ser de submissão às escusas dos poderes constituídos em aplicar a Constituição. Ao contrário, nesses momentos é que a doutrina sobressai, advogando a concretização da lei, através de ideias para a alteração do quadro de estagnação constitucional. Na verdade, a expressão que melhor designa essa escusa de cumprimento da Carta Magna não é bem *estagnação constitucional*, mas sim *elisão constitucional*.

Essa última locução revela com nitidez o elemento volitivo, geralmente não percebido nos outros termos utilizados doutrinariamente. Isto é, quando os publicistas manejam

---

<sup>149</sup> LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

expressões do tipo “falta de implementação do Texto Magno”, “lacuna de concreção da Redação Magna”, “*déficit constitucional*”, “baixa ou hiponconstitucionalidade”, enfim, quaisquer expressões congêneres, que transmitam a ideia de que a realidade sócio-político-econômica do país não espelha, diretamente, aquilo que existe na Carta Constitucional, é interessante perceber que essas junções adjetivas do momento vivido após 1988 não transparecem nenhum ato de vontade, é dizer, nesses conceitos não parece existir uma responsabilidade ínsita (ou uma culpa) de alguém por aquilo que acontece.

De sorte que, doutrinariamente, a nosso sentir, convém denominar esses intervalos de déficit de concretização constitucional (ou de hiponconstitucionalidade) ainda hoje sofridos pela democracia brasileira, desde 1988, como períodos de *elisão constitucional*; porque o termo *elisão* denota as vontades subjacentes a determinada circunstância fática. O uso já consagrado dessa terminologia no Direito Tributário, por exemplo, destaca esse elemento de vontade.

Ora, todos os intérpretes da Constituição se responsabilizam por concretizá-la. Contudo, alguns desses operadores do texto transitam com mais facilidade entre as medidas práticas que podem ser tomadas em prol da incidência das normas no domínio fático. Esses operadores qualificados pela abrangência com que podem atuar na interpretação constitucional são, em regra, os representantes eleitos. Os governantes elaboram os contornos finais das políticas públicas e seus atos e vontades (políticas) são decisivos para efetivá-las, no entanto, em diversos momentos, essa aplicabilidade direta da Redação Constitucional é tergiversada pela própria intervenção dos governantes.

Assim sendo, não é novidade para nenhum país, especialmente um de desenvolvimento incompleto, como o Brasil, que os governantes, por vezes, tumultuam a concretização constitucional, por meio de interpretações danosas ou através de maneiras reflexas de aplicar o Texto Magno: interpreta-o com tamanha leniência que quase se lhe desaplica. Mas essas interpretações diametralmente opostas à máxima eficácia do texto têm, naturalmente, intérpretes aos quais se deve atribuir a responsabilidade por esse fenômeno nocivo à vivência constitucional e democrática: em não poucos casos, os próprios governantes.

Portanto, assim como no Direito Tributário, *elisão* é forma de planejar, licitamente, esquivas às incidências fiscais, no Direito Constitucional, podemos dizer que *elisão* seria modo aparentemente lícito (embora intrinsecamente injusto e, via de consequência, não considerável lícito) de planejar esquivas à aplicação do texto constitucional.

O desempenho da cidadania se destaca como mola propulsora das mudanças necessárias para recobrar a *vontade de Constituição*<sup>150</sup> dos representantes eleitos. O problema é que, tristemente, o ciclo de *elisão* constitucional inicia e termina com a apatia cidadã. O indivíduo não se interessa pelos assuntos de Estado, logo, o governo desse Estado dá a direção que deseja às políticas públicas: por suposto, políticas visando a melhoria da educação, por exemplo, são desprestigiadas em detrimento de outras mais eleitoreiras, ou seja, que garantam a perpetuação de certos grupos nos quadros de poder.

A cidadania, assim, não encontra espaço – pois seu lugar privilegiado de desenvolvimento é a educação crítica – e a roda da infortuna se completa, com a Constituição sendo emendada ao sabor dos interesses (quase sempre econômicos e financeiros) que dominam a nação, sem qualquer resistência da cidadania. Também pudera: sem o hábito de se preocupar com os fatores coletivos, desde criança, o indivíduo se perde, invariavelmente em questões solipsistas e imediatistas, postas à sua frente pelo *supercapitalismo*. Os anseios gerais, enfim, a reitoria do Estado, são delegados a políticos profissionais, por mera falta de interesse em participar.

Não se esperaria outra constatação. Se o sistema socioeconômico, a forma de conviver, a maneira de trabalhar, a consciência sobre o resto do mundo, a quantidade de desejos sobre o futuro, a autoimagem quanto a limites e possibilidades, tudo isso mudou, o homem inelutavelmente iria se alterar, sem retorno: essa mudança, entretanto, deveria ser em nome de uma filosofia holística politicamente e não hedonista, em que se atua unicamente no que interessa a necessidades imediatas e egoístas. A cidadania, por enquanto, acompanhou o ritmo cadenciado pelo homem cidadão do *supercapitalismo*. É urgente uma metamorfose nesse processo gerando uma *supercidadania* que suporte um *supercapitalismo*, sob pena de, em poucos anos, todos os interesses – holísticos ou hedonistas – restarem frustrados, como as recentes crises nos Estados Unidos e na Europa transpareceram.

---

<sup>150</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa...*, ob. cit.

Um outro problema grave desse supercapitalismo que sufoca a cidadania e que tem sido pouco explorado é que o financiamento de todas as ações do Estado por grandes grupos econômicos provoca uma *dissimulação institucionalizada*. As somas de dinheiro discursam com o linguajar político, num engodo em que o cidadão acaba necessitando de “traduções” para os atos do Estado, por já não entender a finalidade deles – aliás, sendo claro, por não perceber que representam muito mais atos privatísticos (atendendo as vontades de poucos) do que atos republicanos (no sentido de “coisa pública”). Essa dissimulação se propaga para manter a camuflagem dos interesses oligárquicos dominantes numa crescente degeneração dos interesses democráticos, naquilo que Norberto Bobbio, apropriadamente, denominou de “subgoverno”<sup>151</sup>.

Essas elites – nomeadamente econômicas – disfarçadas de governo geram uma política intrincada a tal ponto que se torna adequado advogar um “direito à vida real”. Noutros termos, um direito à participação política a partir do óbvio: a partir da premissa de que os eleitos trabalham em prol dos representados, assim como o ideal constitucional promete. Um direito à participação política sem traduções ou pontos de filtragem a respeito de circunstâncias que afetam, cabalmente, as próprias vidas dos indivíduos. Por que meu filho não tem escola? Por que não há atendimento de qualidade e eficiência na rede de saúde para todos? Por que subemprego, e, pior, por que desemprego? Por que violência? Todas essas perguntas não podem ser respondidas através de promessas políticas ou discursos fáceis de decorar. Mas, ao mesmo tempo, somente se tornaram problemas praticamente irrespondíveis à medida que os representantes eleitos foram se distanciando das soluções possíveis para eles, ano a ano, em nome das próximas campanhas eleitorais ou a favor da venda de jornais.

É urgente a transparência<sup>152</sup>, a abertura de todos os canais de participação no Estado democrático de Direito, para que os cidadãos saibam, de fato, o porquê de todas as agruras que sofrem – que, conseqüentemente, traduzem as agruras do próprio Estado. A motivação e o

---

<sup>151</sup> BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 11ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

<sup>152</sup> “A idéia de publicidade, destarte, está estritamente ligada à de legitimidade, pois pública é a Constituição vivida na consciência coletiva e, em conseqüência, submetida ao constante juízo crítico da opinião pública. Não por outro motivo, Pablo Lucas Verdú associa os fenômenos da abertura e da publicidade com o estímulo da função crítica da opinião pública. E essa relação recíproca de influência ele aponta como um dos elementos para se alcançar uma “sociedade democrática avançada”, porque – ao retirar qualquer índole metafísica ou forma de aproximação com um suposto mundo ideal em que seria intangível – estabelece a Constituição no presente, em que é criada e desenvolvida por homens, através de múltiplos processos públicos”. CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, ob. cit., p. 96.

discurso político dos representantes devem ser os mais próximos possíveis de uma análise realista (mesmo que complexa, porque a realidade é mesmo complexa) daquilo que os cidadãos veem e sentem a todo instante, mas, por ora, precisam da imprensa <sup>153</sup>, do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos “analistas políticos”, dos próprios políticos profissionais, enfim, para lhe dizerem o que é.

Em outras palavras, a realidade torna-se, contraditoriamente, uma experiência hologramática (imagens com aspecto real, porém imagens), deixando em seu lugar uma ideia de esperança (ou de fé, para utilizar um termo mais incisivo, no Brasil) como algo que, absurdamente, torna-se mais concreto e contínuo que a própria participação política engajada. Os indivíduos terminam por precisar de alguém que lhes diga a direção a seguir, em face dos panoramas que olham e, ao mesmo tempo, não enxergam (por não terem a expertise mínima para tanto). A questão é que, quase sempre, o alguém que indica o rumo a trilhar é o político profissional, comandado por interesses inconfessáveis ao cidadão comum – e a direção apontada é a de perpetuação da esperança (da fé) de que tudo vai melhorar, ou já está melhorando. Ao fim da mensagem subliminar se lê que não é necessária a participação de nenhum cidadão comum diretamente, porque nossos representantes conseguirão contornar todos os problemas que vivemos.

Chegamos ao ponto-limite do Estado de Direito, no qual vemos os episódios da vida se desenrolarem mas não sabemos o que são, até que nos traduzam. Isto é, a despeito da difusão da informação, supostamente criando uma “sociedade do conhecimento”, ainda são necessárias diversas fontes de interface entre a própria realidade táctil e nós, cidadãos. Contudo, a única mensagem paradoxalmente concreta e renovada é a da fé nas instituições.

Ora, a crença é o oposto da vivência. Se ouço, cheiro, sinto, vejo Deus, por exemplo, não posso nem estou crendo em Deus. Ele está ali, na minha frente, eu estou em contato direto e sem interlocução: não preciso acreditar (apostar) que exista, porque independente disso, Ele

---

<sup>153</sup> “Assistimos assim à conjugação de três ativismos: dos juízes, da imprensa e das associações. Os motivos são sempre os mesmos: inquisição e denúncia selvagem, emoção, horror, desconfiança em relação às instituições tradicionais e uma espécie de presunção de culpabilidade. A nobreza do combate – a criança, a integridade corporal das mulheres, a luta contra o racismo – os situa acima das leis civis e dos procedimentos democráticos. Tentar fazer com que tais procedimentos sejam respeitados equivale imediatamente a colocar em dúvida a boa fé militante ou a dedicação, ou pior, a ser suspeito de racismo ou de machismo. Quem será contra a questão do trabalho das crianças, do incesto ou da maldade contra os animais?” GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia...*, ob. cit., p. 99.

estará lá. Da mesma forma, se vejo, sinto, escuto a realidade política, jurídica, social, ambiental, do país, não é necessária interlocução: ela está ali, sem precisar crer nem precisar tradução. No entanto, parece que, longe disso, a desculpa (eterna) de que o déficit de educação no país é estridente, de que os cidadãos não entendem de nada sobre o que ficam sabendo, gera uma carência de elucidação da realidade, que chega – onerosamente – através da imprensa e – de regra, gratuitamente – através dos órgãos públicos. Então, pela ausência na escola, os indivíduos precisam que as mensagens da realidade sejam decodificadas por intermédio de agentes do governo ou da iniciativa privada.

Todavia, e isso soará utópico aos que querem manter o *status quo*, nenhum cidadão precisa desse filtro de realidade. Mesmo hoje, em que a educação não está em níveis considerados ideais, é possível que cada pessoa faça seu próprio balanço dos acontecimentos e tire suas próprias conclusões sobre que atitudes tomar.

Como antecipei, a única sensação transmitida iterativamente (para domar qualquer outro apetite alternativo da cidadania) foi a de “esperança”. Tudo o que é propagado gira em torno de não desistir de lutar, mas lutar silenciosamente, isoladamente, um combate dia a dia com o próprio destino, que não se confunde com o de nenhum outro cidadão, e a melhoria será consequência. É o discurso de *acalanto narcótico* da cidadania.

O “direito à vida real” representa a tomada de rédeas da própria existência. Não se intimidar pela falta de instrução, não deixar que ela afaste ninguém da cena política. É entender que a imprensa, o Poder Público, o terceiro setor e qualquer outra mobilização social representam um conjunto de interesses – um grupo de pressão para composição de partidos políticos, de ideologias, de práticas, de textos legais... E que essa pressão será exercida com ou sem o direcionamento que a cidadania dê, portanto, é necessário saber de que lado se está, para onde pressionar, a respeito de que, enfim, é preciso entender como a engrenagem funciona, para depois se posicionar.

No entanto, há um conjunto de fatores obstrutivos dessa tomada de posição por parte da cidadania. Um dos maiores receios de todos os outros envolvidos no processo político é que haja, finalmente, a ativação dos cidadãos. E, assim, o poder de suas escolhas vai sendo fragmentado, o poder de seu dinheiro vai sendo diluído, o poder de suas ideias vai sendo, pouco a pouco, esfacelado.

Esse encadeamento parece remontar a ideias socialistas, mas não é exatamente esse o conteúdo do “direito à vida real”. Quase como o anarquismo, ele independe de doutrina socioeconômica específica, o que predomina é o interesse por educação, saúde e segurança, para desenvolver cidadãos críticos e, sem embargo, uma cultura de respeito às instituições e de aprimoramento do sistema democrático.

Aliás, antes de compará-lo a categorias já existentes, que podem lhes ser próximas, opto por distingui-lo delas. A *dignidade* e a *solidariedade*, enquanto conceitos vagos, devem continuar sendo os ideais reitores da Constituição para tratar a pessoa humana. No entanto, aquilo que a doutrina publicista denomina *mínimo essencial*, ou seja, um núcleo intangível de dignidade que precisa ser garantido a todos (saúde e educação, particularmente), não é o mesmo que o “direito à vida real”. Esta última expressão é mais ampla e, em verdade, pode ser encarada sob outro enfoque.

O que chamo de “direito à vida real”, como se disse, não é somente “direito à dignidade”. *Vida real* é poder fazer escolhas, sem estar pautado por definições únicas – ou que parecem únicas – realizadas por aqueles que detêm o poder, diretamente. Não se restringe, por outro lado, ao direito à informação, à publicidade, à educação. É mais abrangente. *Vida real* é compreender as saídas possíveis, sem contar com a sorte no futuro. É saber o que fazer hoje, sem esperar uma ou duas gerações (filhos, netos) crescerem para melhorar os destinos da família. É crer nos desígnios divinais, porém entender que eles dependem de agitação do próprio indivíduo para se realizar, e assim perceber que a letargia cidadã, o marasmo de participação é o maior mal da sociedade hodierna.

Nessa ordem de ideias, há determinados pontos concretos do debate até aqui travado, que podem sugerir alterações no cotidiano da prática político-democrática nacional, nomeadamente envolvendo o Poder Judiciário. Essas indicativas nos ocupam a partir de agora.

### **5.1 *Fractalidade da Constituição***

Linhas acima, defendemos a heurística enquanto um dos métodos de investigação adequados ao novo panorama apresentado pelo domínio normativo-constitucional brasileiro.

De outro lado, demonstramos a dificuldade dos operadores jurídicos e dos cidadãos em geral em trabalhar conceitos extremamente subjetivos daquilo que a Constituição é ou deva ser. Por óbvio, a heurística na condição de caminho científico para a busca de respostas satisfatórias deve ser separada de hermenêuticas subjetivistas que se reportem à interpretação do ordenamento, em particular, da Constituição. Sim, pois essas duas oportunidades de atuação com conceitos constitucionais é bem diferente, a começar pelo público que compartilha esses conhecimentos.

Assim, o uso da intuição, da sensibilidade ou de quaisquer outros níveis meta ou subrracionais para se chegar a uma conclusão científica é inconfundível com o manejo desses expedientes na concretização de direitos constitucionais. Não é difícil perceber, contudo, instantes em que essas premissas diferentes se tocam, conforme registramos a anedota “da katchanga”. O Supremo Tribunal Federal, particularmente, é pródigo em decisões cujos fundamentos parecem se basear numa ponderação lógica de bens ou valores, mas, em verdade, sob um olhar mais atento, denunciam um procedimento *fuzzy* de liquidificação conceitual e rearranjo daquilo que a própria Constituição já havia organizado em sua escrita.

Em verdade, os princípios interpretativos da Constituição, como o princípio da unidade axiológica ou o da coerência entre os dispositivos constitucionais, em seus conteúdos básicos, não têm sido levados a sério.

A interpretação constitucional contemporânea não pode afastar esses postulados, a pretexto de segui-los rigorosamente, embora reconheçamos a aparente compartimentalização de nossa Constituição. Por certo, essa compartimentalidade pode ser depreendida de sua complexidade e prolixidade, enquanto diploma normativo, como se representasse uma Carta Magna no tocante a serviços e servidores públicos (Administração Pública em geral), uma Carta Magna sobre direitos fundamentais, uma Carta Magna sobre segurança pública, uma sobre Meio Ambiente, uma sobre direitos sociais e assim por diante. Entretanto, para resguardar a máxima efetividade e tentar a concretização integral do texto, os artifícios e malabarismos hermenêuticos não se evidenciam adequados.

Ao revés, a Constituição deve ser compreendida como uma lei apenas, acerca de tudo aquilo conectado: separam-se conjuntos de temáticas constitucionais exclusivamente por regra didática nos livros de Direito Constitucional. É imperioso que as novas práticas democráticas

respeitem os limites e as possibilidades interpretativas que um razoável consenso dentro da esfera pública de discussões possa produzir. Em outros termos, que o Poder Judiciário – em especial, por ser técnico em matéria jurídica – ou os outros poderes constituídos não ergam a interpretação constitucional a um patamar de enleamento conceitual tamanho (propositalmente, por vezes) que a *cidadania ativa* não possa acompanhar.

É tomando em consideração essa ideia que supomos a Constituição, em uma comparação matemática <sup>154</sup>, com um *fractal*. À primeira vista, a matemática não ajuda na composição de um consenso razoável sobre o que a Constituição é ou deva ser, por estar fora do conhecimento-padrão da maior parte da população, porém, neste instante se emprega a heurística e não o Direito, estritamente. A ambiência, nesta dissertação, é a de produção de conhecimento e não a de produção de normas cogentes e, logo, fica validada a diferenciação feita no início do tópico. O momento, aqui, é de compartilhar conclusões científicas sobre determinado objeto de estudo e não formar interpretações vinculantes sobre a redação constitucional, portanto, uma abstração comparativa ou um exemplo mais obtuso não se mostram ofensivos.

Pois bem. De volta ao entendimento da Constituição como um *fractal*, a fim de simplificar a visão dela enquanto “todo coerente”, sem recorrer, tantas vezes, à chamada *ponderação de valores* para aplacar pretensos conflitos de normas, pode-se asseverar que a geometria constitucional é arranjada de tal modo que cada parte mínima guarda o mesmo desenho do todo. O que é sutilmente distinto de um holograma (sutilmente, para nós, juristas, mas, enormemente, para os físicos). A Constituição, portanto, não pode sofrer sequências de interpretações girando em sentidos contrários e caóticos, por não ser hologramática.

Num holograma, cada pedaço tem informações do todo. Na holografia (*holos*, todo em grego, e *graphos*, escrita, estudo), há uma forma de visualizar imagens – em três dimensões – na qual um processo de codificação e decodificação, através do laser, permite que cada parte tenha exatamente a mesma representação do todo. Diferentemente, quanto aos *fractais* (*fractus*, fração, quebra, fragmento, em latim), há um *padrão repetido*, uma “função específica iterativa” se espalhando em todos os instantes do plano complexo em que existe o

---

<sup>154</sup> Pensamento herdado de alguns tios matemáticos.

objeto. Ou seja, há uma *autosimilaridade* proposital de cada detalhe do fractal. A menor parcela do fractal contém pequena cópia do fractal inteiro (cópia perfeita ou quase-perfeita).

O perímetro de um fractal, mantendo a mesma relação recorrente que o gerou, pode tender ao infinito, no entanto, a área do fractal será finita, eis que delimitada pelo próprio contorno formado pela utilização da função (repetidamente adicionada ao estágio atual da figura).

Nesse sentido, é perfeitamente cabível a explicação da Constituição enquanto fractal: cada mínimo fragmento constitucional *não* se liga à Constituição como um todo, tal qual supõem os princípios da coerência ou da unidade axiológica: cada ínfima frase da Constituição *é* a própria Constituição inteira, como se olhássemos, ali, para uma foto reduzida da própria Carta. Essa metáfora permite a percepção de qualquer trecho da Constituição repete a mesma função utilizada para construir o próprio todo.

É o que se pode denominar *supraprincípio*, por exemplo, ou *metaprincípio*, que a doutrina nacional, em regra, aduz ser a *dignidade da pessoa humana*, porém, creio eu, e explicarei adiante, poderia muito bem ser representado como a *solidariedade*. Noutras palavras, a função, para a matemática, o conjunto de variáveis que se aplica repetidamente para compor um fractal, para o Direito *é* a mola-mestra, o elã, o valor que torna as normas constitucionais igualmente dignas umas frente às outras, porque igualmente formadas a partir desse ideal inicial que se repete.

E também essa repetição, na Constituição, tende ao infinito; eis que, se qualquer matéria pode ser, implícita ou explicitamente, constitucional, se todos os direitos discutidos, em qualquer situação, potencial ou teoricamente, encontram alguma resposta na Carta Constitucional, então todo caso concreto pode ser discutido e resolvido em termos constitucionais, o que torna a Constituição tendente ao infinito, já que os casos concretos – a expressão máxima da própria vida – tendem ao infinito.

Ainda, a Constituição, quando utilizar algum de seus postulados para solver um contexto, estará, de efeito, utilizando a fórmula, a função, o *metaprincípio* que nela se contém e se repete indefinidamente, a cada vírgula sua. Então, essa repetição, com a aplicação na casuística, tende ao infinito.

Todavia, o *fractal* pode até se alargar, indefinidamente, mas sua área será sempre limitada, sempre finita, condicionada a seu próprio perímetro, ao seu contorno exterior. No campo do Direito Constitucional, dir-se-ia que por mais que a Constituição se estenda, em movimento periclinal (para todas as direções), estará sempre condicionada aos mesmos problemas centrais, como alerta o *transconstitucionalismo* de Marcelo Neves <sup>155</sup>, que são os motes centrais do próprio constitucionalismo, seja em que Estado for.

Então, no fundo, não é o constitucionalismo ou a Constituição que se expande: é o dia-a-dia que a invade. Nesse ponto, o método de ponderação de valores e princípios constitucionais conhecido como *balancing* ou técnica da proporcionalidade, torna-se servir a outro tipo de interpretação, que entenda seu caráter problemático, quando elevado ao extremo.

Propugnamos, em resumo, que cada caso deva levar interpretação que permita libertar a vontade constitucional <sup>156</sup>, a função que permeia o *fractal constitucional*, o supra[ou meta]princípio que é o imo de todas as normas constitucionais. Assim, os juízos de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, enquanto tríade formadora do exame da *proporcionalidade*, podem ser entendidos, na verdade, como técnica que visa revelar a essência do postulado constitucional da *solidariedade* em cada caso concreto e não somente qual o valor primordial que deva ser preferido em detrimento de outro. A razão é bem simples, para contrastar com o exemplo matemático: todos os valores são preferíveis, porém um deles melhor ativará a função “constitucional” (solidariedade) no caso concreto.

A fractalidade da Constituição, portanto, se conecta à *ductilidade constitucional* de Gustavo Zagrebelsky <sup>157</sup>, no sentido de uma concepção dogmática fluida, assentada num pluralismo intrínseco como único metavalor absoluto do ordenamento jurídico. Afinal, como Zagrebelsky explicita logo nas primeiras linhas da obra *Direito Dúctil*, “o que é verdadeiramente fundamental, pelo mero fato de sê-lo, nunca pode ser posto, mas sim sempre pressuposto” (criticando, no ponto, o positivismo e o apego a modelos rígidos).

<sup>155</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

<sup>156</sup> “A Constituição aberta, em decorrência de seus atributos (transparência, pluralismo, publicidade), não se resume aos preceitos normativos estampados em seu corpo. Antes, consiste na autoconsciência que se tem de sua especial importância, função e finalidade. E é, precisamente, essa autoconsciência que sedimentará o que Pablo Lucas Verdú denomina de “sentimento constitucional da cidadania””. CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, ob. cit., p. 95.

<sup>157</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Gregorio Peces-Barba. Madri: TROTTA, 2005.

A fractalidade da Constituição força-nos compreender que a ideia de Carta Magna e de Constitucionalismo se revelam mais importantes que os próprios fenômenos (isto é, mais importantes que a forma como esses entes aparecem na realidade). Ora, a visão dos fractais, dispostos num plano geométrico, parece confusa e seus perímetros se afiguram irracionais, a um primeiro olhar, no entanto, nada mais rigidamente matemático, nada mais controlado e previsível que essas figuras, quando descoberta a função que representa a relação de recorrência que lhes torna um sistema coerente.

Noutros termos, aquilo que a *cidadania ativa* (todos os intérpretes constitucionais) pratica como sendo Constituição ou conclui como sendo Constituição é mais importante que o documento escrito pela geração constituinte que chamamos de Constituição. Sim, a figura composta por essa prática difusa de vivência democrática irá parecer irracional e periclinamente dinâmica, entretanto, quando se percebe que simplesmente se está seguindo a função eleita (o *princípio da solidariedade*, v.g.), então emerge a lógica do sistema, demonstrando que ele é, mesmo, um todo coerente.

E por que dizer *solidariedade* e não *dignidade da pessoa humana*? Uma primeira e óbvia razão tem a ver com o Direito Ambiental e o Direito dos Animais, por exemplo. Supor que toda a Constituição é erigida sobre o metaprincípio da *dignidade da pessoa humana* implica, incontestavelmente, em afirmar que o Meio Ambiente e tudo o que nele há não possui *dignidade* em si, somente sendo protegido em razão do homem que dele usufrui.

Esse pensamento já gozou mais adeptos, em tempos passados, mas começa a declinar, hoje, após tamanha preocupação em salvar o planeta – não necessariamente salvar o planeta porque senão o homem morrerá.

Um segundo e mais filosófico argumento se relaciona com as próprias etimologia e filologia do termo *dignidade*. Claro: dignidade é conceito individualista por essência. É possível ser digno sozinho – e ninguém mais sê-lo. *Solidariedade*, ao contrário, é termo cuja estrutura resgata a comunhão de atitudes e sentimentos, reciprocidade de interesses, não sendo possível – e seria uma contradição nos próprios termos – ser solidário sozinho.

Então, por certo, a Constituição preferiria se erguer no valor *solidariedade*, caso desejasse construir uma sociedade livre e justa, como enuncia logo em seus primeiros artigos,

do que no valor *dignidade*, que, para atingir grande parte dos cidadãos, não necessariamente estaria imerso numa sociedade livre e justa.

Importa lembrar que, nesse sentido, o presente estudo se alinha ao pensamento de Peter Häberle <sup>158</sup> enquanto conjugador das ideias de *Constituição pré-ordenante* (com pontos materialmente essenciais, ou seja, ordem inaugurada em princípios fundamentais imutáveis, representando valores pré-dados às próximas gerações, dificultando ou impossibilitando o trabalho transformador de futuras maiorias) e de *Constituição pós-ordenante* (que autoriza à dinâmica política posterior a revisão de todos os seus dispositivos e, mesmo, dos valores máximos eleitos no momento fundador daquela ordem, protegendo somente o procedimento a partir do qual essas revisões sejam realizadas).

Nesse ponto, aliás, pode-se asseverar que a compreensão de Häberle de *Constituição enquanto cultura*, ou seja, do Estado Constitucional democrático como fator arraigado culturalmente às sociedades e, portanto, que não prescinde nem de procedimentos nem de valores substantivos sobre os quais se estruturar (numa espécie de *constitucionalismo moralmente reflexivo*, na expressão de Ulrich Preuss <sup>159</sup>), concilia as teorias materialistas e procedimentalistas da Teoria da Constituição <sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> “A Constituição, para Peter Häberle, é um projeto. Após a construção dos pressupostos da teoria constitucional democrática de Häberle, não é difícil perceber a proximidade de concepções entre Häberle e Habermas, no que tange à noção de Constituição. Também para Habermas, a Constituição é um projeto. Essa afirmação advém da percepção do terceiro aspecto da Constituição – “quem interpreta”-, que lhe permite chegar ao sentido performativo da Constituição (*performative meaning of the practice of constitution making*), em que todos os cidadãos participam da construção do sentido das normas constitucionais, igualmente ao que acontece em qualquer outra prática comunicativa. A Constituição, inserida no paradigma procedimental, não se limita à positivação de normas “estáticas”, subtraídas de qualquer vinculação ao tempo e resistente às mudanças históricas. Ao contrário, abre-se para não condescender com nenhum tipo de primazia técnico-jurídica; arvora-se como modelo – projeto – a ser continuamente construído em todos os planos de produção normativa, com a participação de todos os integrantes da sociedade por ela abrangidos, na qualidade de membros livres e iguais.” CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, ob. cit., p. 96-97.

<sup>159</sup> PREUSS, Ulrich K. *Constitutional revolution: the link between constitutionalism and progress*. New Jersey: Humanities Press, 1995.

<sup>160</sup> Gomes Canotilho sinaliza contentamento com a Constituição Portuguesa atual, nesse sentido, de gerar uma cultura constitucional, inculcando um sentimento de valorização à ordem jurídico-política democrática enquanto elemento social imaneente: “Com efeito, a Constituição Portuguesa de 1976 respondeu normativamente aos problemas da *legitimidade-legitimação* da ordem jurídico-constitucional em termos substanciais e em termos procedimentais: *normativo-substancialmente*, porque a constituição condicionou a *legitimidade* do domínio político à prossecução de determinados fins e à realização de determinados valores e princípios (soberania popular, garantia dos direitos fundamentais, pluralismo de expressão e organização política democrática); *normativo-processualmente*, porque vinculou a *legitimação* do poder à observância de determinadas regras e processos (*Legitimation durch Verfahren*). É com base na articulação das “bondades materiais” e das “bondades procedimentais” que a Constituição respondeu aos desafios da legitimidade e legitimação ao conformar normativamente o princípio democrático como *forma de vida*, como *forma de racionalização do processo político* e como *forma de legitimação do poder*. O princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é

Na mesma toada, a fractalidade da Constituição reconhece que o plano onde estão dispostos todos os pontos da dinâmica político-social são impregnados de uma mesma função, de um mesmo valor, a *solidariedade*, em nosso sentir, que, em seu aspecto concreto, realiza-se através de uma *cidadania ativa*, tornada, assim, não uma consequência dos procedimentos desenhados pela Constituição, mas da força impulsionadora da própria Constituição, desde a sua promulgação até sua vivificação cotidiana.

A solidariedade na condição de função do fractal constitucional se corporifica na cidadania ativa, porque o indivíduo vigilante, monitor dos poderes constituídos e partícipe de todas as decisões do Estado acaba por exercer a tarefa primordial de Poder Constituinte – como já revelamos, com suporte na tese de Rodolfo Viana Pereira, o “controle” do Estado, que é tanto *garantia* como *elemento fundador* da ordem constitucional. Isto é, o indivíduo que se projeta, através da ação e do discurso, para o espaço público, canaliza e faz resultar em solidariedade qualquer ato seu, eis que esse ato contribui para a expansão do perímetro constitucional, cuja função é tornar a sociedade livre e justa.

## 5.2 Educação

O entendimento da Constituição enquanto fractal, esposando as ideias de Constituição pré-ordenante e pós-ordenante, material e procedimental, de Teoria da Constituição enquanto Ciência da Cultura, na expressão de Häberle, é forjado em uma educação crítica e política dos indivíduos, enquanto fator de motivação desses para a vida democrática. Logo, para que essa vontade de Constituição, meramente teórica, transforme-se em prática política é imperiosa a educação enquanto fator que sugestionará todas as atitudes do indivíduo do Estado democrático, desde o “sentimento” de necessidade de ação e de discurso, adentrando, assim, a esfera pública de discussões, até o “sentimento”<sup>161</sup> de contribuir para a construção e a expansão do perímetro constitucional.

---

mais do que um *método* ou *técnica* de os governantes escolherem os governados, pois, como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, económicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se *impulso dirigente* de uma sociedade”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, ob. cit., p. 288.

<sup>161</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional...*, ob. cit., p. XVI e XVII (do prefácio de Agassiz Almeida Filho): “o sentimento constitucional é a expressão de uma cultura política assimilada e sentida pelas pessoas acerca dos principais alicerces jurídico-políticos de convivência, o que envolve a realização de direitos fundamentais”.

A menção ideal aproximada, para a educação que essa atividade requer, ficou longe no tempo: a *paideia* grega. Em grego, *paídos* significa criança; *paideia* seria originalmente “educação das crianças”, contudo, atualmente, deveria estar muito além disso: traduziria a própria construção da cultura, através da educação, do saber do belo e do justo. Na Grécia, o homem era acompanhado toda a infância e a juventude para imergir num ambiente de aprendizado da nobreza e da liberdade. A partir do século V. a.C. (século de Péricles, marcado como auge da democracia ateniense) passam a constar na *paideia* os ensinamentos de política, na ideia de que formar o homem não seria suficiente se não estivesse formado o cidadão.

A possibilidade de uma educação integral, como a da antiguidade clássica, parece utópica, mas, além de, aos poucos, tornar-se realidade em diversos Estados mais desenvolvidos nesse aspecto, está se concretizando também no Brasil, particularmente nos últimos anos. A propósito, é interessante insistir no tema inclusive para que desvaneça o falso argumento de que todas as sugestões difíceis de serem implementadas sejam rebaixadas à conta de devaneios oníricos<sup>162</sup>.

Os números da educação, no Brasil, a partir do século XXI, denotam sensíveis avanços, de modo que não é mais sonho se pensar em uma educação integral. A par disso, o processo gera um círculo vicioso, pois as famílias compostas de pais melhor educados também redundam em filhos melhor educados (em casa, mesmo antes de frequentarem a escola formal).

Nosso país não pode mais ser visto apenas como uma terra de analfabetismo. Os investimentos que alteraram o quadro estagnado dos professores primários, incrementaram a carreira de professores universitários, envolveram pais e mães na administração das escolas, desenvolveram programas de inclusão digital, não esqueceram jovens e idosos que, apesar de

---

<sup>162</sup> “Uma segunda questão: seria realista pensar que uma associação poderia satisfazer plenamente a esses critérios? Em outras palavras, poderia alguma associação verdadeira ser plenamente democrática? No mundo real, será provável que todos os membros de uma associação tenham iguais oportunidades de participar, de adquirir informação para compreender as questões envolvidas e assim influenciar o programa? Não, não é provável. Se fosse, seriam úteis esses critérios? Ou serão apenas esperanças utópicas pelo impossível? A resposta mais simples é que são tão úteis quanto podem ser modelos ideais e mais importante e úteis que muitos. Eles nos proporcionam padrões para medirmos o desempenho de associações reais que afirmam ser democráticas. Podem servir como orientação para moldagem e a remoldagem de instituições políticas, constituições, práticas e arranjos concretos. Para todos os que aspiram à democracia, eles também podem gerar questões pertinentes e ajudar na busca de respostas”. DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*, ob. cit., p. 54.

fora da idade escolar, queriam se educar formalmente, enfim, tudo isso parecia utópico na época da promulgação da Constituição Federal vigente, mas aconteceu.

De sorte que, inegavelmente, *articular* e *participar* são os verbos principais da democracia, porém essas etapas pressupõem, sem falta, uma mínima educação crítica. A frase “educação é cidadania” se transformou em verdadeiro lema de um movimento em prol de uma melhoria qualitativa na democracia nacional, nos últimos anos <sup>163</sup>. Somente por meio da educação minimamente crítica, o indivíduo desenvolve as habilidades que lho permitem contribuir em espaços cada vez mais amplos do fazer político, até que, sem nenhuma utopia nesta frase, atinja-se um *constitucionalismo popular*, no dizer de Matthew Adler <sup>164</sup>, ou seja, alcance-se uma sociedade em que todos estejam, não só igualmente aptos a participar, mas igualmente desejosos disso e convencidos de que essa participação é que lhes qualifica os direitos conquistados e lhes honra os deveres cumpridos <sup>165</sup>.

### 5.3 Alterações constitucionais e legais viáveis

A força do pensamento de Bruce Ackerman <sup>166</sup> há décadas influencia uma *refundação* do Estado Constitucional, a partir de condizentes com a identidade constitucional moderna do povo, não apenas enquanto instância global de legitimação. O autor explicita em determinados trechos:

Será que a agenda política tomará esse rumo em breve? Com certeza, observamos sinais de insatisfação com relação à política normal e uma tendência crescente pela busca de transformações estruturais; para

<sup>163</sup> O Ministério Público Federal, inclusive, cobra do Executivo diversas políticas públicas na área de educação, junto ao Poder Judiciário, sob a coordenação nacional da subprocuradora-geral da República Ela Wiecko.

<sup>164</sup> ADLER, Matthew. “*Popular Constitutionalism*”. *Popular Constitutionalism and the rule of recognition: whose practices ground US law? In University of Pennsylvania Law School. Paper 54*. 2004. Disponível em: [lsr.nellco.org/upenn/wps/papers/54](http://lsr.nellco.org/upenn/wps/papers/54).

<sup>165</sup> Continentino trata do temor de certos autores para com estas ideias: “Ao aliviar o fardo da interpretação do conteúdo das normas constitucionais na medida em que o verdadeiro fator de legitimidade da Constituição tem seu lugar nas práticas comunicativas (dimensão pragmática do discurso), é natural que se veja a idéia da Constituição procedimental com certa suspeita ou, até mesmo, temeridade. A suspeita do esvaziamento do seu próprio significado e função, nos termos da tradição liberal do constitucionalismo que até hoje a acompanha: norma que institui a limitação recíproca e a distribuição de competências entre os poderes estatais, além de assegurar a proteção aos direitos individuais. Talvez se tenha a impressão de estar-se a fragilizar a noção de Constituição, atingindo-se fatalmente sua identidade mediante constantes modificações e recepções. É um risco que, no limite, cerca a própria noção de Constituição aberta.” CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, ob. cit., p. 101.

<sup>166</sup> ACKERMAN, Bruce. *Transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. MOREIRA, Luiz (coord.) Tradução: Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 536.

promover esforços recorrentes visando a reformar o financiamento de campanhas políticas e, recentemente, o movimento para limitações nos mandatos de representantes congressionais. Têm ocorrido manifestações espalhadas de descontentamento com o processo de indicação e nomeação da Suprema Corte. No entanto, a maioria dos líderes políticos ainda não identificou a origem do problema no nosso obsoleto sistema de reforma constitucional.

Na busca de confrontações mais diretas quanto ao problema, é de todo adequada a indicação de algumas medidas que possam aproximar a soberania popular de uma prática democrática efetiva, em vez de mantê-la restrita a um emblema ideológico-constitucional. Nesse sentido, fustigamos a atenção do leitor sobre determinadas variações nos processos de participação que poderiam ocorrer no Brasil, particularmente neste momento em que a tecnologia nos possibilita facilidades de interação antes desconhecidas.

### 5.3.1 Indicações à magistratura dos Tribunais

Como a pregação por uma democracia direta ainda parece distante de nossa realidade, ao menos um modelo de *democracia plebiscitária*, nas palavras de Hans-Peter Schneider<sup>167</sup>, que é uma democracia semidireta por excelência, pode se concretizar, a partir de poucas mudanças no ordenamento jurídico.

Se a grande obsessão americana – e por consequência sócio-econômica-cultural – a grande preocupação da doutrina da maior parte do ocidente, é com a legitimidade dos juízes constitucionais, é relativamente simples encontrar um sistema de indicações dos outros poderes (Poder Executivo, em especial) que respeite a vontade popular e conclame a participação, ao mesmo tempo em que resolve responde à indagação sobre a legitimidade desses agentes políticos<sup>168</sup>.

<sup>167</sup> SCHNEIDER, Hans-Peter. *Democracia y constitución: orígenes de la ley fundamental*. Tradução para o espanhol: Angela Collado Ais e Manuel Bonachela Mesa. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

<sup>168</sup> Além disso, importante considerar o escólio de Dalmo de Abreu Dallari, como uma solução alternativa: “Não é democrática uma instituição cujos dirigentes, pelo modo como são escolhidos e por seu relacionamento com os níveis inferiores da hierarquia administrativa, comportam-se como aristocratas privilegiados. Isso tem aplicação ao Poder Judiciário, cujas cúpulas dirigentes são escolhidas apenas pelos membros de órgãos de nível superior. Não é dada qualquer oportunidade para que os integrantes dos níveis inferiores, muito mais numerosos e igualmente integrantes do Judiciário, possam manifestar-se sobre a escolha dos dirigentes ou sobre outros assuntos que interessam a todos.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes...*, ob. cit., p. 150.

Explicitarei o modelo tomando por base as instâncias federais de poder, no Brasil, mas, certo que ele vale para o âmbito estadual, com as adaptações pertinentes (v.g., onde se lê Câmara dos Deputados, pode-se entender Assembleia Legislativa; onde se lê Presidência da República, pode-se entender Governo do Estado; onde se lê Supremo Tribunal Federal, pode-se entender Tribunal de Justiça estadual e assim por diante).

Com efeito, a Câmara dos Deputados, enquanto representante do povo, poderia indicar dois nomes a compor o Supremo Tribunal Federal. A providência substitui a indicação desses nomes pelo próprio povo, tendo em conta que, por razões óbvias, seria complicado à população em geral escolher duas pessoas que cumprissem os requisitos constitucionais a se habilitar a uma cadeira na Suprema Corte. Assim, a Câmara faria essa indicação, representando o povo. O Senado Federal, enquanto representante dos Estados – Casa da Federação – indicaria mais dois nomes, eis que ninguém desconhece a relevância do juiz constitucional em matéria federativa. O STF, *e.g.*, tem competência para conhecer e decidir sobre Intervenção Federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva) e sobre violações ao Pacto Federativo. Logo, é crucial que o Senado se faça ouvir nessa indicação. Por fim, a Presidência da República, enquanto órgão máximo da nação (órgão maior na representação popular, inclusive, devido ao sistema majoritário que a elege) indicaria os últimos dois nomes, a formar, desse modo, uma lista sêxtupla.

Os cidadãos apontados nessa lista fariam uma campanha frugal, especialmente via *internet*, à semelhança daquela já existente para os candidatos ao Quinto Constitucional nos Tribunais: sem possibilidades de cafés da manhã, almoços ou jantares pagos a determinados grupos, sem distribuição de brindes, sem shows de artistas para animar essa campanha ou nada congênere. Simplesmente, seus currículos circulariam pela *internet* e pela imprensa escrita e televisiva, a fim de que durante duas semanas, por exemplo, a população se inteirasse do perfil de cada candidato.

Passada essa breve divulgação, todos que tivessem identidade civil (registro geral brasileiro) – e não apenas título de eleitor! – poderiam se direcionar a urnas eletrônicas ou através de sítios eletrônicos seguros e próprios, disponibilizados pela Administração Pública, para votar no candidato considerado o mais apto a se tornar Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ao final, portanto, o candidato que recebesse mais votos seria sabatinado pelo Senado Federal e nomeado pelo Presidente da República o novo Ministro. Caso a sabatina

rejeitasse o candidato, o segundo lugar se submeteria ao mesmo procedimento e assim sucessivamente, até que fosse escolhido o componente do Tribunal.

### 5.3.2 *Veto popular a projetos de lei*

Outra ideia interessante poderia modificar, substancialmente, o interesse da cidadania sobre os projetos de lei que tramitam nas Casas Legislativas. Após a votação de qualquer projeto na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e após a regular votação desse projeto na Comissão Especial que o avalia nos seus aspectos financeiros e nos impactos ideológicos em cada área abrangida, o projeto de lei seria submetido a consulta popular, para que todos os indivíduos que possuam identidade civil (registro geral brasileiro) possam analisá-lo e votar pela sua ida a plenário (continuidade na tramitação interna do projeto) ou não.

Essa consulta, por certo, não se destinaria a todos os projetos de lei, sob pena de banalizar a própria tarefa de representação, exercida pelos indivíduos com mandato político para tanto, mas poderia ser despertada por quaisquer atores sociais – um Deputado, um Senador, um diretório partidário, uma união de líderes políticos, uma bancada, qualquer membro das Comissões Parlamentares, uma Organização Não-Governamental (ONG), um sindicato ou, especialmente, o conjunto de assinaturas (digitais, inclusive) de 1% (um por cento) da população brasileira (pessoas com identidade civil, e não apenas título de eleitor) – enfim, os entes que tiverem interesse em que esse projeto de lei seja melhor discutido junto à toda a sociedade e não somente conduzido nas instâncias legislativas ordinárias, poderão fazê-lo.

Nessa iniciativa, o ideal de monitoramento dos projetos de lei seria aproveitado, eis que a população contaria com instrumento prático e decisivo de participação política, a fim de vetar, por exemplo, um projeto que fira o Interesse Público primário. Por certo, como qualquer instrumental democrático, essa ideia pode servir de arma política para travar certos projetos de lei, mas, pelo menos, essa demora tende a se findar com uma decisão popular a respeito do projeto, tendo causado, antes, a discussão daquela lei junto à sociedade.

É impressionante o número de novas leis votadas todos os dias, em autêntica *poluição jurídica*, como denominamos linhas atrás, acompanhando Cappelletti, sem que a população

conheça essas iniciativas. Em regra, os cidadãos ficarão conhecendo as leis que mais lhes prejudicaram, de alguma forma, na prática, gerando, assim, a sensação de que o trabalho dos congressistas é, quase sempre, pernicioso.

A partir dessa nossa ideia, espera-se que a imprensa e outras fontes de informação divulguem diversos projetos políticos importantíssimos, prestes a serem votados pelos Plenários das Casas Legislativas (sem que, no entanto, quase ninguém da sociedade lhes dê atenção, a não ser esse ou aquele pequeno grupo de interesse mais imediato sobre o projeto).

### *5.3.3 Consulta popular em votações plenárias apertadas*

Uma outra pontual alteração legislativa poderia prever consulta popular no caso de um projeto de lei, votado na Câmara ou no Senado, ganhar por pouquíssimos votos, por exemplo: 254 contrários ao projeto x 255 favoráveis e 4 abstenções na Câmara Federal ou 38 contrários x 39 favoráveis e 4 abstenções no Senado. Ou, mesmo, números mais realistas, como: 238 contrários x 261 favoráveis e 14 faltas, na Câmara.

É, sabidamente, tradicional o sistema majoritário para votações em colegiados, entretanto, é habitual da mesma maneira que a vontade política de alterar o resultado de votações muito apertadas persista, visto que o sistema de representação pura (democracia indireta) não espelha, exatamente, a vontade dos eleitores, antes, informa a vontade dos eleitos, assim, se houve muita rejeição a determinada iniciativa, é plenamente possível que num futuro próximo ela possa ser modificada. Então, a insegurança sobre determinadas decisões permanece quando são tomadas por maioria extremamente reduzida.

Como sugestão de critério, pode-se considerar o percentual de 5% (cinco por cento) da Câmara dos Deputados (25,65 ou 26 Deputados) ou do Senado Federal (equivalente a 4,05 ou 4 Senadores), para aferir a significância de uma maioria. Nesses moldes, as maiores superiores a 55% (cinquenta e cinco por cento) dos votos seriam consideradas mais sólidas, enquanto a maioria mais simples possível, que é 50% (cinquenta por cento) mais um voto (metade mais um dos presentes ao Plenário de deliberação), estaria sujeita a uma consulta popular, se fosse o caso.

Qualquer ator social (1% [um por cento] da população brasileira, novamente, uma bancada, um partido, a minoria derrotada *etc.*) poderia levar essa discussão às urnas eletrônicas e aos sítios eletrônicos próprios disponibilizados pelo Governo na *internet*, para que toda a sociedade (quem detiver registro geral brasileiro) possa escolher entre o SIM e o NÃO a respeito daquele projeto de lei, ao feio do que já fizeram os Deputados ou Senadores. Essa proposta contribui para a redução da rejeição que aquela iniciativa de lei já contava, mesmo entre os congressistas – um potencial que poderia torná-la lei contestada entre a sociedade.

A população se envolveria, diretamente, nos projetos de lei em que não houvesse consenso por parte dos parlamentares. A mais previsível crítica a essa proposta seria a geração de uma série de conchavos políticos (espúrios ou não), a ponto de inexistirem votações com 26 votos ou menos de diferença, na Câmara, ou 4 votos ou menos de diferença, no Senado: espécies de acordos dos representantes para fugirem dos representados. Entretanto, esse mecanismo de escapada à votação direta pelo povo seria combatido pela *cidadania ativa*, tanto através da pressão da opinião pública quanto através da pressão exercível por intermédio de instituições como a possibilidade de dissolução do Congresso ou de *recall* de parlamentares ou do Presidente da República.

### 5.3.4 *Recall e dissolução do Congresso*

Essas possibilidades estão franqueadas à *cidadania ativa*, há muito, em outros países, isto é, quando o quadro funcional dos poderes Legislativo e Executivo apresenta conjunturas sinalizadoras de putrefação institucional, de metástase da corrupção ou da imoralidade com o trato da coisa pública, é possível a um determinado número de indivíduos excluir o Presidente da República, qualquer parlamentar ou, mesmo, uma Casa Legislativa inteira, a fim de salvaguardar as instituições, sacando as pessoas que as degeneram.

No caso brasileiro, sugere-se necessário o *quorum* de 66% (sessenta e seis por cento), ou seja, 2/3 (dois terços) da população nacional (aqueles que possuem identidade civil, votando pela *internet* e por urnas eletrônicas) para decidir a dissolução da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal ou a saída compulsória de um Presidente da República ou de algum Parlamentar. Por óbvio, a delicadeza e o extremo que esses momentos institucionais

representam demandam uma maioria ultraqualificada, que evita ocasiões nervosas provocadas pela imprensa ou qualquer outra agitação sensacionalista.

### 5.3.5 *Emenda Constitucional de iniciativa popular*

A ideia já é defendida há anos por Paulo Bonavides, a quem a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), com honras especiais, designou a presidência de Comissão Especial de Advogados em apoio à Proposta de Emenda Constitucional que altere o art. 60, da Carta Magna, a fim de que essa possibilidade seja fixada num eventual inciso IV para aquele dispositivo. A necessidade de prever no texto magno vigente mais uma oportunidade de participação direta do povo, aliás, a maior delas, que é a de emendar a Constituição, fundamenta-se no paradoxo de o povo ser o próprio Poder Constituinte (vivo), mas não ter a chance de alterar o documento máximo para a cidadania.

A maioria, nesse contexto, também deve ser ultraqualificada, tal qual a maioria parlamentar requerida (3/5 [três quintos] ou 60% [sessenta por cento]), a fim de não serem banalizados os instantes de emenda à Carta. Aliás, se a despeito desse alto *quorum* as Casas Legislativas já conseguiram promulgar 65 (sessenta e cinco) emendas em pouco mais de vinte anos, não é difícil supor que acaso essa reunião de votos e vontades fossem menor a Constituição já teria se desfigurado completamente.

### 5.3.6 *Consultas populares em Ação Direta de Inconstitucionalidade e em Ação Declaratória de Constitucionalidade*

Em regra, os manuais de Direito Constitucional compreendem a possibilidade de ingresso de determinadas entidades na condição de *amicus curiae* nos processos judiciais “objetivos” de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal como grande avanço rumo à democratização da Justiça, enquanto instância de participação popular, tanto quanto os outros poderes constituídos. Entretanto, apesar de concordarmos com essa visão, importa considerarmos um acrescentamento importante em direção a uma autêntica democratização.

Na verdade, qualquer entidade que requeira seu ingresso processual como *amicus curiae* necessita de advogado constituído, além disso, deslocar-se até Brasília (DF) – ao

menos nas datas dos julgamentos – e, antes de tudo, necessita demonstrar interesse específico acerca da matéria versada, passando pelo crivo da Relatoria no Supremo Tribunal, para admitir as manifestações daquela “parte” nos autos. Isto é, o procedimento atravessado por um “amigo da Corte”, em alguma medida, afasta pequenas entidades e, ao mesmo tempo, não aproxima a todos que poderiam ser afetados por determinada decisão do Tribunal.

Uma prática que poderia incrementar a participação popular nos julgamentos seria a das consultas em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Organizar-se-iam reuniões em espaços como ginásios ou escolas públicas (lugares de fácil acesso e boa acomodação de um grande público), para discussão e votação (em urnas eletrônicas) das matérias sujeitas ao crivo do STF em sede de ADI ou ADC – por representarem ações abstratas. Ao cabo da votação em todos os estados da federação e no Distrito Federal, o Relator da Ação no Tribunal daria especial atenção e enfatizaria o resultado dessas votações populares a respeito da matéria, para decidir consciente dos anseios diretamente manifestados pela população.

O trâmite usual desses processos objetivos, conforme as estatísticas do próprio STF, é de 05 (cinco) anos, portanto, as consultas populares não tornariam os processos lentos, porque, dentro de uma ótica convencional, eles já o são: realizar-se-iam no intervalo em que, segundo a praxe da Corte, esses processos estariam conclusos à Relatoria. Diga-se, de passagem, uma vez mais, a opinião computável nessas reuniões deliberativas seria daqueles que apresentassem registro civil nacional (carteira de identidade brasileira). Os convênios e termos de cooperação técnica do Supremo Tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça junto a todos os Tribunais de Justiça garantiriam a gratuidade dos espaços utilizados para a reunião e da mídia suficiente a propagandear o encontro. Além disso, a condução e a lisura dos procedimentos ficariam a cargo de comissões organizadoras formadas nos Tribunais estaduais, com o auxílio de servidores ou membros do STF e do CNJ. Todas as reuniões seriam regulamentadas por sessões administrativas do STF, para que se definissem aspectos extrínsecos como, por exemplo, o tempo de duração das discussões, o número de inscritos a falar *etc.*

Em verdade, as opiniões coletadas em todos os estados e no Distrito Federal não determinaram a decisão da Relatoria sobre a constitucionalidade ou não do ato normativo discutido na ação, contudo, ao menos, o ato de julgar já não se evidenciaria *isolado*, já não

traduziria apenas uma vontade de gabinete, como tantas vezes denuncia a doutrina contramajoritarianista. Some-se a isso o fato de que a participação política da população seria, de fato, democrática, na medida em que não necessitaria convencer o Tribunal sobre seu interesse no feito, não necessitaria constituir advogado para ter sua manifestação ouvida e, sobretudo, não necessitaria se deslocar à Brasília para acompanhar o desenrolar dos autos: a Corte é que visitaria a população e não o contrário.

### *5.3.7 Referendos em votações majoritárias mínimas no plenário do Supremo Tribunal Federal*

É possível, ainda, manejar a estrutura de convênios e termos de cooperação técnica do STF e do CNJ junto ao TSE, aos TRFs e aos TJs, com o fim de organizar votações em urnas eletrônicas e através da *internet* sobre as mesmas matérias decididas pelo Supremo Tribunal cujo resultado tenha sido 6 x 5 (seis ministros contra cinco, na hipótese da Suprema Corte brasileira, composta por 11 [onze] juízes) no plenário da Corte. Neste instante, haveria uma espécie de referendo, haja vista que a decisão já tomada pelo Supremo com maioria apertada seria reapreciada pela cidadania.

Acredita-se que os sistemas de consultas em ADIs e ADCs aliado ao mecanismo de referendos populares em todas as votações cujo resultado fosse 6 vs. 5 (seis votos em determinado sentido contra cinco votos em sentido contrário), potencialmente desanuviriam a “sensação” de que o poder das decisões do Supremo Tribunal é ilimitado. De fato, a doutrina e a práxis judicial brasileiras parecem aceitar como circunstância básica de nossa ordem jurídica a suposta verdade de que nada escapa à competência do STF (tendo em conta que qualquer contexto pode ser resolvido por disposições constitucionais) e principalmente: que o STF representa a última palavra em termos de Constituição. O que mais poderia acontecer depois de uma decisão dessa instância sobre determinada conjuntura?

Para responder à indagação, devem se postar algumas balizas. Incumbe ao Supremo Tribunal, precipuamente, como ressalta a Constituição, a guarda da redação magna. Literalmente, portanto, essa função é confundida com a de *dizer a última palavra em matéria constitucional*. A maior parte da doutrina continua propagando que ser o guardião do texto

constitucional se traduz, na prática, em ser seu intérprete último. Com o devido acatamento às opiniões contrárias, é tempo de mudar esse pensamento <sup>169</sup>.

O que se fez, na história constitucional brasileira, foi permitir que o Supremo Tribunal Federal cada vez mais se arvorasse de função que pertence à comunidade política como um todo. Dessa forma, fica mesmo confusa a interpretação de suas competências: acaba não sobrando nenhum caso que a Suprema Corte não deva (ou não possa) decidir. Com efeito, se se considera que manter a solidez constitucional – preservar a ordem constitucional positiva – é interpretar por derradeiro qualquer conceito do bojo da Carta Magna, então a Suprema Corte brasileira é competente para apreciar todos os processos que tramitam no Judiciário.

Aliás, era mesmo isso que ocorria antes da Emenda Constitucional nº 45/04 (que engendrou o requisito da “repercussão geral no recurso extraordinário”) <sup>170</sup>. Todas as causas ancoravam no Supremo Tribunal, por diversos recursos voluntários possíveis, e o colegiado não podia se furtar ao julgamento, porque, em última razão, todas as questões subjacentes discutidas nos autos eram constitucionais.

A nossa Constituição é, sabidamente, prolixa, dispondo, a partir de conceitos abertos, a respeito de variados temas da realidade a qual adere e vincula. Nesse sentido, todas as nuances do direito, no Brasil, são manifesta ou implicitamente constitucionais. E, portanto, uma Corte que cuida de examinar questões afetas à Constituição, pode ser encarada como um Tribunal *onicompetente*.

Essas verificações genéricas resgatam um lado ainda mais profundo do debate: se tudo é constitucional, tudo deve ser competência do Poder Judiciário, no mínimo, através do STF. Nesse sentido, seria preciso esperar a resposta judicial para qualquer ato normativo brasileiro. Entendemos que a *hiperinstitucionalização* do Estado e da sociedade move quaisquer disputas

---

<sup>169</sup> “Ora, a teoria constitucional, numa perspectiva democrática, perquire sobre interpretações para além daquelas construídas exclusivamente por algum órgão estatal e vai em busca de todas as interpretações surgidas no seio da esfera pública, ambiente por excelência de captação de pretensões da comunidade cujas redes comunicativas revestem-se de altíssimo teor de legitimidade. Conforme dito, a comunidade jurídica partilha de uma cultura política libertária, na qual a população é acostumada à liberdade. Isso quer dizer que, em geral, *o debate gira em torno da interpretação constitucional não será travado sobre a possibilidade de supressão de direitos historicamente conquistados, e sim em torno da melhor interpretação dos princípios constitucionais, que estão em constante modificação*”. CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, ob. cit., p. 103.

<sup>170</sup> Por meio dessa alteração, os recursos advindos de casos concretos somente podem ser alçados ao Supremo Tribunal se reconhecida relevância econômica, financeira, social ou jurídica na causa, ou, de qualquer sorte, ela ultrapasse os limites subjetivos (as partes) da causa.

por intermédio da ordem jurídica, e isso é fenômeno normal para um Estado e uma sociedade civilizados. Porém, o fato de o Direito ser mecanismo que perpassa todos os ramos de sociabilidade não redundava, obrigatoriamente, no fato de o Poder que diz o Direito ter sempre de ser convocado para resolver qualquer impasse nessas estruturas de sociabilidade.

Com essa premissa assentada é que propusemos o sistema de consultas populares e referendos, em algumas decisões específicas do Supremo Tribunal Federal. Não há vincular essa ideia aos argumentos da teoria contramajoritariana – defendendo que o juízo não pode se substituir à maioria <sup>171</sup> (ou seja, o Judiciário, isoladamente, não teria como definir o “correto” e o “errado”, em termos de sociabilidade) – nosso interesse é incitar a frequente e consciente participação dos cidadãos também nas decisões judiciais.

Quando o Judiciário considera ter nas mãos a segurança e a prosperidade do Estado, porque decide num exercício de estabilização das relações nesse Estado, é urgente que a *cidadania ativa* lembre o poder constituído que ele as têm porque o *povo* as têm – e é o *povo* que provoca o juiz a decidir.

Fora disso, a Constituição não se vivifica através do Supremo Tribunal, “nem a Constituição diz o que o Supremo Tribunal diz que ela diz”, numa alusão a frase do ex-ministro Eros Grau. O elemento que falta nesse raciocínio é que o Supremo Tribunal Federal somente diz o que é instado a dizer: o Supremo Tribunal apenas se manifesta quando é ordenado a fazê-lo, e essa ordem é dada pela *cidadania*.

O que se deve discutir, nessa ótica, é o desinteresse dos cidadãos em compreender o papel que lhes cabe no confronto entre democracia e constitucionalismo, esse sim é o mais devastador perigo à democracia e não a atuação periclinal do Poder Judiciário. É necessário ressaltar que grande parte dos dispositivos constitucionais nunca aportou, nem aportará, nos gabinetes dos Ministros da Corte Máxima, sendo cumprida espontaneamente – e nunca há descumprimento para essas cláusulas, porque a interpretação delas é criada na dinâmica da práxis democrática cotidiana. Essa é a Constituição da vida diuturna e não a Constituição saída dos gabinetes que lhe tolhem os sentidos e as possibilidades.

---

<sup>171</sup> Bem entendido, o termo *maioria*, nos dias atuais, soa politicamente incorreto, menos polido que em épocas anteriores. Na verdade, a maioria tratada não seria numérica, mas ideológica. Maioria é apenas uma figura esquemática para representar – diretamente – os elementos volitivos confessados pela própria sociedade. Não se imagina, dessarte, a maioria matemática (cinquenta por cento mais um), antes, a maioria como dado metafórico que pode representar, inclusive, *soberania popular*.

Assim sendo, pode-se afirmar, com autenticidade estatística, que a Constituição é o que a *cidadania* diz que ela é, não havendo malferimento à sua redação, pois ela é avaliada e reavaliada continuamente pelo controle de constitucionalidade (por essência, perene e dinâmico) de toda a sociedade.

De outro lado, não se pense que aqui vai alguma crítica ao Supremo Tribunal Federal de hoje. Esta dissertação nem mesmo se presta a isso. O que se está afirmando é que, num processo lógico-jurídico geral, não é autorizado concluir que o Judiciário dita as regras da sociedade. Ora, é essa sociedade que escolhe o alcance das perguntas que faz ao Estado-juiz e, a propósito, é ela que define se obedecerá a abrangência da resposta. Então, o que se defende, doutrinariamente, é uma mudança de eixo nos posicionamentos contrários ou favoráveis à atuação do Supremo Tribunal Federal ou ao Judiciário, como um todo. Essas teses estarão fadadas à parcialidade e à superficialidade, eis que não se voltam à causa, mas à consequência do verdadeiro problema político enfrentado – a apatia cidadã.

As teorias contrárias à expansão judicial advogaram, nesses tempos, certa autorestrição judicial (*judicial self-restraint*), a fim de que os próprios juízes, gradativamente, deixem de “invadir” competências reservadas a outros poderes, passando a atuar apenas em processos cuja matéria seja eminentemente jurídica.

O ponto equivocados, a nosso sentir, é que se esquecem do Poder Constituinte Originário, representado constante e ativamente pela *cidadania*. Há um quase-fatalismo em se referir ao Judiciário como ameaça à estabilidade. Além do que, é inconsistência tremenda essa crítica a despeito do esforço jurisdicional desenvolvido nos últimos anos.

As normas jurídicas, em tese, traduzem a convergência dos interesses do povo, mas, obviamente, na prática, isso não encontra correspondência sem controvérsias. Então, o melhor modo de saber o consenso razoável ou o mínimo de convergência acerca de determinado tema de interesse social é colhendo-o diretamente dos capazes a responder: todos os cidadãos.

### 5.3.8 O auxílio tecnológico

Advogar a democracia direta, um passo adiante da defesa da democracia deliberativa já não ressoa tão visionário assim. A rede mundial de computadores dá exemplos corriqueiros

de que é possível obter milhões de respostas, em segundos, sobre qualquer assunto, vindas de todos os rincões do planeta. A par disso, a adaptação das estruturas democráticas à *internet* não significa apenas uma computadorização dos processos políticos.

A mudança de forma, por certo, é importantíssima – modernização sempre é bem-vinda – no entanto, o que se precisa alterar, agora, é a essência. Os métodos e técnicas de participação foram, radicalmente, modificados, nas últimas décadas, porém, a participação em si não sofreu mudança brusca.

As pessoas, por exemplo, saem, até hoje, de suas casas, de dois em dois anos, para votar em candidatos que não assistiram (ou ouviram) pela televisão (ou pelo rádio) no horário político. Assistiram, ouviram ou leram sobre eles, eventualmente, noutros momentos e receberam visitas deles ou de cabos eleitorais, perguntando sobre suas necessidades imediatas. A mudança, aí, está somente no instante do voto, que, em vez de escrito, fica magneticamente numa máquina que os contabiliza.

A primeira parte dessa história sofreu forte impacto positivo: as mensagens de celular, as comunicações por redes sociais (*twitter, orkut, facebook, blogs, linkedIn* etc.), as respostas a enquetes via sítios eletrônicos, o recebimento de ligações telefônicas diretamente dos comitês das candidaturas, enfim, um arsenal tecnológico que hoje já é realidade e vem ajudando as campanhas. De outro modo, por que mandar mensagens por celular à população somente na campanha? Por que ser amigo de *orkut* ou seguidor do *twitter* do eleitor apenas quando se quer o voto dele? A *internet* se faz presente, em todos os segundos da contemporaneidade, justamente, para servir de canal ancilar da troca de informações entre representantes e representados.

Nesse sentido, pode-se mesmo, sem sonhos, pensar em democracia direta. Um painel cujas decisões diárias cheguem a todos os computadores pessoais, *ipads, ipods, iphones* etc. como forma de deliberar, diretamente, sobre essa ou aquela problemática – e os resultados dessas pesquisas, consultas, referendos ou plebiscitos seriam implementados através das políticas públicas <sup>172</sup>.

---

<sup>172</sup> Recentemente (6/4/2010), em audiência no Senado Federal, o Ministro das Relações Exteriores, Celso Amorim respondeu a perguntas de internautas, que eram lidas por Senadores, através de seus celulares e *notebooks*, em tempo real. Isso faz com que qualquer brasileiro, no mundo inteiro, possa ser atendido por um Ministro, sem nunca tê-lo visto de perto ou nunca pretenda estar em Brasília.

Outra ideia que, aos poucos, vem sendo implantada remete a uma espécie de “reforma agrária” no ambiente virtual. Os “latifundiários virtuais”, como Google e Yahoo, seriam obrigados por lei, nos países em que atuam, a ceder uma porção de seus “terrenos” (domínios de *internet*) para governos e organismos não-governamentais de todo o mundo, em prol da divulgação de ideais de “política limpa”, “meio ambiente equilibrado”, “boa saúde”, “educação de qualidade e formadora de cidadãos”, “consumo responsável”, “*internet* útil e engajada”, “economia controlada e estável”, enfim, para resumir no termo mais utilizado da última década, ideais de “sustentabilidade”.

Com isso, a democracia se alimentaria a partir do estímulo dos cidadãos aos assuntos relacionados à vida pública, à vida na comunidade política, de maneira que não haveria mera virtualização das formas, e sim uma substantiva alteração do próprio teor da participação, por conta da mente estendida <sup>173</sup> gerada pela *internet* e por todos os acessórios tecnológicos possíveis nos dias atuais (uma esfera pública digital).

### 5.3.9 Possibilidade de liberação da reserva de lei ordinária do art. 14, CF, a leis municipais e estaduais

Paulo Bonavides, novamente, merece que se reforce uma ideia sua: a de que, no seio da comunhão federativa, haja a liberação imediata das Câmaras Municipais e das Assembleias Estaduais para disciplinarem, nas áreas de competência e autonomia que lhes são próprias, a utilização e o emprego imediato dos instrumentos de consulta popular <sup>174</sup>.

Conforme lembramos desde o intróito deste estudo, a interpretação equivocada que se faz do art. 14 da Carta Magna brasileira ainda não permitiu a associação entre democracia representativa e democracia direta, como se depreende categoricamente do parágrafo único do art. 1º, ao dispor que *todo poder emana do povo*. A propósito, Bonavides <sup>175</sup> lembra que a Câmara Municipal de Fortaleza-CE já legislara, integrativamente, a respeito de técnicas plebiscitárias. Não havendo essa legislação complementar nos estados e municípios, padeceria o Legislativo Federal de omissão inconstitucional:

<sup>173</sup> CLARK, Andy. *Natural born-cyborg...*, ob. cit.

<sup>174</sup> Ver BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional...*, ob. cit., p. 156.

<sup>175</sup> *Ibidem, idem*, p. 155.

Paralisadas, ou embargadas por um silêncio legislativo, as duas mais importantes técnicas plebiscitárias – o referendo e o plebiscito – oxidam-se no texto da Constituição. O procedimento omissivo consubstancia, desse modo, por ofensa frontal ao parágrafo único do art. 1º da Constituição, a sobredita inconstitucionalidade material, palpável à análise de todo intérprete empenhado em salvaguardar a eficácia normativa da Lei Maior.

Nesse sentido, a sugestão teórica resolveria duas questões delicadas, numa só mutação interpretativa, livrando o Congresso Nacional de ter sua mora legislativa declarada e conferindo à cidadania ativa maior possibilidade de participação, de acordo com os ditames constitucionais.

### 5.3.10 Diminuição ou virtualização dos requisitos da “iniciativa popular”

O art. 61, § 2º da Constituição de 1988 determina que a iniciativa popular de leis se exerça pela apresentação de projeto à Câmara dos Deputados subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. Como se disse, apenas quatro projetos conseguiram preencher esses requisitos, porém, para se tornarem as Leis ordinárias nº 8.930/94 (“Lei Daniela Perez: alteradora dos crimes hediondos”), nº 9.840/99 (“Lei do Bispo: combate à compra de votos”), nº 11.124/05 (“Criadora do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social”) e a Lei Complementar nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), necessitaram, ao cabo, da subscrição de algum Deputado que apadrinhasse a iniciativa.

Essa estatística simples revela a dificuldade em obter tantas assinaturas de adesão popular, contudo, não uma dificuldade numérica e sim uma dificuldade burocrática: os requisitos formais para apresentação de projetos populares contribuem para sua escassez<sup>176</sup>.

No processo de flexibilização dos pré-requisitos da ‘iniciativa popular’, o termo “subscrito”, utilizado pela Constituição, começou a dar margem a uma gradual mutação interpretativa, no sentido de que se permitam *assinaturas digitais* de adesão aos projetos populares. É dizer, o projeto poderia circular todos os Estados do Brasil, recebendo, num mesmo dia, um milhão e meio de assinaturas (quantidade, em geral, conquistada pelas iniciativas que se tornaram leis), graças à tecnologia aplicada. Bastaria, portanto, que a

<sup>176</sup> Exemplo disso é o Projeto de Lei nº 7.053/06, em análise na Câmara dos Deputados, que foi acolhido pelo ex-Deputado Antonio Carlos Biscaia. Apesar de contar com 1,4 milhão de assinaturas colhidas pela “Associação Gabriela Sou da Paz”, o texto, que altera a Lei dos Crimes Hediondos, não foi aceito como projeto de iniciativa popular porque as assinaturas não vieram acompanhadas do número do título de eleitor dos signatários.

regulamentação do instituto da ‘iniciativa popular’ por lei ordinária específica previsse a possibilidade de assinatura por computador (conectado à *internet*).

Aliás, a validade jurídica (autenticidade) de assinaturas eletrônicas é incontestável após a criação do Sistema de Certificação Digital brasileiro, pela Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, e quanto a sua segurança, há sistemas de criptografia nos sítios eletrônicos do Governo que fazem do Brasil um dos países mais avançados nesse campo.

A par disso, mais de 20 (vinte) propostas tramitam na Câmara dos Deputados visando a diminuição ou a virtualização dos requisitos para que se alcance esse pequeno exemplo de democracia direta, que é a ‘iniciativa popular’. A Proposta de Emenda Constitucional nº 2/99, por exemplo, da Deputada Luiza Erundina (PSB-SP), enseja autorizar o exercício da ‘iniciativa popular’ por 0,5% (meio por cento) do eleitorado nacional, por confederação sindical, entidade de classe ou por associação que represente esse número.

Há avanços paralelos nesse contexto. Se o processo legislativo ordinário não permitiu o desenvolvimento concreto de nenhuma dessas ideias, uma terceira via se construiu. Em 2001, através de emenda ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados, fora criada a Comissão de Legislação Participativa (CLP), órgão fracionário da Câmara que tornou possível a entidades civis – como Organizações não Governamentais (ONGs), associações e sindicatos – apresentar projetos e sugestões de leis (desde propostas de leis ordinárias e complementares, até sugestões de emendas ao Plano Plurianual [PPA] e à Lei de Diretrizes Orçamentárias [LDO]).

Nesse caso, não é necessário um mínimo de assinaturas: a proposição é instruída somente com documentos que comprovem a existência da entidade. Depois de elaborado nessa Comissão, o projeto é incluído em trâmite de urgência, ou seja, recebe prioridade sobre os demais.

O cidadão “comum”, outrossim, pode enviar seu projeto ao “Banco de Ideias” criado pela CLP, um espaço onde todos podem apresentar sugestões ao Parlamento, independentemente de pertencer a alguma associação ou entidade organizada (*vide* [www2.camara.gov.br/participe/sua-proposta-pode-virar-lei](http://www2.camara.gov.br/participe/sua-proposta-pode-virar-lei)). Portanto, há canais onde a profusão de interesses da cidadania pode ser canalizada, embora pareça extremamente

importante que as exigências do mecanismo da ‘iniciativa popular’ sejam minimizados em prol de crescimento da participação nos assuntos políticos em geral.

### 5.3.11 *Apreciação da “iniciativa popular” diretamente em Plenário*

Os projetos de lei de iniciativa popular, não apenas percorrem uma primeira *via crucis* no atingimento dos requisitos constitucionais de apresentação, mas caminham espinhosamente, depois, pelo trâmite habitual nas Casas Legislativas, isto é, ficam sujeitos a emendas parlamentares, a consideráveis demoras do processo legislativo (ou, mesmo, paralisações, nalguns momentos institucionais) e, finalmente, à sanção do Poder Executivo.

A despeito de votações recordes ocorridas nos quatro exemplos de projetos de iniciativa popular tornados leis, por conta, obviamente, de uma pressão política da sociedade (particularmente exercida através da imprensa), não há lugar para miragem. Existe uma gama de projetos de iniciativa popular menos famosos que emperraram em emendas, destaques, ajustes de texto, ajustes jurídicos, votações nas Comissões Permanentes *etc.*

Por mutação constitucional, e prezando uma interpretação sistemática e teleológica da Carta Magna, é possível verificar que nem o art. 14 nem o art. 61, § 2º, CF, expressam que o projeto de lei de iniciativa popular seja, necessariamente, recepcionado como qualquer projeto de lei (apresentado por Congressista). Ao contrário, o *caput* do art. 14, CF, evidencia que a apresentação de projeto de iniciativa popular traduz exercício incontestável da própria soberania popular (art. 1º, parágrafo único, CF). Assim sendo, não seria viável que o povo, fazendo incidir seu poder sobre as Casas Legislativas, seja recepcionado como qualquer outro ator sociopolítico – ou, pior, sofra mais restrições que qualquer outro.

A comparação é inevitável: um Deputado, sozinho, tem o poder de apresentar um projeto de lei, que, a depender das costuras e arranjos políticos, transmuda-se em lei nalguns meses. Por outro lado, quando dois milhões de pessoas resolvem apresentar um projeto, fruto de ideia comungada por todas, a iniciativa será tratada da mesma forma que a ideia solitária do Deputado? Ou pode demorar meses ou anos a mais, na tramitação? Não resta dúvida de que a iniciativa popular de lei deve ostentar *status* diferenciado no processo legislativo. Uma primeira modificação, nessa esfera de tramitação privilegiada, seria a apreciação direta pelo Plenário da Câmara dos Deputados. Noutros termos, o projeto popular não se submeteria às

Comissões, nem mesmo à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara, saltando diretamente à votação plenária.

Não haveria prejuízo aos trabalhos legislativos, visto que todos os apontamentos que as Comissões técnicas e temáticas porventura realizariam poderiam ser elaborados pelos parlamentares no instante da sessão plenária.

Os argumentos contrários no sentido de que esse regime faria a votação se prolongar indefinidamente não convencem. Primeiro, porque há pouquíssimos projetos de iniciativa popular, em comparação ao número total de projetos tramitantes, portanto, em raras oportunidades a sessão plenária teria a feição aqui propugnada. Segundo, porque, como se viu algumas vezes, o projeto de iniciativa popular é uma ideia maturada por tantos anos no seio social que seu texto termina sendo aprimorado pelas próprias discussões públicas em que fora desafiado, de modo que a votação plenária ganha velocidade maior pelo pequeno número de alterações feitas no projeto, tendo em conta que o texto dele é definido após anos a fio de deliberação pública.

Por fim, essa sugestão atende o significado real da circunstância constitucional em que se encontra todo o Estado – o poder emana do povo. E, ora, não há poder algum se a chancela de milhões de pessoas pode ser indeferida liminarmente por um relator, um único Deputado, de uma Comissão técnica da Câmara Federal!

## 6 CONCEITOS REVISADOS DE CIDADANIA E DE SOBERANIA POPULAR

O que se expôs até aqui nos autoriza a uma releitura dos conceitos de *cidadania* e de *soberania popular*, na tessitura de uma democracia qualificada. Ainda no início deste esforço teórico pronunciamos nossa preocupação com um movimento que perdurou todo o século XX e início deste XXI, resultando na *simbolização* completa da *soberania popular*. Portanto, numa primeira releitura desse conceito, deve ser enfatizada a sua praticabilidade, isto é, seu potencial de se tornar real na dinâmica política, em vez de exercer apenas uma função simbólica de legitimação do próprio texto constitucional. Canotilho<sup>177</sup> explora os sentidos essenciais da expressão:

O princípio da soberania popular transporta sempre várias dimensões historicamente sedimentadas: (1) *o domínio político* – o domínio de homens sobre homens – não é um domínio pressuposto e aceite; carece de uma justificação quanto à sua origem, isto é, precisa de *legitimação*; (2) a *legitimação* do domínio político só pode derivar do próprio **povo** e não de qualquer outra instância “fora” do povo real (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática); (3) *o povo* é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder, o que significa: (i) de forma *negativa*, o poder do povo distingue-se de outras formas de domínio “não populares” (monarca, classe, casta); (ii) de forma *positiva*, a necessidade de uma legitimação democrática efectiva para o exercício do poder (o poder e exercício do poder derivam concretamente do povo), pois o povo é o titular e o ponto de referência dessa mesma legitimação – ela vem do povo e a este se deve reconduzir; (4) *a soberania popular* – o povo, a vontade do povo e a formação da vontade político do povo – existe, é eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional *materialmente* informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes, e *procedimentalmente* dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática desse princípio (cfr. CRP, art. 2.º e 10.º); (5) a *constituição*, material, formal e procedimentalmente legitimada, fornece o plano da construção organizatória da democracia, pois é ela que determina os pressupostos e os procedimentos segundo os quais as “decisões” e as “manifestações de vontade do povo” são jurídica e politicamente relevantes.

---

<sup>177</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional...*, ob. cit., p. 292.

Luiz Moreira <sup>178</sup> alerta acerca dos atravancos teóricos que a utilização apenas dos sentidos mais abstratos, ou seja, a formação de uma espécie de *mitologia constitucional*, pode gerar, particularmente no próprio exame do Poder Constituinte, como se fosse este um único e já consumido momento fundador:

Comumente o poder constituinte é exercido por uma assembléia que realiza o desígnio de formular e promulgar os princípios que passarão a estruturar o sistema constitucional que terá preponderância sobre todo o sistema jurídico. Logo, sob a assembléia constituinte repousa o *poder* de prescrever as normas e ordenar as condutas. É exatamente neste ponto que se assiste a um simulacro orquestrado pela teoria da Constituição. A simulação consiste na tentativa de transformar um consenso sobre a forma de constituir e ordenar o sistema jurídico, obtido em um dado momento histórico, em algo atemporal. Configurando um processo comum de formulação de normas jurídicas em ato fundador, a partir do qual os questionamentos e os problemas posteriores são solucionados pela remissão incontestada e necessária a tal estrutura. O simulacro consiste na justificação de um ato fundante que põe a Constituição como ato extraordinário da soberania popular, quando o poder constituinte e a assembléia por ele instalada se revestem de caráter ordinário. Portanto, o simulacro é o ato de outorga que uma assembléia se dá a si mesma com o propósito de restringir, regular e prescrever os direitos atinentes à soberana manifestação dos sujeitos de direito. Tal simulacro é posto pela pretensão de validade absoluta adjacente ao poder constituinte, que dota a Constituição de obrigatoriedade e de legitimidade que se atualizam mediante a complementaridade ideológica entre um componente histórico e um conceitual.

Não obstante, é preciso dizer que, por vezes, uma releitura do conceito de soberania popular, para enquadrá-lo numa categorização mais sólida que alegórica, pode representar tão-só um retorno a Rousseau, em suas passagens mais radicais. Simone Goyard-Fabre <sup>179</sup> bem o demonstra, valendo-se do pensador genebrino:

No Estado do contrato, a soberania do povo como corpo coincide com a vontade de um “ser coletivo” que “só pode ser representado por si mesmo”; ora, se o poder pode ser transmitido, a vontade, por sua vez, é intransmissível; em outras palavras, a soberania é inalienável ou incomunicável. O corpo público erigido pelo contrato é, originariamente e para sempre, seu titular. (...) Portanto, segundo Rousseau, a idéia “moderna” da representação, que implica, diz ele, a partilha da vontade geral, atenta necessariamente contra a plenitude indivisível da soberania do povo: ela é uma abdicação.

Contudo, mais atualmente, este tema se evidenciou o núcleo de nosso despertar para a pesquisa, desde as impressões fortes causadas pela leitura de Ingeborg Maus <sup>180</sup> sobre a teoria

<sup>178</sup> Prefácio de Luiz Moreira, p. IX-X. In: ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2009.

<sup>179</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos...*, ob. cit., p. 181-182.

<sup>180</sup> MAUS, Ingeborg. *O Direito e a Política: Teoria da Democracia*. Tradução: Elisete Antoniuk e Martônio Mont’Alverne Barreto Lima. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

democrática kantiana. A socióloga assevera que a atual práxis da cidadania, na interpretação abalizada que faz das obras de Immanuel Kant, seria, em verdade, *pré-democrática*<sup>181</sup>.

A afirmação, em rápida vista, pode parecer exagerada, no entanto, quando examinada sob as mesmas luzes utilizadas pela professora, é perfeitamente compreensível. Um dos únicos direitos exercidos no período medieval, antes de a democracia se tornar regime hegemônico no mundo, era o direito à resistência. O indivíduo medieval, jungido a um ordenamento jurídico praticamente canônico, apenas poderia resistir quando a injustiça das atitudes do senhor feudal fosse capaz de lhe retirar todos os bens, a liberdade ou a vida. Afora isso, não havia modo de participar no incremento cívico da comunidade.

A despeito de reconhecer a medievalidade desse direito, diversas críticas elaboradas contra a teoria democrática kantiana residiam, exatamente, na suposta lacuna do catedrático em prever esse direito. Maus<sup>182</sup> recoloca as ideias kantianas à prática política moderna, para concluir que Kant propositalmente não previu a resistência ou a desobediência como possibilidades no Estado democrático, simplesmente porque essas violências às normas jurídicas elaboradas pela própria comunidade política representariam um regresso ao estado natural.

E, nessa direção, reafirma as bases da soberania popular em Kant, para explicitar que, de acordo com o crivo da radical teoria democrática kantiana, em moldes assemelhados a de Rousseau, pouquíssimas repúblicas atuais – ou, mesmo, nenhuma – poderiam se considerar efetivamente democráticas:

Também a pretensão de democracia forte, indissociável do conceito de lei de Kant, tem que ser necessariamente mal interpretada. A enfática formulação de Kant, do princípio da soberania popular, que ele fundamenta a partir do direito humano de liberdade, “de não obedecer a nenhuma lei externa a não ser àquela à qual eu poderia ter dado meu consentimento” (Zum Ewigen Frieden, 1. definitivartikel) reza:

---

<sup>181</sup> Konrad Hesse explicita que pré-democrático também se refere a um entendimento estanque de “Estado” e de “Sociedade”, como dois separados: “A esse respeito, a concepção tradicional parte da distinção entre “*Estado*” e “*Sociedade*”, situando o Estado como uma unidade dada e a Sociedade como uma pluralidade dada, um em face do outro e sem relação alguma. Este dualismo continua deitando raízes no pensamento liberal pré-democrático da época anterior a 1918, expressando a relação entre um poder estatal, representado pelo governo monárquico e o aparato de funcionários, e uma “sociedade” excluída em boa parte da determinação e conformação políticas, cuja vida basicamente vinha auto-regulada, enquanto o “Estado” só tinha de garantir os pressupostos de um processo submetido às suas próprias leis, intervindo apenas em caso de perturbações. Pois bem, os pressupostos desse dualismo desapareceram no Estado democrático e social contemporâneo”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais...*, ob. cit., p. 82.

<sup>182</sup> MAUS, Ingeborg. *O Direito e a Política...*, ob. cit., p. XXIII.

“portanto somente a vontade unida e conforme de todos, desde que cada um decida o mesmo sobre todos, e todos o mesmo sobre cada um, ou seja somente a vontade geral comum do povo pode ser legislativa (Metaphysik der Sitten/RL § 46). Essa exigência de Kant vai muito mais além do que hoje se caracteriza como democracia, a ponto de intérpretes atuais a tratarem somente como uma ideia exaltada e não como uma ideia da razão prática que teria a prerrogativa de realização. Enquanto Kant declara a introdução da “República pura” como a “única Constituição legítima”, “também segundo seu teor”, expressamente como objetivo de um desenvolvimento histórico continuado, ele simplesmente tolera, como fase transitória desse caminho, o “como se” da “forma meramente republicana de governo”, a qual substitui o procedimento democrático fático da legislação através de um processo meramente simulado que também pode ser imaginado na cabeça do monarca legislativo esclarecido: esse deve criar suas leis “como se elas pudessem emanar da vontade comum de todo um povo” (Gemeinspruch II).

Na comparação com o estágio hodierno, o cidadão das *democracias de massa*<sup>183</sup> também não participa efetivamente: não legisla. Há apenas esse procedimento simulado de que nos fala Maus, por meio de Kant. Não é incluído na discussão pública que, de regra, é capitaneada por alguns grupos de interesse. A lei, portanto, não é criada a partir de debates políticos amplos, mas sim atendendo a determinadas pressões – e, dessa maneira, ao indivíduo contemporâneo sobra apenas a *direito de resistir*:

Um entendimento de democracia que combina o absolutismo de transferência de poder com a amenização da garantia feudal de liberdade naturalmente corresponde, mais precisamente, à aparição atual de democracia realmente existente. O absolutismo (atualmente descentralizado) de organizações sistematicamente autonomizadas, científicas-técnicas, econômicas e político-administrativas é delimitado somente de fora e nas bordas mais externas através de uma resistência feudalizada. A combinação entre contrato de sociedade e de domínio, sob a dominância do segundo, tornou-se realidade em uma forma de organização política que recebe seu auto-entendimento a partir da estrutura democrática do *pactum unionis*, mas que, na sua práxis, segue o *pactum subjectionis*. A metafísica dos fins que, segundo crença dominante, está ancorada na Constituição e que serve como fonte direta de legitimação de domínio é, hoje, o terreno sobre o qual o aparato estatal decide suas concorrências de legitimação e disputas de competência. O que Kant chamou, uma vez, de soberania popular é usurpado proporcionalmente pelos aparatos estatais que revitalizam princípios constitucionais corporativos em um sistema de balanço recíproco de soberanias parciais. Também faz parte do entendimento da limitação de domínio do fim da Idade Média o fato de um dos aparatos estatais, o Tribunal Constitucional Federal, aparecer como órgão de direito de resistência em forma judicial. Não há que se negar que esse tribunal – mesmo que em períodos de tempo mais esparsos –, toma decisões que asseguram a liberdade. Mas essa própria garantia de liberdade não está no procedimento libertário, e sim, na administração autoritária de uma metafísica dos fins estatais submetida à Constituição; mas isso significa: criada por um decisionismo de uma expertocracia de justiça. “Fatores perturbadores” de base democrática que querem, de fora, pôr em questão a uniformidade desse sistema são obrigados a lançar-se no mesmo terreno metafísico para fins de legitimação, e estão, portanto, terminantemente submetidos aos expertos em legitimação. Face ao conteúdo atual da realidade da teoria

<sup>183</sup> Termo cunhado pelo movimento filosófico de crítica social radical conhecido como Escola de Frankfurt. Ver ADORNO, Theodor. HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

contratual duonivelada e sua combinação eclética entre absolutismo e delimitação feudal-corporativa de domínio, o monismo democrático de Kant ainda se revela uma utopia.<sup>184</sup>

Quando os políticos profissionais<sup>185</sup> afirmam, quase em tom irônico, que certa “lei não pega”, em verdade, a expressão pode ser traduzida como “certa lei não tem ressonância nenhuma na vontade popular e, por isso mesmo, não é respeitada”. No entanto, dificilmente, essa resistência vem em forma de “desobediência civil” (seja pacífica, seja violenta), eis que, como dissemos noutro tópico, a lacuna de participação política acaba refletindo numa resistência “levada ao Poder Judiciário”. Os juízes são convocados a escudar os supostos direitos reclamados pelos cidadãos, numa demanda por dignificação política que, desse modo, será sempre e inevitavelmente crescente, criando, em algum momento posterior, a sensação de ineficácia também do aparelho judiciário para receber esses pleitos. Consoante Maus<sup>186</sup>:

O processo de refeudalização, que já repousa no deslocamento da política dos centros clássicos para poderosas sub-políticas incontroláveis na economia técnica e ciência, ainda é mais acentuado através do favoritismo da justiça como instância de arbitragem descentralizada e meramente reativa.

O grande problema, conforme alertamos antes: se resistir às leis ditadas pelos poderes constituídos é medievalesco, valer-se de um poder constituído – o Judiciário – para enfrentar os outros é ainda mais danoso à prática democrática ideal. Antoine Garapon<sup>187</sup> ironiza que o Judiciário sirva de anteparo contra os demais poderes:

O juiz torna-se o novo anjo da democracia e reclama um *status* privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção quanto ao político. A justiça completará, assim, o processo de despolitização da democracia...Eis a promessa ambígua da justiça moderna: os *petits juges* nos livram dos políticos venais, e os grandes juízes, da própria política. A justiça participa dessa repulsa ao político tanto pelo desvio aristocrático como pela tentação populista. Mas, poderia o ativismo judiciário ser concebido sem o elemento novo que nossa democracia não consegue incorporar: a mídia?

<sup>184</sup> MAUS, Ingeborg. *O Direito e a Política...*, ob. cit., p. 51-52.

<sup>185</sup> Não é necessário ressuscitar a discussão doutrinária acerca do tipo de mandato passado aos representantes eleitos (se estes podem ou não elaborar seus atos, inclusive leis, sem o consentimento dos eleitores), mas interessa dizer que não é possível ficar simplesmente repetindo, sob outra roupagem, práticas políticas pré-democráticas.

<sup>186</sup> MAUS, Ingeborg. *O Direito e a Política...*, ob. cit., p. 30.

<sup>187</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia...*, ob. cit., 74.

Isto é, a *cidadania* fica sem políticos e sem Política, através da atuação de um poder constituído, sem ter feito nada num sentido ou no outro <sup>188</sup>. Dessa maneira, tem-se, nitidamente, que a escolha da cidadania não pode ser apenas respeitar ou não à lei. O fato de não participar na elaboração desse instrumento e, em seguida, ter de simplesmente aderir à sua aplicação ou suportar o castigo pela desobediência é mesmo um dilema pré-democrático.

Marcelo Continentino <sup>189</sup> revela, sob viés procedimentalista, que um dilema verdadeiramente democrático e, portanto, adequado à contemporaneidade, seria aquele mesmo que constitui a apreensão estrutural desta pesquisa: a maneira de incluir todos os interessados nas decisões no Estado Constitucional se tornar mais viável que a maneira de forçá-los a cumprir o que já restou decidido sem sua participação direta:

A dimensão pragmática assume o fundamental papel de estabilização das relações, reduzindo a indeterminação do direito precisamente porque é ela que enfoca a Constituição como um documento público intersubjetiva e comunicativamente compartilhado, donde se extrairá a legitimidade e a autoridade das decisões que a interpretam. No paradigma procedimental do Estado de Direito, a legitimidade do direito está na nota de que todos os cidadãos se sintam a um só tempo autores e destinatários da norma, de forma que a legitimação do processo de interpretação da Constituição se verificará na proporção da crescente participação das pessoas por ela abrangidas. Sob a dimensão pragmática, a interpretação da Constituição se legitima partir do momento no qual todos os destinatários têm direito de voz para manifestar suas respectivas visões, opiniões e pretensões sobre o que a Constituição diz e não diz. Cada interpretação surgida no seio da comunidade, em verdade, corresponde a uma pretensão de verdade sobre o texto constitucional. A legitimidade da interpretação se afere com a submissão dessa pretensão ao teste de universalização. No discurso de comunicação sobre a Constituição, garante-se e preserva-se o exercício das autonomias pública e privada de cada um dos membros da comunidade; legitima-se a Constituição, em última instância.

Frisou-se, na passagem, o exercício das autonomias, como condição pressuposta ao ingresso na discussão e na deliberação sobre os problemas constitucionais, o que, uma vez mais, remete à expressão de Adorno “sociedade de massas” (donde vem “democracia de massas”), no sentido de que a liberdade individual – na condição de pilar básico do liberalismo oitocentista – há, pelo menos um século, não tem mais os mesmos contornos. Ser livre, nesta quadra histórica, pode até traduzir algo maior que a liberdade pregada pelo Iluminismo, no entanto, enquanto categoria filosófica, essa liberdade, hoje, é ilusória. É dizer, a liberdade num mundo em que os meios de comunicação dominam a opinião pública,

<sup>188</sup> Nessa direção, Phillippe Raynaud afirma que o controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é “um dos maiores fatos políticos deste final de século XX”. RAYNAUD, Phillippe. *Le juge, la politique et la philosophie: Situations de la démocratie*. Paris : Gallimard/Le Seuil, 1993, p. 110.

<sup>189</sup> CONTINENTINO, Marcelo C. *Revisitando os fundamentos...*, ob. cit., p. 90-91.

centralizam e padronizam as condutas e propagam determinado método de atingir a felicidade, a partir de um modelo econômico e social de exclusão e de individualismo, não parece, nem de longe, a liberdade em sua acepção ideal.

Existe uma série pré-estabelecida de condicionantes para a vida comunitária e que, possivelmente, não se alterarão por gerações, de maneira que o indivíduo que nasce sob a égide de determinados conceitos e paradigmas, muito provavelmente, não irá conseguir se desvencilhar deles pelo tempo inteiro de sua existência <sup>190</sup>. Séculos atrás, as dinâmicas que mantinham os conceitos e paradigmas erguidos, em geral, eram a tradição e a força bruta. O mundo “pós-moderno”, ao contrário, trocou a tradição pela absoluta lacuna de raízes culturais e a força bruta pela dominação mental-cultural (o tendenciamento, a sugestão psíquica), portanto, tornou-se sensivelmente mais complexo o processo de rompimento com essas duas novas dinâmicas.

A propósito disso, o capitalismo, sistema econômico dominante desde as revoluções burguesas na Europa dos séculos XVII, XVIII e XIX, aliado à democracia deferiu poderes indizíveis às corporações, que, de um modo ou de outro, tolheram as liberdades individuais, inclusive e principalmente, a de participação política. Hoje, o interesse de empresas é o autêntico interesse propulsor do Estado, das tradições (ou da falta delas), da cultura (ou da falta dela), do uso da força bruta e, particularmente, propulsor de determinadas oportunidades de omissão estatal.

Ora, o próprio conceito de soberania estatal se enfraqueceu a ponto de se discutir sua total eliminação. O *supercapitalismo*, como vimos tópicos antes, apoderou-se do Estado, de modo que este passou a espelhar apenas os interesses empresariais (que financiam as campanhas e as ações dos governantes) e olvidou os interesses da cidadania. Esta, gradualmente, tornou-se prescindível no esquema democrático – melhor dizendo, começou a ser tangível, através do controle de suas vontades por intermédio do dinheiro. É como se os anseios populares fossem somente os anseios ditados pelas grandes empresas e seus contingentes manobráveis.

---

<sup>190</sup> A *incerteza e o mal-estar da Modernidade*, nessa conjuntura, dizem respeito às maneiras peculiares como o mesmo sistema econômico capitalista e seus efeitos se manifestarão em cada momento, por conta da moldabilidade essencial ao capitalismo.

A anulação do juízo crítico dos cidadãos (ou, antes, a tentativa de impedi-los de formá-lo) se dá pelo espalhamento perene do supercapitalismo em toda a educação formal e informal do indivíduo, substituindo as potenciais virtudes cívicas desse por apetites que melhor convierem ao mercado em cada momento. Apesar do tom amargurado dessa constatação, é preciso sinalizar, por outro lado, que não se pode imputar culpa alguma do mercado nisso, sob pena de incorremos no erro de personificar a figura do “capital”.

Pois sim, é possível cobrar ética e responsabilidade daqueles operadores centrais do mercado, mas não se esperar isso deles, se ética e responsabilidade gerarem mais despesas que lucros. Nesse ponto é que o engajamento político – apesar do supercapitalismo nos ladeando a todo instante – se transforma em tarefa da sociedade. A dinâmica de mercado deve compreender que os consumidores também se desvencilham de suas máscaras individualistas em nome de suas personalidades cidadãs. Portanto, o que se almeja é participação comprometida, sem sátiras vagas nos meios de comunicação, que nada sugerem ou solucionam, nem opiniões pré-fabricadas pelas máquinas mercadológicas, que pareçam entender de cada coisa um pouco, sem entender, no final, de quase nada.

Nessa lógica, o déficit de cidadania é causa e consequência da pobreza, da corrupção na política, do subdesenvolvimento econômico, da dominação da política e do Direito pelo mercado e, para completar o quadro desolador, é causa e consequência do aumento no próprio abismo de participação democrática, o que nos aproxima das discussões acerca das tipologias “democracia formal” e “democracia material”, ou seja, das controvérsias se o nosso regime político é apelidado de *democrático* apenas por marcar eleições periódicas para escolha de representantes ou se adjetivarmos o Estado de democrático quer dizer algo além disso.

Os apontamentos deste trabalho sugerem uma democracia material como a única verdadeiramente prevista no texto constitucional, destacadamente quando este resgata o poder constituinte do povo e a soberania popular, enquanto elementos fundantes. Nessa ordem de ideias não é estranho que o Estado seja o maior incentivador da cidadania ativa: sua missão principal é essa, mesmo, visto que, pela ordem constitucional construída, sem participação popular não há legitimidade na tomada de decisões<sup>191</sup>. Conceitos atuais de cidadania devem

---

<sup>191</sup> “A atual volta do desenvolvimento histórico da soberania do Direito, acima da soberania da instância legislativa, para a soberania popular realiza-se com um entendimento compacto da idéia Kantiana da *res publica noumenom* em conformidade com uma “lei fundamental” que se inscreve na reforma jurídica paulatina de tal

levar em consideração a existência de milhares de domínios virtuais que facilitam o acesso dos indivíduos a ideias e tentativas de solução sobre cada ponto das principais discussões públicas que permeiam o planeta.

Dessa maneira, com o apoio da tecnologia, a soberania popular, podendo ser exercida sem intermediários inclusive <sup>192</sup>, une-se à expressão *sustentabilidade*, que tem sido utilizada sem receios em diversas áreas do conhecimento, produzindo até uma falsa noção de consenso entre elas, quando, de fato, há diversos discursos que acionam esse mesmo paradigma para concluir de forma distinta. No nosso campo, maneja-se a expressão “sustentabilidade democrática e cidadã” <sup>193</sup>, ainda com poucas balizas fincadas sobre o tema.

Aliás, muitas conexões podem ser tecidas desde “sustentabilidade democrática e cidadã”, locução essencialmente polissêmica. Porém, detemo-nos ao sentido de ideologia e processo empírico que advogam relações de poder equilibradas e intensas entre as instituições e os cidadãos, permitindo que a discussão e a deliberação públicas construam cada espaço institucional.

Democratizar cada ambiência política, econômica e social é diferente de simplesmente lhes colocar uma “maquiagem” democrática, portanto, o fenômeno buscado não combina com uma democracia “pano de fundo”, que não altera substancialmente as relações em prol de equilíbrio de forças. Por isso a ideia de sustentabilidade se insere, nessa matéria, como categoria para repensar a democracia e, via de consequência, a cidadania.

---

forma “que o Direito organiza sua própria efetivação”. A idéia original de Kant, de que essa “lei fundamental” não seria nada além do que o próprio princípio da soberania popular que, por sua vez, fundamenta todo o Direito, inclusive o direito constitucional, perpassa pelo entendimento jurídico atual que entende toda política e legislação positiva como realização direta dos conteúdos constitucionais *a priori* (pré-dados)”. MAUS, Ingeborg. *O Direito e a Política...*, ob. cit., p. 32.

<sup>192</sup> “O projeto de Kant, de uma forte democracia radical (segundo a linguagem de hoje) tinha, juntamente com seus demais representantes, a intenção comum de opor ao arriscado reconhecimento do monopólio estatal do poder a evidente concentração da soberania legislativa junto ao povo (ou aos seus representantes), de forma que o povo permaneça submetido ao poder estatal e o poder estatal, por sua vez, seja dependente da legislação do povo. A garantia da liberdade desse sistema de divisão de poderes, baseado na soberania popular – em oposição ao de Montesquieu e ao de uma monarquia constitucional ou de uma democracia presidencial – não repousa no equilíbrio e controle recíproco de poderes parcialmente soberanos, e sim, no antagonismo de soberania popular e poder estatal. Entende-se que esse modelo de democracia forte, em que toda aplicação do poder estatal através de sua vinculação legal é dependente da proposição de objetivos e controle da base social, dependente da determinação material das leis para que se consiga a sujeição do aparato estatal”. MAUS, Ingeborg. *O Direito e a Política...*, ob. cit., p. XXII.

<sup>193</sup> A soberania, portanto, seria sustentada pela democracia com cidadania. A distinção, nesse caso, fica por conta do adjetivo “cidadã”, eis que “sustentabilidade democrática” pode advir de uma democracia puramente indireta, representativa, mas a lembrança do termo cidadania remete, inevitavelmente, à participação intensa dos indivíduos na tomada de decisões.

Através daquilo que exprime o termo sustentabilidade (tão propalado pelos ambientalistas), desvela-se uma economia que favoreça a solidariedade e um mercado regulado, políticas públicas de suficiência (eficiência somada ao uso de recursos finitos e, por vezes, não renováveis), Estado regulador de políticas redistributivas e educação cidadã (imprimindo consciência acerca da dignidade), criando, enfim, um meio onde liberdades reais<sup>194</sup> podem superar as liberdades formais, ou seja, onde se substitua a democracia formal pela democracia substancial.

Essa necessidade de intrademocratizar, de microdemocratizar, interessa-nos por conta, também, do ranço da ditadura militar, ainda próxima historicamente, que forçou a nova ordem constitucional a lançar sobre quase todas as instituições novas bases, que, somente agora vão se sedimentando. Ainda que passadas duas décadas, somente agora os órgãos públicos, a imprensa e as entidades do terceiro setor estão aprendendo a se democratizar de dentro para fora, antes de cobrar apenas a democracia do lado de fora. É dizer, querer democratizar o país, desde as mais altas esferas de poder até o mais sofrido cidadão é muito mais intrincado que começar o processo incluindo esse cidadão em associações de bairro e associações de pais de alunos, por exemplo, que pratiquem a democracia, a fim de que esse sistema de decisões seja incutido como cultura, tanto quanto já é conhecido enquanto regime político.

Não se confunda essa nova articulação social e política com movimentos *altermundistas*, pregadores de um outro mundo possível. Não se trata de imaginar um mundo todo transformado: são necessários apenas civismo e boa-vontade para (re)democratizar, de dentro para fora – de baixo para cima – todas as instituições e todas as relações sociais, econômicas e políticas.

Cuidou-se da cidadania, insistentemente, não porque esquecido o papel dos outros poderes (constituídos), mas, ao contrário, porque se deve lembrar que eles, igualmente, são compostos de cidadãos: o Estado, por si, é uma ficção, naturalmente uma ficção. Logo, a força de uma educação para a cidadania participativa e crítica, causadora de “sustentabilidade democrática e cidadã”, é a mesma força que impulsionará as instituições para um futuro que respeite as discussões e deliberações tomadas pela cidadania.

---

<sup>194</sup> SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

Nesse raciocínio, defendemos uma *democracia de direitos* (vista como quarta onda democrática, após uma democracia de confiança, uma democracia de partidos e uma democracia da informação, tal dissemos) porque é tempo de uma nova era de democracia, em que a dianteira cabe aos cidadãos. Não há mais sustentabilidade, não há mais recursos encontráveis no Estado, inclusive pelo quase-esgotamento do Poder Judiciário, se a democracia permanecer traduzindo apenas um trabalho de líderes políticos (profissionais, na maioria das vezes), ou apenas um trabalho de partidos, ou mesmo apenas um trabalho da mídia: é cogente, neste século, unirmos todos esses anteriores e mais a ativação da cidadania.

A soberania popular numa *democracia de direitos* resgata a necessidade de todos os poderes constituídos, por missão, efetivarem direitos e o poder do povo ser considerado o autêntico e dinâmico poder constituinte<sup>195</sup>. O Judiciário, portanto, guardaria a interpretação que melhor se direcione à concretização dos direitos fundamentais; o Legislativo criaria leis a partir da limitação de não ferir – e, por outro lado, sempre incrementar – direitos fundamentais; o Executivo aplicaria recursos de forma responsável e planejada, decantando os fundamentos constitucionais e; por derradeiro, mas não necessariamente nessa sequência, o corpo político da cidadania fiscalizaria e expressaria suas decisões aos demais poderes, além de torná-las palpáveis *sponte propria*, isto é, sem delegar suas prerrogativas de cumprir os direitos, sem fazer-se representar por profissionais eleitos ou concursados.

Depois do que escrevemos sobre a *internet*, por exemplo, como ferramenta tecnológica que poderia auxiliar tremendamente esse discurso idealizado a se concretizar, não se pode descrever nele. A *internet* verdadeiramente criou uma nova prática democrática, na medida em que a liberdade de expressão, uma das pilastras sobre as quais se sustenta o edifício democrático, fora absurdamente ampliada. Todos os novos caminhos de intercomunicação desenvolvidos pelos usuários (*twitter, blog, orkut, facebook, flickr, sonico, email, MSN* etc.) levam a uma disseminação instantânea de toda espécie de notícia e uma combinação, igualmente instantânea, de milhares de opiniões por segundo.

---

<sup>195</sup> “O poder constituinte atua de forma permanente. Ele se refere ao povo concreto, com autoridade e força para estabelecer a constituição, manter sua pretensão normativa e revogá-la. A manutenção ou erosão da normatividade constitucional está ligada à permanência do poder constituinte, fonte da sua força normativa”. BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição...*, ob. cit., p. 34-35.

As constantes enquetes, em diversos domínios virtuais, os murais onde se podem manifestar agrados e desagradados sobre os papéis dos poderes constituídos, as correntes de emails que espraíam movimentos (municipais, estaduais, regionais, nacionais, internacionais e globais, e ao mesmo tempo) a favor ou contra determinados posicionamentos políticos, culturais, religiosos, econômicos *etc.*, tudo isso concatenou uma teia de informações capazes de manter a cidadania em estágio constante de vigilância.

Assim, é de se reconhecer que a participação, nos dias atuais, é menos uma questão de repressão política ou cultural, ou institucionalizada (não deslembro que essas variantes ainda persistem), do que uma questão de interesse ou desinteresse individual ou coletivo. Mas, que de alguma forma a participação política é franqueada aos cidadãos, ao menos no exemplo da democracia brasileira, sim, ela é.

Portanto, com maior amplitude e maior rede de relações entre os participantes, em raciocínio meridiano, aumenta-se a complexidade dessa participação e do seu efetivo campo de influência na tomada de decisões. Por isso as sugestões teóricas do capítulo anterior garantem que essa intensa, difusa (e, às vezes, confusa) participação seja assimilada pelos representantes da sociedade escolhidos para criar as leis, as decisões judiciais e formular as políticas públicas.

De outro lado, carece observar algo primário na discussão: admitindo que essa participação seja reputada relevante – ou muito relevante – na cena democrática, aqueles que a controlam indiretamente não influenciariam o processo de tomada de decisões?

Primeiro, a virtualização da discussão pública, claro, não a exauriu naquele meio (eletrônico), todavia, absorveu muito de várias possibilidades exteriores – as rádios, os jornais e as revistas, por exemplo, estão em ambiência magnética também, e, não apenas, os panfletos e os manifestos puderam ser virtualizados – de modo a completar um ciclo, ao mesmo tempo, virtuoso e vicioso para a democracia. Virtuoso, na óbvia medida de facilitar e dispersar os canais de participação entre bilhões de usuários de um mesmo sistema e que se (inter)conectam em tempo real. Vicioso, porque na contramão da especialização (*expertização*), essa cidadania, que seria, em tese, mais vigilante e mais alerta – porque com

infinitas, renováveis e constantes fontes de informação – tornou-se mais passiva e, no máximo, mais sarcástica<sup>196</sup>.

Nesse sentido, é fato que o controle dos meios de comunicação, especialmente os acessados pela *internet*, tem o potencial de desviar ou até vincular partes importantes do debate público acerca de qualquer problema, em qualquer nível. Não tecendo juízo de valor sobre o trabalho das empresas, mas, a título de ilustração, os gigantes Google e Yahoo, v.g., sozinhos, poderiam espalhar centenas de informações, durante um dia, a partir dos contornos que quiserem definir: as notícias e os dados serão analisadas sob uma ótica mais otimista ou mais pessimista, de acordo com o pensamento dos editoriais contratados por aqueles oligopólios. Contudo, o risco de vícios nas informações somente seria corrido se a cidadania continuasse como esteve nos últimos anos, uma apatia coletiva. A população que busca fontes alternativas de informação, como lembrado por Robert Dahl, não enfrenta esse risco de maneira incauta.

Dessarte, o principal atrelamento conceitual para uma cidadania revisitada, atualizada, reverbera no termo “participação”, resgatando uma intrínseca ideia de movimento, de interesse, de despertamento, de pertencimento, de vigilância, de monitoramento, de controle, enfim. De sorte que apenas se denomina cidadão aquele que monitora a maneira de viver da comunidade, com vistas a fazer avançar o bem-comum – atingindo a felicidade individual e coletiva. Não se pode chamar cidadão aquele que tão-só busca meios de sobreviver, não se importando com as discussões maiores de seu Estado.

Os caracteres de *bios* (natural) e de *polis* (cultural) que o cidadão carrega são, desse modo, variados entre si; o problema é quando continuam distanciados entre si. O imbróglio de todas as teorias que tratam do tema é empírico: como forçar a todos a se interessar pela gestão da coisa pública? Como impelir a todos ao desejo de discutir a melhoria geral de vida?

A primeira solução, até certo ponto óbvia, aparece com a instrução formal. A escola e a universidade, *loci* prestigiados para o nascimento do homem preocupado com o futuro da comunidade política. Mas, além disso, o que há? Num país emergente (expressão já famosa,

---

<sup>196</sup> Em vez de reclamações fundamentadas, contabilizando-se como opiniões sérias e contempláveis no contexto político, o público, na maioria das vezes, opta pelo escracho aos demais poderes e ponto final. Não há busca de soluções, não há construção de conclusões para auxiliar à tomada de decisões, ou mesmo, decidir, de logo. É simplesmente remexer as posições tomadas pelos líderes em cores mais fortes e mais satíricas.

quase substituta de “país em desenvolvimento”, “terceiro mundo remediado”), feito o Brasil, em que há dezenas de milhares de analfabetos absolutos – e analfabetos funcionais – como pensar noutra solução, que não seja a instrução formal?

Também, aqui, existe uma resposta até certo ponto óbvia: atingir esse público só é viável por meio da mídia <sup>197</sup>, é dizer, através de uma espécie de educação informal. Esse contingente, quase sempre espoliado na economia é, exatamente por isso, alijado do processo escola-universidade e, dessa maneira, asilado dos principais debates sobre qualquer tema central para o Estado brasileiro. Agora, de outra banda, há determinados indivíduos que tiveram a oportunidade de passar pela educação regular, não obstante, continuaram como que intactos a qualquer sistema de discussão em prol dos avanços de sua própria comunidade. A estes a mídia se aguça, ainda mais profundamente, pois as mensagens são entendidas com maior rapidez.

No entanto, destaca-se, logo, a decisão de quem irá se apropriar da mídia – e como – para transmitir as mensagens que os indivíduos devem ouvir para uma metamorfose em nome da cidadania ativa. E, mais, que mensagens seriam essas, precisamente? Uma vez mais, resposta pode ser imaginada: o Estado deve regular a dinâmica de interação entre mídia e indivíduo, por certo que sem censurar ou estabelecer diretamente o conteúdo e a programação, porém, intervindo sutilmente em pontos delicados, como as propagandas comerciais e as de utilidade pública, a fim de promover um consumo ético e responsável, ou nos programas educativos, a fim de se promoverem os valores reitores da Constituição e se evitem distorções graves nesses materiais.

A sustentabilidade democrática e cidadã, neste instante e pensando numa realidade possível para o Brasil, ainda depende muito de atitudes estatais, isto é, a ativação da cidadania não tem como ocorrer espontaneamente. Aliás, nem se sabe, ao certo, quais das décadas (as de Estado autoritário ou estas duas de Estado “democrático”) foram mais silenciosas, por parte da cidadania. Na ditadura, as gerações e frações sociais que possuíam um inimigo em comum (o próprio Estado) eram silenciadas a cada vitória dele. Na democracia, sem um inimigo que

---

<sup>197</sup> Com todas as cautelas que essa sugestão possa levar: “Defender a mediatização da justiça como meio de a tornar transparente é uma ilusão. É que na comunicação social as regras do jogo estão determinadas ou por exigências políticas ou por exigências comerciais (nomeadamente dos anunciantes publicitários). As leis de mercado comandam a produção das imagens e notícias rentáveis. Os tempos de antena custam caro e todo tempo morto é dinheiro perdido. A selecção das notícias e das imagens escapam ao nosso controlo. Vemos o que nos querem mostrar”. AFONSO, Orlando Viegas Martins. *Poder Judiciário...*, ob. cit., p. 179.

esmaga em nome do silêncio, os cidadãos parecem ter se desnortado, não sabendo bem por que lutar.

## 6.1 A Jurisdição (guardiã) Constitucional

A partir dessas novas disposições para a *cidadania* e a *soberania popular*, não existirá, naturalmente, uma jurisdição senhora da constituição, proprietária exclusiva da interpretação da Carta Política, mas sim uma jurisdição – como deveria ser, por missão – guardiã dos direitos fundamentais ali inscritos.

A ambiência democrática ideal denominada aqui, na esteira de Stephen Griffin, *democracia de direitos*, é espaço de discussão e deliberação públicas mais complexo que a *polis* helênica, porque exigindo inclusão – e não exclusão – no sentido de que todos os participantes de uma comunidade potencialmente ou virtualmente seriam seus cidadãos.

Como se antecipou, páginas atrás, quando discorrendo sobre a *paideia*, a *polis* grega pode ter sido o nascedouro da democracia, da maneira como conhecida entre nós, não obstante, a exclusão, naquele regime político era sabidamente maior que a inclusão. É cediço que mulheres, escravos e estrangeiros não participavam das assembleias públicas, isto é, praticamente 90% (noventa por cento) da população foram alijados do processo de deliberação.

Hoje, após a revolução tecnológica de que se tratou, o percentual se inverteu. A começar pela quase inexistência de escravos (não se desconhece a ocorrência de escravidão, ou condições análogas, em diversos pontos do mundo e, mesmo, do Brasil), as mulheres e estrangeiros (naturalizados ou residentes no país, com título de eleitor) são conclamados a participar e, inclusive, no que toca às discussões e deliberações públicas, as crianças e adolescentes influenciam e, em diversos instantes, são fundamentais.

De maneira que a jurisdição, implicada nesse sistema de prelazia do poder constituinte (não apenas representado pelo povo, mas exercido direta e constantemente pelo povo), encontrará seu relevante peso para a democracia na função de garantir todas as vias democráticas possíveis abertas à fluidez da cidadania e, por certo, garantir que todos os direitos fundamentais sejam cumpridos, quando o esforço da *cidadania ativa* necessitar do

reforço de uma decisão judicial para tanto. A propósito, a locução “oposição dramatúrgica”, de Jacques Lenoble, é lembrada por Antoine Garapon<sup>198</sup>, em referência a essa pretensa disputa entre a soberania popular e o que o autor francês denominou “soberania dos juízes”:

Só podemos sair desta “oposição dramatúrgica” entre a soberania popular e os juízes, de que fala Jacques Lenoble, se concluirmos que a transformação do papel do juiz corresponde à transformação da própria democracia. As transformações da democracia contemporânea devem-se menos ao crescimento do desempenho efetivo do juiz do que à importância do *lugar simbólico* que ele vem conquistando, quer dizer, à própria *possibilidade* de sua intervenção.

A crítica de Garapon exige mudança de postura dos próprios magistrados de modo a auxiliar a alteração da própria democracia, mas, sutilmente, adverte que a só possibilidade de intervir em qualquer caso (segundo a disposição constitucional brasileira [art. 5º, XXV, CF], “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) sempre garantirá o lugar simbólico já conquistado pela Justiça.

Para se atingir esse ponto, em algum momento, a discussão observará os parâmetros das teorias dialógicas. Esses estudos, aperfeiçoados em particular pelos autores da *Commonwealth*, pela característica de direito costumeiro, pregam a necessidade de um desenho institucional permeável ao constante diálogo entre as estruturas de poder<sup>199</sup>.

Um dos componentes dessas teorias é um “controle de constitucionalidade fraco”<sup>200</sup>, a fim de que a questão da constitucionalidade seja decidida por várias instâncias políticas. Diz-

<sup>198</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia...*, ob. cit., p. 46.

<sup>199</sup> Konrad Hesse já prenunciava: “Ademais, amiúde, uma série de medidas estatais só é executável se se conta com o concurso ou, ao menos, com a aprovação das forças econômicas ou de certos poderes sociais, e isso é algo que o Estado tem que conseguir por via de negociação.” HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais...*, ob. cit., p. 17.

<sup>200</sup> “Dentro deste perfil mais modesto e menos poderoso de Poder Judiciário proposto por TUSHNET (2003), a característica precípua a ser ressaltada é a ausência de supremacia judicial – o que, para nós representa uma grande mudança em relação às concepções mais tradicionais. O autor realiza uma distinção entre *Thin Constitution* e *Thick Constitution* (TUSHNET, 1999: 9-14), sendo que a primeira seria o “núcleo duro” da constituição, trazendo o repositório dos princípios e garantias fundamentais do cidadão, tais como igualdade, liberdade e livre manifestação de pensamento. De outro lado, a *Thick Constitution* contém muitas disposições sobre a organização e detalhes sobre o funcionamento do Estado, as quais só possuem importância quando analisadas em conjunto. TUSHNET afirma que os legisladores prestam juramento de cumprir a constituição e não de cumprir a Suprema Corte, pois o que foi decidido não é necessariamente o significado da constituição. Desta forma, se os legisladores entenderem que a Suprema Corte interpretou de forma errônea a constituição, têm o dever de desconsiderar o que foi decidido pela corte. Defende, nesta linha de argumentação, um Direito Constitucional popular, em que a responsabilidade pela interpretação constitucional está dividida de forma ampla, não sendo atribuída força normativa superior às interpretações oriundas das cortes, em detrimento de um Direito Constitucional elitista, baseado exclusivamente nas decisões da Suprema Corte. Este Direito Constitucional popular teria por base a *Thin Constitution*. Afirma, inclusive, que as pessoas poderiam ignorar decisões das cortes sobre a constituição, se tais decisões estivessem distantes da *Thin Constitution*. VIEIRA, José Ribas. DUARTE, Fernanda. *Teoria da mudança...*, ob. cit., p. 94/95.

se que uma atuação menos ativa do Poder Judiciário pode auxiliar na efetivação de direitos. Por certo, não se propala a inação ou a omissão dos juízes em combater os desvios cometidos (às vezes baseados em atos normativos), porém, requer-se uma composição de diálogo constitucional entre os envolvidos na cena decisória e democrática, para diminuir as tensões entre Direito e Política.

As teorias do diálogo institucional afastam a supremacia de um único poder constituído – no caso atual, a prevalência do Judiciário – pela razão lógica de que a relação de *dominação* dificulta (ou mesmo impossibilita) a inteiração e a sinergia entre os atores democráticos, enquanto que a dinâmica da *coordenação*, ao contrário, é ideal para o diálogo. Aproximadas ao debate sobre o constitucionalismo cooperativo, essas doutrinas compreendem o Legislativo como poder ideal para o papel realizado agora pelo Judiciário, o de representação dos anseios sociais. O pretório apenas barraria as agressões aos direitos, em peculiar aos direitos fundamentais.

No bojo desses modelos teóricos, ressalta-se a importância dada aos movimentos sociais – inclusive pelo número de envolvidos neles, tornando suas decisões melhor legitimadas que as decisões judiciais. Não que a quantidade (o argumento majoritário) sempre defina a legitimidade, mas, é inelutável, que as ações hauridas da própria cidadania atentam privilegiadamente ao Interesse Público.

Há como se criar uma tradição de *conversação*, uma cultura política de participação na efetivação dos direitos, por todos os imbricados nesse processo: Executivo, Parlamento, Cortes e sociedade. Cada um, sozinho, pôde demonstrar sua insuficiência, todos falharam em algum instante histórico, para servir de exemplo à posterioridade. O que se demanda, hoje, é que os quatro, juntos, façam a Constituição sair do papel.

Questão central nessas teorias é impedir que o Judiciário exerça dupla representação, a de seus próprios interesses, enquanto estrutura de poder e a do povo, exercendo uma espécie de tutela da comunidade, ou seja, é preciso delimitar a abrangência da participação judicial nesse processo de conversação institucional, para que a Justiça não argumente por si e por todo o público interessado, como se fosse o Legislativo representasse ideologicamente a sociedade, o Executivo a representasse politicamente e o Judiciário, argumentativamente.

Esse molde, como demonstramos em capítulo anterior seria, respeitando as abalizadas opiniões contrárias, inexitoso, no Brasil. A realidade demonstra que aos típicos três poderes constituídos urge adicionarmos mais um, igualmente previsto na Carta Magna, o próprio poder constituinte, para que a democracia avance efetivamente. Mesmo porque este poder não representa apenas a possibilidade de emendar, revisar ou refazer a Constituição. O poder constituinte é aquele que *ressignifica* os ditames constitucionais cotidianamente, é dizer, o poder constituinte é aquele que, a todo momento, conduz a aplicação da Lei Maior.

Assim, não é viável conceber que os demais e tradicionais três poderes já representam o povo, de uma ou de outra maneira. Eles representam anseios orgânicos e estruturais, não necessariamente todos os anseios do povo. Alude-se, dessa forma, que a necessidade de organizar as instituições faz com que se tenha representantes eleitos, funcionários governamentais, juízes, ministério público, enfim, membros das departamentalizações formais de cada um dos outros três poderes. Contudo, há outras preocupações, diretas, que não dizem respeito apenas com o escalonamento e o funcionamento do Estado: o povo animar-se a discutir sua sobrevivência, sua melhoria de vida, seu progresso enquanto coletividade, tudo isso que não pode simplesmente se subjuguar à mera representação.

A cidadania é intransferível, é inalienável, não há juiz, parlamentar ou chefe executivo que compreenda, em absoluto, as vontades do povo, em cada circunstância. E não precisa, mesmo. Os cidadãos podem manifestar essas vontades, em todas as oportunidades e de todos os modos lícitos que se inventaram, sem se considerar integralmente representados naquelas pessoas que elegeram ou naquelas pessoas que, por lei e por mérito, podem julgá-los.

Após essas explanações gerais, interessa uma superficial particularização do estudo, analisando o contexto brasileiro. A tessitura democrática nacional também soma todos os fatores indicados anteriormente, porém, advindos de peculiaridades históricas e tendo implicações diversas, por isso a necessidade de determinar a aplicabilidade ou não de práticas (e soluções) tentadas antes em outros Estados Constitucionais e democráticos.

A história constitucional brasileira, de 1824 até a emenda Constitucional nº 45, em 08 de dezembro de 2004, foi marcada por um Judiciário mais distante da sociedade, sem uma maior preocupação a respeito de sua publicidade institucional ou, em especial, sem a noção de que a *cidadania ativa* poderia encontrar soluções para a crise sistêmica que a Justiça sofre.

Os juízes, em expressão de domínio público, estiveram encastelados, por séculos, até serem chamados a responder sobre tudo (e tudo de uma vez) – e entenderem que isso é impossível e até desnecessário. Os cidadãos, quando apáticos, necessitam de um controle externo, um freio para as transgressões aos seus direitos fundamentais, o que, supostamente, encontrariam nos poderes constituídos. Com efeito, numa democracia imatura, o Judiciário desponta como único guardião da lei e barreira natural às violações dos direitos, logo, revela-se no imaginário cidadão como aliado na busca de uma condição melhor <sup>201</sup>.

Sem sucesso entre os demais poderes, e observando a ineficiência também dos Tribunais, a cidadania brasileira ainda não chegou à conclusão de que a maior instância decisória é a sua própria *vontade constitucional*. Enquanto isso, o Judiciário se agiganta, no modelo institucional de representação argumentativa da sociedade, isto é, embora reconhecendo a falta de vazão dos processos, a Justiça continua tendo de se fazer representante direta da sociedade. No entanto, como todos os poderes carecem de base política de sustentabilidade, e para o Judiciário não é diferente, esse sustentáculo vem não apenas do jurisdicionado, ou do cliente da justiça, como se tem chamado ultimamente, mas dos cidadãos, em geral, ainda que não-usuários dos mecanismos judiciários.

Aliás, para todos os poderes a regra é válida, ao parlamento não basta consultar a opinião dos votantes: as leis se fazem para todos. Ao elaborador e executor de políticas públicas não basta entender os reflexos delas apenas aos diretamente atingidos, conquanto todos são reflexamente atingidos, nem que seja pelo fato de seu dinheiro (tributos) também estar ali aplicado.

Nesse sentido, o Judiciário começa a se preocupar com sua ação política, enquanto poder constituído <sup>202</sup>. O Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, desafogou as apreensões

---

<sup>201</sup> Com isso, as demandas se multiplicaram, em busca de resolver todos os problemas da democracia – sempre imperfeita – mas não houve uma contrapartida: o número de órgãos decisórios no Judiciário não conseguiu suplantar a absurda pletera processual.

<sup>202</sup> “Como conclusão final sobre os diferentes aspectos que envolvem a democratização externa do Poder Judiciário, considerando a relação desse ponto com o papel social e político da magistratura, é necessário e oportuno observar que os órgãos do Poder Judiciário devem empenhar-se constantemente pela melhoria dos serviços em todos os níveis, agindo abertamente, dando publicidade aos seus planos e às suas necessidades. Desse modo o próprio povo, que é o maior interessado, irá pressionar o Executivo e o Legislativo no sentido de que não neguem ao Poder Judiciário, sem uma justificativa séria, os recursos necessários. A democratização do Judiciário fará do povo seu primeiro defensor e principal aliado, o que, em última análise, aumentará a possibilidade de democracia”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes...*, ob. cit., p. 157.

administrativas que cabiam exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, antes do (re) desenho institucional realizado pela Emenda nº 45/04.

As campanhas para centralizar as estatísticas do Judiciário, a criação de canais de participação cidadã, com sugestões e críticas, as propagandas institucionais da atuação dos juízos e tribunais, divulgando as boas ideias colocadas em prática pelo país, as campanhas sociais realizadas, as revisões e as punições em processos disciplinares, as resoluções determinando o fim do nepotismo, a necessidade da Filosofia do Direito para os candidatos à magistratura, enfim, uma lista de iniciativas que, a partir de um órgão forte e talhado para a administração da justiça e a sua aproximação da *cidadania ativa* – fomentando esse mecanismo social justiça-cidadão – há significativas mudanças apontáveis para o Judiciário.

Essas mudanças, por certo, têm marchas e contramarchas. As decisões da Suprema Corte, por exemplo, começam a demonstrar um tipo distinto de atuantismo ou, por vezes, de ativismo judicial, realizando audiências públicas como técnica de legitimação, convidando à participação determinados *amici curiae* (a fim de forçar uma comunicação direta da sociedade no peso daquela decisão) *etc.* Contudo, esses atuantismo ou ativismo, por essência, ainda veem o Judiciário como reduto da moralidade e da aplicação correta dos direitos e das políticas públicas, mas, ao menos, propõem-se a ouvir as vontades expressas dos jurisdicionados e dos não-jurisdicionados.

Pois bem. Enquanto o regime de *poliarquia* e de conversação institucional não se tornar efetivo, é difícil imaginar que as expectativas sociais serão vencidas apenas com o labor de um dos poderes. Ademais, o Legislativo e o Executivo já iniciaram, outrossim, suas reservas antijudiciais. As declarações recentes dos membros do Congresso Nacional demonstram a preocupação gerada pela postura ativista dos juízes. No entanto, as sequências de escândalos maculando a imagem das casas legislativas não permitiram a recuperação total da sua legitimidade para tomar as mais relevantes decisões do país. Os representados, a cada novo período eleitoral, parecem sentir-se menos representados. A crise de legitimidade, embalada pelos episódios de corrupção, impede que a cidadania confie plenamente seus anseios a políticos profissionais<sup>203</sup>.

---

<sup>203</sup> A propósito, a figura do político profissional sequer deveria existir numa democracia ideal. A convocação ao servir à comunidade seria chamamento interno e não externo (que reclama prestígio, influência e dinheiro). Além

A luta em prol de diálogos institucionais, o combate à corrupção e a todos os fatores que degeneram a democracia, a dialética de construção de cada órgão do governo, enfim, o interesse em transformar a realidade social, econômica e política, através da discussão pública, ainda não convocou as novas gerações com tanta força e inspiração quanto conclamou as anteriores, mormente por conta da necessidade de vencer a autocracia.

Porém não se pode dizer, paradoxalmente, que a implantação da democracia tenha destruído o ideal democrático. A fase de democracia procedimental, em que restam somente as formalidades democráticas está se encerrando à medida que os indivíduos deixam transparecer seu espírito democrático, seu interesse em participar. É que o interesse da comunidade política pós-constituição de 1988 se voltou para uma crescente capitalista, individualista e liberalista – não que isso seja um mal em si – porém essa comunidade esqueceu o fomento à deliberação através de processos públicos; de construir cada instituição através de ideais e procedimentos democratizantes; de fortalecer os canais de opinião pública, através de participação direta dos cidadãos; de fiscalizar a política profissional, permitindo, por omissão, que esta servisse demais aos seus próprios interesses.

A propósito, cometeu também o pior dos esquecimentos: não escolheu nem deixou claros que interesses teria, a partir da nova ordem constitucional. Nessa toada, a política profissional se apoderou dos dois poderes, Legislativo e Executivo, e respingou com tons fortes no Judiciário, enquanto o Poder Constituinte – em tese, o mais forte entre todos<sup>204</sup> – permaneceu apenas potência.

Aquilo que deveria ter se tornado a comunidade política se transmudou para uma comunidade apolítica liderada por políticos de profissão – nem sempre de missão. A

---

do mais, como leciona Jorge Miranda: “O que importa sublinhar é que a separação entre governantes e governados deve ser compreendida não como uma abissal separação de pessoas, mas como uma necessária separação de funções. Não se trata de qualidades inatas às pessoas, trata-se de funções voltadas para a prossecução dos fins do Estado. Só há governantes em razão das normas jurídicas. Os governantes fazem tanto parte do povo como os governados. Têm de ser cidadãos do país, têm de vir do povo – seja qual for sua condição social e sejam quais forem as formas de designação. Se pode dizer-se que encarnam o Estado-poder, já não pode pretender-se que só os governados formem o Estado-comunidade. Cidadãos como ele, recrutados entre eles, os governantes não podem deixar de viver e conviver com os governados e de se integrar também no Estado-comunidade”. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado...*, ob. cit., p. 187-188.

<sup>204</sup> “O poder político é, por consequência, um poder *constituente* enquanto molda o Estado segundo uma ideia, um projecto, um fim de organização. E este poder constituinte não cessa quando a Constituição material fica aprovada; ele perdura ou está latente na vigência desta, confere-lhe consistência, pode substituí-la por outra em face da realidade política, económica e social sempre mutável”. *Ibidem, idem*, p. 214.

decorrência disso é, tristemente, conhecida: economia sem regras socializantes, perniciosa somente para as classes mais pobres, leis elaboradas sem o menor interesse manifestado pela sociedade (e, por vezes, elaboradas para não serem cumpridas), governos cujos planos de ação não tiveram clareza ou pensamento estratégico, envolvidos em constantes episódios de corrupção e, por fim, Judiciário perdido em meio a um dever de proteger direitos e de proteger o Estado, ao mesmo tempo.

Com efeito. O Judiciário se agigantou na falta de participação popular, porque a lacuna de participação acaba integrada por suas decisões: os direitos, posições jurídicas de vantagem que deveriam ser construídas através das opções cidadãs, são insculpidos pelo Legislativo ou pelo Executivo, da maneira que os representantes consideram correta. Depois, os indivíduos que se prejudicaram com seu conteúdo reclamam aos Tribunais a modificação das leis, ao menos para seus casos, em particular.

Dessa forma, as opiniões dos cidadãos a respeito de como as leis deveriam ser terminaram chegando à discussão pública somente por intermédio de suas petições iniciais, em ações na Justiça. E, por determinação constitucional, o pretório não pôde se recusar a ouvi-las, por isso, ao mesmo tempo em que se torna um canal para expressão da cidadania, o Judiciário hipertrofiou seu poder político. Ora, qualquer instituição que canalizasse os anseios da cidadania diretamente sofreria, num primeiro momento, uma crise sistêmica (as entradas seriam maiores que as saídas de processos) e uma crise de legitimação (será que alguma instituição poderia determinar tudo o que as outras devem fazer?). Joaquim Falcão<sup>205</sup> afirma:

A crise da Justiça pode ser entendida como crise sistêmica.(...) O sintoma mais evidente dessa crise é a ineficiência e lentidão dentro do Judiciário. (...) Trata-se basicamente da defasagem entre, de um lado, a quantidade de conflitos sociais que, transformados em ações judiciais, chegam ao sistema e, de outro, a oferta de decisões (sentenças e acórdãos) que buscam equacionar esses conflitos.

Assim, fora gestado um pensamento de que o Judiciário representa, discursivamente, a população, tentando fazer frente à crise de legitimidade. Enquanto isso, alguns mecanismos foram postos em prática para contornar a crise sistêmica (e de efetividade). A EC n. 45 é, por vários de seus preceitos, programática, representa nítida tentativa de presciência de um ordenamento jurídico futuro – e otimizado.

---

<sup>205</sup> BOTTINI, Pierpaolo e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (coords.). *Reforma do Poder Judiciário: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: SARAIVA, 2005, p. 16.

Desde essa modificação constitucional até hoje, de fato, como se lembrou a atuação do Conselho Nacional de Justiça, o cenário desse embate cidadania-justiça se alterou significativamente, na tentativa dialógica de que cada um ocupe seu espaço. As técnicas sugeridas em capítulo anterior vêm na tentativa de catalisar e aprofundar essa interação e essa tomada de posições, principalmente forçando uma organização prática dos cidadãos a fim de participar, para que a Constituição seja guardada por todos.

## CONCLUSÃO

Este trabalho, enquanto resultado dos debates travados nas disciplinas ofertadas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, guardou certa peculiaridade. É que, a depender do horizonte hermenêutico do leitor e da abordagem conduzida por este autor, ele poderia transitar pela Teoria da Constituição, pelos estudos sobre a efetividade da função jurisdicional do Estado, pela questão da escolha e da execução das políticas públicas, pela Sociologia e pela Ciência Política, enfim.

Porém, essa flexibilidade conceitual se deveu a seu próprio tema de fundo: a necessidade de retomar a dimensão pragmática da *soberania popular*, cujas implicações no âmbito jurídico-político-social são extremas.

Como se analisou, vive-se um instante histórico de intensas transformações mundiais, a exemplo de uma completa *globalização* (científica, econômica, política, cultural, religiosa *etc.*), de uma reorganização dos países frente a essa nova ordem global, de um capitalismo que a cada crise demonstra novas facetas e se torna aparentemente mais fortalecido, de uma ciência que divulga a *incerteza* como aquilo que há de mais certo, de uma tecnologia indomável, de uma virtualização das relações humanas, em suma, de uma complexidade da vida contemporânea sob todos os aspectos. E, nesse paradigma de uma *Modernidade Líquida*, na expressão de Bauman<sup>206</sup>, cada investigação científica se torna rápida demonstração de novas ideias que, à medida que estudam a realidade, ajudam a transformá-la.

Em um exemplo brasileiro para essas transformações estruturais radicais, percebeu-se que, a despeito da “revolução socializante” representada pela Constituição Federal de 1988 e, a despeito de se destacar efusivamente a “redemocratização” do Estado, não houve um processo político que correspondesse à democratização efetiva de todas as bases institucionais recém-criadas ou daquelas que sobreviveram à ditadura e, o que é mais grave, não houve um

---

<sup>206</sup> Ver BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida...*, ob. cit.

processo de democratização que cultuasse a participação ativa da cidadania nas decisões do Estado.

Nesse sentido, a práxis sócio-política que se desenvolveu exultou o sentido figurado do primeiro artigo da Constituição (que proclama: *todo o poder no Estado emana do povo*) em prejuízo de seus potenciais sentidos concretos. A propósito, mesmo os sentidos literais que poderia receber foram limitados, severamente, pelo próprio art. 14 da Carta Magna, ao aduzir que a *soberania popular se exerce mediante o sufrágio universal, pelo voto direto e secreto* e por intermédio de referendos, plebiscitos e sugestões de leis ordinárias ao Parlamento. Com isso, a circunstância textual mais rasa para esses dispositivos nos leva a crer que o próprio soberano somente acessa o poder *por meio de* institutos auxiliares<sup>207</sup>.

A par disso, a realidade democrática nacional (inclusive as doutrinas jurídicas e não-jurídicas que se desenvolveram nesse período, salvo poucas exceções) permaneceu fixada na ideia oitocentista liberal-elitista de que o constitucionalismo é servil, unicamente, a uma *contenção do poder*. Esse entendimento, conseqüentemente, carregou a ideia de rígida separação dos poderes constituídos, a estrita diferenciação entre representantes (eleitos) e representados (eleitores), a acepção de Estado-*leviatã*, que precisaria ser limitado em seu arbítrio e, pior, a imagem de que o Poder Constituinte se consome no momento de fundação do Estado Constitucional, remanescendo “latente”, “adormecido”, em todos os momentos posteriores da evolução daquele Estado.

Portanto, a cidadania, no sentido de povo conectado politicamente e almejando participação, fora alijada do processo político ordinário: sua “intromissão” se daria apenas nos instantes em que os políticos profissionais escolhessem – como se disse. E essa sabotagem institucionalmente gerada redundou numa tentativa de refúgio dos anseios populares junto ao Poder Judiciário, que, em tese, seria o único poder constituído obrigado a ouvir todos os reclamos individuais. Num desenrolar desse processo, o Supremo Tribunal Federal (na condição de Corte maior da jurisdição brasileira) se tornou protagonista de diversos embates políticos, nomeadamente os que envolviam a realização de direitos fundamentais através de políticas públicas que deveriam ser garantidas pelo Poder Executivo.

---

<sup>207</sup> Ver BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional...*, ob. cit., p. 154: “Essa leitura interpretativa, referente à aplicação do art. 14, é de todo o ponto formalista e se prende à Velha Hermenêutica, cuja vocação e critérios jusprivatistas desatendem, por inteiro, à evolução teórica mais recente do Direito Constitucional”.

E, então, a perplexidade que guiou esta pesquisa veio a lume: a batalha dos poderes constituídos por espaços institucionais cada vez mais ampliados (e, portanto, cada vez mais prestigiosos para cada um deles) somente tem lugar por conta de um *vácuo de poder* causado pela expulsão da *cidadania ativa* das disputas pela dianteira na tomada de decisões no Estado.

Aliás, esse banimento do povo da condição de soberano proativo para a condição de soberano *sempre-representado* e, por óbvio, soberano silencioso, é reproduzido por uma hermenêutica constitucional equivocada, na medida em que presa a ideais incompatíveis com os acontecimentos político-sociais do século XXI.

Sob essas verificações é que propusemos uma nova atmosfera democrática para o Brasil, utilizando a expressão já famosa nos Estados Unidos, nos estudos de Stephen Griffin, *democracy of rights*. Na verdade, a simples circunstância de o *controle* popular ser estudado como *razão de ser da constitucionalidade*, ou seja, enquanto *elemento-fundante*<sup>208</sup> do Estado, já tem o condão de reestruturar o debate acerca do relacionamento entre os poderes eleitos e o povo, ou, principalmente, entre o Poder Judiciário (não-eleito) e a *cidadania ativa*. A Constituição é tornada, a partir daí, uma cultura de comandar o ser e o vir-a-ser da comunidade política, e, por essa vereda, atinge um patamar ainda mais alto enquanto conquista civilizatória<sup>209</sup>, porque já não é só documento, mas cultura *civilizante*.

A *democracia de direitos*, de algum modo, responde à dificuldade contramajoritária ao fugir de suas premissas labirínticas e admitir que é o exercício democrático no Estado, como um todo, que deve ser repensado e não apenas o *ativismo judicial*. Por isso analisamos como um fato (consumado ou a se consumir, nos próximos anos) que, no paradigma de uma sociedade plural, com demanda ultracomplexa, nem a lei, nem o governo nem o pretório conseguirão internalizar todas as reivindicações das diversidades sócio-político-culturais existentes no Estado, sendo inviável o reforço desse modelo de *cidadania de justicialidade*<sup>210</sup> que se formou no país, em que ser cidadão é lutar por seus direitos na Justiça.

<sup>208</sup> Locução de PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional...*, ob. cit., p. 261.

<sup>209</sup> Ver LUHMANN, Niklas. “La Costituzione come Acquisizione Evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo e LUTHER, Jörg (orgs.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

<sup>210</sup> Essa cidadania compreende o Judiciário como a Ouvidoria-Geral dos poderes e, ao mesmo tempo, Poder Moderador, isto é, o juiz pode receber as reclamações e pode interferir sobre qualquer matéria em quaisquer dos outros poderes constituídos.

Explicitou-se que o Judiciário, embora possa ser uma arena de discussão política, não precisa sê-lo isoladamente. É imprescindível o retorno a uma tensão mínima na ideia de representação (“alguém está agindo no lugar de outrem”), afastando a *autarquização do poder* em relação à sociedade (“representante age autonomamente e representado obedece”), reconstruindo a legitimidade dos poderes eleitos a partir de mecanismos de participação popular que recobrem responsividade, transparência de atos, prestação de contas ou, para manejar um termo atual, para que se cumpra *accountability* nos mandatos.

Portanto, a mutação institucional que divulgamos neste trabalho é um procedimento a ser seguido por longo período até frutificar. Manifestar-se-á, gradualmente, na confiança dos cidadãos no trabalho de todos os poderes constituídos (não apenas nos umbrais judiciários), porque os estará acompanhando de perto, compreendendo que a geração e a proteção dos direitos fundamentais acontecem, de formas específicas, em cada ramo do Estado. Manifestar-se-á, finalmente, quando os cidadãos se considerarem tão capazes de proteger a Constituição quanto o próprio Supremo Tribunal Federal, porque a este cabe *precipualemente* esta guarda, mas à *cidadania ativa* cabe *exclusivamente* o sumo poder de manter viva a Constituição.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano.** MOREIRA, Luiz (coord.) Tradução: Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. **A nova separação dos poderes.** Coleção ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira.** Rio de Janeiro: FORENSE, 2005.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais.* Coimbra, Almedina, 1994.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch.** New Haven: Yale University Press, 1986.

BINEMBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BIX, Brian. FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind.** Transaction Publishers, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo.** Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 11ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.  
\_\_\_\_\_. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional.** 3ª Ed. São Paulo: MALHEIROS, 2004.

BORGES, José Souto Maior. *Pró-Dogmática: por uma Hierarquização dos Princípios Constitucionais.* **Revista Trimestral de Direito Público, nº 1.** São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 140-146.

BURDEAU, Georges. **O Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Reimpressão 1999.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2003.

CARRACEDO, José Rubio. **Teoría crítica de la ciudadanía democrática**. Editora Trotta, 1999.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição Constitucional & Democracia - Integridade e Pragmatismo nas Decisões do Supremo Tribunal Federal**. Editora Juruá, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, mai. 1999.

\_\_\_\_\_. **Controle de constitucionalidade e democracia**. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 215-232.

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do Controle de Constitucionalidade: Uma crítica à prática judicial brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. Editora UNESP, 2006.

COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (in) constitucional: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da Teoria Discursiva de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DAHL, Robert. **Poliarquia**. São Paulo: Edusp, 1997.

\_\_\_\_\_. **Sobre a democracia.** Tradução. Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001 (reimpressão 2009).

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional.** 2ª Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Harvard University Press, 1978.

\_\_\_\_\_. **Law's empire.** Harvard University Press, 1986.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A theory of Judicial Review.** Cambridge: Harvard University Press, 1981.

ELSTER, Jon. **Deliberative Democracy.** Cambridge: Cambridge University, 1998.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário.** São Paulo: Ática, 1989.

FRIED, Charles. **Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court.** Cambridge: Harvard University Press, 2004.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas.** 2ª Ed. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. [Prefácio de Paul Ricouer]. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GASPARI, Élio. **A ditadura envergonhada. A ditadura escancarada. A ditadura derrotada.** São Paulo: Cia. das Letras, 2002/2003.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional.** São Paulo: SARAIVA, 2009.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno.** Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRIFFIN, Stephen M. **American Constitutionalism: From Theory to Politics**. Princeton University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. **Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights**. University of Pennsylvania Journal on Constitutional Law, v. 5, Nov. 2001.

\_\_\_\_\_. **The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights**. Tulane Law School Working Paper, n. 1, set. 2003.

GUERRA, Gustavo Rabay. **A concretização judicial dos direitos sociais, seus abismos gnoseológicos e a reserva do possível: por uma dinâmica teórico-dogmática do constitucionalismo social**. Consilium. Brasília, a. 1, n. 1, 2006.

GUERRA, Willis Santiago Guerra Filho. **Processo constitucional e Direitos fundamentais**. 6ª Ed. São Paulo: SRS Editora, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: Entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1 e 2.

\_\_\_\_\_. **O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?** In: HABERMAS, Jürgen. Era das transições. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **The structural transformation of the public sphere: an inquiry into a category of bourgeois society**. MIT Press, 1989.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 1991.

\_\_\_\_\_. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: SARAIVA, 2009.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado**. Tradução: Ernildo Stein. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: o que é Iluminismo?* Escrito, 1784.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 6 Ed., 2003.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: ATLAS, 2008.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Revista Novos Estudos CEBRAP. São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002.

\_\_\_\_\_. **O Direito e a Política: Teoria da Democracia**. Tradução: Elisete Antoniuk e Martônio Mont’Alverne Barreto Lima. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MAUÉS, Antônio Gomes Moreira. **Poder e democracia: O pluralismo político na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: FORENSE, 2002.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Dez propostas para a reforma do judiciário na República Federativa do Brasil**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 3, 2005.

\_\_\_\_\_. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução: Peter Naumann e Paulo Bonavides. 5ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven: Yale University, 1996.

O’DONNELL, Guillermo. **The quality of democracy. Theory and applications**. University of Notre Dame Press, Cloth Edition, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: SARAIVA, 2010.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Discurso Jurídico e Prática Política: Contribuição à análise do Direito a partir de uma perspectiva interdisciplinar**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional**. Editora Editora Record, 1991.

\_\_\_\_\_. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I. Editora Editora Record, 1991.

ROSANVALLON, Pierre. GOLDHAMMER, Arthur. **Counter-democracy: Politics in an age of distrust**. Cambridge University Press, 2008.

ROSANVALLON, Pierre. **Democracy Past and Future**. Columbia University Press, 2006.

ROSENFELD, Michel. **O Direito enquanto discurso: reduzindo as diferenças entre direitos e democracia: notas sobre faticidade e validade. Contributos para uma teoria discursiva do Direito e para democracia**. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão. São Luís, n.10, p. 9-44, jan./dez. 2003.

SADEK, Maria Tereza. **O Judiciário em Debate**. São Paulo: Sumaré, 1995.

\_\_\_\_\_. **Magistrados: uma imagem em movimento**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey: 2002.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia Constitucional: como se mudam as Constituições**. Brasília: Ed. UnB, 1996.

SHAPIRO, Martin. STONE SWEET, Alec. **On Law, Politics and Judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Edições Afrontamento, 2001.

\_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 2ª Ed. São Paulo: Cortez, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia**. In: Antônio José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3 ed., 2009.

SUSTEIN, Cass. **Breyer's Judicial Pragmatism**. University of Chicago, Law School, 2005.

TATE, C. Neal. VALLINDER, Tobjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: University Press, 1995.

TUSHNET, Mark. **Democracy versus judicial review: is it time to amend the constitution?** Nova Iorque: *Dissent*, v, 2, n. 52, 2005, p. 59-63.

\_\_\_\_\_. **The new constitutional order.** Oxford: Princeton University Press, 2003.

TRIBE, Laurence H. **The Invisible Constitution.** Oxford University Press, 2008.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito.** Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. **O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política.** Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, 1997.

\_\_\_\_\_. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas. DUARTE, Fernanda. **Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa.** Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática.** Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008.

WALDRON, Jeremy. **On law and disagreement.** Oxford: Clarendon Press, 1999.

\_\_\_\_\_. **The dignity of legislation.** Editora Cambridge University Press, 1999.

WOLFE, Christopher. **Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?** Editora Rowman & Littlefield, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos.** Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZVIRBLIS, Alberto Antônio. **Democracia Participativa e Opinião Pública: Cidadania e Desobediência Civil.** São Paulo: RCS Editora, 2006.