

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC/SP**

Jadson Correia de Oliveira

**O constitucionalismo dialógico e as audiências públicas: Uma análise  
sistêmica do monismo plural brasileiro**

Doutorado em Direito

**SÃO PAULO  
2017**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC/SP**

Jadson Correia de Oliveira

**O constitucionalismo dialógico e as audiências públicas: Uma análise  
sistêmica do monismo plural brasileiro**

Doutorado em Direito

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, com vistas à obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Efetividade do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Roberto Baptista Dias da Silva.

**SÃO PAULO**

**2017**

Banca Examinadora

---

---

---

---

---

## DEDICATÓRIA

À Deus, senhor e criador de todas as coisas, que me concedeu a vida e uma maravilhosa família.

Reservo esse momento para render homenagens aos meus pais e irmão, por sempre acreditarem no meu esforço e por me fazerem perseverar nos momentos mais difíceis. É por vocês que busco melhorar a cada dia como filho, irmão e profissional.

Dedico os méritos alcançados nessa e em todas as outras etapas à minha mãe, personificação do amor divino na Terra, pessoa que nunca esmoreceu e que perseverou sobre os mais difíceis obstáculos. Mulher que teve dois filhos e três fígados. A sua presença foi, é, e para sempre será, o suporte que nos mantém unidos e avançando. Tudo isso é fruto da sua indescritível participação em minha vida.

Para o meu pai destino uma especial dedicatória, pois foi a pessoa que sempre me instruiu acerca da importância dos estudos pós-graduados e por ter dito, quando eu ainda era criança, que nunca devemos parar de estudar.

Ao meu irmão, que mesmo à distância por motivos profissionais, nunca deixou de estar presente no meu cotidiano.

Aos meus avós. Os paternos, Gilberto Gomes (*in memoriam*) e Wilma Eugênia pelos ensinamentos da vida religiosa e acadêmica; os maternos, Antônio Correia (*in memoriam*) e Argentina Correia (*in memoriam*), pelo amor, preocupação e valorização da educação na minha vida.

À Raíssa, pelo amor, pelo companheirismo, pela presença e ao nosso filho Bernardo que devido à pouca idade ainda não consegue compreender a importância desse momento, mas que é o estímulo constante para superarmos qualquer situação adversa.

Aos meus tios e primos, pelo convívio, pelas conversas, pelos momentos de alegria e pelo suporte em tantos outros de tristeza.

## **AGRADECIMENTOS**

À Faculdade Sete de Setembro – FASETE, em Paulo Afonso – BA, instituição na qual leciono, cujo lastro fornecido pelos debates e aprendizado com Professores e alunos foi imprescindível para o início, desenvolvimento e conclusão deste trabalho. Meu muito obrigado a todos da FASETE.

Ao Colégio Sete de Setembro, em Paulo Afonso – BA, local onde adquiri enorme formação humanística e que se funde à história da minha família. Agora tenho a honra e satisfação de ver Bernardo, meu filho, trilhando esse mesmo caminho.

Ao grande amigo Elio, parceiro de longa data que me ajudou na revisão do texto e na sugestão de referências. Aos professores Luiz José e Eloy Lago pela ajuda na revisão do final texto.

Aos Professores do programa de pós-graduação em Direito da PUC/SP, de quem tive a honra de ser aluno, Willis Santiago Guerra Filho, Henrique Garbellini Carnio e Vidal Serrano Jr, muito obrigado pela abertura e amizade.

Enalteço o trabalho do Professor e amigo Roberto Dias em aceitar ser meu orientador, por confiar no meu trabalho e por dedicar seu tempo a me ajudar a concluir esta pesquisa.

Agradeço aos membros da banca avaliadora pela atenção, disponibilidade e pela oportunidade de tê-los na mais importante etapa de minha vida acadêmica.

Gostaria de render homenagens à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, centro de excelência em ensino e pesquisa, na pessoa de todos os professores, bem como dos integrantes do corpo administrativo, que de forma paciente e atenciosa, sempre buscam solucionar as dúvidas e orientar os alunos.

A realização desta pesquisa não seria possível sem o incentivo dos amigos de turma, cujo entusiasmo por minha atividade se constituiu num estímulo permanente e, em especial, ao grande amigo Thomas, pelo suporte nas horas mais decisivas.

## RESUMO

A tese analisa o estabelecimento de uma jurisdição constitucional dialógica por meio da realização de audiências públicas, isto é, da concretização de uma constituição com a participação de outros atores, com vistas a fortalecer a participação social na jurisdição constitucional brasileira. A investigação inicia fazendo uma correlação entre os movimentos constitucionalistas, o surgimento das primeiras constituições e a participação social na interpretação das constituições. Avança para tratar dos modelos constitucionais que coadunam com uma forte participação social, em especial, o estadunidense e o israelense, através do constitucionalismo popular norte-americano e do constitucionalismo dialógico, respectivamente. Ambas as teorias procuram retirar o protagonismo judicial da interpretação constitucional, ao mesmo tempo em que idealizam uma sociedade efetivamente política e constitucionalmente, amadurecida. Em seguida, a tese analisa o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, seus marcos históricos, características e diferenças com o Neoconstitucionalismo. Receberam especial atenção no estudo as constituições colombiana, venezuelana e boliviana. No movimento constitucionalista andino, destacam-se a defesa do Pluralismo Jurídico e do Estado Plurinacional, uma vez que propõem a autonomia dos povos originários perante o Estado e a equivalência entre o direito de origem estatal e o oriundo desses mesmos povos originários. Adiante, em capítulo específico, a tese aborda a influência do Novo Constitucionalismo Latino-Americano no Brasil e sinaliza, como alternativa, a realização de audiências públicas pelo STF, fazendo um estudo do tema a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann e do conceito de Patriotismo Constitucional defendido por Habermas. A investigação aponta que as audiências públicas servem como um instrumento de participação social aptas a permitir a abertura cognitiva da jurisdição constitucional a fim de absorver as expectativas sociais sob o manto do seu próprio código jurídico. Dessa forma, muito embora a constituição brasileira de 1988 seja nitidamente de traços neoconstitucionalistas e multicultural, isso não significa dizer que a sua concretização não respeitará características antropológicas e sociais do Brasil. Conclui-se, então, que a forte participação social não exige a presença de um pluralismo ou só se realiza num Estado Plurinacional, até mesmo porque, estados europeus, assim como os andinos, foram formados pela soma de vários povos originários, como é o caso da Espanha, sem, contudo, idealizarem a necessidade das características apontadas pelos defensores do Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

**Palavras-chave:** Diálogo social no STF. Novo Constitucionalismo Latino-Americano e Constitucionalismo Dialógico. Audiências públicas no controle concentrado de constitucionalidade. Análise sistêmica da jurisdição constitucional brasileira.

## ABSTRACT

This thesis analyzes the establishment of a dialogical constitutional jurisdiction through public hearings, that is, the materialization of a constitution with the participation of other actors, in order to encourage the social participation in the Brazilian constitutional jurisdiction. The investigation begins by making a correlate study among the constitutionalist movements, the appearance of the first constitutions and the social participation in the interpretation of these constitutions. The thesis is developed through the constitutional models along with a strong social participation, especially the American and the Israeli ones, as well as through both the American popular constitutionalism and the dialogical constitutionalism, respectively. Both theories aim to remove the judicial protagonism of the constitutional interpretation, while at the same time they conceive an effectively political and constitutional growth society. Next, the thesis analyzes the New Latin American Constitutionalism, its historical milestones, characteristics and differences with Neo-constitutionalism. Special attention was given to the study of the Colombian, Venezuelan and Bolivian constitutions. In the Andean constitutionalist movement, the defense of Legal Pluralism and the Plurinational State stand out, since they propose the autonomy of the originating peoples before the modern State and the equivalence between both the origin state and the native rights of those originating peoples. Later, in a specific chapter, the thesis approaches the influence of the New Latin American Constitutionalism in Brazil and signals, as an alternative, the holding of public hearings by the STF - the Brazilian Supreme Court - making a study of the theme from Niklas Luhmann's Theory of Systems and the concept of Constitutional Patriotism defended by Habermas. The investigation points out that public hearings serve as an instrument of social participation able to allow the cognitive opening of constitutional jurisdiction in order to assimilate social expectations under the cloak of its own legal code. Thus, although the Brazilian constitution of 1988 is clearly neo-constitutionalist and multicultural, this does not mean that its implementation will not respect the anthropological and social characteristics of Brazil. It is concluded, then, that the strong social participation does not require the presence of a pluralism or only takes place in a Plurinational State, even because, like the Andean European states, they were formed by the linking up of several originating peoples, such as the case of Spain, without, however, idealizing the necessity of the characteristics pointed out by the proponents of the New Latin American Constitutionalism.

**Keywords:** Social debate in STF - the Brazilian Supreme Court; New Latin American Constitutionalism and Dialogical Constitutionalism; Public Hearings in Judicial Review; Systemic Analysis of Brazilian constitutional jurisdiction.

## RÉSUMÉ

La thèse analyse l'établissement d'une juridiction constitutionnelle dialogique, par la réalisation des audiences publiques, à savoir la matérialisation d'une constitution avec la participation d'autres parties pour renforcer la participation sociale à la compétence constitutionnelle du Brésil. La recherche commence à faire une corrélation entre le mouvement constitutionnaliste, l'émergence des premières constitutions et la participation sociale dans l'interprétation des constitutions. Elle avance, également, à aborder la question des modèles constitutionnels compatibles avec une participation sociale forte, en particulier aux États-Unis et à Israël par le constitutionnalisme populaire américain et, respectivement, par le constitutionnalisme dialogique. Les deux théories ont l'intention de supprimer le rôle judiciaire de l'interprétation constitutionnelle, alors qu'ils idéalisent une société vraiment mature, politiquement et constitutionnellement. Ensuite, la thèse analyse la Nouvelle constitutionnalisme de l'Amérique Latine, son histoire, ses caractéristiques et ses différences avec le Neoconstitutionalism. La thèse, aussi, a reçu une attention particulière à l'étude des constitutions de Colombie, du Venezuela et de la Bolivie. Dans le mouvement constitutionnaliste andin, l'étude de la défense du pluralisme juridique et de l'État plurinational ont reçu une plus grande importance, car il propose l'autonomie des peuples autochtones à l'État moderne et l'équivalence entre le droit de l'État et le droit original de ces peuples. Avant, dans un chapitre en particulier, la thèse face l'influence de la nouvelle constitutionnalisme de l'Amérique Latine au Brésil et présente, comme une alternative, les audiences publiques réalisées par le STF - la Cour Suprême du Brésil - faisant une étude de la Théorie des Systèmes, de Niklas Luhmann et de le concept de Patriotisme Constitutionnel, défendu par Habermas. La recherche indique que les audiences publiques sont d'instrument de participation sociale que permettre l'ouverture de la compétence constitutionnelle cognitive afin d'absorber les désirs sociaux sous le couvert de son propre code juridique. Ainsi, bien que la constitution brésilienne de 1988 est clairement neoconstitutionalistes avec ces caractéristiques multiculturelles, cela ne signifie pas qu'elle ne respecterait pas les caractéristiques anthropologiques et sociales du Brésil. Le résultat, donc, c'est que la grande participation sociale ne nécessite pas de la présence d'une pluralité ou est seulement réalisé par un État plurinational, alors que les États européens, ainsi que les Andes, ont été formés par la somme de plusieurs peuples autochtones, tout comme le cas de l'Espagne, sans toutefois idéaliser la nécessité des caractéristiques identifiées par les promoteurs du Nouveau constitutionnalisme de l'Amérique Latine.

**Mots-clés:** Dialogue social au STF - la Cour Suprême du Brésil; Nouvelle constitutionnalisme de l'Amérique Latine et constitutionnalisme Dialogique; Les audiences publiques dans le contrôle de constitutionnalité concentré; L'analyse systémique de la compétence constitutionnelle du Brésil.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 APORTES CONCEITUAIS ACERCA DA TEORIA DOS SISTEMAS: DE BERTALANFFY À LUHMANN .....</b>	<b>16</b>
<b>3 OS MOVIMENTOS CONSTITUCIONALISTAS E AS CONSEQUÊNCIAS PARA A SOCIEDADE .....</b>	<b>23</b>
3.1 O Constitucionalismo Antigo e a frágil participação social .....	23
3.2 O Constitucionalismo Clássico e o Estado Nacional .....	33
3.3 O Constitucionalismo Social e o Estado intervencionista .....	38
3.4 O Constitucionalismo Contemporâneo e o Estado prestacional .....	42
<b>4 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: MARCOS HISTÓRICOS E FILOSÓFICOS DO PROTAGONISMO SOCIAL NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>54</b>
4.1 Dois séculos de constitucionalismo na América Latina .....	64
4.2 A construção de um novo constitucionalismo na América Latina .....	69
4.3 Um novo constitucionalismo para a América Latina e o Estado Multicultural.....	74
4.4 As bases conceituais do pluralismo jurídico adotado pelo Novo Constitucionalismo Latino-americano .....	76
4.5 O Estado Plurinacional e o Pluralismo Jurídico na América Latina.....	83
4.6 O Pluralismo Jurídico à luz da proteção internacional dos Direitos Humanos.....	89
4.7 Críticas ao Novo Constitucionalismo Latino-americano: As Constituições Multiculturais e o Patriotismo Constitucional como respostas viáveis.....	98
<b>5 O CONSTITUCIONALISMO POPULAR E O CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO: RETIRANDO AS CONSTITUIÇÕES DAS CORTES.....</b>	<b>116</b>
5.1 A Suprema Corte Norte-americana e o <i>judicial review</i> .....	125
5.2 As teorias dialógicas e a participação social.....	129
5.3 Os modelos de juízes e o desenvolvimento de uma Jurisdição Constitucional dialógica.....	135
5.4 A prática do constitucionalismo dialógico em Israel .....	148

<b>6 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>154</b>
6.1 Aspectos legais das audiências públicas no Brasil .....	160
6.2 A realização de audiências públicas pelo Legislativo e Executivo .....	166
6.3 A realização de audiências públicas pelo Judiciário .....	169
6.3.1 A importância da autocontenção judicial em matéria de audiência pública .....	172
6.4 As audiências públicas na sociedade brasileira complexa, plural e contingente .....	173
<b>7 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN: A ABERTURA COGNITIVA PARA O ATENDIMENTO DAS EXPECTATIVAS SOCIAIS .....</b>	<b>178</b>
7.1 Notas conceituais acerca da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann ....	180
7.2 Uma concepção sistêmica das Cortes Constitucionais .....	184
7.3 A abertura cognitiva do sistema jurídico brasileiro a fim de promover sua adaptação às expectativas sociais .....	191
7.4 O monismo-plural estabelecido no constitucionalismo brasileiro através das audiências públicas .....	200
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>215</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Ao propor estudar as audiências públicas realizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a tese aborda a relação entre os movimentos constitucionalistas e as teorias inerentes à concretização das constituições, a fim de indicar vetores interpretativos capazes de estabelecer um legítimo diálogo entre a corte e a sociedade, por meio da prática das audiências públicas no controle abstrato de constitucionalidade.

Nesse sentido, a investigação analisa o debate doutrinário acerca das teorias da interpretação constitucional que têm norteado a prática decisória das democracias constitucionais, em especial, no tocante à tensão institucional estabelecida entre Judiciário e Legislativo quando do exercício do *judicial review*.

Dentro dessa temática, haverá a exposição da base dogmático-constitucional do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, para abrir o espaço necessário para o confronto entre a teoria neoconstitucionalista aplicada pelo Brasil com o movimento intitulado de Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Interessa ao estudo, ainda, a compreensão acerca da importância da utilização de métodos deliberativos no STF, ante ao processo de construção de novos critérios para a atuação judicial, sob a ótica da Separação de Poderes, a fim de apresentar uma interessante discussão para o processo decisório em relação aos direitos fundamentais, sedimentada na interação entre Legislativo e Judiciário como uma alternativa para o tenso debate democracia e constitucionalismo.<sup>1</sup>

Diante dos reflexos decorrentes do exercício da jurisdição constitucional, a pesquisa levará em consideração a preocupação com a eventual adoção de uma postura supremocrática<sup>2</sup>, quando do exercício do poder decisório realizado no controle de constitucionalidade de temas submetidos a uma audiência pública.

---

<sup>1</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>2</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV.**, São Paulo, v.4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.

Assim, a investigação sinaliza para um estudo comparado entre o constitucionalismo brasileiro, fortemente atrelado a um modelo neoconstitucional que visualiza o Judiciário como único intérprete e concretizador da constituição e o movimento intitulado de Novo Constitucionalismo Latino-americano, pautado pelo princípio da corresponsabilidade, que busca, dentre outras premissas, promover o ressurgimento da consciência democrática e participativa da cidadania.

Mostra-se igualmente relevante analisar a legitimidade dessas decisões judiciais do ponto de vista histórico-social-político, uma vez que é crescente a politização das questões constitucionais, tendo em vista que o conceito de legitimidade não estaria pautado apenas na legalidade, mas sim no fato de que o procedimento deve corresponder com a prática discursiva, ou seja, tão importante quanto ele é a sua justificação. Assim, dentro de uma democracia de direitos é imperioso que se devolva à arena eleitoral a decisão sobre questões constitucionais controversas, de maneira que se reconheça o Judiciário como mais um dos poderes estatais aptos a atuar no sentido de assegurar direitos aos indivíduos.<sup>3</sup>

Sob essa perspectiva, o tema pesquisado busca perquirir, também, a recepção de movimentos constitucionalistas que pregam o estabelecimento de um verdadeiro diálogo para a concretização da constituição, no intuito de realizar uma comparação entre a doutrina estadunidense que trata da defesa da constituição pelos próprios cidadãos, o intitulado Constitucionalismo Popular e os teóricos do Novo Constitucionalismo Latino-americano que, também, partilham esse mesmo sentimento.

Nesse contexto, deve-se analisar o papel exercido pela corte no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, não como um órgão censor, ou apenas um legislador negativo, mas, sim, como fóruns deliberativos, isto é, como o campo propício ao predomínio dos argumentos face à contagem de votos, “foros decisórios

---

<sup>3</sup> GRIFFIN, Stephen M. **American constitucionalism: from theory to politics**. Princeton: Princeton University Press, 1998.

que se caracterizam, essencialmente, pelo esforço de persuadir e a abertura a ser persuadido por meio de razões imparciais”.<sup>4</sup>

As audiências públicas realizadas pelo STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, apareceriam como esse instrumento posto à disposição do Judiciário para, numa primeira tentativa de demonstrar o seu escopo, conferir maior grau de legitimidade às suas decisões, promover a abertura do procedimento de construção da decisão, marcando, assim, um improvável elo entre o neoconstitucionalismo brasileiro e o Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Seguindo, então, a linha de raciocínio sistêmico, a pesquisa tem como hipótese a ideia de que as audiências públicas servem para ampliar a capacidade cognitiva da Jurisdição Constitucional buscando contribuir para a construção de uma decisão judicial socialmente mais adequada, que seria outra justificativa para a realização das audiências públicas pelo STF, a busca pela obtenção de informações técnicas que auxiliem no processo de construção da decisão judicial.

Indique-se que a escolha pela teoria sistêmica de Luhmann deveu-se ao fato de que, para o autor alemão, o Direito não seria um indicador externo das moralidades sociais ou um reflexo dos interesses estratégicos de grupos, mas sim, serve como pano de fundo para problematizar a relação entre sociedade e Direito a partir do próprio Direito, do seu código binário (lícito/ilícito) o que, conseqüentemente, condiciona a comunicação entre os agentes sociais.<sup>5</sup>

O tema da teoria dos sistemas será analisado com maior profundidade em capítulo próprio, contudo, para auxiliar na justificação da sua escolha na pesquisa aborda-se, apenas, o tema da comunicação acerca do qual Luhmann assevera que é o que viabiliza o acoplamento estrutural entre os diversos subsistemas. Assim, para o Direito, a comunicação ocorre nas cortes constitucionais, pois estas determinam o que é ou não é Direito. Por isso que as cortes constitucionais funcionam com o meio para a criação da comunicação entre os subsistemas jurídico, político, econômico,

---

<sup>4</sup> MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma Corte Deliberativa. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de. et al. **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 54.

<sup>5</sup> MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. Tempo Social. **Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo**, v.18., n.1, p. 367.

artístico e religioso, por exemplo, permitindo que haja uma penetração no Direito pelo caminho da interpretação constitucional. Então, essa atividade é realizada por juristas, mas também por padres, artistas, parlamentares, cientistas, qualquer cidadão.

A presente investigação inicia com o estudo dos marcos teóricos, históricos, sociais e filosóficos dos movimentos constitucionalistas, tendo como paradigma, em todos os casos, a participação social, buscando traçar um perfil da relação entre a sociedade e o Estado no exercício da interpretação constitucional, em cuja intenção reside a necessidade de descobrir quem, verdadeiramente, tem a legitimidade para dizer o conteúdo de uma constituição, a principal premissa teórica estudada.

A pesquisa avança com a apresentação dos referenciais teóricos do Novo Constitucionalismo Latino-Americano e do Constitucionalismo Popular Norte-Americano, movimentos caracterizados pela forte participação social. Assim, enquanto o primeiro busca uma verdadeira refundação do Estado através da implementação de um pluralismo jurídico por meio da descentralização das fontes do Direito, o segundo se preocupa com a interpretação da Constituição fora das cortes.

Novamente, em sede de justificação metodológica acerca da escolha do tema, o constitucionalismo popular assume destaque na pesquisa posto que ao propor a retirada do protagonismo judicial da atividade interpretativa da constituição reforça, ao mesmo tempo, além da participação o protagonismo social. Além disso, dentre as vertentes teóricas do tema há aquela que propõe que haja um mediador entre a sociedade e o Direito, o chamado constitucionalismo popular mediado. A partir de tais premissas, a tese que se delinea sinaliza para uma aproximação com a premissa mediada, uma vez que a teoria sistêmica de Luhmann assevera que a interpretação constitucional realizada por todos os cidadãos ocorre no centro do sistema jurídico, nas cortes constitucionais.

Por tais razões, há um momento específico para a discussão entre o monismo, aqui entendido como centralismo estatal, e o pluralismo jurídico, com a conseqüente releitura da ideia preconizadora que as fontes do Direito emanam apenas do Estado

e a possibilidade de se instituir um pluralismo jurídico sob a égide de uma única Constituição multicultural. Assumem especial relevância, nesse contexto, a constituição brasileira de 1988 e a colombiana de 1991. Para tanto, a tese sugere a criação do conceito de monismo-plural, oportunamente explanado.

A tese, em sua segunda parte, tem a pretensão de sinalizar para o fato de que o Brasil vem absorvendo características dos mencionados movimentos constitucionalistas, uma vez que o STF tem realizado cada vez mais audiências públicas a fim de permitir a participação social na construção de decisões sobre *hard cases*. Isto implica dizer que, muito embora as audiências públicas se apresentem como uma faculdade conferida àquela corte, é visível a preocupação com o estabelecimento de um importante diálogo com a sociedade.

Com a adoção dessa postura pelo STF, pode-se dizer que a jurisdição constitucional brasileira vivencia, através da utilização das audiências públicas, uma espécie de monismo-plural. Valendo-se das premissas kelsenianas de que norma jurídica não é sinônimo de norma criada pelo Estado, pois o que a caracteriza é a sua vigência e não sua origem, as audiências públicas tem servido para a criação dialógica de normas válidas, porém não oriundas do Legislativo.<sup>6</sup>

A pesquisa segue com o estudo da dinâmica das audiências públicas e a ideia da implementação de uma corte capaz de decidir dialogicamente, diante de um cenário de multiculturalismo e hipercomplexidade. Nesse contexto, valendo-se da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, o estudo sinaliza para a importância que a abertura cognitiva do sistema jurídico, promovida pelas audiências públicas, representa para o constitucionalismo brasileiro, pautado por ideais monistas.

---

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 11-12.

## 2 APORTES CONCEITUAIS ACERCA DA TEORIA DOS SISTEMAS: DE BERTALANFFY À LUHMANN

Para que se possa compreender o referencial teórico estruturante da pesquisa, o estudo, neste momento, apresenta um recorte evolutivo da teoria dos sistemas, abordando seu surgimento e utilização por outras ciências, seu declínio e a posterior releitura por Luhmann e Teubner, que constituem as premissas fundantes da análise sistêmica realizada por esta tese. Por tais razões a investigação analisa a relação entre sociedade e Poder Judiciário, a fim de perquirir, dentre outros aspectos, se a interpretação constitucional

Deve-se indicar, portanto, que a sociologia possui o escopo de explicar os fenômenos sociais. Ocorre que na década de XX os marcos clássicos da sociologia, tão importantes e sustentáculos da ciência social, eram insuficientes nas respostas. As mudanças enfrentadas pela sociedade do presente encontravam escuridão no passado. O presente aqui referido trouxe consigo a complexidade, que não mais opera na dinâmica restrita das sociedades, mas sim em torno da sociedade mundial, globalizada. Os livros de Marx, Durkheim, Weber, Simmel e Kant eram constantemente revisitados, mas não lançavam luzes para o enfrentamento do presente.<sup>7</sup>

Com isso os sociólogos passaram a estudar os fenômenos tendo por base vários métodos, até depararem-se com a análise sistêmica, já usada em outras áreas do conhecimento, como a matemática e a ecologia. Na ecologia os ecossistemas eram estudados no intuito de explicar a cadeia alimentar. Já na sociologia a noção de sistemas foi introduzida e conduzida, em grande parte, principalmente por Parsons e Luhmann, pela retórica da funcionalidade, embora estes a tratem de forma diferenciada. Assim, o funcionalismo, durante muito tempo, foi a tradição sociológica utilizada para explicar os fenômenos e as instituições através de uma leitura sistêmica.

---

<sup>7</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. La Sociología y la teoría de la sociedad. In. LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, Universidade Iberoamericana, 2006, p. VI.

Dessa forma, se a pretensão reside no estudo da família, por exemplo, deveria ser realizada a análise funcional de seus membros, pai, mãe e filhos. Caso o objetivo fosse estudar a educação, a ordem lógica apresentaria o ministério da educação, as universidades, as escolas, e dentro disso a função de cada participante ali inserido, como os alunos, os professores e os técnicos. Essa ideia vem da tradição racionalista, que tinha por escopo explicar os fenômenos através da observação de suas particularidades, ou seja, a unidade e a totalidade de suas partes.

Procurar por universais a partir do particular, tentar definir toda a humanidade a partir de um só homem, fez com que os sociólogos fossem buscar nos conceitos de razão, moral social e outros apriorismos, tais como o conceito de educação ou, ainda, o conceito de Estado, os supostos universais estruturantes dos processos de socialização.<sup>8</sup>

Na verdade, o método funcionalista não foi aceito e a teoria dos sistemas, inicialmente, foi rejeitada. Na visão de Geailson Pereira o termo passou a entrar em desuso com o advento das superestruturas marxistas, posto que Marx pregava que as superestruturas eram sustentadas pelas vigas da economia “reduzindo, por consequência, o Direito a uma dessas estruturas. A concepção clássica de sistema no direito entrou em profundo declínio, chegando ao ponto de Nietzsche afirmar ser uma fraude a tentativa de se mostrar um sistema”.<sup>9</sup>

Paulo Bonavides faz uma classificação histórica e evolutiva interessante da ressurreição da teoria dos sistemas ao afirmar que quatro estudiosos foram importantes para tal ressurgimento. Tem-se Ludwig von Bertalanffy na biologia, Norbert Wiener na cibernética, David Easton na ciência política e Talcott Parsons na sociologia.<sup>10</sup>

Importante salientar que as direções biológica e cibernética contribuíram muito para inserção da visão sistêmica no campo das ciências sociais.

---

<sup>8</sup> MELLO, Marcelo Pereira. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, São Paulo, v. 18, n. 1 pp. 351-373, p. 354.

<sup>9</sup> PEREIRA, Geailson Soares. O Direito como sistema autopoiético. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 86-92, out./dez., 2011, p. 88.

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 97.

O organicismo social professado desde o século XIX preparou, de certo modo, com a sua interpretação da sociedade, o caminho à adoção da teoria dos sistemas, que veio, conforme ressalta Mackenzie, exatamente ultrapassar, de um lado, o reducionismo – análise de seres vivos como se fossem mera soma de partes – doutra, o vitalismo, consagração de uma substância mística imprecisa, e um dos últimos pontos na escala clássica do organicismo, em sua tenaz oposição às concepções sociais de teor mecanicista.<sup>11</sup>

O biólogo austríaco Ludwig von Bertalanffy publicou seu livro “Teoria Geral dos Sistemas” e nele resgatou a teoria dos sistemas, propondo sua conversão numa ideia de integração através do emprego da metodologia unitarista para composição de estruturas uniformes. Todavia, ela deságua num “formalismo que sacrifica a concretude do sistema, os seus componentes materiais, visualizando assim o sistema pela forma e organização e não propriamente pelo conteúdo”.<sup>12</sup>

Norbert Wiener, por sua vez, representa a teoria sistêmica cibernética. A cibernética é uma ciência que se utiliza de estruturas matemáticas para compor uma ponte com as demais ciências particulares, corroborando para uma circularidade de conhecimento e Bonavides a descreve como sendo “ a Ciência da descrição matemática e da valorização construtiva de estruturas, relações, funções e sistemas gerais que são comuns a distintos campos da realidade”.<sup>13</sup>

Mas não foi apenas nas composições matemáticas e biológicas que a teoria dos sistemas ganhou espaço. A ciência política, por meio de David Easton, introduziu uma forte corrente teórica acerca do sistema político conduzido pelos *inputs/outputs*.

Para o cientista o sistema político está dividido em duas dimensões, uma interna a que ele chama de meio intra-societário e outra externa ou meio extra-societário. O primeiro representa a sociedade nacional composta por sistemas paralelos como o sistema biológico, o sistema psíquico e o sistema ecológico. Já o segundo diz respeito à sociedade internacional, que se porta como extra-societário por estar fora do campo nacional. Nesse contexto, o equilíbrio entre esses dois depende da

---

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 97

<sup>12</sup> *ibid*, p. 97.

<sup>13</sup> *ibid*, p. 97.

dinâmica dos *inputs/outputs*, que são, respectivamente, o que entra no sistema para alimentá-lo e o que ele produz, é a relação estímulo/resposta, pensada a partir da lógica da causalidade.

Os *inputs/outputs*, postos sempre numa relação dinâmica, formam um fluxo contínuo, de que resulta um processo de retroação, mediante o qual os outputs têm a propriedade de realimentar o sistema (*feedback*), moldando-lhe o comportamento subsequente. Desse modo, diz Easton, os outputs podem alterar as influências que atuam sobre os inputs e, assim, modificar os próprios inputs subsequentes. Graças ao retorno do fluxo de exigências e apoios, as autoridades do sistema político se informam acerca das possíveis consequências de seu comportamento antecedente, valendo-se, pois, das informações oriundas do *feedback* para corrigir ou ajustar seu comportamento à consecução dos respectivos objetivos.<sup>14</sup>

A teoria dos sistemas abertos, que tem em vista a relação de estímulo/resposta com seu ambiente, contrapunha-se à noção do todo apresentado pela física e rechaçada pela biologia. Esta última preocupava-se, como visto acima, com o estudo dos seres vivos e suas partes. Nesse contexto, a teoria dos sistemas abertos era pensada a partir da lógica da causalidade, “o que lhes permitia manter relações de continuidade e tender ao equilíbrio e à estabilidade com o meio externo”.<sup>15</sup>

Os termos *inputs/outputs* tiveram boa aceitação, mas foi a ação social de Talcott Parsons que revolucionou a teoria sistêmica para a sociologia (pré-Luhmann). Parsons unificou as explicações por meio do emprego da noção funcionalista. Dessa forma, ao introduzir a teoria da ação em seus apontamentos Parsons deparou-se com o elemento da contingência, já que a motivação do agente assim o é. Por isso, que o direito é tido por ele como um mecanismo de orientação do agir. Ele atribui ao direito uma função integradora, capaz de reduzir complexidade e possibilitar a ordem social.<sup>16</sup>

Outra coisa a ser observada é que a teoria dos sistemas de Parsons, em suma, tinha fundamentos na estabilidade, no equilíbrio, no funcionalismo e no consenso, frutos de uma visão própria que ele possuía acerca daquela época, marcada por

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 100.

<sup>15</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO. **Teoria dos Sistemas Sociais: Direito e Sociedade** na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27.

<sup>16</sup> *ibid*, p. 28.

grandes transformações sociais oriundas das instabilidades provocadas pela Segunda Guerra Mundial.

Para Darío Rodríguez a estabilidade e o equilíbrio pressupunham que toda sociedade é um sistema, relativamente constante e constituído por elementos estáveis, ao passo que cruza com a necessidade de se explicar por meio do funcionalismo que cada elemento dentro da sociedade contribui para o funcionamento desta, cuja manutenção está firmada na ideia de consenso.<sup>17</sup>

[...] a análise estrutural - funcionalista de sistema desenvolvida por Parsons carece de teor universalista, ficando circunscrita tão-somente à esfera humana e social; em outras palavras, não logra a dimensão de universalismo da Teoria Geral dos Sistemas ou das formas cibernéticas porquanto, ao invés de operar com uma categoria transpessoal, com a “informação”, vale-se do “indivíduo interagente” como unidade central do sistema social.<sup>18</sup>

De Talcott Parsons, Luhmann utilizou dos conceitos de contingência e dupla contingencia para compreensão da existência problemática do sistema; do conceito de interpenetração, utilizado para tratar do acoplamento estrutural entre o sistema psíquico e social, bem como dos intercâmbios simbolicamente generalizados, caracterizados por ele como meios de comunicação.<sup>19</sup>

Se existe uma característica que separa a teoria dos sistemas de Luhmann de todas as outras propostas sistêmicas é a renúncia ao estudo da função do indivíduo como base para o entendimento da função dos sistemas sociais, afastando-se, assim, do paradigma da ação como norteadora do fenômeno social.

Outra decisão central -, que por si só seria suficiente para separar definitivamente a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann de qualquer proposta teórica anterior ou contemporânea -, é renunciar ao conceito de sujeito porque tem um conteúdo transcendental muito difícil de evitar na elaboração teórica. Ao fazê-lo, Luhmann também

---

<sup>17</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. La Sociología y la teoría de la sociedad. In. LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, Universidade Iberoamericana, 2006, p. XIX.

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 101.

<sup>19</sup> MANSILLA, op. cit., p. XII.

pôde se afastar da espinha dorsal da sociologia e do pensamento social: a ação como base de todo fenômeno social.<sup>20</sup>

A esse respeito Luhmann explica que não há como entender a sociedade por meio da operação das consciências humanas, elas são livres e autônomas, difíceis de se mensurar, razão pela qual o sociólogo as separou. Para Luhmann o elemento condutor dos sistemas sociais é a comunicação, o que lhe permite explorar a ideia de diferenciação, ao contrário dos processos subjetivos que orbitam em torno da identidade. Para compor sua própria teoria, Luhmann estudou os teóricos que tratavam dos sistemas, não apenas no âmbito da sociologia, mas de outras áreas de conhecimento como a física, a biologia e a cibernética, utilizando-se assim de um verdadeiro método interdisciplinar.

Embora ele tenha adotado conceitos de outras áreas do conhecimento e até mesmo de nomenclaturas de seus pares da sociologia nada disso ofusca o ineditismo e a transformação provocada por suas contribuições. Darío Rodríguez Mansilla, na apresentação que faz do livro “*Sociedad de la sociedad*”, elucida que:

Os conceitos da teoria dos sistemas confeccionados por Niklas Luhmann contituem-se como poderosos esquemas de distinção destinados a permitir a observação dos sistemas sociais. Não são, de maneira alguma, uma reconstrução do social no plano teórico nos moldes do realismo analítico de Parsons.<sup>21</sup>

Depreende-se, portanto, que a teoria inaugurada por Luhmann flui para além da sua classificação como complementar às outras visões, pois propõe-se a tingir uma

---

<sup>20</sup> No original: *Otra decisión central —que bastaría por sí sola para separar definitivamente la teoría de sistemas de Niklas Luhmann de toda otra propuesta teórica anterior o contemporánea—, es la de renunciar al concepto de sujeto, porque éste tiene un contenido trascendental muy difícil de evitar en la elaboración teórica. Al hacerlo, Luhmann puede también apartarse de la línea troncal de la sociología y el pensamiento social: la acción como la base de todo fenómeno social.* MANSILLA, Darío Rodríguez. *La Sociología y la teoría de la sociedad*. In. LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, Universidade Iberoamericana, 2006, p. X.

<sup>21</sup> No original: *Los conceptos de la teoría de sistemas confeccionada por Niklas Luhmann constituyen poderosos esquemas de distinción orientados a hacer posible la observación de los sistemas sociales. No son, de ninguna manera, una reconstrucción de lo social en el plano teórico a la manera del realismo analítico de Parsons.* In. MANSILLA, Darío Rodríguez. **La Sociología y la teoría de la sociedad**. In. LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, Universidade Iberoamericana, 2006, p. XIV.

verticalização universal. O próprio sociólogo alemão alerta para o fato de que ela não é a única verdadeira, mas que funciona como uma superteoria.<sup>22</sup>

Acontece que muitos estudiosos não ficam apenas no estudo puro da teoria, mas por meio dela conseguem inserir seus próprios pensamentos e criar a sua própria. Günther Teubner, por exemplo, é um estudioso da teoria sistêmica que imprimiu seus próprios apontamentos, para quem, dentro da perspectiva sistêmica, o direito é um sistema reflexivo. Assim, Teubner modela a discussão acerca da autopoiesis, vendo a teoria dos sistemas na sociedade contemporânea a partir de uma análise empírica dos fenômenos jurídicos.

[...] Teubner realiza um esforço apreciável para dotar a teoria sistêmica de sujeitos, ou seja, ele entende que o direito deve ser analisado como resultado da interação entre fatores sistêmicos do próprio direito e as pressões Políticas pela incorporação de elementos de justiça material. Esse processo é bem descrito na análise que Teubner faz do processo de juridificação das relações sociais nas sociedades contemporâneas.<sup>23</sup>

As diferenciações apresentadas acima representam um fenômeno que na teoria do direito sempre foi recorrente, o de que, mesmo por perspectivas diferentes, ela sempre compreendeu a ordem jurídica como um sistema.<sup>24</sup> A proposta teórica de Luhmann não denota aquela leitura do sistema como um elemento de unicidade e estabilidade, muito pelo contrário, o próprio sociólogo aponta a complexidade e a contingência como elementos indissociáveis do sistema social, presentes no contexto da sociedade contemporânea, para além dos desafios da soberania interna dos Estados.

---

<sup>22</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: Lineamentos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappé e Brunhilde Erker. México: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana, 1998, p. 30.

<sup>23</sup> MELLO, Marcelo Pereira. **A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner**. São Paulo: Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 18, n. 1, pp. 351-373.

<sup>24</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do Direito e Globalização Econômica. In. SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 80.

### **3 OS MOVIMENTOS CONSTITUCIONALISTAS E AS CONSEQUÊNCIAS PARA A SOCIEDADE**

A pesquisa avança para o estudo do surgimento do constitucionalismo e do desenvolvimento da ideia de participação popular na materialização de uma constituição. Para isso será necessário perquirir as premissas teóricas inerentes à evolução dos movimentos constitucionalistas segundo o avanço das civilizações e do Direito.

Será levada em consideração, dentre outros aspectos, a importância da escrita para o Direito, notadamente no que diz respeito à segurança jurídica advinda da posituação das condutas socialmente relevantes. Destaque-se que esse é um aspecto relevante para a teoria sistêmica de Luhmann, posto que para ele a posituação é o fenômeno que caracteriza o direito na sociedade industrial moderna e permite que o Direito seja modificável.<sup>25</sup>

Enfatize-se a necessidade de serem trabalhadas as características fundantes do Novo Constitucionalismo Latino-americano que podem ser encontradas em movimentos constitucionais pretéritos.

#### **3.1 O Constitucionalismo Antigo e a frágil participação social**

Embora diversos teóricos apontem o início do constitucionalismo como o liberal, a história do direito sinaliza para a importância de se perquirir a antiguidade, quando ainda sequer existiam fontes jurídicas formais de elaboração de normas. Observar-se-á que a história do constitucionalismo se entrelaça com o próprio surgimento do direito e das primeiras noções racionais do homem quanto à organização estatal.

Direito arcaico, direito antigo e direito moderno são classificações trazidas por Luhmann para descrever a evolução do direito em conjunto com a evolução dos povos. Numa leitura feita por Wolkmer, o direito arcaico é representado pelos povos sem escrita, ao passo que o direito antigo advém do surgimento das primeiras

---

<sup>25</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, pp. 34-35.

idades e o direito moderno, dos Estados já definidos após as revolucionárias manifestações francesa e americana.<sup>26</sup>

O direito arcaico, próprio dos povos sem escrita, encontra justificações bem remotas e aliadas ao ritualismo. Nessa época já era possível vislumbrar a noção de um direito baseado nos costumes, no cumprimento de hábitos criados em âmbito familiar, nos pequenos clãs. O que determinava a submissão à ordenança era, justamente, o parentesco.

Descrevendo este período como o do pré-constitucionalismo, Maria Cristina Vitoriano Martines Penna entende que o mesmo:

Seria a existência de um Direito Constitucional anterior, nascido de um sistema totalmente rudimentar, onde se delinearam as primeiras noções elementares de território, população e governo, sistema este que era orientado por princípios que regulavam a vida de primitivos agrupamentos humanos, compreendendo, desta forma, aspectos jurídicos, políticos, sociais, religiosos e econômicos.<sup>27</sup>

Os princípios familiares eram baseados nas crenças religiosas, assinaladas por manifestações sagradas e divinas e repassadas oralmente. Tais princípios tinham uma função primordial de controle social, com o uso de sanções repressoras e rigorosas. Tanto os manifestos como as sanções eram aplicadas pela figura do sacerdote-legislador.<sup>28</sup>

A esse respeito assevera Antônio Carlos Wolkmer que:

Se a sociedade pré-histórica fundamenta-se no princípio do parentesco, nada mais natural do que considerar que a base geradora do jurídico encontra-se primeiramente, nos laços de

---

<sup>26</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. O Direito nas Sociedades Primitivas. In \_\_\_\_ (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. 2ª Tiragem. Revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 27.

<sup>27</sup> PENNA, Maria Cristina Vitoriano Martines. Constitucionalismo: Origem e evolução histórica. **RBDC** n. 21 - jan./jun. 2013, p. 151.

<sup>28</sup> “[...] entende que esse caráter religioso do direito arcaico, imbuído de sanções rigorosas e repressoras, permitiria que os sacerdotes-legisladores acabassem por ser os primeiros intérpretes e executores das leis. O receio da vingança dos deuses, pelo desrespeito aos seus ditames, fazia com que o direito fosse respeitado religiosamente, Daí que, em sua maioria, os legisladores antigos (reis sacerdotes) anunciaram ter recebido as suas leis do deus da cidade. De qualquer forma, o ilícito se confundia com a quebra da tradição e com a infração ao que a divindade havia proclamado” (WOLKMER, op. cit. p. 18).

consanguinidade, nas práticas de convívio familiar de um mesmo grupo social, unido por crenças e tradições.<sup>29</sup>

O sacerdote-legislador era a figura detentora de alto conhecimento dentro do grupo, com a função de repassar os valores de geração para geração, já que cada clã possuía um direito particular. Percebe-se uma rudimentar tentativa de aglutinação de interesses numa única pessoa com capacidade decisória, no sentido de reduzir a crescente complexidade inerentes às relações estabelecidas entre os variados clãs, decorrentes da convivência.

Niklas Luhmann em seu estudo sobre o Direito arcaico diz que:

O ponto de partida para a compreensão do direito arcaico reside na estrutura da sociedade. As sociedades do tipo arcaico – e entre elas compreendemos também as sociedades “primitivas” ainda existentes que apresentem as características correspondentes – fundamentam-se em princípio no parentesco [...].<sup>30</sup>

O sociólogo alemão deixou claro o que já havia sido evidenciado acima e acrescenta que sociedades como essas ainda existem nos tempos atuais, a exemplo de algumas tribos da Amazônia.

Já o direito antigo, típico das primeiras civilizações urbanas, tem as tradições mesopotâmicas<sup>31</sup> e egípcias como exemplos. Essa transição do modelo arcaico para o antigo, segundo Wolkmer tem as seguintes manifestações como relevantes: “(1) o surgimento das cidades; (2) a invenção e domínio da escrita e (3) o advento do comércio e, numa etapa posterior, da moeda metálica”.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. O Direito nas Sociedades Primitivas. In\_\_\_\_(Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. 2ª Tiragem. Revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.18.

<sup>30</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 184.

<sup>31</sup> “[...] a formação da cidade na Mesopotâmia foi o termo final de um processo lento de destribalização que se estendeu pela maior parte do quarto milênio da era pré-cristã. Na Baixa Mesopotâmia - região normalmente designada como Suméria, nas margens do Rio Eufrates, mais próxima ao Golfo Pérsico -, já se contabilizavam cinco cidades nos anos 3100-2900 a.C.: Eridu, Badtibira, Sippar, Larak e Shuruppak”. In. PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Direito e Sociedade no Oriente Antigo**. In WOLKMER, op. cit., p. 29.

<sup>32</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. O Direito nas Sociedades Primitivas. In\_\_\_\_(Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. 2ª Tiragem. Revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 28.

As características geográficas desses territórios influenciaram sua estruturação e foram determinantes para a concentração dos clãs com poder político e econômico. A Mesopotâmia estava entre os rios Tigre e Eufrates, foi o berço da escrita cuneiforme e teve a monarquia como forma de governo, com variações políticas distintas em cada uma das cidades e períodos.<sup>33</sup> O Egito estava às margens do rio Nilo, local onde foram encontrados os primeiros textos hieróglifos, e que possuía um governo monárquico unificado sob a responsabilidade do faraó. Em ambas as civilizações o papel do monarca estava relacionado à orientação das divindades. Na Mesopotâmia, cada cidade possuía um deus específico, ao passo que no Egito o faraó era considerado o próprio deus na terra.

Conhecidas essas características faz-se necessário analisar quais os primeiros escritos relacionados ao direito e à noção primária de controle social adotado por essas civilizações, já que:

[...] as sociedades mesopotâmica e egípcia, em face de seu caráter urbano e comercial, passaram a desenvolver um grau de complexidade que exigia a vigência de um direito mais abstrato do que o simples costume ou tradição religiosa. Era necessário um conjunto de leis escritas, que desse previsibilidade às ações no campo privado, que estipulasse algum tipo de tribunal ou juiz para resolver controvérsias e que fosse inteiramente seguido em toda a extensão do reino para o qual se destinava.<sup>34</sup>

A Babilônia, região da Mesopotâmia, foi berço para a criação de um dos mais importantes escritos, o Código de Hamurabi<sup>35</sup>, que previa ordenanças a respeito da organização da sociedade, direito de família, domínio econômico, direito penal e

<sup>33</sup> “Cada cidade tinha seu governante, seus órgãos políticos, e, muitas vezes, seu próprio exército. Logo, na região da Suméria havia as cidades de Ur, Uruk, Lagash e Larsa, entre outras; na Babilônia, além da cidade do mesmo nome, podem ser mencionadas Kutha, Kish, Borsipa; na região da Acádia, além da capital homônima, as cidades de Eshnunna e Sippar. E, por fim, na Assíria, as cidades de Nínive, Assur e Nuzi tinham algum destaque. Todas essas cidades possuíam soberanos e divindades próprios” (PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Direito e Sociedade no Oriente Antigo*. In WOLKMER, op. cit. p. 34).

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>35</sup> “Descoberto na Pérsia, em 1901, por uma missão arqueológica francesa, o documento legal, gravado em pedra negra, encontra-se hoje no Museu do Louvre. O Código foi promulgado, aproximadamente, em 1694 a.C., no período de apogeu do império babilônico, pelo rei Hammurabi. Ele é composto por 282 artigos, dispostos em cerca de 3600 linhas de texto, que abrangem quase todos os aspectos ligados à dinâmica da sociedade babilônica, desde penas definidas com precisão de detalhes até institutos do direito privado, passando, ainda, por uma rigorosa regulamentação do domínio econômico”. In PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Direito e Sociedade no Oriente Antigo*. In WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. 2ª Tiragem. Revista e ampliada. Editora Del Rey, Belo Horizonte: 2006, p. 39.

direito privado. No entanto, estudos apontam para a existência de três códigos mais simples que antecederam o Código de Hamurabi, são eles: Código de Ur-Nammu<sup>36</sup> (2140-2004 a.C.), Código de Eshnunna<sup>37</sup> (1934 a.C.), Código de Lipit-Ishtar<sup>38</sup> (1934-1924 a. C.).

O povo hebreu, por sua vez, teve significativa importância para a concepção do direito arcaico e primário. Considerados nômades, os hebreus não tinham um território específico de habitação, mas foram altamente influenciados pelas civilizações mesopotâmica e egípcia.

[...] a lei hebraica baseou-se largamente em fontes da antiga cultura babilônica, ainda que certamente com modificações. A filosofia hebraica era em parte egípcia e em parte grega; muito antes mesmo de ser escrito o Livro de Jó, existia já um antigo drama babilônico de caráter semelhante.<sup>39</sup>

Nomes como Noé, Abraão, José, Moisés e Davi relembram as figuras determinantes para a consolidação dos hebreus e da religião monoteísta. A monarquia só veio a ser consolidada na época de Davi.

Moisés liderou o êxodo, saída do povo hebreu do Egito para a terra de Canaã. Nesse momento os hebreus não eram apenas fruto de um pequeno clã, pois durante sua estadia no Egito cresceram em quantidade.

De forma necessária, normas precisaram ser ditadas. Daquela época têm-se os dez mandamentos (Êxodo 20:1-17) e outras normas que versavam, por exemplo, sobre

<sup>36</sup> “As normas ostentam o perfil de costumes reduzidos a escrito, ou, então, de decisões anteriormente proferidas em algum caso concreto. Um importante dado da estrutura da sociedade é transmitido pelo texto do Código de Ur-Nammu: existem duas grandes classes de pessoas, os homens livres e os escravos, bem como uma camada intermediária, de funcionários que servem os palácios reais e os templos, e que possuem uma liberdade limitada”. (PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Direito e Sociedade no Oriente Antigo*. In WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. 2ª Tiragem. Revista e ampliada. Editora Del Rey, Belo Horizonte: 2006, p. 38).

<sup>37</sup> “O Código de Eshnunna, mais extenso e completo (possui sessenta artigos), traz uma simbiose entre matérias civil e penal que caracterizará o Código de Hammurabi. O documento de Eshnunna já contempla institutos conexos à responsabilidade civil, ao direito de família e à responsabilização de donos de animais por lesões corporais seguidas de morte”. (PINTO, *ibid.* p. 39).

<sup>38</sup> “Na cidade de Isin, na Suméria, foi encontrado o Código de Lipit-Ishtar, redigido possivelmente em 1934-1924 a.C., e que contém um prólogo, epílogo e 43 artigos” (PINTO, *ibid.*, p. 39).

<sup>39</sup> BURNS, Edward Mcnall. **História da civilização ocidental**. Trad. Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1948, p. 139.

família, penalidades para crimes, deveres dos sacerdotes, procedimento dos rituais. Nota-se que muitas dessas determinações tinham forte influência do famoso Código de Hamurabi. Porém, o que assume papel de destaque em tal consideração é a impossibilidade de participação social no processo de criação do embrionário direito. Em verdade, a sociedade era vista, exclusivamente, como destinatária do direito e não como membro ativo e, por vezes, fonte do próprio direito.

Depois da morte de Moisés, Josué fora posto como líder e protagonizou diversas batalhas no sentido de conquistar a terra que chamavam de prometida, Canaã. Josué derrotou os cananeus e depois os filisteus e então formou ali uma nação mais organizada, dividida em tribos, as 12 Tribos de Israel.

Mesmo após a divisão das tribos o povo hebreu ainda não tinha um rei. Os vestígios do direito ou de uma norma de controle era primitiva, baseados nos costumes religiosos repassados pelos juízes (chefes políticos, militares e religiosos). O mais conhecido deles foi Samuel, a quem foi solicitado pelo povo a indicação de um rei, segundo conta o livro bíblico que leva seu nome.

Saul fora o primeiro rei e após ele veio Davi, momento no qual a monarquia de fato foi estabelecida. Embora o rei obtivesse todo o poder sobre a nação, não era ele o próprio deus, como acontecia no Egito.

O Egito, infelizmente, não conta com um acervo de descobertas precisas dessa época:

A contribuição mais interessante ao estudo das relações entre sociedade e direito que se pode retirar do Egito antigo é a consagração, na aplicação do direito, de um princípio de justiça que é simbolizado pela figura de uma deusa, de nome *maat* [...] A aplicação do direito estava subordinada, então, à incidência de um critério divino de justiça. A conclusão que daí decorre é evidente: ao faraó, que tinha atributos de divindade, incumbia velar pela vigência do princípio de justiça simbolizado pela deusa *maat*[...].<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Direito e Sociedade no Oriente Antigo. In WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. 2ª Tiragem. Revista e ampliada. Editora Del Rey, Belo Horizonte: 2006, p.42.

A história do Direito e a história da própria raiz do constitucionalismo antigo, não se esgotam no estudo das civilizações tratadas acima, existem outros marcos e outros povos, como os gregos e os romanos, que contribuíram para a ratificação da necessidade do estudo do direito constitucional a partir dos conhecimentos mais remotos do homem.

Os gregos, por seu turno, tiveram relevante importância para o direito, notadamente, no tocante ao aperfeiçoamento da escrita, uma vez que “direito e escrita estão relacionados, e não somente a escrita como tecnologia, mas também os meios de escrita, como tecnologias auxiliares, de forma a permitir a produção e a divulgação das leis”.<sup>41</sup>

A escrita criou o espaço para as futuras codificações que, durante muito tempo, serviram como sinônimo de segurança jurídica. Contudo, conforme será visto mais a frente, o direito escrito, a segurança jurídica, em virtude do alto grau de complexidade da sociedade moderna, acaba tendo que ceder lugar para o conceito de justiça advinda além do princípio da legalidade. Ainda mais com a efetiva participação social no âmbito do processo de construção das decisões judiciais que buscam efetivar a constituição.

Outra contribuição importante para o constitucionalismo está nas instituições estatais criadas pelos gregos, a exemplo do Conselho dos Quinhentos, Tribunais da *Heliaia*<sup>42</sup> e a Assembleia<sup>43</sup>, que trouxeram a noção prática do cenário democrático<sup>44</sup> nascido em terras gregas.

---

<sup>41</sup> SOUZA, Raquel de. O Direito Grego Antigo. In WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. 2ª Tiragem. Revista e ampliada. Editora Del Rey, Belo Horizonte: 2006, p. 55.

<sup>42</sup> “A *heliaia* era o tribunal popular que julgava todas as causas, tanto públicas como privadas, à exceção dos crimes de sangue que ficavam sob a alçada do *areópago*. Os membros da *heliaia*, denominados *heliastas*, eram sorteados anualmente dentre os atenienses. O número total era de seis mil e, para julgar diferentes causas, eram sorteados novamente para evitar fraudes. O número de *heliastas* atuando como júri em um processo variava, mas atingia algumas centenas. Para permitir que o cidadão comum pudesse participar como *heliasta* sem prejuízo de sua atividade, recebiam um salário por dia de sessão de trabalho” (SOUZA, *ibid.*, p.67)

<sup>43</sup> “A *Assembléia* (*ekklêsia*) era composta por todos os cidadãos acima de 20 anos e de posse de seus direitos políticos [...] constituía-se no órgão de maior autoridade, com atribuições legislativas, executivas e judiciárias. Competiam-lhe: as relações exteriores, o poder legislativo, a parte política do poder judiciário e o controle do poder executivo, compreendendo a nomeação e a fiscalização dos magistrados” (SOUZA, Raquel de. O Direito Grego Antigo. In WOLKMER, Antônio Carlos (Org.).

Mesmo com a retórica<sup>45</sup> sendo o marco do direito grego, a necessidade de controle social e a evolução da tecnologia da escrita, deram mais ênfase aos escritos, até como forma de democratizar as leis.

[...] as inscrições públicas das primeiras leis não fortaleceram determinadas formas de governo, democrático, aristocrático, oligárquico ou tirânico, mas reduziram as contendas entre os membros da polis e, aumentando o alcance e a eficiência do sistema judiciário, apoiava e fortalecia o grupo, não importando qual deles estivesse no controle da cidade. Independente do tipo de governo, todas as cidades gregas começaram gradualmente a aumentar seu poder, às custas das famílias e dos indivíduos. À medida que as cidades aumentavam em tamanho e complexidade, reconheciam a necessidade de um conjunto oficial de leis escritas, publicamente divulgadas, para confirmar sua autoridade e impor a ordem na vida de seus cidadãos. Não se discute aqui o bom ou mau uso desse exercício de poder, ou se é justo ou injusto, mas apenas a sua razão social para o estabelecimento de leis escritas, leis que serviriam não apenas ao interesse de algum grupo, ou partido político, mas de todos os cidadãos incorporados nessa instituição única, a cidade (polis).<sup>46</sup>

Roma tem uma ampla história com o Direito, devido à grande evolução nessa área, principalmente no que tange à noção de propriedade, pois foi uma civilização bastante estudada. A história do Império Romano divide-se em: Período da Realeza (510 a.C.), Período da República (510 a.C. a 27 d. C.), Período do Principado (27 d.C. a 285 d.C.) e Período do Baixo Império (285 d. C. a 585 d. C.).

A divisão desses períodos é importante para compreender a fonte jurídica usada na época. Segundo Francisco Quintanilha Vêras Neto:

Na fase da Realeza surgem algumas instituições político-jurídicas ainda muito vinculadas à existência de um Estado Teocrático. O cargo de rei assume caráter de magistratura vitalícia, sendo ao mesmo tempo chefe político, jurídico, religioso e militar ou seja, o rei

---

**Fundamentos de História do Direito.** 3. ed. 2ª Tiragem. Revista e ampliada. Editora Del Rey, Belo Horizonte: 2006, p. 70).

<sup>44</sup> “Apesar de ter sido o berço da democracia, da filosofia, do teatro e da escrita alfabética fonética, a civilização grega tinha algumas características bastante particulares. Duas delas podem ter contribuído para o obscurecimento do direito grego ao longo da história. A primeira é a recusa do grego em aceitar a profissionalização do direito e da figura do advogado que, quando existia, não podia receber pagamento. A segunda é a de que preferia falar a escrever” (SOUZA, *ibid.*, p. 56).

<sup>45</sup> “[...] o direito grego é, antes de tudo, um direito retórico” (SOUZA, *ibid.*, p. 57).

<sup>46</sup> SOUZA, *ibid.*, p. 60.

era o magistrado único [...] O direito era essencialmente costumeiro, sendo a jurisprudência monopolizada pelos pontífices.<sup>47</sup>

Em diferente momento, mas com a mesma fonte costumeira está o período da República, associado também à produção de leis e de decisões dos magistrados. Entre o período da República e o Período do Principado está a Lei das XII Tábuas<sup>48</sup>, que tratava de temas relacionados ao direito de família (poder paterno, abandono de crianças), da propriedade e da posse, por exemplo.

O último período da história da civilização romana é o do baixo Império (*dominato*), quando ocorre a cristianização do Império, e também a decadência política e cultural; a fonte de criação do direito passa a ser a constituição imperial.<sup>49</sup>

Todos os escritos jurídicos citados acima não tinham a essência material de uma Constituição, com o sentido que se tem hoje, mas revelam historicamente a necessidade que os povos tinham em compilar entendimentos, costumes e tradições com a finalidade de serem seguidas e não esquecidas. Percebe-se aí que as sociedades já eram complexas e as compilações legais tinham traços de multiculturalidade.

Na filosofia, a produção intelectual ramificada através dos costumes ganha o nome de jusnaturalismo. Estudar essa corrente, depois de tratar de tantos fatos históricos, é importante porque, inevitavelmente, ela os acompanhou. É no âmago das construções intelectuais, jurídicas e históricas baseadas nos costumes e valores que ela se encontra.

O jusnaturalismo se afigura como uma corrente jurisprudencial de fundamentação do direito justo que remonta às representações primitivas da ordem legal de origem divina, passando pelos sofistas, estoicos, padres da igreja, escolásticos, racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até a filosofia do direito natural do século XX.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito Romano Clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. 2ª Tiragem. Revista e ampliada. Del Rey, Belo Horizonte: 2006, p. 101.

<sup>48</sup> “A lei das XII Tábuas foi elaborada por uma comissão de três magistrados, encarregados de pesquisar, na Magna Grécia, as leis de Sólon, propiciando a criação de um código escrito de leis romanas.” (VÉRAS NETO, *ibid.*, p. 103).

<sup>49</sup> *ibid.*, p. 102.

<sup>50</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. Reflexões sobre o Jusnaturalismo: O Direito Natural como Direito Justo. **Revista da UNIFACS**, abril/2007, p.27. Disponível em:

Percebe-se que o direito natural tem uma vida longa, pois nasceu nas primeiras expressões de controle normativo, quando ainda não existia a ideia de uma estrutura estatal e muito menos ainda de uma norma superior do Estado. O marco teórico que pode ser extraído das primeiras noções do homem com o direito é o costume, os ritos consuetudinários, uma vez que:

O costume aparece como expressão da legalidade, de forma lenta e espontânea, instrumentalizada pela repetição de atos, usos e práticas. Por ser objeto de respeito e veneração, e ser assegurado por sanções sobrenaturais, dificilmente o homem primitivo questionava sua validade e sua aplicabilidade.<sup>51</sup>

Um marco histórico importante para essa fase do constitucionalismo, e que antecede a próxima fase, é a instituição da Magna Carta de 1215 da Inglaterra. Após forte pressão dos barões ingleses, o rei João I (João Sem Terra) foi obrigado a assinar a Carta, que previu direitos como o de liberdade e o de propriedade. Embora seja um documento importante, a Magna Carta só tem reflexo histórico, uma vez que teve aplicação fracassada devido à forte influência absolutista do rei.

Após a Magna Carta inglesa de 1215, muito tempo passou até que o constitucionalismo sofresse uma transformação eficiente. O Constitucionalismo Antigo era aquele que apresentava aspectos puramente costumeiros e baseados nas tradições religiosas.

Em suma, os documentos jurídicos daquele período são registros primários e concomitantes ao surgimento da escrita e das primeiras civilizações, possuindo influência mais histórica que mesmo jurídica, uma vez que os regulamentos tratavam de questões básicas e não tinham a noção estratégica de uma constituição tal como vigora atualmente.

---

[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiv96b7tLrMAhVihJAKHaXzCLUQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevistajuridica%2Farquivo%2Fedicao\\_abril2007%2Fdocente%2Fdoc1.doc&usg=AFQjCNEPef5y\\_WO\\_2PkREb24CveYYdMtUA](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiv96b7tLrMAhVihJAKHaXzCLUQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevistajuridica%2Farquivo%2Fedicao_abril2007%2Fdocente%2Fdoc1.doc&usg=AFQjCNEPef5y_WO_2PkREb24CveYYdMtUA). Acesso em: 02 de abril de 2016.

<sup>51</sup> *ibid.*, p.19.

### 3.2 O Constitucionalismo Clássico e o Estado Nacional

As revoluções inglesa, americana e francesa colaboraram decisivamente para a criação das primeiras declarações de direitos desses respectivos países. Destaque-se que não se tratavam, efetivamente, de constituições. Essas declarações, em verdade, decorriam da observância de variados preceitos de natureza moral, que tinham uma finalidade assecuratória de direitos.

No ano de 1679, na Inglaterra, surge a *Bill of Rights*, na América do Norte, por seu turno, em 1776, houve a edição da *Virginia Bill of Rights* e na França, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A Declaração do Bom Povo da Virgínia<sup>52</sup> foi posterior à Independência dos Estados Unidos e precedeu à Constituição Americana de 1787, que vigora até a presente data.

Curiosamente, a Constituição norte-americana de 1787 não possuía um rol de direitos, uma vez que vários representantes na Convenção de Filadélfia (que editou a Constituição) temiam introduzir direitos humanos em uma Constituição que organizaria a esfera federal, o que permitiria a consequente federalização de várias facetas da vida social. Somente em 1791, esse receio foi afastado e foram aprovadas 10 Emendas que, finalmente, introduziram um rol de direitos na Constituição norte-americana.<sup>53</sup>

A presente declaração previa uma positivação de direitos ainda abstratos, pois tinha um cunho afirmativo do direito natural, como a liberdade e soberania do povo frente à separação de poderes. É inegável a contribuição histórica que essa constituição representa para os norte-americanos e para o mundo do Direito, uma vez que, é considerada por muitos a primeira “constituição” escrita.

É a revolução francesa a de maior expressividade para os estudos históricos e jurídicos. Na seara do Direito, a tríplice dimensão “igualdade, liberdade e fraternidade” empreende relevante significado ao real fundamento do Estado liberal.

---

<sup>52</sup> “[...] composta por 18 artigos, que contém afirmações típicas da promoção de direitos humanos com viés jusnaturalista, como, por exemplo, “todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes” (artigo I) e ainda “todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis” (artigo II). (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.39).

<sup>53</sup> Id., *ibid.*, p.39.

O Estado francês pré-Revolução era ineficiente, caro e incapaz de organizar minimamente a economia de modo a atender às necessidades de uma população cada vez maior. As elites religiosas e da nobreza também se mostraram insensíveis a qualquer alteração do *status quo* capitaneada pela monarquia. Esse impasse político na cúpula dirigente associado à crescente insatisfação popular foi o caldo de cultura para a ruptura, que se iniciou na autoproclamação de uma “Assembleia Nacional Constituinte”, em junho de 1789, pelos representantes dos Estados Gerais (instituição representativa dos três estamentos da França pré-revolução: nobreza, clero e um “terceiro estado” que aglomerava a grande e pequena burguesia, bem como a camada urbana sem posses).<sup>54</sup>

Com a queda da Bastilha até a ascensão de Napoleão Bonaparte em 1799 houve inúmeras divergências políticas, sociais e econômicas, que acentuaram os anseios absolutistas para o comando estatal e despertaram interesses do terceiro estado representado pela alta burguesia francesa. Esses movimentos libertários tinham como foco o enfraquecimento da monarquia absolutista que há muito havia se instalado nesses Estados.

O absolutismo não era representado apenas pelo rei, ele não governava sozinho, havia conselheiros, parlamentos e assembleias, formados geralmente pela nobreza, clero e alta burguesia. Essas últimas “tinham o direito de estabelecer leis ou de revogar as promulgadas pela Coroa e, principalmente, de aprovar aumentos de impostos ou a criação de taxas especiais, imprescindíveis para financiar as constantes guerras e outros empreendimentos custosos”.<sup>55</sup>

Embora no constitucionalismo antigo já se vislumbrasse uma codificação escrita através do *Rule of law* por meio de documentos como a Carta Magna de 1215, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e a Declaração Inglesa de Direitos – *Bill of Rights*<sup>56</sup> de 1689 foi por meio das revoluções que as primeiras constituições escritas surgiram. Essas constituições gozavam de maior conotação política, uma vez que a ideia de força normativa veio a existir com o advento do extremo positivismo. Naquela época

---

<sup>54</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.39.

<sup>55</sup> GRESPAN, Jorge. **Revolução Francesa e Iluminismo**. São Paulo: Contexto, 2008, p.22.

<sup>56</sup> “Não é uma declaração de direitos extensa, pois dela consta, basicamente, a afirmação da vontade da lei sobre a vontade absolutista do rei. Entre seus pontos, estabelece-se “que é ilegal o pretendido poder de suspender leis, ou a execução de leis, pela autoridade real, sem o consentimento do Parlamento”; “que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento” e que “a liberdade de expressão, e debates ou procedimentos no Parlamento, não devem ser impedidos ou questionados por qualquer tribunal ou local fora do Parlamento” (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 34).

o positivismo se apresentava de forma primária com reflexos fortes do jusnaturalismo. O *common law* fora levemente acrescido do *civil law*, que então trouxe corpo de lei à constituição, dando vida ao Estado de Direito.

José Luiz Quadros de Magalhães fala do constitucionalismo liberal longe da visão romantizada que se formatou durante os estudos históricos:

O constitucionalismo nasceu liberal e logo, não nasceu democrático. Constitucionalismo e democracia são palavras e ideias incompatíveis para o pensamento liberal na época [...] A função da constituição liberal é de afastar o estado da esfera privada, das decisões individuais dos homens proprietários. Assim, os burgueses, que cresceram sob a proteção do rei e do estado moderno, agora construíam uma ordem jurídica que lhes garantia liberdade para expansão segura de seus negócios.<sup>57</sup>

Discorrer acerca dos fundamentos que culminaram na Revolução Francesa é transcender aos objetivos de ordem jurídica e política, posto que também haviam interesses econômicos e capitalistas envolvidos. A criação de uma constituição que limitasse o poder estatal absolutista não estava necessariamente vinculada à construção de um instrumento voltado aos cidadãos, basta considerar que os direitos absorvidos foram de natureza eminentemente civis ou individuais, principalmente aqueles diretamente ligados à propriedade.

As liberdades individuais ou ainda liberdades públicas foram perseguidas pelos movimentos libertários e na teoria fundamental geraram os direitos de primeira geração. Segundo Paulo Bonavides esses “valorizam primeiro o homem – singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual”.<sup>58</sup>

O papel do Estado na defesa dos direitos de primeira geração é tanto o tradicional papel passivo (abstenção em violar os direitos humanos, ou seja, as prestações negativas) quanto ativo, pois há de se exigir ações do Estado para garantia da segurança pública, administração da justiça, entre outras.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo indo-afro-latino americano. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.13, n. 26, p. 88, jul./dez.2010.

<sup>58</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 564.

<sup>59</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.52.

Mesmo com todas as implicações do liberalismo o que ficou de importante para o constitucionalismo foi justamente a conquista da positivação das leis e dos direitos fundamentais de primeira geração, que com o passar do tempo evoluiu e se apresentou de forma diferente nos demais tipos de Estado.

Em 1789 com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento composto por 17 artigos<sup>60</sup>, consagrou-se a luta pela queda da Bastilha e serviu como fonte de inspiração para a construção da Constituição francesa de 1791. Assevera André Ramos que a liberdade e a igualdade foram considerados direitos inerentes a todo indivíduo.

O impacto na época foi imenso: aboliram-se os privilégios, direitos feudais e imunidades de várias castas, em especial da aristocracia de terras. O lema dos agora revolucionários era de clareza evidente: “liberdade, igualdade e fraternidade” (*“liberté, égalité et fraternité”*). A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamou os direitos humanos a partir de uma premissa que permeará os diplomas futuros: todos os homens nascem livres e com direitos iguais. Há uma clara influência jusnaturalista, pois, já no seu início, a Declaração menciona “os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”.<sup>61</sup>

Sob um viés histórico, cumpre salientar que a Declaração do Bom Povo da Virgínia continha disposições que confirmavam matéria de direito natural e empreendiam forte evolução para a posterior consagração dos direitos humanos nos textos constitucionais, tendo inclusive, servido como preâmbulo da Constituição Francesa de 1791.

Com o advento da revolução francesa e da crescente noção de liberdade se formava um Estado que estava entre “a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca”.<sup>62</sup> Assim, da mesma forma que esse Estado de Direito sedimentou-se,

---

<sup>60</sup> “[...] condensam várias ideias depois esmiuçadas pelas Constituições e tratados de direitos humanos posteriores, como, por exemplo: soberania popular, sistema de governo representativo, igualdade de todos perante a lei, presunção de inocência, direito à propriedade, à segurança, liberdade de consciência, de opinião, de pensamento, bem como o dever do Estado Constitucional de garantir os direitos humanos. Esse dever de garantia ficou expresso no sempre lembrado artigo 16 da Declaração, que dispõe: “Toda sociedade onde a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. (ibid, p. 40).

<sup>61</sup> Id., ibid., pp. 39-40.

<sup>62</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 41

alcançando uma transição entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, também deu espaço para a formação de um Estado de classes.

A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe.<sup>63</sup>

Não havia, portanto, emprego de democracia, era uma noção ainda bastante limitada, baseada em representações induzidas. Nesse novo tipo de Estado o que imperava era o liberalismo. Foi nesse contexto, da instituição do Estado liberal-democrático por meio do enfraquecimento da nobreza e da iminência desse poder ser transferido para o povo, que surgiu a teoria da separação dos poderes de Montesquieu.

Queriam, assim, evitar que o poder recaísse no povo. Estabelecida a antinomia soberano-povo, do seio deste, destaca-se uma classe: a burguesia. Esta pretende escalar o poder, amparando-se constitucionalmente na técnica separatista [...] Montesquieu advogava o princípio liberal, abraçava a solução intermediária, relativista, que, de um lado, afastava o despotismo do rei e, de outro, não entregava o poder ao povo.<sup>64</sup>

Sendo assim, formou-se uma nova organização estatal, essencial para que a corrente liberalista fosse fortificada, tendo em vista que “a sociedade, por sua vez, na teoria do liberalismo, se reduz à poeira atômica de indivíduos”.<sup>65</sup>

O Estado liberal, dessa forma, tinha como principal característica a mínima intervenção na vida de seus subordinados, especialmente quanto aos direitos de propriedade, que se manifestavam com maior ênfase em virtude da conquista expressa das liberdades civis. A economia era tratada quase que exclusivamente por burgueses, que expandiram a atividade comercial.

---

<sup>63</sup> *ibid.*, p. 42.

<sup>64</sup> *ibid.*, p. 70.

<sup>65</sup> *ibid.*, p. 40.

Com o término da I Guerra Mundial surgiu outra demanda: a de garantir os direitos sociais, que até então eram previstos de forma subjetiva. Isso só era possível através da elevação das leis a um plano mais eficaz que aquele adotado pelas constituições do Estado liberal.

A calamidade estendida à sociedade fez com que determinados direitos sociais, tais como saúde, educação e previdência social fossem prestados pelo Estado. A Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de 1919 são expressões desse novo modelo que se destacou pela busca dos direitos de segunda geração. A primeira regulou o direito ao trabalho e a previdência social, a segunda estabeleceu as responsabilidades do Estado na garantia desses direitos.

### **3.3 O Constitucionalismo Social e o Estado intervencionista**

O Constitucionalismo social, por sua vez, fortaleceu-se em virtude da fragilidade do Estado liberal caracterizado pelas limitações impostas ao homem, notadamente porque as garantias das liberdades, por si só, já não eram mais suficientes às necessidades do povo assim como a organização estatal da época precisava evoluir. Dessa maneira, “o Estado liberal, não sucumbiu nem desapareceu; transformou-se. Deu lugar ao Estado Social”<sup>66</sup>. Um Estado mais intervencionista, com menor participação da iniciativa privada e responsável por oferecer algo além dos direitos de primeira geração.

Como explica André Ramos, a segunda dimensão dos direitos fundamentais:

[...] representa a modificação do papel do Estado, exigindo-lhe um vigoroso papel ativo, além do mero fiscal das regras jurídicas. Esse papel ativo, embora indispensável para proteger os direitos de primeira geração, era visto anteriormente com desconfiança, por ser considerado uma ameaça aos direitos do indivíduo. Contudo, sob a influência das doutrinas socialistas, constatou-se que a inserção formal de liberdade e igualdade em declarações de direitos não garantiam a sua efetiva concretização, o que gerou movimentos sociais de reivindicação de um papel ativo do Estado para assegurar

---

<sup>66</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 37.

uma condição material mínima de sobrevivência. Os direitos sociais são também titularizados pelo indivíduo e oponíveis ao Estado.<sup>67</sup>

Os direitos sociais são consequências dos direitos de primeira geração, são a exteriorização, a defesa daqueles direitos que já estavam garantidos no plano formal, mas que precisavam de materialização. As liberdades civis e políticas não bastavam, principalmente quando o Estado é desigual.

Toda conquista não poderia ficar no plano do direito consuetudinário, a formalização e a validação jurídica feitas através das instituições administrativas deveriam ser fortalecidas cada vez mais, através da positivação desses direitos. Destarte, discorrem Fernandes e Bicalho sobre a transição do período liberal dos valores para o cenário das leis:

Muitas vezes o direito foi responsável por sacrificar um de seus grandes objetivos – a justiça – em nome da segurança jurídica. Mas isso teve uma explicação. Na transição da idade média para a moderna, de meados do século XVIII ao início do século XIX, a sociedade reclamava limites ao poder concentrado e ilimitado do soberano. Buscavam-se barreiras aos arbítrios dos reis absolutistas. Os movimentos constitucionais modernos, cuja origem remonta às criações da Constituição francesa de 1791 e da Constituição dos Estados Unidos de 1787, trouxeram consigo também um mito no sistema jurídico: a lei.<sup>68</sup>

Estabelecer limitações ao governante e garantir as liberdades conquistadas até ali era imprescindível e isso só poderia ser alcançado por meio da segurança jurídica trazida pela lei. A lei tornou-se, então, uma fonte segura e válida do direito. A seu turno, as constituições da época, embora tenham consagrado a segurança jurídica, ainda eram marcadas pela doutrina do jusnaturalismo, que asseguravam, tanto no plano da criação, quanto nos da interpretação e aplicação, os valores morais.

Sendo assim, a subjetividade calcada pelo direito natural foi substituída pela objetividade do direito positivo em seu nível mais extremo.<sup>69</sup> Fernandes e Bicalho

---

<sup>67</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.52.

<sup>68</sup> BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella & FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 189, p.106, jan./mar, 2011.

<sup>69</sup> “Com esses fundamentos, criou-se um ambiente extremamente favorável à supervalorização desse diploma normativo. A lei adquire, então, um novo status, nunca visto na história. A sociedade

lançam três pilares que justificariam a teoria positivista. O primeiro trataria da posição da norma positiva no sistema, onde a lei ganharia mais validade jurídica que os princípios norteadores da conduta humana. Portanto, a conduta do homem passaria a ser regulada pela lei, pelos códigos.

O segundo pilar apresentado pelos autores é o modo de criação do diploma normativo, que romperia com a confecção baseada em casos concretos e teria sido substituído pela construção teórica. O último e mais significativo dos pilares, repousaria na forma de aplicação das leis, uma vez que estas se manifestariam através de instrumentos de prevenção e coerção. Dito em outros termos, os efeitos da norma não poderiam ser modificados, pois já seriam previamente conhecidos.<sup>70</sup>

É desse modo que a segurança jurídica se consagra dentro de um ordenamento, com noção prévia, válida e coercitiva. Cumprir a lei seria a solução. Acontece que para o Estado social, esse foi o ponto que alimentou um positivismo jurídico extremo, principalmente quanto ao momento de criação e aplicação das leis.

Descartadas as possibilidades de se basear em casos concretos para regular e decidir, a lei passou a ser a única fonte válida do direito, não importando se a norma tinha caráter justo ou injusto. Acirrou-se, neste momento, o embate entre o monismo ou centralismo estatal e o pluralismo jurídico, que será melhor estudado no capítulo que trata do Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Os Estados totalitários representam bem o quanto afirmado acerca do constitucionalismo social, posto que foram responsáveis pela criação de movimentos opressores como o nazismo e o fascismo, que objetivavam a elevação da figura de um ditador e da defesa de raças superiores. Em nome da lei, da segurança jurídica e da soberania nacional muitas atrocidades foram cometidas e tudo isso porque a lei, aparentemente, bastava.

---

necessitava afastar a abertura do sistema jurídico aos valores jusnaturais, uma vez que muitas atrocidades eram realizadas em nome do Direito e de seus princípios naturais (religiosos ou não). Nesse contexto, buscava-se segurança jurídica e objetividade do sistema, e o Direito positivo cumpriu bem esse papel". (BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella & FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 189, p.106, jan./mar, p.106).

<sup>70</sup> *ibid.*, pp. 106-107.

[...] o conteúdo valorativo de uma norma era dado pelo legislador, não cabendo ao hermenêuta a identificação do substrato axiológico da norma quando de sua aplicação concreta. O ordenamento jurídico, para ele, não contemplava uma aplicação valorativa da norma, ou qualquer pauta de correção. A questão se limitava ao aspecto de validade da lei e não de seu conteúdo. Se fosse válida, deveria ser aplicada conforme o legislador a concebeu.<sup>71</sup>

Essa ruptura nebulosa com os valores consagrou tal momento como o mais sangrento, tanto nos campos de concentração nazistas, quanto na seara jurídica. A justiça foi massacrada pela legalidade extrema, com comprovação de validade puramente por meios formais e não valorativos.

O Estado social tem essas duas vertentes, uma que pode ser comemorada em virtude da concepção das prestações positivas e a outra por ser uma aplicação errônea da hermenêutica. A prestação positiva, característica dos direitos fundamentais de primeira geração, é classificada por Paulo Bonavides como o Estado social da Sociedade.

É Estado social onde o Estado avulta menos e a Sociedade mais; onde a liberdade e a igualdade já não se contradizem com a veemência do passado; onde as diligências do poder e do cidadão convergem, por inteiro, para trasladar ao campo da concretização direitos, princípios e valores que fazem o Homem se acercar da possibilidade de ser afetivamente livre, igualitário e fraterno. A esse Estado pertence também a revolução constitucional do segundo Estado de Direito, onde os direitos fundamentais conservam sempre o seu primeiro. Sua observância faz a legitimidade de todo o ordenamento jurídico.<sup>72</sup>

O Estado social liberto do discurso ditador e politicamente socialista, tem amparo na democracia por ser “aquele que busca como Estado de coordenação e colaboração, amortecer a luta de classes e promover, entre os homens, a justiça social e a paz econômica”.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella & FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 108, p.106, jan./mar, 2011.

<sup>72</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.33.

<sup>73</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 187.

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estrita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.<sup>74</sup>

O Estado social da Sociedade é a herança irrevogável deixada pelo constitucionalismo social para o constitucionalismo democrático e social que se opera hoje. No entanto, como dito, durante o período do constitucionalismo social vigoraram tais conquistas, mas também uma guerra massacrante, que abalou todo o mundo e promoveu um retrocesso aos direitos humanos.

Com o segundo pós-guerra o Estado foi compelido a se reorganizar e esse divisor de águas desencadeou uma nova corrente constitucionalista em cujo fundamento primordial residia o Estado Constitucional de Direito, em oposição ao Estado social Legalista.

### 3.4 O Constitucionalismo Contemporâneo e o Estado prestacional

O positivismo jurídico chegou a seu apogeu quando da criação de um Estado altamente intervencionista, deixando para trás os valores morais e apoiando-se na legalidade como fim.<sup>75</sup> Um dos objetivos norteadores da teoria constitucionalista contemporânea é o resgate da moralidade do direito, quando cria uma nova doutrina jurídico-filosófica.

---

<sup>74</sup> *ibid*, p. 186.

<sup>75</sup> [...] em nome da lei o direito foi utilizado para a realização de barbáries e atrocidades. O mundo não mais aceitava o império de uma lei tirânica. Alguns parâmetros morais de justiça precisavam ingressar no direito, visto que somente os critérios formais de validade não eram suficientes. Com isso, surge o movimento de aproximação do Direito com a moral, o pós-positivismo. (BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella & FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, a. 48, n. 189, jan./mar, 2011. p.111)

Como forma de corrigir o sistema totalitário fortalecido pela extrema legalidade, que usava o direito para oprimir e justificar atos desumanos e injustos, o constitucionalismo contemporâneo ganhou força e desenhou para o direito constitucional uma nova fase.

Não se admite mais o isolamento do aplicador do direito em relação aos valores que respaldam e sustentam o direito. A leitura axiológica do direito em busca de ideais de justiça é admitida e necessária na atual conjuntura. Decisões desprovidas de qualquer identificação de justiça, ao argumento da pura e simples vontade do legislador, não mais podem ser aceitas, sobretudo as opressoras da dignidade do ser humano. Assim, a lei dá espaço aos princípios e estes, aos valores. Os princípios passam ao centro dos sistemas constitucionais e levam consigo os valores que lhes dão sustentação. A letra fria da lei não pode mais ser aceita incondicionalmente. Os valores oxigenam o sistema quando necessário; oxigenação essa que ocorre quando da aplicação concreta da norma. Cumpre ressaltar que [...] a Constituição é a sede natural dos princípios e, por isso, a abertura do sistema se dá principalmente através dela. Não obstante, o sistema jurídico não abarca os princípios somente na Carta, por isso o pós-positivismo se aplica também aos demais ramos do direito. Mas sua principal seara é constitucional.<sup>76</sup>

As constituições criadas após a Segunda Guerra Mundial trouxeram um sentido mais moralista, com previsão de princípios e positivação de direitos fundamentais, numa dimensão normativo-axiológica.<sup>77</sup> Desse modo, a constituição em sua essência não seria apenas uma lei, “tem que ser também lei. Todavia, não é uma lei como as outras, uma simples lei: é mais do que isso”<sup>78</sup>.

A Constituição alemã de 1949 (Lei Fundamental de Bonn) e a Constituição brasileira de 1988 são consideradas exemplos desse novo período, que no Brasil ficou conhecido como neoconstitucionalismo. A diferenciação presente na aplicação dos princípios, no uso da ponderação e através da justiça particular, comandadas pelo Judiciário e pela Constituição, dão sentido a esse novo movimento constitucional.

[...] princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que

<sup>76</sup> Ibid, p.117.

<sup>77</sup> “[...] o reconhecimento da dupla dimensão normativo-axiológico das Constituições contemporâneas, ensejando a consolidação de uma teoria jurídica material ou substancial assentada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais “ (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 41)

<sup>78</sup> LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 07.

subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário (e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior ou direta aplicação da Constituição em vez da lei).<sup>79</sup>

Tais características são as que mais se destacam dentro da linha de pensamento dos neoconstitucionalistas, uma vez que há uma pluralidade de exposições de caráter metodológico e conceitual.<sup>80</sup>

[...] o neoconstitucionalismo é caracterizado por uma constituição invasora, pela positivação de um extenso catálogo de direitos, pela onipresença na constituição de princípios e regras, e pela determinação de que a interpretação e a aplicação das normas constitucionais não podem ser a mesma das normas inferiores.<sup>81</sup>

Esse novo constitucionalismo do segundo pós-guerra avivou a esperança da constituição como lei maior e digna de destaque, dando a ela supremacia em relação às demais normas, sendo, portanto, o centro do ordenamento jurídico e do regulamento político.

Mais do que a superação de uma metodologia jurídica – o que já seria uma grande proposta - o neoconstitucionalismo muda a forma de pensar, pois pretende superar o debate entre positivistas x jusnaturalistas, lançando mão de uma nova teoria para o direito, tomando como ponto central a constituição. Passamos de um direito em que as normas ditam o que fazer para um direito em que os princípios indicam o que se pode fazer. A diferença entre o pensamento formalista e o pensamento neoconstitucionalista é que o segundo consegue alcançar as transformações práticas dentro do sistema jurídico.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (RERE)**, Salvador, n. 17, p.2, janeiro, fevereiro, março de 2009.

<sup>80</sup> [...] não há apenas um conceito de “neoconstitucionalismo”. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do “neoconstitucionalismo”. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural “neoconstitucionalismo(s)” (ÁVILA, *ibid.*, p. 01).

<sup>81</sup> PASTOR, Roberto Viciano & DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del novo constitucionalismo latino-americano. In. **El nuevo constitucionalismo em América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p.18. No original: [...] el neoconstitucionalismo está caracterizado por una Constitución invasora, por la positivización de un extenso catálogo de derechos, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por la determinación de que la interpretación y la aplicación de las normas constitucionales no puede ser la misma que la de las normas legales.

<sup>82</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição**. São Paulo: Editora Método, 2008, p.18.

Com a supremacia constitucional surge a demanda de proteger essa rigidez através da jurisdição constitucional, requerendo a defesa e a promoção dos direitos fundamentais como idealização das constituições avançadas.<sup>83</sup> Com a expansão da justiça constitucional, houve o fortalecimento do federalismo como uma prática para o desenvolvimento do sentimento constitucional. As constituições contemporâneas avançadas são aquelas que pretendem transformar o Estado, dando a ele efetividade e identidade.

Por isso, os países que não se encontram nesse modelo não são neoconstitucionalistas. Essa conclusão é um desdobramento da impossibilidade de retrocesso. O neoconstitucionalismo presta-se às constituições avançadas, melhor dizendo, a Constituições democráticas de países que alcançaram ou estão em busca de se transformar, objetivando a efetividade constitucional.<sup>84</sup>

O italiano Paolo Comanducci, ao fazer uma associação com a classificação de Norberto Bobbio sobre o positivismo jurídico, categoriza o neoconstitucionalismo sob três vertentes: teórica, ideológica e metodológica. Essa classificação tripartite permite uma melhor compreensão sobre a distinção entre o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo.

Sob a égide teórica, Comanducci, em livre tradução, assevera que:

Neoconstitucionalismo, como teoria do direito, tem como objetivo descrever as realizações da constitucionalização, ou seja, desse processo que tem abarcado uma modificação dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos antes da sua implantação completa. [...] é ainda caracterizado por uma constituição "invasora", pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença na constituição de princípios e regras, e por algumas peculiaridades na interpretação e na aplicação da lei.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> *ibid.*, p. 80.

<sup>84</sup> *ibid.*, p. 29.

<sup>85</sup> COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo) constitucionalismo: Um análisis metateórico.** Génova: Isonomía, n. 16, abr./2002, p.97. No original: *El neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de esse proceso que há comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporâneos respecto a los existentes antes del despliegue integral de processo mismo. [...] está caracterizado, además que por una constitución "invasora", por la positivación de un catálogo de derechos fundamentales, por la onnipresencia em la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y a la aplicación de la ley.*

A invasão da constituição, a positivação dos direitos fundamentais, a formatação do texto constitucional não apenas baseado em regras, mas também em princípios e a aplicação da interpretação constitucional revelam-se como características revolucionárias dentro do pensamento teórico constitucionalista.

Incluído no campo ideológico, o neoconstitucionalismo destaca-se na defesa da ética e da moral frente à legalidade.

O neoconstitucionalismo ideológico não se limita, portanto, a descrever os avanços do processo de constitucionalização, mas também o valora positivamente e propõe sua defesa e expansão [...] E neste sentido específico, o neoconstitucionalismo pode ser considerado como uma moderna variante do positivismo ideológico do século XIX, que pregava a obrigação moral de defender a lei.<sup>86</sup> (Tradução livre)

O referido autor traça um caminho contraposto ao positivismo jurídico e remete a teoria constitucional ao *jusnaturalismo*.<sup>87</sup> Isso acontece porque as características elementares do neoconstitucionalismo rompem com o positivismo severo do Constitucionalismo social. Por sua vez, a defesa do neoconstitucionalismo frente a seu método remete à seguinte assertiva trazida por Comanducci, em livre tradução:

O neoconstitucionalismo metodológico sustenta, pelo contrário, pelo menos no que diz respeito a situações do direito constitucional, onde os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituem uma ponte entre direito e moral - a tese da identificação e/ou justificativa necessárias para a conexão entre lei e moral.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> *ibid.*, p. 100. No original: *El neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación [...] Y em este específico sentido, el neoconstitucionalismo puede ser considerado como una moderna variante del positivismo ideológico de siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer la ley.*

<sup>87</sup> “[...] Comanducci nos propone analizar el neoconstitucionalismo desde estas tres perspectivas. Desde este punto de vista, el neoconstitucionalismo – distanciándose así del constitucionalismo tradicional – se presenta como una concepción del derecho, contrapuesta al positivismo jurídico, una especie de *iusnaturalismo*” (MORESO, José Juan. **Comanducci sobre neoconstitucionalismo**. Isonomía, out./2003. p. 02)

<sup>88</sup> COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo) constitucionalismo: Um análisis metateórico**. Génova: Isonomía, n. 16, abr./2002. p. 101. No original: *El neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario – al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral – la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa,, entre derecho y moral.*

Segundo essa corrente, a teoria do direito constitucional deve fundamentar-se nos planos da moral, por isso que se defende tanto a supremacia dos princípios, a aplicação da lei em sede individual e a sobreposição do Poder Judiciário em relação aos demais. Há, portanto, métodos diferenciados de interpretação da norma, principalmente no que tange ao legitimado para interpretar e defender a Lei Maior. Surge aqui a jurisdição constitucional, ou ainda, a supremacia jurisdicional na interpretação e aplicação do texto constitucional.

Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. De poder quase “nulo”, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.<sup>89</sup>

Há aqui uma releitura do princípio clássico da separação os poderes, que demanda maior participação dos juízes no cenário político e social. As cortes constitucionais ganham maior destaque no neoconstitucionalismo, por entenderem que na busca pela tal efetividade e identidade da Constituição esse seja o melhor caminho.

O grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. O Direito é analisado sobretudo a partir de uma perspectiva interna, daquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, relegando-se a um segundo plano a perspectiva externa, do observador. Essa obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional. O juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias [...].<sup>90</sup>

A categorização neoconstitucionalista é marcada por rótulos breves e universais, “a proposta neoconstitucionalista é uma aposta em princípios”.<sup>91</sup> Assim, “o ‘neoconstitucionalismo’, nessa acepção, está menos para uma teoria jurídica ou

---

<sup>89</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In. NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009, p.37.

<sup>90</sup> Ibid., p.41.

<sup>91</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição**. São Paulo: Editora Método, 2008. p.37.

método, e mais para uma ideologia ou movimento, defendido com retórica, vagueza e subserviência à doutrina estrangeira.”<sup>92</sup>

Porém, no tocante à ideia de que o Direito não pode ficar alheio às injustiças sociais todas as tentativas de conceituar o neoconstitucionalismo concordam e intitulam essa premissa como o dever neoconstitucional.<sup>93</sup>

Nesse caminho que demonstra uma pluralidade de neoconstitucionalismos o mundo acadêmico e jurídico ainda se depara com a pergunta: o que é o neoconstitucionalismo?

A palavra “neoconstitucionalismo” não é empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira [...] Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastantes heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista.<sup>94</sup>

No Brasil, o neoconstitucionalismo tem discussão mais recente, pois foi a partir da Constituição de 1988 que tal tema começou a ser debatido, isto porque, o país teve, majoritariamente, constituições outorgadas, sem nenhum tipo de representação popular, defesa de direitos fundamentais, justiça ou igualdade.<sup>95</sup>

<sup>92</sup>ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (RERE)**, Salvador, n. 17, p.7, janeiro, fevereiro, março de 2009. p. 07.

<sup>93</sup> STRECK, Lênio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 4, jan./jun., pp. 9-27, 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>. Acesso em: 29 set. 2017.

<sup>94</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*. NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 32-33.

<sup>95</sup> “[...] a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam os porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas” (SARMENTO, *ibid.*, p. 43).

O Brasil já enfrentava um período de desgaste, no qual as Cartas Constitucionais anteriores estavam em descrédito. O cenário sofreu profundas alterações com as novidades trazidas pela convocação da Assembleia Constituinte de 1987/1988, responsável pela redemocratização do país.

[...] o constitucionalismo atual, contemporâneo, emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsáveis pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana. O neoconstitucionalismo destaca-se, nesse contexto, como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da força normativa da Constituição, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa.<sup>96</sup>

Esse rol, próprio de transformações pós-guerra, também é firmemente defendido por Luís Roberto Barroso, quando lê o neoconstitucionalismo a partir de três marcos principais: o histórico, o filosófico e o teórico. Em sua concepção, o neoconstitucionalismo representa um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, que são resumidas da seguinte forma:

[...] (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.<sup>97</sup>

Fazendo uma compilação dos pontos comuns apresentados por doutrinadores brasileiros acerca do neoconstitucionalismo, Daniel Sarmento ressalta a:

<sup>96</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 39.

<sup>97</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. 2005. p. 15. Disponível em < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf).> Acesso em 15 de mar. 2016.

[...] valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.<sup>98</sup>

Sob um outro enfoque, no que diz respeito ao emprego da teoria neoconstitucional o supramencionado autor aponta três objeções a esta. A primeira delas diz respeito ao neoconstitucionalismo como juristocracia, onde a influência do Poder Judiciário nas decisões políticas e mais importantes do país se apresenta como antidemocrática, uma vez que “[...] acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito”.<sup>99</sup>

O autor aduz ainda que há um pecado cometido pelo neoconstitucionalismo brasileiro, no sentido de promover um perigoso discurso de que voto e política não são relevantes, ou seja, não são tão importantes quanto a interpretação dos princípios constitucionais.<sup>100</sup>

A segunda objeção trata da aplicação radical dos princípios que gera certa insegurança no Estado Democrático de Direito, uma vez que são utilizados quase de forma ilimitada.

Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese. Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O princípio é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In. NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009, p.49.

<sup>99</sup> *ibid.*, pp.54-55.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p.60.

<sup>101</sup> *Ibid.*, pp.60-61.

Deve haver uma razoável utilização desses dois institutos, posto que não existe distanciamento e aplicação separada de regras e princípios. O Estado Democrático de Direito precisa dos dois para ser fortalecido, ou seja, necessita sim analisar questões com base em fundamentos principiológicos, mas também deve respeitar a ordem positivada. A legitimidade ganha identidade na harmonia entre a regra e a moral.

A terceira oposição está intimamente atrelada às citadas acima, pois versa sobre a constitucionalização do Direito, a panconstitucionalização. O neoconstitucionalismo no intuito de supervalorizar a positivação dos direitos na constituição abre lacuna para um agir com viés antidemocrático, uma vez que tudo está na Constituição, sejam as relações públicas ou privadas.

Com efeito, quem defende que tudo ou quase tudo já está decidido pela Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por consequência, a autonomia política ao povo para, em cada momento da história, realizar as suas próprias escolhas [...] E a questão torna-se ainda mais delicada diante da constatação de que, pela abertura semântica dos direitos fundamentais e dos princípios – principal matéria prima da constitucionalização do Direito – o seu principal agente acaba sendo o Poder Judiciário, ao dar a última palavra sobre a interpretação daquelas cláusulas.<sup>102</sup>

Em semelhante raciocínio Humberto Ávila, ao tratar da supremacia judicial, afirma que há uma espécie de sabotagem pelo Judiciário quando admite que a constituição goza de uma autossuficiência, no que concerne a tratar de todos os temas. Dito de outra forma:

[...] quando tudo está na Constituição, e nada na legislação que deveria estar conforme a ela, a supremacia constitucional perde seu significado, pois a Constituição deixa de servir de referência superior pela inexistência ou irrelevância do elemento inferior. Privilegia-se a supremacia constitucional, eliminando-a.<sup>103</sup>

<sup>102</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In. NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: Teoria da Constituição. Salvador: JusPodivm, 2009, p.65.

<sup>103</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (RERE)**, Salvador, n. 17, p.8-9, janeiro, fevereiro, março de 2009.

Sobre a constitucionalização do Direito, Barroso, na condição de defensor da corrente, assinala que ela possui:

[...] um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares.<sup>104</sup>

Observadas com o devido zelo, tais características levam o neoconstitucionalismo para um plano teórico de generalizações que ferem a segurança jurídica das constituições, atribuindo-lhe uma natureza polissêmica. Além de uma carta de princípios, é a constituição uma carta de normas reguladoras.

Tendo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como paradigma, Humberto Ávila tece comentários acerca da política neoconstitucional. No caso específico do fundamento normativo, que levaria à assertiva de que os princípios estariam acima das regras, é feita a seguinte análise:

[...] não se pode categoricamente afirmar que os princípios são quantitativa ou qualitativamente mais expressivos que as regras no ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se, apenas, afirmar que há um ordenamento composto de regras e de princípios, com funções eficáciais complementares e diferentes. Assim, a assertiva, feita de chofre e sem qualquer ressalva, no sentido de que o paradigma normativo passou ou deveria passar “da regra ao princípio”, e o metodológico, conseqüente do anterior, moveu-se “da subsunção à ponderação”, não encontra corroboração no ordenamento constitucional brasileiro. Em suma, o enunciado, estritamente universal, de que todas as Constituições do pós-guerra são principiológicas, e o enunciado numericamente universal, de que as normas da Constituição Brasileira de 1988 são principiológicas, ou de matriz principiológica não encontram referibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. 2005. pp. 16-17 Disponível em < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf).> Acesso em 15 de mar. 2016.

<sup>105</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, p.6-7, janeiro, fevereiro, março de 2009.

A interação do Poder Judiciário com os demais Poderes é alvo de diversas discussões. O que ocorreu no Brasil, com o advento do constitucionalismo contemporâneo, foi um fortalecimento do Judiciário através da ampliação de suas garantias, institucionalizadas na própria Constituição pátria.

O viés do capítulo que se desenrolou nas linhas acima foi no sentido de demonstrar os marcos teóricos, filosóficos e jurídicos dos movimentos constitucionalistas que criaram o espaço necessário para o Novo Constitucionalismo Latino-americano, especialmente no que diz respeito à participação social para a colmatação do Estado e das constituições.

#### 4 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: MARCOS HISTÓRICOS E FILOSÓFICOS DO PROTAGONISMO SOCIAL NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

No segundo pós-guerra havia a necessidade de reafirmarem-se os direitos fundamentais outrora conquistados, posto que o Estado, até então prestacional, caracterizava-se pela opressão e manipulação. As mudanças mais relevantes ficaram a cargo da lei maior do país: a Constituição. Foram concebidos, nesse momento, os direitos fundamentais de terceira geração, a saber, os que versam sobre desenvolvimento, paz, meio ambiente, patrimônio comum da humanidade e comunicação.

Segundo Paulo Bonavides esses direitos são “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade”, pois não objetivam apenas a defesa dos direitos de um indivíduo, de uma comunidade ou de um Estado, mas transcendem essa limitação e chegam ao campo da fraternidade.<sup>106</sup> Sendo assim, as constituições do pós-guerra apresentaram um extenso conteúdo axiológico, estando presentes em seu texto princípios norteadores, recepção de tratados, emprego da nova hermenêutica, positivação e eficácia dos direitos fundamentais, para citar alguns.

As transformações trazidas pela nova composição estatal norte-americana e europeia chegaram ao Sul da América como um novel modo de organizar o Estado e corrigir os erros do passado. As promessas defendidas pelo neoconstitucionalismo surgiram como o ponto de partida.

Sobre a dificuldade em inovar o direito constitucional afirmam Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau que o motivo está “*en la íntima relación entre democracia, gobierno y derecho*”<sup>107</sup>. Essa estreita relação está também associada a

---

<sup>106</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma nova repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.569.

<sup>107</sup> PASTOR, Roberto Viciano & DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del novo constitucionalismo latino-americano. In. **El nuevo constitucionalismo em América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p.13.

fatores geográficos, econômicos, sociais e culturais, elementos fundantes de um novo constitucionalismo:

O novo constitucionalismo defende que o conteúdo da Constituição deve ser coerente com seu fundamento democrático, melhor dizendo, que deve criar mecanismo para a direta participação política da sociedade, deve garantir a totalidade dos direitos fundamentais incluídos os sociais e econômicos, deve estabelecer procedimentos de controle de constitucionalidade que possam ser iniciados pela sociedade e deve criar regras limitadoras do poder político, bem como dos poderes sociais, econômicos e culturais que, mesmo sendo frutos da história, também limitam o fundamento democrático da vida social e dos direitos e liberdade da sociedade.<sup>108</sup> (Tradução livre).

A transformação trazida pela nova ideologia do constitucionalismo contemporâneo, com influência do constitucionalismo europeu, impulsionou movimentos peculiares no continente sul-americano e permitiu a criação de um movimento constitucionalista: O Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Não é por demais relevante lembrar que, na América Latina, tanto a cultura jurídica imposta pelas metrópoles ao longo do período colonial, quanto as instituições jurídicas formadas após o processo de independência (tribunais, codificações e constituições) derivam da tradição legal europeia, representada, no âmbito privado, pelas fontes clássicas dos Direitos romano, germânico e canônico.<sup>109</sup>

Essa releitura do neoconstitucionalismo europeu se deu por conta dos movimentos sociais que ocorreram nos países latinos. Alguns tiveram como ponto de partida a recusa ao neoliberalismo e outros, as ditaduras militares vigentes na época, como é o caso do Brasil.

---

<sup>108</sup> PASTOR, Roberto Viciano & DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del novo constitucionalismo latino-americano. In. **El nuevo constitucionalismo em América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p. 19. No original: *El nuevo constitucionalismo defiende que el contenido de la Constitución debe ser coherente con su fundamentación democrática, es decir, que debe generar mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, debe garantizar la totalidad de los derechos fundamentales incluidos los sociales y económicos, debe establecer procedimientos de control de la constitucionalidad que puedan ser activados por la ciudadanía y debe generar reglas limitativas del poder político pero también de los poderes sociales, económicos o culturales que, producto de la historia, también limitan el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía.*

<sup>109</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina**. Curitiba: Anais do [Recurso eletrônico] IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCConst., 2011, p. 146.

[...] as revoltas sociais tiveram papel essencial no processo de refundação do Estado e da intensificação da participação popular. Dos levantes indígenas em Chiapas no México, com a criação do Exército Zapatista de Libertação Nacional (EZLN), a luta pela reforma agrária e a ocupação de terras pelo Movimento dos Trabalhadores Sem-terra (MST) no Brasil, passando pelos fortes protestos sociais na Argentina contra as medidas de austeridade do governo, até as grandes mobilizações bolivianas contra a privatização do gás e da água, a América Latina resistiu à receita neoliberal.<sup>110</sup>

Como descrito acima, as revoltas foram geradas em oposição à forte manipulação em toda a estrutura estatal, da nítida influência colonizadora. O Brasil, por exemplo, enfrenta até os dias atuais as consequências de uma colonização desordenada. Embora esses movimentos tenham seguido caminhos diversos, tiveram importância para insuflar independências e um novo debate sobre soberania e inclusão popular.

As ideias e os interesses que politicamente dominavam os países latino-americanos no início do século XIX, fortalecidos pelas guerras de independência, iriam oferecer um campo propício para o surgimento, no âmbito do Direito público, de uma doutrina político-jurídica específica (trata-se do constitucionalismo moderno de tipo liberal), que demarcava a necessária limitação do poder absolutista das metrópoles europeias e sintetizava a luta lenta, tenaz e histórica do povo periférico, explorado e dominado, em prol de sua liberdade, emancipação, participação e busca de seus direitos de cidadania.<sup>111</sup>

Adiante será analisado o papel da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 frente às disposições das matrizes europeia e latina. Antes, porém, se fará necessário compreender melhor o neoconstitucionalismo, o novo constitucionalismo e o novo constitucionalismo latino-americano, já que são conceitos bastante utilizados e que podem gerar conflitos, se analisados sinonimicamente.

Conforme mencionado, não existe um consenso quanto às definições do neoconstitucionalismo, o que há, em verdade, são formas diferentes de se promover seu estudo. Importante é traçar uma análise comparativa entre o neoconstitucionalismo de matriz europeia e o de matriz latina, já que são as formas mais expressivas desse modelo.

<sup>110</sup> BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, pp. 75-76.

<sup>111</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina**. Curitiba: Anais do [Recurso eletrônico] IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst., 2011, p. 148.

A Europa foi marcada por um momento de transformação após a queda dos regimes autoritários<sup>112</sup> e isso levou a constituição ao centro do ordenamento jurídico, dotada um conteúdo axiológico e com previsão expressa de direitos e garantias fundamentais. Outra característica importante é a centralidade da interpretação dessas normas pelo Poder Judiciário, dando vez a um tribunal constitucional pleno.<sup>113</sup>

Na América Latina, com adoção expressiva por países como Bolívia, Venezuela e Equador, esse fenômeno se deu como reação aos governos autoritários. Como oposição às ditaduras militares o povo foi, aos poucos, alçado a uma posição de destaque rumo à reforma constitucional, sendo, portanto, a própria reforma.

[...] ao mesmo tempo que absorve alguns comandos do Neoconstitucionalismo, notadamente a impregnação da Constituição no ordenamento jurídico, ostenta como preocupação central a legitimidade democrática da Constituição, garantindo que só a soberania popular pode determinar a alteração da Constituição, a participação política e os direitos fundamentais, inclusive os sociais e econômicos.<sup>114</sup>

Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau, trazem uma importante diferenciação entre o neoconstitucionalismo e o constitucionalismo adotado na maioria dos países latinos. Na concepção de ambos, o neoconstitucionalismo:

[...] é uma teoria do Direito e não uma teoria da Constituição. Seu fundamento é a análise da dimensão positiva da Constituição, para a qual não é necessária a análise da legitimidade democrática e da forma através da qual a vontade constituinte se transforma na vontade constituída.<sup>115</sup> (Tradução livre).

---

<sup>112</sup> “Houve, na Europa continental, o processo de reconstitucionalização, após processos traumáticos de regimes autoritários, que marcaram países como Itália, Alemanha, Portugal e Espanha. Já no caso latino-americano, algumas características do Neoconstitucionalismo se propagaram em relação às novas Constituições, que oscilaram entre a resistência ao neoliberalismo e a reação às ditaduras militares” (BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, pp.63-64).

<sup>113</sup> “O que se observa, na verdade, com a análise do alargamento de matriz europeia, é que a jurisdição constitucional foi erguida como centro da efetivação da Constituição” (BRANDÃO, *ibid.*, p. 65).

<sup>114</sup> *Id. ibid.*, p. 67.

<sup>115</sup> PASTOR, Roberto Viciano & DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del novo constitucionalismo latino-americano. In. **El nuevo constitucionalismo em América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p.17. No original: [...] *es una teoría del Derecho y no, propiamente, una teoría de la Constitución. Su fundamento es el análisis de la dimensión positiva de*

O neoconstitucionalismo trabalha com conceitos que pretendem alcançar a reinterpretção da constituição quanto aos seus aspectos formais e materiais. Não se preocupa com sua legitimidade democrática. Já o novo constitucionalismo<sup>116</sup> visa *“analizar, en un primer momento, la fundamentación de la Constitución, es decir, su legitimidad, que por su propia naturaleza sólo puede ser extrajurídica”*.<sup>117</sup>

Essa fundamentação constitucional aliada à legitimidade popular melhor se encaixa na relação direito-governo-democracia e garante a inovação para o direito constitucional. Desse modo, para reforçar o objetivo precípua do novo constitucionalismo os autores lançam:

[...] o axioma democrático, o fundamento da constitucionalização do ordenamento jurídico só pode ser encontrado na ideia de que a Constituição é o resultado do mandato do poder constituinte, que reside no povo e reflete a sua vontade. Por essa razão, o Estado constitucional só pode ser governado por uma Constituição do Estado legitimada diretamente pelos cidadãos, e não por seus representantes.<sup>118</sup> (Tradução livre).

O Novo Constitucionalismo Latino-americano é um movimento constitucional com raízes no ocidente sul-americano. Sua teoria vai além das defendidas pelo neoconstitucionalismo, pois versa sobre assuntos constitucionais que ultrapassam as constituições escritas e bem fundamentadas. Vão além dos debates: Princípio ou regra? Indivíduo ou coletividade? Poder Judiciário ou Poder Legislativo?

Não se pode negar, por óbvio, que as constituições latino-americanas, historicamente, foram tidas como documentos de pouca efetividade, que pouco fizeram para controlar movimentos políticos contrários aos seus conteúdos, podendo-se assim dizer de um constitucionalismo bastante focado em belas declarações, por um

---

*la Constitución, para lo cual no es necesario el análisis de la legitimidad democrática y de la fórmula a través de la cual la voluntad constituyente se traslada a la voluntad constituida.*

<sup>116</sup> “[...] el nuevo constitucionalismo recupera el origen radical-democrático del constitucionalismo jacobino, dotándolo de mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en *La identidad entre voluntad popular y Constitución*” (PASTOR, Roberto Viciano & DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del novo constitucionalismo latino-americano. In. **El nuevo constitucionalismo em América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p. 18).

<sup>117</sup> *ibid.*, p. 18.

<sup>118</sup> *ibid.*, p.18. No original: *[...] el axioma democrático, el fundamento de la constitucionalización del ordenamiento jurídico sólo puede encontrarse em que la Constitución es fruto del mandato del poder constituyente, que reside en el pueblo, y refleja su voluntad. Por esa razón, el Estado constitucional sólo puede ser el Estado regido por una Constitución legitimada directamente por la ciudadanía, no por sus representantes.*

lado, com notas de simbolismo constitucional. Também é possível afirmar que as constituições latino-americanas nascidas a partir da década de 1980 marcam, em linhas gerais, período de redemocratização após governos em grande medida militares/autoritários e deslegitimados democraticamente, tendo supostamente marcas a aproximá-las. Pode-se dizer que alguns temas perpassam essas constituições. Essas mudanças introduzidas a partir da década de 1970, também, pretendem negar a necessidade de se produzir uma homogeneização cultural para admitir os conflitos e fortalecer os pluralismos existentes em cada estado nacional, inclusive étnicos e religiosos, alcançando, ainda, populações negras e indígenas que ganham autonomia a respeito de seus processos decisórios baseados em critérios tradicionais e também no gozo das terras em que se mantêm.<sup>119</sup>

Seu objetivo mais expressivo está na nova forma de organizar o poder estatal e isso por meio da participação popular na tomada de decisões; eficácia dos direitos fundamentais, principalmente os sociais; com uma maior integração da sociedade no Estado democrático superando, por sua vez, a antiquada visão sobre a lei maior:

[...] como limitadora do poder (constituído) e que avança na definição de Constituição como fórmula democrática de onde o poder constituinte – a soberania popular – expressa sua vontade sobre a estrutura e limitação do Estado, mas também da própria sociedade.<sup>120</sup> (Tradução livre).

Há ainda, no ramo das contribuições e diferenciações do neoconstitucionalismo e do novo constitucionalismo, a figura do ser humano como sujeito central e como parte de uma relação. Segundo Pedro Brandão, um dos maiores legados do neoconstitucionalismo europeu é a colocação do ser humano no centro do ordenamento jurídico, inovando e trazendo o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>121</sup>

O homem ergueu-se ao centro do sistema por meio do fortalecimento da noção de dignidade humana, como uma resposta político/jurídica às atrocidades cometidas pelos regimes autoritários ocorridos nesses países. E, não podemos negar, foi um grande avanço em relação ao

<sup>119</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Controle de convencionalidade e constitucionalismo latino-americano**. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC/SP, 2012, p.21.

<sup>120</sup> *ibid.*, p.16. No original: [...] como limitadora del poder (constituído) y se avanza en la definición de la Constitución como fórmula democrática donde el poder constituyente -la soberanía popular- expresa su voluntad sobre la configuración y limitación del Estado pero también de la propia sociedad.

<sup>121</sup> BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p. 67.

antigo sistema patrimonialista que ainda imperava no cotidiano jurídico. Porém, há um giro paradigmático no Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-americano: temos aqui a figura da Pachamama, da qual o ser humano é parte dela. Ou seja, a Constituição se afasta de um modelo antropocêntrico para um modelo biocêntrico – no qual se busca a harmonia entre os homens e a natureza.<sup>122</sup>

Para os constitucionalistas latinos essa efetividade constitucional tem estreita relação com a uniformização e a diversidade, características do Estado nacional e plurinacional, respectivamente. O novo constitucionalismo, portanto, não se coloca a favor das constituições vazias de fundamentação democrática, pretende catalisar meios para a participação política direta do povo e gerar regras limitadoras dos poderes políticos, sociais, econômicos e culturais, no sentido de fortalecer a cidadania e combater a desigualdade social.<sup>123</sup>

A teoria latina para o constitucionalismo contemporâneo tem respaldo na valorização e colocação dos povos originários (indígenas) como legítimos participantes. A ideia chave dessa teoria é a noção de um Estado plural, um Estado que não determina, constitucionalmente, apenas uma forma de viver, conviver e comportar-se.

Fazendo uma junção das conclusões dos espanhóis Viciano Pastor e Martínez Dalmau e da peruana Raquel Farjado sobre o constitucionalismo pluralista, onde os primeiros enfatizam a participação popular no controle do Estado e da economia e a segunda a inclusão dos povos indígenas, Pedro Brandão acredita que esse seja o caminho para se trabalhar o conceito do Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-americano.<sup>124</sup>

Conforme as teorias constitucionais foram ganhando forma, um novo tipo de Estado se estabelecia. No constitucionalismo antigo vigorava o estado teocrático; no constitucionalismo clássico o Estado liberal; no Constitucionalismo Social o Estado

<sup>122</sup> BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p. 69.

<sup>123</sup> CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, pp. 223-224, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)> Acesso em 10 de abr. de 2016.

<sup>124</sup> BRANDÃO, op. cit., p.39.

do bem-estar social. Qual seria, portanto, o tipo de Estado sustentado pelo constitucionalismo contemporâneo e por seu desdobramento na América Latina?

O Estado é uma complexa teia de atuação política, por vezes contraditória, no qual diversas lutas são travadas. Desde o fim do constitucionalismo liberal, em que a homogeneidade dos parlamentos e das assembleias constituintes foi superada, o Estado se tornou um campo de tensões permanentes, pois abrigou novos setores que antes estavam excluídos do processo jurídico/político.<sup>125</sup>

A evolução do constitucionalismo se mistura com a própria evolução do Estado. Sendo assim, para a vertente latina a democracia, a participação social e a integração de todas as camadas da sociedade se dá por meio da fixação de um novo modelo de Estado: o Estado Plurinacional.

Como dito, o Estado é um território de lutas “em que diversas forças sociais pleiteiam diferentes projetos de poder e sociedade”.<sup>126</sup> No Estado Plurinacional o plano é a descolonização do Estado, é pensar o Estado através da cosmovisão dos povos tradicionais. De outra sorte, no plano nacional, o Estado possuiria, na concepção de José Luiz Quadros de Magalhães, um duplo sentido de soberania estatal, isto porque:

A soberania interna a partir da unificação do reino sobre os grupos de poder representados pelos nobres (senhores feudais), com a adoção de um único exército subordinado a uma única vontade; a soberania externa a partir da não submissão automática à vontade do Papa e ao poder imperial (multiétnico e descentralizado).<sup>127</sup>

Essa primeira noção de soberania interna e externa leva à outra característica preponderante de um Estado uniforme: a nacionalidade. Inicialmente, para ser considerado cidadão nacional de um Estado é necessário que se atenda aos requisitos de aceitação daquele país. Na época clássica a escolha da identidade de determinado povo se deu de forma impositiva pelos comandos dos reis e tinha intrínseca relação com a religião.

<sup>125</sup> BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p. 188.

<sup>126</sup> *ibid.*, p. 188.

<sup>127</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Plurinacionalidade e cosmopolitismo: A diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles**. Belo Horizonte: Rev. Fac. Direito UFMG, n. 53, p. 201-216, jul./dez. 2008, p. 204.

Este processo de criação de uma nacionalidade dependia da imposição e aceitação pela população, de valores comuns. Quais foram inicialmente estes valores? Um inimigo comum (na Espanha do século XV os mouros, o império estrangeiro), uma luta comum um projeto comum, e naquele momento, o fator fundamental unificador: uma religião comum. Assim a Espanha nasce com a expulsão dos muçumanos e posteriormente judeus. É criada na época uma política de nacionalidade: a santa inquisição. Ser espanhol era ser católico e quem não se comportasse como um bom católico era excluído.<sup>128</sup>

De forma diferente se deu nos países da América Latina. A formação originária desses países era predominantemente indígena e logo foi acrescida de colonizadores e povos escravizados. A nacionalidade estava ligada ao povo mais forte, nestes casos, os colonizadores.

A proposta de Estado nacional funcionou no ocidente como uma maneira colonial de unificação das populações, desconsiderando-se suas particularidades culturais e padronizando suas percepções sociais de maneira irreversível.<sup>129</sup>

É na dicotomia uniformização *versus* diversidade que surge o conceito de pluralismo. O pluralismo<sup>130</sup> rompe com a padronização do Estado nacional e propõe a descolonização.<sup>131</sup>

Chivi Vargas, acerca da descolonização, afirma tratar-se de uma “síntese da resistência política dos povos indígenas, convertida em estratégia de mobilização e questionamento do conhecimento dominante, com suas práticas sociais e culturais.”<sup>132</sup> Qual seria, portanto, a lógica da descolonização?

<sup>128</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Plurinacionalidade e cosmopolitismo: A diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles.** Belo Horizonte: Rev. Fac. Direito UFMG, n. 53, p. 201-216, jul./dez. 2008, p. 205.

<sup>129</sup> ANDRADE, Mariana Dionísio. Novo Constitucionalismo Latino-americano e plurinacionalidade: a ressignificação da soberania popular e o reconhecimento de novos direitos para a inclusão do cidadão. In. SANTOS, Gustavo Ferreira. et. al (Org.) **Constituição e Direitos Fundamentais em perspectiva.** Recife: APPODI, 2015, p. 55.

<sup>130</sup> “O conceito de pluralismo, decorrente da plurinacionalidade, adota o processo de ruptura da uniformização do estado nacional, como meio de reconquista da diversidade presentes nas populações da América latina, pluriétnica e multicultural” (ANDRADE, Mariana Dionísio. Novo Constitucionalismo Latino-americano e plurinacionalidade: a ressignificação da soberania popular e o reconhecimento de novos direitos para a inclusão do cidadão. In. SANTOS, Gustavo Ferreira. et. al (Org.) **Constituição e Direitos Fundamentais em perspectiva.** Recife: APPODI, 2015, p. 55).

<sup>131</sup> BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p. 83.

<sup>132</sup> CHIVI VARGAS, Idón Moisés apud BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p.191.

Para os constitucionalistas latinos que abordam essa característica, descolonizar é abrir mão da padronização da nacionalidade, de reconhecer as comunidades originárias como legítimas e colocá-las no topo da aplicação e interpretação das normas, mesmo que não tenham relevantes conhecimentos jurídicos.

[...] o Pluralismo no Direito tende a demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o Direito, abrindo escopo para uma produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários.<sup>133</sup>

Como se verá a seguir no estudo das constituições latinas receptoras desse movimento, essa pluralidade acabou criando uma nova forma de organizar o Estado, uma espécie de emancipação. A ideia de Estado plurinacional nasce, nesse sentido, com as revoluções da Bolívia e Equador.

Para garantir a legitimidade do próprio Estado, passou-se a verificar que o reconhecimento da população consistia em elemento de vital relevância, ocorrendo, assim, o primeiro vestígio de mudanças estruturais do Estado nacional, promovendo-se o processo de constitucionalização e um novo pensamento sobre o conceito de democracia, aliado à legitimidade do poder político pelo povo e necessária participação dos indivíduos nos processos decisórios. Na América Latina tal processo ganhou matizes ainda mais fortes, visto que a ideia de substituição de Estado nacional pelo Estado Plurinacional, a partir da consideração das diversidades próprias desse espaço, tornou-se cada vez mais evidente em países como Venezuela, Bolívia e Equador, cujo constitucionalismo revela a expressão de vontade do povo, da Soberania popular, a partir do reconhecimento constitucional de direitos e garantias a seus povos originários.<sup>134</sup>

O direito constitucional latino-americano traz uma nova concepção de formação do Estado, e essa talvez seja a característica de maior destaque em suas discussões, pois “para que o Estado constitucional tenha vigência não basta a mera comprovação de que foi seguido o devido procedimento constituinte e que se

<sup>133</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina**. Curitiba: Anais do [Recurso eletrônico] IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst., 2011, p. 145.

<sup>134</sup> ANDRADE, Mariana Dionísio. Novo Constitucionalismo Latino-americano e plurinacionalidade: a resignificação da soberania popular e o reconhecimento de novos direitos para a inclusão do cidadão. In. SANTOS, Gustavo Ferreira. et. al (Org.) **Constituição e Direitos Fundamentais em perspectiva**. Recife: APPODI, 2015, p. 55.

tenham gerado mecanismos que garantam a efetividade e a normatividade da Constituição.”<sup>135</sup>

Por sintetizar um espaço estratégico e privilegiado de múltiplos interesses materiais, fatores socioeconômicos e tendências pluriculturais, a constituição congrega e reflete, naturalmente, os horizontes do Pluralismo.<sup>136</sup>

#### 4.1 Dois séculos de constitucionalismo na América Latina

É importante que seja traçada uma evolução das constituições latino-americanas. Nesse sentido, o jurista argentino Roberto Gargarella ao realizar um levantamento de dois séculos de constitucionalismo na América Latina apresenta motivos para criticar a estrutura de poder tradicional (centralizada e verticalizada) das constituições latino-americanas.

Tal trabalho é fundado em argumentos sociológicos, filosóficos e históricos e traz em seu bojo os fenômenos recorrentes nas democracias constitucionais da América Latina, como o hiperpresidencialismo, ausência dos direitos de participação e inefetividade dos direitos sociais. Trata também das reformas constitucionais articuladas por alguns países e as similaridades entre eles.

Gargarella reproduz uma profunda preocupação sobre o constitucionalismo latino-americano, principalmente ao fazer um alerta aos novos textos constitucionais que avançam na consagração de direitos, mas que não democratizam o poder político.<sup>137</sup>

Na concentração dos dois séculos de observação, Gargarella distingue cinco períodos do constitucionalismo, são eles: 1) “Constitucionalismo latino-americano”

---

<sup>135</sup> PASTOR, Roberto Viciano & DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del novo constitucionalismo latino-americano. In. **El nuevo constitucionalismo em América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p.19. No original: [...] *para que el Estado constitucional tenga vigencia efectiva no basta con la mera comprobación de que se ha seguido el procedimiento constituyente adecuado y que se han generado mecanismos que garantizan la efectividad y normatividad de la Constitución.*

<sup>136</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina**. Curitiba: Anais do [Recurso eletrônico] IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst., 2011, p. 143.

<sup>137</sup> GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**. Dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010). Buenos Aires, 2010, p.31.

que está entre 1810 a 1850; 2) “Constitucionalismo de fusão” entre 1850 a 1890; 3) “Constitucionalismo pós-colonial” do final do século XIX; 4) “Constitucionalismo social” entre 1930 a 1980; e, 5) “Novo constitucionalismo latino-americano” que tem início no fim do século XX.

No constitucionalismo latino-americano entre 1810 a 1850 se observa um movimento constitucional fincado no elitismo político e na perfeição moral, muito embora algumas causas republicanas tenham se projetado.<sup>138</sup>Aqui o Estado tinha um compromisso com a Igreja Católica e também já se percebe uma forte influência do presidencialismo.

No segundo período, de 1850 a 1890, chamado de Constitucionalismo de Fusão, verifica-se que as propostas liberais e conservadoras se uniram num acordo na projeção das constituições, sendo que ambas não serviram como libertárias do forte elitismo, posto que o foco eram os direitos civis, deixando, portanto, os direitos políticos, econômicos, sociais e culturais fora de questão.

O constitucionalismo pós-colonial, observado no final do século XIX, precede um momento de transição para o modelo republicano. É um período de releitura e estudo do passado colonial. Gargarella pondera que foi um momento de questionamentos que envolviam indagações acerca de como saber de que maneira o passado influenciaria o futuro e até que ponto as forças conservadoras e liberais reproduziam tradições coloniais.<sup>139</sup>

As forças conservadoras prezavam pelo perfeccionismo moral ao passo que a frente liberal pregava a autonomia. A história do constitucionalismo latino-americano sempre teve essas duas frentes como influenciadoras, pois envolve aquela tensão entre poder político concentrado e declaração de direitos.

O constitucionalismo social do período de 1930 a 1980 está marcado pela incorporação das massas trabalhadoras na política. Para essa fase Gargarella

---

<sup>138</sup> GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**. Dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010). Buenos Aires, 2010, p. 32.

<sup>139</sup> *ibid*, p.32.

aponta duas características: a primeira relacionada aos golpes de Estado e a segunda, a reforma das constituições nesses períodos. Nessa perspectiva o autor assevera que *“el nuevo constitucionalismo se mostro entonces social em matéria de derechos, pero todavia demasiado conservador em matéria de organización del poder”*.<sup>140</sup>

Ao tratar do constitucionalismo contemporâneo, do início do século XX, que veio ainda marcado pela tensão entre o poder concentrado e as declarações de direitos, Gargarella aponta para a ideia de que essas constituições estão postas de forma contraditória.<sup>141</sup>

Os estudiosos assinalam para o fato que essas constituições contraditórias são de duas velocidades, já que:

[...] por um lado, uma Constituição ansiosa por assegurar a imposição da ordem, verticalmente; por outro lado, uma Constituição preocupada com que cada passo dado esteja conforme as garantias e os direitos, cuidadosa e plenamente respeitados. Por um lado, uma Constituição que propicia a democratização da sociedade através de direitos horizontais, mais expandidos; e por outro, uma constituição que bloqueia os impulsos democratizantes, mantendo uma organização do poder verticalizada e concentrada em poucos. Surge a pergunta de por que os constituintes latino-americanos optaram por Constituições desse tipo, quando tais iniciativas – concentrar o poder através das instituições políticas; diluir o poder através da distribuição de maiores direitos – parecem orientados em direções contrárias. Será que não houve advertências quanto aos potenciais conflitos que assim gerariam?<sup>142</sup>

A tradição que se instalou no constitucionalismo latino-americano é a do constitucionalismo mitigado, isso porque o pós-colonial do século XIX é marcado por constituições liberais copiadas do modelo norte-americano e, por sua vez, inaplicáveis à sociedade latina existente. Um exemplo claro desse fenômeno é a constituição do México, conforme aponta Tocqueville: “os mexicanos desejosos de estabelecerem um sistema federal tomaram emprestada a Constituição de seus

<sup>140</sup> GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014, p. 202.

<sup>141</sup> *ibid*, p. 284.

<sup>142</sup> GARGARELLA, Roberto. Presidencialismo versus direitos no novo constitucionalismo latino-americano. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). **O Constitucionalismo democrático latino-americano em debate: Soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p. 130.

vizinhos anglo-saxões e a copiaram quase que completamente. Mas, se eles puderem copiar a letra da lei, eles não puderam copiar o espírito que lhe deu vida”<sup>143</sup>.

A esse respeito escreve Leonardo Avritzer que:

[...] é necessário afirmar que todas as reações centralistas que ocorreram em países como o Chile, a Argentina e o Peru não foram capazes de produzir Constituições que rompessem completamente com a herança liberal no século XIX. Elas apenas mitigaram o constitucionalismo liberal, produzindo uma primazia do liberalismo econômico sobre o liberalismo político e acomodando o constitucionalismo ao poder político local.<sup>144</sup>

As reformas constitucionais ali empreendidas, principalmente com foco nos anos 70, tiveram enorme amplitude e conviveram com a contradição entre a ampliação de poderes presidenciais e dos compromissos constitucionais, ao passo que reforçavam o hiperpresidencialismo, também resguardavam direitos sociais e participação política, como ocorreu, por exemplo, no Equador, Venezuela e México.<sup>145</sup>

Nos anos 1980 a 2000 as constituições latinas introduziram em seu bojo o reconhecimento dos direitos multiculturais. As constituições do Brasil (1988), Colômbia (1991), Argentina (1994), Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009) são exemplos, sendo as constituições do Equador e da Bolívia fortes exemplos da construção do Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Para o jurista a sala de máquinas representa o núcleo do sistema constitucional, que no contexto indicado acima é fortemente autoritário e centralizador. Para romper, portanto, com a marca centralizadora e opressora é necessário que se abram as portas dessa sala para a participação popular, organizando, assim, o poder.

<sup>143</sup> TOVQUEVILLE, A. **Democracy in America**. New York: Perennial Library, 1966, p. 165.

<sup>144</sup> AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In. \_\_\_\_\_, et al. (Org.) **O Constitucionalismo democrático latino-americano em debate: Soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p.132.

<sup>145</sup> GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**. Dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010). Buenos Aires, 2010, p. 7.

Essas novas constituições, ao reconhecerem os direitos de participação popular e as garantias multiculturais exigem ver todos os cidadãos como participantes da sala de máquinas da constituição, ou seja, encarregados de fazer parte dela como atuante. Nessa perspectiva, o cidadão precisa participar como ator protagonista, com o objetivo de favorecer o diálogo democrático. Enquanto as mudanças não ocorrerem na organização do poder os catálogos de direitos, por mais que sejam ampliados, estarão sujeitos às vertentes elitistas do século XIX.

As constituições são projetos delienados na Idade Moderna, sendo que na América Latina elas foram influenciadas pela Constituição dos Estados Unidos de 1787. Essa influência da filosofia norte-americana não logrou êxito no território latino, posto que as tradições constitucionais adaptadas tinham raízes individualistas e elitistas. Com isso, Gargarella aponta as constituições da Bolívia e do Equador como amostra das principais mudanças na organização interna, fazendo referência a uma nova filosofia de rejeição às raízes individualistas e elitistas.<sup>146</sup>

Embora elas tenham feito introduções revolucionárias para a teoria constitucional contemporânea, ainda assim é precisa despertar para o fato de que muitas das cláusulas ali contidas ainda estão adormecidas. Esse é o principal apontamento feito pelos críticos do Novo Constitucionalismo.

De fato, por um lado, esta crítica não percebe que em alguns países, como a Colômbia ou, mais recentemente, a Argentina, esses textos exigentes e cheios não se tornaram "pura poesia". É claro que a distância que separa as aspirações e demandas desses textos das realidades que existem hoje em países como os citados, é esmagadora.<sup>147</sup>

Nada obstante, vale pontuar que, inegavelmente, grupos excluídos da esfera política, como índios e homossexuais, se valeram desses direitos fundamentais para respaldar suas lutas e levá-las aos tribunais.

---

<sup>146</sup> GARGARELA, Roberto; C. Courtis. **El nuevo constitucionalismo latino-americano: promesas y interrogantes**. CEPAL, Santiago del Chile, 2009.

<sup>147</sup> Ibid., p. 32. No original: *En efecto, y por un lado, dicha crítica no advierte que en algunos países como Colombia o, más recientemente Argentina, estos textos tan exigentes y llenos de derechos no se han convertido en "pura poesía". Por supuesto, la distancia que separa a las aspiraciones y exigencias de estos textos de las realidades hoy existentes en países como los citados, es abrumadora.*

## 4.2 A construção de um novo constitucionalismo na América Latina

O Novo Constitucionalismo Latino-americano tem bases textuais nas constituições da Venezuela de 1999, do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009. Porém, ao tratar desse novo modelo constitucional não se pode descartar o estudo da constituição colombiana de 1991, uma vez que, segundo os estudiosos do tema, está nela a gênese do movimento.

Mas onde é que vamos localizar a origem deste neoconstitucionalismo latino-americano? Em resposta a esta pergunta, podemos localizar o processo constitucional e a Constituição colombiana de 1991 como a primeira expressão constitutiva que define um ponto de virada na evolução constitucional, não só na América Latina, mas no mundo inteiro. Na Constituição colombiana aparecem mesmo que imperfeitamente, mas claramente reconhecíveis, algumas características inovadoras e diferenciadas em relação ao constitucionalismo clássico, que depois impregnariam e seriam desenvolvidas pelos processos constitucionais do Equador de 1988, da Venezuela de 1999, boliviano de 2006-2009, e novamente, Equador, em 2007-2008; e que, sem dúvida, formam a base do chamado novo constitucionalismo latino-americano. A Constituição colombiana de 1991 é, portanto, o ponto de partida do novo constitucionalismo no continente.<sup>148</sup> (Tradução livre).

Todos os textos constitucionais citados acima, inclusive o da Colômbia, são representativos, porque além de serem garantistas, também mesclam a pluralidade de normas e defendem o Estado plurinacional como fundamental para a defesa e proteção dos povos tradicionais, levando em consideração suas crenças e costumes.

---

<sup>148</sup> FERNANDEZ, Albert Noguera & DIEGO, Marcos Criado de. **La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo em América Latina**. Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 13(1): 15-49, enero-junio de 2011, pp. 17-18. No original: *Pero ¿dónde ubicamos el origen de este neoconstitucionalismo latinoamericano? En respuesta a esta pregunta, podemos ubicar el proceso constituyente y la Constitución colombiana de 1991 como la primera manifestación constituyente que define un punto de inflexión en la evolución constitucional, no solo latinoamericana, sino mundial. En la Constitución colombiana aparecen, aún de forma imperfecta pero claramente reconocibles, algunos rasgos novedosos y diferenciados con respecto al constitucionalismo clásico, que más tarde impregnarán y serán desarrollados por los procesos constituyentes ecuatoriano de 1998, venezolano de 1999, boliviano del 2006-2009 y, de nuevo, Ecuador en el 2007-2008; y que, sin duda, conforman las bases del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano. La Constitución colombiana de 1991 constituye, por lo tanto, el punto de inicio del nuevo constitucionalismo en el continente.*

A Constituição colombiana nasceu de uma Assembleia Nacional Constituinte (ANC)<sup>149</sup>, numa época em que o país atravessava um intenso cenário de violência política. A reforma constitucional de 1957<sup>150</sup>, denominada de Frente Nacional, também ocorreu no mesmo panorama. Quanto à forma democrática desses dois momentos, segundo Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, “parece estar fora de cogitação que os dois processos constitucionais foram representativos, mesmo que no caso, satisfazendo muito mais os movimentos políticos dominantes do que a população de modo geral.”<sup>151</sup>

Muito embora os movimentos guerrilheiros tivessem servido como pano de fundo, a autora aponta cinco inovações da Carta colombiana que contribuíram para o constitucionalismo latino-americano, a saber: 1) a extensão da carta, 2) a rigidez constitucional (artigo 337), 3) a estipulação de vínculos orçamentários em matéria de direitos sociais (artigos 336 e 359), 4) a inserção do Ministério Público para a defesa dos direitos fundamentais (artigo 227) e, por fim, 5) a instituição de garantia dos direitos políticos (artigo 228).<sup>152</sup>

Acerca das premissas que viriam a servir de base para o Novo Constitucionalismo Latino-americano, os autores Albert Noguera-Fernández e Marcos Criado de Diego indicam os procedimentos preliminares adequados antes de se votar uma nova norma jurídica constitucional: a) um decreto presidencial convocatório estabelecendo as condições materiais e procedimentais da Assembleia Constituinte, b) um referendo e c) a elaboração, debate e aprovação do projeto da nova Constituição.<sup>153</sup>

---

<sup>149</sup> No âmbito do controle do poder e das reformas constitucionais inclusive, o artigo 374 da Carta colombiana possibilita que a Constituição possa ser reformada pelo Congresso, por uma assembleia constituinte ou pelo povo mediante referendo. BRANDÃO, Paulo. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-americano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, pp. 86-87.

<sup>150</sup> “Todo este cenário desvela-se ao longo da formação de vários “grupos políticos” e/ou “guerrilheiros”. Portanto, toda a elaboração da reforma constitucional de 1957 voltava-se à contenção da violência presente no país” (CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, p. 226, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980- 7791).

<sup>151</sup> *ibid.*, p.227.

<sup>152</sup> *ibid.*, p. 228.

<sup>153</sup> FERNANDEZ, Albert Noguera & DIEGO, Marcos Criado de. **La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo em América Latina**. *Estud. Socio-Juríd.*, Bogotá (Colombia), 13(1): 15-49, enero-junio de 2011, p. 27.

Na Colômbia, se valorizou o caráter constituído do primeiro ato, o Decreto 1926 de 19 de Agosto, revisto pela Sentença 38 de 9 de outubro de 1990, e o caráter constituinte dos dois, de modo que a Assembleia Constituinte, entendida como um poder originário, no exercício do poder constituinte, e, portanto, isento do controle pelos Poderes que, embora limitada pelas diretrizes apoiou o acordo político entre as principais forças políticas e alguns movimentos sociais que foram incluídos no decreto de convocação do referendo. Esse caráter constitutivo da Assembleia se explica, essencialmente, pela ausência de um referendo de aprovação do texto final saído da Assembleia e, também, pela necessidade de considerar como originário o corpo eleito.<sup>154</sup> (Tradução livre).

Quanto ao conteúdo havia uma preocupação em promover uma sociedade nacional baseada nas diferenças, criando direitos coletivos a favor das comunidades indígenas e seus territórios, além de reconhecer a autonomia de uma Justiça própria para eles.<sup>155</sup>

O Estado da Colômbia é constitucionalmente declarado um Estado Social de Direito, que adota a democracia participativa e pluralista, tendo como base a dignidade da pessoa humana, o trabalho e a solidariedade entre as pessoas, conforme disciplina o artigo 1º de sua Constituição.

É uma longa carta, com previsão acerca dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais. Com o objetivo de proteger os direitos sociais, pela primeira vez instaurados numa Constituição colombiana, introduziu-se ainda o mecanismo das ações coletivas. Outra novidade incorporada pelo texto de 1991 foi a democratização, adotando para o Estado uma nova postura quanto ao significado de soberania popular. Os partidos políticos e os movimentos sociais passam a ser as

---

<sup>154</sup> FERNANDEZ, Albert Noguera & DIEGO, Marcos Criado de. **La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo em América Latina**. Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 13(1): 15-49, enero-junio de 2011, p. 27. No original: *En el caso colombiano, se predicó el carácter constituído del primer acto, el Decreto 1926 del 19 de agosto, revisado por la Sentencia 38 del 9 de octubre de 1990, y el carácter constituyente de los otros dos, de suerte que la Asamblea Constituyente se entendió como un poder originario, ejercicio del poder constituyente, y, por lo tanto, exenta del control de los poderes constituídos, aunque limitada por los lineamientos admitidos del acuerdo político entre las principales fuerzas políticas y algunos movimientos sociales que se anexó al decreto de convocatoria referendaria. Este carácter constituyente de la Asamblea se explicaba, esencialmente, por la ausencia de un referéndum de probación final del texto salido de la Asamblea y, por lo tanto, por la necesidad de considerar originario el órgano electivo.*

<sup>155</sup> BRANDÃO, Pedro. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-americano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p. 87.

principais frentes para a incorporação de uma participação mais democrática (artigo 107).

Além disso, o voto, o plebiscito, o referendo, os fóruns, a iniciativa legislativa, as consultas populares e a revocatória de mandato são indicados no artigo 103 como os mecanismos disponíveis para promover a participação popular.<sup>156</sup>

Mesmo abrindo uma corrente participativa, através dos institutos citados acima, a atuação da Corte Constitucional e a criação de um sistema jurídico autônomo para os povos indígenas são pontos responsáveis por colocar o Estado da Colômbia como importante precursor do Constitucionalismo Latino americano, no campo do pluralismo jurídico e da participação popular.

A forte atuação do Tribunal Constitucional da Colômbia na defesa dos direitos fundamentais não foge muito do cenário da América-latina, a ela foi entregue a função de guarda e supremacia da Constituição. É formada por membros escolhidos pelo Senado, a partir das listas disponibilizadas pelo Presidente da República, pelo Tribunal Supremo e pelo Conselho de Estado (artigo 239).

Diante da ousadia garantista de seu texto e da atuação ineficiente dos poderes competentes para efetuar-la, característica preponderante nos países latino-americanos, a Corte Constitucional fez frente aos demais Poderes em termos de políticas públicas e na defesa dos direitos fundamentais, “potencializando o caráter transformador da Constituição colombiana de 1991”.<sup>157</sup>

[...] a facilidade de acesso à Corte Constitucional para análise da constitucionalidade das leis – notadamente pela *acción pública* e pela *acción de tutela* – sem maiores formalidades, sem custo e para todo e qualquer cidadão, tem sido essencial para sua manifestação. O próprio desenho da Justiça Constitucional colombiana fornece grande possibilidade de atuação da Corte, seja pela possibilidade de

<sup>156</sup> *Con la introducción de estos mecanismos de democracia participativa, la Constitución colombiana abre una tendencia en las siguientes constituciones latinoamericanas, las cuales no solo recogen muchos de los instrumentos de participación existentes en el texto colombiano, sino que introducen muchos otros.* (FERNANDEZ, Albert Noguera & DIEGO, Marcos Criado de. **La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo em América Latina.** Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 13(1): 15-49, enero-junio de 2011, p. 38).

<sup>157</sup> BRANDÃO, Pedro. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-americano.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p. 90.

declaração de inconstitucionalidade das leis, seja pela possibilidade de rever decisões de tribunais ou juízes, desde que envolva questões constitucionais.<sup>158</sup>

A Corte Constitucional da Colômbia é também considerada um espaço importantíssimo de debate público. Mesmo a Constituição de 1991 mantendo e criando outros espaços, como o Congresso da República e os conselhos municipais, converteu o Tribunal num espaço forte de opinião pública, por “conta da facilidade de seus procedimentos, uma questão que permite o acesso de todos os cidadãos do Estado colombiano e que permitiu o direcionamento da maioria dos debates democráticos a esta instância judicial”.<sup>159</sup> (Tradução livre).

Não muito diferente da realidade de outros países periféricos, que possuem uma Justiça Constitucional e um desequilíbrio de exercício dos poderes gestores, o Tribunal colombiano também vai além de suas limitações e cai no movimento ativista.<sup>160</sup>

Em estudo sobre a função de suspender provisoriamente as leis, atribuída à Corte Constitucional, Miguel Malagón-Pinzón chega à conclusão que tal ato não é uma novidade para a jurisdição colombiana, já que desde a Colônia isso existia.<sup>161</sup>

É no ambiente da Corte que os direitos dos grupos vulneráveis (mulheres, homossexuais, portadores de HIV, etc.) são debatidos e difundidos. Especificamente sobre o compromisso da Constituinte de 1991, com a igualdade de gênero, escreveu Lina M. Céspedes-Báez e Jorge Sarmiento-Forero:

---

<sup>158</sup> *ibid.*, p. 91.

<sup>159</sup> BÁEZ, Lina M. Céspedes & FORERO, Jorge Sarmiento. ¿Cómo mira el Estado? Constitución de 1991 y compromisos de género del Estado colombiano. **Estud. Socio-Juríd.**, Bogotá (Colombia), 13(1): 389-417, p.395, enero-junio de 2011. No original: *la facilidad de sus procedimientos, cuestión que permite el acceso a la totalidad de los asociados en el Estado colombiano y que ha propiciado el traslado de la mayoría de los debates democráticos a esta instancia judicial.*

<sup>160</sup> “[...] tanto o amplo acesso ao Poder Judiciário quanto a possibilidade de anular decisões de outras instâncias judiciais possibilitam maior atuação da Corte colombiana, tornando-se o cenário ideal para o desenvolvimento do ativismo judicial. Porém, há ainda dois elementos essenciais para o desenvolvimento do ativismo: crise de representação e enfraquecimento do poder de mobilização da sociedade civil organizada” (BRANDÃO, Pedro. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-americano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p. 91).

<sup>161</sup> PINZÓN, Miguel Malagón. *Estud. Socio-Juríd.*, Bogotá (Colombia), 13(1): 349-364, enero-junio de 2011, p. 350.

Este processo, que começou nos anos anteriores à constituinte, culminou na consagração de uma série de artigos constitucionais que não conseguiu colocar a Colômbia em linha com as suas obrigações nacionais e internacionais sobre o tema, tampouco coletar o resultado de processos deliberativos públicos fracos e fortes sobre o papel das mulheres na sociedade ou nas instalações para assegurar a igualdade em termos concretos. Nesse sentido, as disposições constitucionais trazem um alto nível de formalidade e profundidade com certas questões, tais como a violência doméstica ou aborto, e a abordagem tradicional, escolhida pelos mandantes, para abordar a questão das mulheres, quanto à igualdade e à família.<sup>162</sup> (Tradução livre).

Sendo assim, questões como essa, que não foram amparadas da mesma forma que outras, como a situação dos indígenas, ficam à mercê de uma decisão a ser proferida pela Corte, no intuito de sanar as desigualdades.<sup>163</sup> A Corte Constitucional, neste caso, funciona como um importante intermediador no debate entre a sociedade civil e o Estado.

#### 4.3 Um novo constitucionalismo para a América Latina e o Estado Multicultural

O Estado multicultural remete à pluralidade também de normas, uma vez que não defende o centralismo estatal, mas o pluralismo jurídico. A Constituição colombiana de 1991 inspirou muitas outras constituições latinas, inclusive a boliviana de 2009, que é a mais inovadora sobre o reconhecimento dos direitos e da nação indígena. A criação de um sistema jurídico autônomo para a nação indígena fragiliza o Estado, uma vez que na pluralidade de normas, que mais separam que equilibram, o sentido da Constituição é perdido.

<sup>162</sup> BÁEZ, Lina M. Céspedes & FORERO, Jorge Sarmiento. ¿Cómo mira el Estado? Constitución de 1991 y compromisos de género del Estado colombiano. **Estud. Socio-Juríd.**, Bogotá (Colômbia), 13(1): 389-417, p.396, enero-junio de 2011. No original: *Este proceso, que comenzara en años anteriores a la constituyente, culminó con la consagración de una serie de artículos constitucionales que no logró poner a Colombia a tono con sus obligaciones nacionales e internacionales en la materia, mucho menos recoger el resultado de un proceso deliberativo de públicos débiles y fuertes en torno al papel de la mujer en la sociedad, ni acerca de las premisas para procurar su igualdad en términos concretos. En ese sentido, las provisiones constitucionales dan cuenta del alto nivel de formalidad y poca profundidad con que se discutieron ciertos temas, tales como el de la violencia intrafamiliar o el aborto, y el enfoque tradicional escogido por los constituyentes para tratar el tema de la mujer, la igualdad y la familia.*

<sup>163</sup> *En el caso colombiano, la Corte Constitucional se ha ocupado en varias ocasiones de cuestiones de género. Desde la aprobación de la ley “por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público”, más conocida como la Ley de Cuotas,<sup>26</sup> hasta el estudio del artículo 33 del Código Civil. No obstante, la mayoría de las decisiones del alto tribunal han estado centradas en problemas jurídicos de género que no van más allá de las concepciones feministas clásicas que lo asimilan a un asunto exclusivo de mujeres.* (BÁEZ, *ibid.*, p.399).

[...] os povos indígenas entendem que a validade de seu sistema jurídico se fundamenta, muito além da Constituição de 1991, em suas memórias e costumes. Nesse ponto, é interessante observar que os indígenas rompem com a tradição moderna de constituição como fundamento de validade do sistema jurídico.<sup>164</sup>

Isso significa que a Constituição de 1991 não disciplina questões superiores e detalhadas no que se refere aos povos tradicionais, apenas lhes outorga o poder de se organizarem, “sendo o papel da Constituição o de apenas reconhecer a esses povos autonomia para que desenvolvam a sua cosmovisão”.<sup>165</sup>

Sendo assim, numa tentativa de resolver a formação monista das instituições, o Poder Judiciário naquele país é duplo, tem-se a jurisdição ordinária e a jurisdição indígena. O Direito é diverso, o procedimento é diverso. Enquanto a justiça especial é aplicada nos territórios indígenas e procuram validade “constitucional” nos costumes e crenças, a justiça ordinária, aplicada aos demais cidadãos, muitos deles também minorias, encontra validade na Constituição.

No objetivo de efetivar o pluralismo jurídico como solução, a Colômbia e outros países que seguiram seus passos, como a Bolívia, adentraram numa estrutura estatal perigosa, que coloca em risco a solidez de suas instituições. Primeiro, por que não dão à Constituição o sentido que lhe é próprio: o de conduzir um Estado. Segundo, por que nos casos de conflito entre as jurisdições especial e ordinária, quem haverá de resolver? Qual “Constituição” prevalecerá?

Nesses casos, “algumas vezes, os próprios indígenas recorrem à jurisdição ordinária para questionar as decisões de suas autoridades. A jurisdição ordinária pode rever as decisões que sejam consideradas atentatórias aos direitos fundamentais, observando os limites impostos pela Corte.”<sup>166</sup>

Diante desse conflito a Corte se mostra, mais uma vez, a instância responsável por decidir situações que vão além dos limites judiciais. Na Bolívia, busca-se a criação de um Tribunal Constitucional onde os indígenas também participem. Dessa maneira

---

<sup>164</sup> BRANDÃO, Pedro. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-americano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p. 101.

<sup>165</sup> *ibid.*, p. 101.

<sup>166</sup> *ibid.*, p. 100.

eles acreditam que o Estado Plurinacional que pretendem implantar será mais coerente.

O giro descolonizador da Constituição boliviana, por exemplo, reside justamente nesses aspectos: a criação do Tribunal Constitucional Plurinacional, com representação indígena obrigatória, para interpretar conflitos envolvendo direitos fundamentais, de modo a pluralizar essas instituições [...].<sup>167</sup>

Em suma, a Constituição colombiana de 1991 é considerada a gênese do processo de pluralização do Estado e inspirou outros países, que se encontram inclusive mais avançados em relação à proteção dos direitos indígenas e suas instituições.<sup>168</sup>

#### **4.4 As bases conceituais do pluralismo jurídico adotado pelo Novo Constitucionalismo Latino-americano**

A teoria dos sistemas, principalmente aquela desenvolvida por Luhmann, evidencia uma sociedade contemporânea marcada por altos níveis de complexidade e contingência, que na seara jurídica tem impactado ferozmente para o fenômeno do pluralismo jurídico. A esse respeito Campilongo assevera que a crise regulatória do direito estatal e os modos de produção do direito mundial convergem para planos cada vez mais difusos, policêntricos e autoregulativos.<sup>169</sup>

Para Boaventura de Sousa Santos esse despertar configura uma era de transição, caracterizada por um emaranhado complexo de destruição e criação social, que, ao mesmo tempo, não encontra um ambiente fértil e saudável para respostas.<sup>170</sup>

Isso se deve em grande parte à indissociável interação entre Estado e Direito, uma vez que a regulação (direito estatal) surge com o advento do Estado liberal e os

---

<sup>167</sup> BRANDÃO, Pedro. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-americano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p.104.

<sup>168</sup> Dessa forma, apesar de não possuir o caráter descolonizador e nem incorporar no campo constitucional as cosmovisões e os conhecimentos indígenas, principais características das Constituições do Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-americano, com todos os limites e avanços, a Constituição colombiana de 1991, junto com a atuação protagonista da sua corte Constitucional, insere-se como importante precedente do Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-americano. (BRANDÃO, *ibid.*, p. 104).

<sup>169</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do Direito e Globalização Econômica. In. SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 80.

<sup>170</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o Direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 65, Mai. 2003, pp. 3-76.

elementos de regulação social e emancipação social se confundem com a regulação jurídica. Nessa perspectiva, Boaventura de Sousa Santos encontra respostas complexas para uma questão, aparentemente, simples: “Poderá o direito ser emancipatório?”.

A crise da regulação social e da emancipação social se intensifica com a globalização hegemônica neoliberal. Destarte, é necessário observar como os sistemas, principalmente, o jurídico se comporta nas sociedades subalternas. Uma sociedade fortemente marcada por questões difusas e policêntricas exige da teoria do direito um pensamento mais incisivo para as modulações sociais. Nesse contexto, assume especial relevância a dicotomia jurídica de regulação e reconhecimento do direito como fruto da corrente monista ou pluralista, aquele de origem não-estatal. Antes de tudo, o tema merece ser avaliado.

Para usar uma figura recorrente na literatura da teoria do direito, quer no plano nacional quer no plano internacional, vê-se a crescente substituição da “pirâmide” normativa kelsiana por séries normativas dispostas na forma de “teias de aranha” emaranhadas, descentralizadas e, em larga medida, surgidas apenas para estabelecer premissas de decisões flexíveis. Visto desse prisma, o direito da globalização tem pouca afinidade com a concepção formal de sistema. Em razão disso, boa parte da teoria do direito retorna a linha do pluralismo.<sup>171</sup>

Sublinhe-se que a teoria do direito, como proposta por Campilongo, desperta outra discussão igualmente importante, que é a das correntes monistas e pluralistas do direito, cuja teoria se concebe pela relação Estado e Direito.

A noção de direito como sistema advém da construção do Estado moderno, que teve como divisores o esfacelamento do feudalismo e da ascensão do capitalismo. No feudalismo havia uma pluralidade fundada na descentralização política, jurídica, econômica e social, banidos com a chega do Estado centralizador, conduzido pelos ideais liberais.

---

<sup>171</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do Direito e Globalização Econômica. In. SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 80-81.

O monismo corresponde à legalidade centralizadora do Estado, em que não se reconhece nenhuma outra fonte fora do ordenamento jurídico estatal. Nessa perspectiva, Wolkmer acrescenta que o monismo é o projeto que “atribui ao Estado Moderno o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relação social que vão se impondo”.<sup>172</sup>

Nesse contexto, Ronaldo Lima dos Santos leciona a respeito do monismo jurídico estatal e do monismo jurídico universal. De qualquer forma o monismo sempre pressupõe a validação de apenas uma ordem jurídica, seja no plano estatal, seja no plano universal. Segundo ele, são duas dimensões distintas de atribuição do ordenamento único, uma vez que o Estado monista não reconhece nenhuma outra fonte de produção jurídica. No plano estatal o monismo jurídico se funda na soberania, que ao contrário das diversas vontades soberanas do regime feudal, se vale da centralidade no exercício do poder.<sup>173</sup>

Já no monismo da dimensão universal o exercício é pensar, logo de plano, na Organização das Nações Unidas - ONU, por ser ela um exemplo latente de tentativa de uniformização do direito, cujas raízes encontram solo nos valores do direito natural e, por consequência, da aplicação dos direitos humanos no ocidente.

[...] caracteriza-se o monismo universal tanto pela doutrina que considera somente a existência de um direito, o direito natural, com a negação do direito positivo dos homens, como também pelas doutrinas que consideram o direito positivo como mera emanção do direito natural, ou que colocam a validade daquele na sua concordância com este.<sup>174</sup>

Em contraposição à teoria monista surge, de forma crítica, os adeptos do pluralismo jurídico, incentivados por instruções ideológicas, políticas, filosóficas, econômicas e sociais. Sua doutrinação política, jurídica e filosófica surge com o advento da modernidade.

---

<sup>172</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos para uma nova cultura do direito**. 3 ed. São Paulo. Alga ômega, 2001, p. 34.

<sup>173</sup> SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009, p.32.

<sup>174</sup> *ibid.*, p. 32.

Miguel Reale pontua quatro implicações que fomentaram a concepção pluralista, são elas: a) o envelhecimento das codificações; b) o impacto desse envelhecimento de códigos, que mais pareciam anacrônicos por preverem condições predominantemente das sociedades agrícolas, já na era industrial; c) o desenvolvimento da Filosofia Social e das Ciências Sociais, que teve como ponto de partida o reconhecimento de sociedades abaixo do Estado, que também deu subsídios para a formação da Sociologia Jurídica; e, por fim, d) o surgimento da Escola do Direito Livre.<sup>175</sup>

O pluralismo não representa somente a coexistência de diversos centros de posituação jurídica numa mesma sociedade política, com a conseqüente existência de normas que não as emanadas apenas do Estado. A concepção pluralista do direito, pressupõe, outrossim, a possibilidade dos mesmos indivíduos estarem submetidos a ordens jurídicas autônomas e interdependentes.<sup>176</sup>

Todavia, por mais que a teoria pluralista tenha recebido destaque no campo jurídico e pregue a existência de uma multiplicidade de núcleos de produção normativa, sejam elas de caráter estatal ou não, a dúvida insurgente ainda é sobre como relacionar essas fontes normativas, principalmente, com a lei fundamental do Estado, a constituição.

Para Ronaldo Lima dos Santos, em coerência com a posição juspositivista, os híbridos jurídicos não impossibilitam que estejam vinculados a uma norma fundamental e usando dos apontamentos de Kelsen aplica que “de acordo com a teoria da norma fundamental, essa unidade é representada pela presença de uma norma única no ápice do sistema, no qual todas as outras, direta ou indiretamente, encontram o fundamento da sua validade”.<sup>177</sup>

Desse modo, o pluralismo jurídico só seria válido se condizente com os valores e os ditames da lei fundamental, que constitui unidade para o ordenamento jurídico estatal, significando assim essa pluralidade de fontes normativas partes coerentes do todo. Não há, portanto, como desconsiderar a multiplicidade de normas jurídicas diversas, resultantes das mais variadas manifestações da sociedade, cuja

<sup>175</sup> REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 273.

<sup>176</sup> SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009, p.38.

<sup>177</sup> ibid. p. 56.

concentração em terras latinas se dá através do reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas colonizados.

O direito enquanto saber científico da modernidade maximizou a operacionalidade do controle social e da transformação social. Ao direito foram conjugadas essas duas fundamentais características, que por ocasião das tensões sociais e das desigualdades corroboraram para o surgimento de várias constelações jurídicas no plano supralegal (internacional) e, também, no plano não-estatal.

Nesse contexto, para Boaventura de Sousa Santos o pluralismo jurídico tanto pode servir como redutor da exclusão social e intensificador da inclusão, como fazer um percurso inverso. Para tanto, ele cumpre uma função primordial na legalidade cosmopolita, sendo importante perceber “quais as formas de pluralismo jurídico que conduzem à legalidade cosmopolita e quais os que não permite”.<sup>178</sup>

O pluralismo jurídico contribui para a redução das desigualdades nas relações de poder? Para perseguir a resposta deste questionamento, importante é que se pontuem algumas nuances, pois se deve identificar para qual demanda ele converge, posto que pode servir como força não-emancipatória e promotor das desigualdades

O teste consiste em avaliar se o pluralismo jurídico contribui para a redução da desigualdade nas relações de poder, assim reduzindo a exclusão social ou elevando a qualidade da inclusão, ou se, pelo contrário, torna ainda mais rígidas as trocas desiguais e reproduz a exclusão. A se verificar a primeira hipótese, estaremos perante a pluralidade jurídica cosmopolita.<sup>179</sup>

Para especificar melhor como o pluralismo jurídico funciona na legalidade cosmopolita e na legalidade demoliberal, tradicional, o autor classifica cinco esferas e como o direito se comporta em cada uma delas: o direito nas zonas de contato, o direito e a redescoberta democrática do trabalho, o direito e a produção não capitalista, o direito para os não-cidadãos e o direito estatal.

---

<sup>178</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o Direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 65, Mai. 2003, pp. 3-76, p. 39.

<sup>179</sup> *Ibid.*, pp. 3-76, p. 39.

Para a análise feita aqui, a da incidência do pluralismo jurídico, vale focar na observação das zonas de contato, posto que são nelas que a pluralidade de normas encontra ambiente fértil. Têm-se por zonas de contato aqueles ambientes (zonas) em que ideias, saberes, formas de poder, universos simbólicos e agências normativas se encontram em situações desiguais e por isso se repelem, criando, assim, constelações políticas e jurídicas de natureza híbrida.

[...] para a legalidade cosmopolita, as formas de mobilização política e os seus objectivos concretos é que hão de determinar qual a escala (local, nacional, global) a privilegiar. A preferência atribuída a uma dada escala não quer dizer que outras escalas não venham a ser mobilizadas. Pelo contrário, a legalidade cosmopolita tende a combinar diferentes escalas de legalidade e até a subverter-las, no sentido de que visa atingir o global no local e o local no global. É, pois, uma legalidade trans-escalar.<sup>180</sup>

O autor português cita como exemplos os povos indígenas em conflitos com culturas nacionais dominantes e os refugiados que vão em busca da sobrevivência em países estrangeiros<sup>181</sup>. Nessas zonas de contato a luta não é somente por igualdade, embora cada grupo a persiga, mas, sobretudo, por reconhecimento das diferenças.

Sendo assim, a legalidade cosmopolita visa erradicar a exclusão social, que tem como forma mais extrema o fascismo social. Ela enxerga as relações de poder não apenas como moldura do Estado, mas visa capacitar os mercados e as comunidades subalternas, transformá-los em esferas públicas, opondo-se às comunidades e mercados dominantes.<sup>182</sup>

Por fim, aquilo que se designa por legal, ilegal ou até mesmo alega resume-se a componentes de constelações jurídicas passíveis de ser accionadas à escala local, nacional e global. Chamei-lhes, considerando-as no seu conjunto, legalidade cosmopolita subalterna. Uma vez completada esta trajectória, será possível mostrar que a pergunta – poderá o direito ser emancipatório? – tem tanto de proveitoso como de inadequado. No fim e ao cabo, o direito não pode ser nem emancipatório, nem não-emancipatório, porque emancipatórios e não-emancipatórios são os movimentos, as

---

<sup>180</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o Direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 65, Mai. 2003, pp. 3-76, p. 39.

<sup>181</sup> Ibid., pp. 3-76, p. 43.

<sup>182</sup> Ibid., pp. 3-76, p. 40.

organizações e os grupos cosmopolitas subalternos que recorrem à lei para levar as suas lutas por diante.<sup>183</sup>

Nessa perspectiva, a pluralidade jurídica lhe é inerente já que recusa a aceitar o *status quo* do poder, bem como “o mal sistemático por ele gerado e que os combatem em nome de legitimidades normativas e culturais de tipo alternativo”.

O desenvolvimento desse tema foi feito de forma empírica por Boaventura de Sousa Santos quando estudou as relações sociais estabelecidas em uma comunidade do Rio de Janeiro, denominada por ele de Pasárgada. Ao observar a comunidade o português percebeu que o pluralismo jurídico era ali uma realidade, posto que era resultante do conflito de classes fincada na reprodução social da habitação, que configura toda a *práxis* das favelas brasileiras.<sup>184</sup>

Os direitos humanos multiculturais também precisam ser considerados nas zonas de contato em razão da legitimidade cultural, elemento que por sua ausência acabou por influenciar na crise da modernidade ocidental. A legitimidade cultural abre portas para que se pense na dignidade humana aplicada a cada contexto, posto que o universalismo a oprime.

A exemplo do que acontece e, todos os outros casos de legalidade cosmopolita, deverão os direitos humanos cosmopolitas da zona de contato ser defendidos e levados por diante pela mão de actores locais, nacionais e globais, capazes de integrar os direitos humanos em projetos emancipatórios cosmopolitas de âmbito mais abrangente.<sup>185</sup>

Toda essa questão corrobora para a política recíproca dos direitos individuais e coletivos e para o reconhecimento dos híbridos jurídicos. Na América Latina o constitucionalismo multicultural, denominado de Novo Constitucionalismo Latino-americano “tornou-se um terreno privilegiado para as disputas travadas na zona de contactos entre o demoliberalismo e o cosmopolitismo”.<sup>186</sup>

<sup>183</sup> Ibid., pp. 3-76, p. 71.

<sup>184</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Nota sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA, José Gerardo (Org.). **Introdução crítica ao direito**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p.42.

<sup>185</sup> id. Poderá o Direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 65, Mai. 2003, pp. 3-76, p. 46.

<sup>186</sup> Id. Ibid. pp. 3-76, p. 48.

Esses híbridos jurídicos têm incrustados em seus textos a tradicionalidade e a modernidade ao mesmo tempo, e a previsão da cidadania cultural, que opta por preservar a identidade cultural e a biodiversidade de seus territórios, como ocorre em alguns países da América Latina como a Colômbia que reconheceu perante a Suprema Corte, no caso n. 47119, a autonomia da justiça indígena.

#### 4.5 O Estado Plurinacional e o Pluralismo Jurídico na América Latina

Com características plurais e diferentes das conquistadas na Europa as constituições sul-americanas apresentam um constitucionalismo mais participativo, com a inclusão dos povos originários e do respeito à natureza.

[...] o fato de as Constituições andinas terem sido criadas ou reformadas após a vigência de ditaduras militares e da aplicação de políticas neoliberais na região, acrescenta novos elementos à discussão, tornando possível a afirmação de uma nova fase do constitucionalismo.<sup>187</sup>

Essa nova formatação de Estado se opõe à estrutura uniforme do Estado Nacional, aquele que lança valores por meio do senso majoritário. Sobre o tema assevera Heleno Florindo da Silva:

[...] podemos perceber que diferentemente do Estado Nacional, essa nova conformação de Estado surgida na América do Sul, se afasta daqueles elementos agregadores utilizados pela lógica de construção dos Estados modernos nacionais, quais sejam, a existência de um direito de propriedade e de um direito de família únicos para a coletividade, ou seja, a noção de família e de propriedade utilizada para agregar uma sociedade não era construída através de um diálogo entre as diferentes culturas, mas, ao contrário, era imposta pela cultura dominante – aquela que dominava o poder do Estado.<sup>188</sup>

<sup>187</sup>CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)> Acesso em 10 de abr. de 2016.

<sup>188</sup> SILVA, Heleno Florindo da. **O novo constitucionalismo latino americano e Carl Schmitt: Um “Diálogo”** entre o constitucionalismo nacional e o constitucionalismo plurinacional na América latina para a construção da ideia de Unidade do povo. 200?, p. 5.

O Estado Plurinacional, assim, é composto por institutos que promovam maior participação popular, dentro da ótica permanente da inclusão dos indígenas e da proteção da natureza, Pachamama e Sumak Kawsay.

Essa nova fase, com a implementação das características principais já citadas, ganhou representação nas Constituições do Equador e da Bolívia<sup>189</sup>, tidas como referência para o continente sul-americano, uma vez que “aliam participação cidadã e democrática a um giro paradigmático e mais criativo desse movimento, através do reconhecimento das cosmovisões indígenas, que reconfiguram a própria teoria da Constituição e o papel do Estado”.<sup>190</sup>

Nesse sentido, como estruturar o Estado a partir da cosmovisão indígena? Pedro Brandão afirma que esse comportamento não se trata apenas de proteger o índio, “trata-se do Estado ser pensado a partir das concepções indígenas e suas pretensões interculturais, que perpassam do combate ao neoliberalismo até o pensamento de um pluralismo jurídico igualitário”.<sup>191</sup>

Discutir o Novo Constitucionalismo Latino-americano à luz das experiências da Bolívia e do Equador tem plausibilidade, pois foi lá que esse olhar mais concentrado na inclusão e nos povos indígenas ganhou destaque, servindo, portanto, de exemplo para os países vizinhos.

[...] i) essas Constituições surgiram, em boa medida, como fruto das reivindicações de movimentos sociais de toda a América Latina que, direta ou indiretamente, contribuíram para a construção desses novos modelos que resultaram nas Constituições do Equador e da Bolívia; ii) o caráter emancipatório dessas Constituições surge como exemplo para o nosso continente. Não como modelo que se deva reproduzir acriticamente, mas como caminho trilhado para Constituições que retratem a pluralidade da sociedade e combatam as desigualdades sociais [...].<sup>192</sup>

---

<sup>189</sup> “As constituições do Equador e da Bolívia são as que parecem mais comprometidas com uma transformação radical da sociedade, inserindo no constitucionalismo elemento que ates eram estranhos à realidade tradicional da Constituição. A cosmovisão indígena incorporada por essas Constituições são experiências que certamente reconstroem e, ao mesmo tempo, desconstroem a racionalidade monolítica a que o direito e a modernidade são acostumados”. (BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.140).

<sup>190</sup> Id. *ibid.*, p.43.

<sup>191</sup> Id. *ibid.*, p.42.

<sup>192</sup> Id. *ibid.*, p.44.

A reação negativa ao neoliberalismo é característica forte desse novo constitucionalismo, pois enquanto este prega a pluralidade e o combate às desigualdades de toda ordem, aquele finca seus pés no avanço da economia e do mercado, sempre vistos como vilões quando o assunto trata da igualdade, isso porque, especificamente, no continente latino-americano, a distribuição de renda igualitária, verdadeiramente, nunca foi alcançada.

Essa busca desenfreada por crescimento econômico deixou marcas profundas na natureza e nas comunidades tradicionais, basta olhar para a colonização do Brasil: povos tradicionais dizimados, recursos naturais atacados, desigualdade e exclusão carimbadas.

Com o neoliberalismo, o projeto do Estado Social perde força, ao passo em que o Estado torna-se menos intervencionista economicamente.<sup>193</sup> Desse modo, o que o Constitucionalismo pluralista deseja como oposição ao neoliberalismo é resgatar o intervencionismo estatal, abolir as políticas privatizantes<sup>194</sup> e estabelecer uma política democrática e inclusiva.

[...] é de se observar que nos países do Novo Constitucionalismo surgiram diversas soluções originais para problemas envolvendo o controle do poder e da economia, oriundas justamente da necessidade de organização para se contrapor ao projeto neoliberal. Podemos citar, por exemplo, o Conselho de participação Popular e Cidadã no Equador (Quinto poder), a superação da concepção tripartite de poder na Venezuela, além dos referendos revogatórios de mandatos eletivos. Na Constituição colombiana, denominava-se “formas de participação democrática”, na Constituição equatoriana é “participação na democracia”, na Constituição da Venezuela e Bolívia chama-se “democracia participativa”, todas elas incluindo novas formas de participação democrática e controle sobre o poder

---

<sup>193</sup> O Constitucionalismo social legou a necessidade de intervenção do Estado na economia como forma de redução das desigualdades, e a necessidade de proteção dos direitos dos trabalhadores e das organizações sindicais, sendo o reconhecimento dos direitos sociais a grande marca desse processo (BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p.74).

<sup>194</sup> “Na Bolívia, a privatização de setores estratégicos acarretou fortes revoltas populares que intensificaram o processo de insatisfação social, materializadas na guerra da água e do gás. No Equador, a submissão às políticas financeiras e econômicas do capitalismo global levou à forte resistência dos movimentos populares e indígenas, tendo em vista que os direitos das comunidades ancestrais estão diretamente entrelaçados com um modelo de desenvolvimento econômico baseado no respeito à natureza e nos princípios democráticos do Bem-viver”. (BRANDÃO, *ibid.*, p. 142.)

constituído, alterando a dinâmica da democracia meramente representativa [...].<sup>195</sup>

Como reação ao projeto neoliberal essas constituições protegeram expressamente em seus textos os princípios democráticos do Bem-viver e da natureza. O *Sumak Kawsay* surge como uma nova forma de convivência cidadã, um novo jeito de viver, que resgata as formas primitivas de convívio e de harmonia com a natureza.

Agora, positivado na Constituição, o *Sumak Kawsay* pretende reestabelecer esse aspecto coletivo da vida, em todas as suas dimensões e se contrapor, como reação e alternativa, ao modelo dominante de desenvolvimento. O *Sumak Kawsay* surge como uma resposta da cosmovisão indígena que visa integrar o homem e a natureza de forma respeitosa, e não resume a qualidade de vida ao nível de consumo ou posses materiais, nem ao simples desenvolvimento por meio do crescimento econômico.<sup>196</sup>

Segundo Pedro Brandão, dos 400 artigos da Constituição boliviana 80 tratam dos povos indígenas. A Constituição equatoriana também tem dispositivos claros quanto aos povos indígenas, abordando a identidade, religião e manutenção destes.<sup>197</sup>

Nesse sentido, o Bem-viver não está orientado apenas para a construção de uma moralidade indígena, mas para nortear a luta contra o sistema capitalista, ou seja, não pretende guiar apenas um grupo étnico, mas tem a pretensão de propor uma verdadeira refundação da sociedade, para muito além de determinadas particularidades, propondo uma relação solidária entre a natureza e o ser humano e entre os saberes, seres, racionalidades e lógicas de pensar, atuar e viver [...] Deve-se, portanto, romper a lógica exclusivista moderna e permitir um encontro com os diferentes saberes, todos com igual hierarquia. A universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos que se articulam nas relações dos homens e da natureza são os novos direitos fundamentais ou “*derechos del buen viver*”, “*derechos fundamentalísimos*”, ou “*nuevos derechos fundamentales*”, como o direito à água, à soberania alimentar e ao pluralismo.<sup>198</sup>

Esses novos direitos fundamentais instrumentalizados pelo *nuevo* constitucionalismo tratam de questões que muitas outras constituições preveem, como a proteção ao meio ambiente, a inclusão intercultural na educação, a função social e ambiental da

<sup>195</sup> *ibid.*, p.84.

<sup>196</sup> BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p.149.

<sup>197</sup> *ibid.*, pp.142-143.

<sup>198</sup> *ibid.*, pp. 452-453.

propriedade pública e privada e o associativismo. O que há de diferente das Constituições estudadas, se comparadas a outras que tem um rol harmônico de direitos fundamentais, é a centralidade no povo indígena.

Nestes termos, a atual Constituição da Bolívia, na tentativa de resguardar os direitos dos indígenas ou descendentes destes, grande maioria da população daquele país, trouxe uma inovação além dessas citadas, que são inerentes ao Estado Plurinacional, qual seja: a criação de uma justiça indígena, com tribunais próprios, formado por juízes escolhidos na própria comunidade indígena, bem como a formação de um Tribunal Constitucional Plurinacional, onde estarão presentes representantes das comunidades indígenas.<sup>199</sup>

Para o constitucionalismo pluralista boliviano e equatoriano todos os institutos e direitos devem se direcionar ao indígena, deixando muitas vezes de lado outras maiorias, como os negros, tendo em vista que a escravidão ainda é forte por lá. Assim, indaga-se, sem respostas prontas: Seriam essas constituições realmente plurais? O pluralismo jurídico conseguiria concretizar as normas constitucionais?

O princípio do Bem-viver não tem a mínima intenção de manter um clima harmônico com as práticas desenvolvimentistas do poder econômico. Do seu discurso é retirado todo tipo de aliança, até mesmo aquelas intermediárias que pregam o desenvolvimento sustentável e a responsabilidade social.

Outro princípio que está intimamente entrelaçado com o Bem-viver e se opõe às práticas neodesenvolvimentistas é o *Pachamama*. O *Pachamama* é espécie do *Sumak Kawsay*, enquanto aquele defende os direitos da natureza, este trata não apenas das questões que envolvem os recursos naturais, mas estendem-se a uma proteção mais ampliada da natureza e dos seus povos tradicionais.

No Equador o *Pachamama* foi expressamente declarado no preâmbulo da Carta Magna e também reconhecido nos seus dispositivos ao declarar a natureza como

---

<sup>199</sup> SILVA, Heleno Florindo da. O novo constitucionalismo latino americano e Carl Schmitt: Um “Diálogo” entre o constitucionalismo nacional e o constitucionalismo plurinacional na América latina para a construção da ideia de Unidade do povo. **Revista Derecho y Cambio Social**. Ano 13. p. 5. Disponível em: [http://www.derechoycambiosocial.com/revista032/novo\\_constitucionalismo\\_CARL\\_SCHMITT.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista032/novo_constitucionalismo_CARL_SCHMITT.pdf). Acesso em: 12 de abr. 2016.

sujeito de direitos. A Constituição boliviana também trouxe essa previsão no preâmbulo e normatizou nos seus dispositivos que as pessoas têm direito a um meio ambiente saudável.

[...] em relação à Pachamama, a Constituição boliviana ainda conservou a tutela do homem sobre a natureza e reproduziu a lógica de proteção da natureza para servir ao ser humano, não assumindo o mesmo distanciamento da concepção eurocêntrica que a Constituição equatoriana protagonizou. Dessa forma, a Carta boliviana não concede direitos próprios à natureza, enquanto a equatoriana assim o faz.<sup>200</sup>

Desse modo, os direitos da natureza não impossibilitam o homem de usufruí-la, uma vez que é dela que o homem provê o seu sustento.

Mas esses direitos, é bom ressaltar, não defendem a intocabilidade da natureza e centra-se na atuação coletiva e na manutenção dos sistemas da vida e dos ecossistemas, e não nos indivíduos, de forma que os seres humanos podem satisfazer suas necessidades vitais sem necessariamente desconsiderar os direitos da natureza – como o uso da pesca, pecuária ou agricultura.<sup>201</sup>

O denominado giro ecocêntrico ocorrido nas constituições andinas, buscou a pluralização do debate ecológico, promovendo, conseqüentemente, a inserção das premissas indígenas acima citadas. Contudo, deve-se questionar o seguinte: Qual a influência do pluralismo jurídico nas constituições acima citadas?

Ao que tudo indica, de acordo com a leitura dos teóricos que abordam o tema, bem como, das cartas constitucionais acima citadas, que a melhor resposta, sob a ótica do atual movimento constitucional latino-americano, seja apresentada por Boaventura de Souza Santos, para quem deve ocorrer uma “democratização radical do direito e do Estado”.<sup>202</sup>

A resposta, em verdade, deveria ser produzida à luz da teoria sistêmica que, diante do avanço do pluralismo jurídico chegou a conceituar o direito como controle

---

<sup>200</sup> BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p.178.

<sup>201</sup> Id. *ibid.*, pp.185-186.

<sup>202</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989, pp.11-20.

social<sup>203</sup>, termo extremamente vago e polissêmico, uma vez que qualquer forma de imposição social poderia ser entendida como controle, a exemplo das convenções sociais.

Teubner alerta que o código lícito e ilícito não é um atributo exclusivo do direito estatal, mas sim algo presente nos diversos agrupamentos sociais desde as operações internas desenvolvidas no âmbito da empresa até organizações criminosas. O código serve justamente para permitir a interdiscursividade do sistema jurídico com os demais sistemas sociais, no momento em que os discursos jurídicos, não mais centralizados sob a égide do direito estatal, encontram-se fragmentados em diversas leis, regulamentos, regras, que regem as ações dos componentes do meio social, e podem ser lidos segundo o código que diferencia ações lícitas de ilícitas.<sup>204</sup>

Vislumbra-se, há tempos, que a ideia de monopólio estatal sobre a criação do direito não é um conceito estanque. Na prática, com as crises de identidade enfrentadas pelo Estado moderno, houve a ideia da relativização desse conceito.

#### **4.6 O Pluralismo Jurídico à luz da proteção internacional dos Direitos Humanos**

Em recente decisão, caso n. 47119, a Suprema Corte da Colômbia reconheceu o status de jurisdicional de ato oriundo da justiça indígena. Este caso, além de retratar uma das premissas defendidas pelo Novo Constitucionalismo Latino-americano, corrobora, também, para o discurso da defesa do pluralismo e da identidade cultural como integrante do rol dos direitos humanos.

Na data de 14 de outubro de 2008 o ingresso do cabo do Exército Nacional colombiano Jairo Danilo Chaparral Santiago em um território indígena ensejou em uma penalização de acordo com as disposições da justiça indígena, que segundo a justiça ordinária configurar-se-ia como sequestro simples. Sendo assim, aquilo que para a justiça ordinária seria sequestro simples, para a justiça indígena foi tido como

<sup>203</sup> TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Tradução Bruna Vieira de Vicenzi e outros. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, pp. 88-89.

<sup>204</sup> ALVES, Fernando Antônio da Silva. O pluralismo jurídico na abertura do Direito aos movimentos sociais – uma análise da teoria sistêmica de Teubner, aplicada aos grandes centros urbanos. In: SILVA, Arthur Stamford da & SANTOS, Gustavo Ferreira (orgs.). **Sociedade, Direito e Decisão Judicial em Niklas Luhmann**. Recife: Editora Universitária, 2009, p. 237.

uma forma de repreender, penalizar os intrusos que adentrem em seus territórios sagrados, portanto, um ato legítimo.

Por tal atitude o chefe do povo indígena foi preso, após decisão de segunda instância, em 10 de setembro de 2015, e permaneceu nesta condição até que o caso fosse julgado definitivamente pela Suprema Corte colombiana, em 28 de junho de 2017. Na sentença o Tribunal entendeu que o ato praticado pelo chefe indígena Feliciano Valencia Medina é totalmente legítimo, posto que a jurisdição especial é um direito reconhecido constitucionalmente em favor dos povos indígenas como parte da diversidade étnica e cultural da Colômbia, defendendo a autodeterminação dessas comunidades.

A esse respeito a sentença enfatizou que o ato praticado pela comunidade indígena é uma manifestação de autonomia e exercício de justiça, como se pode extrair do fragmento abaixo:

A natureza pluralista da Constituição Política implica também reconhecer um pluralismo jurídico para acomodar o direito consuetudinário dos povos indígenas, daí a limitação da liberdade de locomoção que afetou Jairo Danilo Chaparral Santiago foi devido ao cumprimento da função por os órgãos estabelecidos pela comunidade Nasa para resolver um problema que eles consideraram ofensivo, em uma clara manifestação de decisão e controle de sua autonomia e exercício da justiça.<sup>205</sup>

O caso em análise serve para demonstrar como a cultura passou a integrar o rol dos direitos humanos, tendo por base que todo homem tem direito à identidade cultural em relação à sua história, território e tudo que contribua para a preservação desta, sendo que tais direitos também são recepcionados pela comunidade internacional de proteção aos direitos do homem. Nesse contexto, vários documentos internacionais reconhecem esses direitos como imprescindíveis a todo e qualquer

---

<sup>205</sup> No original: *El carácter pluralista de la Constitución Política implica reconocer también un pluralismo jurídico para dar cabida al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, de ahí que la limitación de la libertad de locomoción que afectó a Jairo Danilo Chaparral Santiago obedeció al cumplimiento de la función por parte de los órganos establecidos por la comunidad Nasa para resolver un asunto que estimaron ofensivo, en una clara manifestación de decisión y control de su autonomía y ejercicio de justicia.* BRASIL. STF internacional. **Corte Suprema da Colômbia reconhece ato jurisdicional de povo indígena.** Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortallnternacionalJurisprudencia&idConteudo=350264>. Acesso em 02 ago. 2017.

indivíduo. Contudo, poucas constituições dão ênfase a esse modelo de exercício de jurisdição especial, merecendo destaque as transformações trazidas pelas constituições da Bolívia, Colômbia e Equador.

Os direitos culturais estão dispostos em vários documentos internacionais, ou seja, em tratados, declarações e convenções. Em âmbito global tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que em seu artigo 27 diz que toda pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural, junto a ela estão o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (1966).

Esses três documentos formam e irradiam para os demais documentos de proteção o norte para se reconhecer e concretizar direitos do homem, inclusive o de reparação por parte do Estado de algum direito violado.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU/1966) foi recepcionado pelo Brasil em 1992 (Decreto 591/92) e, em matéria de direitos culturais, fala acerca da autodeterminação dos povos (art. 1). Em 2008 a ONU aprovou o Protocolo Facultativo do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos e Sociais - PF-PIDESC, que chegou para dar maior ênfase a tais direitos ao mesmo tempo que os torna aplicáveis como são os direitos civis, por exemplo.

No PF-PIDESC, que só passou a vigorar em 2013, foi explicitado o quanto a defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais corroboram para que o ser humano goze de sua plena autonomia e liberdade enquanto pertencente a um Estado. O Protocolo permite às vítimas que acionem a justiça para os casos de violações dos direitos humanos nessa matéria, buscando a responsabilização e reparação perante ato do Comitê do Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Nesse contexto, vale destacar que os direitos culturais enquanto reconhecidos como direitos humanos não são “uma mera questão de caridade, nem concessões de quem detenha o poder, mas sim direitos que podem ser reivindicados sem

discriminação de nenhum tipo”<sup>206</sup>. Tais direitos se enquadram no rol da segunda geração de direitos, firmados no primado da igualdade e que carecem de prestação positiva do Estado para se consolidarem.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, fazendo referência inclusive à Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos dois Pactos de 1966 lança um documento que versa sobre a diversidade cultural. A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural elege a diversidade cultural como patrimônio comum da humanidade, tendo por base que a diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade das identidades.

O referido documento, tão importante para a classificação da identidade, da diversidade e do pluralismo, reafirma que a cultura “deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as formas de viver em comunidade, os sistemas de valores, as tradições e as crenças”.<sup>207</sup>

No âmbito da proteção regional a Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica adotado pelo Brasil desde 1992, é o instrumento que consolida o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que abrange os Estados Membros da Organização dos Estados Americanos - OEA. Nela também está disposto o compromisso com a criação de condições para permitir a cada pessoa que goze plenamente de sus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como direitos civis e políticos.

Vale ressaltar que os direitos humanos mudaram toda a dinâmica de soberania dos Estados do século XIX. Isso porque o seu caráter *jus cogens* os fazem imperativos e inderrogáveis, operante no princípio da máxima efetividade. A teoria constitucional após as Guerras mundiais, no século XX foi reformulada, ao ponto de modificar as constituições para a recepção dos direitos humanos, agora não mais protegido

---

<sup>206</sup> VILLAGRA, Soledad. **Protocolo facultativo ao PIDESC: Uma ferramenta para exigir os DESC**. Traduzido por Gabriel Jamur Gomes. Curitiba: INESC, 2008. p. 07.

<sup>207</sup> UNESCO. Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, 2002.

apenas no âmbito nacional, mas também na esfera internacional. A Declaração dos Direitos do Homem de 1948 marca este período de reviravolta. Tem-se um direito internacional vigente e se coordenando com o direito interno.

Para a concretização do princípio da máxima efetividade os sistemas de proteção dos direitos humanos foram instituídos, tanto em plano internacional, quanto em plano nacional. O plano internacional é formado pelos sistemas universal e regional, enquanto que o seguimento nacional os reconhece nas constituições e leis.

No plano internacional, além da figura da ONU como Sistema de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, existem os sistemas regionais de proteção desses direitos. Os sistemas regionais (africano, americano, asiático e europeu) são meios de integração desses direitos em âmbito continental, fomentando assim maior proximidade entre os países.

Sendo assim, surge o direito constitucional continental evidenciado na onda de democratização na América Latina, a partir da década de 1980 e também no que concerne aos problemas atuais enfrentados por eles, como: crises institucionais, direitos fundamentais, sistema de governo, separação de poderes, hiperpresidencialismo, entre outros.<sup>208</sup>

Todas essas questões aproximadoras desses Estados revelam uma fragilidade democrática na América-Latina e demonstram ligação íntima com a história do Sistema Interamericano de Direitos Humanos - SIDH.

Sobre a complementação entre o sistema global e o sistema regional o relatório produzido pela *Commission to Study the Organization of Peace*, citado por Flávia Piovesan, pondera:

Pode ser afirmado que o sistema global e o sistema regional para a promoção e proteção dos direitos humanos não são necessariamente incompatíveis; pelo contrário, são ambos úteis e complementares. As duas sistemáticas podem ser conciliadas em

---

<sup>208</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Controle de convencionalidade e constitucionalismo latino-americano**. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC/SP, 2012, p.10.

uma base funcional: o conteúdo normativo de ambos os instrumentos internacionais, tanto global como regional, deve ser similar em princípios e valores, refletindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é proclamada como um código comum a ser alcançado por todos os povos e todas as Nações. O instrumento global deve conter um parâmetro normativo mínimo, enquanto que o instrumento regional deve ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros, levando em consideração as diferenças peculiares em uma mesma região ou entre uma região e outra. O que inicialmente parecia ser uma séria dicotomia – o sistema global e o sistema regional de direitos humanos – tem sido solucionado satisfatoriamente em uma base funcional.<sup>209</sup>

Os sistemas regionais buscam internacionalizar os direitos humanos no plano regional.<sup>210</sup> Não é uma continuação da justiça penal nacional, como mais uma instância nacional. Essa característica regional é descrita como complementar, de natureza convencional e coadjuvante por estar intrinsecamente ligada ao atributo da dignidade da pessoa humana, como assevera o preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O principal instrumento do sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), ou ainda o denominado Pacto de San José da Costa Rica, que estabeleceu a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (órgão jurisdicional).

Perante a Corte não são discutidos casos individuais, as partes são a Comissão e os Estados-membros, funcionando a Comissão como uma espécie de ministério público do sistema interamericano.

Para que um caso chegue à Corte Interamericana precisa ser por requerimento da Comissão Interamericana ou de um dos Estados-membros da Convenção Americana.

O papel da Corte é central para o desenvolvimento de jurisprudência e parâmetros (standards) internacionais que potencialmente têm profundo impacto para a defesa dos direitos humanos a nível local,

---

<sup>209</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 253.

<sup>210</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 249.

quando implementados através dos Poderes Judiciais nacionais ou outros mecanismos criados para este fim.

Casos brasileiros só passaram a ser apreciados pela Corte, por solicitação da Comissão, depois de 10 de dezembro de 1988, data em que o Estado brasileiro aceitou a competência contenciosa do referido Tribunal.

No ano 2000, pouco tempo depois do Brasil aceitar a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Flávia Piovesan e Luiz Flávio Gomes já previam um fortalecimento do ativismo em proteção dos direitos humanos, em que os brasileiros passariam a participar mais do sistema internacional e regional de proteção dos direitos humanos e estabelecer um intercâmbio com os defensores de direitos humanos latino-americanos, fortalecendo, assim, o movimento regional e internacional<sup>211</sup>.

Nesse sentido, a Corte para além da sua função jurisdicional de julgar casos em que Estados estejam violando direitos humanos também atua, assim como toda a sistemática da OEA, como fonte integradora dos Estados latinos e de reconhecimento de seus direitos.

Seguindo e ainda tratando dos direitos culturais faz-se mister destacar alguns casos que chegaram à Corte Interamericana e que servem de parâmetro para a análise jurisprudencial ali sedimentada.

O caso *Yakye Axa versus Paraguai* foi julgado pelo Tribunal em 2005. A Comissão argumentou que o Estado do Chile não garantiu o direito à propriedade ancestral da Comunidade indígena Yakye Axa e de seus membros, uma vez que desde 1993 estava em trâmite o pedido de reivindicação territorial da comunidade em questão. A comunidade ficou impossibilitada de adentrar em seus territórios, levando a mesma a um estado de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária. Diante dessa situação os membros daquela comunidade não conseguiam exercer sua vida cultural.

---

<sup>211</sup> GALLI, Maria Beatriz et. al. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos: Aspectos procedimentais e estruturais de seu funcionamento.** In. PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (Org.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 81-101.

As considerações trazidas pela Comissão de que o direito à vida (art. 4), as garantias judiciais (art. 8), o direito à propriedade privada (art. 21) e a proteção judicial (art. 25) estavam sendo violados foram acolhidos pela Corte e firmado o entendimento de que o Estado deveria adotar formas de regulamentar e concretizar a proteção dos direitos ali violados, principalmente, em relação à identidade cultural.

No entendimento da Corte Interamericana a identidade cultural da comunidade também é passível de transgressão, afetando tanto a seara individual de seus membros quanto na seara coletiva, que envolve toda a comunidade e seu patrimônio.

Perante a Corte também está sendo apreciado o caso que tem em seus polos a comunidade indígena Xucuru e o Brasil. De forma semelhante ao caso *Yakye Axa versus Paraguai*, a Comissão alegou no requerimento que o Brasil violou o direito à propriedade coletiva do povo indígena tanto pela demora no reconhecimento do território quanto pela falta de regularização total do mesmo.

Muito embora os documentos interamericanos não tenham citado a posse ou o reconhecimento dos territórios indígenas expressamente, a Corte tem validado o entendimento de que a violação de territórios ancestrais é transgressão nítida dos direitos humanos, em especial os direitos culturais.

A forte crítica ao sistema internacional de direitos humanos e ao mesmo tempo a inauguração dos sistemas regionais, agora também com o enquadramento do sistema regional asiático, têm grande repercussão na forma como o ocidente trata e universaliza esses direitos. Por um lado, a existência de um sistema global incide no paradoxo universalismo *versus* localismo, ou seja, na contemporaneidade diversas discussões surgiram acerca do tratamento universal dado às culturas diversas.

Nesse contexto, Boaventura de Souza Santos defende uma concepção multicultural dos direitos humanos em contraponto com o fenômeno da globalização, que segundo ele deve ser interpretada como globalizações, posto que o discurso da

globalização é a narrativa dos vendedores<sup>212</sup>. Com isso o autor justifica uma política progressista de direitos humanos de âmbito global e com legitimidade local.

Para isso ele classifica o fenômeno da globalização em quatro distintas formas de concretização: localismo globalizado, globalismo localizado, cosmopolitismo e patrimônio comum da humanidade. O primeiro consiste em um fenômeno no qual características locais são globalizadas, como por exemplo, a transformação da língua inglesa em língua franca e o *fast food* americano. Já o segundo, o globalismo localizado, considera as práticas e imperativos transnacionais na condição local.

A divisão internacional da produção da globalização assume o seguinte padrão: os países centrais especializam-se em localismos globalizados, enquanto aos países periféricos cabe tão-só a escolha de globalismos localizados. O sistema mundo é uma trama de globalismo localizados e localismos globalizados.<sup>213</sup>

A terceira corresponde ao cosmopolitismo, que conjuga não apenas interesses de grupos, regiões ou Estados, mas todos esses se engajam no intuito de defender interesses comuns. Já o patrimônio comum a humanidade conta com essa ideia de comunidade, porém no que trata de assuntos repostados ao globo na sua totalidade, como a preservação da Amazônia e a proteção da camada de ozônio.

Com essa divisão Boaventura assevera que a complexidade dos direitos humanos consiste na forma de localismo globalizado e aí seria o espaço da globalização hegemônica, assim também com o cosmopolitismo dando espaço para uma globalização contra-hegemônica<sup>214</sup>. Os direitos postos como universais têm matriz no localismo globalizado, enquanto que os direitos humanos só podem ser vistos como multiculturais quando tratados por uma visão cosmopolita. Percebe-se, então, que os sistemas de proteção regionais tentam, nessa mesma lógica, aproximar os Estados que operam de forma semelhante, como é o caso dos países latinos, preservando o multiculturalismo.

---

<sup>212</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Lisboa: Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 48, 1997, p. 14.

<sup>213</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Lisboa: Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 48, 1997, p. 17.

<sup>214</sup> *ibid.*, p. 18.

#### **4.7 Críticas ao Novo Constitucionalismo Latino-americano: As Constituições Multiculturais e o Patriotismo Constitucional como respostas viáveis**

O outono enfrentado pelo mundo no segundo pós-guerra afetou todos os continentes em termos teóricos, pois foi um momento, e continua sendo, de busca auto afirmativa dos Estados, política, jurídica, cultural e socialmente.

Na América Latina ouviu-se, na década de 80, um forte levante de movimentos, entidades e povos tradicionais, movidos pela redemocratização dos países que passaram pela ditadura militar e pelo emergente processo de participação política.

Segundo Beltrão e Oliveira a constituição guatemalteca de 1986 operacionalizou os direitos dos povos indígenas e foi a primeira constituição multicultural latino-americana. Após isso 16 dos 21 países da América Latina revisaram suas constituições e lhes deram um direcionamento multiculturalista em defesa dos povos tradicionais.<sup>215</sup>

O pluralismo jurídico remete a um sistema pautado em diversas ordens jurídicas e culturais, entendido como meio eficaz para a se construir a democracia. Na América Latina essa ideia vem se difundindo com a introdução do Estado plurinacional e do Constitucionalismo Latino-americano. Para melhor compreensão faz-se necessário estabelecer um liame histórico com a Idade Média, onde é possível vislumbrar um Estado com características semelhantes.

O feudalismo precedeu o Estado moderno e era uma sociedade constituída na posse da terra e de relações sociais de servidão. Aqui estavam os nortes da política e da justiça. A organização do poder compreendia uma administração descentralizada, fragmentada em vários centros de decisões. Esse pluralismo político medieval estava fundado na multiplicidade de centros internos de poder

---

<sup>215</sup> BELTRÃO, Jane Felipe & OLIVEIRA, Assis da Costa. **Constitucionalismo multicultural e povos indígenas: Outra cidadania é possível?** Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, p. 10972.

político, difundidos entre os nobres, universidades, entidades intermediárias, bispos, reinos, estamentos, organizações e corporação de ofício.<sup>216</sup>

É justamente na sociedade feudal que se pode vislumbrar indícios do pluralismo jurídico, pois como afirmado acima, pelo próprio Wolkmer, existiam vários centros de decisões. O monismo não tinha lugar no modelo feudalista, uma vez que a norma não era unidirecional, mas múltipla, convencional a cada corporação.

A sociedade feudal contava com um sistema jurídico pluralista e consuetudinário, fundado na ordem hierárquica de privilégios. Como politicamente era formado por reinos e feudos, cada um deles possuía um direito próprio, com influência vinda do direito canônico, do direito visigótico e do direito romano.<sup>217</sup>

Trata-se de um Direito que, por reconhecer a desigualdade e os interesses estamentais, define-se como estatuto jurídico não abrangente, pois é produzido para legitimar a especificidade de uma hierarquia social claramente estabelecida nas distinções entre clero, nobreza e campesinato. Não há dúvida de que se deve reconhecer, quanto à produção jurídica, num primeiro momento, a existência do pluralismo normativo das corporações em cujos marcos ocorre uma justiça administrada em tribunais criados pelo senhor feudal e pelo proprietário nominal da terra.<sup>218</sup>

Já entre os séculos XI e XV o feudalismo foi passando por crises de ordem econômica, mas principalmente de ordem político-institucional, gerando transformações intensas em todo o cenário da época, que levou a sociedade a uma estrutura burguês-individualista.

Com a chegada do capitalismo, regido pelo Estado Soberano, os pequenos feudos foram abolidos e tudo direcionado à normativa político-institucional do rei. Isso ocorreu a partir dos séculos XVI e XVII, quando a força de trabalho se concentrou na cidade, nascendo a burguesia e o poder centralizado.

---

<sup>216</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. O Direito nas Sociedades Primitivas. In\_\_\_\_\_. (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. 2ª Tiragem. Revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 27.

<sup>217</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. O Direito nas Sociedades Primitivas. In\_\_\_\_\_. (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. 2ª Tiragem. Revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 27.

<sup>218</sup> *ibid.*, p. 28.

No absolutismo o direito passou a ser produzido apenas pelo Estado, configurando assim uma racionalidade lógico-formal centralizadora da ordem jurídica. A transição da regência econômica e jurídica foi simultânea, pois não existia possibilidade de o capitalismo vigorar sem a centralização do poder.

O desenrolar da história, já é conhecido: A burguesia se estabelece como monopolizadora dos meios de produção, com cultura liberal individualista, e mais tarde insufla a Revolução Francesa.

Ainda no absolutismo, o poder centralizado era de ordem pessoal, pois surgiu da conveniência em limitar os poderes imperiais e da Igreja católica romana. No entanto, foi nesse momento que o monismo jurídico surgiu, mesmo que desvirtuado de impessoalidade, o que só veio a ocorrer após a queda do Estado absolutista.

O monismo jurídico desenvolvido na sociedade moderna ocidental se apresentou mediante dois sistemas distintos: o *Civil Law* e o *Common Law*. O *Civil Law* era o modelo adotado pelo Estado soberano, uma vez que é o sistema em que o Direito é de competência do Estado e produzido de forma escrita. O *Common Law* tem uma linha de produção diferenciada, pois se apoia, em apertada síntese, no Direito formulado através das decisões judiciais. Contudo, independente do sistema no qual se estude o tema, a ideia do monismo assume os contornos buscados por esta pesquisa, o centralismo estatal na atividade de criação do direito.

Em ambos os casos o Direito passa a ser unidirecional, formulado pelo Estado, diferentemente das formulações jurídicas comunitárias do sistema feudal. A partir daí o direito passou a ser regido pela legalidade, considerando apenas direito aquilo que vem diretamente da fonte normativa estatal.

Segundo Wolkmer, enquanto estatuto de representação burguês-capitalista, a dogmática jurídica do monismo está fundamentada nos princípios da estatalidade, unicidade, positivação e racionalização.<sup>219</sup> Com o passar do tempo a formulação da norma jurídica foi se revestindo de maior formalidade. O Direito foi se erguendo em

---

<sup>219</sup>WOLKMER, Antônio Carlos. O Direito nas Sociedades Primitivas. In\_\_\_\_(Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. 2ª Tiragem. Revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 46.

favor de uma estrutura formal conduzida por códigos e pela tradição do *common law*.

Após a Revolução Francesa, com a ascensão da burguesia, cria-se uma instituição burocrática e centralizadora, o Conselho de Estado, responsável por implementar um conjunto de normas que visava instituir um direito nacional unificado.<sup>220</sup>

A dinâmica de unificação legal que se instaura com o período revolucionário, somada aos influxos de ordenação do espírito iluminista e de fundamentação racional do jusnaturalismo, contribuíram para o processo de avanço em direção às codificações. Sem dúvida, as codificações responderam às necessidades posteriores de segurança e estabilidade da burguesia quando passaram a vivenciar mais diretamente a etapa do capitalismo concorrencial.<sup>221</sup>

Na América Latina, mais precisamente na Bolívia, onde ocorreu uma verdadeira redefinição do Estado através da crescente autoafirmação dos povos tradicionais, existe uma população com quase 70% de declarantes indígenas.

Consoante anteriormente apresentado, a maior parte dos artigos da Constituição da Bolívia de 2009 trata dos princípios democráticos do Bem-viver e da natureza, que recebeu até uma nomenclatura particular, chamada de *Sumak Kawsay*, que objetiva o restabelecimento da vida coletiva, contraposta ao desenvolvimento econômico e pautada na cosmovisão indígena, “propondo uma relação solidária entre a natureza e o ser humano e entre os saberes, seres, racionalidades e lógicas de pensar, atuar e viver”<sup>222</sup>, também denominada de *Pachamama*, que, por sua vez, refere-se à declaração expressa dos direitos da natureza.

Nas palavras de Heleno Florindo da Silva, é “a partir da diferença que se buscará a igualdade para a formação de um Estado Plurinacional”.<sup>223</sup> Ocorre que a igualdade

<sup>220</sup> Ibid., p. 52.

<sup>221</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. O Direito nas Sociedades Primitivas. In\_\_\_\_\_. (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. 2ª Tiragem. Revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 53.

<sup>222</sup> BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p. 152.

<sup>223</sup> SILVA, Heleno Florindo da. O novo constitucionalismo latino americano e Carl Schmitt: Um “Diálogo” entre o constitucionalismo nacional e o constitucionalismo plurinacional na América latina para a construção da ideia de Unidade do povo. **Revista Derecho y Cambio Social**, 2013. p. 6.

pleiteada por esse modelo de Estado é teoricamente vaga, com a ausência de fundamentos jurídicos precisos.

Mesmo que afirmem ser uma atitude coerente e que não defende apenas o indígena, como pode ser observado na declaração de Pedro Brandão, a seguir, o que se observa é que no intuito de incluir acaba-se excluindo, pois é notório que na Bolívia, como em outros países da América Latina, existe uma forte miscigenação oriunda da colonização, não sendo composta apenas por índios.

Nesse sentido, o Bem-viver não está orientado apenas para a construção de uma moralidade indígena, mas para nortear a luta contra o sistema capitalista, ou seja, não pretende guiar apenas um grupo étnico, mas tem a pretensão de propor uma verdadeira refundação da sociedade, para muito além de determinadas particularidades.<sup>224</sup>

Como se não bastasse essa falsa ilusão de inclusão do ponto de vista social, juridicamente a situação fica mais confusa, uma vez que, assim como no direito próprio das corporações feudalistas, os indígenas são detentores de um direito apartado previsto, inclusive, na própria constituição.

Com características claras do Estado Plurinacional a Bolívia procedeu com a criação de uma justiça indígena, com tribunais próprios, formada por juízes escolhidos nas respectivas comunidades, bem como à formação de um Tribunal Constitucional Plurinacional, com representação de membros dessas mesmas comunidades.<sup>225</sup>

A interpretação constitucional de ordem plural visa, teoricamente, proteger todas as classes, categorias e culturas de cidadãos de forma democrática. Já a pluralidade de normas, que também se baseia no princípio democrático, defendido pelo Estado Plurinacional, tem amparo na proteção de diferentes povos conforme a instituição de sua própria legislação.

---

<sup>224</sup> BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p. 152.

<sup>225</sup> SILVA, Heleno Florindo da. O novo constitucionalismo latino americano e Carl Schmitt: Um “Diálogo” entre o constitucionalismo nacional e o constitucionalismo plurinacional na América latina para a construção da ideia de Unidade do povo. **Revista Derecho y Cambio Social**, 2013, p. 5.

O Estado Plurinacional é o modelo de Estado democrático objetivado pelo Novo Constitucionalismo Latino-americano, que se desprende de forma ousada das frentes positivistas do Estado Nacional e se coloca como um Estado defensor de todos.

Para o Estado Plurinacional, a defesa das minorias só é possível através da criação de uma norma própria para cada povo tradicional, só assim as expectativas de cada um a respeito do Estado seriam alcançadas. Isso significa que cada povo se organiza para criar um microestado partícipe de um Estado maior.

Cada microestado possui um direito próprio, com instituições de decisões próprias, algo bem parecido com o formato do Estado feudalista, que por mais que fosse plural não era democrático. O Estado plurinacional seria, portanto, um retrocesso aos já experimentados métodos do Estado feudalista?

Tal comparação não poderia deixar de ser feita, uma vez que as frentes defensoras do pluralismo jurídico afastam essa hipótese e o lançam como algo novo, recente e totalmente digno de reprodução em toda a América Latina. Nesta pesquisa, devido à importância do tema, há um espaço no qual se discutirá, oportunamente, os riscos que a diferenciação entre os diversos grupos formados pelos povos originários traz para a redução das contingências, posto que não há generalização congruente das expectativas cognitivas.

Há que se observar que o Estado Plurinacional tem por objetivo substituir o Estado nacional do século XV, propondo a proteção da diversidade cultural e calcado na democracia participativa e dialógica, conforme afirmam seus defensores, o idealizando como uma inovação para a América Latina, capaz de desenvolver uma democracia coerente com a sociedade local e tradicional.

As críticas feitas aqui não são direcionadas aos povos originários, indígenas, sejam eles maioria ou minoria. Quem se reserva a estudar a democracia participativa não deve ter, jamais, a finalidade de excluir ou privilegiar. A inclusão é o lema, desde que seja uma inclusão responsável e fundada no Estado Democrático de Direito.

Para que se trabalhe na defesa da sociedade plural, característica própria nos países latinos, não é necessário que se afaste dos fundamentos jurídicos e sociais do Estado Democrático de Direito. Em verdade, muito se fala que os surtos de ineficácia estão fortemente relacionados ao modo como os Estados latinos copiaram os modelos estatais europeus e de como o centralismo estatal se revelou impróprio para as sociedades plurais. Porém, há diversos conceitos que precisam ser levantados para se compreender a real motivação da ineficácia, da desigualdade e da melhor estratégia para romper com o enfraquecimento causado pela drástica adoção do pluralismo jurídico.

Os surtos de ineficácia são frutos do centralismo estatal na criação do direito? O pluralismo jurídico seria capaz de promover a superação de tais surtos?

Por conta disso, a pesquisa avança para estudar como se dá a composição de uma sociedade de risco e contingente. Depois, analisa como os sistemas podem interagir na consolidação da democracia participativa, sem, no entanto, esfacelar administrativa e juridicamente um Estado.

O positivismo jurídico também precisa ser estudado em conjunto com o pluralismo jurídico, pois na iminência de desconstruir as ideias positivistas muitos têm confundido interpretação constitucional pluralista com pluralidade de normas.

Assim questiona-se, como o positivismo jurídico pode ajudar no entendimento da interpretação constitucional pluralista?

Para tanto, é primordial convir que mesmo se tratando de sistemas diferentes, direito e moral se acoplam em determinado momento para inserir no sistema jurídico fatos sociais e justificar normas. Como será analisado na visão do positivismo inclusivo, o juízo de valor e as razões de justificação são importantes, pois as regras não bastam ao Estado Democrático de Direito, tendo em vista que precisam ser avaliadas também em seu conteúdo e isso não significa discurso antipositivista. É uma defesa válida para se evitar os excessos legais e as insuficiências estatais.

Em uma sociedade plural, ou seja, uma sociedade complexa, protagonista de entendimentos variados e de necessidades plúrimas, muito se fala em diversidade de normas. Geralmente, o monismo jurídico e o centralismo estatal são tidos como ultrapassados e o pluralismo visto como garantidor das diversidades e do ordenamento jurídico.

Não é porque um Estado tem uma norma constitucional central que merece o status de antidemocrático. Um Estado Nacional com uma constituição democrática, defensora dos direitos humanos e participativa é possível. A ineficácia das normas é a crítica mais atribuída ao modo como a interpretação constitucional acontece do que mesmo contra o caráter codificado e positivista que mantém.

O positivismo ganha críticas profundas baseadas muito no que ocorreu na Alemanha, durante a política xenófoba instalada pelo nazismo, mas também foi na Alemanha que ecoou, inicialmente, uma nova corrente política, capaz de superar o nacionalismo totalitário: o patriotismo constitucional (*Verfassungspatriotismus*).

O patriotismo constitucional foi proposto pelo historiador Sternberger, em comemoração aos 30 anos da Lei Fundamental de Bonn, concebido como a antítese à noção tradicional de nacionalismo, “visando a apresentar uma identificação do Estado Alemão com a ordem política e os princípios constitucionais”.<sup>226</sup>

Diferentemente das utopias do pluralismo jurídico e do Estado Plurinacional, o patriotismo constitucional rompe com o nacionalismo e estabelece uma nova forma de conduzi-lo, ou seja, um Estado conduzido pela identidade política coletiva e universalista, fundado nas premissas do Estado Democrático de Direito. Seria, portanto, a forma de abolir o nacionalismo étnico e criar um patriotismo constitucional. A constituição seria o elo de aproximação dos cidadãos, na justificação do Estado Democrático de Direito, funcionando como um poder aglutinante da sociedade.<sup>227</sup>

---

<sup>226</sup> HABERMAS, Jürgen. **Identities nacionales y postnacionales**. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007, p.94

<sup>227</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Você sabe o que é patriotismo constitucional?** Disponível em <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/198651213/voce-sabe-o-que-e-patriotismo-constitucional>> Acesso em 1º de nov. 2016.

Esse poder aglutinante e inclusivo não remete à homogeneidade cultural, mas à união de cidadãos de diferentes etnias e culturas, com base numa identidade coletiva e respeito aos valores plurais do Estado Democrático. O constitucionalismo latino-americano, através do Estado Plurinacional, prioriza os valores plurais de etnia e cultura, mas com a defesa da autodeterminação de cada um desses povos, o que provoca, inevitavelmente, a desagregação.

A inclusão defendida pelo novo constitucionalismo é mais excludente do que inclusiva. Separa-se para, supostamente, incluir. Já no modelo do patriotismo constitucional a dinâmica é outra, fundada no prestígio da diversidade, para proteger a união entre os cidadãos.

Assim, a identidade coletiva não pode mais se dar com fundamento na homogeneidade cultural, mas na convivência sob os mesmos valores do Estado Democrático de Direito, situação que permite uma coexistência das múltiplas formas de cultura, o que caracteriza o multiculturalismo.<sup>228</sup>

Numa leitura rápida e apartada até parece que o patriotismo constitucional se assemelha com o Estado Plurinacional, pode até ser que compartilhem de objetivos semelhantes, no entanto, os meios adotados para alcançá-los são totalmente diferentes.

Jürgen Habermas protege a ideia de nacionalismo e identidade coletiva por meio da teoria do Patriotismo Constitucional, capaz de trazer mais eficiência democrática para as sociedades de risco e plurais. Neste sentido:

[...] só surge depois que cultura e política do Estado tenham se diferenciado de forma mais radical do que nos Estados nacionais no velho formato. Neste caso as identificações com as formas de vida e tradições próprias ficam recobertas por um patriotismo mais abstrato, que não se refere já ao todo concreto de uma nação, mas a procedimentos e a princípios abstratos. E estes se referem, por sua vez, às condições de convivência e comunicação de formas de vida diversas, com iguais direitos, coexistentes – tanto no interior como exterior –. A vinculação a esses princípios, que o patriotismo constitucional fomenta, há de nutrir-se da herança de tradições

---

<sup>228</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Você sabe o que é patriotismo constitucional?** Disponível em <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/198651213/voce-sabe-o-que-e-patriotismo-constitucional>> Acesso em: 1º nov. 2016.

culturais consonantes. As tradições nacionais seguem produzindo, todavia, uma forma de vida que ocupa um lugar privilegiado, se bem que apenas em uma hierarquia de forma de vida de raio e alcance diversos. A estas formas de vida correspondem, por sua vez, identidades coletivas que se solapam umas com as outras, porém que já não necessitam de um ponto central onde tenham que assegurar-se e integrar-se formando a identidade nacional. Em vez disso, a ideia abstrata de universalização da democracia e dos direitos humanos constitui a matéria dura em que se refratam os raios das tradições nacionais – linguagem, literatura e a história – da própria nação.<sup>229</sup>

Em entrevista concedida por Habermas, perguntou-se sobre o que seria o patriotismo constitucional pregado na Alemanha, se se tratava de uma forma de substituir a identidade histórica nacional por uma identidade meramente prático-formal. Em resposta Habermas aduz:

Nesta situação eu acho que para nós, os cidadãos da República Federal, um patriotismo constitucional é a única forma possível de patriotismo. Mas, isso certamente não significa renúncia a uma identidade que nunca pode consistir apenas de orientações e características universais, morais, por assim dizer, compartilhada por todos. Para nós, cidadãos da República Federal, o patriotismo da Constituição significa, entre outras coisas, o orgulho de ter conseguido superar de forma duradoura o fascismo, que estabelece o primado do direito e ancorá-la em uma cultura política que, apesar de tudo, é mais ou menos liberal. Nosso patriotismo não pode olvidar o fato de que na Alemanha a democracia somente depois de Auschwitz (e de alguma forma somente após o choque dessa catástrofe moral), pôde encontrar raízes e motivos nos corações dos cidadãos ou, pelo menos, da geração mais jovem. Para o aprofundamento destes princípios universalistas é necessário sempre uma determinada identidade.<sup>230</sup> (Tradução livre).

De início, Habermas traz a resposta para o campo da identidade pessoal de cada indivíduo, pois, segundo ele, não há como substituir a identidade de uma pessoa,

<sup>229</sup> HABERMAS, Jürgen. **Identities nacionales y postnacionales**. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007, pp. 101-102.

<sup>230</sup> HABERMAS, Jürgen. **Identities nacionales y postnacionales**. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007, p. 116. No original: *En esta situación considero que para nosotros, los ciudadanos de la República Federal, un patriotismo de la Constitución es la única forma posible de patriotismo. Pero esto no significa en absoluto La renuncia a una identidad que nunca puede consistir sólo en orientaciones y características universales, morales, por así decirlo, compartidas por todos. Para nosotros, ciudadanos de la República Federal, el patriotismo de la Constitución significa, entre otras cosas, el orgullo de haber logrado superar duraderamente el fascismo, establecer un Estado de Derecho y anclar éste en una cultura política que, pese a todo, es más o menos liberal. Nuestro patriotismo no puede negar el hecho de que en Alemania la democracia, sólo tras Auschwitz (y en cierto modo sólo tras el shock de esa catástrofe moral), pudo echar raíces em los motivos y en los corazones de los ciudadanos o, por lo menos, de las jóvenes generaciones. Para este enraizamiento de principios universalistas es menester siempre una determinada identidad.*

grupo ou povo, esta é uma característica inerente a cada homem e deve ser respeitada. Quando ele fala de patriotismo não generaliza o povo alemão em apenas uma tradição, mas o chama a uma cultura política una, exemplificando essa possibilidade na própria história alemã, que superou os governos totalitários e estabeleceu um Estado de Direito. Acredita, também, que o enraizamento dos princípios de universalidade e unidade só é possível quando o Estado adota uma identidade.

Acerca da identidade coletiva Habermas assevera que o nacionalismo ficou desvalorizado como pressuposto de identidade coletiva por conta do estigma histórico dos governos totalitários. Após a superação do movimento político que valorizava a nação e a raça, em sobreposição aos valores individuais, de forma autocrática e ditatorial, fez-se necessário romper com o nacionalismo estigmatizado e falar de uma identidade coletiva pós-nacional.<sup>231</sup>

A ideia de Estado nacional nasceu com a Revolução Francesa e tinha como levante o universalismo, basta analisar o efeito sentido pelo mundo com a referida Revolução. Para Habermas, o pós-guerra e o pós-nacionalismo sugerem, também, uma mudança pautada no princípio universalista, que culminará no multiculturalismo, rompendo com a tradição dos Estados nacionais clássicos e se estabelecendo nas sociedades *postnacionales* onde “*es mucho más concreta que el conjunto de principios morales, jurídicos y políticos en torno a los que cristaliza*”<sup>232</sup>, pois está revestido pela vinculação dos princípios do Estado de Direito e da democracia.

Nesse contexto, a “cidadania plena dos povos indígenas estaria, em tese, efetivada pela reunião de garantias constitucionais de proteção e promoção da diversidade cultural, autonomia política e pluralismo jurídico”.<sup>233</sup> Assim, a ideia de patriotismo constitucional pode ser empregada no Brasil ou em qualquer outro país, uma vez

---

<sup>231</sup> HABERMAS, Jürgen. **Identities nacionales y postnacionales**. 3 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007, p. 117.

<sup>232</sup> Id. *ibid.*, p. 119.

<sup>233</sup> BELTRÃO, Jane Felipe & OLIVEIRA, Assis da Costa. **Constitucionalismo multicultural e povos indígenas: Outra cidadania é possível?** Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, p. 10975.

que possui uma perspectiva republicana que busca, dentre outras premissas, responder aos seguintes questionamentos:

a) como dotar de uma nova identidade coletiva uma comunidade política que experimentou uma ruptura na continuidade de sua própria história; b) quais podem ser os aspectos de identidade compartilhados por uma sociedade marcada por um profundo pluralismo cultural; e c) sobre que bases comuns se poderia assentar a identidade da União Europeia ainda em processo de construção.<sup>234</sup>

Desta forma, quando surgem situações conflituosas que envolvem as instituições do governo, como encontrar uma solução entre pessoas que compõem uma sociedade tão complexa e plural?<sup>235</sup>

Os pressupostos democráticos é que assumiriam a função de construir uma unidade dentro da diversidade, o ponto de ligação que é comum a todos os cidadãos é a ideia de viverem sob os mesmos princípios do Estado Democrático de Direito.

A democracia seria, de acordo com os pressupostos habermasianos, aquele modelo político no qual a legitimidade das normas jurídicas e das decisões públicas radicaria em terem sido adotadas com a participação de todos os potencialmente afetados por elas. Porém, a intuição mais genuína da concepção deliberativa da democracia consiste na afirmação de que, chegado o momento de adotar uma decisão política, o seguimento da regra da maioria há de subordinar-se ao prévio cumprimento do requisito de uma discussão coletiva capaz de oferecer a todos os afetados a oportunidade de defender publicamente seus pontos de vista e seus interesses mediante argumentos genuínos e negociações limpas. A deliberação em nenhum caso deve confundir-se com a mera ratificação coletiva de posições já cristalizadas. Se todas as preferências e opiniões políticas precisam ser submetidas a um processo de debate e esclarecimento mútuos, isto implica que todos os atores políticos devem estar abertos a mudar sua posição inicial se como resultado da deliberação política encontrarem razões para fazê-lo. Se essa atitude não está presente, a discussão fica como um mero trâmite que terá que ser cumprido antes de proceder à votação, isto é, de aplicar mecanicamente o poder da maioria.<sup>236</sup>

---

<sup>234</sup> ARROYO, Juan Carlos V. **Patriotismo constitucional y republicanismo**. Claves de razón practica, nº 125, 2002, p.33.

<sup>235</sup> CENCI, Elve Miguel. Contribuições do conceito de patriotismo constitucional para a esfera político-jurídica brasileira. **Revista Scientia Iuris**, v. 10. Londrina, 2006, p. 121-133. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4112/3540>. Acesso em 02 fev. 2017.

<sup>236</sup> ARROYO, Juan Carlos V. Acerca de la democracia deliberativa. Fundamentos teóricos y propuestas prácticas. **Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid**, Madrid, Asamblea de Madrid, pp. 10-11, 2003.

Assim, defende-se a ideia de que não há necessidade de um povo único para que se produza um patriotismo constitucional, mas que haja uma decisão democrática no sentido de que se construa uma unidade política, servindo a constituição como esse elo entre os diversos grupos sociais que integram uma mesma sociedade.

A atual Constituição brasileira representa uma tentativa de se estabelecer um constitucionalismo multicultural, ao passo em que não busca “uma homogeneidade cultural, mas a igualdade do status legal entre todos os membros e, sobretudo, um certo grau de homogeneidade econômica”.<sup>237</sup>

A busca por uma identidade coletiva figura como o escopo do patriotismo constitucional. Dentro dessa linha de raciocínio, percebe-se que a sociedade, aspecto bastante defendido nas linhas desta tese, é quem assume a função catalizadora para promoção da interpretação da Constituição aberta e inacabada, sendo o patriotismo constitucional o exercício cívico dos direitos fundamentais.

[...] quando cidadãos se reconhecem diferentes culturalmente e iguais em direitos fundamentais, é possível perceber que a solidariedade social está amparada na Constituição. Em continuidade, nem o direito e nem a Constituição são substâncias éticas como cardápio de princípios morais valorativos, mas sim princípios entendidos como possibilitadores do espaço procedimentalizado discursivo em que os sujeitos se reconhecem como detentores de iguais liberdades subjetivas. Assim, o patriotismo constitucional é condição para o espaço discursivo formar-se como uma cultura política procedimental constitucionalizada, por isso ele é também neutro como o Princípio da Democracia.<sup>238</sup>

Assim, o poder constituinte passa a ser de titularidade dos cidadãos e o povo é substituído pela ideia de patriotismo constitucional, sendo a constituição um processo em contínua construção, através da interpretação ocorrida na prática discursiva.

Há que se fazer, entretanto, uma importante consideração acerca do modelo constitucional proposto pelo Novo Constitucionalismo Latino-americano, fortemente

<sup>237</sup> ARROYO, Juan Carlos V. **La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p.202.

<sup>238</sup> BONFIM, Vinícius Silva. O patriotismo constitucional na efetividade da Constituição. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 50, p. 11-17, jul./set. 2010. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1328/1358>. Acesso em: 28 fev. 2017.

empregado pela Bolívia, que em sua constituição de 2007, nos artigos 1º e 2º, concede a autodeterminação aos povos originários, dando-lhes, autogoverno e reconhecimento de suas instituições e entidades territoriais, ao passo em que afirma buscar a promoção de um processo integrador.

Em verdade, a promoção das distinções caminha no sentido inverso ao quanto proposto pelo patriotismo constitucional, não realizando um efeito integrador, mas sim, desagregador, ao tempo em que valoriza as diferenças. Nesse contexto, segundo a concepção sistêmica de Luhmann, percebe-se que a diferenciação culmina na criação de um código próprio e, conseqüentemente, de um subsistema que irá se fechar operacionalmente em relação ao demais, a fim de valorizar a sua própria diferenciação, promovendo sua retroalimentação e manutenção.

Assim, a ideia de separar para supostamente valorizar e integrar os diversos povos acaba desnaturando a possibilidade de se criar uma identidade constitucional transversal que seja capaz de unir todos os cidadãos num sentimento constitucional comum, no intuito de se estabelecer uma relação dialógica, multicultural entre os diversos povos, devendo ocorrer, inevitavelmente, o contato entre eles.

O diálogo entre culturas distintas sobre um determinado valor ou prática pressupõe o contato entre elas e não que fiquem e permaneçam estanques como postula o relativismo cultural radical. Por isso, é preciso relativizar o relativismo cultural, no sentido de vê-lo não como um princípio absoluto, mas como um instrumento que possibilite o encontro de forma respeitável. Essa relativização é capaz de evitar que a diferença, exaltada, contrarie os valores dos direitos humanos como uma forma de justificar os regimes de segregação, por exemplo.<sup>239</sup>

Os povos originários, historicamente, foram alvo de inúmeros atos violentos e de tentativas de subjugar sua cultura. Por isso mesmo que o Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966, incorporado ao ordenamento brasileiro através do Decreto nº 592, em seu artigo 27 estabelece:

---

<sup>239</sup> PINEZI, Ana Keila Mosca. Infanticídio indígena, relativismo cultural e direitos humanos: elementos para reflexão. **Revista Aurora**. Vol. 8, 2010. Disponível em: [http://www.pucsp.br/revistaaurora/ed8\\_v\\_maior\\_2010/artigos/download/ed/2\\_artigo.pdf](http://www.pucsp.br/revistaaurora/ed8_v_maior_2010/artigos/download/ed/2_artigo.pdf). Acesso em: 02 mar. 2017.

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.<sup>240</sup>

Daí assume especial relevância o tema do relativismo cultural, uma vez que esta teoria busca defender não só a diversidade cultural, ou o pluralismo cultural, como também prega o respeito à tais diferenças.

O relativismo cultural, inicialmente desenvolvido por Franz Boas e com base no historicismo de Herder, defende que bem e mal são elementos definidos em cada cultura. E que não há verdades culturais visto que não há padrões para se pesar o comportamento humano e compará-lo a outro. Cada cultura pesa a si mesma e julga a si mesma.<sup>241</sup>

Dentro da visão antropológica de cultura, cada comunidade cria suas regras de conduta e valores, determinando, conseqüentemente, as que são vistas como certas ou erradas. Contudo, o relativismo cultural, presente no Novo Constitucionalismo Latino-americano, parece ter atingido um patamar bastante sensível, no momento em que a autonomia conferida aos povos originários acabou por promover um verdadeiro fechamento sociocultural desses indivíduos em relação aos demais.

Necessário, portanto, ponderar a eventual situação conflituosa entre cultura e direitos fundamentais. Acerca do tema, é relevante colacionar trecho de julgado proferido pelo STF, no RE 153.531/SC, que trata de manifestações culturais potencialmente degradantes ou afrontosas aos direitos fundamentais:

A cultura pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Esses valores

---

<sup>240</sup> BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 08 mar. 2017.

<sup>241</sup> LIDÓRIO, Ronaldo. Não há morte sem dor: uma visão antropológica sobre a prática do infanticídio indígena no Brasil. In: SOUZA, Isaac Costa de; LIDÓRIO, Ronaldo (Org.). **A questão indígena, uma luta desigual: missões, manipulação e sacerdócio acadêmico.** Viçosa: Ultimato, 2008, p. 02.

não podem estar dissociados da compreensão do exercício dos direitos culturais e do acesso às fontes da cultura nacional [...].<sup>242</sup>

Dito isto, é importante, ainda, que se aborde a prática do infanticídio, que ocorre no seio de alguns povos originários, apesar de não oficialmente registrados, mas documentados por Adinolfi, entre os grupos Kamayurá, Suyá, Yanomami, Suruwahá, Kaiabi, Kuikuro, Amundawa e Urueu-Wau-Wau.<sup>243</sup>

A prática, tradicional nessas tribos, vai desde a morte de recém-nascidos portadores de deficiências físicas e mentais até a morte de gêmeos, filhos de mães solteiras, dependendo dos costumes da tribo. Nestes casos, a morte de crianças ocorre logo após o seu nascimento ou quando ainda pequenas (em caso de doenças), sendo que muitas delas são enterradas vivas, estranguladas, sufocadas, ou simplesmente deixadas no meio da mata para morrer.<sup>244</sup>

Dessa forma, a suposta prática cultural do infanticídio por povos originários violaria o direito à vida. Nesse contexto, a fragmentação da sociedade em vários grupos autônomos, em verdade, soberanos, conforme abaixo explicado, promove o afastamento e o aumento das diferenças culturais, com a criação de subsistemas diversos alimentados e mantidos pelas diferenças.

Buscando diminuir essas barreiras, Boaventura de Souza Santos propõe a utilização de uma técnica denominada por ele de hermenêutica diatópica, que possibilitaria aos envolvidos a percepção das falhas contidas em suas práticas culturais.

A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez a que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo inatingível – mas,

---

<sup>242</sup>BRASIL. STF. RE 153.531. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500><http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em: 30 mar. 2017.

<sup>243</sup> ADINOLFI, Valéria Trigueiro. **Enfrentando o infanticídio: bioética, direitos humanos e qualidade de vida das crianças indígenas**. Disponível em: <http://www.maosdadas.org/arquivos>. Acesso em: 30 mar. 2017.

<sup>244</sup> ALVES, Fernando de Brito. VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater. **Direito à cultura e o direito à vida: visão crítica sobre a prática do infanticídio em tribos indígenas**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE. Junho de 2010, v. XIX. P. 4962-4973. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3822.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2017.

pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisso reside o seu caráter diatópico.<sup>245</sup>

Assim, conforme sustentado em linhas anteriores, a promoção da defesa incontestada dos povos originários, de seus costumes e de suas manifestações culturais, da forma como realizada pela atual constituição boliviana, demonstra uma fragilidade seguida de uma propensão em aumentar as diferenças sociais, inclusive entre as próprias tribos que integram aquele país.

Outra crítica que se deve acrescentar, diz respeito ao fato de que os povos originários, em tese, mesmo diante de suas manifestações culturais, estariam atrelados aos ditames contidos na Constituição do seu país. A atual constituição boliviana defende, expressamente, o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, ao se conceber que o Estado boliviano tenha ciência acerca de práticas culturais que violariam tais regras intangíveis de direitos humanos, surge, inevitavelmente, o entendimento de que tais povos não estariam gozando, apenas, de autonomia, mas sim de soberania, pois deteriam, inclusive, o poder para decretar o estado de exceção nos limites do seu território (terras originalmente ocupadas).

[...] o totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político.<sup>246</sup>

Em verdade, a partir do momento em que se suspende a aplicação do Direito, a vida fica desprotegida. “Quando o direito é suspenso da ordem na forma de exceção, a vida humana fica à mercê da vontade soberana de quem governa”.<sup>247</sup>

<sup>245</sup> SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Para uma concepção multicultural de direitos humanos**. In.: Contexto Internacional, nº 23. P. 7-34, 2001. Disponível em: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_humanos\\_ContextoInternacional01.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF). Acesso em: 30 mar. 2017.

<sup>246</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13.

<sup>247</sup> RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Introdução. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé, **Justiça e Memória: Direito à justiça, memória e reparação, a condição humana nos estados de exceção**. São Leopoldo: Casa Leiria, Passo Fundo: Ifibe, 2012, p. 11.

É importante diferenciar o estado de exceção definido por Agamben, do conceito acerca do mesmo tema criado por Carl Schmitt. Enquanto para este, o estado de exceção indica uma decisão na qual não há anarquia, mas uma ordem jurídica de exceção, para Agamben, a situação do estado de exceção cria uma zona de indeterminação entre o que está dentro do Direito e fora dele.<sup>248</sup>

Sobre o tema, segue trecho da obra de Agamben:

A exceção é uma espécie de exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é aquilo que excluído não está, por causa disto, absolutamente fora da relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma de suspensão. A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão.<sup>249</sup>

Percebe-se que o autor propõe que o Estado de exceção não integra o ordenamento jurídico, posto que é a suspensão do Estado de Direito, sendo, em verdade, um vazio jurídico. Unindo as ideias de Agamben à premissa teórica de Carl Schmitt, no sentido de ser o soberano o detentor do poder para decretar o estado de exceção e deste ser uma anomia, que é a suspensão do ordenamento jurídico, a valorização da cultura indígena, da forma como proposta pelo Novo Constitucionalismo Latino-americano, e empregada, por exemplo, pela atual constituição boliviana, há de se concluir que os povos originários possuem soberania perante o Estado boliviano, sua Constituição e ordenamento jurídico.

Por outro lado, no mesmo cenário, sob a égide da mesma constituição boliviana, os cidadãos considerados não-indígenas, seriam punidos pelo ordenamento jurídico. Afirma-se isto com base na ideia de que a não punição do ato ilícito, a não defesa do direito fundamental à vida, reduziria a criança vítima do infanticídio à condição de um ser desprovido de direitos, o *homo sacer*, que teve seu status de sujeito de direito retirado pelo soberano, que se sobrepôs à própria garantia à vida, prevista na constituição.

---

<sup>248</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 39-54.

<sup>249</sup> Id. *ibid.*, p. 24.

## **5 O CONSTITUCIONALISMO POPULAR E O CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO: RETIRANDO AS CONSTITUIÇÕES DAS CORTES**

No contexto da temática pesquisada, assume relevância o estudo do constitucionalismo popular, tema fortemente defendido por autores estadunidenses referenciados ao logo do capítulo, que busca, em síntese, além de compartilhar os efeitos políticos da interpretação constitucional, conferir, conseqüentemente, maior grau de legitimidade a esta.

Dessa forma, o presente capítulo se mostra importante à investigação uma vez que a ideia da análise da titularidade da legitimidade da interpretação constitucional passa pela relação entre protagonismo judicial e social. Assim, o constitucionalismo popular marca a defesa da exclusiva concretização cidadã da constituição, residindo a sua relevância no contraponto ao neoconstitucionalismo e ao fenômeno da expansão da jurisdição constitucional.

Diante do cenário vivido pela América Latina e apresentado nos capítulos anteriores, caracterizado, sobremaneira, pelo hiperpresidencialismo, deve-se dizer que deixar o controle de constitucionalidade submisso à conveniência política significa retirar-lhe objetividade e permitir que se faça da interpretação constitucional um instrumento de reforço de um presidencialismo hipertrofiado.

Nesse trilhar, deve-se dizer que as audiências públicas também possuem os escopos acima citados, ou seja, ao passo em que buscam promover a participação social acabam dividindo a competência decisória e a responsabilidade dela decorrente, o que, em tese, tem o condão conferir maior grau de aceitação das pessoas alcançadas pela interpretação.

Convém mencionar que a supremacia constitucional é fruto do pensamento jurídico contemporâneo no qual o Estado passou de liberal para constitucional. Na era do positivismo jurídico, compreendido entre a Revolução Francesa e a Segunda Guerra Mundial, direito e lei eram tidos como sinônimos, objetos da produção legislativa e da vontade majoritária.

A relação estabelecida entre o direito e a moral, por sua vez, era marcada pela existência de dois sistemas totalmente dissociados, o que, num cenário de extrema legalidade, acabou produzindo na sociedade comportamentos nitidamente legalistas, desprovidos de quaisquer preocupações com valores e com a justiça. O que era justo, supostamente, estaria na lei, já que esta era produto de uma vontade majoritária.

Surge um direito marcado por uma jurisprudência de valores seguido de um constitucionalismo de efetividade, no qual a constituição é posta como norma suprema e fundamental do Estado. O forte movimento pela efetividade da constituição e pela jurisprudência de valores passou a considerar outras fontes como partes do sistema jurídico, a exemplo os princípios e a jurisdição constitucional, diferentemente da ideologia liberal que, creditava exclusivamente à lei o *status* de direito. Assim, a constituição deixa de ser apenas um documento, objeto do poder político e passa a ter poder normativo, sobrepondo-se até mesmo àquele poder.

Com esse protagonismo constitucional, criou-se em muitos países uma jurisdição constitucional, com plena capacidade para aferir a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade dos demais atos públicos.

Existe uma série de justificativas que tenta situar a criação de um controle de constitucionalidade realizado por juízes. Embora cada Estado tenha sua necessidade própria acredita-se que a crise do parlamento seja a grande responsável para tal modelo. Sendo assim, vê-se a substituição da vontade majoritária pela contramajoritária, fundada na decisão judicial.

Nesse sentido, essa cultura da jurisdição constitucional põe a decisão judicial como expressão máxima de valor e justiça, levando em consideração que o juiz é um intérprete do direito e não mais a mera boca da lei. De outra sorte, há fortes críticas quanto à legitimidade democrática desses atores judiciais, que no afã de dar respostas à todas as questões constitucionais acabam por promover um profundo ativismo judicial.

Enquanto isso, no Brasil, antes mesmo da promulgação da atual Constituição, já vigorava uma inclinação ao fortalecimento do Poder Judiciário. A Constituição de 1891 instituiu o controle difuso de constitucionalidade, permitindo que qualquer juiz ou tribunal, na análise do caso concreto aplicasse ou deixasse de aplicar lei que entendesse inconstitucional. Esse tipo de atuação judicial é fruto do direito estadunidense (*Marbury vs Madison*, 1803). Mais à frente, a Constituição brasileira de 1934 inaugurou um novo modelo de atuação judicial, o controle concentrado de constitucionalidade que se deu com a criação da reclamação de inconstitucionalidade, oriunda das experiências da Constituição austríaca de 1920.

Ocorre que os Estados que possuem um Poder Judiciário mais atuante, por não raras vezes, acabam adotando posturas que vão além das estabelecidas pelo ordenamento, consoante se extrai do ativismo judicial. Muito embora legítima, essa atuação irrestrita do Judiciário pode afrontar o Princípio da Separação de Poderes.

Dessa forma, o constitucionalismo popular surge como resposta a um momento de extremo conservadorismo da Suprema Corte Norte-americana, concebido como um movimento crítico à supremacia judicial e defensor da participação social como força motriz para a interpretação e concretização da constituição.

O constitucionalismo popular consiste em um movimento teórico crítico, surgido nos Estados Unidos, como reação às posturas conservadoras da Corte Rehnquist, a qual pôs fim à atuação proativa e progressista da Corte Warren em favor dos direitos civis. Essa postura conservadora da Corte Rehnquist, de certa forma, se mantém até hoje fiel a uma atuação extremamente contida e baseada em sua autoridade última de interpretar a constituição.<sup>250</sup>

Num momento no qual cresce o debate acerca da dificuldade contramajoritária das Cortes Constitucionais e de críticas ao monopólio judicial da interpretação da constituição, o constitucionalismo popular, ou seja, a ideia de que a sociedade, com seus representantes é quem irá exercer o papel contínuo de concretização das constituições.

---

<sup>250</sup> GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2015, p. 16.

Assim como no neoconstitucionalismo, o constitucionalismo popular possui várias matrizes teóricas e inúmeros defensores, conforme abaixo delineados. Mas, o lugar comum a todos está no protagonismo social da atividade interpretativa da constituição. Para alguns, caberia ao Congresso e ao Presidente decotar os atos praticados pela Suprema Corte que estejam em confronto com a vontade do povo, para outros, o constitucionalismo popular deveria ser a eliminação do *judicial review*.

Além disso, enfatize-se que a escolha do constitucionalismo popular se deve ao fato de que a teoria de raízes estadunidenses, assim como a sistêmica de Luhmann, defende que a interpretação constitucional é realizada por qualquer cidadão, posto que o elemento fundamental em ambas é a comunicação, na primeira buscando conferir legitimidade, ao passo que na segunda, a própria produção do Direito.

O constitucionalismo norte-americano tem muito a ensinar sobre a atuação do Poder Judiciário e a influência de suas decisões, dentro da seara da soberania judicial a cargo da Suprema Corte e das teorias que contrapõem esse modelo fechado, muitas vezes taxado de antidemocrático.

Enquanto isso, alguns progressistas já estão se voltando contra os tribunais. Nos últimos anos, os mais modernos escorços em Direito Constitucional têm proeminentes estudiosos progressistas argumentando contra a revisão judicial. O livro de Mark Tushnet, *Tirando a Constituição das Cortes*, defende a eliminação da autoridade para os tribunais invalidar decisões legislativas e executivas. Outros estudiosos, incluindo Larry Kramer, Richard Parker e Jeremy Waldron, também argumentaram contra a revisão judicial e por um papel muito mais modesto para os tribunais. Este corpo de estudos adquiriu o rótulo de "constitucionalismo popular", refletindo a noção de pessoas - não juízes - interpretando a Constituição.<sup>251</sup> (Tradução livre).

O constitucionalismo popular busca não apenas criticar o *judicial review*, mas também demonstrar que a decisão produzida pela sociedade acerca da

<sup>251</sup> CHEMERINSKY, Erwin. In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism. *University of Illinois Law Review*, n. 3, pp. 673-690, 2004; p. 675. No original: *Meanwhile, some progressives are already turning against the courts. In the last several years, the trendiest development in constitutional scholarship has prominent progressive scholars arguing against judicial review. Mark Tushnet's stunning book, Taking the Constitution away from the Courts, argues for the elimination of the authority for courts to invalidate legislative and executive decisions. Other prominent scholars, including Larry Kramer, Richard Parker, and Jeremy Waldon, have also argued against judicial review and for a far more modest role for the courts. This body of scholarship has acquired the label "popular constitutionalism", reflecting the notion of people – not judges – interpreting the Constitution.*

interpretação e concretização de uma constituição está apta à produção de melhores resultados que a decisão proferida pelo Poder Judiciário.

O campo do constitucionalismo popular, no entanto, não irá caracterizar-se apenas pela agenda crítica à revisão judicial, mas também por outros pressupostos essenciais. Por exemplo, ao invés de adotar uma perspectiva tradicional, que tenderia a priorizar as decisões produzidas pelos tribunais para a compreensão do sentido da Constituição, seus expoentes irão propor o alargamento de suas fontes. Isso quer dizer, irão buscar a possibilidade de transformação do sentido constitucional fora das Cortes. Por esse motivo, compreensões paradigmáticas, como é o caso da formulada por Bruce Ackerman – que buscam o papel da cidadania para definição do sentido constitucional – serão importantes marcos para o campo.<sup>252</sup>

De maneira direta, o seguinte trecho sintetiza as respostas que o constitucionalismo popular pretende alcançar:

Diferentes tipos de constitucionalismo americano procuram responder às seguintes questões sobrepostas. (1) Qual é a atitude apropriada para mudar o *status quo* político e constitucional? Especificamente, devemos encorajar a mudança deliberativa consciente ou devemos deixar a mudança para a dinâmica das interações privadas, erradicando o sofrimento humano somente quando as circunstâncias sociais para fazê-lo forem propícias e, mais importante, quando as atitudes das pessoas apoiarem essa mudança? (2) Que papel desempenham os interesses privados e a responsabilidade individual em uma democracia? E, finalmente, (3) Qual é o papel do governo na redução tanto do sofrimento público, quanto especialmente do privado? As respostas que os conservadores, liberais e progressistas dão a essas questões representam visões concorrentes do autogoverno democrático.<sup>253</sup> (Tradução livre).

<sup>252</sup> LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. **A tensão entre o povo e as cortes: a escolha do constitucionalismo popular**. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, p.19.

<sup>253</sup> LIPKIN, Robert J. Is American Progressive Constitutionalism Dead? **Widener Law Symposium Journal**, v. 4, spring 1999, p. ii. No original: *Different types of American constitutionalism all seek to answer the following overlapping questions. (1) What is the appropriate attitude towards changing the political and constitutional status quo? Specifically, should we encourage self-conscious deliberative change or should we leave change to the dynamics of private interactions, eradicating human suffering only when the societal circumstances for doing so are propitious and most importantly when the people's attitudes support such change? (2) What role do private interests and individual responsibility play in a democracy? And finally, (3) What is the government's role in reducing both public, and especially, private suffering? The answers conservatives, liberals, and progressives give to these questions represent competing visions of democratic self-government.*

Gerador de inúmeras perguntas, o movimento constitucional acima citado preocupa-se, em síntese, em definir se a interpretação constitucional é um problema político, social ou histórico. Estes três campos estão abaixo explicitados, com a respectiva fundamentação teórica. De logo, é importante que se ressalte uma característica comum a todos, o respeito à história da formação da cultura constitucional norte-americana e da importância que a sociedade tem na concretização da Constituição estadunidense.

Para Mark Tushnet, ferrenho opositor do modelo de controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário, na obra “*Taking the constitution away from the Courts*”, a revisão judicial não seria o instrumento apto a defender os direitos constitucionais em jogo, recaindo a premissa da guarda da *thin constitution* sobre a mobilização política. Essa expressão constituição fina deve ser entendida como os conceitos não escritos e que assumem especial valor na cultura constitucional estadunidense, como liberdade, igualdade e liberdade de expressão.<sup>254</sup>

A crítica de Tushnet fundamenta-se, principalmente, na tese de que o Judiciário é incapaz de resistir a momentos de crise, formando uma coalisão com a maioria política dominante. Dessa forma, a sua interferência seria nula, razão pela qual, deveria ser abolida.

[...] a força das mudanças não residirá na interpretação jurídica, especializada, mas na organização do próprio povo – interligado através de compromissos e de alianças. Assim sendo, seu argumento busca entrelaçar valores (princípios firmados) à ideia de autogoverno democrático (autonomia para a cidadania editar suas próprias leis).<sup>255</sup>

Por sua vez, Larry Kramer, na obra “*The People Themselves*”, afirma que a interpretação constitucional é um fenômeno histórico, enraizado na sociedade que formou as colônias. Para o autor, a participação social é que teria promovido a interpretação constitucional, através de mobilizações e das eleições, sendo a

---

<sup>254</sup> TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999, p.12.

<sup>255</sup> LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. **A tensão entre o povo e as cortes: a escolha do constitucionalismo popular**. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, p.18.

atividade judicial relegada a um patamar de coadjuvante.<sup>256</sup> Assim, o *judicial review*, a interpretação realizada pelos demais Poderes, bem como o constitucionalismo popular poderiam coexistir, desde que todos respeitassem a interpretação trazida pelo povo, devido a seu patamar de hierarquia.

O tema assume especial relevância uma vez que adota a premissa da participação social como força motriz da concretização da constituição, através de suas inúmeras formas de interação, conferindo-lhe, conseqüentemente, um maior grau de legitimidade. “As normas e os processos de criação e imposição do Direito estão sempre associados a uma pretensão de legitimidade, no qual o processo democrático de criação do Direito constitui fonte pós metafísica de legitimidade, dado que possibilita a livre flutuação de temas e contribuições”.<sup>257</sup> Por isso mesmo, tendo como base a ideia central da investigação, merece destaque o estudo histórico acerca da formação da sociedade estadunidense e da sua ativa participação nas decisões estatais.

Nesse viés, destacam-se os estudos de Bruce Ackerman, que procura definir a história do constitucionalismo norte-americano de acordo com a própria formação da sociedade e do estado, fortalecendo o papel da cidadania na definição do sentido constitucional.

Os Estados Unidos passaram por importantes fases para chegar à atual conjuntura política, judicial e social. Bruce Ackerman, no livro “Nós, o Povo Soberano”, cita três fases de transformação: a fundação, a reconstrução e o *New Deal*. Segundo o autor tais momentos exercem influência significativa para atuação dos juristas no caso concreto, pois irradiam sobre ele sentido valorativo.<sup>258</sup>

Os citados períodos tratam da maneira como a separação de poderes norte-americana se comportou na criação, reforma e interpretação do texto constitucional,

---

<sup>256</sup> KRAMER, Larry. D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York, NY: Oxford University Press, 2004.

<sup>257</sup> ALMEIDA, Eloísa Machado de. **Sociedade civil e democracia: a participação da sociedade civil como *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC/SP, 2006, p.03.

<sup>258</sup> ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. Tradução de Mauro Raposo de Mello, 2006, p.54.

uma vez que há uma forte disputa de legitimidade popular travada entre a Presidência, o Congresso e a Suprema Corte.

O primeiro momento diz respeito à Fundação, que se deu com a criação da Constituição de 1787, da *Bill of Rights* e da manifestação inicial da Suprema Corte no conhecido caso *Marbury vs Madison*. Já o segundo momento corresponde ao da Reconstrução, após a Guerra Civil (1864-1870) que foi marcado pelas primeiras emendas constitucionais, duas gerações após a Fundação.

Os republicanos, na ratificação das emendas, deixaram de lado o que preceituava o artigo V da Constituição estadunidense, que estabelecia que deveria existir uma uniformidade entre o entendimento do governo, dos estados da federação e do governo nacional. Segundo Ackerman, “os republicanos da Reconstrução transformaram a separação nacional de poderes em uma alternativa para o sistema federalista de revisão constitucional, que havia se baseado exclusivamente na divisão de poderes entre os Estados e a nação”.<sup>259</sup> O *New Deal* é o terceiro momento e tem sua marca registrada no triunfo do Estado do bem-estar social, oriundo do confronto do próprio *New Deal* com a Suprema Corte, nos anos 1930.

Essas fases de transformação imprimiram grande significado para a teoria constitucional norte-americana, uma vez que o constitucionalismo daquele país guarda íntima relação com as interpretações constitucionais históricas. Os norte-americanos buscam muito a significação dos princípios regentes de sua Constituição em mensurações pretéritas, exatamente por se tratar de “um processo histórico e político dinâmico”.<sup>260</sup>

O fim do século XVIII e início do século XIX foi o momento inicial de aproximação da história e da teoria constitucional, ocasião em que se pretendeu compreender os princípios norteadores da interpretação constitucional. Ana Luiza Saramago Stern, analisando o pensamento de Eduard White, descreve tal momento como pré-

---

<sup>259</sup> *ibid.*, p. 63.

<sup>260</sup> OLIVEIRA, Daniel Almeida de. Stephen Griffin e a Teoria Constitucional Americana: Quem detém legitimidade para dizer o que a constituição significa e qual é a constituição dos Estados Unidos hoje? In. VIEIRA, José Ribas (Org). **Teoria constitucional Norte-americana contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 26.

historicista, tendo por modelo a teoria da interpretação constitucional anunciada por Marshall. A autora ainda menciona a concepção historicista, marcada pela virada do século XIX para o século XX, onde o passado, antes objeto dos estudos, cede espaço às análises do presente, tendo por base que o lapso temporal da história é processo evolutivo, substituível.<sup>261</sup>

Vista como um processo evolutivo progressista, a história perde importância nas análises do presente. Ao contrário da concepção pré-historicista, que enxergava nos estudos históricos a afirmação de princípios fundamentais de interpretação da constituição, sob a influência do historicismo, a teoria constitucional distancia-se dos estudos históricos e volta-se mais a uma análise do presente.<sup>262</sup>

Essa visão progressista do presente foi o que trouxe para a jurisprudência da Suprema Corte o *judicial review* e a dificuldade contramajoritária para o centro das discussões da teoria constitucional, o que representou um declínio do estudo da história no constitucionalismo. Em contraposição a essas críticas que não valorizavam a teoria constitucional norte-americana como fruto das transformações históricas, formou-se uma nova concepção.

O método neo-histórico, ao afirmar a interconexão entre passado e presente afirma a importância dos estudos históricos como fontes de esclarecimento do presente. Na Teoria Constitucional norte-americana, nas últimas décadas do século XX, a concepção neo-histórica inspira a volta das interlocuções entre direito constitucional e história com maior intensidade, norteadas por esta afirmação do estudo do passado como um possível meio de esclarecimento e melhor compreensão dos eventos presentes.<sup>263</sup>

---

<sup>261</sup> “Como principal exemplo desta concepção pré-historicista de interlocução entre história e teoria constitucional norte-americanas, White destaca a teoria da interpretação constitucional enunciada por John Marshall, no início do século XIX. Em sua célebre frase no julgamento *McCulloch v. Maryland*, de 1819, Marshall interpreta a constituição como “um documento feito para durar pelos tempos futuros e, conseqüentemente, capaz de adaptar-se” às novas realidades. No entanto, White assinala que nesta proposição de Marshall não está uma defesa de possíveis mudanças no significado da constituição através dos tempos, e sim a afirmação de uma teoria da interpretação constitucional centrada na busca histórica por princípios republicanos de governo e de justiça natural enunciados pelos *founding fathers*, que trariam em si princípios fundamentais aplicáveis de forma universal a quaisquer situações futuras”. (STERN, Ana Luiza Saramago. História e Teoria Constitucional Norte – Americana: As interpretações de Edward White e Bruce Ackerman. In. VIEIRA, *ibid.*, p. 04).

<sup>262</sup> STERN, *ibid.*, p. 07.

<sup>263</sup> STERN, Ana Luiza Saramago. História e Teoria Constitucional Norte – Americana: As interpretações de Edward White e Bruce Ackerman. In. VIEIRA, José Ribas (Org). **Teoria constitucional Norte-americana contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p.10.

Embora a interpretação constitucional norte-americana tenha atravessado esses desníveis de uso e não uso da história como base de estudo e compreensão, verifica-se que o discurso do presente, aquele direcionado à atuação da Suprema Corte, ainda é forte em terras estadunidenses.

### 5.1 A Suprema Corte Norte-americana e o *judicial review*

A Suprema Corte Norte-americana é composta por nove juízes, sendo o órgão cuja principal incumbência reside na guarda da Constituição. A ela é dada, portanto, a responsabilidade de imprimir significado ao texto constitucional estadunidense. Dentro dessa abordagem, as questões mais urgentes que recaem sobre o estudo do constitucionalismo norte-americano é, segundo Griffin, a competência constitucional (*constitutional power*), a representação (*representation*) e a legitimidade (*legitimacy*).<sup>264</sup>

[...] a sua essência parte de uma premissa comum: a ideia de que o exercício do controle judicial de constitucionalidade é, por natureza, contramajoritário. Assim, enquanto alguns sustentam que o controle de constitucionalidade é desejável exatamente pelo seu caráter contramajoritário, ao argumento de que os direitos constitucionais não estão sujeitos à vontade da maioria, outros criticam o *judicial review* justamente pelo fato de interferir na vontade majoritária, ao argumento de que seriam antidemocráticas as decisões judiciais que invalidam leis e atos governamentais.<sup>265</sup>

Bruce Ackerman, a respeito da revisão judicial realizada pela Suprema Corte, apesar das críticas, assevera tratar-se de um instrumento necessário, pois funciona como ampliadora da democracia, tendo em vista que o discurso de que as revisões da Corte teriam uma conotação antidemocrática decorem de ilações propagadas pelos democratas monistas.<sup>266</sup>

---

<sup>264</sup> OLIVEIRA, Daniel Almeida de. Stephen Griffin e a Teoria Constitucional Americana: Quem detém legitimidade para dizer o que a constituição significa e qual é a constituição dos Estados Unidos hoje? In. VIEIRA, *ibid.*, p. 28.

<sup>265</sup> CARDOSO, Rodrigo Mendes. Teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Rio de Janeiro, Jul./set. 2014, p. 218.

<sup>266</sup> ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 366.

Ao rejeitar a dificuldade contramajoritária não pretendo de forma alguma dar à Suprema Corte um cheque em branco. Não nego que é antidemocrático que nove juristas de meia idade forcem o país a abraçar ideias morais que ganham a aprovação por meio do voto de 5 a 4. Pretendo, em vez disso, sugerir uma terceira possibilidade: de que a Corte moderna tem realizado um trabalho de credibilidade (embora não perfeito) ao interpretar os princípios constitucionais estabelecidos pelo povo na Fundação, na Reconstrução e no *New Deal* (bem como em outros momentos constitucionais de menor importância).<sup>267</sup>

Desse modo, verifica-se que o papel da Suprema Corte em decisões de cunho político, em parte, vigora positivo justamente por representar o povo, principalmente quando os demais poderes, que foram eleitos para isso, não estão preocupados com a visão popular. Seria, portanto, uma forma positiva de ir ao encontro dos ideais das facções, grupos, de maioria ou minoria, que agem de acordo com seus interesses e acabam por abandonar a pretensão de outros cidadãos e da comunidade.<sup>268</sup>

É dentro desse contexto político que Bruce Ackerman defende a importância da atuação da Suprema Corte em nome dos interesses do povo, uma vez que não é comum o povo estar assiduamente promovendo o controle dos atos políticos. Nesse ponto, tal atuação seria perfeitamente positiva e democrática.

[...] a Suprema Corte, no seu exercício interpretativo, torna-se um aspecto fundamental de empreendimento da soberania popular voltado para o futuro. Buscando representar as implicações concretas dos princípios passados estabelecidos em nome do povo, a Corte convida o grupo dominante de políticos e estadistas, bem como o público em geral, para um diálogo crítico sobre o futuro[...] a Suprema Corte não é exatamente um companheiro conservador do *status quo*, mas um representante da corrente de um povo

<sup>267</sup> Id. *ibid.*, pp. 366-367.

<sup>268</sup> “Na edição do Federalista de número 10, Publius apresenta uma análise minuciosa da política de facção: “entende-se por facção, um número de cidadãos, sejam esses maioria ou minoria, que se agrupam e atuam em nome de um impulso, interesse ou paixão em comum, adversos aos interesses de outros cidadãos ou aos interesses permanentes e agregados da comunidade”[...] Publius crê que a cura é pior que a doença em si. A única maneira de suprimir a facção é forçar todos a pensarem uniformemente. Tal aniquilação da liberdade individual não condiz com tudo o que a Revolução Americana sustentou. O melhor que podemos esperar é uma amenização das consequências malélicas das facções. E é exatamente aqui que o direito constitucional é inserido: por intermédio de uma sagaz manipulação das vias jurídicas, podemos acionar facções diferentes umas contra as outras, de tal forma que causem o mínimo dano possível aos direitos dos cidadãos e aos interesses permanentes da comunidade”. (ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 238).

mobilizado, durante os longos períodos de apatia, ignorância e egoísmo que marcam a vida coletiva dos cidadãos de uma república liberal.<sup>269</sup>

Com essa visão o autor em questão não pretende desconsiderar o papel do Presidente e do Congresso Nacional como legítimos representantes do povo, e tampouco elevar ao extremo a atuação da Suprema Corte, o que se pretende é ampliar o papel da revisão judicial como aliada. Por outro lado, muitos teóricos colocaram-se contra o autoritarismo judicial, afirmando, pontualmente, que tal prática macula a democracia, sob o argumento de que a Suprema Corte atua além de sua competência. Essa ideia advém da provocação de estudiosos:

Isso é ilustrado de forma eloquente pelo artigo publicado por Larry Kramer na *Harvard Law Review*, em que, à guisa de comentar a jurisprudência da Suprema Corte no ano de 2000 – que teve como destaque o caso *Bush v. Gore* –, extrai conclusão provocativa: “A Suprema Corte tomou o poder. A questão é: nós a deixaremos ir embora com ele?”<sup>270</sup>

Os constitucionalistas defensores da democratização da constituição têm como foco tornar a democracia estadunidense mais participativa e isso só seria possível por meio de uma reforma estrutural na dinâmica do sistema judiciário, retirando da Suprema Corte o seu poderio excessivo.

[...] o constitucionalismo popular basicamente reivindica uma maior participação dos cidadãos na determinação do significado constitucional, demonstrando, em maior ou menor medida, uma hostilidade às dinâmicas da supremacia judicial, que colocam a Suprema Corte como único ente legitimado a interpretar e aplicar a Constituição. Nesse sentido, os teóricos do constitucionalismo popular estão reunidos em uma desconfiança comum em face do elitismo da Suprema Corte americana, partindo da premissa de que o governo pertence ao povo, e não a seus representantes, ou ao Poder Judiciário.<sup>271</sup>

<sup>269</sup> *ibid.*, pp. 369-370.

<sup>270</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **O que é o constitucionalismo popular?** Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-que-e-o-constitucionalismo-popular#.Va7t0BFen0Q.facebook>. Acesso em 03 de maio de 2016.

<sup>271</sup> CARDOSO, Rodrigo Mendes. Teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Rio de Janeiro, Jul./set. 2014, p. 220.

O combate aqui não seria propriamente à atuação da Suprema Corte, uma vez que a problemática está na inércia popular. Não há uma repressão por parte do povo em um contra-ataque à revisão judicial.<sup>272</sup> Há de se considerar que a supremacia judicial norte-americana é preceito antigo, que já dura dois séculos, tendo se transformado num verdadeiro padrão, reconhecível e aceitável pela maioria da população. Somente por meio de uma expressiva concordância da maioria dos estadunidenses, a favor do constitucionalismo popular, poderia trazer regeneração às suas instituições.

Muitos autores norte-americanos propõem uma teoria diferente, que tiraria a supremacia judicial da Suprema Corte através da distribuição desse controle para os demais poderes, as denominadas teorias dialógicas, que possuem os seguintes pilares:

- 1) permite restabelecer o reequilíbrio entre os poderes na busca de uma legitimidade democrática; 2) articula a defesa de um *weak judicial review* como contraponto aos riscos de um ativismo judicial, e ainda; 3) assegura a concretização de direitos fundamentais, notadamente em favor de segmentos minoritários.<sup>273</sup>

O objetivo dessas teorias é aplicar nos Estados Unidos a cultura encontrada nos países do *commonwealth*, Canadá, Reino Unido e Nova Zelândia, por exemplo, onde a prática é proteger os direitos fundamentais fugindo da dificuldade contramajoritária e colocando o Poder Legislativo como o detentor da última palavra. A supremacia do parlamento, nestes casos, não vincula os atos legislativos à proteção de uma lei maior, exemplo disso é o método encontrado na Nova Zelândia, acerca do qual:

---

<sup>272</sup> Mesmo lamentando, Kramer reconhece que o próprio povo parece aceitar o papel “moderno” da Suprema Corte, e que não há nenhuma onda de opinião popular contra a insistência desta em dar a palavra final quando da interpretação do significado constitucional. Segundo o autor, os próprios cidadãos não parecem estar ansiosos para voltar às práticas de interpretação constitucional através de mobilizações, marchas ou manifestações, mas parecem estar mais dispostos a aceitar que as decisões da Suprema Corte possam ser anuladas por emendas constitucionais, ou pela própria corte, do que através de expressões não institucionais de insatisfação popular”. (CARDOSO, *ibid.*, p.221).

<sup>273</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza & BERMAN, José Guilherme. **Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense**. São Paulo: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, p. 2165.

A Declaração de Direitos da Nova Zelândia (*New Zealand Bill of Rights Act*), de 1990, é uma espécie *sui generis* de lei. Tem força jurídica menor do que uma lei ordinária, pois não revoga uma lei anterior que conflite com ela. Seu método de efetivação dos direitos é engenhoso. Impõe-se à corte o dever de interpretar as leis de maneira consistente com os direitos e ao legislador o de pagar os custos políticos de uma violação. Uma lei inconsistente com a Declaração não pode ser invalidada judicialmente, mas a corte controlaria o seu significado [...] O arranjo criado deixa a última palavra com o parlamento, mas pretende induzi-lo a levar direitos a sério e a estar plenamente informado sobre as questões de direitos por trás de sua decisão.<sup>274</sup>

Nesse sentido, a ideia de se estabelecer uma comunicação entre o *judicial review* e as teorias dialógicas circula nas imediações das premissas do protagonismo social, ou seja, no sentido de fazer a necessária ligação entre interpretação judicial e participação social efetiva, dirigida por um modelo dialógico de juiz.

## 5.2 As teorias dialógicas e a participação social

As teorias dialógicas, em suma, propõem um diálogo mais efetivo entre os poderes, sem a metódica intocabilidade de um em detrimento do outro, “tentam escapar da armadilha da última palavra e defendem uma atitude teórica que rompa essa camisa de força”.<sup>275</sup> No entanto, esse modelo não é tido como um exemplo forte o suficiente para sanar a problemática da supremacia judicial e tampouco transformar o *judicial review* estadunidense, considerado um sistema forte.

Na tarefa original de apresentar uma tipologia das distintas teorias do diálogo constitucional surgidas nas últimas décadas, Bateup objetiva demonstrar como essas teorias reagem à dificuldade contramajoritária para, ao final, apresentar uma teoria própria, que efetivamente resolva o déficit democrático do *judicial review*. São duas as categorias de teorias dialógicas sistematizadas pela autora: as teorias do método judicial (*theories of judicial method*) e as teorias estruturais do diálogo (*structural theories of dialogue*). Enquanto a primeira, mais prescritiva, envolve a perspectiva – endógena – de teorias da decisão judicial e da capacidade das Cortes em fomentar comportamentos do legislador, a segunda, mais descritiva, leva em

<sup>274</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.143.

<sup>275</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107.

conta uma dinâmica – exógena – do diálogo constitucional no âmbito dos arranjos institucionais.<sup>276</sup>

Ainda no seio de tais teorias existem divisões. Na teoria do método judicial há as teorias do aconselhamento judicial (*judicial advicegiving*), as teorias centradas no processo (*process-centered rules*) e a teoria do minimalismo judicial (*judicial minimalism*). Estas propõem, como se verá a seguir, “o uso consciente, pelo Judiciário, de técnicas que permitem ao julgador estimular e encorajar um mais amplo debate quanto ao sentido constitucional, com e entre os poderes políticos”.<sup>277</sup>

Na teoria do aconselhamento judicial as cortes judiciárias devem usar mecanismos proativos de interpretação e de decisão. Fazendo uma leitura da visão de Bateup, Rodrigo Mendes Cardoso esclarece que:

[...] existem duas técnicas importantes de utilização das teorias do aconselhamento judicial, que visam assegurar que os atores políticos aprendam as visões das cortes sobre o significado constitucional. A primeira, conhecida como “*Constitutional road maps*”, salienta a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das leis pelas cortes, acompanhada de um aconselhamento, de modo a possibilitar uma atuação corretiva dos outros poderes, em especial o legislativo, quando da produção de normas. A segunda técnica envolve a hipótese das cortes, mesmo não declarando a inconstitucionalidade das leis, usar estratégias que possam incentivar os outros poderes a rever a legislação vigente, a fim de repará-las.<sup>278</sup>

Esse método de aconselhamento judicial, em suma, prevê que na declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, ocorra a participação de outros atores legitimados, principalmente o Poder Legislativo, que atuaria de forma reparativa e corretiva.

As teorias centradas no processo, por sua vez, propõem um olhar diferenciado das Cortes para os meios deliberativos dos Poderes Executivo e Legislativo, no sentido

<sup>276</sup> CARDOSO, Rodrigo Mendes. Teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Rio de Janeiro, Jul./set. 2014, p.222.

<sup>277</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza & BERMAN, José Guilherme. **Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense**. São Paulo: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. 2009, p. 2165.

<sup>278</sup> CARDOSO, Rodrigo Mendes. Teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Rio de Janeiro, Jul./set. 2014, p.222.

de avaliar se estes foram condizentes com os preceitos constitucionais, seria, portanto o que Bateup chama de teoria do segundo olhar.

Existe uma variedade de teorias centradas no processo, merecendo destaque a doutrina do “segundo olhar” (*second look*), a ser empregada quando o Legislativo age com pressa ou descuido no que diz respeito ao tratamento de direitos fundamentais. Não obstante os adeptos dessa teoria confiarem na capacidade e competência do Legislativo para interpretar a Constituição, eles reconhecem a possibilidade de, eventualmente, não ser dada a devida atenção aos valores constitucionais, tendo em vista as mais variadas razões, como limitações de tempo ou pressões eleitorais e partidárias. Nessas circunstâncias, as Cortes deveriam envolver o Legislativo em um diálogo, forçando-o a reconsiderar suas decisões com o nível adequado e suficiente de importância aos valores constitucionais substantivos, de forma fundamentada e consciente.<sup>279</sup>

Esse seria o momento em que o Judiciário avaliaria as deliberações dos demais poderes, lançando sobre eles um segundo olhar a respeito da matéria. Desse modo, “o judiciário, no entanto, não deve adentrar no mérito da questão, mas limitar-se a verificar se o legislativo tomou as cautelas procedimentais que deveria ter”.<sup>280</sup>

Até agora as teorias do método judicial apresentavam um diálogo maximalista, com a intervenção direta do Judiciário, seja no mérito seja na avaliação dos procedimentos. A teoria do minimalismo judicial, no entanto, trabalha uma linha contraposta à apresentada acima, pois sugere a intervenção mínima das Cortes, onde estas deveriam decidir de forma superficial e dar maior espaço para o Legislativo atuar.

Em apresentação à teoria de Cass Sunstein sobre a aplicação do minimalismo, por muitos considerada uma teoria fraca<sup>281</sup>, Conrado Hübner Mendes assevera que seu uso seria mais adequado “quando o caso envolver (a) grande incerteza factual ou moral, quando uma (b) solução tiver o risco de confundir casos futuros, quando a (c)

<sup>279</sup> CARDOSO, Rodrigo Mendes. Teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Rio de Janeiro, Jul./set. 2014, p.222.

<sup>280</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza & BERMAN, José Guilherme. **Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense**. São Paulo: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. 2009, p. 2166.

<sup>281</sup> “Esse modelo “fraco” de controle de constitucionalidade (*weak-form judicial review*) pode ser atribuído inicialmente a Alexander Bickel, que ligava uma gama de técnicas judiciais de “não decisão”, as chamadas “virtudes passivas” (*passive virtues*), à ideia do diálogo constitucional” (CARDOSO, op. cit., p.222).

necessidade de planejamento não for premente e quando as (d) condições da democracia não estiverem em jogo.”<sup>282</sup>

Desse modo, a diferenciação básica do método maximalista para o minimalista está, nas palavras de Conrado Hübner Mendes, na oscilação de grau, uma vez que “ambos estão mirando o diálogo e a democracia. Um, por meio de uma participação judicial mais substantiva. O outro, por meio de provocações e pelo “uso construtivo do silêncio””.<sup>283</sup>

Em análise das teorias já apresentadas, Tavares e Berman destacam:

Aponte-se ainda a objeção de que no cerne das teorias relacionadas ao método judicial, reside uma autoridade maior reconhecida à compreensão judicial do sentido constitucional – disso decorrendo sua prerrogativa de orientar ou estimular ou provocar o legislador a uma atuação corretiva. Ter-se-ia portanto uma preferência pela avaliação judicial do verdadeiro sentido constitucional – e não propriamente um diálogo, na medida em que o que caberia ao destinatário da comunicação (legislativo) apenas acatá-la com os devidos procedimentos retificadores.<sup>284</sup>

Há ainda que se falar das teorias estruturais do diálogo, que são: as teorias da construção coordenada (*coordinate construction theories*), as teorias dos princípios jurídicos (*theories of judicial principles*), as teorias do equilíbrio (*equilibrium theories*) e as teorias da parceria (*partnership theories*).

A teoria da construção coordenada objetiva empreender uma dinâmica compartilhada entre os Poderes, não existindo a supremacia de apenas um deles, mas com uma prévia distribuição de competências. Sobre o assunto Rodrigo Mendes Cardoso aponta que “contrariamente à tradição da supremacia judicial,

---

<sup>282</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.118.

<sup>283</sup> Id. *ibid.*, p.119.

<sup>284</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza & BERMAN, José Guilherme. **Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense**. São Paulo: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. 2009, p.2167.

essas teorias admitem a possibilidade de interpretação extrajudicial em uma dinâmica em que a Corte é um intérprete a mais”.<sup>285</sup>

Incluem-se nessa categoria as teorias que reconhecem a identificação do sentido constitucional como uma tarefa compartilhada entre os diversos braços do poder, derivadas do pensamento político de Madison e Jefferson. Nesta perspectiva, o papel de interpretar a constituição é repartido entre os poderes, que terão supremacia na atribuição de sentido ao texto constitucional dentro de seu respectivo âmbito de competências.<sup>286</sup>

Reforçando tal visão Conrado Hübner Mendes lança:

Construção coordenada, departamentalismo e constituição fora das cortes são os termos pelos quais esses autores costumam ser classificados. Propõem que a constituição é um instrumento que deve ser interpretado por todos os poderes. A interpretação extrajudicial, nesse sentido, é um fenômeno legítimo e desejável. Para defensores da supremacia, a corte é soberana na interpretação. Para a corrente aqui descrita, a corte é um intérprete a mais dentro de um jogo mais complexo. Há vida constitucional fora das cortes, e as teorias centradas na última palavra judicial ofuscam essa constatação.<sup>287</sup>

No entanto, há sérias críticas a essa estruturação, pois:

O risco de reconhecer diversas fontes autorizadas para realizar a tarefa de interpretação constitucional é, como apontado por Schauer e Alexander, o de se levar a uma situação de anarquia, em que ninguém saiba ao certo qual a interpretação predominante. Alguns autores recentes, como Neal Devins e Louis Fisher, buscam driblar essa objeção, ao defender um processo de controles recíprocos entre os diversos poderes, incluindo-se a Suprema Corte.<sup>288</sup>

Indubitavelmente, a maior crítica à teoria da construção coordenada é justamente o fato dela retirar da ponta da pirâmide a supremacia judicial ou ainda a exclusividade judicial da Suprema Corte. Em sentido contrário, Conrado Hübner Mendes:

<sup>285</sup> CARDOSO, Rodrigo Mendes. Teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Rio de Janeiro, Jul./set. 2014, p.223.

<sup>286</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza & BERMAN, José Guilherme. **Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense**. São Paulo: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, p.2168.

<sup>287</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.124.

<sup>288</sup> TAVARES, op.cit., p.2168.

Supremacia judicial não se confunde com exclusividade judicial. Seus defensores admitem que outros poderes podem participar da construção de sentido constitucional, mas acreditam que um dos poderes precisa ter o papel primordial. Se outros poderes reconhecem essa autoridade da corte, a prática de interpretação extrajudicial não representa uma ameaça à supremacia judicial.<sup>289</sup>

Já segundo à teoria dos princípios jurídicos o Judiciário estaria com o papel de decidir assuntos a ele afetos, estando essa decisão subordinada ao controle dos demais Poderes. Sendo assim, “o diálogo surgiria na hipótese de controle, pelos poderes políticos, de eventual erro na interpretação judicial de tais matérias”.<sup>290</sup> Fazendo uma interpretação da obra de Bateup, Rodrigo Mendes Cardoso discorre a respeito da visão da autora sobre tal teoria:

Bateup identifica duas possibilidades a partir dessa perspectiva: (a) Princípios e controle político sobre a Corte (*principle and political checks on the court*). Apesar da habilidade especial do Judiciário para preservar e proteger princípios, a possibilidade de erro na interpretação constitucional deve ser levada em consideração, cabendo aos poderes políticos o dever de fiscalizar o desempenho dessas competências por parte dos juízes; (b) Princípio e articulação legislativa da política (*principle and legislative articulation of politics*). Em oposição ao foco no papel do Legislativo na correção da atuação jurisdicional das Cortes, essa perspectiva se concentra na contribuição do Legislativo na interpretação constitucional, tendo em vista a sua habilidade institucional para manejar políticas públicas.<sup>291</sup>

As teorias do equilíbrio e da parceria, por sua vez, se confundem, pois propõem “a importância da opinião pública e destacam a capacidade das Cortes em facilitar e fomentar um largo debate acerca do significado da Constituição”.<sup>292</sup> Contudo, com a finalidade de fornecer uma distinção entre elas Rodrigo Mendes Cardoso diz que a diferença básica reside no fato de que, na teoria do equilíbrio o Judiciário deve agir como facilitador e promotor dos debates constitucionais em toda a sociedade, enquanto que na teoria da parceria o foco está nos arranjos institucionais que possibilitam o diálogo entre o Judiciário e as demais instâncias políticas.<sup>293</sup>

<sup>289</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.125.

<sup>290</sup> CARDOSO, Rodrigo Mendes. Teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Rio de Janeiro, Jul./set. 2014, p.223.

<sup>291</sup> Id. Ibid., p.223.

<sup>292</sup> id. Ibid., p. 223.

<sup>293</sup> CARDOSO, Rodrigo Mendes. Teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Rio de Janeiro, Jul./set. 2014, p. 223.

Dito isto, o que se vê é que as teorias dialógicas têm o objetivo de promover um diálogo mais produtivo entre os poderes, embora muitas vezes as próprias teorias dialógicas não mostrem com clareza o procedimento adequado para se chegar à democracia deliberativa. O constitucionalismo popular, em verdade, deve ser encarado como um verdadeiro procedimento dialógico pois a preocupação maior dos constitucionalistas populares é pautada pela forma como as cortes e os representantes eleitos receberão a interpretação realizada pela sociedade.<sup>294</sup> (Tradução livre).

Outra questão que assume extrema relevância é a que trata do dissenso entre os intérpretes. O que aconteceria caso a sociedade trouxesse uma interpretação acerca da constituição, o legislativo e o executivo, outra e o Judiciário mais uma, diversa das anteriores?

A ideia de um constitucionalismo popular mediado, seja pelo Judiciário ou pelo Legislativo, aparenta ser a solução apta a responder o questionamento acima, isto porque, não se realizaria facilmente uma interpretação, exclusivamente social. Dessa forma, a utilização de procedimentos institucionalizados de participação social, a exemplo das audiências públicas, culminaria na construção de uma decisão alinhada às expectativas apresentadas pelos diversos participantes da interpretação.

### **5.3 Os modelos de juízes e o desenvolvimento de uma Jurisdição Constitucional dialógica**

Estabelecida a premissa acerca da necessidade da utilização de instrumentos de participação social na interpretação constitucional, surge a necessidade de se ter um juiz preocupado com a ordem constitucional, que julga além da literalidade dos códigos e que, principalmente, organiza suas atividades com base na comunicação.

---

<sup>294</sup> TUSHNET, Mark. Popular Constitutionalism as political law. Chicago-Kent Law Review. No original: *Finally, we come to popular constitutionalism as a dialogic process. Here the conversation takes place in real time, much as in Ackerman's model. In popular constitutionalism, everyone—the mobilized people, their political representatives, and the courts—offers up constitutional interpretations all at once. The interactions among these political actors, that is, their conversation, produces constitutional law. What is distinctive about popular constitutionalism is that the courts have no normative priority in the conversation. For popular constitutionalists, it simply does not matter whether, or when, or how, the courts come to accept the constitutional interpretation offered by the people themselves.*

Norberto Bobbio apresenta o conceito clássico do que são as fontes do direito, no qual elas figuram como “aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas”<sup>295</sup>. É, portanto, o termo de criação e validade da norma.

As sociedades modernas dispõem de um ordenamento jurídico complexo, ou seja, que não está baseado apenas em uma única fonte de produção. No entanto, nem sempre foi assim. Antes do Estado Liberal o direito estava atrelado ao direito natural, focado na justiça dos costumes e da religião. O jusnaturalismo, na medida em que o Estado se desenvolvia, foi cedendo espaço para o positivismo e isso ficou mais evidente no período posterior à Revolução Francesa.

Diante do cenário absolutista, em que a lei não servia para limitar o poder, mas para fortalecê-lo, o direito de acesso à jurisdição não existia, pois os juízes trabalhavam em prol da vontade soberana do rei e não com imparcialidade necessária à defesa de direitos.<sup>296</sup> O magistrado atuava, por sua vez, como *longa manus* dos interesses do Rei. Isso significa que o juiz estava a serviço de um rei e não de um Estado. O modelo de julgador do sistema puramente legalista é o juiz Apolo, tendo recebido esta denominação porque, para os romanos ele é considerado o deus Sol, alusão que fora adotada na França por Luís XIV.

Não seria, portanto, um despropósito se seu sistema jurídico fosse denominado Apolo, assim como seus serviços juízes, que interpretavam os fragmentados textos normativos de acordo com os interesses e a vontade exclusiva do rei, que exercia o poder com majestade e glória soberanas, emanadas diretamente de Deus.<sup>297</sup>

Com a chegada do Estado Liberal de Direito, no século XVIII, aparece também um estado legalista, com um sistema jurídico positivista. Nesse sistema estatal reside a figura do juiz Júpiter.

---

<sup>295</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições da Filosofia do Direito**. Trad. Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 161.

<sup>296</sup> GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Juiz e o Direito: O método dialógico e a magistratura na pós-modernidade**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 15.

<sup>297</sup> GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Juiz e o Direito: O método dialógico e a magistratura na pós-modernidade**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 11.

Aqui as convicções do jusnaturalismo são substituídas pela segurança jurídica que a lei oferta. As arbitrariedades executadas pelos regentes do reino não podiam continuar, era necessário um critério que assegurasse os direitos da época. O juiz Júpiter é retratado como um ser inanimado, desprovido de alma, uma vez que não pode interpretar a lei<sup>298</sup>. “O julgador, na perspectiva liberal, limita-se a dizer o direito, e a jurisdição confunde-se com a declaração de direitos, sem se questionar sobre a realização desses direitos”.<sup>299</sup>

Nem mesmo o Estado Social foi capaz de superar a legalidade abstencionista, pois embora tenha declarado direitos, ainda assim, estes não correspondiam à necessidade precípua de transformar a realidade<sup>300</sup>. O Estado viu-se cada vez mais sobrecarregado.

A seu turno, para que se entenda a atuação do juiz Hércules é necessário compreender a conduta do juiz da sublegalidade e o juiz escatológico. O juiz da sublegalidade é aquele que “está abaixo ou aquém do direito posto”<sup>301</sup>, ou seja, é aquele juiz que não reconhece a norma válida e vigente para decidir, ele põe-se no plano subterrâneo de atuação, gerando ilegalidades.

O juiz escatológico também gera ilegalidades quando decide totalmente alheio ao direito posto, a exemplo dos juízes do nazismo<sup>302</sup> que estavam inteiramente fora do

---

<sup>298</sup> id. Ibid., p.23.

<sup>299</sup> ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. Entre a insustentabilidade e a futilidade: A jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. In: STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Os modelos de juiz**. Ensaios de Direito e Literatura. São Paulo: Atlas, 2015, p. 26.

<sup>300</sup> “Na sequência de transformações verificadas no Estado de Direito, percebe-se que a garantia de liberdades negativas, privilegiando o indivíduo, e a promoção de liberdades positivas, atendendo o bem-estar comum, deixaram de ser suficientes para suprir os anseios da sociedade da época, a qual passava a reivindicar uma pretensão à igualdade. Deu-se, assim, uma tentativa de transformação do status quo com o acréscimo do elemento democrático ao Estado de Direito: emergiu a pretensão um Estado Democrático de Direito” (ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. Entre a insustentabilidade e a futilidade: A jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. In: STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Os modelos de juiz. Ensaios de Direito e Literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p.27).

<sup>301</sup> GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Juiz e o Direito: O método dialógico e a magistratura na pós-modernidade**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 51.

<sup>302</sup> A máxima expressão do exercício anômalo da jurisdição reside no juiz escatológico, como foi o juiz do nazismo, que, v.g., por meio da denominada Escola de Kiel pugnou por um irracional direito penal de autor (pune-se o agente pelo que é, não pelo que fez). Suas leis defendiam a pureza da raça, qualquer delito constituía um ataque ao são sentimento do povo alemão; os julgamentos deviam ser realizados pelos tribunais do povo (tribunais populares) e se eliminou o princípio da legalidade, consagrando-se a analogia in malam partem” (GOMES, ibid., pp. 54-55)

princípio legal de justiça. A legalidade desses juízes foi substituída pela analogia, gerando uma série de conflitos normativos e a imperatividade do seu próprio senso legal.

O juiz Hércules, por sua vez, é aquele que vai além do direito posto, é o julgador que não observa a lei como única fonte do direito e por isso, foca nas demais alternativas.

O juiz (Hércules) deve traduzir em sua sentença o sentimento de justiça da comunidade, a luta dos marginalizados, a libertação dos oprimidos. Justiça, política e ética são as fontes do Direito. Direito, em suma, é o direito de não ser espoliado ou explorado. A lei é estática, enquanto o direito é dinâmico. O jurista deve sempre dinamizar a lei para que não seja força retrógrada dentro da sociedade. O juiz deve criar o Direito em cada caso concreto. Nada justifica, segundo esse entendimento, estar o juiz a serviço das classes dominantes.<sup>303</sup>

Essa alternatividade é bem-vinda, mas quando se vive sob as arbitrariedades de um Estado perverso, como ocorreu no Estado Social do nazismo, até o procedimento correto pode transformar-se numa maneira injusta de decidir. Ao longo da história a figura do juiz foi ganhando um destaque mitológico. Fabiana Marion Spengler, na obra “O símbolo, o mito e o rito: O juiz e as dificuldades epidêmicas do decidir”, sustenta que a simbologia não está na órbita do mundo racional, mas na esfera da experiência, das emoções e da estética<sup>304</sup>.

Nesse termo, o símbolo da justiça, por exemplo, demonstra uma força que não pode ser expressa em palavras, sejam elas escritas ou faladas. Desse modo, a justiça feita pelos homens é sentida/entendida como justa em função do eco que encontra nos símbolos que a rodeiam.<sup>305</sup>

<sup>303</sup> GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Juiz e o Direito: O método dialógico e a magistratura na pós-modernidade**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 54. Sobre o tema, a definição de François Ost: Hércules está presente em todos los frentes, decide e incluso aplica normas como lo hacía su predecesor que se amparaba en la sombra del código; pero también lleva a cabo otros trabajos. En el precontencioso aconseja, orienta, previene; en el poscontencioso sigue la evolución del dossier, adapta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades, controla la aplicación de las penas. El juez jupiterino era un hombre de ley; respecto a él, Hércules se desdobra en ingeniero social. (OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Academia. **Revista sobre enseñanza del Derecho**, año 4, número 8, 2007, pp. 110).

<sup>304</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. O símbolo, o mito e o rito: O juiz e as dificuldades epidêmicas do decidir. In: STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Os modelos de juiz. Ensaios de Direito e Literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 120.

<sup>305</sup> id. Ibid., p. 120.

Esses símbolos são a imponência das instalações físicas dos prédios de funcionamento do Poder Judiciário, a toga, dentre outros, que dão força à representação do juiz como o único que pode sentenciar o justo. O mito está baseado nos símbolos, mas também, e principalmente, na ritualística que o cerca. O rito no Judiciário tem a função de “mobilizar, todas as vezes que for solicitado, os símbolos da justiça. Eis aí o sentido da repetição, característico de todo ritual [...]”.<sup>306</sup>

Essa repetição tem matriz religiosa e artística, mas no direito é fundamental para dar segurança jurídica às decisões. A decisão percorre um caminho, aparentemente compreensível, mas também vítima de uma crise que abala o Poder Judiciário. Ainda segundo Fabiana Marion Spengler essa é uma crise de eficiência e de identidade, “que ultrapassa a falta de estrutura e alcança a qualidade e a eficácia das decisões”<sup>307</sup>. Tal crise, assim como a presente na legalidade, requer um tratamento que vai além da mudança de símbolos e rituais, ela exige legisladores e magistrados atentos à complexidade das coisas.

O judiciário atual, como um todo, descrê dos meios complementares de tratar conflitos, pois atribuir-lhes credibilidade seria fazer aquilo que causava repugnância à Filoclôn: permitir que outros decidissem os conflitos (no caso, as próprias partes), abrir mão de suas atribuições e de seu poder de decisão, renegar a simbologia e a mitologia envolvidas na estrutura judiciária, permitir que o rito seja ignorado, enfim... deixar de ser o centro para, esquecendo de sua “paixão” epidêmica, doentia “pelos tribunais”, atribuir legitimidade a outras esferas de tratamento dos conflitos que, ainda que despidas de símbolos, de mitos e de ritos, possam oferecer uma resposta qualitativamente mais adequada aos jurisdicionados.<sup>308</sup>

A qualidade das decisões deve tornar-se o centro da vontade judicante. Como exemplificado acima, os métodos da mediação e da conciliação são importantíssimos para a desmistificação da crença de que a resolução dos conflitos é taxativamente assunto para ser resolvido na presença do juiz. Esse entendimento abre portas para um novo caminho, que admite uma maior cooperação no rito processual, das partes e daqueles que previamente indicados podem contribuir para

<sup>306</sup> id. Ibid., p. 127.

<sup>307</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. O símbolo, o mito e o rito: O juiz e as dificuldades epidêmicas do decidir. In: STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Os modelos de juiz. Ensaios de Direito e Literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 136.

<sup>308</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. O símbolo, o mito e o rito: O juiz e as dificuldades epidêmicas do decidir. In: STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Os modelos de juiz. Ensaios de Direito e Literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 136-137.

uma decisão qualitativa e legítima, por exemplo, a realização de audiências públicas pelo STF. O juiz dessa realidade é o juiz Hermes, totalmente contrário à figura dos juízes Apolo, Júpiter e Hércules.

O juiz Hermes deve ser preparado para reconhecer que a lei não é a única fonte legítima de aplicação do Direito. Seu conhecimento deve ser amplo, pois a ciência jurídica não é uma ciência isolada, mas complexa ao ponto de necessitar, argumentativamente, de outras fontes para satisfazer o caso concreto.

É importante que se reitere que a presente tese não defende uma proposta para a implantação do pluralismo jurídico no Brasil. Contudo, propõe que a ideia de os anseios de uma sociedade complexa, plural e contingente podem ser atendidos a partir do momento em que se viabiliza a comunicação entre o sistema social e o sistema jurídico, através de uma abertura cognitiva.

O conhecimento acerca das leis nacionais não seria suficiente para garantir ao magistrado a convicção de uma decisão legítima, uma vez que o direito é formado por duas faces que se complementam: o direito nacional e o direito internacional. O juiz do Estado Democrático de Direito tem em suas mãos a responsabilidade de conduzir o caso concreto considerando, aprioristicamente, as normas nacionais, e num segundo plano, os tratados internacionais, principalmente aqueles que versam sobre direitos humanos.

No Brasil, foi no início do século XXI que a jurisdição passou a considerar como critério normativo superior a interpretação das normas e a produção de decisões a partir da Constituição e dos tratados internacionais.<sup>309</sup> O juiz Hermes, nesse contexto, funciona como controlador da constitucionalidade e da convencionalidade, é, portanto, “o juiz comunicativo e aberto à interpretação de todas as múltiplas fontes de direito”.<sup>310</sup>

Propomos representar este modelo sob os traços de Hermes, o mensageiro dos deuses. Sempre em movimento, Hermes está ao mesmo tempo no céu, na terra e no inferno. Ele ocupa resolutamente

---

<sup>309</sup> GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Juiz e o Direito: O método dialógico e a magistratura na pós-modernidade**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, pp. 82-83.

<sup>310</sup> GOMES, op.cit., p. 22.

o vazio entre as coisas, assegura o trânsito um do outro. Deus dos comerciantes, ele preside as trocas; Psychopompus liga os vivos e os mortos; Deus dos navegadores, supera estranhos desconhecidos. Hermes é o mediador universal, o grande comunicador. Ele não conhece nenhuma lei além da circulação de discursos, com os quais ele arbitra os jogos sempre.<sup>311</sup>

Os autores denominam esse fenômeno, intrínseco ao Estado Democrático de Direito, como neoconstitucionalização e internacionalização, uma vez que:

No Estado Democrático de Direito neoconstitucionalizado e internacionalizado (essa é a atual síntese evolutiva do direito) o sistema jurídico (hermesiano) é composto de normas infraconstitucionais, constitucionais e internacionais. A articulação da legislação nacional com a internacional é que caracteriza o Estado Democrático de Direito internacionalizado; em vez de priorizar uma fonte em detrimento de outra, esse novo tipo de Estado (pós-moderno por natureza) aceita o “diálogo” entre todas essas fontes normativas.<sup>312</sup>

O Poder Judiciário, a partir do final do século XX, afastou-se de uma postura passiva e acabou se tornando protagonista. Esse protagonismo é reflexo da visibilidade que a sociedade contemporânea lhe concedeu.<sup>313</sup>

O Estado Democrático de Direito exige uma estrutura diferente de todos os modelos estatais que já existiram, pois ele está fincado numa regência puramente constitucional e que excede o direito interno.

---

<sup>311</sup> OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Academia. **Revista sobre enseñanza del Derecho**, año 4, número 8, 2007, pp. 103-104. No original: *Proponemos representar este modelo bajo los rasgos de Hermes, el mensajero de los dioses. Siempre en movimiento, Hermes está a la vez en el cielo, en la tierra y en los infiernos. Ocupa resueltamente el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras. Dios de los mercaderes, preside los intercambios; Psicopompo, conecta los vivos y los muertos; dios de los navegantes, supera travesías desconocidas. Hermes es el mediador universal, el gran comunicador. No conoce otra ley que la de circulación de los discursos, con la que arbitra los juegos siempre recomenzados.*

<sup>312</sup> GOMES, op.cit., pp. 85-86.

<sup>313</sup> “[...] o Poder Judiciário brasileiro nunca foi tão discutido pela sociedade quanto agora. Está na pauta da mídia a discussão sobre a judicialização da política e dos conflitos, a morosidade da Justiça, a ineficiência/insuficiência da prestação jurisdicional, os custos de um processo, os vencimentos dos juízes, as posições assumidas pelos julgados, as arbitrariedades das decisões e corrupções dentro do judiciário. Tudo isso (a transparência) reflexo de um contexto democrático, mas também de uma situação paradoxal: de um lado, o grande apelo e importância atribuídos ao Poder Judiciário; de outro, a intensa e crescente insatisfação com atuação desse poder, objeto de críticas e de ceticismo (ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. Entre a insustentabilidade e a futilidade: A jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. In: STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Os modelos de juiz. Ensaios de Direito e Literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29).

Os juízes e o mundo acadêmico já não podem ignorar as novas ondas evolutivas do Direito, do Estado e da Justiça. Todas as leis devem ser submetidas ao crivo da dupla compatibilidade vertical material, ou seja, da Constituição e dos tratados internacionais (especialmente os de direitos humanos) ratificados e em vigor no Estado. Sendo legítimas, no entanto, não há como abandoná-las.<sup>314</sup>

A nova teoria constitucional, inaugurada no segundo pós-guerra, defende um modelo que visa sanar as crises deixadas pelo Estado Liberal, que na visão de Ferrajoli são a crise da legalidade, da função social e do conceito de soberania.<sup>315</sup> “O direito da modernidade é um direito em/da crise. Uma nova forma de atuar o direito exige uma nova forma de atuar (e compreender) a jurisdição e novas atitudes dos juristas. Resignificar sem banalizar. Uma jurisdição eminentemente repressiva e reparadora não atende (mais) ao sentido do direito”.<sup>316</sup>

A crise da legalidade<sup>317</sup> está no apego à lei como única fonte do direito. Estar codificada não lhe confere, automaticamente, o status de justa e legítima. Para que a lei seja considerada legítima no Estado Democrático de Direito, é necessário que agregue valores e justiça.

Surge, portanto, a necessidade de uma nova forma de atuação do direito e dos juristas, que passa por quatro principais aspectos: a) a recuperação de sentido do direito; b) a recuperação do papel do poder (função) judicial; c) concretização jurídica e social dos direitos e d) a rediscussão sobre a função da jurisdição.<sup>318</sup>

Não significa dizer que o juiz deve abandonar a lei, muito pelo contrário. O discurso da legitimidade não afasta a importância da legalidade, isto porque “não há que se

---

<sup>314</sup> id. Ibid., p. 24.

<sup>315</sup> GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Juiz e o Direito: O método dialógico e a magistratura na pós-modernidade**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 57.

<sup>316</sup> ESPÍNDOLA, op.cit., p.29.

<sup>317</sup> “Legalidade, como se sabe, é a forma adotada principalmente desde a Revolução francesa (no nosso entorno cultural) pelo Estado Liberal de Direito. Consiste em reduzir todo o Direito à lei, que todos – incluindo os juízes – deveriam obedecer sem questionar os valores que ela adota, ou seja, sem questionar se está ou não em conformidade com as normas jurídicas superiores (Constituição e normas internacionais)” (GOMES, op. cit., p. 43).

<sup>318</sup> ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. Entre a insustentabilidade e a futilidade: A jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. In: STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Os modelos de juiz. Ensaios de Direito e Literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33.

falar em liberdade extranormativa ou metajurídica do juiz. Sua referência continua sendo a lei, desde que juridicamente legítima, constitucional e convencional.”<sup>319</sup>

Buscando o significado de julgar, Albano Marcos Bastos Pêpe aponta que o julgar está internalizado no homem e aparece como reflexo de um interesse muitas vezes individualizado, já que “julgamos para demarcar um território, onde apenas os ‘bons’, ou seja, nós e os nossos ‘iguais’, podem habitar. Aos demais: o banimento, o abandono, pois se banidos, bandidos”.<sup>320</sup>

No mesmo caminho se observa que o processo é considerado a única opção para se alcançar a justiça. Já está enraizada a ideia de que o processo é garantidor da justiça, como um procedimento formal por meio do qual o Estado define o que é certo ou errado. Albano Marcos Bastos Pêpe atribui a Kelsen a visão de que o processo “antes de toda e qualquer força argumentativa visa a realização de um ato perfeito: a validade legal, portanto legítima do ato de julgar”.<sup>321</sup>

A jurisdição, o processo e o juiz devem cooperar para consolidar a democracia e isso só será possível quando a jurisdição for compreendida na sua função social e o processo posto como um espaço de escuta além de seu procedimento clássico.

Faz-se urgente buscar novas lentes para enxergar o direito, a jurisdição e a democracia que se espera e, conseqüentemente, as suas bases filosóficas, políticas e jurídicas. Há que se buscar a inventividade do direito, não a partir de um abstracionismo, mas sim a partir de uma inventividade substancialista do direito e do processo, visto que, se a normatividade só pode ser determinada realizando-se, faz-se necessária uma compreensão prática e não simplesmente uma compreensão dogmática ou lógica dessa normatividade.<sup>322</sup>

<sup>319</sup> GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Juiz e o Direito: O método dialógico e a magistratura na pós-modernidade**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 24.

<sup>320</sup> PÊPE, Albano Marcos Bastos. O que significa julgar. In: STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Os modelos de juiz. Ensaios de Direito e Literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.

<sup>321</sup> id. Ibid., p.16.

<sup>322</sup> ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. Entre a insustentabilidade e a futilidade: A jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. In: STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Os modelos de juiz. Ensaios de Direito e Literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31.

A formação da decisão judicial legítima carece de um olhar mais amplo dos juízes, capaz de considerar todas as fontes válidas do direito<sup>323</sup>. Além de aplicar as fontes possíveis existentes no direito pátrio e internacional, o modo como se conduz o processo, ou seja, suas fases e seus atos são importantíssimos.

A cooperação entre os sujeitos do processo para se alcançar uma solução mais rápida demanda certo cuidado com as partes e com o andamento do Poder Judiciário, a título de ilustração, basta se considerar os fundamentos que justificaram a edição do Código de Processo Civil brasileiro de 2015. Nesse viés, em tempos em que se busca a inventividade do Poder Judiciário para, juntamente com os demais poderes, efetivarem a eficiência de seus trabalhos e da justificação dos direitos fundamentais, se requer, sem qualquer dúvida, uma necessária cooperação baseada no diálogo.

As decisões que incidem sobre a sociedade carecem de um espaço democrático de discussões. A legitimidade só é verdadeiramente possível quando se abrem as portas dos tribunais para que jurisdicionados possam, efetivamente, ser ouvidos.

O juiz Apolo, Júpiter e Hércules não atendem às expectativas do Estado Constitucional, uma vez que têm fundamentos aquém dos valores morais oriundos da dignidade da pessoa humana. Por sua vez, o juiz Hermes não decide com base apenas na lei, mas em todo o direito.

[...] na medida em que se vincula o juiz só e exclusivamente ao texto legal, tem-se um juiz limitado, que faz o papel de *longa manus* do Poder Político, o qual, por seu turno, não lhe reconhece nenhuma atividade crítica da lei, por mais justa que seja a crítica, sequer a possibilidade de contestar o que os representantes do povo decidiram “democrática e legitimamente”, ainda que tenha elaborado um texto injusto e inconstitucional.<sup>324</sup>

---

<sup>323</sup> “Altera-se, nesse sentido, a posição do juiz: o trunfo do método da ponderação sobre o da mera subsunção dedutivista (juiz jupiteriano) conduziu à preponderância do juiz hermesiano, capaz de avaliar todas as fontes do direito válido e organizá-las em forma de rede” GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Juiz e o Direito: O método dialógico e a magistratura na pós-modernidade**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 25.

<sup>324</sup> GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Juiz e o Direito: O método dialógico e a magistratura na pós-modernidade**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 33.

Nesse âmbito, o julgamento fica atrelado à pessoa do juiz, sendo ele um mero interlocutor. O que se pretende também não é que o juiz julgue com base em seus próprios fundamentos, mas que leve em consideração outros elementos, jurídicos ou não, para decidir.

Pensar em relações sociais e suas situações conflitivas, tendo como referência única para a superação de conflitos o uso do direito positivado, implica antes de tudo a aceitação submissa de normas que se afirmam racionais e neutras, ou seja, sem a participação de fatos pessoais e extrajudiciais. Tal constatação contrasta fortemente com os princípios constitucionais que apontam para a formação de uma cidadania participativa e, portanto, protagonista das autonomias individuais e coletivas. O debruçar-se constante nos limites legais e imperativos mutila aos poucos o desenvolvimento da cidadania responsável, que pode e deve conviver com os preceitos jurídicos, sem com isso abandonar a legislação ética desenvolvida através dos hábitos e costumes.<sup>325</sup>

A característica comunicativa do juiz Hermes e a necessidade de construir uma cidadania participativa lançam a urgência com que o Poder Judiciário deve olhar o tema. Formar um profissional que atenda às exigências do Estado Democrático é primordial, pois sem ele a ideia da democratização se esvai. A jurisdição constitucional funciona “como técnica de atuação da supremacia da Constituição”<sup>326</sup>. A supremacia da Constituição está, portanto, diretamente entregue a um Tribunal Constitucional ou a uma Suprema Corte.

No entanto, se é verdade que entrámos resolutamente na era da complexidade, pode-se suspeitar que o paradigma da pirâmide e do código tenha entrado em uma crise profunda. É de se perguntar nestas condições que alguns, desejosos de se separarem radicalmente deste primeiro modelo, seguem o caminho da complete inversão através da revolução, o que pode ser pensado para significar também retornar ao ponto de partida.<sup>327</sup>

<sup>325</sup> PÊPE, Albano Marcos Bastos. O que significa julgar. In: STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Os modelos de juiz**. Ensaios de Direito e Literatura. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.

<sup>326</sup> QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2012, p. 92.

<sup>327</sup> OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Academia. **Revista sobre enseñanza del Derecho**, año 4, número 8, 2007, pp. 108. No original: *Sin embargo, si es verdad que hemos entrado resueltamente en la era de la complejidad, puede sospecharse que el paradigma de la pirámide y del código ha entrado en una profunda crisis. Hay que extrañarse en estas condiciones de que algunos, deseosos de desprenderse radicalmente de este primer modelo, sigan la vía de la inversión completa –vía de la revolución, de la que cabría pensar que significa también “vuelta al punto de partida”.*

Como enfrentamento tático do modelo fechado do controle constitucional pelos tribunais surgiram várias correntes de oposição, dizendo ser este um modelo antidemocrático de revisar a legislação nacional, já que a competência legiferante é atribuída ao Poder Legislativo. Seria o “governo dos juízes”.<sup>328</sup>

Ao estudar o constitucionalismo popular, que vai de encontro ao protagonismo das Cortes, Gabriela Carneiro diz que Tushnet tem por objetivo um mundo sem qualquer resquício de *judicial review*, uma vez que ele idealiza um “arranjo onde direitos constitucionais poderão ser assegurados mesmo sem *judicial review*, garantidos através da interpretação política da Constituição.”<sup>329</sup>

Ainda sob a ótica de Tushnet, que apoia o protagonismo no Congresso:

[...] no que diz respeito à interpretação constitucional popular – ou política -, poderia ser resumido nos seguintes termos: se a interpretação realizada pelas Cortes não consegue introduzir mais estabilidade no sistema que a realizada pelo Congresso, desde um ponto de vista democrático, caberá à maioria do segundo a decisão final sobre o conteúdo da Constituição.<sup>330</sup>

Larry D. Kramer também acredita na interpretação política como forma legítima de assegurar direitos constitucionais, porém tem uma visão menos radical que a de Tushnet<sup>331</sup>. Seus motivos são históricos e buscam “a natureza partidária dos argumentos que teriam fundamentado as primeiras tentativas de legitimação da palavra final pelas cortes”.<sup>332</sup>

<sup>328</sup> “A expressão “governo dos juízes”, em sua gênese, refletia uma crítica direcionada à frequente intervenção do Supremo Tribunal norte-americano nas opções política o Executivo e do Legislativo, que eram confrontadas com a Constituição, e, não raras vezes, invalidadas” (GARCIA, Emerson. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade democrática: Tensão dialética no controle de constitucionalidade*. In: NOVELINO, Marcelo (Org). **Leituras complementares de direito constitucional: Controle de constitucionalidade**. 3. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm. 2010, p. 58).

<sup>329</sup> LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. **A tensão entre o Povo e as Cortes: a escolha do constitucionalismo popular**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, p. 54.

<sup>330</sup> id. *Ibid.*, p. 61.

<sup>331</sup> “[...] diferentemente de Kramer, que mesmo sem definir um conteúdo específico para o constitucionalismo popular admite sua convivência com o judicial review (desde que esse não possua a prerrogativa da palavra final), Tushnet advoga a extinção da revisão judicial das leis, propondo um constitucionalismo com pressupostos mais problematizados que a experiência histórica narrada por Kramer” (id. *Ibid.*, p. 78).

<sup>332</sup> LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. **A tensão entre o Povo e as Cortes: a escolha do constitucionalismo popular**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, p. 36.

Além do acirramento da mencionada partidarização, que teria gerado as primeiras formulações em defesa da supremacia das Cortes, Kramer entende que uma série de transformações ocorridas durante as décadas seguintes teriam preparado as bases para a afirmação da autoridade dos juízes. Tais transformações, e suas devidas implicações teóricas, teriam girado em torno de alguns eixos fundamentais, notadamente, a progressiva partidarização do sistema político, o aprofundamento da especialização do saber jurídico e, principalmente, pelo estabelecimento de uma nova compreensão sobre a natureza, e o sentido, da Constituição.<sup>333</sup>

Sendo assim, como aliar a defesa da supremacia constitucional feita pela Suprema Corte brasileira e a participação social? Como promover o encontro entre a democracia e o *judicial review*?

Emerson Garcia não vê a expansão da jurisdição constitucional como afronta à democracia:

[...] essa ampliação da atuação dos órgãos jurisdicionais não deve ser concebida como uma espúria intervenção em seara alheia, importando numa paulatina absorção da política (e da liberdade valorativa que lhe é inerente) pelo direito. Trata-se de um reflexo inevitável da expansão do Estado e do aumento da confiança dos cidadãos que alteram o palco de suas manifestações na medida em que identificam a ineficiência daqueles que detêm a sua representação política. Com isto, não se tem propriamente uma transferência da soberania do povo para os juízes – concebidos como técnicos irresponsáveis e independentes -, mas, sim, a divisão de expectativas entre os distintos atores estatais, cada qual com sua importância na preservação do bem comum.<sup>334</sup>

Nesse contexto, a atuação dos juízes deve estar baseada em um ideal maior de justiça, que não vá além do direito posto para não gerar ilegalidades e que não esteja também aquém do direito, para que não gere omissões, pois “a jurisdição tem que estar a favor da maioria dos cidadãos, das reivindicações populares e dos interesses gerais”.<sup>335</sup>

<sup>333</sup> Ibid., p.37.

<sup>334</sup> GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade democrática: Tensão dialética no controle de constitucionalidade. In. NOVELINO, Marcelo (Org). **Leituras complementares de constitucional: Controle de constitucionalidade**. 3. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 64.

<sup>335</sup> GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Juiz e o Direito: O método dialógico e a magistratura na pós-modernidade**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 54.

Sobre o caminho trilhado pela jurisdição constitucional, pode-se afirmar que “a sedimentação do constitucionalismo, que se mostrou essencial à estruturação do Estado e à garantia dos direitos da pessoa humana, fez que a jurisdição constitucional terminasse por trilhar um caminho não passível de retorno.”<sup>336</sup>

Protegendo a ordem constitucional a Suprema Corte estaria protegendo o princípio basilar da legitimação democrática: a soberania popular, principalmente em momento de crises políticas. Mas, é inegável que o seu atuar, pelos motivos apresentados, não supera o desejável, uma vez que o que se busca em matéria de ampliação da jurisdição constitucional é tornar suas decisões legítimas.

Essa crise numérica do STF alerta para uma preocupação maior. O enfrentamento da quantidade da carga de trabalho pode repercutir na qualidade dos julgamentos mais importantes da Corte [...] o instituto da audiência pública, fundamental para incrementar a legitimidade da justiça constitucional e conferir maior racionalidade na decisão, é pouquíssimo usado pelo STF, sendo que uma das principais causas seria a dificuldade de tempo dos relatores para preparar toda a logística do evento e, após, apreciação e incorporação do material do voto.<sup>337</sup>

A audiência pública funciona, portanto, como instituto primordial para fundamentar a legitimidade da jurisdição constitucional. Ela seria o “liame que une texto e realidade, formando uma norma constitucional consentânea com a ordem de valores vigente na sociedade”.<sup>338</sup>

#### 5.4 A prática do constitucionalismo dialógico em Israel

O Estado de Israel é um Estado unitário, habitado por maioria judaica e árabe, mas com uma parcela expressiva de outros povos, como os cristãos. Por conta do próprio desenvolvimento histórico dessa nação, com o fortalecimento da proteção de sua identidade, mesmo quando vivendo em meio a culturas diferentes, o eixo

<sup>336</sup> GARCIA, Emerson. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade democrática: Tensão dialética no controle de constitucionalidade.** In. NOVELINO, Marcelo (Org). Leituras complementares de constitucional: Controle de constitucionalidade. 3. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 82.

<sup>337</sup> QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional.** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2012, p. 105.

<sup>338</sup> GARCIA, op. cit., p. 69.

religião e política caminham juntas e, na atual realidade daquele Estado, o diálogo no intuito de separá-los é negativo.

O constitucionalismo israelense é marcado por uma característica bem peculiar: não há uma Lei fundamental suprema com força constitucional. Não há constituição escrita em Israel. Enquanto as discussões sobre a criação ou não de uma constituição não são pacificadas, aquela nação é regulada por um arcabouço de leis ordinárias e especiais, denominadas de Leis Básicas e também pela jurisprudência dos tribunais.

A discussão sobre a instituição de uma Magna Carta em Israel provém da Declaração 181 da Assembleia Geral das Nações Unidas, que dividiu o Estado judeu e o Estado árabe e determinou a elaboração de uma constituição democrática para cada um (artigo 10).

Separar a religião da política em Israel é como macular a essência do próprio Estado, uma vez que as discussões no parlamento dividem as opiniões entre os partidos religiosos e os partidos não religiosos. Os partidos religiosos apresentam argumentos contrários à criação de uma constituição alegando que a constituição formal substituiria a Lei Divina, representada pela *Torah* e pela *Halachá*<sup>339</sup>, “considerando que uma constituição para Israel obrigatoriamente deveria inspirar-se no modelo proposto pela ONU, com características ocidentais, que deveria estabelecer garantias de liberdade religiosa e de confissão”.<sup>340</sup>

Outro argumento desfavorável à criação é o paralelo feito com países que não possuem uma Lei Fundamental escrita. “Não foram poucas as vezes que em discursos inflamados, lembrou que no Reino Unido, apesar da ausência de uma constituição escrita, o Estado de Direito e a democracia estavam solidamente ancorados”.<sup>341</sup>

---

<sup>339</sup> “[...] lei religiosa judaica, “que reúne o corpo integral das leis e práticas diárias obrigatórias a serem seguidas por todos os judeus, e a interpretação rabínica e seus mandamentos”. ” (SILVA, Roberto Ferreira da. **Uma Constituição para Israel**. Brasília a. 47 n. 185 jan./mar, 2010, p. 224).

<sup>340</sup> SILVA, Roberto Ferreira da. **Uma Constituição para Israel**. Brasília a. 47 n. 185 jan./mar, 2010, p. 224.

<sup>341</sup> TREISTMAN, Marcelo. Estado Judeu Democrático e a Revolução constitucional. Uma análise jurídica (parte I) 2014, p. 01. Disponível em:

Influenciados pela determinação política do judaísmo, do *common law* inglês, dos conflitos árabe-israelense e da supremacia da Lei Divina o princípio norte daquela nação é o *status quo*. Tal princípio visa a “não introdução de modificações às disposições inicialmente acordadas entre o Estado e as autoridades religiosas”.<sup>342</sup>

Em sentido contrário, os demais partidos, levam para o parlamento propostas para criação da constituição israelense. A discussão acirrada e longe de terminar acumula adeptos da não criação; da criação, mas com a supremacia do povo judeu e da criação com status multicultural com proteção dos direitos dos povos minoritários.

Essas propostas além de discutidas por partidos representados no parlamento também são apresentadas por organizações não-governamentais, pelas minorias de origem árabe e por acadêmicos e professores de faculdades.<sup>343</sup>

Pela ausência de uma norma Constitucional as principais fontes do direito em Israel são as leis básicas aprovadas pelo *Knesset* (Parlamento), as ordenanças oriundas do Conselho Temporário do Estado, as leis do mandato britânico não revogadas e as ordenanças mandatárias. Todas classificadas como normas primárias.<sup>344</sup>

As normas secundárias são os regulamentos, emitidos pelo Poder Executivo através de delegação do Parlamento, os mandatos das Forças Armadas de Israel, as leis

---

<http://www.conexaoisrael.org/estadojudeudemocraticoerevolucaoconstitucionalumaanalisejuridicaparte/>

20140117/Marcelo. Acesso em: 28 abr. 2016.

<sup>342</sup> SILVA, Roberto Ferreira da. **Uma Constituição para Israel**. Brasília a. 47 n. 185 jan./mar, 2010, p. 225.

<sup>343</sup> A comunidade árabe também ofereceu a sua contribuição para responder ao desafio. Em 2007, com fundamento na previsão de partilha da região em dois Estados, um judeu e outro árabe, e na dicotomia implícita no fato de Israel adotar como princípios fundamentais ser um Estado “judeu e democrata”, o Adalah Center, organização que procura representar a comunidade árabe-israelense em Jerusalém, propôs um modelo de constituição para Israel que, democraticamente, equiparasse os direitos das populações árabes e judias. Nele constam, entre outros, “dispositivos que garantem a devolução de terras desapropriadas após 1948 aos antigos proprietários e o registro de uma espécie meã culpa do Estado israelense aos prejuízos infligidos à população palestina”. A ideia era instigar o debate público e fazer chegar a minuta até o Knesset, por via formal ou informal. Tal proposta conflita com as características e manifestações tradicionais da comunidade israelense, e, por essa razão, serviu apenas para marcar posição desse segmento minoritário na composição de forças necessariamente interessadas na resolução do problema” (SILVA *ibid.*, p. 228).

<sup>344</sup> SILVA, Roberto Ferreira da. **Uma Constituição para Israel**. Brasília a. 47 n. 185 jan./mar, 2010, p. 221.

municipais e regionais que devem estar em conformidade com a previsão primária.<sup>345</sup> Outras fontes importantes do Direito são a jurisprudência, os costumes e os valores morais e também “o ativismo judicial da Suprema Corte de Israel, cujo ponto culminante foi a chamada Revolução Constitucional”.<sup>346</sup>

As leis básicas (fonte primária) são criadas ou modificadas pelo Parlamento (*Knesset*), pela aprovação da maioria simples dos parlamentares e tem status de documento constitucional, pois representam um “projeto experimental” podendo futuramente transformar-se em constituição. As leis comuns também têm similar quórum, o que as coloca no mesmo patamar de hierarquia que as Leis Básicas e revelam a fragilidade dessas.

Atualmente existem 11 Leis Básicas<sup>347</sup> que tratam sobre a organização administrativa do Estado, inclusive sobre o parlamento israelense, o Poder Judiciário e o princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade de ocupação. O *Knesset* é formado por 120 parlamentares, eleitos para mandato de quatro anos, que possuem a competência de criar e revisar leis, fiscalizar as atividades do Executivo, além de escolher o Controlador do Estado e o Presidente de Israel.

A competência do Judiciário, por sua vez, é aplicar as leis sem fazer nenhum juízo de controle de constitucionalidade. No entanto, a lacuna constitucional fez com que aquele Poder, em nome dos direitos fundamentais, caminhasse para o ativismo judicial, com atitudes além de suas atribuições, transformando essa atividade em mais uma fonte do Direito israelense.

É antiga a litigância entre o *Knesset* e a Suprema Corte sobre a detenção da supremacia constitucional, figurada pela defesa e interpretação dos direitos humanos incluídos nas Leis Básicas da dignidade humana e a liberdade de ocupação. As Leis Básicas que tratam da dignidade humana, da liberdade e da

---

<sup>345</sup> id. *Ibid.*, p. 221.

<sup>346</sup> id. *Ibid.*, p. 221.

<sup>347</sup> “Em 2008 foram promulgadas onze Leis Básicas, que abrangem princípios básicos para o estabelecimento da lei suprema do país. São elas: O *Knesset* (O Parlamento Israelense) (1958); As Terras Públicas (1960); O Presidente do Estado (1964); O Governo (1968, revisada em 1992 e 2001); A Economia do Estado (1975); As Forças de Defesa de Israel (1976); Jerusalém - A Capital de Israel (1980); O Judiciário (1984); O Controlador do Estado (O Tribunal de Contas) (1988); A Dignidade Humana e a Liberdade (1992); e a Liberdade Profissional ou de Ocupação (1992, revisada em 1994)”. (SILVA, *ibid.*, p. 217).

liberdade de ocupação têm caráter de princípio fundamental e declaram que o Estado de Israel:

Tem como propósito explícito a proteção dos direitos humanos e a liberdade, vinculados ao Estado democrático e judeu. Garante o direito à propriedade e o direito de ir e vir, à privacidade e à intimidade [...] Seus fundamentos repousam no “valor do ser humano, na santidade da vida humana e no princípio de que todas as pessoas são livres, conforme o disposto na Declaração de Independência de Israel [...] A sua expressão está ligada à denominada Revolução constitucional [...]”.<sup>348</sup>

A aprovação dessas leis básicas deu ânimo ao Poder Judiciário para buscar valores de julgamento em quantidade superior aos já retirados da Declaração da Independência, que além de denominar o Estado israelense, também propunha uma limitação formal ao poder de legislar, conforme elenca o artigo 8º da Lei da Dignidade do Homem e a sua Liberdade:

(Dignidade da Pessoa Humana e sua Liberdade, 1992) Art. 8º Não haverá violação de direitos regulados por essa Lei Básica exceto por Lei que se compatibilize aos valores do Estado de Israel, designada a objetivo próprio e evidente, e na proporção necessária, ou, em virtude de regulamentação expressa em lei.

O ativismo judicial, marco delimitador da Revolução Constitucional, foi iniciado em 1995, a partir de um caso concreto de cobrança<sup>349</sup> julgado pela Suprema Corte, então presidida por Aharon Barak, tendo o seguinte desfecho:

<sup>348</sup> SILVA, Roberto Ferreira da. **Uma Constituição para Israel**. Brasília a. 47 n. 185 jan./mar, 2010, pp. 218-219.

<sup>349</sup> “Banco Mizrahi apela à Suprema Corte para que declare ilegal uma lei simples que anistiava a dívida de agricultores, pois ela estaria indo de encontro ao direito de propriedade garantida por uma lei básica. Capitaneado pelo juiz Aharon Barak, o tribunal acatou o argumento do banco de que a lei apresentava um dano manifesto ao seu direito de propriedade, mas utilizou-se do artigo 8º citado acima para verificar em que medida uma lei simples poderia violar direitos estabelecidos em uma lei superior, como o direito à propriedade no caso específico. Desta forma, estabelecendo critérios objetivos para admitir ou não a violação a direitos fundamentais descritos nas leis básicas, a Corte entendeu que a anistia aos agricultores violava o direito de propriedade do Banco “na medida do necessário, sendo proporcional para o caso concreto“. Conclusão: O Banco Perdeu. Apesar do argumento de dano à sua propriedade ter sido aceita, o tribunal não considerou ilegal a lei que anistiava os agricultores. No presente caso, esta anistia se fazia necessária” (TREISTMAN, Marcelo. **Estado Judeu Democrático e a Revolução constitucional. Uma análise jurídica (parte II)**, 2014. p. 01. Disponível em <<http://www.conexaoisrael.org/estadojudeodemocraticoerevolucaoconstitucionalumaanalisejuridicapaiteifinal/20140207/marcelo> > Acesso em: 28 abr. 2016).

Toda nova lei que venha causar um dano nos direitos estabelecidos por estas Leis Básicas, ou que contradiga os valores do Estado Judeu Democrático, serão passíveis de serem declaradas pelo tribunal como lei, ou norma inconstitucional, e portanto, inválidas”. (– ץ”ח – 6821-1993 Banco Mizrahi Hamehuhad Ltda. vs. Migdal Cafer Shitufi).<sup>350</sup>

A Suprema Corte estava, portanto, firmando ali a sua competência interpretativa e de guarda dos princípios fundamentais fixados nas Leis Básicas. Porém, esse reinado de supremo guardião dos princípios constitucionais não agradou o Parlamento, que julga ser mais eficiente retirar essa característica ocidental de supremacia judicial e substituí-la por uma nova doutrina.

Com o objetivo de seguir um constitucionalismo dialógico, uma espécie de harmonia entre os Poderes na proteção dos direitos fundamentais, foi adotado o constitucionalismo legislativo, também presente em países como Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido. Esse constitucionalismo legislativo é uma doutrina moderna de proteção de direitos constitucionais.

[...] apesar do recorrente engajamento do Poder Judiciário no exercício garantidor dos direitos dos cidadãos, a magistratura não esgota o tema, nem tampouco são imutáveis os efeitos de suas decisões. Seu conceito, desenvolvido no Canadá e aperfeiçoado nos Estados Unidos da América, revela uma tentativa de conciliar a “soberania do parlamento com a tradicional proteção constitucional de direitos fundamentais”, admitindo o judiciário como ator indispensável mas não suficiente nesse processo.<sup>351</sup>

Quando afirma que o conceito do constitucionalismo legislativo foi aperfeiçoado nos Estados Unidos da América, o autor está ratificando que a pressão legislativa em retirar da Suprema Corte norte-americana a supremacia constitucional gerou uma série de teorias dialógicas, que pregam a parceria entre esses poderes no intuito de enfraquecer o ativismo judicial, conforme estudado nos capítulos anteriores. Os países que adotam esse sistema não apresentaram uma doutrina relevante quanto à atuação harmônica dos Poderes como pretendem as teorias dialógicas norte-americanas.

<sup>350</sup> id. Ibid., p. 1.

<sup>351</sup> SILVA, Roberto Ferreira da. **Uma Constituição para Israel**. Brasília a. 47 n. 185 jan./mar, 2010. p. 228. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198668/000881219.pdf?sequence=1> Acesso em: 25 abr. 2016.

## 6 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Para melhor delinear as premissas contidas no presente capítulo, o estudo se desenvolve a partir da análise da evolução e expansão da jurisdição constitucional, retomando algumas das ideias tratadas no início desta investigação.

O constitucionalismo norte-americano é o cerne de toda a estrutura que molda a jurisdição constitucional, principalmente da seguida como modelo nos demais países ocidentais. O célebre caso *Marbury v. Madison* inaugurou a atuação da Suprema Corte norte-americana na revisão da legislação pátria, sem que a nova atribuição estivesse regrada na Constituição.

Enquanto o Estado Liberal seguia o viés clássico do parlamento, o Estado Constitucional, defensor da Constituição como norma suprema, segue um caminho onde o Judiciário é responsável pelo controle de constitucionalidade dos atos legislativos.

O modelo de Estado Legislativo de Direito, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, e apenas a lei tinha força normativa, resta superado pelo modelo de Estado centrado na eficácia jurídica da Constituição e na força cogente de seus comandos.<sup>352</sup>

Nem a Europa, que possui um parlamento mais atuante, conseguiu romper com a ideia de uma jurisdição que protegesse a Constituição. Até mesmo aqueles países que tinham o *common law* como tradição reproduziram a criação dos Tribunais Constitucionais.<sup>353</sup> Ainda na Europa, sob a influência kelseniana, tais tribunais foram criados para defender os interesses constitucionais, para trabalharem em prol do

---

<sup>352</sup> QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional.** Tese de Doutorado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2012, pp. 93-94.

<sup>353</sup> “[...] o modelo austríaco foi reproduzido na então Tchecoslováquia (1921) e na Espanha (1931), mas só veio a experimentar notável expansão a partir do segundo pós-guerra, com a sua implementação em diversos países da Europa continental como Alemanha (1949), Itália (1956), Chipre (1960), Turquia (1961) e na então Iugoslávia (1963), sendo que nas décadas de setenta e oitenta novos países europeus aderem a esse sistema de fiscalização da Constituição por Tribunais Constitucionais, como foram os casos da Grécia (1975), novamente da Espanha (1978), bem como de Portugal (1982) e da Bélgica (1984)” (QUEIROZ, *ibid.*, p.94).

controle abstrato de constitucionalidade, diferentemente do *judicial review* norte-americano:

[...] os juízes e tribunais seriam competentes para conhecer, mas incompetentes para decidir questões de constitucionalidade, cabendo exclusivamente ao Tribunal Constitucional. Assim, o sistema continua concentrado e a análise da constitucionalidade da lei ainda seria feita no plano abstrato, apartado do caso concreto, cuja tese seria incorporada ao processo originário da provocação incidental.<sup>354</sup>

O Brasil, por exemplo, tem raízes firmadas nos dois modelos de controle de constitucionalidade, austríaco e norte-americano. Experimentou inicialmente o controle difuso de constitucionalidade, sob a égide da Constituição republicana de 1891. Através da introdução da ação interventiva, o controle de constitucionalidade afastado do caso concreto, abstrato, foi inaugurado pela Constituição social de 1934 para defender os interesses da federação.

O controle concentrado de constitucionalidade foi ganhando força e forma nas demais constituições brasileiras, a exemplo da Constituição de 1946, onde em 1965, por meio da Emenda Constitucional nº 16, introduziu-se a ação genérica de constitucionalidade.

A partir da EC n. 16/65, o Brasil passou a conviver com os dois sistemas de controle, o difuso e o concentrado (ficando conhecido como adepto do sistema misto ou híbrido), que se sucedeu na Constituição 1967 (não houve maiores novidades), na EC n. 1/69 (previu a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei ou ato dos municípios em face das Constituições dos Estados) e a EC n. 7/77 (introduziu a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, cujo legitimado seria o PGR e o órgão competente para julgamento o STF). Mas foi com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), também conhecida por Constituição Cidadã, instrumento paradigma da ascensão democrática do país e marco regulatório do novo modelo de Estado constitucional, que o Brasil impulsionou de vez a jurisdição constitucional.<sup>355</sup>

As dificuldades inerentes ao Estado Democrático de Direito que também é um Estado Social, garantista, são infinitas. Vencê-las é um desafio de responsabilidade

<sup>354</sup> QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional.** Tese de Doutorado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2012, p. 93.

<sup>355</sup> Ibid., pp. 97-98.

não apenas dos poderes políticos, mas também do Judiciário, que cada vez mais é procurado para decidir causas atinentes aos direitos sociais básicos. Isso significa que o trabalho do Poder Judiciário ficou mais evidente e que sua atribuição vai além da resolução de questões abstratas, conforme assevera a Constituição de 1988, quando fortaleceu o papel das instituições judiciárias.

A conjugação do constitucionalismo social com o reconhecimento do caráter normativo e judicialmente sindicável dos preceitos constitucionais - inclusive seus princípios mais vagos -, gerou efeitos significativos do ponto de vista da importância da Constituição no sistema jurídico, bem como da partilha de poder no âmbito do aparelho estatal, com grande fortalecimento do Poder Judiciário, e, sobretudo, das cortes constitucionais e supremas cortes, muitas vezes em detrimento das instâncias políticas majoritárias.<sup>356</sup>

No entanto, comparando os dois formatos de proteção da supremacia constitucional com a atuação da Suprema Corte brasileira, vê-se que esta se aproxima do padrão de atuação da Corte norte-americana, seja pelo processo de escolha e vitaliciedade dos juízes, seja pela eficiência de seus trabalhos ou pelo reflexo social de suas decisões. Mostrando os pontos que geram crítica aos modelos norte-americano e brasileiro, Nelson Nery Júnior em passagem da sua obra denominada “Princípios do Processo Civil na Constituição Federal”, diz o seguinte:

[...] em países que possuem tribunais constitucionais, como exemplo a Alemanha, esse tribunal é órgão constitucional de todos os Poderes, situando-se no organograma do Estado ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário, não sendo, portanto, órgão de Poder Judiciário e nem se situando acima dos Poderes Executivo e Legislativo. É formado por pessoas indicadas pelos Três Poderes, com mandato certo e transitório, vedada a contínua ou posterior recondução. O tribunal constitucional é, pois, suprapartidário.<sup>357</sup>

O reflexo das competências “infindáveis” do STF compromete o seu papel como Corte Constitucional, uma vez que funciona com mais duas linhas de atuação: como Corte Recursal e Corte Ordinária.

---

<sup>356</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**. vol.06, nº02, p. 122.

<sup>357</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 30.

De todas as ações que tramitam naquele Tribunal a maioria se refere a ações recursais, conforme apresentado pela pesquisa I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo (2011)<sup>358</sup>. Essa tríplice atividade afeta as decisões de maior importância, como as do controle de constitucionalidade.

Mesmo assim é inegável a importância do STF para a proteção da supremacia constitucional, principalmente porque em época de constitucionalização de direitos, normatização de direitos fundamentais e judicialização da política, o trabalho de ampliação desses fenômenos não pode ser descartado, pois no Brasil esses feitos são de caráter emergente face à crise política.

[...] a maior consciência de direitos presente em nossa sociedade, o elevado grau de pluralismo político e social nela existente, o fortalecimento da independência do Poder Judiciário e a mudança na nossa cultura jurídica hegemônica - que passou a ver os princípios constitucionais como normas jurídicas vinculantes, e a estimular o uso de instrumentos metodológicos mais flexíveis, como a ponderação -, são fatores que contribuíram, cada um ao seu modo, para que a jurisdição constitucional ganhasse um destaque na vida pública nacional até então inédito.<sup>359</sup>

O direito nacional está constitucionalizado e isso é perfeitamente visível quando, por exemplo, a Constituição é recorrentemente usada para a fundamentação de uma peça ou decisão judicial. Isso se deve à forma analítica adotada pelo legislador na sua instituição.

A Constituição brasileira de 1988 é uma carta que não versa apenas sobre questões públicas, mas também rege questões de caráter particular, exercendo, portanto, eficácia vertical e horizontal, respectivamente. Isso significa que grande parte dos assuntos que tratam de temas públicos e também privados está no texto constitucional, desde a proteção das liberdades individuais até aqueles de nível técnico, que poderiam ser regulados pela legislação ordinária.

---

<sup>358</sup> "A constatação numérica dessa pesquisa é estarrecedora, evidenciando que o STF tem a maior parte de seu tempo tomado para agir como Corte Recursal, em detrimento de sua missão de Corte Constitucional [...]" (QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional**. Tese de Doutorado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2012, p.102)

<sup>359</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**. vol.06, nº02, p. 124.

Ter direitos resguardados na Constituição é uma máxima positiva, mas quando extrapola o conteúdo constitucional funciona como conduta enfraquecedora. Segundo Ronaldo Pinheiro Queiroz “a análise e o emprego da constitucionalização do direito, portanto, deve seguir a mesma máxima de que a diferença entre o remédio e o veneno está na dose”.<sup>360</sup>

A teoria dos direitos fundamentais está baseada nas regras e nos princípios construídos sob a influência do neoconstitucionalismo. A corrente positivista defendia que o método mais acertado para a aplicação das regras era o subsuntivo. O Estado Democrático de Direito, por sua vez, não se limita apenas ao método da subsunção, mas adere à ponderação como instrumento mais equilibrado. Falando assim, pareceria que as regras teriam sido taxativamente substituídas pelos princípios, todavia não é sob esta perspectiva que aquele modelo de Estado pensava.

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.<sup>361</sup>

Ambos, princípios e regras, são normas. Os princípios são normas que possuem uma interpretação mais aberta e isso colabora no momento de aplicação das regras. Desse modo, são normas que se complementam para justificar a efetividade dos direitos fundamentais e da nova hermenêutica constitucional.

Outra consequência do avanço da jurisdição constitucional é a judicialização da política. Ela está atrelada aos dois mencionados fenômenos, mas também à crise dos poderes políticos. É, portanto, o momento em que Direito e Política se misturam. Nessa relação jurídico-política o Direito funciona como norteador das questões políticas e sociais. Reflexo disso é a maior visibilidade do STF ao proferir suas decisões. O Pretório Excelso é invocado a dar a última palavra a respeito de conflitos e problemas que versam sobre os Poderes Legislativo e Executivo.

---

<sup>360</sup> QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional**. Tese de Doutorado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2012, p. 106.

<sup>361</sup> Ibid., p. 114.

Nesse trilhar, os movimentos sociais, as minorias e a sociedade civil organizada encontraram na Constituição e na atuação incisiva do STF a oportunidade de fundamentar suas lutas. Essas frentes de minorias se reportam ao Poder Judiciário como um local de “recepção de anseios da sociedade, sobretudo em um cenário em que o Legislativo se mostra incapaz de vocalizá-las, o judiciário passa a funcionar como uma nova arena pública de recepção e resolução de demandas sociais.”<sup>362</sup>

O Judiciário tem se transformado numa “casa do povo”. Pelo símbolo que representa no Estado, como instância de administração da justiça é diariamente procurado para intervir no intuito de sanar as intransigências e omissões dos poderes políticos, através da propositura de ações coletivas ou individuais. O STF, em especial, promoveu “uma abertura formal, a possibilidade de acesso e de participação no controle concentrado de constitucionalidade, que beneficia as entidades e órgãos não constitucionalmente legitimados a esta jurisdição”.<sup>363</sup>

Para Emerson Garcia a judicialização da política ou politização da justiça não reflete ameaça ou violação a direitos, uma vez que, a expansão da atuação judicial:

A constatação decorre de três fatores: 1º) a politização dos juízes, diferentemente de sua “partidarização”, não tem como consequência imediata o comprometimento de sua imparcialidade, sendo absolutamente normal que um juiz inteirado das vicissitudes políticas mantenha-se equidistante das partes – o importante, no dizer de Garanpon, é que abstenha-se de impor a sua vontade individual, dissociada dos padrões normativos vigentes; 2º) a existência de univocidade na interpretação da disposição normativa torna inevitável que o juiz, apesar de desenvolver a sua atividade valorativa com observância dos balizamentos fixados pelo programa da norma (texto normativo), encontre possibilidade de escolha diretamente proporcionais ao seu grau de politização, o que não se confunde com uma arbitrária contestação da lei; 3º) a politização não importa na assunção, pelos juízes, de tarefas da alçada exclusiva dos políticos, apresentando-se, em verdade, como um instrumento para superação da ineficácia das estruturas políticas tradicionais.<sup>364</sup>

<sup>362</sup> GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso: Cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 84.

<sup>363</sup> ALMEIDA, Eloísa Machado de. **Sociedade civil e democracia: a participação da sociedade civil como *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC/SP, 2006, p.37.

<sup>364</sup> GARCIA, Emerson. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade democrática: Tensão dialética no controle de constitucionalidade**. In: NOVELINO, Marcelo (Org). **Leituras complementares de**

Logicamente que os juízes não teriam a responsabilidade por todas as atribuições políticas, suas condutas precisam ser balizadas e instruídas apenas por aquilo que viole, de alguma forma, a Constituição.

### 6.1 Aspectos legais das audiências públicas no Brasil

A democracia adotada no Brasil tem característica semidireta, em que conjuga os meios representativos e diretos, conforme disciplina o parágrafo único do artigo 1º da CRFB/88. A soberania popular é direito fundamental do cidadão e, nos termos da Constituição, será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto<sup>365</sup>, através dos institutos do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular.

Dessa forma, embora a participação popular seja direito confesso do indivíduo, tal matéria não é tão clara no texto constitucional ao citar outros meios de participação, uma vez que apenas menciona os descritos acima.

As consultas públicas, ouvidorias, conferências e audiências públicas são institutos de participação criados por texto infraconstitucional. Todos eles derivam desse direito de participação.

As audiências públicas perfazem um instituto que encontra previsão em leis esparsas, quando o legislador percebe a importância de sua realização. A lei que trata das agências reguladoras é um exemplo dessa previsão legislativa, em que há a possibilidade da concretização de uma audiência pública como mecanismo eficiente para implantar a participação em seu modelo de gestão.

Como a audiência pública é um instituto criado pelo legislador infraconstitucional, a doutrina não fala em “direito à audiência pública”. Para que esse importante mecanismo de participação seja obrigatório é necessário que o legislador, com base em toda órbita de relevância e eficiência, venha trazê-la como parte de determinado

---

**constitucional:** Controle de constitucionalidade. 3. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2010, pp. 66-67.

<sup>365</sup> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular. (BRASIL, CRFB, 1988).

procedimento, uma vez que “a sua natureza jurídica é de favor legal materializador do direito de participação”.<sup>366</sup>

Além da perspectiva de atribuição de maior interação entre Estado e sociedade, a ressignificação do conceito de representação deve ser capaz de constatar se a legitimação pretendida pelo STF com as audiências públicas vem acompanhada da responsividade e da *accountability* dos seus juízes. Isso porque os Ministros da Corte tradicionalmente sempre ocuparam uma posição de certo isolamento na formatação de suas decisões, de modo que eram bastante inconclusivas e de constatação empírica duvidosa as afirmações no sentido de que havia uma substancial preocupação de justificar e prestar contas das suas deliberações perante a opinião pública.<sup>367</sup>

Ainda a respeito de sua natureza jurídica, na mesma passagem, assevera Eduardo Fortunato Bim que “[...] não se pode falar em direito coletivo à ampla defesa ou ao contraditório (devido processo legal) do cidadão, mas apenas do dever da Administração de implementar essa etapa para poder atuar”.<sup>368</sup>

Em verdade, as audiências públicas refletem a tentativa da implementação de um modelo deliberativo de democracia, como evolução de um modelo meramente representativo, impondo um freio à expansão do estado sobre temas que eram tipicamente ocupados pela sociedade.<sup>369</sup> Ao tratar da audiência pública jurisdicional Carolina Elisa Suptitz e Ana Paula de Almeida Lopes chegam à mesma conclusão, na qual a audiência pública:

[...] não se trata de um instrumento processual que visa promover o contraditório, mas de um mecanismo a serviço dos julgadores, prestando-lhes as informações técnicas e precisas de que podem não dispor, razão porque somente a eles é facultado formular perguntas. Afinal, é apenas e tão somente a incompreensão deles que se visa suprir [...].<sup>370</sup>

<sup>366</sup> BIM, Eduardo Fortunato. Audiências Públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2014, p. 54.

<sup>367</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. **Revista Direito GV**. v.13. n.1. jan./abr. 2017. São Paulo. Acesso em 05 de jul. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68917/66521>.

<sup>368</sup> Id., *ibid.*, p. 54.

<sup>369</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Controle de Convencionalidade e Constitucionalismo Latino-Americano**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, 147 f. São Paulo, 2012, p.26.

<sup>370</sup> SUPTITZ, Carolina Elisa & LOPES, Ana Paula de Almeida. **Audiência Pública: Democracia participativa e plural?** Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, p.637.

A gênese da audiência pública no ordenamento jurídico brasileiro está na Lei 9.784/1999, que trata do Processo Administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta. Tal legislação tem por finalidade a proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da Administração Pública que, sem dúvidas, também são fins almejados pelos mecanismos de participação adotados em seu texto.

A consulta pública também possui previsão na Lei 9.784/1999, tendo como objetivo fomentar o debate em torno do tema em discussão. O artigo 31 da referida lei prevê que a abertura da consulta pública possui a finalidade de permitir que “que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos” do procedimento administrativo objeto de debates e, em seguida, os participantes ou interessados oferecem alegações escritas.

Para a regulamentação da Lei 13.019/2014 o governo federal se valeu da consulta pública virtual como meio colaborativo<sup>371</sup>. Ela tinha por objetivo subsidiar o processo de criação do decreto federal regulamentar da lei.

A consulta pública eletrônica para regulamentação colaborativa, por sua vez, oportunizou aos participantes encaminharem sugestões em todos os dispositivos, para que outros temas disciplinados pela nova norma possam ser melhor detalhados ou esclarecidos pelo Decreto Federal. Essa iniciativa fez com que o resultado da consulta pública fosse além do recolhimento de ideias para a fase de regulamentação, mas também permitisse ouvir a sociedade sobre o próprio conteúdo da Lei n.13.019/2014.<sup>372</sup>

No intuito de tornar participativa a regulamentação da Lei 13.019/2014 ocorreram audiências públicas quando a matéria também teve sua discussão ampliada no Congresso Nacional por conta da Medida Provisória 658/2014, que tinha por objetivo prorrogar o prazo para entrada em vigor da Lei. A audiência pública, por força do

---

<sup>371</sup> “Para tanto, foram adotadas duas diferentes estratégias com o propósito de ampliar o conhecimento e promoção de debates sobre o conteúdo e as diretrizes da nova política de fomento e de colaboração estabelecida pela nova legislação e sua respectiva regulamentação no âmbito das 3 (três) esferas de governo: (i) diálogos presenciais promovidos por organizações da sociedade civil, administrações públicas, órgãos de controle e academia; e (ii) consulta pública virtual para regulamentação colaborativa”. (BRASIL. **Relatório da consulta pública realizada pela Secretaria-Geral da Presidência da República para a regulamentação colaborativa da Lei 13.019/14**. Disponível em: [http://www.participa.br/articles/public/0008/3550/Consulta\\_15dezembro.pdf](http://www.participa.br/articles/public/0008/3550/Consulta_15dezembro.pdf). Acesso em: 21 nov. 2016.).

<sup>372</sup> *ibid.*

artigo 32 da Lei 9.784/1999, pode ser deflagrada antes da decisão ser tomada e por ordem da autoridade competente nos casos de relevância da questão, em sendo assim, a audiência pública está atrelada à discricionariedade do administrador público, tendo, portanto, caráter facultativo.

A respeito do instituto, Eduardo Fortunato Bim assevera:

É o poder hierárquico cumulado com a competência regulamentar que podem gerar a audiência obrigatória. Não basta apenas o poder hierárquico ou a competência regulamentar, é preciso a existência concomitante de ambos. Somente a competência regulamentar seria insuficiente porque a regra é da realização facultativa da audiência, não podendo o regulamento por si só substituir o juízo de discricionariedade da autoridade administrativa que preside o processo [...] o poder hierárquico, por si só, também não poderia criar a audiência pública obrigatória, porque a possibilidade de a autoridade superior intervir no processo é mediante avocação, o que seria uma decisão individual, caso a caso, não gerando obrigatoriedade alguma à autoridade administrativa normal.<sup>373</sup>

A audiência pública tem finalidade consultiva e, por vezes, informativa, neste caso, realiza um duplo papel, que vai do cidadão para a Administração e da Administração para o cidadão, chamado por muitos de “caráter informativo ambivalente”.<sup>374</sup>

Mesmo que possa, em poucos casos e com previsão legal, ter a sua razão de existir fincada na informação/publicidade, não há dúvidas que seu caráter consultivo, sugestivo e de problematização do tema na seara da comunidade é o mais explorado. Sua principal função é promover o debate e buscar uma decisão mais legítima para determinado processo.

Nessa esfera de discussão a audiência pública pode promover o consenso e o dissenso, razão pela qual não é possível afirmar que sua função principal é consensual. “Nunca se deve perder de vista que a audiência pública não é lugar

---

<sup>373</sup> BIM, Eduardo Fortunato. Audiências Públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2014, pp.59-60.

<sup>374</sup> “É importante frisar que essa ambivalência informativa da audiência pública é endógena, só se aplica a seu âmbito interno. Somente quando a lei prevê que ela serve para informar (função informativa exógena) é que sua razão de existir é a publicidade” (BIM, *ibid.*, p. 73)

desenhado para a finalidade de alcançar o consenso, mas apenas para colher subsídios ao processo decisório”.<sup>375</sup>

O artigo 32 da Lei 9.784/1999 diz que a audiência pública será realizada “para debates sobre a matéria do processo”. Como se desenharia, portanto, o debate?

É importante frisar que a audiência pública não tem eficácia vinculante, “o que existe é o dever da administração pública de considerar o que foi debatido na audiência pública, e isso está longe de se traduzir em vinculação ou na necessidade de agregar maior rigor ao seu dever de motivar qualquer ato administrativo [...]”.<sup>376</sup>

A audiência pública não tem o escopo de substituir a discricionariedade administrativa, embora possa tornar mais próximo da realidade o objeto do ato administrativo. Dessa maneira, não foi criada para decidir ou deliberar.

Na audiência pública não existe votação, a coleta de sugestões, opiniões ou comentários do cidadão dentro da ordem e limitada ao tempo de duração da audiência. A autoridade se manifesta imediatamente diante dessas críticas ou simplesmente conduz os trabalhos e se manifesta posteriormente, mas nunca decide. [...] é impróprio falar em resultado de audiência pública, ainda mais para dizer que a maioria foi contra ou a favor da medida estatal posta em discussão. A começar pela ausência de deliberação.<sup>377</sup>

Dentro do ordenamento pátrio a audiência pública se apresenta como um importante instrumento de participação, seja na seara administrativa, legislativa ou judiciária tem a função de estabelecer uma relação entre o cidadão e o poder público e, dependendo de cada procedimento, terá uma razão específica de existir, a saber:

[...] a) dar publicidade a determinada questão; b) possibilitar um maior controle da comunidade com relação à conformação de ato público; c) informar a comunidade sobre aspectos essenciais de um assunto; e d) colher informações da comunidade de modo a instruir a tomada de um posicionamento ou de uma decisão por parte do órgão público.<sup>378</sup>

<sup>375</sup> BIM, Eduardo Fortunato. Audiências Públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2014, p. 84.

<sup>376</sup> Ibid., p. 85.

<sup>377</sup> Ibid., p. 93.

<sup>378</sup> SUPTITZ, Carolina Elisa & LOPES, Ana Paula de Almeida. **Audiência Pública: Democracia participativa e plural?** Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, p. 634.

Nesse âmbito, faz-se necessário avaliar cada finalidade desse importante mecanismo político e jurídico. Na análise das finalidades da audiência pública (a publicidade, a informação e a colheita de informações) se observa que tais objetivos não se apresentam, muitas vezes, em conjunto, mas sempre tem uma delas como razão de ser.

A respeito do caráter informativo ambivalente Eduardo Fortunato Bim diz que não é sempre que a exposição de determinado tema é a razão de ser da audiência pública, porém quando ela se apresenta como objetivo principal deve estar amparada por lei, exercendo, portanto, função informativa exógena.<sup>379</sup>

Normalmente, a função informativa exógena é satisfeita pelo princípio da publicidade, mediante publicação; excepcionalmente, ela será viabilizada pela própria audiência pública, motivo pelo qual deve haver lei. O princípio da publicidade não é suficiente para deflagrar ou criar uma audiência pública porque no regime geral da audiência pública (Lei 9.784/1999, art. 32) essa função informativa exógena não existe, motivo pelo qual deve haver lei específica para tanto. O efeito prático disso é que não existe audiência pública para informar (função exógena a cargo do princípio da publicidade), exceto se houver lei nesse sentido, excepcionando o regime geral<sup>380</sup>.

Por sua vez, a função informativa endógena, aquela que ocorre de forma interna, sem previsão legal, é a que respalda o caráter informativo ambivalente pois, seja qual for a função principal da audiência pública, sempre promoverá o conhecimento da matéria, reforçando sua divulgação.

Dentro da noção de esfera pública o conhecimento prévio é essencial para que o momento da problematização seja alcançado. O participante deve ter o mínimo de informação, pois não se discute aquilo que não se sabe.<sup>381</sup>

Se a audiência pública tivesse por fim a publicidade dos atos administrativos, não faria sentido a necessidade de prévia divulgação de documentos antes da audiência. A prévia divulgação seria

---

<sup>379</sup> SUPTITZ, Carolina Elisa & LOPES, Ana Paula de Almeida. **Audiência Pública: Democracia participativa e plural?** Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, p. 73.

<sup>380</sup> Id., *ibid.*, pp. 73-74.

<sup>381</sup> “O cidadão deve ir até ela informado, mas se não for pode se informar na audiência, o que não se confunde com o realizar audiência para informar o cidadão” (BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas. Revista dos Tribunais*. São Paulo, 2014, p.79).

desnecessária, uma vez que as informações seriam divulgadas na audiência pública. Esse é mais um motivo pelo qual se defende que a função primordial da audiência pública é obter subsídios para o processo decisório estatal, tendo que haver publicidade mínima antes da sua realização para que haja potencialidade participativa.<sup>382</sup>

Discutir determinado assunto significa promover o seu enfrentamento numa perspectiva plural, com a aferição das mais variadas opiniões. Isso não quer dizer que todas as opiniões e sugestões lançadas serão acolhidas e, portanto, tidas como por relevantes ao objeto processual, mas que, ao menos, terão a possibilidade de influenciar a decisão que será proferida no processo.

## **6.2 A realização de audiências públicas pelo Legislativo e Executivo**

As audiências públicas, no âmbito do Poder Legislativo têm respaldo constitucional, através do artigo 58, §2º, II, da CRFB/88, que dá às comissões permanentes e temporárias do Congresso Nacional ou às suas Casas a competência para realizar audiência pública com a participação da sociedade civil.

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados, em seus artigos 255 e 256 prevê que a Comissão pode realizar a audiência pública com organização da sociedade civil para instruir matéria legislativa em trâmite e tratar de assuntos de interesse público. A esse respeito:

- I. Quanto à propositura e determinação da audiência pública: A audiência pública pode ser convocada mediante proposta de qualquer membro das Casas ou da entidade da sociedade civil que comprove pertinência temática e será determinada pela Comissão (artigo 255).
- II. Quanto à seleção de especialistas: Após a aprovação da reunião de audiência pública, a Comissão selecionará, para serem ouvidas, as autoridades, as pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades participantes. Cabe ao Presidente da Comissão expedir os convites. A

---

<sup>382</sup> BIM, Eduardo Fortunato. Audiências Públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2014, p. 76.

Comissão ouvirá todas as correntes de opinião, sejam elas opositoras ou defensoras (artigo 256, §1º).

- III. Quanto à ordem dos trabalhos: O expositor terá o tempo de vinte minutos para se pronunciar e deve limitar-se a tratar da matéria, não podendo desviar-se do assunto. Caso haja desvio do tema tratado o presidente da Comissão pode adverti-lo ou cassar-lhe a palavra. O expositor poderá valer-se de assessores, devidamente credenciados. Podem interpelar o expositor os deputados inscritos, usando da palavra por três minutos, tendo o interpelado o mesmo tempo para responder. Há réplica e tréplica. Os pronunciamentos serão reduzidos a termo em ata e arquivados junto com os documentos pertinentes (artigo 256, §2º, § 3º, § 4º e § 5º e artigo 258).

O Regimento Interno do Senado Federal também permite a realização de audiência pública, em seu artigo 90. Por sua vez, o artigo 93, lista as hipóteses que precisam ser comprovadas, que são as mesmas previstas no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a saber: instruir matéria sob sua apreciação e tratar de assunto de interesse público relevante. O procedimento segue semelhante ao adotado na Câmara dos Deputados, conforme artigos 93, 94 e 95.

A audiência poderá ser realizada por solicitação de entidade da sociedade civil. Haverá oportunidade para habilitação de defensores e opositores da matéria, além de ser permitida a interpelação da Comissão no posicionamento do orador, sendo dado ao membro o tempo de três minutos para falar e mais três minutos para receber a resposta. Todos os pronunciamentos serão colocados em ata e arquivados com os respectivos documentos.

A diferença básica entre a audiência reservada à Câmara e ao Senado se dá segundo o regimento interno deste, que não faz referência a quem tem o poder de definir as pessoas que participarão ativamente do momento, o que leva a crer que esse papel pertence à própria comissão.

Em ambos os procedimentos não se percebe a promoção do debate, uma vez que aos habilitados é dado certo tempo para expor sua opinião, podendo haver apenas a

interpelação dos membros da Casa, que na Câmara devem estar previamente inscritos.

Quando se fala sobre audiências públicas realizadas pelo Executivo, cabe destacar o seu uso na defesa do meio ambiente. Neste contexto, na avaliação do impacto ambiental será promovida, sempre que necessária, a realização de audiência pública, conforme disciplina a Resolução 1/86 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA em seu artigo 11, §2º, “para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA”. Tal audiência tem procedimento consagrado na Resolução nº 9/87.

Dentro da seara administrativa o CONAMA dispõe de um procedimento mais claro e participativo de audiência pública, que tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, bem como sanar dúvidas e colher as críticas e sugestões.

- I. Quanto à propositura e determinação da audiência pública: Pode ser realizado pelo órgão do meio ambiente quando achar necessário ou ainda por solicitação da sociedade civil, do Ministério Público ou por cinquenta ou mais cidadãos (artigo 2º).
- II. Quanto à seleção de especialistas: Aqui não há um momento para habilitação de especialistas, na verdade participam todos os interessados, o órgão solicitador e a comunidade interessada.
- III. Quanto à ordem dos trabalhos: A partir da data de recebimento do RIMA, o órgão ambiental competente tornará público, através de edital, a abertura de prazo para solicitação de audiência pública. O prazo para solicitação da audiência pública será de no mínimo 45 dias (artigo 2º, §1º) e após este o órgão licenciador também deve dar publicidade à convocação. Poderá haver mais de uma audiência pública e esta deverá ser realizada em local acessível aos interessados (artigo 2º, §§4º e 5º). Ao final da audiência será lavrada ata com anexos de todos os documentos entregues ao presidente durante a seção (artigo 4º).

A resolução também é clara ao afirmar que a solicitação da audiência pública ambiental vincula o órgão competente a promover sua realização, sob pena de tornar nula a licença concedida, conforme disciplina o artigo 2º, §2º da referida resolução. Contudo, o que há de interessante nesta resolução é que, diferentemente das audiências realizadas no âmbito do Congresso Nacional e do STF, há a promoção da discussão “[...] aqui ocorre um verdadeiro debate, sem delimitação dos possíveis participantes e com plena possibilidade de diálogo ou debate”.<sup>383</sup>

### **6.3 A realização de audiências públicas pelo Judiciário**

A audiência pública como instrumento jurídico e processual nasceu em 1999 com as leis que regulamentaram as ações do controle concentrado. Inicialmente, com a Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, originária do Projeto de Lei nº 2960/97, que trata do julgamento e processamento da ADI e da ADC. A matéria ganha previsão no artigo 9º, §1º e no artigo 20, § 1º da referida lei.

O legislador deixou claro que quando no processo seja necessário o esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, ou ainda, quando for notória a insuficiência de informações, o relator pode, a seu critério, além das perícias, fixar data para realização de audiência pública, onde serão ouvidos os depoimentos de pessoas que tenham experiência e autoridade na matéria.

No mesmo sentido se apresenta a Lei 9.882 de 03 de dezembro de 1999, originária do Projeto de Lei nº 2.872/97, que dispõe sobre o julgamento e processamento da ADPF. Em seu artigo 6º, § 1º o legislador deixa a critério do relator a convocação de audiência pública para sanar necessidades no processo, a partir da oitiva de pessoas que tenham larga experiência e autoridade sobre o assunto.

---

<sup>383</sup> SUPTITZ, Carolina Elisa & LOPES, Ana Paula de Almeida. **Audiência Pública: Democracia participativa e plural?** Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, p.637.

As audiências públicas jurisdicionais do controle concentrado de constitucionalidade têm uma peculiaridade que as diferencia das audiências públicas realizadas no âmbito administrativo, posto que a oitiva se limita aos especialistas.<sup>384</sup>

Apenas a audiência pública das Leis nº 9.868 e 9.882, dentre todas as audiências aqui analisadas, limita a comunidade aos especialistas, seja na sua previsão legal, seja na forma como efetivamente tem sido realizada. O aporte de conhecimento majoritariamente técnico é a finalidade primordial das audiências jurisdicionais até então realizadas, o que se pode constatar da relação dos indivíduos que foram convidados e do próprio teor de suas exposições [...] É unânime o entendimento de que a audiência pública é realizada com o fim de suprir os ministros de conhecimentos técnicos indispensáveis à causa, o que, por si só, configura significativo avanço nas técnicas jurisdicionais, que passam a considerar a interdisciplinaridade típica da contemporaneidade, e a fazer maior uso da oralidade.<sup>385</sup>

Sendo assim, pode-se constatar que no âmbito do Poder Judiciário, no tocante à finalidade de colheita de informações, a audiência pública não tem o condão de ouvir toda ou parte da comunidade afetada. O maior objetivo dela é embasar a decisão dos ministros lançando sobre eles informações técnicas.

Atualmente, a audiência pública no STF é regulamentada pela Emenda Regimental nº 29/2009, nos termos do artigo 13, XVII, e artigo 21, XVII do Regimento Interno. Antes mesmo dessa regulamentação a audiência pública teve espaço no STF, uma vez que a primeira foi realizada na ADI 3.510/2007, que contestava a Lei de Biossegurança, tendo sido convocada pelo então Ministro Ayres Britto.

Na época o STF não possuía um procedimento próprio para instruir as oitivas, tendo se valido do procedimento elencado no Regimento Interno do Congresso Nacional. Atualmente, o artigo 154, parágrafo único, do Regimento Interno daquela Corte, traz a regulamentação do instituto, cabendo ao relator conduzir a audiência pública da seguinte forma:

---

<sup>384</sup> “A audiência pública, assim, é uma via de sentido único: as informações são colhidas para o fim de contribuir com a confecção do voto dos julgadores, num sentido de suprir-lhes de conhecimentos técnicos e bastante específicos, e jamais no sentido contrário, de beneficiar a comunidade, que levaria até os ministros as suas necessidades” (SUPTITZ, Carolina Elisa & LOPES, Ana Paula de Almeida. **Audiência Pública: Democracia participativa e plural?** Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, p.635).

<sup>385</sup> *Ibid.*, p. 635.

- I. Convocação: Deve ter ampla divulgação e com fixação de prazo para indicação das pessoas a serem ouvidas;
- II. Seleção dos especialistas: O Ministro Presidente da audiência é quem seleciona os especialistas, tendo por obrigação garantir a participação tanto de defensores quanto de opositores da matéria discutida na audiência;
- III. Ordem dos trabalhos: O Ministro Presidente divulgará a lista dos habilitados, fixará o tempo de manifestação dos especialistas. O depoente deve limitar-se à questão em debate. Todo o trabalho da audiência será juntado ao processo. A audiência será transmitida pela TV Justiça e Rádio Justiça. Nas lacunas existentes o Ministro resolverá.

A audiência pública jurisdicional foi criada com o intuito de democratizar e influenciar as decisões do STF. Seria, portanto, o mecanismo de escuta da sociedade, dando à Suprema Corte legitimidade democrática no seu procedimento burocrático de decidir questões de largo interesse público.

Tornar legítimo, fortalecer a democracia no ambiente do Poder Judiciário, ou em qualquer outro ambiente, vai além da oitiva de especialistas. A democracia participativa não se estabelece com o aprofundamento intelectual da matéria, mas com a problematização desta, como visto acima. Nesse sentido, pontuam Carolina Elisa Suptitz e Ana Paula de Almeida Lopes:

Com efeito, no modo como a audiência pública jurisdicional foi criada e no modo como tem sido realizada, a abertura do Poder Judiciário e sua democratização mostram-se significativamente reduzidas. A audiência pública jurisdicional nem é exemplo de democracia direta e participativa, como querem os ministros do STF, e nem é plural, uma vez que a participação, na grande maioria das vezes, tem se limitado à elite intelectual do nosso país.<sup>386</sup>

---

<sup>386</sup> SUPTITZ, Carolina Elisa & LOPES, Ana Paula de Almeida. **Audiência Pública: Democracia participativa e plural?** Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, p.636.

A limitação da participação e mais ainda a não promoção do diálogo, acabam por reduzir o espectro democrático do instituto, tornando-o semelhante a uma oitiva de especialistas com a instrução de peritos, não havendo que se falar em mecanismo que legitimaria a cidadania, mas sim um procedimento de saneamento de dúvidas dos ministros. Tal diminuta prática deliberativa colide com a ideia central da participação social na interpretação constitucional como exercício da cidadania, se assemelhando, bastante, ao modelo adotado pelas Casas do Congresso Nacional, marcada por um rito burocrático, limitativo.<sup>387</sup>

Assim, mister se faz repensar a importância que a ampliação do instituto produziria em sede de legitimidade das decisões judiciais e de participação social, ao passo em que permitiria uma efetiva comunicação entre sociedade e direito a fim de reduzir os riscos oriundos do processo decisório.

### 6.3.1 A importância da autocontenção judicial em matéria de audiência pública

A função da autocontenção judicial é defender a autonomia dos poderes, através de um comportamento que se limita a obedecer à lei, “uma vez que só existe participação nos termos e limites da lei”.<sup>388</sup> Além da observância à lei, Eduardo Fortunato Bim lista mais duas razões responsáveis pela autocontenção judicial: a discricionariedade administrativa e a visão restritiva da democracia participativa.<sup>389</sup>

O Judiciário não pode determinar a obrigatoriedade dessa fase participativa no processo, em respeito à discricionariedade administrativa, que é uma das características da audiência pública, mas também pelo risco que paira sobre o protagonismo judicial, que no objetivo de ajudar pode tornar ineficiente algum procedimento.

A criatividade judicial em impor participação em situações nas quais a legislação não a exige tem como efeito colateral indesejado ainda a

<sup>387</sup> “A opção legislativa foi tímida ao limitar apenas aos especialistas a possibilidade de participação na audiência e a efetiva concretização do instituto tem sido conservadora por adotar o procedimento burocrático e formal dos Regimentos da Câmara e Senado” (SUPTITZ, Carolina Elisa & LOPES, Ana Paula de Almeida. **Audiência Pública: Democracia participativa e plural?** Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, p.638).

<sup>388</sup> BIM, Eduardo Fortunato. **Audiências Públicas. Revista dos Tribunais.** São Paulo, 2014, p.60.

<sup>389</sup> *Ibid.*, p.60.

perda de eficiência do processo decisório, tendo em vista o seu prolongamento. Esse aspecto é pouco explorado até mesmo pelos que tratam do tema da participação, mas não pode ser negligenciado como se a participação fosse um fim em si mesmo, estando isolada no sistema, e não tivesse efeitos colaterais danosos, especialmente em relação à eficiência procedimental, princípio constitucional expresso da Administração Pública.<sup>390</sup>

Proteger a eficiência procedimental é respeitar o direito fundamental da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, CRFB/88). Dizer que se deve observar o caráter restritivo da participação significa que não se deve explicar a criatividade judicial, em sede de obrigatoriedade da audiência pública, na simples justificação do princípio participativo. Aqui há a necessidade de usar a ponderação e o respeito à legalidade.

O cenário no qual se analisa a autocontenção judicial em matéria procedimental participativa é aquele no qual a audiência pública não é idolatrada como a salvação da democracia por inserir um elemento participativo no processo decisório estatal. Não porque ela não seja importante, como o são as demais formas participativas, como a consulta pública, ouvidoria, participação em conselhos etc., mas porque ela faz parte da democracia participativa - exceção à democracia representativa, regra em nosso sistema político – e, *ipso facto*, deve ter leitura restritiva, precisando da intermediação legislativa para existir, uma vez que sua regra é facultativa.<sup>391</sup>

Partindo do pressuposto de que a participação não é um fim em si mesmo e de que a autocontenção precisa ser observada foi que o Ministro Ayres Britto se manifestou sobre a realização da audiência pública na ADI 3.510, fazendo uso do regimento interno da Câmara dos Deputados, por analogia.

#### **6.4 As audiências públicas na sociedade brasileira complexa, plural e contingente**

A legitimidade está atrelada a inter-relação entre texto normativo e realidade, que é diferente de constitucionalidade.

Será considerada constitucional a norma encontrada a partir de um processo de concretização que se desenvolva com observância do balizamento fixado pelo texto constitucional. A norma, no entanto,

<sup>390</sup> BIM, Eduardo Fortunato. Audiências Públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2014, p.67.

<sup>391</sup> *Ibid.*, p. 60.

apesar de constitucional, pode não refletir um comando que esteja em harmonia com determinados referenciais de aceitação, como os valores aceitos pela sociedade, deles distanciando-se.<sup>392</sup>

Desse modo, o papel do Tribunal não é apenas fazer a triagem das normas constitucionais e convencionais, a ele compete também verificar sua aplicação no plano fático. A legitimidade permeia o campo material, sendo “um *plus* em relação à compatibilidade da norma com o texto constitucional: reflete um relacionamento racional entre o comando emitido e um referencial de aceitação, o consenso da coletividade.”<sup>393</sup>

Nesse sentido, a proposta da democracia deliberativa se ajusta ao ideal de democracia constitucional, pois:

[...] propõe a superação da concepção de legitimação centrada apenas no voto, transferindo a formação da vontade política para um processo deliberativo em que sociedade civil e Estado participam da produção das decisões, podendo justificar racionalmente as preferências políticas e morais.<sup>394</sup>

O *amicus curiae* e a audiência pública são meios adotados pelo STF e por outros tribunais constitucionais para estreitar a sua relação com o mundo dos fatos, já que os Tribunais, mitologicamente, seriam intangíveis. O processo nessas instâncias deve ser argumentativo, deliberativo, discursivo. A possibilidade do processo deliberativo arrefece a colisão entre democracia e *judicial review*, ao passo que possibilita a participação ativa do povo, sociedade civil, no debate prévio à tomada de decisão.

Esse modelo de participação, portanto, seria totalmente compatível com a jurisdição constitucional, na medida em que a decisão judicial permanece na atribuição dos magistrados, muito embora, neste novo contexto político. O Tribunal deve abrir suas portas e debater diretamente com a população, bem como justificar suas decisões

<sup>392</sup> GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade democrática: Tensão dialética no controle de constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org). **Leituras complementares de constitucional**: Controle de constitucionalidade. 3. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 70.

<sup>393</sup> Id., *ibid.*, p. 70.

<sup>394</sup> QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional**. Tese de Doutorado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2012, p. 206.

levando em conta as deliberações ocorridas na corte, de tal modo que esse ônus argumentativo, a um só tempo, seria um dever dos juízes constitucionais, um direito da sociedade civil e um fator de legitimação das decisões da jurisdição constitucional.<sup>395</sup>

À luz de um caso concreto o desafio do Supremo Tribunal Federal é justificar a própria decisão e construir um processo democrático. Cada ministro deverá se pronunciar sobre aquele caso, mas seu discurso tem que ser orientado por uma fundamentação racional e que dê validade a todo o processo, afinal, o que se busca é a melhor decisão.

O contexto da descoberta é a fase de orientação da escolha final e ocorre em momento anterior a esta. É a fase de conhecimento do processo, mas este não é um processo judicial simples, envolve casos difíceis e por isso precisa que a fase de cognição seja um procedimento justificável. A justificação formal das decisões judiciais pretende assegurar a racionalidade do discurso jurídico, por isso, é tão importante a argumentação jurídica.

A argumentação jurídica cresce em importância na medida em que, num regime de democracia deliberativa, o constitucionalismo discursivo é o principal legitimador da jurisdição constitucional, a qual, em que pese não ter recebido mandato pelo sufrágio (representação política), recebeu um mandato da própria Constituição para ser seu principal guardião, tendo na representação argumentativa umas das fontes de legitimação do seu poder.<sup>396</sup>

Ronaldo Pinheiro Queiroz aponta que a teoria da representação argumentativa tem nascente em Robert Alexy, filósofo alemão, que defende que tanto a representação política quanto a argumentativa têm origem popular, pois sob essa ótica todo poder estatal se origina do povo. Na verdade, enquanto no tribunal as representações se dão numa perspectiva argumentativa, no parlamento, estas se perfazem numa dimensão política.

Alexy sustenta que há um maior controle e conhecimento na atividade da jurisdição constitucional, diante do fato de os magistrados necessitarem seguir uma pauta epistemológica que os

---

<sup>395</sup> QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional.** Tese de Doutorado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2012, pp. 206-207.

<sup>396</sup> Ibid., p. 232.

vincula às regras de argumentação jurídica, publicidade e motivação das decisões judiciais, enquanto que os agentes com representação política pautam o debate político pela negociação e barganha em torno de interesses específicos, legítimos ou ilegítimos, não precisando fundamentar suas razões para ter votado ou reprovado um projeto de lei, por exemplo, já que receberam poderes pelo mandato popular.<sup>397</sup>

A esse respeito Emerson Garcia aponta que a argumentação jurídica:

[...] permite seja aferida a legitimidade e controlada a racionalidade das decisões proferidas, tendo especial relevância nos casos difíceis (*hard cases*), considerados como tais aqueles que admitem uma pluralidade de soluções todas lícitas e reconduzíveis ao programa da norma. Quanto maior a abertura semântica da disposição normativa, mais incisivo o papel criativo dos tribunais e mais acentuado o ônus que recai sobre a argumentação a ser desenvolvida.<sup>398</sup>

Destarte, se o Tribunal cumprir com o compromisso de permitir a participação social nos casos de relevância e de interesse público geral cumprir-se-á sua representação argumentativa e por sua vez a legitimidade.

Nesse sentido, o conhecimento seria resultado de uma cooperação coletiva, e a audiência pública é um instrumento de excelência para auxiliar no contexto de descoberta dos casos submetidos à jurisdição constitucional, contribuindo para um ambiente deliberativo e racional na investigação e construção do conhecimento.<sup>399</sup>

A audiência pública é convocada para ser parte da fase de cognição, sob o argumento de que o caso é de interesse público relevante ou de repercussão geral. As informações extraídas desse instrumento deliberativo fazem “parte do campo de investigação do juiz”.<sup>400</sup> A esfera pública ali criada corrobora para que a decisão do juiz seja subsidiada, isto porque, os atores sociais envolvidos não têm o poder de decidir, pois:

<sup>397</sup> QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional**. Tese de Doutorado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2012, p. 233.

<sup>398</sup> GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade democrática: Tensão dialética no controle de constitucionalidade. In. NOVELINO, Marcelo (Org). **Leituras complementares de constitucional: Controle de constitucionalidade**. 3. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 77.

<sup>399</sup> QUEIROZ, op.cit., p. 235.

<sup>400</sup> Id., ibid., p. 235.

[...] a esfera pública não substitui a instância decisória. Ela delibera para que venham à tona os melhores argumentos. A decisão judicial, embora não precise repetir com exatidão todos os argumentos, deve refletir e enfrentar todo o material produzido. É pelo direito de influência e dever de debate que o ônus argumentativo alcança o máximo de sua legitimidade.<sup>401</sup>

Outro ponto a ser considerado no âmbito da audiência pública é o dever de debate e o direito de consideração, que segundo Ronaldo Pinheiro Queiroz:

[...] possibilitam aferir o impacto que a audiência pública causou na formação da decisão judicial, demonstrando não só a utilidade, mas sobretudo influência. No momento em que a Corte considera, direta ou indiretamente, os argumentos trazidos na audiência pública, há uma extensão do diálogo travado com a sociedade civil para dentro do próprio julgamento da causa.<sup>402</sup>

O dever de debate e o direito de consideração são formadores do contraditório-colaborativo. O diálogo processual ocorreria num contraditório baseado numa tríplice dimensão: informação, reação e participação<sup>403</sup>, que rompe com a ideia do contraditório clássico.

Sendo assim, o direito de influência:

[...] tem total pertinência com o exercício da democracia por meio do discurso, considerando que os cidadãos não são apenas destinatários das normas jurídicas, mas também seus atores, de modo que as decisões estatais somente se legitimam quando processadas por instâncias discursivas participativas, com regras de discurso que possibilitem as condições ideais do debate, a fim de assegurar a racionalidade e controlabilidade (*testability*) da decisão final.<sup>404</sup>

Nesse contexto, o contraditório dialógico necessita de debates pluralistas, com a participação dos interessados e isso se faz por meio dos procedimentos deliberativos.

---

<sup>401</sup> QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional**. Tese de Doutorado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2012, p. 236.

<sup>402</sup> Ibid., p. 265.

<sup>403</sup> Ibid., p. 237.

<sup>404</sup> Ibid., p. 239.

## 7 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN: A ABERTURA COGNITIVA PARA O ATENDIMENTO DAS EXPECTATIVAS SOCIAIS

O Novo Constitucionalismo Latino-americano é um movimento que se traduz numa tentativa de oportunizar voz aos vulneráveis, consoante se demonstrou no curso da elaboração do presente estudo, buscando atender a grupos e setores até então emudecidos. Dessa forma, e, de acordo com o que assevera Zagrebelsky<sup>405</sup>, houve, também, a edição de legislações setoriais o que fez culminar na adoção de um pluralismo jurídico pelos países apontados como seguidores desse modelo. Sequencialmente, o estudo concentrou-se na análise do constitucionalismo popular norte-americano e sua tentativa de retirar as constituições da corte, promovendo a releitura do *judicial review* por meio da valorização da revisão parlamentar e do fortalecimento da cidadania.

Tanto num caso quanto noutro, as ideias centrais convergiram para o enaltecimento da participação social na construção do Direito. Enquanto na primeira hipótese há a valorização da participação na elaboração de legislações setoriais, no segundo caso manifesta-se a busca pelo respeito à vontade social encartada nas leis promulgadas pelo Legislativo e que, por isso mesmo, deveriam ser revistas pela própria sociedade. Cria-se, conseqüentemente, a necessidade da atuação de novos protagonistas que, por sua vez, fazem remissão aos grupos sociais organizados.<sup>406</sup>

No Brasil, por seu turno, vigora uma constituição de bases, nitidamente, neoconstitucionalista. Acrescente-se que a sociedade brasileira ainda não despertou para a relevância da sua participação em importantes decisões judiciais sob o viés de uma interpretação constitucional, bem como, pelo fato de o Legislativo, já há certo tempo, preocupar-se mais com suas próprias vicissitudes do que mesmo com os interesses sociais.

---

<sup>405</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003, p. 37.

<sup>406</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. Os Desafios do Direito Constitucional Brasileiro: Continuar a ser um instrumento efetivo de cidadania. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, São Paulo: Del Rey, 2003, p. 577.

Contudo, ambos os modelos ainda constituem realidades distantes da sociedade brasileira.

Buscando conciliar os cenários acima, a tese sinaliza para um encontro possível, uma tentativa de, a partir das teorias dialógicas estudadas, promover, através de um *judicial review* dialógico que permita ao juiz adotar uma postura hermesiana e construir um direito capaz de atender às expectativas sociais, quando da realização do processo decisório.

Dessa forma, a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann se apresenta como o elo entre as expectativas sociais e a atividade jurisdicional. Note-se, ainda, que a escolha da citada teoria se deve, dentre outras razões, ao enfrentamento dado ao antropocentrismo de origens europeias, semelhante ao que ocorre com o Novo Constitucionalismo Latino-americano. Nesse sentido, afirma Willis Santiago:<sup>407</sup>

A teoria social sistêmica, tal como foi desenvolvida, principalmente, por Luhmann, assume, portanto, os seguintes pressupostos: (1º) substitui a contraposição entre sujeito e objeto, enquanto princípio heurístico fundamental, pela “diferenciação sistêmica”, no mundo (*Welt*), entre o que é “sistema” e seu meio ambiente (*Umwelt*). Com isso, não apenas oferece uma abordagem “desubstancializada”, pois o sistema não é um *hypoukeimenon*, como foram as coisas (*rei*) na Antiguidade e o sujeito na modernidade, mas também (2º) “desumanizada”, não-antropocêntrica, já que os seres humanos, enquanto sistemas biológicos, dotados de uma consciência, não fazem parte dos sistemas sociais integrantes do sistema global que é a sociedade, e sim, do seu meio ambiente – e o “antropocentrismo”, a visão que fundamenta um apartamento dos seres humanos de seu ambiente natural, justificando a oposição a ele, conhecendo-o para nele intervir e a ele se impor, pode ser considerado um dos motivos centrais de uma crise que é “epistemo-ecológica”, a qual tanto e cada vez mais nos ameaça, como sabe qualquer um minimamente informado, hoje em dia.

Na concepção de Luhmann, portanto, o termo “sociedade” não é empregado de uma forma humanista ou regionalista (sociedade brasileira, latino-americana, europeia),

---

<sup>407</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Imunologia: Mudança no paradigma autopoiético? **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica.** Rio de Janeiro, vol. 6, n. 3, setembro-dezembro, 2014, p.589.

mas sim como sociedade mundial (*Weltgesellschaft*)<sup>408</sup>, sendo composta não por seres humanos, mas pela comunicação entre eles.

### 7.1 Notas conceituais acerca da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann

Luhmann desenvolve uma teoria para a sociedade moderna. Em sua avaliação, a modernidade foi responsável pela construção de um elevado grau de complexidade e contingência, proporcionando, assim, uma espécie de diferenciação funcional. Nesse contexto, a complexidade se caracteriza pela existência de um considerável número de possibilidades de escolha e alternativas, enquanto que a contingência se constitui de uma escolha realizada dentre as possíveis.<sup>409</sup>

Sobre o tema, transcreve-se o seguinte excerto:

Complexidade é o mesmo que pluralidade de alternativas. Contingente significa que se a decisão, hoje, recaiu sobre a hipótese “x”, nada impediria que, legitimamente, tivesse recaído sobre a alternativa “y”, ou que, no futuro, recaia sobre a via “z”.<sup>410</sup>

Então, a sociedade é um sistema complexo, comunicativo, está dividida em vários sistemas parciais, subsistemas, funcionalmente diferenciados, em razão de suas próprias complexidades e que possuem comunicação própria. Assim, todos os sistemas parciais integram, em verdade, o sistema sociedade.

Numa análise sistêmica do Direito, o autor assevera que no âmbito dos sistemas parciais, a positivação e a alterabilidade marcam o Direito, que é a condição essencial da sociedade moderna, pretendendo, assim diferenciar o direito positivo moderno de outras formas arcaicas. O Direito, então, será reconhecido como válido porque alterável. Nesse contexto, Luhmann não se limita a um conceito formal de validade ou invalidade, mas sim, procura uma definição abstrata e sociológica, apresentando o conceito de expectativa normativa.

---

<sup>408</sup> Ibid., p.590.

<sup>409</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, vol. I, pp. 45-46.

<sup>410</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.83.

Neste raciocínio, Luhmann parte de uma concepção interaccionista das relações sociais. Poderemos falar de interacção social quando o comportamento de uma pessoa (*ego*) é orientado pela ideia que tem do comportamento do outro (*alter*), e pela noção de que este comportamento de *alter*, por sua vez, também é orientado pela ideia que *alter* tem do comportamento de *ego*. Na formação das suas intenções de acção, *ego*, a todo momento, vai, simultaneamente, formar um certo projecto de comportamento e antecipar comportamentos de *alter*, nomeadamente comportamentos que irão reagir ao seu próprio comportamento, ou comportamentos aos quais considera que será necessário ele, *ego*, reagir. Ou seja, a interacção social pressupõe que os intervenientes tenham determinadas *expectativas*, isto é, imagens antecipadas do que vai acontecer.<sup>411</sup>

Para Luhmann, as expectativas cognitivas estão sujeitas à modificação, pois serão alteradas no caso de serem frustradas pela realidade. Já aquelas de natureza normativa não podem ser abandonadas, sendo que o ator que deu causa à discrepância entre a expectativa e a realidade é quem provoca uma instabilidade sistêmica.<sup>412</sup>

Trazendo tais conceitos para o subsistema jurídico, o Direito tem o escopo de estabilizar as expectativas normativas e diminuir a contingência. Contudo, há de se transcrever o excerto abaixo que demonstra a possibilidade de flexibilização das expectativas cognitivas e normativas, dando azo, por exemplo, ao controle de constitucionalidade:

Mesmo quando se tem expectativas cognitivas, ou seja, quando se esteja disposto à assimilação, nem todo desapontamento leva à adaptação. Em geral, busca-se inicialmente apoio em explicações *ad hoc* e em hipóteses adicionais, que mantêm a expectativa e interpretam o desapontamento como exceção. Especialmente aquelas expectativas comprovados e centrais na estrutura cognitiva não são abandonadas tão rapidamente assim.

[...]

No sentido inverso, também as expectativas normativas não estão estadas à sua proclamada resistência e assimilação. A possibilidade de perseverança interna de expectativas repetidamente desapontadas tem seus limites.<sup>413</sup>

<sup>411</sup> GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann: Etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Portugal: LusoSofia: press, 2005, pp.197-198.

<sup>412</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, vol. I, pp. 56-57.

<sup>413</sup> *Ibid.*, p. 63.

A estabilização buscada pelo Direito ocorre através de uma generalização congruente de três dimensões, a saber: temporal, objetiva e material. Nesse contexto, a dimensão temporal estabiliza as frustrações através da normatização, pois esta atribui a ideia de continuidade, duração a uma certa expectativa, muito embora ocorram eventuais frustrações. Do ponto de vista social, surge a figura das instituições, ou seja, busca-se o apoio do consenso de terceiros. Por fim, quanto à dimensão prática, a estabilização procura uma identificação generalizada de sentido, assegurando “uma ‘imunização simbólica’ das expectativas normativas contra os fatos, que podem ser contrários ou conforme a elas”.<sup>414</sup>

Luhmann propõe distribuir estas expectativas em duas categorias, em função do desenrolar posterior da interação. O que vai acontecer poderá, ou não, corresponder às expectativas dos intervenientes. Quem tinha uma determinada expectativa, verificando que os factos não lhe corresponderam, pode ter duas reacções: pode mantê-la (se se reencontrar numa situação semelhante, voltará a esperar da parte dos outros o que esperou desta vez, embora tenha agora feito uma experiência decepcionante); ou pode abandoná-la (se se reencontrar numa situação semelhante, não voltará a abordá-la com a mesma antecipação). Expectativas que estaríamos dispostos a rever em função das nossas experiências são chamadas *cognitivas*; expectativas que queremos manter são chamadas *normativas*.<sup>415</sup>

Na perspectiva luhmaniana, percebe-se que o Direito procura garantir a manutenção da expectativa normativa em face de eventuais frustrações. “Assim, o direito sempre pressupõe como possível o desvio de conduta, mas, como as expectativas normativas estão estabilizadas congruentemente, elas são mantidas apesar da frustração”.<sup>416</sup>

[...] tratando-se de expectativas conscientemente diferenciadas, saberemos, *a priori*, qual será a nossa reacção em caso de não correspondência entre estas e a realidade. Isto verifica-se em certos contextos institucionalizados. Assim, na actividade científica, formulam-se hipóteses que são, tipicamente, expectativas cognitivas (um enunciado explícito do que se espera, associado à predisposição em reformulá-lo se a experiência não o confirmar). Diferentemente,

<sup>414</sup> LEITE, Glauco Salomão. A “politização” da Jurisdição Constitucional: Uma análise sob a perspectiva da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. **Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 13, p. 18, 2008.

<sup>415</sup> GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann: Etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Portugal: LusoSofia: press, 2005, p. 198.

<sup>416</sup> LEITE, op.cit., pp. 18-19.

um regulamento administrativo fundamentará, nos que participam na sua aplicação, expectativas tipicamente normativas, das quais os envolvidos sabem que serão mantidas, mesmo que, em certas circunstâncias, tenham sido decepcionadas. O superior hierárquico que verifica um incumprimento por parte de um subordinado esperará que, da próxima vez, a tarefa seja cumprida.<sup>417</sup>

Então, com base nos conceitos acima tratados, percebe-se que a ideia de validade formulada por Luhmann, segundo a qual uma regra que corresponde, na concepção de quem a conhece, à uma expectativa normativa é tida como contrafática. O Direito na busca pela redução das contingências, como qualquer outro sistema parcial, cria uma comunicação própria, seu código binário de lícito ou ilícito, o que o diferencia dos demais subsistemas e o delimita perante o ambiente, dessa forma, ocorre o seu fechamento operativo.

Contudo, deve-se destacar que o fechamento operativo do subsistema jurídico não busca promover o seu distanciamento da sociedade e de suas eventuais expectativas, mas, pretende fazer com o que o próprio Direito crie o Direito dentro do Direito. Ademais, o subsistema jurídico concebe instrumentos internos de reflexão a fim de evitar um autismo, ou seja, para viabilizar sua abertura cognitiva.

O direito regulamenta-se a si próprio. Esta regulamentação prevê, em particular, as modalidades de alteração da lei, isto é, a variabilidade do direito. A diferença entre normas substanciais e normas de procedimento é mais uma forma de lidar com a característica paradoxal do direito, estabilizado porque variável. Sempre que se empreende a alteração de determinadas normas, isto é feito na base de outras normas, processuais, as quais, durante o processo de revisão do direito substancial, não serão alteradas. Pela maneira como o direito define os processos da sua alteração, há sempre, por definição, um conjunto de normas que se mantém estável, garantindo melhores condições de variabilidade às restantes.<sup>418</sup>

Neste contexto, para Luhmann, a positivação do Direito é necessária para a sociedade hipercomplexa, razão pela qual o Direito atual tem que estar plenamente positivado.

---

<sup>417</sup> GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann: Etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Portugal: LusoSofia: press, 2005, p. 199.

<sup>418</sup> Ibid., p. 219.

## 7.2 Uma concepção sistêmica das Cortes Constitucionais

A decisão das Cortes é objeto de substancial discussão no plano da legitimidade democrática, incidindo no princípio da separação, principalmente, naquelas onde se adota um controle puramente jurídico, como ocorre no Brasil e nos Estados Unidos da América. Importante recordar que os tribunais constitucionais são órgãos, sejam eles de viés político ou judicial, responsáveis por resolver questões atinentes à guarda da constituição, pela realização do controle de constitucionalidade das leis, assegurando, assim, as garantias e direitos fundamentais e reafirmando a supremacia constitucional.

A formatação dos tribunais constitucionais muda de país para país e isso depende muito da forma como o ordenamento jurídico está organizado em cada um deles. Tal organização se dá pelas diferentes concepções filosóficas e históricas vivenciadas por esses Estados, levando em consideração os caminhos trilhados para o alcance da democracia e do constitucionalismo.

A Suprema Corte estadunidense firmou-se como a detentora da última palavra em matéria constitucional, o que potencializou as críticas quanto à legitimidade de sua atuação e supremacia face aos outros Poderes, já que os atos normativos destes estão sujeitos ao controle máximo dos juízes constitucionais. Tal crítica foi conduzida aos tribunais constitucionais europeus, principalmente por influência do pensamento de Hans Kelsen que acreditava na formatação de um órgão dotado de força operativa democrática e política, tendo em vista ser sua função precípua a atividade legiferante negativa, compatibilizando-se com a função legiferante positiva do parlamento.<sup>419</sup>

Esse sistema era o produto por Kelsen, que considerava que a participação dos eleitos pelo povo na designação das personalidades que iriam julgar o seu trabalho era, por natureza, o modo que melhor conseguia fundar a legitimidade democrática da justiça constitucional.<sup>420</sup>

---

<sup>419</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático**: Do ativismo judicial ao diálogo institucional. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2017, p. 27.

<sup>420</sup> ROUSSEAU, Dominique. Do Conselho constitucional ao Tribunal Constitucional. Tradução de António de Araújo. **Revista Subjudice**, n. 20/2, jan./jun. 2001, p. 98.

Nesse contexto, deve-se aduzir que o Judiciário realiza uma atividade decisória, com caráter de norma individualizada, o que seria incompatível com a atividade originária legiferante do parlamento. O constitucionalismo, por sua vez, permeado pelo ideal da supremacia constitucional, acabou se consolidando, principalmente com o pós-guerra, ou seja, a força normativa da constituição se sobrepôs ao próprio parlamento, especialmente em razão da crise parlamentarista.

Mesmo implementando essa formatação abstrata de controle de constitucionalidade das leis, os tribunais constitucionais europeus não a seguiram integralmente no que diz respeito ao afastamento da jurisdição constitucional, pois, quanto aos fundamentos, a influência vem do sistema norte-americano, ou seja, um controle feito por juízes.<sup>421</sup>

Na Áustria, de onde se extrai o controle concentrado de constitucionalidade, fruto da constituição de 1920, o tribunal constitucional é composto por quatorze membros, dos quais se impõe formação em direito e ciência política e atuação por, no mínimo, dez anos em profissão para a qual se exija tal qualificação acadêmica. De forma semelhante, o Conselho Constitucional francês foi criado com o propósito de pôr um fim à hegemonia do parlamento e evitar a instauração de uma jurisdição constitucional<sup>422</sup>. É composto por nove membros escolhidos pelo Parlamento e o Executivo, com critérios de investidura ditados por estes.

A discussão sobre a formatação dos órgãos constitucionais é tão emblemática que o constituinte francês, no ato de atribuir um nome ao “órgão”, optou por denominá-lo de Conselho, segundo o qual se estabelece uma nomenclatura distante dos nobres termos “cortes” e “tribunais”, não exprimindo relação com o plano jurídico ou político.<sup>423</sup> O próprio Dominique Rousseau esclarece que nos anos 1950 a crise que pairava sobre o direito constitucional e suas técnicas de controle estava na ausência da figura do juiz constitucional, enquanto na atualidade a crise do direito

---

<sup>421</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático**: Do ativismo judicial ao diálogo institucional. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2017, p. 28.

<sup>422</sup> ROUSSEAU, Dominique. Do Conselho constitucional ao Tribunal Constitucional. Tradução de António de Araújo. **Revista Subjudice**. n. 20/2, p. 89, jan./jun. 2001.

<sup>423</sup> *Ibid.*, p. 89.

constitucional está na presença dele, sendo, portanto, um agente que esteriliza intelectualmente a reflexão constitucional.<sup>424</sup>

Mesmo com toda a moderação para se afastar da tradição da Suprema Corte norte-americana, o Conselho Constitucional francês não conseguiu se desligar do modelo de jurisdição constitucional, pois ele mesmo vem adotando posturas que o fizeram parecer com uma corte de juízes.<sup>425</sup> O Tribunal Constitucional da Alemanha, por sua vez, é formado por dezesseis juízes, eleitos pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal, mostrando aqui uma inclinação política, aproximando, assim, da concepção kelseniana, mas sem abandonar o viés da participação efetiva de juízes.

Esta análise mostra o quanto a jurisdição constitucional tem ganhado espaço na consolidação da normatividade e supremacia constitucional, evidencia também que o ideal projetado por Kelsen não teve aplicação total, mas que é importante para amparar o constitucionalismo democrático pela via da justiça constitucional.

No Brasil, o termo jurisdição constitucional é também empregado e indica essa mesclagem de modelos de controle na qual o Poder Judiciário, assim como na tradição norte-americana, é o guardião da constituição, mas com recorte decisional de um tribunal constitucional. Na tradição brasileira, o Supremo Tribunal Federal exerce dupla função, ao tempo em que é tribunal constitucional é, ainda, tribunal de última instância. Embora o órgão de guarda constitucional brasileiro seja parte estruturante do Poder Judiciário, ainda assim, ele não se afasta de sua função política, ou seja, além das funções corriqueiras e próprias da jurisdição, também atua como tribunal constitucional, diferentemente da Suprema Corte estadunidense.

Tanto a Suprema Corte Norte-americana quanto o Supremo Tribunal Federal possuem atribuições de tribunal constitucional, ainda que a inclinação formal não permita transparecer. Tal visão torna-se perceptível quando se avalia o papel do *writ of certiorari* na Suprema Corte estadunidense e das ações de controle abstrato no

---

<sup>424</sup> Ibid., pp. 261-271.

<sup>425</sup> “Na França, o Conselho Constitucional, criado pela Constituição de 1958, vem adotando gradualmente postura que, em muitos aspectos, aproxima-o de um órgão de jurisdição constitucional” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade**, Brasília: EMAGIS, 2006, p. 28).

STF, pois são instrumentos que restringem, em matéria, a relevância da jurisdição constitucional, dando, por assim dizer, a mesma relevância de juízo constitucional dos tribunais europeus.

Marcado por essa dúplice função, o STF posiciona-se num espaço de grande tensão, notadamente porque localiza-se no centro da discussão entre dois sistemas, o político e o jurídico. Na visão de Niklas Luhmann os mencionados sistemas, muito embora distintos, necessitam de integração, já que pertencentes ao grande sistema social: a sociedade.

Para o sociólogo a complexidade e a contingência pairam pelo mundo das possibilidades, diversificadas e sempre maiores do que se imagina realizar. Em suma, “complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”.<sup>426</sup>

Uma corte política, dessa forma, é figura indispensável para o respeito da constituição e por consequência, será capaz de enfrentar assuntos que, em tese, extrapolam a função do sistema jurídico, se comparadas ao exercício dos tribunais europeus. A problemática se estabelece tendo por discussão essa atividade jurisdicional que por vezes invade o plano político. O que precisa ser levado em consideração, ainda, é o respeito aos critérios utilizados para delimitar o que faz parte do plano jurídico e do plano político, ou seja, o que pode e o que não pode decidir em razão da Separação dos Poderes e da autorreferenciação dos sistemas.

Nesse cenário de complexidade, as interações entre os sistemas são inevitáveis, porém, precisam observar o que Luhmann denomina de código binário, instrumento indispensável à autorreferenciação do sistema. O código binário dos sistemas permite que os mesmos sejam dispostos e reconhecidos no grande sistema social por sua diferenciação funcional, sendo autônomos e autopoieticos.

Enquanto no direito o código binário gira em torno do lícito/ilícito, na política a autorreferenciação reside na obediência ao governo/oposição. A função do direito é

---

<sup>426</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Vol. I. 1983, pp.45-46.

a manutenção das expectativas normativas, enquanto a do sistema político é garantir as decisões coletivamente vinculantes.<sup>427</sup>

O direito, portanto, configura-se como o principal moderador da complexidade, sua função não é exterminá-la, até porque seria impossível, mas administrá-la, numa dinâmica de neutralizar os dissensos mais do que buscar consensos. A política, por sua vez, lida com um nível de complexidade maior que o do sistema jurídico, pois recai sobre si a observação de uma circularidade de informações e uma variabilidade de opiniões cognitivas.<sup>428</sup>

A comunicação é o cerne, a célula do grande sistema social, pois os sistemas funcionam numa conexão circular-reflexiva<sup>429</sup>. Sendo assim, a constituição é a ferramenta de distinção e conexão entre os sistemas político e jurídico, isso porque é na constituição que se encontram dispostos a funcionalidade e as limitações de ambos.

Ao iniciar suas considerações sobre o papel dos tribunais no sistema jurídico, Luhmann faz referência à diferenciação interna do sistema, que é a maneira pela qual as relações entre os subsistemas se apresentam no contexto do sistema total.

Partindo da teoria da diferenciação, nos importa, em primeiro lugar, o posicionamento dos tribunais como sistemas parciais (subsistemas) do direito. Então, a pergunta é, de qual forma a diferenciação se impõe ao sistema do direito quando deve-se fazer a diferenciação dos tribunais?<sup>430</sup> (Tradução livre).

---

<sup>427</sup> TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direito e Política na Teoria dos Sistemas. In. SILVA, Artur Stamford da; SANTOS, Gustavo Ferreira. (Org) **Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann**. Recife: Editora Universitária UFPE, Anais do Congresso Internacional em homenagem a Cláudio Souto, 2009, p. 322.

<sup>428</sup> TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direito e Política na Teoria dos Sistemas. In. SILVA, Artur Stamford da; SANTOS, Gustavo Ferreira. (Org) **Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann**. Recife: Editora Universitária UFPE, Anais do Congresso Internacional em homenagem a Cláudio Souto, 2009, p. 322.

<sup>429</sup> SILVA, Artur Stamford da. **10 Lições sobre Luhmann**. Rio de Janeiro: Vozes, 2016, p. 50.

<sup>430</sup> LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Trad. Javier Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 213. No original: *Desde el punto de vista de la teoría de la diferenciación nos importa, en primer lugar, el posicionamiento de los tribunales como sistemas parciales (subsistemas) del derecho. La pregunta es, entonces, qué forma de diferenciación se le impone al sistema del derecho cuando se tiene que diferenciar en tribunales.*

Para Luhmann, os tribunais, na teoria da diferenciação interna, também são sistemas parciais, ou seja, um sistema parcial dentro do subsistema jurídico. Se o tribunal é um subsistema sua função é a de decidir, operacionalizar os dissensos, tornando-se, portanto, um verdadeiro reproduzidor de complexidade, pois quando decide assim o faz.

A partir das palavras de Artur Stamford da Silva, em interpretação à colocação dos tribunais no sistema do direito, tem-se que:

Os tribunais são provenientes da evolução da sociedade, surgiram na Modernidade, com a positividade do direito. São a instituição da força do direito; lidam, portanto, com a legitimação do direito porque atuam devido à necessidade de estabilização dos valores sociais lícitos/ilícitos.<sup>431</sup>

Por isso que Luhmann faz questão de denominar os tribunais como instâncias parciais do direito, uma vez que este não se resume à sentenças, jurisprudência e lei. Como elemento do sistema jurídico, os tribunais são responsáveis pela organização da justiça, tendo como produto a decisão judicial.

Nesse contexto, a diferenciação interna do sistema jurídico é constituída pelo centro e pela periferia. No centro do sistema jurídico estão os tribunais, sobre quem recai a força de decidir, são, portanto, sistemas organizacionais. Nos sistemas organizacionais reside a tarefa de sustentar a sociedade moderna, pois realizam a *autopoiesis* social, ou seja, se reproduzem com base na comunicação.

As organizações são os meios que promovem a comunicação do sistema social. Partindo dessa leitura, tem-se os tribunais como articuladores da comunicação no sistema jurídico, pois eles vêm para estabelecer limites com o ambiente, possibilitando assim a seleção sistêmica, a diferenciação funcional<sup>432</sup>. Aos tribunais, como elemento central do sistema do direito, é dada a tarefa, segundo Luhmann, de

---

<sup>431</sup> SILVA, Artur Stamford da. **10 Lições sobre Luhmann**. Rio de Janeiro: Vozes, 2016, p. 108-109.

<sup>432</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite & VILLAS BOAS, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: Direito e Sociedade** na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 127.

supervisionar a consistência das decisões jurídicas, desenvolvendo assim uma observação de segunda ordem, ou seja, a observação das decisões jurídicas.<sup>433</sup>

Como sistema organizacional máximo do direito pátrio, produtor de decisões, o STF tem a responsabilidade de definir as fronteiras sobre a constitucionalidade ou não de tudo aquilo que permeia o entorno, uma vez que, segundo o mesmo autor, a legislação é, também, entorno dos tribunais.

O direito, em geral, opera com o código lícito/ilícito e transportando essa linguagem para o seu centro, tem-se que o STF, como subsistema parcial do sistema jurídico, trabalha com o código binário do constitucional/inconstitucional. Essa funcionalidade representa o ápice de proteção do próprio sistema jurídico, daí a importância de se proteger a constituição.

Ensina Louis Favoreu que “atualmente não podemos mais conceber um sistema constitucional que não dê lugar a essa instituição e, na Europa, todas as novas Constituições preveem a existência de uma Corte Constitucional”.<sup>434</sup>

Os sistemas interativos, por sua vez, são representados pelo entorno do sistema jurídico, ou seja, tudo aquilo que existe no sistema do direito exceto os tribunais, também chamado de periferia. A periferia é responsável pela zona de contato com os demais sistemas da sociedade moderna, uma vez que está mais suscetível às irritações do que o próprio centro.<sup>435</sup>

A periferia do subsistema é, desse modo, uma espécie de “filtro” para as irritações provenientes de seu ambiente. Ademais, o centro do sistema jurídico, além de estar jungido a um maior controle de consistência, também se caracteriza pela proibição de denegação de justiça, o que implica obrigação de decidir, característica essa que não se encontra na periferia daquele, uma vez que nela não há nenhuma imposição ou necessidade de decidir.<sup>436</sup>

---

<sup>433</sup> LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Trad. Javier Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p.233.

<sup>434</sup> FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 15.

<sup>435</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite & VILLAS BOAS, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: Direito e Sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 129.

<sup>436</sup> Id., *ibid.*, p. 129.

Além de existir uma área externa ao subsistema jurídico, há também, dentro do subsistema um entorno, que será responsável por empreender a comunicação do subsistema do direito com os demais sistemas parciais. A comunicação entre esses entornos, mais flexíveis para o trato comunicacional, possibilitam a interação entre os sistemas, por isso são chamados de sistemas interativos.

Desta feita, como poderia, então, mediante a ideia de centro e periferia, os tribunais, neste caso o STF, promover a comunicação entre o sistema jurídico e político com a finalidade de estabelecer um diálogo democrático?

Decerto, uma das principais razões pelas quais as audiências públicas têm sido exponencialmente convocadas por parte do STF decorre da premissa de que, quanto mais diversificados os atores ouvidos, melhores serão as condições de proteção destes interesses, mais interativas serão as tensões democráticas e qualitativamente mais complexas as deliberações obtidas.<sup>437</sup>

Sobre as decisões judiciais existe uma característica futurista, de criação do próprio direito e que permitem a autonomia do subsistema, tendo em vista que promovem o fechamento operacional. Sendo assim, o tribunal só pode captar para a decisão aquilo que esteja dentro do código conforme/não conforme, ou ainda, constitucional/não constitucional. Quando o STF assim o faz, está promovendo a aplicação de direitos fundamentais, da guarda da constituição e, em geral, do fechamento operacional sistêmico. A comunicação entre o STF e o seu entorno sistêmico fica a critério de mecanismos de captação, que na realidade brasileira, são os institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas, já realizadas por aquele Tribunal.

### **7.3 A abertura cognitiva do sistema jurídico brasileiro a fim de promover sua adaptação às expectativas sociais**

A promoção de um fechamento operativo pelo sistema jurídico é o que permite se diferenciar do seu ambiente e, conseqüentemente, viabiliza sua própria existência.

---

<sup>437</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. **Revista Direito GV**. v.13. n.1. jan./abr. 2017. São Paulo. Acesso em 05 de jul. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68917/66521>.

Porém, isso não significa dizer que o sistema não se deixa influenciar por informações advindas do ambiente. O que ocorre, na verdade, é que essas informações são filtradas a fim de adequá-las ao modelo de comunicação produzido pelo próprio sistema, no caso do Direito, lícito/ilícito.

Significa dizer que o Direito não está alheio aos anseios sociais, às frustrações advindas de grupos vulneráveis e historicamente silenciados (tais como: a impossibilidade de participação na vida política do Estado e a exclusão de sua opinião na interpretação da constituição), mas sim, que dá uma resposta a partir de seu código jurídico.

Diante das condutas sociais, é preciso saber qual valor do código deve ser aplicado: se o conforme ou não-conforme ao direito. Essa função é desempenhada pelos programas. Os programas são responsáveis pela aplicação do código específico do direito aos fatos sociais. Atuam, neste sentido, como um suplemento do código, direcionando a sua semântica. No sistema jurídico, os programas são representados basicamente pelas normas jurídicas, que estipulam a licitude ou ilicitude de certas condutas.<sup>438</sup>

A partir da compreensão entre código/programa, percebe-se que as normas podem ser modificadas sem que isso cause a perda de identidade do sistema jurídico. A seu turno, o código do Direito é invariável, pois, do contrário, ocorreria a ruína do próprio sistema jurídico. Assim, a absorção das expectativas sociais (cognições) conseguiria promover a alteração das normas (programa).

Nesse momento, interessa rememorar que o Novo Constitucionalismo Latino-americano fortemente empregado pela Bolívia, a partir do momento em que criou uma jurisdição específica, a indígena, com linguagem própria, ou seja, com código próprio, acabou por promover não apenas uma irritação, mas uma verdadeira ruptura do sistema jurídico.

Não se nega nem a existência, nem a relevância do entorno. Ao contrário: a distinção entre sistema e entorno é, precisamente, aquela forma que permite que tanto o sistema como o entorno se

---

<sup>438</sup> LEITE, Glauco Salomão. A “politização” da Jurisdição Constitucional: Uma análise sob a perspectiva da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. **Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n.13, p. 23, 2008.

designem em referência recíproca. Não insistimos no absurdo de afirmar que haja direito sem sociedade, sem homens, sem as condições físico-químicas de nosso planeta. Unicamente afirmamos que o sistema produz as relações com o entorno a partir de seus próprios impulsos, a partir da efetuação de suas próprias operações; estas operações são possíveis graças à integração de uma teia recursiva que chamamos de clausura. Mais brevemente, a abertura só é viável com base no fechamento.<sup>439</sup>

As expectativas sociais não somente foram absorvidas pelo sistema, mas se distanciaram da linguagem própria deste, isto é, não foram tratadas a partir da linguagem específica do sistema. Pelo contrário, buscou-se valorizar a participação de determinado grupo social, com seu código e programas específicos. Assim, um subsistema quando se depara com situações estranhas a seu próprio código, apresenta respostas estruturadas de acordo com este, por exemplo, o sistema jurídico apresentaria respostas jurídicas a um problema de cunho político ou social.

Nesse contexto, aparenta a constituição boliviana de 2009, com base nas premissas dos teóricos do Novo Constitucionalismo Latino-americano, ter promovido uma ruptura no sistema jurídico, fazendo com que ele, a partir da criação de um pluralismo jurídico, passasse a apresentar respostas sociais, aporéticas, aos problemas enfrentados.

Além de dirimir conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Indígena Campesina por critérios culturais antropológicos, estabeleceu a coexistência de bases jurídicas distintas, de cada nação indígena e a ordinária, onde não há hierarquia entre elas, para em conjunto formar um modelo de jurisdição multifacetado que respeita a formação histórica de cada povo e ao mesmo tempo estabelece limites, tendo em vista os direitos humanos, tratados internacionais e garantias constitucionais.<sup>440</sup>

A atual constituição boliviana prevê, também, um controle social sobre a atividade jurisdicional, com a eleição dos membros do Judiciário que possuem mandato fixo. O cuidado em não se promover uma relação hierárquica entre os sistemas não parece ter sido adequadamente observado pela constituição desse país. Destaque-

<sup>439</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrete. Universidade Iberoamericana: México, 2002, p. 132.

<sup>440</sup> BRASIL. STF. **Tribunal Constitucional da Bolívia reconhece autonomia da Justiça Indígena**. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortallnternacionalDestaques&idConteudo=241307>. Acesso em: 29 set. 2016.

se que não se criou uma regra geral para todos os grupos sociais, houve uma valorização dos costumes dos povos originários, não recebendo o mesmo tratamento, por exemplo, os afrodescendentes.

Noutro giro, a fim de reforçar a premissa de que o Novo Constitucionalismo Latino-americano provoca uma ruptura sistêmica, deve-se aprofundar o tema da autopoiesis, já mencionado. Assim, com base nos estudos de Varela e Maturana, Luhmann chegou ao que seria o núcleo da teoria sistêmica, a *autopoiesis*.

Enquanto nas teorias clássicas temos a ideia do conhecimento do mundo através da distinção entre sujeito/objeto, onde a sociedade é observada por um sujeito posicionado em um plano *ab extra*; na teoria dos sistemas de Luhmann, temos a ideia de que a realidade é uma operação de construção de quem observa. Ou seja, há tantas realidades quanto forem os observadores e para que se possa conhecer a realidade é preciso observar o observador.<sup>441</sup>

Nesse contexto, tendo sujeito e objeto como um, Luhmann construiu a ideia da autopoiese, palavra grega que significa literalmente autoprodução. Para explicá-la, o autor se valeu de uma teoria científica da biologia, dos pesquisadores Humberto Maturana e Francisco Varela. Na teoria dos chilenos:

A preocupação central da Autopoiesis não é exclusivamente a realidade e a existência do mundo, mas a forma como interpretamos o mundo e compreendemos a realidade, partindo do princípio de que é preciso compreender como compreendemos, ou seja, compreender o modo pelo qual fazemos uso de nossa própria compreensão, enquanto seres humanos e observadores.<sup>442</sup>

A autoprodução ocorre dentro do próprio sistema, sem dependência do ambiente. Existe, portanto, uma correlação interna, todavia, isso não significa que as expectativas externas não influenciem. Sobre o tema, Willis Santiago assim conceitua a autopoiese:

Sistema autopoietico é aquele dotado de organização autopoietica, onde há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema

---

<sup>441</sup> ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. **(Re) Estabilização de expectativas normativas: observação sobre o precedente judicial à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Recife: UNICAP, 2014, p. 18.

<sup>442</sup> ANDRADE, Cláudia Castro. A fenomenologia da percepção a partir da autopoiesis de Humberto Maturana e Francisco Varela. **Revista de Filosofia**, Rio de Janeiro, v.6, n.2, p. 100, dezembro/2012.

e que geram sua organização, pela relação reiterativa, circular ("recursiva") entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente, mas sim por sua própria organização, formada por seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser "fechado", do ponto de vista de sua organização, não havendo "entradas" (inputs) e "saídas" (outputs) para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele - não se trata, portanto, de uma "autarquia" do sistema, pois ele depende dos elementos fornecidos pelo ambiente.<sup>443</sup>

Diante de tal teoria Luhmann chega ao ponto máximo de sua comparação, pois de acordo com ele os sistemas sociais funcionam como uma rede que produz seus próprios elementos.

O sistema autopoietico é considerado autônomo porque nele o que se opera não é e não pode ser determinado por nenhum componente localizado em seu ambiente, mas, tão-somente, pelos elementos produzidos pelo próprio sistema.<sup>444</sup>

Um sistema que não mantém, que não respeita seu código, acaba não adquirindo estabilidade, nem autonomia para lidar com as constantes relações e trocas de informação com o meio. Acerca do tema, afirma Luhmann "a segurança do direito deve consistir em primeiro, e antes de tudo, na segurança de que os assuntos, se se deseja, sejam tratados exclusivamente de acordo com o código do direito, e não de acordo com o código do poder ou de qualquer outro interesse não contemplado pelo direito."<sup>445</sup>

Deve-se dizer, também, que os sistemas parciais, ou subsistemas, interferem uns sobre os outros, não numa relação de hierarquia ou de fusão, mas sim através de um acoplamento estrutural. Essa situação é vista com bastante facilidade quando se percebe que uma constituição serve para promover esse acoplamento entre sociedade e direito, política e direito e sociedade e política.

---

<sup>443</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Imunologia: Mudança no paradigma autopoietico? **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica.** Rio de Janeiro, vol. 6, n. 3, p. 591, setembro-dezembro, 2014.

<sup>444</sup> ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. **(Re) Estabilização de expectativas normativas: observação sobre o precedente judicial à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Recife: UNICAP, 2014, p. 19.

<sup>445</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** Trad. Javier Torres Nafarrete. Universidade Iberoamericana: México, 2002, p. 249.

Esse acoplamento necessita ser viabilizado por certos meios (*media*). O meio principal de acoplamento entre o sistema do direito e o sistema da política, por exemplo, segundo Luhmann são as constituições. Para entendermos isso é necessário ter em mente que o judiciário é a organização que ocupa o centro do sistema jurídico, pois é quem determina em última instância o que é e o que não é direito. Da mesma forma os demais poderes do Estado, legislativo e executivo, ocupam o centro do sistema político, mas assim como o judiciário, têm na constituição as pautas mais importantes de balizamento da ação de seus componentes.<sup>446</sup>

A comunicação é o elemento mais importante da teoria sistêmica de Luhmann, em razão disso o acoplamento estrutural, a ligação comunicativa entre os sistemas parciais, ao mesmo tempo em que evita a corrupção sistêmica, permite a irritação que viabiliza a abertura cognitiva ao próprio sistema parcial.

A realização do estudo histórico acerca dos movimentos constitucionais e da evolução do Estado, trazida nos primeiros capítulos desta tese, teve como escopo demonstrar a relação entre Estado e sociedade e a participação desta nas escolhas dos caminhos a serem trilhados pelo Estado. Outrossim, a análise do constitucionalismo popular norte-americano e das teorias dialógicas que deveriam colmatar as relações Estado-sociedade, serviram para demonstrar que, gradualmente, a última tem encontrado mais espaço nas decisões estatais e nas manifestações de poder oriundas do Judiciário. Sobre o tema, transcreve-se conceito trazido por Willis Santiago:<sup>447</sup>

Considerando as características da fronteira dos sistemas, referidas por M. Bunge, tem-se que (1º) periférico em um sistema é o que ocorre em suas fronteiras; (2º) uma função específica das fronteiras dos sistemas é proceder trocas entre o sistema e o meio; (3º) na fronteira encontramos os elementos do sistema que estão diretamente acoplados com componentes do meio-ambiente. Isso nos levou a concluir que uma Corte Constitucional, por exemplo, situar-se-ia na fronteira entre os sistemas jurídicos e políticos, sendo um dos componentes mais importantes no acoplamento estrutural dos dois sistemas. Com isso, tem-se de admitir que as Cortes Constitucionais, se estão na fronteira do sistema jurídico, tendo saído de seu centro, migrou para lá, não sendo mais, propriamente, parte integrante do judiciário, em um sistema jurídico autopoietico, onde este ocupa o seu centro, ao dispor, em última instância (no caso,

---

<sup>446</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Imunologia: Mudança no paradigma autopoietico? **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica.** Rio de Janeiro, vol. 6, n. 3, p. 592, setembro-dezembro, 2014.

<sup>447</sup> Ibid., pp. 592-593.

literalmente), sobre o código característico (e caracterizador) do sistema jurídico, pelo qual se define como jurídica ou não as comunicações. Uma consequência das mais relevantes dessa “migração” das cortes constitucionais é que elas, quando passam a integrar o sistema político, devem se submeter aos mesmos critérios de legitimação que os demais componentes desse sistema, onde a comunicação se qualifica pelo código do poder.

A ideia de que a lei traz segurança jurídica, bem como a premissa de que, interpretada encontra solução para todas as situações, mostra-se insuficiente, sendo que, a partir daí, percebe-se que a adoção de modelos deliberativos culminou na promoção de uma busca pela justiça como condição de segurança, ao invés da mera aplicação subsuntiva dos fatos à lei.

A construção de uma decisão judicial dialógica a partir de um diálogo estabelecido entre os interessados, no qual haja o respeito ao código do sistema jurídico, aparenta ser o modelo de jurisdição constitucional concentrada ideal para o constitucionalismo empregado no Brasil. Isto porque, ao invés de criar novos códigos jurídicos em um mesmo patamar de hierarquia e subordinação, a troca de informações entre alguns subsistemas sociais (índios, afrodescendentes, sem-terra), com o subsistema jurídico permitiria a organização dos elementos e a estabilização de ambos os sistemas parciais.

A generalização das expectativas promove a normatização, deixando-se de lado, interesses pessoais, subjetivos. Assim, o sistema não fica ligado a situações individuais, nem dependente delas.<sup>448</sup> Nesse contexto, as audiências públicas se consubstanciam como um mecanismo, uma resposta jurídica, aos anseios sociais, às expectativas cognitivas, mantendo o sistema jurídico hígido, ao mesmo tempo em que permite a abertura cognitiva necessária à absorção dos riscos advindos da construção da decisão proferida em sede de jurisdição constitucional.

Dessa forma, são criadas pontes de comunicação visando que os diversos sistemas sociais ajudem a permitir o conhecimento aprofundado de questões não jurídicas,

---

<sup>448</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.19.

propiciando, conseqüentemente, a construção de uma decisão atenta aos efeitos que ela mesma produzirá na sociedade.<sup>449</sup>

A consequência do acoplamento estrutural entre o subsistema do Direito com outros sistemas parciais, faz com que a Corte Constitucional brasileira adquira um *status* de integrante de diversos subsistemas, ganhando extrema relevância a preocupação do Judiciário com os efeitos provocados pela sua decisão na sociedade ao permitir a oitiva social e a conseqüente construção dialógica do *decisum*, servindo para administrar a contingência e por sua vez diminuindo os riscos do exercício da atividade jurisdicional.

Aliás, a doutrina é unânime em reconhecer, na esteira de Kelsen, que tais cortes exercem um poder de legislação negativa, e também – agora já indo além da formulação tradicional do positivismo - que podem apreciar o mérito de decisões administrativas, quando as mesmas apresentam defeitos do ponto de vista da manutenção da integridade dos princípios constitucionais e direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, ao pronunciarem a última palavra sobre o que é e o que não é direito, situam-se no “centro do centro” do sistema jurídico. Este “centro do centro”, então, é onde se daria o acoplamento estrutural do sistema jurídico com outros, e não só com o sistema político. Também a educação, a ciência, a arte, a religião, a economia, a mídia e todos os demais sistemas sociais penetram no direito e são por ele penetrados (ou “irritados”), principalmente, por via de interpretações a partir do que se acha disposto na constituição, interpretações essas que são feitas por juristas, juízes e demais operadores jurídicos e, mesmo, por jornalista, padres, cientistas, enfim, todos os cidadãos, e essas interpretações todas influenciam (“irritam”) os membros das Cortes Constitucionais, mas a interpretação que prevalece, em um sistema jurídico autopoietico - e, logo, autônomo - é desses últimos.<sup>450</sup>

Em verdade, mesmo havendo um fechamento operacional entre os sistemas, conforme descrito por Luhmann, estes são abertos cognitivamente. Entre eles pode existir uma interação, como forma de exercer uma função conjunta para a sociedade.

Postular que a sociedade contemporânea, organizada em escala mundial, “globalizada”, é o produto da diferenciação funcional de diversos (sub)sistemas, como os da economia, ética, direito, mídia,

<sup>449</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.118.

<sup>450</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Imunologia: Mudança no paradigma autopoietico? **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro, vol. 6, n. 3, setembro-dezembro, 2014, p.593.

política, ciência, religião, arte, ensino etc. - sistemas autopoieticos, que operam com autonomia e fechados uns em relação aos outros, cada um com sua própria “lógica” -, postular isso não implica negar que haja influência (ou “perturbações”) desses sistemas uns nos outros. Entre eles dá-se o que a teoria de sistemas autopoieticos denomina “acoplamento estrutural”. Assim, o sistema da política acopla-se estruturalmente ao do direito através das constituições dos Estados, enquanto o direito se acopla à economia através dos contratos e títulos de propriedade, e a economia, através do direito, com a política, por meio dos impostos e tributos, e todos esses com a ciência, através de publicações, diplomas e certificados, cabendo a uma corte constitucional, em última instância, deliberar sobre a “justeza” desses acoplamentos, em caso de dúvidas ou contestações, que os ameace, ameaçando, assim, a autopoiese do sistema global e, logo, sua permanência, sua “vida”.<sup>451</sup>

Então, é necessário entender o Direito como um verdadeiro sistema paradoxal já que deve buscar preservar sua normatividade, defendê-la em nome da segurança jurídica, ao mesmo tempo em que também deve introduzir no seu código exclusivo experiências reais que tracem o perfil da sociedade na qual está inserido. “O direito é um sistema autopoietico na medida em que, para a produção de suas operações específicas, ele se remete à rede de suas próprias operações, de tal modo que a variação do sistema jurídico se processa completamente em seu interior.”<sup>452</sup>

Por isso mesmo, a fim de que as audiências públicas produzam os efeitos necessários para a diminuição das contingências, a sua realização deve ser encarada como uma ponte de comunicação entre os diversos sistemas sociais e o sistema jurídico e não apenas como um procedimento formal que sirva para conferir um pseudo grau de legitimidade às decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade. “A intenção da justiça se dirige, não à maximização da consistência dogmática, mas a responder-se sensivelmente às mais divergentes demandas vindas de fora e, assim, a buscar-se a máxima consistência possível.”<sup>453</sup>

---

<sup>451</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Imunologia: Mudança no paradigma autopoietico? **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica.** Rio de Janeiro, vol. 6, n. 3, setembro-dezembro, 2014, p. 595.

<sup>452</sup> LEITE, Glauco Salomão. A “politização” da jurisdição constitucional: Uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, número 13, p.19, março/abril/maio, 2008.

<sup>453</sup> TEUBNER, Gunther. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito? **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas**, Belo Horizonte, n.4, p. 28, out. 2011.

O acoplamento pressupõe uma adaptação do sistema ao seu ambiente, excluindo por meio das operações próprias do sistema tudo aquilo do ambiente que possa interferir em sua auto-poiese, aproveitando, por meio de relações análogas, tudo o que exista no meio que possa ser observado pelo sistema e convertido em uma operação própria desse sistema. Os acoplamentos transformam as relações análogas do meio em operações do sistema, e, desta forma, realizam uma dupla função de manter a autodeterminação do sistema enquanto este se relaciona com seu meio.<sup>454</sup>

Assim, a ideia de limitar-se o número de variáveis externas que influenciarão o sistema jurídico no momento da construção da decisão, por meio das audiências públicas, ao invés de entender que devam ser criadas novas ordens jurídicas, como ocorre com o pluralismo jurídico, serve para que o ciclo contínuo de comunicação entre os sistemas se estabilize e que se alcance uma segurança. Contudo, com a estabilização não há o encerramento da comunicação entre os sistemas sociais e o jurídico, apenas o encontro da sua identidade e a criação de novas demandas, novas contingências, que serão absorvidas a partir do mesmo procedimento contínuo.<sup>455</sup>

#### **7.4 O monismo-plural estabelecido no constitucionalismo brasileiro através das audiências públicas**

O objeto de estudo centra-se na premissa da necessidade de analisar o Novo Constitucionalismo Latino-americano, a partir de suas premissas históricas, filosóficas e sociais, em comparação com outros modelos de constitucionalismo aplicados na Europa e Estados Unidos, para, ao fim conseguir verificar se os efeitos desse *Nuevo* Constitucionalismo deveriam irradiar no Brasil.

Nesta senda, merece destaque o fato de que as constituições criadas sob a égide do Novo Constitucionalismo Latino-americano defendem, além das ideias transcritas nos capítulos anteriores, um pluralismo jurídico e um Estado Plural ou Plurinacional. Esse tema, historicamente, sempre foi fonte de intensos debates acerca da validade

---

<sup>454</sup> ALVES, Fernando Antônio da Silva. O pluralismo jurídico na abertura do Direito aos movimentos sociais – uma análise da teoria sistêmica de Teubner, aplicada aos grandes centros urbanos. In: SILVA, Arthur Stamford da & SANTOS, Gustavo Ferreira (orgs.). **Sociedade, Direito e Decisão Judicial em Niklas Luhmann**. Recife: Universitária, 2009, p.231.

<sup>455</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, pp. 301-358.

e eficácia, contudo, nesse momento, a pesquisa procura superar a forma antagônica de estudar essas duas escolas.

Reitere-se que a dicotomia utilizada na confecção do texto entende por monismo jurídico a ideia de monopólio estatal para a criação das leis, ao passo que enxerga o pluralismo jurídico como a validade de normas não-estatais, isto é, editadas de forma descentralizada.

O Novo Constitucionalismo Latino-americano é fruto de uma outra forma de pensar o pluralismo jurídico. Não defende a ideia de mais de uma constituição vigorando ao mesmo tempo num único território, mas sim a ideia de uma Carta Constitucional que preveja a coexistência de vários povos, isto é, que conceba o desenvolvimento, através da valorização de suas características específicas, de uma sociedade multicultural, sob a égide, obviamente, de uma Constituição multicultural.

Para conceber a validade de uma constituição que tutela um pluralismo jurídico na América Latina, deve-se “valorizar a interação entre o plano instituído, o plano da juridicidade emanada do Estado e o plano das práticas pluralistas, campo da racionalidade material”.<sup>456</sup> Sobre o tema, vale transcrever os princípios que regem o pluralismo jurídico encartados no Novo Constitucionalismo Latino-americano:

[...] 1) a autonomia, poder intrínseco aos vários grupos, concebido como independente do poder central; 2) a descentralização, deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; 3) a participação, intervenção dos grupos, sobretudo daqueles minoritários, no processo decisório; 4) o localismo, privilégio que o poder local assume diante do poder central; 5) a diversidade, privilégio que se dá à diferença e não, à homogeneidade; e, finalmente, 6) a tolerância, ou seja, o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre os vários grupos baseada em regras pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação.<sup>457</sup>

Em verdade, o estudo do pluralismo no Direito pela presente tese reside no fato de que deve ocorrer uma integração entre a Constituição brasileira e os meios legítimos

---

<sup>456</sup> MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 16.

<sup>457</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um Novo Constitucionalismo na América Latina. In: \_\_\_\_\_ ; MELO, Milena Petters. et al (Orgs.). **Constitucionalismo Latino Americano: Tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 20.

e difusos de criação normativa emanados da sociedade, sendo o STF o destinatário, interlocutor e intermediário dos debates das fontes estatais e não estatais do Direito.

Nesse contexto, as audiências públicas podem ser encaradas como um exemplo do reconhecimento da existência de um monismo-plural no Brasil a partir do momento em que reforçam a ideia de uma sociedade multicultural, pautada em interesses divergentes, as vezes fundada em questões econômicas (por exemplo, as audiências públicas referentes ao uso de amianto na construção civil), morais e religiosas (como no caso da audiência pública que discutiu a constitucionalidade da lei de biossegurança).

[...] as audiências públicas são importantes mecanismos para conferir legitimidade democrática à Corte, viabilizando que o STF dialogue com a sociedade civil, ampliando o rol de intérpretes da Constituição. Além disso, as audiências públicas criam a oportunidade para que ocorra o debate de teses opostas e com fundamentos variados, ampliando e fomentando a discussão do tema dentro e fora da Corte, além de instigar que a população também reflita sobre as questões em análise pelo Tribunal.<sup>458</sup>

Ao perquirir o tema das audiências públicas realizadas pelo Brasil, especialmente no que diz respeito a fenômeno da aproximação entre os subsistemas político e jurídico, Mark Tushnet afirma, em tradução livre, que “a interpretação constitucional é uma mistura complexa de Direito e Política. As audiências públicas brasileiras podem ser entendidas como constitucionalismo político e judicial.”<sup>459</sup>

No intuito de descrever como as audiências públicas poderiam ser encaradas como reflexos de um pluralismo jurídico no Brasil, vale analisar o tema sob a ótica de Edmundo Lima de Arruda Jr., para quem há três planos de compreensão, o da

---

<sup>458</sup> SILVA, Roberto Baptista Dias da; ISTAMATI, Gisela Barroso. Eutanásia, células-tronco e feto anencéfalo: Os debates nas audiências públicas e os argumentos para a discussão da eutanásia. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 42, n. 138, Junho, 2015.

<sup>459</sup> TUSHNET, Mark. **New institutional mechanisms for making Constitutional Law**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2 abr. 2015. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=2589178>>. Acesso em 06 jul. 2017, p.16. No original: Constitutional interpretation is a complex blend of Law and Politics. The Brazilian public hearings can be understood as blending political and judicial constitutionalism.

Racionalidade Jurídica Normativa, o Plano da Racionalidade Jurídica Formal e o Plano da Racionalidade Jurídica Material.<sup>460</sup>

No primeiro deles são encontrados os direitos intangíveis que estão acima das formas de Estado, regimes políticos, separação de poderes, tais como liberdade e vida e, claramente, possuem, por isso mesmo, um potencial emancipatório.

A racionalidade jurídica normativa, expressão da potencialidade emancipatória da racionalidade, encontra-se, na modernidade, acima de todas as expressões de juridicidades, tanto da estatal, como das múltiplas expressões do Direito. A racionalidade jurídica normativa, voltada à redefinição do modelo de legalidade existente, possui em seu bojo um infindável arsenal contra toda forma de alienação, exploração, submissão. O seu caráter de supra Direito permite abarcar as múltiplas expressões do Direito.<sup>461</sup>

O segundo modelo, da Racionalidade Jurídica Formal, abarca os Direitos positivados nas Constituições e nas leis. Vale dizer que este compreende às múltiplas expressões do Direito, uma vez que busca “contemplar a dinâmica das sociedades modernas através de processos formais de aplicação e de sistematização dos múltiplos interesses”.<sup>462</sup> Neste plano podem ser enquadradas as audiências públicas, tendo em vista o fato de desconsiderar que as múltiplas expressões do Direito nasçam de alguma fonte estatal, contudo, ressalva que toda forma de expressão jurídica extraoficial precisa ser mediada pelo Direito oficial.

Por último, o Plano da Racionalidade Jurídica Material é composto pelas fontes materiais do Direito, as múltiplas expressões de juridicidades, local comumente atribuído ao pluralismo jurídico, no sentido de conferir-lhe uma força que busca romper com o formalismo previsto no modelo anterior.

A seu turno, os movimentos sociais, tão difundidos no Novo Constitucionalismo Latino-americano servem, de acordo com Luhmann, para promover “a redução da complexidade do mundo, que surge na lacuna entre sua incompreensibilidade e a

---

<sup>460</sup> ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Direito Moderno e Pluralismo Jurídico: Repensando a racionalidade jurídica processual. *In* **Direito Moderno e Mudança Social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, pp. 107-144.

<sup>461</sup> MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**. Curitiba: Juruá, 2006, pp. 125-126.

<sup>462</sup> id., *ibid.*, p. 126

consciência humana, à medida que excluem possibilidades e selecionam outras”.<sup>463</sup> Pode-se concluir, então, que o Brasil adotou um monismo-plural jurídico a partir do momento em que a Constituição de 1988 absorveu os princípios de uma sociedade multicultural e, que os órgãos positivados, oficiais e habilitados para a interpretação do texto constitucional passaram a vislumbrar a necessidade de intermediar o diálogo entre as fontes materiais do Direito com as fontes oficiais, através das audiências públicas.

Assim, o que se propõe nas presentes linhas é um encontro entre os Planos da Racionalidade Jurídica Formal e da Racionalidade Jurídica Material, concretizado através das audiências públicas. Essa simbiose pode ser idealizada a partir da justaposição das ideias de Kelsen e Ehrlich. Para Eugen Ehrlich:

A experiência de milênios nos mostrou que a formação de um direito localmente disperso só pode servir a necessidades estritamente locais; o desenvolvimento do direito recebe um grande impulso somente quando, nas grandes extensões territoriais, emana de um único centro. Para desenvolver-se com vigor, necessita de uma grande quantidade de impulsos que somente a multiplicidade de relações jurídicas dispersas por um grande país e um centro, onde estes impulsos são coletados, proporciona. Tal centro, porém, só o Estado pode criar. Mas isto não pressupõe uma legislação generalizada. [...]. Assim é possível que surja um direito altamente desenvolvido sem legislação estatal, mas certamente não o pode sem um Estado.<sup>464</sup>

As palavras acima transcritas corroboram com a ideia de que o pluralismo jurídico precisa de meios oficiais para sua concretização. Assim, de acordo com os teóricos do Novo Constitucionalismo Latino-americano, tal veículo deve ser a Constituição, por sua vez, a presente tese defende a ideia de que, mesmo sem a previsão expressa de tal nomenclatura no Texto Constitucional, a exemplo do que ocorre no Brasil, há outras formas de viabilizar o pluralismo jurídico, como no caso das audiências públicas.

Em sua defesa do monismo jurídico, Kelsen assevera:<sup>465</sup>

---

<sup>463</sup> DEUZEMAN, Dogival Waltrudes. Constitucionalização simbólica: Habermas, Luhmann e os movimentos sociais. In: SILVA, Arthur Stamford da & SANTOS, Gustavo Ferreira (orgs.). **Sociedade, Direito e Decisão Judicial em Niklas Luhmann**. Recife: Universitária, 2009, p.179.

<sup>464</sup> EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: UNB, 1986, p.145.

<sup>465</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 349.

Somente uma pluralidade de comunidades ou de ordens jurídicas colocadas umas ao lado das outras, sem uma ordem global que as abranja a todas, as delimite umas em face das outras e constitua uma comunidade global é que é impensável.

[...]

O caso extremo da descentralização é, simultaneamente, portanto, o caso-limite da coexistência de uma pluralidade de comunidades jurídicas. O pressuposto mínimo para que se possa falar ainda de descentralização é, ao mesmo tempo, o requisito mínimo indispensável para que possa ser pensada uma pluralidade de comunidades jurídicas. Se nos fixarmos nesta noção essencial, então só poderemos querer falar também de descentralização num sentido mais estrito quando a unidade de todo o território seja constituída por normas positivamente postas [...].

Em verdade, percebe-se que, mesmo ideias tidas como antagônicas convergem para um mesmo fim, a necessidade de se estabelecer um procedimento oficial para veicular o Direito material, oriundo de fontes não estatais e não apenas o Direito formal. Interessante destacar que a ideia de um monismo-plural é idealizada, não se valendo de tal expressão, por Wolkmer, quando este detalha a Constituição brasileira de 1934:

A Constituição de 1934 irá se constituir no primeiro texto com um perfil nitidamente pluralista, rompendo com a tradição do individualismo monista anterior, que sustentava um constitucionalismo de tipo clássico liberal. O pluralismo disfarçado da Carta Política de 1934 pode ser reconhecido não somente pelo seu ecletismo político-ideológico, mas também pela introdução de inovadores direitos sociais e econômicos, bem como, por consagrar, além de uma representação política (própria da tradição republicana federativa), a representação formal classista de grupos sociais, órgãos de cooperação (os conselhos técnicos e entidades profissionais presentes no Congresso).<sup>466</sup>

Por sua vez, com relação ao Brasil, vale dizer que se pode encontrar três expressões diferentes acerca do pluralismo jurídico. Num primeiro momento, durante o período colonial, com a imposição do Direito Português, as Ordenações, estabeleceu-se uma tensão entre Direito oficial e Direito tradicional da colônia, com a exclusão deste último, posto que não havia o reconhecimento de outro Direito que não o da metrópole. A segunda expressão do pluralismo jurídico no Brasil diz respeito aos povos indígenas, que também padeceu da mesma dificuldade

---

<sup>466</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um Novo Constitucionalismo na América Latina. In: \_\_\_\_\_ ; MELO, Milena Petters. et al (Orgs.). **Constitucionalismo Latino Americano: Tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 26.

encontrada pela situação anterior, já que ainda havia uma forte exclusão do Direito não oficial pelo Direito estatal. Por fim, e certamente a mais significativa expressão do pluralismo jurídico no Brasil decorra da exclusão social e, conseqüentemente, da ausência do Estado, ante ao uso, inclusive, de meios vedados pelo Direito oficial.<sup>467</sup>

Assim, ao contrário do que ocorreu na Bolívia com a Constituição de 2009 que promoveu o igualitarismo jurisdicional, criando um ordenamento jurídico para os indígenas e outro para os não-indígenas, no Brasil, a utilização das audiências públicas mostra-se como uma resposta para as discussões acerca da legitimidade das decisões proferidas pelo STF em sede de jurisdição constitucional.

Importante, também, a fim de corroborar com a ideia de que um sistema jurídico estatal pode ser monista de conteúdo plural, é destacar o pensamento de Luhmann acerca de sistema autopoieticos. Para o autor alemão um código, Direito estatal, estabelece uma linguagem própria que serve para destacar o que o sistema considera ou não como sendo importante, promovendo, conseqüentemente, seu fechamento operacional. Porém, o próprio Luhmann reconhece que a utilização exclusiva de códigos não é capaz de conferir suficiente desenvolvimento ao sistema, razão pela qual precisa da complementariedade estabelecida pelos programas, que se prestam a apresentar aos códigos valores e conteúdo.

Nesse sentido, os códigos representam um meio simbólico que precisa dos programas para possuírem conteúdo e normatividade. Dessa forma encontra-se em harmonia a ideia de fechamento operacional e abertura cognitiva. Na verdade, um sistema jurídico deve pautar sua atuação na redução das complexidades a fim de promover uma diminuição das incertezas. O Direito estatal, classicamente integrante da alcunha monista, busca exatamente isto. Contudo, esse modelo cria as expectativas normativas, contrafáticas e que perduram no tempo, independentemente de qualquer preocupação com as insatisfações.<sup>468</sup>

---

<sup>467</sup> MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 31.

<sup>468</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Vol. I. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 56.

A partir de Luhmann seria impossível conceber que um sistema jurídico pudesse assimilar todas as expectativas cognitivas frustradas em razão de uma norma, ao ponto de buscar absorver as mais diversas insatisfações no intento de torná-las normas generalizantes.

Dessa forma, não se deve conceber um pluralismo jurídico tão amplo, a exemplo do que está sendo empregado na Bolívia e no Equador, como uma forma de equacionar os problemas sociais. De acordo com Luhmann, a positivação, isto é, a criação de expectativas normativas serve para reduzir a complexidade da sociedade e garantir estabilidade ao sistema jurídico, uma vez que as sociedades modernas são hipercomplexas.

O tema da legitimidade do direito positivo é uma constante no discurso dos que buscam implementar a aplicação do pluralismo jurídico, forte na premissa de que as regras que emanam do povo seriam seguidas pelo próprio povo, num contexto de legitimidade como conteúdo. Contudo, Luhmann elabora interessante conceito acerca da legitimidade a partir do momento em que não descarta a importância da forma, da positivação estatal. Para o autor é claro que se um indivíduo percebe que a coletividade não cumpre determinada regra, por entende-la como oposta às suas expectativas, também não irá segui-la.

Porém, se houver a facilitação do entendimento da norma, bem como, a partir do momento em que se alcança o ideal de que essa regra também é reconhecida por outros, estar-se-ia diante das condições concretas de validade da norma. “Para designar esta situação de aparente adesão de muitos outros a uma regra, que fundamenta a adesão de uma pessoa a determinadas regras, Luhmann fala em legitimidade.”<sup>469</sup>

Nesse contexto, a ideia de um pluralismo jurídico não cooperaria para a diminuição das contingências sociais, tampouco traria contribuições ao sistema jurídico. Pelo contrário, essa forma de organização apresentaria uma infindável quantidade de

---

<sup>469</sup> GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann: Etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Portugal: LusoSofia: press, 2005, p. 202.

variáveis sociais, trazendo valores estranhos ao sistema jurídico, corrompendo, assim, a racionalidade e impedindo a estabilização das expectativas cognitivas.<sup>470</sup>

A sociedade pressiona o sistema jurídico para que este abarque proporções cada vez maiores de sua complexidade. Isto requer um aumento de complexidade do sistema, traduzido em uma maior quantidade de normas, um caráter minucioso de suas regulações, câmbios normativos mais frequentes etc. Mas, as possibilidades desse aumento não podem ser ilimitadas. O direito deverá manter limitações de tempo disponível para as decisões, de número e coordenação entre normas, etc.<sup>471</sup>

Nesse ponto, pode-se perceber o encontro da teoria sistêmica de Luhmann com o estudo sobre a sociologia jurídica promovido por Eugen Ehrlich. As normas generalizantes serviram como pano de fundo para o desenvolvimento das sociedades modernas, devendo sua preocupação residir, segundo Kelsen, no campo da vigência, produção de efeitos, que pode ser alcançada com o emprego das audiências públicas.

Ao tomar por base a premissa de que o Direito deve ter correlação com o sistema da moral, quando uma determinada lei é criada, mas não atende a realidade da sociedade diz-se que é desproporcional e fora de contexto, ocorrendo, pois, a inversão do papel normativo.

Para Luhmann não se deve pensar que direito e moral são sistemas equivalentes ou dependentes, muito pelo contrário, não há subordinação entre eles, o que ocorre é uma troca de informações entre sistemas<sup>472</sup>. No ambiente o direito capta informações derivadas da moral, mas de acordo com o código específico do direito e não com o código específico da moral.

Porém, pensar em normas locais com igualdade jurisdicional em relação às normas generalizantes é criar um antídoto para situações pontuais, em sociedades pouco

---

<sup>470</sup> AMADO, Juan Antônio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. *In*: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.) **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 338.

<sup>471</sup> id., *ibid.*, p. 338.

<sup>472</sup> LEITE, Glauco Salomão. A “politização” da jurisdição constitucional: Uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, número 13, p.22, março/abril/maio, 2008.

evoluídas, conseqüentemente, pouco complexas, não devendo tais efeitos serem produzidos no Brasil.

Conclui-se, então, que a fronteira do sistema jurídico e, por simetria, também dos demais sistemas sociais, não passa apenas por sua periferia, mas também por seu centro. É por isso que, com H. V. Foerster, podemos dizer, tal como Helmut Wlillke, que o Estado de uma sociedade funcionalmente policêntrica é formada por subsistemas sociais diferenciados (interdependentes) que se estruturam não de forma hierárquica, mas sim “heterárquica”, pois nenhum subsistema goza, *a priori*, de primazia em relação aos demais - nem o subsistema de economia, como é ainda hoje bastante divulgado e como foi dito pelo próprio Luhmann, em uma versão mais antiga de sua teoria. Na última versão dessa teoria não se fala mais em primazia da função de nenhum subsistema, a não ser em relação a si mesmo, já que “cada sistema funcional só pode cumprir com a própria função”.<sup>473</sup>

Insista-se, o que se discute é a absorção de alguns elementos desse Novo Constitucionalismo Latino-americano pelo Estado brasileiro e sua Constituição de 1988, como, por exemplo, a valorização e importância conferidas à participação social, no sentido de atribuir legitimidade ao sistema jurídico brasileiro e atender, até certo ponto, às expectativas cognitivas criadas pela sociedade brasileira, que passou a vivenciar uma constituição após vários momentos de ditaduras.

As premissas acima narradas são facilmente constatadas nas constituições oriundas do Novo Constitucionalismo Latino-americano, a partir do momento em que se preocuparam com a questão indígena, mas pouco abordaram a situação dos afrodescendentes. Tratar de tantos temas sob uma ótica plural, muito embora monista, seria conferir complexidade infundável ao próprio sistema jurídico, o que culminaria na criação de muitas incertezas.

Assim, pode-se afirmar que o pluralismo jurídico supostamente contido nas cartas constitucionais do *Nuevo* Constitucionalismo Latino-americano não atende às questões existentes numa sociedade plural, conseqüentemente, cai em ruínas qualquer construção acerca da existência de um real Estado Plurinacional naqueles países.

---

<sup>473</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Imunologia: Mudança no paradigma autopoiético? **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, vol. 6, n. 3, p.595, setembro-dezembro, 2014.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para alcançar as respostas aos problemas levantados pela pesquisa, partiu-se da premissa de que o protagonismo social na realização da interpretação e concretização da constituição, da maneira como difundido pelo Novo Constitucionalismo Latino-americano, ainda não foi verdadeiramente implementado pelos Estados adeptos de tal movimento, face à imprescindível atuação do Judiciário como instrumento de mediação no diálogo que deve ser estabelecido entre sociedade, constituição e Estado.

Por sua vez, o estudo do constitucionalismo popular norte-americano assume importante destaque no cenário de atuação do Judiciário como mediador do diálogo institucional, uma vez que não defende, unicamente, a retirada das constituições das cortes, posto que esse movimento constitucionalista preocupa-se com o estudo dos pais fundadores da Constituição estadunidense, abrangendo o momento político, histórico e social da sua promulgação, prestigiando a participação social e a construção dialógica do Direito.

Sob outra perspectiva, as constituições do segundo pós-guerra promoveram a expansão da jurisdição constitucional a partir da defesa da interpretação quase exclusiva das constituições pelas cortes, características atribuídas ao Neoconstitucionalismo. O Novo Constitucionalismo Latino-americano, por seu turno, procurou reestabelecer o paradigma democrático de uma constituição ao defender a autonomia social face ao Estado, através da adoção de um pluralismo jurídico e de equivalentes jurisdicionais.

No decorrer da pesquisa, verificou-se a importância da jurisdição constitucional e da efetiva participação judicial na concretização das constituições, até mesmo por conta das graves violações aos direitos humanos ocorridos durante a 2ª Guerra Mundial bem assim nas ditaduras impingidas aos países sul-americanos. No Brasil, por exemplo, o sentimento constitucional ainda é bastante recente e padece de acentuados entraves, notadamente no que concerne ao sono cívico presente nas

decisões do Estado, seja em decorrência da inércia social, seja ainda pela diminuta transparência estatal.

É possível afirmar que o protagonismo judicial foi responsável pela concretização dos direitos fundamentais. Entretanto, com o aumento das críticas ao monopólio jurisdicional sobre a constituição, tomou força o constitucionalismo popular, movimento pautado pela defesa da realização da constituição pelo próprio destinatário, o povo.

Pensar no povo como o principal ator na interpretação constitucional é, inarredavelmente, fortalecer a ideia de democracia cidadã e de participação social.

É bastante provável que o maior empecilho a que se implementem as premissas do constitucionalismo popular resida no abismo existente entre a realidade do Direito e a realidade social. O cidadão, potencial intérprete, não compreende a extensão dos direitos fundamentais, ao mesmo passo em que não se sente representado pelo Legislativo, que deveria ser o mediador desse diálogo estabelecido entre o povo e a constituição.

Seria irrazoável imaginar, portanto, que a aplicação do constitucionalismo popular, por si só, teria o condão de abolir a interpretação judicial ou faria valer uma primazia do Legislativo em detrimento dos demais Poderes e que isso resolveria o déficit de legitimidade da Constituição brasileira ou, até mesmo, que conferiria um maior grau de concretude aos direitos fundamentais. Em verdade, o sentimento constitucional é uma atividade contínua, que exige o amadurecimento das gerações e o estabelecimento de um constante diálogo entre sociedade e Direito.

A pesquisa, quando da análise do Novo Constitucionalismo Latino-americano, abordou os conceitos de Estado Plurinacional e pluralismo jurídico, conferindo destaque aos movimentos constitucionalistas, com ênfase à necessidade de observância dos anseios sociais. Dito em outros termos, o constitucionalismo não pode se considerar legítimo pelo fato de apenas respeitar os interesses majoritários como, por exemplo, quando defende a autonomia jurisdicional dos povos originários da Bolívia uma vez que é um estado essencialmente formado por índios, na verdade

é imperioso adicionar uma postura contramajoritária. Então, para que não ocorra a instituição de uma espécie de constitucionalismo jacobino ou termidoriano, uma constituição precisa abarcar uma infinidade de interesses culturais, amoldando-se a um conceito de multiculturalidade.

Nota-se, sob um aspecto positivo, que esse *Nuevo Constitucionalismo Latino-americano* acabou promovendo uma outra forma de participação social, de maneira que através dessa dinâmica estabelecida entre Estado e sociedade, foram viabilizados novos canais de comunicação entre esses atores.

Assim, o estudo teve como ponto de partida examinar se as audiências públicas podem ser vistas como uma resposta menos corruptiva ao sistema jurídico em comparação às ideias de Pluralismo Jurídico e Estado Plurinacional defendidas pelo Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Não se pode olvidar, ainda, que as audiências públicas, para produzirem os efeitos necessários à redução das contingências, não devem ser vistas, apenas como um instrumento formal de participação social, deve-se ir além, ou seja, cabe ao STF a adoção de mecanismos que confirmam maior visibilidade aos procedimentos decisórios e estímulo ao estabelecimento de uma efetiva relação dialógica. A partir desse momento, importará ocorrer uma seleção das expectativas que serão absorvidas pelo sistema jurídico no intuito de promover a sua estabilização, sem afrontar aos respectivos códigos sistêmicos.

Assim, as audiências públicas precisam se modernizar, a fim de promover uma adequada escuta das irritações presentes no entorno jurídico, mormente porque representam a porta de entrada para o centro. Essas irritações, portanto, têm no acoplamento estrutural um instrumento de limitação, que somente permitirá a passagem daquilo que seja efetivamente relevante e, invariavelmente, esteja de acordo com o código binário do centro.

Tais procedimentos servem como uma forma de legitimar e aproximar a justiça constitucional de um modelo mais democrático de jurisdição constitucional, defendido essencialmente por Kelsen, consoante oportunamente tratado. Seria a

aproximação da paradoxal relação existente entre a democracia e o constitucionalismo.

Uma das forças motrizes da Constituição reside na participação social, concretizada através do exercício da cidadania. Um sistema jurídico e um sistema político que se retroalimentam das expectativas sociais, através de uma abertura cognitiva, culminam na criação de uma identidade cultural, política e constitucional apta a produzir um efeito integrador na sociedade. Em sentido oposto, a ideia de se valorizar as diferenças por meio da criação de vários subsistemas especializados acaba por comprometer a integração e fomentar a diferenciação.

Nesse sentido, o patriotismo constitucional assume relevância pois promove um contínuo exercício do poder constituinte, através da participação cívica dos sujeitos de direito. Dito em outras palavras, a junção entre o patriotismo constitucional e as audiências públicas tem o condão de promover esse fenômeno. O primeiro pela criação de uma identidade constitucional transversal, o segundo pela capacidade de alimentar o subsistema jurídico.

Em sendo assim, a partir da ideia de que manter a integridade da Constituição é uma técnica hermenêutica de emprego obrigatório na sua concretização, a realização das audiências públicas permitiria a abertura necessária ao Direito a fim de que ele avance para além de justiça como segurança jurídica e evolua para a premissa de justiça como igualdade redutora de contingências.

Em sentido oposto, a forte autonomia concedida pelas constituições do Novo Constitucionalismo Latino-americano aos povos originários acaba por aumentar as diferenças entre os diversos grupos sociais, contribuindo, sensivelmente, para a fragmentação da sociedade e o aumento das tensões. Esse cenário rompe com a ideia central de que o Direito se prestaria a generalizar as expectativas e promover a redução da complexidade social.

Então, para o constitucionalismo andino, a questão cultural é tratada como valor intangível e indissociável de cada povo originário. Neste contexto, práticas tidas

como manifestações culturais, por vezes, violam direitos fundamentais contidos na própria constituição, à exemplo da prática do infanticídio.

A adoção de uma conduta que viola preceito contido na própria constituição acaba por demonstrar que a autonomia conferida aos povos originários se transformou em soberania, posto que aquele grupo passou a ter a prerrogativa de afrontar direitos fundamentais, instaurando uma espécie de estado de exceção. Por sua vez, o indivíduo que sofreu a violação de algum direito fundamental, sem que o Estado assumira uma postura intervencionista, acaba, na prática, reduzido à condição de *homo sacer*.

É bem verdade que o movimento constitucionalista nascido na América-Latina serviu para, dentre outras coisas, promover a ressignificação dos povos originários, através da valorização da sua cultura e costumes. Contudo, conforme dito, não se pode olvidar que a ideia do pluralismo jurídico e do desenvolvimento do estado plurinacional, acabou por promover o efeito inverso do que se almeja de uma constituição. Ao se pensar em norma fundamental há sempre o lugar da integração e unidade. Porém, da forma como o Novo Constitucionalismo se concretiza, a generalização deveria ser um passo inevitável para a redução das tensões sociais.

A premissa de que os vários grupos sociais integrantes de um único Estado, todos gozando de elevada autonomia, equiparável à soberania, produziria um efeito agregador para a sociedade, mostrou-se falsa. As tensões sociais não se reduzem com a valorização das diferenças, mas sim, conforme dito, com a generalização de um sentimento comum de integração, por meio da aceitação e valorização do outro.

Nesse sentido, a investigação acadêmica encerra apontando que o Novo Constitucionalismo Latino-americano, no tocante às suas características de promoção do pluralismo jurídico e instituição de um Estado Plurinacional, inevitavelmente, promove o enfraquecimento de premissas basilares da hermenêutica constitucional, a exemplo dos princípios da unidade e da integração, bem como a diminuição do conceito de soberania estatal.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ADINOLFI, Valéria Trigueiro. **Enfrentando o infanticídio: bioética, direitos humanos e qualidade de vida das crianças indígenas**. Disponível em: <http://www.maosdadas.org/arquivos>. Acesso em: 30 mar. 2017.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. **(Re) Estabilização de expectativas normativas: observação sobre o precedente judicial à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Recife: UNICAP, 2014.
- ALMEIDA, Eloísa Machado de. **Sociedade civil e democracia: a participação da sociedade civil como *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC/SP, 2006.
- ALVES, Fernando Antônio da Silva. O pluralismo jurídico na abertura do Direito aos movimentos sociais – uma análise da teoria sistêmica de Teubner, aplicada aos grandes centros urbanos. In: SILVA, Arthur Stamford da & SANTOS, Gustavo Ferreira (orgs.). **Sociedade, Direito e Decisão Judicial em Niklas Luhmann**. Recife: Universitária, 2009.
- \_\_\_\_\_. ; VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater. **Direito à cultura e o direito à vida: visão crítica sobre a prática do infanticídio em tribos indígenas**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE. Junho de 2010, v. XIX. P. 4962-4973. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3822.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2017.
- AMADO, Juan Antônio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.) **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- ANDRADE, Cláudia Castro. A fenomenologia da percepção a partir da autopoiesis de Humberto Maturana e Francisco Varela. **Revista de Filosofia**, Rio de Janeiro, v.6, n.2, dezembro/2012.
- ANDRADE, Mariana Dionísio. Novo Constitucionalismo Latino-americano e plurinacionalidade: a ressignificação da soberania popular e o reconhecimento de novos direitos para a inclusão do cidadão. In: SANTOS, Gustavo Ferreira. et. al

(Org.) **Constituição e Direitos Fundamentais em perspectiva**. Recife: APPODI, 2015.

ARROYO, Juan Carlos V. **La teoría discursiva del derecho**. Sistema jurídico y democracia en Habermas. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

\_\_\_\_\_. **Patriotismo constitucional y republicanism**. Claves de razón práctica, nº 125, 2002.

\_\_\_\_\_. Acerca de la democracia deliberativa. Fundamentos teóricos y propuestas prácticas. **Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid**, Madrid, Asamblea de Madrid, 2003.

ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Direito Moderno e Pluralismo Jurídico: Repensando a racionalidade jurídica processual. In: **Direito Moderno e Mudança Social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (RERE)**, Salvador, n. 17, janeiro, fevereiro, março de 2009.

AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In. AVRITZER, Leonardo et al. (Org.) **O Constitucionalismo democrático latino-americano em debate: Soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

BÁEZ, Lina M. Céspedes & FORERO, Jorge Sarmiento. ¿Cómo mira el Estado? Constitución de 1991 y compromisos de género del Estado colombiano. **Estud. Socio-Juríd.**, Bogotá (Colombia), 13(1): 389-417, enero-junio de 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2016.

BARSALINI, Glauco. Vida nua, profanação e o fim do sacrifício dos homens. **Revista Filosofia**, Aurora, Curitiba, v. 24, n. 35, p. 583-595, jul./dez. 2012.

BELTRÃO, Jane Felipe & OLIVEIRA, Assis da Costa. **Constitucionalismo multicultural e povos indígenas: Outra cidadania é possível?** Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella & FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 189, jan./mar, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>> Acesso em: 05 fev. 2016.

BIM, Eduardo Fortunato. **Audiências Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições da Filosofia do Direito**. Trad. Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma nova repolitização da legitimidade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BONFIM, Vinícius Silva. O patriotismo constitucional na efetividade da Constituição. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 50, p. 11-17, jul./set. 2010. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1328/1358>. Acesso em: 28 fev. 2017.

BRANDÃO, Pedro. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-americano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

BRANDÃO, Rodrigo. **O que é o constitucionalismo popular?** Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-que-e-o-constitucionalismo-popular#.Va7t0BFen0Q.facebook>. Acesso em 03 de maio de 2016.

BRASIL. **Relatório da consulta pública realizada pela Secretaria-Geral da Presidência da República para a regulamentação colaborativa da Lei 13.019/14**. Disponível em: [http://www.participa.br/articles/public/0008/3550/Consulta\\_15dezembro.pdf](http://www.participa.br/articles/public/0008/3550/Consulta_15dezembro.pdf). Acesso em: 21 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 08 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. STF. **RE 153.531**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500><http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em: 30 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. STF internacional. **Corte Suprema da Colômbia reconhece ato jurisdicional de povo indígena**. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=350264>. Acesso em: 02 ago. 2017.

BURNS, Edward Mcnall. **História da civilização ocidental**. Trad. Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Globo, 1948.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Direito e Globalização Econômica**. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. Teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Rio de Janeiro, jul./set. 2014.

CARVALHO NETTO, Menelick de. In: ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CENCI, Elve Miguel. Contribuições do conceito de patriotismo constitucional para a esfera político-jurídica brasileira. **Revista Scientia Iuris**, v. 10. Londrina, 2006, p. 121-133. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4112/3540>. Acesso em 02 fev. 2017.

CHEMERINSKY, Erwin. In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism. **University of Illinois Law Review**, n. 3, pp. 673-690, 2004.

CITTADINO, Gisele. Patriotismo constitucional, cultura e história. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.31, p. 58-68, jul. 2007.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo) constitucionalismo**: Un análisis metateórico. Génova: Isonomía, n. 16, abr./2002.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Controle de convencionalidade e constitucionalismo latino-americano**. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC/SP, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. **Você sabe o que é patriotismo constitucional?** Disponível em <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/198651213/voce-sabe-o-que-e-patriotismo-constitucional>> Acesso em 01 de nov. 2016.

DEUZEMAN, Dogival Waltrudes. Constitucionalização simbólica: Habermas, Luhmann e os movimentos sociais. In: **Sociedade, Direito e Decisão Judicial em Niklas Luhmann**. SILVA, Arthur Stamford da & SANTOS, Gustavo Ferreira (orgs.). Recife: Universitária, 2009.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: UNB, 1986.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Entre a insustentabilidade e a futilidade: A jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. In: STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Os modelos de juiz. Ensaios de Direito e Literatura**. São Paulo: Atlas, 2015.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERNANDEZ, Albert Noguera & DIEGO, Marcos Criado de. La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo em América Latina. **Estud. Socio-Jurídico**, Bogotá (Colombia), 13(1): 15-49, enero-junio de 2011.

FIGUEIREDO, Marcelo. Os Desafios do Direito Constitucional Brasileiro: Continuar a ser um instrumento efetivo de cidadania. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, São Paulo: Del Rey, 2003.

GALLI, Maria Beatriz et. al. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos: Aspectos procedimentais e estruturais de seu funcionamento**. In. PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (Org.). O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade democrática: Tensão dialética no controle de constitucionalidade. In. NOVELINO, Marcelo (org). **Leituras complementares de direito constitucional: Controle de constitucionalidade**. 3. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2010.

GARGARELLA, Roberto. ¿Por qué estudiar el constitucionalismo popular en América Latina? In: ALTERIO, Ana Micaela; ORTEGA, Roberto Niembro (orgs.). **Constitucionalismo Popular em Latinoamérica**. México: Porrúa, 2013.

\_\_\_\_\_. **El derecho a la protesta – el primer derecho**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

\_\_\_\_\_. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.

\_\_\_\_\_. **La sala de máquinas de la Constitución:** dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Por una justicia dialógica:** El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.

\_\_\_\_\_. ; C. Courtis. **El nuevo constitucionalismo latino-americano:** promesas y interrogantes. CEPAL: Santiago del Chile, 2009.

\_\_\_\_\_. Presidencialismo versus direitos no novo constitucionalismo latino-americano. In. AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). **O Constitucionalismo democrático latino-americano em debate: Soberania, separação de poderes e sistema de direitos.** Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais.** Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2015.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso:** Cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição. Salvador: JusPodivm, 2016.

GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Juiz e o Direito:** O método dialógico e a magistratura na pós-modernidade. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos Sistemas Sociais:** Direito e Sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Imunologia: Mudança no paradigma autopoietico? **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, vol. 6, n .3, pp. 584-603, setembro-dezembro, 2014.

\_\_\_\_\_. ; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria Política do Direito:** A expansão política do Direito. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRESPLAN, Jorge. **Revolução Francesa e Iluminismo.** Contexto. São Paulo: 2008.

GRIFFIN, Stephen M. **American constitutionalism:** from theory to politics. Princeton: Princeton University Press, 1998.

GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao povo:** crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2015.

GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann: Etapas de uma evolução teórica in: SANTOS, José Manuel (org.). **O pensamento de Niklas Luhmann.** Portugal: LusoSofia: press, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Identidades nacionales y postnacionales**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOZICKY, Katya. Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 41, UFPR, 2004.

\_\_\_\_\_. **Herbert Hart e o Positivismo Jurídico – Textura Aberta do Direito e Discrecionalidade Judicial**. Curitiba: Juruá, 2014.

KRAMER, Larry. D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York, NY: Oxford University Press, 2004.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

LEITE, Glauco Salomão. A “politização” da Jurisdição Constitucional: Uma análise sob a perspectiva da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. **Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 13. Salvador, 2008.

\_\_\_\_\_. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo institucional**. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2017.

LEITE, Guilherme. Tradução em Teoria dos Sistemas: Considerações iniciais a partir da obra de Raffaele De Giorgi. In: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LIDÓRIO, Ronaldo. Não há morte sem dor: uma visão antropológica sobre a prática do infanticídio indígena no Brasil. In: SOUZA, Isaac Costa de; LIDÓRIO, Ronaldo (Org.). **A questão indígena, uma luta desigual: missões, manipulação e sacerdócio acadêmico**. Viçosa: Ultimato, 2008.

LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. **A tensão entre o Povo e as Cortes: a escolha do constitucionalismo popular**. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

LIPKIN, Robert J. Is American Progressive Constitutionalism Dead? **Widener Law Symposium Journal**, v. 4, spring 1999, p. II.

LUHMANN, Niklas. **A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. **A improbabilidade da comunicação**. Trad. Anabela Carvalho. 4. ed. Lisboa: Passagens, 2006.

\_\_\_\_\_. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito**. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito**. Vol. II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

\_\_\_\_\_. Sobre os fundamentos teóricos-sistêmicos da teoria da sociedade. In: NEVES, Clarissa Baeta e SAMIOS, Eva M.B. (COORDS.) **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

\_\_\_\_\_. **Sistemas Sociais**: Lineamentos para uma teoria general. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. México: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana, 1988.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo indo-afro-latino americano. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.13, n. 26, pp.83-98, jul/dez.2010.

\_\_\_\_\_. **O Estado Plurinacional e o novo constitucionalismo latino americano**. 2011. Disponível em: <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2011/04/302-artigos-o-estado-plurinacional-na.html> > Acesso em 11 de mar. 2016.

MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**. Curitiba: Juruá, 2006.

MANSILLA, Darío Rodríguez. La Sociología y la teoría de la sociedad. In. LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, Universidade Iberoamericana, 2006.

MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. Tempo Social. **Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo**, v.18., n.1, p. 367.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma Corte Deliberativa. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de. *et al.* **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MICHELMAN, Frank. Morality, identity and constitution patriotism. **Ratio Juris**, v. 14, p 253- 71. 3 sept. 2001.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: A invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Daniel Almeida de. Stephen Griffin e a Teoria Constitucional Americana: Quem detém legitimidade para dizer o que a constituição significa e qual é a constituição dos Estados Unidos hoje? In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Teoria constitucional Norte-americana contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Academia. **Revista sobre enseñanza del Derecho**, año 4, número 8, 2007, pp. 101-130.

PASTOR, Roberto Viciano & DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del novo constitucionalismo latino-americano. In: **El nuevo constitucionalismo em América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. A tese do patriotismo constitucional como superação das antigas tradições. **Revista CEJ**, Brasília, a. 13, n. 44, p. 53-64, jan./mar. 2009.

PENNA, Maria Cristina Vitoriano Martines. Constitucionalismo: Origem e evolução histórica. **RBDC** n. 21 - jan./jun. 2013.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. O que significa julgar. In: STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Os modelos de juiz. Ensaios de Direito e Literatura**. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Geailson Soares. **O Direito como sistema autopoietico**. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 55, p. 86-92, out./dez., 2011.

PINEZI, Ana Keila Mosca. Infanticídio indígena, relativismo cultural e direitos humanos: elementos para reflexão. **Revista Aurora**. Vol. 8, 2010. Disponível em: [http://www.pucsp.br/revistaaurora/ed8\\_v\\_maio\\_2010/artigos/download/ed/2\\_artigo.pdf](http://www.pucsp.br/revistaaurora/ed8_v_maio_2010/artigos/download/ed/2_artigo.pdf). Acesso em: 02 mar. 2017.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Direito e Sociedade no Oriente Antigo. In WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. 2ª Tiragem. Revista e ampliada. Editora Del Rey, Belo Horizonte: 2006.

PINZÓN, Miguel Malagón. **Estud. Socio-Juríd.**, Bogotá (Colombia), 13(1): 349-364, enero-junio de 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTEL, Evandro. Estado de exceção em Giorgio Agamben. **Revista Opinião Filosófica**, Porto Alegre, v. 03; nº. 02, 2012.

POST, Robert C. Democracy, Popular Sovereignty and Judicial Review. In: **California Law Review**. v. 86. Berkeley: Berkeley University, 1998.

\_\_\_\_\_.; SIEGEL, Reva B. **Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo.** Trad. Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional.** Tese de Doutorado apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2000.

ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue.** Irwin Law, 2001.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmaniana. In: \_\_\_\_\_.; KINK, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a Autopoiese no Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROUSSEAU, Dominique. Do Conselho constitucional ao Tribunal Constitucional. Tradução de António de Araújo. **Revista Subjudice**, n. 20/2, jan./jun. 2001.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Introdução. In: \_\_\_\_\_. **Justiça e Memória: Direito à justiça, memória e reparação, a condição humana nos estados de exceção.** São Leopoldo: Casa Leiria, Passo Fundo: Ifibe, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna.** Rio de Janeiro: Graal, 1989.

\_\_\_\_\_. Para uma concepção multicultural de direitos humanos. **Contexto Internacional**, nº 23, pp. 7-34, 2001. Disponível em: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_humanos\\_ContextoInternacional01.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF). Acesso em: 30 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Poderá o Direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 65, Mai. 2003, pp. 3-76.

\_\_\_\_\_. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Lisboa: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, 1997.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas.** 2 ed. São Paulo: LTr, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009.

SILVA, Artur Stamford da. **10 Lições sobre Luhmann**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2016.

SILVA, Heleno Florindo da. O novo constitucionalismo latino americano e Carl Schmitt: Um "Diálogo" entre o constitucionalismo nacional e o constitucionalismo plurinacional na América latina para a construção da ideia de Unidade do povo. **Revista Derecho y Cambio Social**, ano 13. p. 5. Disponível em: [http://www.derechoycambiosocial.com/revista032/novo\\_constitucionalismo\\_CARL\\_SCHMITT.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista032/novo_constitucionalismo_CARL_SCHMITT.pdf). Acesso em: 12 de abr. 2016.

SILVA, Roberto Ferreira da. **Uma Constituição para Israel**. Brasília a. 47 n. 185 jan./mar, 2010. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198668/000881219.pdf?sequence=1>>. Acesso em 25 de abr. de 2016

SILVA, Roberto Baptista Dias da; ISTAMATI, Gisela Barroso. Eutanásia, células-tronco e feto anencéfalo: Os debates nas audiências públicas e os argumentos para a discussão da eutanásia. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 42, n. 138, Junho, 2015.

SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Reflexões sobre o Jusnaturalismo: O Direito Natural como Direito Justo. **Revista da UNIFACS**, abril/2007, p.27. Disponível em: [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiv96b7tLrMAhVlhJAKHaXzCLUQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevistajuridica%2Farquivo%2Fedicao\\_abril2007%2Fdocente%2Fdoc1.doc&usq=AFQjCNEPef5y\\_WO\\_2PkREb24CveYYdMtUA](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiv96b7tLrMAhVlhJAKHaXzCLUQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevistajuridica%2Farquivo%2Fedicao_abril2007%2Fdocente%2Fdoc1.doc&usq=AFQjCNEPef5y_WO_2PkREb24CveYYdMtUA). Acesso em: 02 de abril de 2016.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. **Revista Direito GV**. v.13. n.1. jan./abr. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68917/66521>. Acesso em 05 de jul. 2017.

SOUZA, Raquel de. O Direito Grego Antigo. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. 2ª Tiragem. Revista e ampliada. Editora Del Rey, Belo Horizonte: 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, vol.06, nº02.

SPENGLER, Fabiana Marion. O símbolo, o mito e o rito: O juiz e as dificuldades epidêmicas do decidir. In: STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Os modelos de juiz. Ensaios de Direito e Literatura**. São Paulo: Atlas, 2015.

STERN, Ana Luiza Saramago. História e Teoria constitucional Norte – Americana: As interpretações de Edward White e Bruce Ackerman. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Teoria constitucional Norte-americana contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 4, jan./jun., pp. 9-27, 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>. Acesso em: 29 set. 2017.

SUPTITZ, Carolina Elisa & LOPES, Ana Paula de Almeida. **Audiência Pública: Democracia participativa e plural?** Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008.

TAVARES, Rodrigo de Souza & BERMAN, José Guilherme. **Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense**. São Paulo: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Direito e Política na Teoria dos Sistemas**. In: SILVA, Artur Stamford da; SANTOS, Gustavo Ferreira. (Org.) **Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann**. Recife: UFPE, 2009. (Anais do Congresso Internacional em homenagem a Cláudio Souto).

TEUBNER, Gunther. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito? **Revista Eletrônica do Curso de Direito-PUC Minas**, Belo Horizonte, n.4, out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito, sistema e policontextualidade**. Tradução Bruna Vieira de Vicenzi e outros. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

TOVQUEVILLE, A. **Democracy in America**. New York: Perennial Library, 1966.

TREISTMAN, Marcelo. **Estado Judeu Democrático e a Revolução constitucional**, 2014. Disponível em <<http://www.conexaoisrael.org/estadojudeudemocraticoerevolucaoconstitucionalumaanalisejuridicaparte/>. 20140117/Marcelo> Acesso em 28 de abr. 2016.

TUSHNET, Mark. **Constitucionalismo y judicial review**. Trad. Manuel Chuquillanqui G. Lima: Palestra Editores, 2013.

\_\_\_\_\_. **¿Por qué la Constitución importa?** Trad. Alberto Supelano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

\_\_\_\_\_. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. The Jurisprudence of Constitutional Regimes: Alexander Bickel and Cass Sunstein. In: WARD, Kenneth D.; CATILLO, Cecilia R. (Eds.). **The Judiciary and American Democracy: Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory**. Albany: State University of New York, 2005.

\_\_\_\_\_. **Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. **Why the constitution matters?** New Haven: Yale University Press, 2010.

\_\_\_\_\_. **New institutional mechanisms for making Constitutional Law**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2 abr. 2015. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=2589178>>. Acesso em 06 jul. 2017.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito Romano Clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. 2ª Tiragem. Revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, v.4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.

VILLAGRA, Soledad. **Protocolo facultativo ao PIDESC: Uma ferramenta para exigir os DESC**. Traduzido por Gabriel Jamur Gomes. Curitiba: INESC, 2008.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. A Essência da Oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. O Direito nas Sociedades Primitivas. In \_\_\_\_\_ (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. 2ª Tiragem. Revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina**. Curitiba: Anais do [Recurso eletrônico] IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst., 2011.

\_\_\_\_\_. Pluralismo crítico e perspectivas para um Novo Constitucionalismo na América Latina. In: \_\_\_\_\_ ; MELO, Milena Petters. et al (Orgs.).

**Constitucionalismo Latino Americano: Tendências contemporâneas.** Curitiba: Juruá, 2006.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo Jurídico: fundamentos para uma nova cultura do direito.** 3 ed. São Paulo. Alga ômega, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia.** 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.