

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS  
POLÍTICOS**

**JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO**

**MATHEUS FELIPE DE CASTRO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

T314

Teorias da democracia e direitos políticos [Recurso eletrônico on-line] organização  
CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Matheus Felipe De Castro, José Filomeno de Moraes Filho – Florianópolis:  
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-070-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de  
desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Democracia. 3. Direitos  
políticos. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



# **XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS**

## **TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS**

---

### **Apresentação**

Em um momento de grave crise política e com uma reforma do sistema eleitoral brasileiro em curso, realizamos o Grupo de Trabalho Teorias da Democracia e Direitos Políticos no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, na Universidade Federal de Sergipe, cidade de Aracaju, colaborando para o debate e o amadurecimento de alternativas concretas para o aperfeiçoamento da democracia representativa e sua revitalização com instrumentos de participação efetiva.

Os trabalhos apresentados, no seu conjunto, refletem profundo senso crítico, mas ao mesmo tempo prático, por parte dos pesquisadores e pesquisadoras que participaram do evento e cobrem desde questões de ordem mais técnica quanto de cunho político mais geral. A leitura desses trabalhos é uma excelente oportunidade para conhecer o tipo de pesquisa que vem sendo desenvolvida na área nos mais diversos centros de pesquisa do país. Boa leitura!

Professor Dr. José Filomeno de Moraes Filho

Professor Dr. Matheus Felipe de Castro

**O NOVO CONSTITUCIONALISMO COMO FORMA DE ARREFECER O  
CONFLITO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA**  
**NEW CONSTITUTIONALISM HOW COOL WAY OF CONFLICT BETWEEN  
CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY**

**Marlus H. Arns de Oliveira**  
**José Renato Gaziero Cella**

**Resumo**

O novo constitucionalismo latino-americano decorre de mudança paradigmática decorrente de processos políticos libertadores vivenciados na América Latina a partir da década de 80. Ultrapassamos uma era constitucional nominalista e buscamos recuperar o sentido reformador do termo Constituição. A necessária aplicação da norma constitucional, a cada avanço democrático, não permitiu acomodações das conquistas sociais consagradas como matéria constitucional e os Tribunais Constitucionais encontraram seu lugar de atuação. Neste movimento, o novo constitucionalismo recuperou e consagrou a soberania popular incorporando mecanismos úteis ao povo e reconhecendo direitos e garantias rumo a uma verdadeira democracia, apresentando-se como alternativa viável para diminuir o aparente paradoxo entre constitucionalismo e democracia.

**Palavras-chave:** Novo constitucionalismo, Democracia, América latina.

**Abstract/Resumen/Résumé**

The new Latin American constitutionalism is due to paradigm shift resulting from liberators experienced political processes in Latin America from the 80s surpassed one was constitutional nominalist and seek to recover the sense of the Constitution reformer term. The required application of the constitutional norm, every democratic advance, did not allow accommodation of social achievements enshrined as a constitutional matter and the Constitutional Courts found their place of work. In this movement, the new constitutionalism recovered and established popular sovereignty incorporating useful mechanisms to the people and recognizing rights and guarantees towards true democracy, presenting itself as a viable alternative to reduce the apparent paradox between constitutionalism and democracy.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** New constitutionalism, Democracy, Latin america.

## 1 INTRODUÇÃO

Doutrinadores sustentam a hipótese da existência de um novo constitucionalismo latino-americano, decorrente de uma mudança de paradigma revelada a partir de processos políticos transformadores que despontaram na América Latina, desde a segunda metade da década de 1980 (PASTOR; DALMAU, 2010).

Esse novo constitucionalismo substituiu um constitucionalismo tradicional, enraizado no cenário latino-americano, desde os primórdios dos processos de constitucionalização, os quais pouco ou nada continham do constitucionalismo revolucionário dos finais do século XVIII e princípio do século XIX.

Referido constitucionalismo tradicional caracteriza-se pela sua incapacidade de impulsionar processos políticos transformadores, dando origem a Constituições frágeis, vazias, meramente retóricas, e cujos textos nominais servem apenas à manutenção do *status quo* – à dominação elitista da arena pública e dos processos decisórios.

Em contraposição, o novo constitucionalismo encarna potenciais verdadeiramente e radicalmente transformadores, sob o ponto de vista social e político, inaugurando um novo paradigma de Constituição forte, original e vinculante, cujo texto incita maior transparência e participação popular.

Nas palavras destes autores é preciso alertar que:

Pensadores do direito têm cunhado termos como pós-positivismos e neoconstitucionalismos com o fito de afirmar o que seria a superação da escola do positivismo jurídico. Robert ALEXY afirma que sua teoria, com a fórmula de RADBRUCH e com a postulação de uma conexão necessária entre direito e moral, pretendeu superar o positivismo jurídico, principalmente os de Kelsen e de HART. Porém sua teoria vem sendo submetida a um duro exame, principalmente pelas rigorosas críticas de Eugenio BULYGIN, entre outros autores. Essas críticas expõem o que parece permanecer ainda um problema em aberto na teoria do direito: os pós-positivismos, como os de Robert ALEXY e Ronald DWORKIN, ainda carecem de uma base filosófica e metodologicamente consistente e que não incorra em contradições. (ARNS DE OLIVEIRA; CELLA, 2012, p.2).

Dentro deste contexto buscaremos situar o novo constitucionalismo como alternativa possível para ao menos diminuir o aparente paradoxo entre constitucionalismo e democracia.

## 2 RÁPIDA MIRADA NOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS LATINO-AMERICANOS

Para bem compreender e analisar essas alterações de paradigma nos textos constitucionais latino-americanos, é necessário rápida ilustração quanto as assembleias constituintes destes países, uma vez que estas são responsáveis por impulsionar e promover o novo constitucionalismo latino-americano.

A mudança de paradigma, sob a perspectiva de Pastor e Dalmau (2010), se iniciou com o processo colombiano de 1991, passou pelo processo que resultou na Constituição da República Bolivariana da Venezuela – votada majoritariamente pelo povo venezuelano, em 15 de dezembro de 1999 –, e culminou no processo equatoriano de 2008, ou na votação sobre o texto boliviano de 2009.

Rapidamente se percebe que esse denominado novo constitucionalismo se consubstancia como expressão fidedigna de processos político-sociais transformadores e se desenrola por meio da participação popular direta.

Ao analisarmos os primeiros passos do constitucionalismo latino-americano, verificamos que as primeiras constituições – frutos dos processos de independência e surgimento das novas repúblicas – adotaram moldes liberais até compreensíveis naquele contexto. Todavia, com o passar do tempo, essas Constituições tradicionais ou clássicas mantiveram sua feição conservadora, perpetuando a alienação popular em relação a um verdadeiro debate republicano, eis que, em geral, nasceram como produto de estudos realizados por elites formadas em universidades estrangeiras despreocupadas em adaptar as soluções e mecanismos constitucionais externos às necessidades e conjunturas internas. Pastor e Dalmau (2010) denominaram esse fenômeno como *constitucionalismo adaptado*.

Desde a segunda metade da década de 80 despontaram processos de mudanças constitucionais que anunciavam o fim de uma era constitucional nominalista e ensejaram uma recuperação do sentido original de Constituição (expressão de ruptura e transformação social) e suscitaram um novo paradigma constitucional. Tais mudanças ensejaram o aparecimento de alguns atributos que – mais tarde – consolidaram-se nos processos constituintes característicos desse novo constitucionalismo, como por exemplo: “a preocupação e efetiva preocupação com os direitos, a aposta por uma integração

regional, a incorporação de novas formas de organização estatal” (PASTOR; DALMAU, 2010, p.11).

Apesar das mudanças que se anunciavam, desde a década de 80 e mesmo no processo constituinte brasileiro de 1988, a primeira Constituição a espelhar esse novo constitucionalismo foi a Constituição Política da Colômbia de 1991, já que ali se evidenciou uma consagração da soberania do povo através do processo constituinte. O terreno fértil para o nascimento desse novo constitucionalismo foi a combinação de movimentos cívicos e propostas políticas de iniciativa popular, em contextos de acirrados conflitos sociais e políticos.

A América Latina encontrava-se carente de um constitucionalismo transformador que desse origem ao surgimento de Constituições reais. Pastor e Dalmau (2010) defendem que as mudanças responsáveis pela edificação desse novo paradigma constitucional relacionam-se, diretamente, com: “as necessidades das sociedades, suas circunstâncias culturais e com o grau de percepção que estas sociedades possuem sobre as possibilidades de mudança de suas condições de vida” (p.15).

Evidente, então, que serviram como fermento desse novo constitucionalismo, a falta de vivência de um Estado social; a percepção de desalinhamento entre os interesses de representantes políticos e de representados; e a sensação social de fastio e necessidade de recuperar a dignidade, tudo num quadro diferente daquele desenhado pelo constitucionalismo tradicional.

Na década de 1990, os processos constituintes verdadeiramente transformadores inauguram esse novo constitucionalismo, com a Constituição colombiana de 1991. Nesta o poder constituinte foi ativado pelo próprio povo colombiano, sendo este seu aspecto diferenciador e legitimador. Pastor e Dalmau (2010, p.17) sustentam que a Colômbia iniciou uma “revolução constituinte” , a qual resgatou e consagrou o princípio da soberania popular, além de reivindicar a noção clássica (o potencial revolucionário) do poder constituinte. Ao indicar as condições jurídicas, políticas e sociais que fomentaram esse processo – existência de uma Constituição nominalista, bipartidarismo, violência política, guerrilhas e pressão do narcotráfico restou claro que a mudança constitucional só poderia ocorrer por meio de um processo de ruptura com o sistema político anterior.

A Constituição colombiana de 1991 também aponta aspectos materiais que a distinguem do constitucionalismo anterior, e que serve de exemplo a outros processos

constituintes: (i) a inserção de mecanismos inovadores de democracia participativa, como por exemplo a revogatória de mandato para alguns cargos públicos; (ii) o maior reconhecimento e amparo aos direitos fundamentais; (iii) a minuciosa regulação do papel estatal no domínio econômico.

A nova Constituição colombiana espalhou-se, ao menos, para os vizinhos Equador e na Venezuela.

O processo constituinte equatoriano de 1998, embora marcado por conflitos com o poder constituído – em cujos marcos se desenrolou –, manteve no texto constitucional algumas das características inauguradas pela Constituição colombiana e avançou ainda mais em outros aspectos, exemplificativamente na inserção de um extenso rol de direitos sociais e no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas.

Para Pastor e Dalmau (2010), no entanto, foi no texto da Constituição da República Bolivariana da Venezuela – fruto do processo constituinte venezuelano e votada majoritariamente pelo povo venezuelano, em 15 de dezembro de 1999 – que, de modo mais contundente, se consagrou o que acabou se denominando como o novo constitucionalismo.

Isso se deve não só ao fato de que a Constituição venezuelana foi fruto de votação majoritária pela população, mas também porque ela consagrou em seu texto: direitos sociais; mudanças institucionais; nova configuração dos partidos políticos; inclusão de novos mecanismos de democracia participativa; bem como, consolidou um novo papel a ser exercido pelo Estado na economia.

Segundo Pastor e Dalmau (2010, p.21), uma das principais contribuições da Constituição venezuelana foi a “marginalização do poder constituinte constituído e a necessidade de referendo no caso de mudança constitucional, seja total ou parcialmente”.

Também no processo constituinte boliviano – iniciado em 2007 – que resultou na Constituição aprovada pelo povo, por meio de referendo, em janeiro de 2009 constata-se o fruto de lutas sociais que, desde a década de 90, manifestavam a necessidade de mudanças constitucionais. Embora o poder constituinte (a convocatória da assembleia) tenha se formado nos marcos do poder constituído – e não tenha sido diretamente ativado pelo povo –, o texto da Constituição incorporou avanços sociais como o caráter plurinacional do Estado; a convivência de elementos liberais e indígenas; o valor conferido aos direitos sociais, entre outros.



Outro exemplo desse novo constitucionalismo é a Constituição do Equador de 2008. Esta reflete todos os aspectos acima mencionados, consagrando definitivamente a soberania popular ao definir que somente o povo possui aptidão não só para ativar diretamente o poder constituinte, mas também para modificar a parte substancial da Constituição, de modo que apenas questões não substanciais podem ser modificadas pelo Parlamento.

### **3 O CONSTITUCIONALISMO TRADICIONAL E O NOVO CONSTITUCIONALISMO**

Neste ponto, primeiramente destaque-se o posicionamento de Chueiri e Godoy (2010, p. 161), segundo o qual:

Para a ciência do direito, o poder constituinte é tradicionalmente a fonte da qual a nova ordem constitucional brota. É o poder de fazer a nova Constituição, da qual os poderes constituídos adquirem a sua estrutura. Desta perspectiva, o poder constituinte instala uma ordem jurídico-constitucional totalmente nova.

Uma forte diferença entre o constitucionalismo tradicional e o novo constitucionalismo consiste na consciência deste último de que – distinto do poder constituído que se ampara na institucionalidade e em uma pretensão de continuidade e permanência – o poder constituinte guarda um potencial revolucionário, consubstanciando numa força de ruptura, de descontinuidade, de interrupção e construção de novos sistemas políticos e sociais. Força esta que deve ser manejada pelo povo, através da dinâmica participativa e legitimadora inerente aos processos constituintes, e nas significativas palavras de Dalmau e Pastor (2010, p.13), “somente o povo pode se sentir progenitor da Constituição”.

Assim, esse novo paradigma constitucional afasta-se de um processo constituinte manejado por elites, aproximando-se de um processo que consagra verdadeiramente a soberania popular e, por consequência, gera um novo tipo de Constituição – forte, original, mais detalhada e alinhada com as necessidades e interesses do povo.

Este novo constitucionalismo identifica-se especialmente numa Constituição legitimada diretamente pelo povo cujas principais características são a recuperação e consagração da soberania popular; a busca pela incorporação, nos textos constitucionais,

de mecanismos úteis ao povo – e não interessantes apenas a algumas elites – a intensificação e o reconhecimento de direitos e garantias e o avanço em direção a uma verdadeira democracia.

#### 4 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

A lógica do direito constitucional moderno, em si, consiste em fator-chave da supremacia constitucional na democracia. Os aspectos dessa lógica seriam:

Sua noção embutida de objetivos gerais e supremacia conceitual, a legitimidade e autoridade orientada pelo Estado, a estrutura de separação de poderes, as regras processuais de engajamento, métodos e estilos de raciocínio, e suas abordagens muitas vezes mensuradas às perguntas politicamente comprometidas (HIRSCHL, 2010, p.72).

Um dos aspectos que salta aos olhos na supremacia constitucional é que esta concebe a Constituição como “lei suprema da terra”, à qual, portanto, todo o ordenamento jurídico (fontes de direito e autoridades legais) e sistema político (grupos e instituições políticas) devem respeito e obediência.

A Constituição atua, num espaço fortemente democrático, como forte poder conformador de forças sociais *antiestablishment*.

A aparente tensão entre constitucionalismo e democracia salta aos olhos quando, na visão de Chueiri e Godoy (2010, p. 162), percebe-se que “a democracia é a teoria do governo absoluto, ao passo que o constitucionalismo é a teoria do governo limitado, da democracia limitada. O poder constituinte, sob a ótica jurídica, é a fonte de produção da democracia limitada”.

O constitucionalismo, segundo Hirschl (2010, p. 72-73), compartilha elementos centrais denominados por ele de “narrativa modernista” – que representa o modo racional de instituição (planejamento institucional) e organização da vida pública. Assim, as constituições – políticas – infligem uma feição pragmática às estruturas de governo criadas a partir delas. As diretrizes e liberdades, os princípios e direitos encartados nas Constituições – aptos a apreender a essência autônoma do ser humano – constituem terreno fértil ao florescimento e enraizamento do liberalismo e do secularismo.

Devido a tais aspectos, o constitucionalismo serve para fomentar o crescimento econômico, sobretudo porque os países democráticos – e até mesmo aqueles sujeitos a

regimes autoritários e semidemocráticos mas com contornos constitucionais - criam um ambiente confiável, angariando reputação internacional e credibilidade econômica frente a credores estrangeiros e investidores.

Esse aspecto do constitucionalismo coaduna-se com a natureza do Estado moderno que procura firmar um sistema centralizando de governança, de modo a monopolizar as “metanarrativas históricas nacionais” que compõem o corpo político (HIRSCHL, 2010, p.77).

Também os métodos interpretativos dominantes na doutrina do direito constitucional<sup>1</sup> favorecem posturas amplamente democráticas em detrimento de posições autoritárias e/ou radicais.

Hirschl (2010) aponta que essa feição do constitucionalismo é estimulada, ainda, pela prática contemporânea do direito constitucional de caráter mais universalista e cosmopolita e menciona a tendência ao “tráfego internacional vivo de ideias sobre direitos” (p.81).

Mas, a tensão entre constitucionalismo e democracia é evidente. Nas palavras de Chueiri e Godoy (2010, p.166):

O poder constituinte, ao instaurar a constituição, estabelece a forma jurídica do político, a qual será defendida e garantida pela rigidez do constitucionalismo. Em outras palavras, estabelece a tensão entre o jurídico e o político, entre constitucionalismo e democracia.

Na mesma linha a visão de Kozicki e Barboza (2008, p. 152), segundo as quais:

A tensão entre democracia e constitucionalismo<sup>2</sup>, (esta) na medida em que este acaba por limitar a liberdade de deliberação dos representantes eleitos pelo povo que, por sua vez, não podem elaborar leis que afrontem direitos fundamentais das minorias, ou mesmo individuais, elencados na Constituição.

---

<sup>1</sup> Exemplificativamente: (i) a doutrina da “Constituição-viva” (*living-constitution ou living-three*) – prega que a Constituição é orgânica, dinâmica e viva, e, por esse motivo, deve ser lida e interpretada não como algo estático, mas como um conjunto de normas em ininterrupta evolução paralelamente às alterações nos sistemas de valores da sociedade; (ii) abordagem da “proporcionalidade” ou “ponderação” – consiste em uma solução prática, por meio da qual se realiza a ponderação ou equilíbrio entre diretrizes, direitos ou princípios concorrentes ou conflitantes entre si.

<sup>2</sup> Na visão das autoras, constitucionalismo “é a teoria que, baseada numa Constituição rígida, busca resultados que venham a garantir a proteção dos direitos fundamentais, mesmo que isso importe limitação dos poderes do Executivo e do Legislativo”. (p.156).

A necessária aplicação da norma constitucional, a cada novo passo de conquista democrática, reforça esta tensão e não permite maiores acomodações das conquistas sociais elevadas a matéria constitucional. Não é demais lembrar, entretanto, as críticas dirigidas aos neoconstitucionalistas quanto as reais possibilidades de efetivação de direitos tido como fundamentais, com a inclusão, a cada momento, de mais e mais “direitos fundamentais”.

Los derechos que tenemos, pese todo, los tenemos porque han sido puestos. El iuspositivismo, sin embargo, termina por autodestruirse justamente cuando se afirma como fundante ya que, en el momento mismo en que los derechos se introducen en la historia institucional de un ordenamiento, sus contenidos, que valen sólo en virtud de la forma en que se los ha puesto, se vuelven insaciables, aplastan la forma y asumen el dominio sobre ella, hasta el punto de volver superfluas, al menos en apariencia, las técnicas específicas del derecho moderno, es decir, el procedimiento y la autoridad. (PINTORE, 2001, p.243-265)

Neste sentido, concordamos com Chueiri e Godoy (2010, p. 164) que entendem “ser possível conceber que o constitucionalismo, em vez de frear o poder constituinte, exhibe-o e o reafirma quando garante e protege os compromissos históricos e sociais conquistados ao longo do tempo”.

Ressalte-se, por cautela, que a democracia “só se realiza se determinadas condições estiverem presentes. E essas condições são justamente os princípios e regras estabelecidos pela constituição” (CHUEIRI; GODOY, 2010, p.171).

Alertam estes autores que:

Os neoconstitucionalismos, segundo as críticas que lhe são dirigidas por COMANDUCCI, nada mais são que espécies de jusnaturalismos reavivados, sendo que a análise desse autor segue parâmetros semelhantes ao que BOBBIO utiliza para tratar do Positivismo Jurídico, ou seja, para COMANDUCCI é possível distinguir três variantes de neoconstitucionalismos: teórico, ideológico e metodológico, nas quais se revelam problemas de justificação teórica e mesmo de efetividade, já que permanecem, também para os neoconstitucionalismos, as mesmas objeções, acima mencionadas, que tanto HART quanto Bulygin dirigem às tentativas de inclusão da moral ao método de reconhecimento do direito, fato que culmina, em última instância, no debate acerca dos direitos humanos, cujos fundamentos ainda representam uma questão em aberto, conforme aduz Roberto Vernengo: “*Los derechos humanos son asunto importante: a todos nos incumbe personalmente que se respeten y que se extiendan. Pero son también problemas. Como tales, no estamos muy seguros de ellos; dudamos de que efectivamente los hayamos conquistado. Ni siquiera estamos muy seguros de que los entendamos cabalmente: no tenemos aún una teoría suficiente para pensarlos con plenitud. Quizás los recursos tradicionales y envejecidos de la ciencia jurídica no responden a fenómenos nuevos que necesitan de nuevas categorías y de nuevos recursos teóricos*” (ARNS DE OLIVEIRA; CELLA, 2012, p.16).

Neste ponto o novo constitucionalismo encontra seu espaço e ganha contornos definitivos no arrefecimento da tensão aparente entre constitucionalismo e democracia.

Se nem sempre de forma rápida, os dinâmicos movimentos das minorias e as premente necessidades sociais encontram eco em garantias efetivamente constitucionais, a salvaguarda dos tribunais passa a exercer seu mais incisivo papel.

## **5 O PAPEL DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E DEMOCRACIA**

O Direito e os Tribunais Constitucionais, principalmente em sistemas políticos que enfrentam profundas cisões entre correntes democráticas e autoritárias, consubstanciam pilares que atuam em favor do pragmatismo e moderação.

O sistema jurídico, com a frequente judicialização de temas de toda ordem, empodera os tribunais constitucionais na tentativa de preservar grupos sócio-políticos dominantes que temem perder seu controle sobre o exercício do poder político.

Diante da baixa expectativa de permanecer no poder, ou ao perceberem que sua hegemonia, direitos e benefícios estão sendo contestados na arena democrática, esses grupos e seus representantes políticos passam a defender um Judiciário forte, ao qual delegam todo tipo de questão, visando manter-se no poder.

Essa tendência é frequentemente observada em momentos anteriores ao novo constitucionalismo, como última tentativa de se manter no poder.

Evidentemente, esta tentativa passa pelo usual controle exercido – em maior ou menor grau, direta ou indiretamente – pelos detentores do poder político em relação à composição pessoal dos tribunais superiores nacionais. Nestes é comum a indicação direta, pelos detentores de poder político, de candidatos para o preenchimento de decisivos e importantes cargos judiciais.

Os tribunais constitucionais compõem o aparato estatal tendo sido estabelecidos e financiados pelo Estado e seus membros são nomeados por autoridades estatais, geralmente, mediante o assentimento de líderes políticos. Esse controle político sobre as nomeações judiciais, evidentemente, suscita ou favorece um alinhamento dos juízes com a posição do governo ou os interesses do executivo, especialmente nos casos políticos controversos.

Nesta linha, Hirschl (2010, p.94) alerta para a limitação da independência judicial dos tribunais supremos, mesmo em ambientes democráticos. Essa falta de independência decorre, também, da incapacidade institucional do judiciário de executar suas decisões.

Deste modo, os juízes estão permanentemente sujeitos à pressão política – tácita ou explícita – pois, no processo decisório, veem-se compelidos a levar em consideração a repercussão de suas decisões junto aos detentores do poder político, ou seja, se elas serão amparadas ou não pelos governantes.

Além dessa pressão tácita, os atores políticos, ao se depararem com decisões judiciais destoantes de seus interesses, podem adotar medidas mais contundentes e severas a fim de exercer pressão política explícita e, assim, restringir o poder judicial, como por exemplo: sanções disciplinares a juízes; impeachment ou remoção de juízes; e demissões entre outras sanções.

Mesmo o debate entre Hart e Dworkin (2004), no que tange à discricionariedade ou não do intérprete, serve como exemplo da importância dos juízes, e dos próprios Tribunais Constitucionais, neste contexto:

O conflito direto mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido pré-existente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito (HART, 1994, p.335).

Vale dizer que HART admite mesmo que a interpretação de todas as regras, dada a textura aberta característica das mesmas, demandam um certo grau de discricionariedade; e que nos casos mais importantes o seu uso é inevitável:

“... Não restam dúvidas de que os tribunais proferem os seus julgamentos de forma a dar a impressão de que as suas decisões são o a consequência necessária de regras predeterminadas cujo sentido é fixo e claro. Em casos muitos simples, tal pode ser assim; mas na larga maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes em que as regras estão alegadamente contidas admitem apenas um resultado. Nos casos mais importantes, há sempre uma escolha. O juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre

interpretações conflitantes do que um precedente ‘significa’. É só a tradição de que os juízes ‘descobrem’ o direito e não o ‘fazem’ que esconde isto e apresenta as suas decisões como se fossem deduções feitas com toda a facilidade de regras claras preexistentes, sem intromissão da escolha do juiz. As regras jurídicas podem ter um núcleo central de sentido de um regra. A previsão do art. 9º da Lei dos Testamentos de 1837, que estabelece que deve haver duas testemunhas em cada testamento, pode razoavelmente parecer que não dará origem a problemas de interpretação. Contudo, todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas. Mesmo o sentido da previsão aparentemente inocente da *Lei dos Testamentos* de que o testador deve assinar o testamento pode revelar-se duvidosa em certas circunstâncias. E se o testador usou um pseudônimo? Ou se alguém pegou na mão dele para fazer a assinatura? Ou se ele escreveu apenas as suas iniciais? Ou se ele pôs o seu nome completo, correto e sem auxílio, mas no princípio da primeira página, em vez de no fim da última? Poderiam ser todos estes casos considerados como “assinar”, no sentido da regra jurídica? ( HART, Herbert L.A, 1994, p.16-17)

Para o positivismo de HART, portanto, nas ocasiões em que não exista uma norma exatamente aplicável o juiz deve decidir com discricionariedade pois, considerando que o direito não pode oferecer respostas a todos os casos que aparecem, não se pode falar na existência prévia de uma solução correta. DWORKIN, ao contrário, sustentará que os casos difíceis têm sim uma resposta correta.

Não se olvida que esta discussão encontra solo fértil na doutrina brasileira que, segundo Kozicki e Barboza (2008, p. 157):

[...] foi influenciada por teóricos da teoria substantiva norte-americana, em que impera o judicial review, o qual permite um controle substantivo da Constituição por parte do Poder Judiciário, de modo a rever as leis emanadas pelo Legislativo e incompatíveis com os valores substantivos da Constituição.

Demonstram Kozicki e Barboza (2008, p. 157) que:

A polêmica que gira em torno do judicial *review* consiste basicamente no seu suposto caráter antidemocrático, na medida em que permite que juízes não eleitos pelo povo possam interpretar os valores substantivos presentes na Constituição, como também revisar e anular leis incompatíveis com tais valores, mesmo que provenientes do Parlamento, enquanto representante democrático do povo, numa tensão entre jurisdição constitucional e democracia.

É inegável, portanto, que a noção do direito constitucional como uma forma de política funciona como pano de fundo de toda análise do papel dos Tribunais Constitucionais, afinal, estes são considerados instituições políticas que refletem, em seus posicionamentos, a comunidade epistemológica e o ambiente político-ideológico em que se encontram submersos.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem maiores digressões é evidente que a (até hoje) permanente falta de credibilidade do corpo representativo do Poder Legislativo (parlamentares) deflagrou o surgimento, na década de 80, de movimentos sociais na América Latina, apontando a necessidade de um novo constitucionalismo.

Na década de 90, em todo continente, os textos constitucionais passaram a expressar tais anseios populares, num verdadeiro movimento de novo constitucionalismo.

A partir deste ponto pode-se afirmar que a democracia deliberativa<sup>3</sup> permitiu a inclusão de boa parte das camadas sociais na tomada de decisão e vem alimentando mecanismos de revisão constitucional, ainda hoje, lançados como desafios aos tribunais constitucionais.

Na lição de Chueiri e Godoy (2010, p. 163):

É preciso recuperar esta ideia e esta práxis de que o povo, soberano, ao se auto legislar, cria e funda a Constituição, através de toda radicalidade que está em tal ato constituinte, impondo a si mesmo as regras e os limites que regularão os seus poderes constituídos.

Ressaltando que a cada novo momento democrático surgem novas demandas sociais e que a cada nova inclusão de minorias sociais surgirão novas necessidades deliberativas, todas necessariamente convergindo para uma constante renovação do poder constituinte.

Finalmente, acreditamos que esta renovação do poder constituinte produzirá constante aprimoramento na formação de uma sociedade mais inclusiva, justa e solidária.

---

<sup>3</sup> A Democracia deliberativa possui três elementos essenciais: (i) a inclusão de todos os possíveis afetados no processo de deliberação e decisão; (ii) a deliberação como forma de expressão dos argumentos que servirão de fundamento para a decisão e como meio de correção desses argumentos; e (iii) a igualdade, já que em situações de desigualdade a deliberação coletiva perde seu valor (GARGARELLA, 2008, p. 167 apud CHUEIRI; GODOY, 2010).



## 7 REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. **La técnica del precedente y la argumentación racional**. Madrid: Tecnos, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. Bulygins kritik des richtigkeitsarguments. In: VALDÉS, Ernesto Garzón et.al. (Orgs.), **Normative Systems in Legal and Moral Theory: Festschrift für Carlos Alchourrón und Eugenio Bulygin**, Berlin: Duncker &Humboldt, 1997, p. 235-250.

\_\_\_\_\_. **Constitucional Rights, balancing, and rationality** . In: Ratio Juris, Oxford: v. 16, n. 2, 2003, p.131-140

\_\_\_\_\_. **On necessary relations between law and morality**. Ratio Juris, Oxford: v. 2, n. 2, 1989, p. 167-183.

\_\_\_\_\_. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. In: Doxa, Alicante: n. 5, 1988, p. 139-151.

\_\_\_\_\_. **On the structure of legal principles**. In: Ratio Juris, Oxford: v. 13, n. 3, 2000, p. 294-304

\_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo, Landy, 2000.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na efetivação dos direitos fundamentais sociais**. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997.

BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **O significado perdido da função de julgar**. 135 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo 1990.

BULYGIN, E. **Alexy's thesis of the necessary connection between law and morality.** Ratio Juris, Oxford, v. 13, n. 2, p. 133-137, 2000.

\_\_\_\_\_. **Alexy und das richtigkeitsargument.** In: AARNIO, A. et. al. (Orgs.), Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit: Festschrift für Werner Krawietz zum 60 Geburtstag. Berlin: Duncker & Humboldt, 1993, p. 19-24

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CALSAMIGLIA, A. **Ensayo sobre dworkin.** In: DWORKIN, R. Los Derechos en Serio. Tradução de Marta Guastavino, Barcelona: Ariel, 3. Reimpressão, prólogo, p. 7-29, 1997.

CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do direito e modernidade: dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos.** Curitiba: JM, 1995.

CHUEIRE, V. K.; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte.** Revista Direito GV, São Paulo, v.6, n.1, p. 159-174, 2010.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico.** Revista Isonomia, Génova, n. 16, p. 89-112, 2002.

DALMAU, Rubén Martinez; PASTOR, Roberto Viciano. **Los procesos contuyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional.** Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. n. 25. 010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martin Fontes, 2005.

ELSTER, Jon. **Constitucionalismo e Democracia.** México: Fondo de cultura econômica, 2001

FERRATER MORA, José. Dicionário de filosofia. Tradução de Maria Stela Gonçalves, Adail U. Sobral, Marcos Bagno, Nicolás Nyimi Campanário, São Paulo: Loyola, 2001, 4 v.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HIRSCHL, Ran. **Constitutional theocracy.** Cambridge e London: Harvard University Press, 2010.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia.** Revista Sequência, n. 56, p. 151-176, jun. 2008.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela corte de justiça europeia. Florianópolis, 1994. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 178 p

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente? In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PENA, Fernando Marques. **Democracia, Direitos Humanos e Globalização**. Revista Espaço Acadêmico, n. 64, 2006. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/064/64pena.htm>>. Acesso em: 5 ago. 2009.

PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. La lógica jurídica y la nueva retórica. Tradução de Luis Diez-Picazo, Madrid: Civitas, 1. reimpressão, 1988.

PINTORE, Anna. Derechos insaciables. In: Los fundamentos de los derechos fundamentales. Coord. Luigi Ferrajoli. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 243-265

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la ciencia del derecho**. Tradução de Luis Recasens Siches, Madrid: 1930.

\_\_\_\_\_. **Relativismo y derecho**. Tradução de Luis Villar Borda, Bogotá: Temis, 1. reimpressão, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VERNENGO, R.J. **Dos ensayos sobre problemas de fundamentación de los derechos humanos**. Buenos Aires: Cuadernos de Investigaciones 13 del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, 1989