I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLÍTICOS E FILOSOFIA DO ESTADO II

HORÁCIO MONTESCHIO

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

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

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

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

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

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

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

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

---

T314
Teorias da democracia e direitos políticos e Filosofia do Estado II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Horácio Monteschio; Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-063-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

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

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLÍTICOS E FILOSOFIA DO ESTADO II

Apresentação

Os trabalhos publicados nesta obra têm como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Teorias da Democracia, Direitos Políticos e Filosofia do Estado II, durante o XXIX Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 24 e 30 de junho de 2020, sobre o tema "Constituição, Cidades e Crise".

O XXIX Encontro Nacional do CONPEDI ficará marcado na memória dos participantes e na história da pesquisa. Desde março de 2020, a sociedade se viu obrigada ao isolamento, motivado pela pandemia provocada pela COVID-19. Não obstante, a Diretoria do CONPEDI entendeu que o evento não podia ser cancelado, dada sua importância para a área do Direito e o respeito aos esforços dos pesquisadores. Assim, em poucos dias tornou-se disponível uma plataforma, e o encontro presencial tornou-se virtual, viabilizando a continuidade da disseminação das pesquisas. Nasceu então o I Encontro Virtual do CONPEDI, cujo sucesso provavelmente se replicará nas próximas edições.

Apesar de virtual, o evento não perdeu seu brilho e sua qualidade, mais que isso, proporcionou a convivência e o diálogo com os colegas, fator importante, nestes tempos sombrios, para a manutenção da saúde mental e psicológica de todos.

Os resultados obtidos foram conceitos amadurecidas que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, bem como têm a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por discentes de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho, e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos foram apresentados em quatro blocos de discussão, na ordem a seguir:

1 A CONTRADIÇÃO PERFORMATIVA NA LUTA ESTRATÉGICA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS POR RECONHECIMENTO EM UMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: 28 TESES DESCONSTRUTIVAS. Autor: Daniel Oitaven Pamponet Miguel. O trabalho propôs um modelo deliberativo a ser adotado pelos movimentos sociais

em sua luta por reconhecimento na forma de direitos humanos. A pesquisa se fundamentou de forma teórica e qualitativa, utilizou o procedimento metodológico da análise de conteúdo bibliográfico e assumiu a desconstrução como matriz teórica. Concluiu que é possível compatibilizar o impulso emocional, conflituoso e honnethiano com a busca habermasiana por um consenso, de modo que os movimentos sociais consigam evitar a não ocorrência na contradição performativa de, ao mesmo tempo, negarem estrategicamente o reconhecimento do outro e argumentarem com base nas ideias de democracia e alteridade.

2) DEMOCRACIA ON-LINE E OS DESAFIOS DA PROPAGANDA ELEITORAL FALSA NA INTERNET E MÍDIAS SOCIAIS. Autor: Humberto Luis Versola. O artigo teve como objetivo realizar estudo acerca dos reflexos da propaganda eleitoral falsa veiculada pela internet e mídias sociais no Estado Democrático de Direito e na ordem constitucional eleitoral. A análise partiu do enfrentamento do conflito entre o direito fundamental à liberdade de expressão e comunicação e o direito fundamental à segurança e estabilidade jurídica nas relações sócio-jurídico-eleitorais, exigindo do Estado a efetivação de políticas administrativas e judiciais na tutela desses bens jurídicos difusos para a consolidação da democracia.

3)ANÁLISE SOBRE A SOBERANIA POPULAR E OS DIREITOS HUMANOS NA DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE HABERMAS. Autora: Gabriela Brito Ferreira. O artigo vinculou-se ao tema da democracia deliberativa, com o objetivo de demonstrar o embate entre a soberania popular e os Direitos Humanos, de modo a fundamentar a teoria deliberativa de Habermas. Utilizou uma abordagem de pesquisa bibliográfica qualitativa dedutiva sobre a obra Direito e Democracia: facticidade e validade, de Jürgen Habermas. A partir disso, buscouresponder em que medida a reunião entre soberania popular e Direitos Humanos é um alicerce para a democracia deliberativa de Habermas, levando a entender a posição entre autonomia privada e pública, bem como se tornam o fundamento do Direito moderno.

4)DEMOCRACIA E CONSTRUÇÃO DA REALIDADE: ESBOÇO DE UMA TEORIA. Autor: Carlos Marden Cabral Coutinho. O trabalho apresentou a Teoria da Democracia Construtiva. Para tanto, fez-se uma reconstituição de relevantes episódios democráticos. A partir disto, apresentou o conceito clássico de democracia, mostrando quais as suas limitações teóricas. Expôs a democracia como sendo a capacidade das pessoas de construir a própria realidade. Consequentemente o texto avançou em busca de uma elaboração da teoria, mostrando que do conceito podem ser deduzidos princípios que são relevantes insights sobre

o fenômeno democrático. O objetivo geral foi o de mostrar que a Teoria da Democracia Construtiva pode oferecer a sofisticação necessária para lidar com o tema em um maior grau de complexidade.

5)DEMOCRACIA (?) JUDICIAL E NEOCONSTITUCIONALISMO: AMPLIAÇÃO DO DEBATE POR MEIO DE OUTRAS TEORIAS DEMOCRÁTICAS. Autor: Bernardo Augusto da Costa Pereira.O artigo realizou uma análise acerca do neoconstitucionalismo brasileiro, seu surgimento, e a noção de ativismo judicial ou democracia judicial. Essas temáticas foram estudadas de modo a verificar que, apesar de elementos centrais no panorama brasileiro, não esgotam o debate sobre democracia: há outras teorias que podem colaborar na ampliação do debate. Neste sentido foram apresentadas as teorias de "democracia deliberativa" de Seyla Benhabib, "democracia comunicativa" de Iris Young e "democracia dualista" de Bruce Ackerman.

6)CREDIBILIDADE NA DEMOCRACIA: O DECLÍNIO DE CONFIANÇA COMO RISCO ÀS INSTITUIÇÕES E AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Autores: Daniel Jacomelli Hudler, Verônica Lima Silva e Marcelo Benacchio. O artigo buscou verificar a possível relação entre confiança na democracia e economia, a partir de teorias culturais que explicam as possíveis causas para o declínio de confiança nas instituições, pelas hipóteses de "cidadania crítica" e a "pós lua-de-mel"; em seguida, verificou a possível repercussão da confiança no desenvolvimento econômico, a partir da visão institucionalista; e apresentou estudos empíricos sobre confiança brasileira. Empregou-se o método hipotético-dedutivo, auxiliado pela pesquisa revisional bibliográfica. Concluiu que há declínio na confiança sem risco imediato para a democracia e que há possibilidade de modificação das próprias instituições a partir da desconfiança.

7) CONHECIMENTO TRADICIONAL E BIODIVERSIDADE: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO PLURALISMO JURÍDICO. Autores: Tarcísio Vilton Meneghetti e Jose Everton da Silva. O artigo explicitou que o conhecimento tradicional é aquele produzido por sociedades tradicionais, em geral relacionados a patrimônio biológico, conhecimento que depois pode ser transformado em instrumento econômico, muitas vezes na forma de patente dentro do regime da Propriedade Industrial. Desenvolveu o tema relacionado ao direito ocidental, o qual se apresenta vinculado a concepções epistemológicas modernas, não necessariamente aceitas pelas sociedades tradicionais. O artigo teve por objetivo de apresentar o pluralismo jurídico como marco teórico capaz de regulamentar a relação entre sociedades tradicionais e Estados nacionais, garantindo a proteção jurídica do conhecimento tradicional. Como problema de pesquisa tem-se a questão: pode o pluralismo jurídico ser referente à para devida proteção jurídica do conhecimento tradicional?

8) A CAPACITAÇÃO TÉCNICA COMO CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE DO CANDIDATO AO CARGO DE CHEFE DO PODER EXECUTIVO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA. Autores: Danilo Mohana Pinheiro Carvalho Lima, Daniela Arruda de Sousa Mohana e Jaqueline Prazeres de Sena. O artigo analisou a Capacidade Técnica como condição de elegibilidade do candidato ao cargo de Chefe do Poder Executivo, a partir da aplicabilidade do princípio da democracia. Neste sentido, demonstrou a evolução da democracia, as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade. Por fim, apresentou os requisitos mínimos para candidatura à chefia do Poder Executivo, em especial, a necessidade de uma avaliação que demonstre a qualidade técnica para conduzir a nação e trabalhar com maior eficiência no atendimento do interesse coletivo.

9) ADIAR OU NÃO AS ELEIÇÕES MUNICIPAIS EM RAZÃO DA PANDEMIA? UMA PROPOSTA INTERMEDIÁRIA DE SOLUÇÃO CONSTITUCIONAL. Autores: Walles Henrique de Oliveira Couto, Bernardo de Lima Barbosa Filho e Alexandre Moura Alves de Paula Filho. O texto formulado destacou a crise sanitária provocada pelo coronavírus e a ameaça ao calendário eleitoral deste ano. Ponderou sobre a possibilidade de se adiar ou não as eleições municipais em razão da pandemia. Diante da iminente necessidade de adiamento do pleito, o texto apresentou estudo sobre as normas constitucionais que regem a matéria, identificou (in)viabilidades das soluções até então propostas, e tem como objetivo apresentar sugestão de alteração normativa que concilie saúde pública com a legitimidade das eleições. Como conclusão, apresentou proposta intermediária de solução: autorização constitucional para, se preciso, realizar o adiamento parcial do pleito.

10) A MORALIDADE (ART. 14, § 9º, DA CF) E O MORALISMO NA LEI DA FICHA LIMPA. Autores: Rodrigo Brunieri Castilho e Leonardo Fernandes de Souza. O texto formulado e a apresentação feita analisaram a questão da aplicação da moralidade no Direito Eleitoral e as consequências da aplicação de uma moralidade exacerbada e sem critérios - o moralismo. Destacou o moralismo que ataca diretamente a segurança jurídica, assim como a moralidade e o moralismo afetaram a criação da Lei da Ficha Limpa. A metodologia utilizada foi a teórico-bibliográfica.

11) A LEGITIMIDADE DAS DELIBERAÇÕES ELEITORAIS: CONSENTIMENTO RECÍPROCO DE CRITÉRIOS DE AUTENTICIDADE COMO PATAMAR MÍNIMO. Autor: Gabriel Vieira Terenzi. O trabalho apresentado estabeleceu uma forma de deliberação eleitoral para justificar a concessão de autoridade política àquele que obtém a vitória. Para tanto, traçou as características do que outrora se considerava como legítimo, em matéria deliberativa, para, assim, demonstrar-se que na atualidade novos critérios precisam justificar essa legitimação. O texto explicitou a utilização do sistema majoritário, bem como seus

déficits democráticos, rechaçando as tentativas de obter uma quase-unanimidade. Como conclusão firmou pela necessidade de estabelecimento de critérios recíprocos de autenticidade com os quais os votantes concordem, a fim de que um sistema eleitoral majoritário possua legitimidade deliberativa.

12) A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Autor: Thiago Augusto Lima Alves. O texto e a apresentação expuseram a importância da democracia participativa, especificamente a Soberania Popular, de que fala o art. 14 da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, com o objetivo de debater os mecanismos garantidos pela vigente Constituição Federal, os quais efetivam a participação popular no Brasil. A pesquisa formulada utilizou o método de abordagem dedutivo, o procedimento metodológico histórico-comparativo e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

13) A INEFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PELO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL. Autor: Gabriel Napoleão Velloso Filho. O trabalho analisou as consequências das condenações sofridas pelo Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com base em análise bibliográfica e acesso aos documentos oficiais da Corte e do Conselho Nacional de Justiça, complementada pelo exame por amostragem dos processos que deram origem às condenações, concluiu-se pela inefetividade dos mecanismos de controle e formulação de políticas públicas judiciárias para garantir o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais pelo Poder Judiciário brasileiro, dada a ineficácia do órgão de controle e a inação das direções dos tribunais.

14) A DISTORÇÃO DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES E O ENTRAVE NA EFICIÊNCIA DA JUSTIÇA SOB A ÓPTICA DO DIREITO COMPARADO. Autora: Luane Silva Nascimento. O trabalho apresentado abordou as imunidades parlamentares como garantias que surgiram no feudalismo britânico e que cujo fito era tutelar os bens dos parlamentares enquanto se deslocavam para presenciar as reuniões da Assembleia, bem como o caráter objetivo ou subjetivo das imunidades, o que ocasiona uma afronta aos direitos fundamentais de terceiros e a possibilidade de renúncia (levantamento) das imunidades mediante pedido do próprio parlamentar podem indicar privilégio pessoal e a obstrução da justiça. Por derradeiro se as prerrogativas são necessárias para proteção e bom desempenho da Casa Parlamentar.

15) A IMPORTÂNCIA DA IDEOLOGIA NAS DEMOCRACIAS REPRESENTATIVA E DELIBERATIVA. Autores: Patrícia Gasparro Sevilha Greco, Arthur Lustosa Strozzi e Tatiana Kolly Wasilewski Rodrigues. O trabalho apresentado se propôs a analisar a crise

ideológica na democracia representativa. Afirmou que a própria sociedade civil encontrou mecanismos para dar corpo às suas mais variadas ideologias, nascendo, assim, a democracia deliberativa. A pesquisa este vinculada a revisão bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo. Ao final propôs a união de modelos democráticos que possam permitir a correção das possíveis crises ideológicas, para dar um atendimento maior às mais variadas demandas e anseios sociais, gerando um governo mais legítimo.

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho

Universidade de Fortaleza

Prof. Dr. Horácio Monteschio

Universidade Paranaense - UNIPAR.

Profa. Dra. Vivian A. Gregori Torres

Universidade Metodista de Piracicaba/SP

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teorias da Democracia, Direitos Políticas e Filosofia do Estado II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DEMOCRACIA (?) JUDICIAL E NEOCONSTITUCIONALISMO: AMPLIAÇÃO DO DEBATE POR MEIO DE OUTRAS TEORIAS DEMOCRÁTICAS

JUDICIAL DEMOCRACY (?) AND NEOCONSTITUTIONALISM: ENHANCEMENT OF THE DEBATE BY OTHER DEMOCRATIC THEORIES

Bernardo Augusto da Costa Pereira [1]

Resumo

O artigo realiza uma análise acerca do neoconstitucionalismo brasileiro, seu surgimento, e a noção de ativismo judicial ou democracia judicial. Tais temáticas foram estudadas de modo a verificar que apesar de elementos centrais no panorama brasileiro, não esgotam o debate sobre democracia: há outras teorias que podem colaborar na ampliação do debate. Neste sentido foram apresentadas as teorias de "democracia deliberativa" de Seyla Benhabib, "democracia comunicativa" de Iris Young e "democracia dualista" de Bruce Ackerman.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Direito, Ativismo judicial, democracia, Teorias democráticas

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the Brazilian neoconstitutionalism, its appearance, and the notion of judicial activism or judicial democracy. Such themes were studied in order to verify that despite central elements in the Brazilian panorama, they do not exhaust the debate on democracy: there are other theories that can collaborate expanding the debate. In this sense, the theories of "deliberative democracy" by Seyla Benhabib, "communicative democracy" by Iris Young and "dualist democracy" by Bruce Ackerman were presented.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neoconstitutionalism, Law, Judicial activism, democracy, Democratic theories

[1] Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor dos cursos de direito do CESUPA e da FACI-WYDEN.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo surgiu em virtude da importância de analisar o atual momento constitucional brasileiro e seu reflexo na teoria democrática adotada no país. Da mesma forma, é importante verificar como tal mudança de paradigma afetou e continuando influenciando o constitucionalismo brasileiro, que denota uma postura mais relevante do Poder Judiciário, seja através da judicialização das políticas, seja por meio de sua postura proativa, em face dos Poderes Legislativo e Executivo. Esta alteração acaba por gerar embates entre dois modelos democráticos, os quais acabam sendo vistos como as únicas opções existentes.

O objetivo geral deste trabalho, portanto, é analisar a doutrina neoconstitucionalista e de que forma ela afeta, especialmente, a postura do Poder Judiciário. Desta maneira, se pode verificar sua atual preponderância e os embates contra os outros Poderes.

Por sua vez, o objetivo específico é verificar a existência de outras teorias democráticas, atuais, que possam vir a fornecer elementos que enriqueçam o debate, fugindo das discussões comuns acerca da separação de poderes, reserva do possível, mínimo existencial, etc.

Para corroborar o presente artigo foi utilizada moderna doutrina, estrangeira e nacional, tanto da área jurídica, como da Ciência Política. Pretende-se, assim, que este estudo venha a auxiliar a comunidade acadêmica ao tratar de tema de tão grande relevância, qual seja a democracia no Brasil.

2. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A DEMOCRACIA (?) JUDICIAL

Ao fim da 2ª Grande Guerra ficou provado, através dos atos dos regimes totalitários, que a lei poderia ser utilizada de forma contrária aos princípios de justiça, e bem-estar social. Tais princípios começaram, então, a serem incutidos nas Constituições, as quais passaram a ter como característica uma maior rigidez, não podendo ser alteradas facilmente pela legislação ordinária. Da mesma forma se fortaleceu a Jurisdição Constitucional. Marinoni (2012, p.67-68) afirma que:

> A lei passa a encontra limites e contornos nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende da sua adequação aos direitos

> fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato, agora, afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais.

De fato, Pedro de Vega Garcia (1998, p.85) aponta duas características marcantes dessa nova visão constitucionalista, quais sejam, o desenvolvimento de técnicas e mecanismos com a função de controlar e racionalizar o poder, e o estabelecimento e universalização de um constitucionalismo rígido. Tais características permitiram que a Constituição ganhasse um verdadeiro valor normativo, com a mesma validade e eficácia que os outros preceitos jurídicos, e o surgimento de princípios jurídicos constitucionais dotados de força normativa, especialmente o da dignidade da pessoa humana.

A Constituição passa a ser considerada o topo do ordenamento jurídico, consistindo em um conjunto de normas superiores e de aplicação imediata, capaz de vincular todos os Poderes do Estado. Passa a possuir elementos morais, princípios com forte carga axiológica, além de conceitos jurídicos indeterminados. Dalmo de Abreu Dallari (2010, p.313) ensina que:

> A partir de então surge um novo constitucionalismo, de orientação humanista, que busca o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais de todos os seres humanos, sem admitir qualquer espécie de discriminação e sem excluir qualquer direito fundamental, considerando o ser humano, concomitantemente, tanto e sua dimensão individual quanto social (...)

Com o aumento da força e importância jurídica da Constituição, aumenta, naturalmente, a importância concedida ao seu intérprete, o Poder Judiciário, e especialmente ao Tribunal Constitucional, que exerce o controle de constitucionalidade. E neste ponto é necessário cautela ao louvar tal postura indiscriminadamente.

O aumento do poder da Corte Constitucional acaba por permitir que a Constituição seja determinada pelo Judiciário. Tal Corte passa a definir os limites e contornos constitucionais, podendo inclusive alterar seu conteúdo, sob a justificativa de interpretação da norma suprema. Desta forma, o Direito Constitucional passa a ser definido não mais pelo legislador ordinário, mas em última análise, pelo próprio Poder Judiciário. Consequentemente, não há mais necessidade de um campo de debate político para a definição do alcance constitucional. Dominique Rousseau (1990, p.18) chega a afirmar inclusive que

"*la logique du travail juridictionnel fait de la Constitution non plus um acte fermé, clos, mais um espace ouvert à la création continue de droits*"[1].

Eis a razão da expressão positivismo jurisprudencial também ser utilizada para designar este novo momento. A jurisprudência passa a ser utilizada como a própria norma positiva, vez que possui, inclusive, maior força jurídica, por já ter passado pelo crivo interpretativo.

É possível, inclusive, criticar a concepção tradicional de constituição rígida. Uma vez que é necessária a mera modificação de interpretação acerca de determinada norma constitucional para que haja uma alteração jurídica do alcance da própria norma, é possível defender a flexibilidade da constituição, especialmente caso o uso das técnicas de precedentes, que garantem maior congruência nas decisões, não seja bem feito. Vislumbra-se uma espécie de Poder Constituinte permanente.

Pedro de Vega Garcia (1998, p.87), aponta, de forma crítica, uma incongruência própria desta nova visão constitucional:

> Nos enfrentamos, no obstante, ahora ante una situación en la que la desvertebración democrática del Estado conduce directamente a convertir a la Constitución, como gran programa político de la libertad, en el único criterio legitimador de la vida pública. Pero se trata de una Constitución que alejada de los presupuestos históricos y de las bases sociales en los que debería de encontrar su fundamentación, tiene que buscar en sí misma y en su condición de gran programa político de la libertad la propia razón de su existencia (...)[2]

Fica bastante claro, portanto, que a Constituição passa a ser interpretada de forma diversa, razão pela qual alguns doutrinadores consideram verdadeira quebra de paradigma, nomeando tal momento de neoconstitucionalismo. Segundo Dalmo de Abreu Dallari (2010, p.315):

> Aí esta o registro claro e objetivo de uma das características básicas do neoconstitucionalismo, que é a abrangência ampla da Constituição, atingindo praticamente a totalidade dos atos humanos, assim como a própria pessoa

[1] "A lógica do trabalho constitucional faz da Constituição não mais um ato fechado, cerrado, mas um espaço aberto à criação continua de direitos". Traduzido pelo autor.

[2] "Enfrentamos-nos, não obstante, agora ante uma situação em que a desvertebração democrática do Estado conduz diretamente a converter a Constituição, como grande programa político da liberdade, em o único critério para legitimador da vida pública. Mas se trata de uma constituição que afastada dos pressupostos históricos e de suas bases sociais nos quais deveria encontrar a sua fundamentação, tem que buscar em si mesma e em sua condição de grande programa político da liberdade a própria razão de sua existência". Traduzido pelo autor.

> humana, concebida individualmente ou na sua vida associativa. Naquilo que lhe diz respeito direta ou indiretamente, pela simples circunstância de ser uma pessoa humana (...)

Na mesma linha, Eduardo Cambi (2011, p. 29):

> O neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais. Aposta no caráter *transformador* das Constituições modernas, pois, como *utopias de direito positivo*, servem como norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais (...) (grifos do autor)

O neoconstitucionalismo não poderia surgir no Brasil até o final da Ditadura Militar. Da mesma forma que na Europa, onde esta nova visão constitucional se contrapôs a regimes totalitários o mesmo ocorreu no Brasil. Todavia, é importante perceber que não foi uma instalação imediata, e sim uma construção. A Constituição da República de 1988 permitiu o surgimento do neoconstitucionalismo, mas, por si só, não esgota tal processo. A própria expressão *positivismo jurisprudencial* denota certos aspectos de doutrina neoconstitucionalista, conforme já analisado, dando maior ênfase para certos elementos.

Daniel Sarmento (2013, p. 85) aponta que:

> O processo histórico que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra, no Brasil só teve início após a promulgação da Constituição de 88. É verdade que já tínhamos controle de constitucionalidade desde a proclamação da República. Porém na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas (...)

De fato, diversos outros fatores contribuíram e ainda contribuem para o desenvolvimento desta visão constitucional. Um deles é o desenvolvimento da teoria acerca da eficácia imediata da norma constitucional, a qual passou a afetar a realidade de forma imediata, sem a necessidade de regulamentação legislativa. Isto denota a concepção da norma constitucional como efetivamente jurídica, e aplicável da mesma forma que a legislação ordinária.

Outro elemento de extrema importância foi o desenvolvimento doutrinário e a recepção por parte do Judiciário das teorias jurídicas pós positivistas, especialmente as de Ronald Dworkin e Robert Alexy, e de forma específica suas teorias acerca das normas

jurídicas. Ambos os autores advogam a existência de princípios jurídicos, normas de caráter mais abstrato que possuem força jurídica.

Na verdade, a importância da análise acerca de princípios jurídicos é tão grande, que diversas noções são ensinadas nos primeiros momentos dos cursos de graduação em direito e aprofundadas no seu decorrer. Da mesma forma, é perceptível a grande quantidade de artigos jurídicos e trabalhos acadêmicos que versam, ao menos superficialmente, acerca do tema.

Entre os princípios jurídicos mais aplicados estão os da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana. O problema é que muitas vezes tais preceitos são aplicados de forma incorreta, ou sem o cuidado mínimo, permitindo que qualquer decisão seja tomada. Isto contribui para que membros de um órgão colegiado decidam de forma diversa, fundamentando seu posicionamento no mesmo princípio jurídico.

Tais normas precisam ser aplicados de forma consciente, e embasados em robusta argumentação jurídica. Quanto mais abstratos forem os princípios, característica imanente deste padrão jurídico, maior deve ser o esforço do órgão jurisdicional em fundamentar a decisão. Neste sentido, preocupou-se o Código de Processo Civil de 2015 em seu art. 489, §1º, II e §2º em fortalecer as balizas para uma adequada fundamentação judicial baseada em conceitos jurídicos indeterminados, e no caso de colisão de normas.

Outro elemento que pode ser apontado como estimulador desta nova realidade é a descrença popular no Legislativo, marcado por diversos escândalos de corrupção. Com a perda do apoio popular, o Poder Legislativo perdeu força e legitimação social. Na verdade, este descrédito é extensivo a todos os políticos, incluindo aqueles do Poder Executivo. Desta forma, o Poder Judiciário passa a gozar de amplo apoio popular, especialmente quando suas decisões seguem a opinião geral. Luiz Werneck Viana, Marcelo Burgos e Paula Salles (2007, p.41) afirmam que:

> A invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos.

É preciso compreender, portanto, que diversos fatores favoreceram o surgimento e o atual desenvolvimento deste positivismo jurisprudencial ou neoconstitucionalismo. Mas não é apenas isso. Outro aspecto precisa ser abordado com igual cuidado. Paralela às mudanças de

ordem estritamente jurídica, outra vem ocorrendo: o fortalecimento da noção de uma democracia judicial ou de uma Ditadura do Judiciário.

Atualmente, a postura do Judiciário brasileiro não é mais a mesma, sendo, inclusive, estimulada a interpretação judicial, decisões fundamentadas em princípios constitucionais, e o uso da técnica da ponderação ou sopesamento, Como normas abertas, os princípios jurídicos requerem um maior esforço interpretativo para terem seus conteúdos delimitados, e quanto maior é a importância da interpretação, maior é a importância do intérprete.

Luís Roberto Barroso (2013, p.227-228) aponta o papel de destaque do Judiciário, ao ensinar que:

> (...) No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

Isto ocasiona uma "crise da separação dos poderes". Montesquieu (2010, p. 172) em sua teoria reduziu, em relação ao Executivo e Legislativo, o poder do Judiciário, cuja função seria a de apenas repetir a lei produzida pelo parlamento; seria a boca da lei. Afirma que "(...) se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que não sejam jamais senão um texto preciso da lei (...)" (MONTESQUIEU, 2010, p.170).

Com esta maior importância atribuída atualmente ao Judiciário, alguns elementos passam a ser reinterpretados. Um destes é o papel que as esferas políticas, o Legislativo e o Executivo, passam a exercer neste novo contexto. Tradicionalmente, a escolha dos rumos do país depende da atividade de agentes políticos, eleitos democraticamente, por meio de votações periódicas. Especialmente no caso do Legislativo, cujo fundamento de validade da edição de normas advém de seu papel representativo da sociedade. Ignacio Molina (2008, p.35) aponta que:

> (...) La democracia actual se caracteriza por ser un régimen que hace posible articular el pluralismo social y que periódicamente organiza consultas universales de las que emanan los poderes públicos que en verdad toman las decisiones. Además, como complemento o condición institucional previa, las minorías colectivas y los individuos como tales tienen mecanismos de protección frente a las arbitrariedades que puedan cometer gobiernos amparados por el apoyo mayoritario. Por tanto, dependiendo del énfasis que se dé al principio de consenso entre los diferentes grupos políticos o al principio de mayoría, estos regímenes has subrayado más o menos el respeto

> a los derechos fundamentales y la división de poderes que, en todo caso, deben también estar presentes en toda democracia (…)[3]

Percebe-se pela lição transcrita, que da mesma forma que os poderes políticos, eleitos, decidem os rumos do país, as minorias também tem a seu favor a possibilidade de contraporem seus direitos em face de abusos estatais. Garanti-los também é papel do Poder Judiciário, órgão contra majoritário, não eleito pelo voto popular.

Com a Constituição de República de 1988, o papel do Judiciário começou a sofrer mudanças, passando a ter condições de, inclusive, afetar políticas públicas. Neste sentido, Maria Tereza Sadek (2004, p.79) aponta duas faces deste Poder:

> O Judiciário brasileiro tem duas faces: uma, de poder de Estado e, outra, de instituição prestadora de serviços. O modelo de presidencialismo consagrado pela Constituição de 1988 conferiu ao Judiciário e aos seus integrantes capacidade de agirem politicamente, quer questionando, quer paralisando políticas e atos administrativos, aprovados pelos poderes Executivo e Legislativo, ou mesmo determinando medidas, independentemente da vontade expressa do Executivo e da maioria parlamentar. Por outro lado, a instituição possui atribuições de um serviço público encarregado da prestação jurisdicional, arbitrando conflitos, garantindo direitos.

Esta intervenção do Judiciário em questões políticas, outrora pouco frequente, na atualidade tem se intensificado cada vez mais. Entre tantas situações de relevância política já discutidas perante o Supremo Tribunal Federal estão: pesquisa com células tronco-embrionárias (ADI n.3105/DF), sopesamento entre a liberdade de expressão e racismo (caso Ellwanger- HC n.82424/RS), ações afirmativas (ADI n.3330), vedação ao nepotismo (ADC n.12/DF), interrupção da gravidez em casos de fetos anencéfalos (ADPF n.54/DF).

Não há como negar que os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política são consequências deste novo panorama constitucional. Bárbara Dias (2011, p.23) aponta que:

> Além disso, a possibilidade de fundamentar a decisão judicial em princípios constitucionais explícitos ou implícitos, na centralidade ética dos direitos fundamentais ou na equidade, também provoca um alargamento da

[3] "A democracia atual se caracteriza por ser um regime que torna possível articular o pluralismo social e que periodicamente organiza consultas universais, das que emanam os poderes públicos que na verdade tomam as decisões. Além disso, como complemento ou condição institucional prévia, as minorias coletivas e os indivíduos como tais tem mecanismos de proteção frente as arbitrariedades que possam cometer governos amparados pelo apoio majoritário. Portanto, dependendo da ênfase que se dê ao princípio de consenso entre os diferentes grupos políticos ou ao princípio de maioria, estes regimes têm enfatizado mais ou menos o respeito aos direitos fundamentais e a divisão de poderes que, em todo caso, devem também estar presente em toda democracia (...)".Traduzido pelo autor.

> “discricionariedade do poder judiciário”, vindo este a atuar como um “legislador implícito”. Evidencia-se portanto, um reordenamento institucional do Estado em que as funções típicas dos poderes são abaladas e penetradas por outras instituições. (...) A “juridificação da política” dis respeito, portanto, ao questionamento da soberania “encarnada” exclusivamente no parlamento, à efetividade do instituto da representação na consecução da vontade da maioria e, mais genericamente, à organização democrática do sistema político.

O ativismo judicial, conceito de difícil delimitação, denota a participação proativa do Poder Judiciário com o fito de concretizar os princípios e valores constitucionais, assumindo destaque ainda maior nos casos de controle de constitucionalidade. Trata-se de fenômeno mais amplo que a judicialização de temas políticos, que também denota um ativismo judicial. A aplicação direta da norma constitucional, característica típica do neoconstitucionalismo, não deixa de ser uma demonstração desta postura, a qual dificilmente seria adotada em qualquer viés do anterior paradigma positivista.

A judicialização da política é uma expressão que pretende demonstrar que questões políticas, tradicionalmente debatidas pelos representantes eleitos pelo povo, passam a serem decididas pelo Judiciário, órgão contra majoritário, cujos membros não são definidos por meio de uma eleição.

Acerca de tais fenômenos, é pertinente a lição de Luís Roberto Barroso (2013, p.234):

> A Judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (...)

Há forte discussão, portanto, acerca da legitimidade do Poder Judiciário em adentrar a esfera política, propriamente dita, determinando que o Executivo atue de forma diversa da programada, afetando seu orçamento e independência. José Eduardo Faria (2004, p.111) é contrário a tal postura ativista do Judiciário:

> (...) Como, numa sociedade complexa, o papel do sistema judicial é apenas o de aplicar a lei, seu modo operativo é binário, pois suas estruturas só estão preparadas para decidir entre o legal e o ilegal, o constitucional e o inconstitucional. O sistema judicial, evidentemente, não pode ser insensível ao que ocorre nos âmbitos da economia e da política. Mas os tribunais e o

> MP só podem traduzir essa sensibilidade nos limites de sua capacidade operativa. Quando acionados, o máximo que podem fazer é julgar se uma decisão política ou econômica é constitucional e legalmente válida. Se forem, além disso, estarão exorbitando seus papéis e justificando reações defensivas dos demais sistemas, como as já mencionadas ameaças de retaliação, sob forma de restrições orçamentárias, controle externo e súmula vinculante.

Independente da posição adotada, se favorável ou contrária à judicialização das políticas, ela é uma realidade, e a postura ativista é reconhecida e incentivada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2013), conforme se pode observar no seguinte trecho de julgado:

> AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA: SÚMULA N. 735 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO
>
> (...)
>
> A judicialização de políticas públicas impõe ao Judiciário o poder de agir, quando provocado, se a Administração, conhecedora de irregularidades no âmbito do Município, nada faz para corrigi-las ou evitá-las. O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável (STJ, Min. Herman Benjamin)" (doc. 17)
>
> (...)
>
> (STF - ARE: 759100 SC , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 23/09/2013, Data de Publicação: DJe-190 DIVULG 26/09/2013 PUBLIC 27/09/2013)

O presente trabalho, não pretende adentrar no mérito desta discussão, mas sim apresentar o panorama geral do problema. Feito isso, é o momento de criticar um ponto relacionado, qual seja a visão de que só há duas formas possíveis de vislumbrar a democracia na atual situação.

Ou o modelo onde o povo elege seus representantes políticos, os quais ficam encarregados de agir em seu nome, sem que o Judiciário venha a influenciar em sua atuação. Ou a visão de que o Judiciário é aquele que tem a condição de resolver as mazelas sociais, se

tornando um “super Poder”, razão por qual esta concepção, muitas vezes, é chamada de Ditadura do Judiciário, ou Ditadura de Toga.

Há outros modelos de democracia que podem contribuir para superar as dificuldades inerentes desta nova postura judicial. Para contrapor a noção comum, serão apresentadas,, brevemente, três concepções atuais e diferentes de democracia.

Tão importante quanto conhecer as causas e consequências da judicialização da política e do ativismo judicial, que acabam por redesenhar a democracia, é saber que existem outras opções, e teorias, que muito tem a contribuir acerca do tema.

3. ALGUMAS RECENTES VISÕES DEMOCRÁTICAS

Para demonstrar que existem outras formas de conceber a democracia, apresentar-se-ão alguns modelos concebidos por teóricos e professores de matriz norte-americana. Tratam-se de teorias recentes, que possuem suas discrepâncias entre si, mas cujos elementos podem sugerir novos rumos para os modelos democráticos existentes. Não se pretende esgotar as teorias apresentadas, mas apresentar seus elementos principais, os quais podem vir a contribuir para uma melhor concepção da diversidade de teorias democráticas existentes.

3.1. A DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE SEYLA BENHABIB[4]

Após a Segunda Grande Guerra, as sociedades democráticas passaram a buscar e assegurar três “bens” públicos, quais sejam a legitimidade, o bem estar econômico e um sentido viável de identidade coletiva. São bens no sentido de serem objetivos valiosos e desejáveis pela sociedade e a sua ausência ou desequilíbrio acaba por gerar crise social (BENHABIB, 2009, p.109).

A análise, em termos de democracia, se concentra na discussão acerca da legitimidade, a qual precisa advir de uma esfera pública de deliberação. Seyla Benhabib (2009, p. 110) defende que:

> Sob o meu ponto de vista, a democracia é mais bem entendida como um modelo para organizar o exercício coletivo e público do poder nas mais importantes instituições de uma sociedade, com base no princípio de que as decisões que afetam o bem-estar de uma coletividade podem ser percebidas

[4] A presente concepção encontra-se no texto *Rumo a um modelo deliberativo de legitimidade democrática.*

> como o resultado de um procedimento livre e reflexivo de deliberação entre indivíduos considerados moral e politicamente iguais (...). Meu entendimento de democracia privilegia um modelo deliberativo em detrimento de outros tipos de considerações normativas, o que não implica que o bem-estar econômico, a eficiência institucional e a estabilidade cultural não sejam relevantes para julgar a adequação de uma definição normativa de democracia (...)

Conforme a democracia deliberativa prega, a condição necessária para legitimidade e racionalidade na tomada de decisões é que o interesse geral seja concebido como processo de deliberação coletiva que deve ser corretamente conduzido e produzido por indivíduos livres e iguais. Partindo da ética do discurso são formulados princípios gerais e instituições morais que validam tal modelo democrático. E elas só serão válidas, moralmente vinculantes, se no processo de deliberação houver participação igualitária, onde todos podem questionar e argumentar.

Tal modelo assegura certa racionalidade prática, mas como pode ser mal desenvolvido, a deliberação reflexiva auxilia a minorar os riscos. De fato, a escolha da maioria será aprovada, mas isto não se deve por ter sido escolhida pela maioria, simplesmente. Se deve pois a maioria decidiu que naquele momento e com as razões expostas, o certo é agir daquele modo. Com novos argumentos, haverá novos debates. A deliberação será um procedimento, que visa informar os indivíduos. E caso a minoria deseje reabrir o debate, haverá um procedimento correto. Da mesma forma, é preciso estimular as formas de representação dos indivíduos.

A autora apresenta também críticas que seu modelo poderia vir a sofrer, tanto por liberais, como por feministas, e por realistas. Os liberais temem que a decisão por maioria venha a afetar o âmbito dos direitos individuais e suas liberdades. Tal crítica é superada coma criação de procedimento de revalidação de certas decisões, e pelo fato de que ao aceitar a deliberação há um reconhecimento recíproco dos direitos morais dos interlocutores, e a possibilidade de discussão ampla. O fato de aceitar participar do debate pressupõe que há uma aceitação das normas do próprio sistema, que podem sim ser superadas, mas pelos meios existentes no sistema.

Já as críticas feministas pontuam que tal modelo não é amplo o suficiente a ponto de abarcar efetivamente as minorias. Neste sentido, seria a teoria de Iris Marion Young, a qual será apresentada a seguir. Benhabib (2009, p.134) defende que a esfera pública, entendida como um meio autônomo, plural e múltiplo de comunicação e deliberação não precisa ser homogêneo, nem repressor da diferença, a qual será expressada nas associações de cidadãos.

Por fim, a crítica dos realistas, de que materializar tal concepção seria impossível, é respondida no sentido de que, apesar de já terem sido concebidos alguns procedimentos, mais simples, porém semelhantes, a teoria deliberativa não busca ser materializada, mas sim elucidar aspectos das práticas democráticas existentes (BENHABIB, 2009, p. 134).

3.2. A DEMOCRACIA COMUNICATIVA DE IRIS MARION YOUNG[5]

A autora afirma que há uma tendência a crer que modelos de democracia deliberativa e comunicativa pressupõem discussão face a face, as quais ocorrem em algum espaço. Mas na sociedade atual, a comunicação democrática consiste em discussões fluidas, sobrepostas e dispersas no tempo e no espaço (YOUNG, 2006, p.140).

Objeção muito comum é que grupos minoritários ficam fora do processo deliberativo, por serem pouco representados, o que gera propostas para sua maior inclusão. Isto se deve pela pouca afinidade de interesses. É interessante notar que Young (2006, p.142) não concebe representação como substituição:

> (...) Contrariamente a essa imagem da representação como substituição ou identificação, conceitualizo a representação como um *relacionamento diferenciado* entre atores políticos engajados num processo que se estende no espaço e no tempo (...) (grifos da autora)

A democracia será mais forte quanto mais instrumentos de democracia direta e fóruns públicos de debates políticos fomentados pelo Estado existirem. Com isto a representação se sobressai, pois não é possível para uma pessoa estar presente em todos os locais de debate. E neste ponto, é essencial o reconhecimento entre representante (que "fala por") e representado. A perda do caráter democrático está no enfraquecimento deste vínculo, que se torna mais difícil de ser mantido em sociedades massificadas

A atividade do representante deve estar sempre sendo analisada pelo representado, sendo necessária prestação de contas, onde haverá nova discussão, inclusive, justificando seu posicionamento. Deste modo Young (2006, p.156) afirma que: "numa democracia comunicativa inclusiva a representação e a participação não são excludentes, mas requerem uma à outra". Verifica-se que a representação não é a expressão exata da vontade dos eleitores.

---

[5] A presente concepção encontra-se no texto *Representação política, identidade e minorias*, o qual, por sua vez, trata-se do capítulo 4 da obra *Inclusion and democracy*, publicada em 2000.

A autora também defende que os indivíduos podem ser identificados por meio de seus interesses, opiniões e perspectivas. Ou seja, no que é desejável para si, demonstrando os meios para determinado fim. Através de princípios, valores e prioridades (opiniões), que denotam quais fins políticos devem ser buscados e seguidos. Por fim, a perspectiva social consiste em questões que geram conclusões, mas que dentro do próprio grupo podem ser divergentes. Exatamente por isso enriquecem o debate e geram maior certeza nos posicionamentos (YOUNG, 2006, p.158-169).

De fato, os grupos marginalizados são sub-representados e mecanismos inclusivos podem ser adequados para minorar isto. Para solucionar tal problema, atentar para as opiniões, interesses e experiências, já que não é possível um grupo com interesse puramente individualizado, é um caminho sugerido; há divergências dentro do próprio grupo. Quanto mais visões, melhor. A perspectiva não pode ser considerada ilegítima, ao contrário de opiniões e interesses, os quais sevem se limitadas por regras, ao mesmo tempo em que podem ser legitimamente expressos sem causar danos ao próximo.

Iris Marion Young (2006, p.49), conclui incentivando o papel de associações, não podendo confinar a deliberação apenas em organismos oficiais:

> (...) Aprofundamos a democracia quando encorajamos o florescimento das associações que as pessoas formam de acordo com os interesses, opiniões e perspectivas que consideram importantes. As atividades autônomas e plurais das associações civis propiciam aos indivíduos e aos grupos sociais, em sua própria diversidade, uma inestimável oportunidade de serem representados na vida pública.

3.3. A DEMOCRACIA DUALISTA DE BRUCE ACKERMAN[6]

Bruce Ackerman (2006, p.6) entende que apesar da prática constitucional estar relacionada com o passado histórico estadunidense, a teoria constitucional norte-americana se firmou a partir da construção de seus princípios institucionais embasadas em teorias estrangeiras. Para captar o "espírito distinto da Constituição dos Estados Unidos", o autor propõe um modelo chamado democracia dualista.

A Constituição dualista busca distinguir 2 tipos de decisões, que podem ser tomadas em uma democracia: a decisão do povo, que raramente ocorre e se sujeitam a condições especiais, como a eleição de representantes em um ambiente justo, os quais irão deliberar

[6] A presente concepção encontra-se no livro *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional.*

antes da criação das leis; a decisão do governo, comum, e que ocorre mediante condições, tais como prestação de contas, e impossibilidade de subverter as garantias fundamentais do povo (ACKERMAN, 2006, p. 7-8).

Entre as várias teorias democráticas que apresenta (Monismo, Fundamentalismo de Direito, Historicismo e Republicanismo) uma chama a atenção para os fins deste estudo, qual seja o Fundamentalismo de Direito.

Os fundamentalistas de direito pretendem romper o elo rígido construído pelos Monistas entre soberania parlamentar e democracia, alegando que a política majoritária ainda assim pode gerar ações opressoras. Esta importância se deve ao fato da semelhança entre este grupo e a posição brasileira que vem se formando, com o enfraquecimento do Legislativo e fortalecimento do Judiciário. Ackerman (2006, p.13) aponta que:

> (...) Enquanto nenhum desses teóricos nega completamente m espaço para os princípios democráticos, seus anseios populistas são limitados por compromissos e direitos fundamentais. Não é de se admirar que os adeptos dessa teoria divirjam no que diz respeito à identificação dos direitos considerados fundamentais (...)

O autor continua:

> (...) Em vez disso, ele se preocupa mai frequentemente com a possibilidade de uma legislação, ainda que democrática, ter a faculdade de ratificar ações opressores – impor uma religião, ou autorizar a prática de tortura, etc. Quando ocorrem tais violações, o fundamentalista demanda a intervenção judicial apesar de negligenciar o princípio democrático. Os direitos se sobrepõem à democracia, desde que, obviamente, sejam direitos legítimos (ACKERMAN, 2006, p. 14-15).

A proposta dualista é compor interesses de ambos os lados, através de um sistema de mão dupla na criação da lei, todavia, isto não seria capaz de convencer o fundamentalista compromissado, que considera a Constituição engajada na proteção dos direitos, mais que autoriza o povo a impor sua vontade. É o contrário da Constituição dualista que é antes democrática, e depois asseguradora de direitos (ACKERMAN, 2006, p. 16-17).

A defesa de que a democracia dualista é capaz de absorver melhor o espírito histórico norte-americano do que outras teorias democráticas é travada pela argumentação de que pode gerar uma acomodação. Contra isso é preciso renovar as fundações da república norte-americana de forma contínua. Mas independente disso, ela é capaz de oferecer um caminho diferente das concepções tradicionais. (ACKERMAN, 2006, p. 410).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o presente estudo, é possível verificar que o neoconstitucionalismo eleva a Constituição ao ápice das normas jurídicas, permitindo a inclusão e utilização de normas com caráter abstrato e moral. Neste momento, o Poder Judiciário, como intérprete da Constituição, ganha um maior destaque. Trata-se de postura presente no Brasil, a partir da Constituição da República de 1988, que pode ser vislumbrada facilmente através da ampliação do uso de princípios jurídicos, tanto na seara prática, por meio de decisões judiciais fundamentadas em tal padrão jurídico, como na esfera acadêmica, por meio do crescente número de trabalhos acerca do tema.

Esta maior importância que o Judiciário passou a ter, juntamente com o descrédito dos Poderes Políticos, Legislativo e Judiciário, acabam por alterar a separação de poderes, conforme concebida anteriormente. Desta forma, a visão de que o Legislativo, graças ao apoio do povo e mediante eleições, possui primazia sobre o Judiciário, sofre uma profunda alteração. O princípio democrático não mais pode ser visto da forma anterior.

Além disto, os fenômenos do ativismo judicial e judicialização de políticas demonstram a atuação judicial em terreno que outrora era exclusivo dos atores políticos. Em virtude desses fenômenos se fala em uma democracia judicial ou Ditadura do Judiciário. A partir deste panorama atual surge o embate entre dois modelos de democracia, em que se debate a primazia dos Poderes Políticos contra a preponderância do Poder Judiciário, como se fossem as únicas opções plausíveis.

Todavia, após o presente estudo, conclui-se que não são as únicas formas de democracia possíveis de serem adotadas. Apresentaram-se, sucintamente, três teorias atuais, de diferentes posições, que demonstram a riqueza de da seara democrática. São teorias, que, de fato, podem contribuir enriquecendo o debate, propondo novos elementos: a democracia deliberativa de Seyla Benhabib, a democracia comunicativa de Iris Marion Young e a democracia dualista de Bruce Ackerman.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In.* FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; GIOTTI DE PAULA, Daniel. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPODIVM, 2013.

BENHABIB, Seyla. *Rumo a um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In*. MARQUES, Angela. Deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - ARE: 759100 SC , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 23/09/2013, Data de Publicação: DJe-190 DIVULG 26/09/2013 PUBLIC 27/09/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 01 de maio de 2020.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DALLARI. Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Bárbara Lou da Costa Veloso. *Behemot ou Leviatã: quem deve ter o poder para tomar decisões?. In*. DIAS, Bárbara Lou da Costa Veloso (Coord.); DARWICH, Ana (Coord.). Direito e democracia: estudos sobre o ativismo judicial. São Paulo: Método, 2011.

FARIA, José Eduardo. *O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros*. Estudos Avançados, vol. 18, n. 51. São Paulo, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200006>. Acesso em 01 de maio de 2020.

GARCÍA, Pedro de Veja. *El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. Teoría y realidad constitucional*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, n. 1, 1. Sem, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOLINA, Ignacio. *Conceptos fundamentales de Ciencia Política*. 2 ed. Madrid: Alianza Editorial, 2008

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. Tradução por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret; 2010.

ROUSSEAU, Dominique. *Une rèsurrection: la notion de Constitution*. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger, *1990*, Paris, LGDJ, n. 1, jan./fev. 1990.

SADEK, Maria Teresa. *Judiciário: mudanças e reformas*. Estudos Avançados, vol. 18, n. 51. São Paulo, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005>. Acesso em 01 de maio de 2020.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In*. FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; GIOTTI DE PAULA, Daniel. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPODIVM, 2013.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumman; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. Tempo Social, vol. 19, n. 02. São Paulo, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

YOUNG, Iris Marion. *Representação política, igualdade e minorias*. Tradução por: Alexandre Morales. Lua Nova, n. 67, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a06n67.pdf/>. Acesso em: 01 de maio de 2020.