XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

RUBENS BEÇAK

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias da democracia e direitos políticos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Armando Albuquerque de Oliveira, Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-204-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias da Democracia. 3. Direitos Políticos. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS

Apresentação

A publicação “Teorias da Democracia e Direitos Políticos” é resultado da prévia seleção de artigos e do vigoroso debate ocorrido no grupo de trabalho homônimo, ocorrido no dia 8 de julho de 2016, no XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, realizado na Universidade de Brasília entre os dias 6 e 9 de julho de 2016.

O grupo de trabalho Teorias da Democracia e Direitos Políticos teve o início das suas atividades no Encontro Nacional do CONPEDI Aracajú, realizado no primeiro semestre de 2015. Naquela ocasião, seus trabalhos foram coordenados pelos Professores Doutores José Filomeno de Morais Filho (UNIFOR) e Matheus Felipe de Castro (UFSC). No Congresso Nacional do CONPEDI Belo Horizonte, realizado no segundo semestre deste mesmo ano, coordenaram os trabalhos do Grupo os Professores Doutores José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR), Adriana Campos Silva (UFMG) e Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ /UFPB). Finalmente, no Encontro Nacional do CONPEDI Brasília, os trabalhos estiveram sob a coordenação dos Professores Doutores Rubéns Beçak (USP), José Filomeno de Morais Filho (UNIFOR) e Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UFPB).

O GT vem se consolidando no estudo e na discussão dos diversos problemas que envolvem a sua temática. Não há dúvidas de que mesmo após a terceira onda de democratização, ocorrida no último quarto do século XX, o mundo se deparou com uma grave crise das instituições da democracia e, por conseguinte, dos direitos políticos, em vários países e em diversos continentes. O atual contexto no qual se encontram as instituições político-jurídicas brasileiras ilustra bem esta crise.

Dessa forma, esta publicação apresenta algumas reflexões acerca das alternativas e proposições concretas que visam o aperfeiçoamento das instituições democráticas e a garantia da efetiva participação dos cidadãos na vida pública. Assim, os trabalhos aqui publicados, sejam de cunho normativo ou empírico, contribuíram de forma relevante para que o GT Teorias da Democracia e Direitos Políticos permaneça na incessante busca dos seus objetivos, qual seja, levar à comunidade acadêmica e à sociedade uma contribuição acerca da sua temática.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP

Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira - UNIPÊ/UFPB

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A DIGNIDADE DA LEI: UMA ANÁLISE PARA A BUSCA DA PARTICIPAÇÃO DA DEMOCRACIA NO BRASIL

THE JUDICIALIZATION POLICY AND DIGNITY OF LAW: AN ANALYSIS FOR DEMOCRACY PARTICIPATION OF SEARCH IN BRAZIL

Carla Vladiane Alves Leite
Janaína Maria Bettes

Resumo

Ao Poder Judiciário cabe o julgamento dos conflitos gerados pelo silêncio da norma, assim como a resolução do conflito aparente delas.Por conta disso, assim como no resto do mundo, houve a judicialização de demandas sociais, que se preocupavam com a efetivação dos direitos fundamentais garantidos na Carta Magna, o que acabou gerando a judicialização da política também no Brasil como no resto do mundo. Pretende-se construir uma visão crítica nas interfaces entre o povo e o poder que emana dele para efetuar uma síntese dos principais resultados da bibliografia.

Palavras-chave: Judicialização, Democracia, Participação

Abstract/Resumen/Résumé

The Judiciary it is the judgment of the conflicts generated by the silence of the standard, as well as the resolution of the apparent conflict delas.Por of this, as in the rest of the world, there was the legalization of social demands, which were concerned with the enforcement of fundamental rights guaranteed in the Constitution, which has generated the policy of legalization in Brazil as well as in the rest of the world. It is intended to build a critical look at the interfaces between the people and the power that emanates.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization, Democracy, Participation

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário vem ganhando força para decidir diversos casos nos últimos anos, desencadeando o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial.

Analisando esse fenômeno, a doutrina buscou entender o papel do judiciário e sua atuação, e pode verificar que em muitos casos o judiciário agia de forma contramajoritária para garantir os direitos das minorias.

Acontece que, para alguns doutrinadores e estudiosos no tema, essa judicialização acaba gerando o poder nas mãos do judiciário para satisfazer uma elite dominante do poder.

No caso do Brasil não seria diferente essa atuação em relação à judicialização de conflitos sociais e políticos.

Baseado nisso, a partir da ótica apresentada e dado esse quadro constitucional, fica evidente a importância de um meio de se garantir ao povo a atuação de seus direitos como detentor do poder que exerce, sem o deixar nas mãos de uma pequena elite essa atuação.

Portanto a hipótese que se apresenta é sobre a democracia participativa como o meio de se garantir a atuação do povo nas decisões.

Pretende-se construir uma visão crítica nas interfaces entre o povo e o poder que emana dele para efetuar uma síntese dos principais resultados da bibliografia em relação à problemática de tensão entre o povo e as decisões tomadas pelo STF no Brasil.

A metodologia utilizada para a construção do presente artigo é a pesquisa bibliográfica.

1. A JUDICIALIZAÇÃO SOCIAL E POLÍTICA

No Brasil, principalmente em meados do século XX, o processo de internacionalização da preocupação com os direitos humanos e das suas proteções, fizeram ocorrer o nascimento da promulgação de varias leis de proteções ao homem, principalmente aos seus direitos individuais.

Este fato ficou mais evidente com a Constituição Federal, a qual trouxe um rol de direitos que precisavam de efetivação por parte dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Ao Poder Judiciário cabe o julgamento dos conflitos gerados pelo silêncio da norma, assim como a resolução do conflito aparente delas.

Por conta disso, assim como no resto do mundo, houve a judicialização de demandas sociais, que se preocupavam com a efetivação dos direitos fundamentais garantidos na Carta Magna, o que acabou gerando a judicialização da política também no Brasil como no resto do mundo.

Porém, deve se haver uma distinção clara da judicialização da política com o ativismo judicial, o qual é a prática jurídica que mostra que os magistrados podem tanto adotar o posicionamento que é pacificado e conversador como uma decisão progressiva.

O ativismo judicial será medido, pois retiram a decisão das mãos dos eleitores e procura suprir omissões dos demais poderes com suas decisões.

Portanto, no Brasil o efeito da judicialização transferiu para o judiciário, onde a última palavra é o Supremo tribunal Federal, a decisão de casos que passou a determinar assuntos sobre eleições, a estabelecer regras sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo, a resolver sobre a nacionalidade de pessoas, o aborto do anencefálico, da demarcação de terras indígenas como a Raposa Serra do Sol, a questão da maioria penal e outros, assim como várias questões políticas que necessitam de resolução democrática pelo povo ou de seus representantes eleitos.

Oscar Vieira (2007) traz essa análise:

> Difícil pensar um tema relevante em nossa vida política que não venha a exigir, mais dia menos dia, a intervenção do STF: troca-troca de partidos, cláusula de barreira partidária, julgamento de altas autoridades (vide Collor e mensalão), limites de atuação das CPIs, do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça, sessões secretas do Senado, direito de greve dos servidores públicos, guerra fiscal, aposentadorias de governadores, reforma administrativa, previdenciária e do próprio Judiciário, pesquisa com células-tronco, quotas nas universidades, desarmamento, distribuição de medicamentos, aborto, direito adquirido - sem falar em milhares de habeas corpus, como o concedido para Salvatore Cacciola. Tudo parece exigir uma última palavra do STF. Se por um lado isto demonstra a grande fortaleza desta instituição, por outro é sintoma de uma forte crise, para não dizer degradação, de nosso sistema democrático, que hoje depende deste novo "Poder Moderador" para funcionar.

Além disso, como nos demais países democráticos, o Brasil também pode ser alvo do fenômeno trazido por Ran Hirschl (2007), trazendo um forte desequilíbrio do objeto almejado para a democracia.

Porém, deve-se atentar que ao Poder Judiciário falta a legitimidade do povo, pois são munidos de cargos nomeados e de vitaliciedade, ou seja, não saem de seus cargos por simples interesse do povo, além de suas decisões não passarem por controle democrático como ocorrem nos poderes Legislativo e Executivo.

Por conta disso, as decisões judiciais que são ativistas e que trazem problemas para a democracia geram uma grande ofensa ao princípio da soberania popular e à separação dos poderes, pois emitem decisões que não passam por controle e em muitas vezes se embasam nas doutrinas de seus interesses, em maior parte das vezes, essas decisões vão de encontro com o anseio da maioria.

Com isso, o judiciário sem a legitimação do povo, tem sido incentivado para se tornar uma forma revisora de leis e de fontes normativas subsidiárias, quando houvesse a omissão do Poder Legislativo, onde haveria a desvirtuação do Poder Judiciário, pois o tornaria "superlegislativo".

2. A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO

A teoria de Jeremy Waldron no texto A dignidade da Legislação busca lançar luz sobre o papel da constituição na salvaguarda da soberania popular e da autonomia coletiva. Segundo ele, a Filosofia Política tem duas tarefas precípuas, a saber, teorizar a respeito da justiça (direitos e bem comuns) e teorizar sobre a política (teorias da autoridade e teorias da democracia).

Desde que Rawls publicou A theory of justice, em 1971, Waldron considera que filósofos da política e do direito estão mais interessados em contribuir para o debate acerca de questões relacionadas às teorias da justiça do que em enfrentar o significado dos desacordos sobre justiça. Sua obra, entretanto, pretende apresentar uma contribuição para as teorias da autoridade e para as teorias da democracia, teorizando sobre os meios pelos quais as comunidades agem quando seus membros discordam. Reportando-se a uma conclusão de Mangabeira Unger segundo a qual há, na Teoria e na Filosofia do Direito, um mal-estar com a democracia que resulta na marginalização da legislação, Waldron busca desfazer esse mal-estar.

Tendo como ponto de partida aquilo que Rawls considerou como as "circunstâncias da justiça", a saber, que em condições normais sob as quais a cooperação humana é possível e necessária, as regras sociais e legais criam certos direitos para estabilizar as relações humanas, o constitucionalismo contemporâneo sustenta que as constituições devem abrigar três diferentes conjuntos de direitos, relacionados à justiça (liberdade individual de pensamento, consciência e ação, propriedade, trabalho, família, entre outros), à consistência (devido processo legal e igualdade perante a lei) e à equidade (aqueles associados ao funcionamento da

democracia, tais como a liberdade de expressão e associação, funcionamento do sistema eleitoral etc.).

Embora esses direitos sejam relacionados e suportem-se mutuamente, pode haver tensão entre eles no momento de sua aplicação social, uma vez que sua natureza e significado podem ser objeto de divergências (por exemplo: direito à vida versus aborto; direito de propriedade versus bem-estar social; liberdade de expressão versus privacidade).

Desse modo, embora os direitos sejam necessários em razão das "circunstâncias da justiça", eles devem ser identificados e interpretados no que Waldron chamou de "circunstâncias da política", ou seja, em circunstâncias nas quais é preciso chegar a um acordo coletivo e coercitivo sobre o caráter dos direitos, haja vista a existência de opiniões e interesses divergentes. Considerando que as pessoas divergem sobre a interpretação dos direitos e, também levando em conta que essas divergências muitas vezes espelham desacordos não apenas sobre direitos, mas principalmente a respeito da política, de sua estrutura e de suas metas (debates entre liberais e conservadores, por exemplo), o desacordo a respeito dos direitos e também da política mostra que a relação entre constituição e democracia continua a ser conflituosa, assim como reconhecido pelo constitucionalismo moderno.

A proposta de Waldron para avaliar essa relação é, contudo, bastante distinta daquela do constitucionalismo segundo apresentado a partir da teoria de Holmes. Isso pode ser constatado a partir da forma como o autor define os mesmos conceitos analisados anteriormente segundo a leitura constitucionalista da democracia constitucional, quais sejam: constituição, povo e democracia.

Waldron coloca, de maneira bem realista, o atual estágio da reputação da atividade legislativa, demonstrado seu descrédito popular:

As pessoas convenceram-se de há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam uns locais mais adequados para solucionar questões desse caráter.

Waldron aponta, inicialmente, dois grandes obstáculos para o reconhecimento da dignidade da legislação e os confronta em seguida. Primeiramente, ter-se-ia a crítica corrente feita ao tamanho das assembleias legislativas, partindo-se da premissa de que um grande número de legisladores só faz diminuir a qualidade da legislação, uma vez que os jogos de poder, as negociatas e os acordos espúrios teriam ainda mais chance de se disseminar. Como a ampla maioria das assembleias contemporâneas apresenta-se numerosa, a crítica feita deve ser considerada e respondida corretamente.

Para tal defesa, Waldron parte da leitura de Maquiavel, para quem a calma e a solenidade não são, necessariamente, a marca de uma boa política. No ponto, Waldron adota uma postura nada ortodoxa e, diz, claramente, que suas considerações no decorrer de sua obra seguirão conselho de Maquiavel, não sendo lícito pensar, portanto, que o barulho e o conflito são sintomas de patologia política.

Uma segunda crítica feita à legislação, essa mais difundida, seria o caráter autoritário que a mesma ostentaria, pois, apesar de fruto da deliberação popular, seria derivada de uma mera contagem de cabeças, já que a regra da maioria é que a origina.

Nesse sentido, não haveria nada de democrático na legislação, pois a premissa majoritária que a fundamenta pode ser muito bem utilizada por grupos de terroristas cuja divergência sobre qual seria seu próximo alvo demandaria o recurso à opção da maioria. Se levado ao extremo tal argumento, no entanto, o próprio direito constitucional americano não seria nada democrático, pois as decisões da Suprema Corte também são tomadas por maioria de votos.

Essa visão autoritária, então, deve ser desconstruída. Para tanto, Waldron busca analisar as relações entre a maioria e a minoria, partindo da busca pelo consentimento. Será que as deliberações majoritárias, necessariamente, oprimem a minoria? Essa questão, posta anteriormente e aprofundada adiante, serve para se buscar a legitimidade da regra da maioria.

Estudando tal relação, Waldron parte de três considerações, lendo John Locke e seu "Segundo tratado sobre o governo".

Em primeiro lugar, a deliberação pública numa sociedade civil deve buscar não só o respeito à regra da maioria, mas também a própria coesão e manutenção dessa sociedade. Assim, se uma decisão tomada pela maioria leva a uma revolta por parte da minoria a ponto de ela buscar uma separação, de nada adiantou se respeitar a regra majoritária.

Em segundo lugar, a decisão fruto da deliberação pública será aquela que encontrar a adesão de mais pessoas, levando em conta somente as matérias que foram levadas ao debate, não se admitindo uma solução meio-termo ou vetorial, a menos que tal solução tenha sido também posta em votação. Finalmente, a regra da maioria pressupõe que todos os participantes tenham igual poder de voto, pois se uma minoria detém um voto qualificado, a decisão será fruto da deliberação destes, não da maioria.

A primeira consideração em torno da coesão da sociedade é um dos argumentos mais fortes para justificar a dignidade da legislação. Através de tal coesão, está explicado porque as decisões da maioria não oprimem a minoria. O entendimento de tal explicação demanda uma análise do consentimento que os membros da sociedade civil manifestaram quando da criação dela.

Nesse momento, os indivíduos, além de abrir mão de parte de sua liberdade em prol de um sistema estatal que lhes assegurasse o bem comum, também consentiram em aceitar as deliberações públicas fruto da maioria. Esse consentimento original foi dado de maneira unânime, pois do contrário não haveria sequer o surgimento da sociedade civil. No entanto, requerer que as deliberações posteriores também fossem tomadas somente através de uma votação por unanimidade não se afigura razoável, tamanha as divergências existentes entre os homens.

Desse modo, a regra da maioria, quando compreendida a partir desse consentimento original para a formação da sociedade civil, demanda uma dupla exortação para os membros da sociedade:

1) o respeito à regra da maioria;

2) a necessidade que essa minoria permanecer unida ao restante da sociedade.

Tal necessidade de coesão é imprescindível para se assegurar a vitória da maioria, pois o poder político desta depende da estabilidade social. Assim, há uma verdadeira simbiose entre a maioria e a minoria, pois aquela precisa desta.

Mas o que garante a compreensão da minoria e determina sua manutenção na sociedade? É justamente a ideia de que a derrota no processo majoritário é algo melhor que a desagregação. Nessa ponderação entre o que é pior ou menos pior é que a maioria desempenha um papel chave, buscando, na deliberação a qual se sagrou vitoriosa, instigar aos membros da minoria a escolha pela coesão. Sendo assim, a decisão majoritária não pode tudo, nem muito menos tende a oprimir a minoria, pois, se isso acontecer, a vitória alcançada não poderia ser fruída, ante a desagregação social. Como a maioria, evidentemente, deseja usufruir seus ganhos, ela deseja a manutenção da

sociedade, o que só é possível com o respeito a um mínimo de direitos que garantam a coesão social por parte da minoria. Em suma: se a minoria se mantém unida, mesmo derrotada, ela não foi oprimida pela maioria.

Essa visão da decisão majoritária não garante uma decisão correta, mas sim uma decisão legítima, apta a respeitar direitos, não se preocupando somente com argumentos de política, pois, como visto, há uma preocupação com a continuidade e estabilidade sociais.

Para Waldron, portanto, aquele consentimento original necessário para a formação da sociedade civil contribui para o argumento de defesa da decisão majoritária e, por conseguinte, para a dignidade da legislação.

3. A TENSÃO DA DEMOCRACIA E OS LIMTES DOS PODERES SOCIAIS

Segundo Alejandro Médici (p. 61-118), existe uma tensão entre a democracia buscada na vontade da maioria e do estado de direito como conjunto de vínculos e limites aos poderes sociais, porém a definição de democracia não é única se pensarmos no aspecto deliberativo e institucional do estado de direito que conhecemos hoje, senão uma forma única e insuportável, portanto é necessário pensar o trabalho da democracia no e com o estado de direitos com inovações institucionais e consensos exigentes,

Ele afirma que os direitos fundamentais das pessoas e a soberania popular são suas fundamentações de legitimidade e é possível fazer duas perspectivas uma interna e uma externa que, onde a interna é a ordem normativa, que é a validade e a eficácia e da externa que tem valores de consenso e de legitimidade.

O autor traz que a democracia é em si mesmo um conceito crítico e que necessitamos adjetiva-la para constatar isso, porém se conseguirmos estaria tendo que diferenciar as teorias descritivas o que dão por aceito o conteúdo normativo do conceito e suas correspondências nas formas institucionais.

E entende que a constituição e sua supremacia exige uma pratica politica e institucional que atua como si mesma, existindo de forma constante e estável em um consenso suposto a dos poderes constituídos, incluindo o que surge do *demos.*

Segundo o autor o sistema representativo é de alternância do poder e o governo é majoritário com respeito às minorias, através de assembleias e deliberações.

As formas instituidoras de democracia no contexto colonial é a forma de se exercer o poder por uma minoria respaldada e que parte de instituições presentes para justificar-se e ignorar a teria moral.

Isso tudo, segundo o autor encontra fundamento moral fora de si mesmo, pois supõe deliberação sobre fundamentos e a democracia decorre com outros valores e ideologias através da representação do *demos que é quem e como,* para renovar a legitimidade interna que são as regras do jogo.

Há, portanto um a exigência de consenso sobreposto entre poderes e a repartição do poder e a distribuição da palavra e dos bens que importam em obrigações e direitos.

A Constituição é quem dá direito sobre o que a criação do direito e isso é o fator real de poder.

O autor traz conceitos de Schmitt que traz a democracia em homogeneidade do povo e o pluralismo e deliberação, que diz sobre os atores sociais concretos no interior das instituições e os principio democrático como externo ao estado de Direito, além de trazer o conceito weberiano sobre a legitimação carismática que são a identificação, a ideologia dominante, o carisma plebiscitário contra a representação.

O autor traz também o conceito de Antônio Negri sobre o principio democrático e a contenção do poder da multidão.

Segundo o texto há a ideia da Democracia assimilada à validez jurídica que é a democracia instituída e a forma de mediar, na dimensão interna e externa, conceito sobre a dicotomia através de uma abertura e inovação social.

O autor traz exemplo sobre o consenso exigente na Venezuela, que são Cortes superiores eleitas por sufrágio direto, eleição de representantes de territórios indígenas coexistindo com deputados originários da assembleia plurinacional. Ratificação por referendum para aprovar tratados internacionais, na Bolívia que tem a possibilidade revocatória de mandatos eleitos, diferenciando na porcentagem, (comum- inclusive os judiciais na Venezuela). Ratificação por referendum de reforma o emenda constitucional (comum) e no Equador que tem a representação partidária de homens e mulheres e movimentos políticos. Ratificação por referendum para aprovar tratados internacionais inclusive por iniciativa popular.

Traz também o autor sobre o Novo igualitarismo que são Cidadania social ativa com direitos e garantias, com Movimentos sociais interagindo com instituições e a Participação como condição ao exercício dos direitos através de Politicas públicas participativas.

Em relação ao Neoconstitucionalismo e estado de direito o autor entende que há modificações sobre o modelo do estado constitucional, na sua teoria de direito, que explique e promova tais direitos e a Reconexão entre direito e moral que traz a consolidação do constitucionalismo europeu pós guerra para Complementar uma normatividade jurídica por uma normatividade social do Direito como 'uma realidade referida a valores' (Radbruch). A constituição é visa como norma fundamental com direitos humanos e garantias fundamentais nas esferas internacional, regional e nacional, o que vem dá um giro descolonial com vários aspectos necessários.

Portanto, o autor vem trazer a diferença sobre o consenso sobreposto do consenso exigente, onde no consenso exigente, exige verificação continua por meio de mecanismos democráticos e pelo sujeito popular, e não suposto por um organismo contra majoritário.

Entende o autor também que o novo constitucionalismo é a forma de cidadania ativa, legitimação, legitimidade do estado de Direito, garantia de direitos sociais e que o Estado social é um instrumento para realização dos princípios de justiça.

A Constitucionalização sem mero simbolismo gera o reconhecimento da natureza multicultural negada pelas elites de visão eurocêntrica.

4. AMPLIAÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA JUDICIALIZAÇÃO SOCIAL E POLÍTICA

A partir da civilização, a sociedade foi se transformando em momentos conforme a altura da época e a realidade que se vivia, conforme a história do Brasil, tendo assim a evolução do indivíduo de acordo com as necessidades das pessoas.

Um dos grandes marcos da história da civilização foi a Revolução Francesa, que trouxe consigo a evolução dos direitos sociais através dos ideais iluministas de liberdade, fraternidade e de igualdade, ideias que se estenderam a diversos países e gerando valores expressos nas constituições como garantia da soberana vontade do povo.

Com isso, o Brasil, após se libertar da categoria de colônia portuguesa, criou algumas constituições com esses ideais da Revolução Francesa e assim se desenvolveu a evolução do ordenamento jurídico.

Porém, as constituições do Brasil tiveram um longo caminho de erros políticos com diversas trocas e sucessões, além do golpe militar para a ditadura em 1964, até se chegar a atual Constituição Federal de 1988.

A democracia participativa foi defendida por grupos católicos progressistas que estavam à frente André Franco Montoro, governador do estado de São Paulo.

Com isso, o partido dos trabalhadores aderiu à causa e passou a ser um dos maiores levantadores das bandeiras, acompanhados de outros partidos.

Por isso, a democracia participativa fez parte da Constituição de 1988, em seus 12 incisos, abrindo espaço para a sua evolução e participação do povo.

A Constituição Brasileira de 1988 foi outorgada pela assembleia Constituinte e trouxe em seu teor a soberania popular por intermédio dos mecanismos de participação popular.

Diz o artigo 1º parágrafo único:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado
>
> Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
>
> E também o artigo 14 da Constituição Federal:
>
> A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direito e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
>
> I-plebiscito;
>
> II-referendo;
>
> III-iniciativa popular.

Acontece que, o sistema de democracia do Brasil é o representativo, no qual o povo elege seus representantes através do voto e estes eleitos vão atuar em nome do povo em defesa de seus direitos e interesses.

Porém, cada vez mais, vem crescendo a insatisfação do povo em relação aos representantes atuais e aos projetos definidos no Congresso em nome do povo.

Um dos motivos dessa insatisfação é a falta de compromisso e a lealdade desses representantes eleitos e por conta disso, vem crescendo a vontade e o interesse em

intervir nas decisões tomadas por esses representantes na defesa dos objetivos e interesses sociais para que se efetivem realmente.

Acontece que, os direitos garantidos na Constituição de participação do povo não têm sido respeitados, os quais tem a função de corrigir erros e manipulações eleitorais.

A vontade do povo em ter uma participação mais ativa se torna cada vez mais diante das irregularidades e corrupções divulgadas nos meios de comunicação, tornando o sistema de representação atual do Brasil um sistema desacreditado e sem a fé do povo em resolver as questões almejadas por ele.

Apesar disso, a democracia vem caminhando a passos lentos, porém não ficou apenas no papel, pois ela é parte dos objetos de estudos onde as instituições têm grupos voltados para o estudo da democracia participativa, principalmente nas universidades do Brasil.

Exemplos podem ser citados como o orçamento participativo, o qual ganhou projeção mundial com o Decreto no. 8.243, pois esse mecanismo tem a função de submeter à destinação de parte dos recursos à consulta pública, através de reuniões abertas que coletam propostas e analisam as prioridades para serem encaminhadas ao governo para que se atendam as solicitações do povo por meio de investimento público destinado.

Com esse decreto, pode-se perceber a democracia participativa como uma realidade no Brasil, através de conferencias nacionais, ouvidorias públicas, audiências públicas e consultas públicas, as quais já existem.

Porém os liberais criticam o decreto ao afirmar o risco do surgimento de um poder paralelo, o que na verdade não ocorre, já que a democracia participativa tem a pretensão de convocar as organizações da sociedade civil e os cidadãos a fim de serem consultados a participarem e definirem as políticas públicas.

O decreto vem estabelecer um mecanismo por meio do qual, o governo poderá consultar a sociedade para melhor agir diante das demandas e propostas da sociedade e não é uma ameaça à democracia representativa.

Esses críticos afirmam também que há uma forma de “pressão” da sociedade sobre os parlamentares e o governo, argumento infundado, já que a democracia participativa vem contrabalançar os problemas que conflitam com os interesses da sociedade.

Outra situação que tem gerado problemas ao sistema brasileiro é a falta por parte das leis de resolver os anseios e conflitos da sociedade na normativa jurídica.

Por conta disso, surge o judiciário para tentar suprir a laguna e a falta das leis em resolver questões polêmicas e de difíceis resoluções no Brasil, através da judicialização social e política e do ativismo judicial.

Acontece que, a judicialização social e política e o ativismo no Brasil pode incorrer nas críticas citadas por Gargarella (1997) e Hirschil (2007) para satisfazer uma minoria dominante da elite, por conta disso, a efetividade e ampliação da democracia participativa viria a ser a solução para esses problemas no Brasil.

Por isso, e associado ao Legislativo que tem sido objeto de desprestígio pela sua omissão, vários doutrinadores e pesquisadores no tema passaram a pensar que o Poder Judiciário deve continuar a exercer somente a interpretação como última análise das normas constitucionais nos regimes democráticos, porém em relação à positivação dos direitos fundamentais seus posicionamentos têm sido no sentido de que haveria uma ação de efetivação desses direitos.

Com isso, a ampliação da democracia participativa viária trazer o equilíbrio almejado sobre os poderes, que fica desestabilizado quando há o monopólio às cortes Supremas onde o Poder Legislativo, que é o representante do povo tem novamente a sua voz perante a participação do povo através da democracia participativa. Meios precisam ser disponibilizados para isso, o que faz ainda esse processo ser inviável é a falta de participação do povo através dos mecanismos trazidos pelo estado. Como exemplo a ser implantado pode-se citar:

> No Brasil, a *internet* poderia ser utilizada como ferramenta para ampliar o processo de planejamento participativo nos municípios. Outro elemento que poderia contribuir para a ampliação do processo participativo está associado à utilização de novas tecnologias. Se as prefeituras recorressem à utilização de novas ferramentas computacionais ao invés da prática atual de reuniões presenciais pré-agendadas, talvez um número maior de participantes contribuísse para o planejamento municipal (MAGAGNIN, 2008, p. 31).

Por isso, a democracia participativa no Brasil deve ganhar cada vez mais força, pois ainda é muito limitado, a fim de dar ao povo a sua verdadeira voz e o verdadeiro sentido do poder que o emana, como reza a Constituição Federal de 1988, para se evitar a judicialização dos conflitos sociais e políticos, assim como o ativismo judicial em excesso.

CONCLUSÃO

A mudança de posição e visão das leis para dar mais abertura e voz ao povo é algo emergente no Brasil, posto que o povo deva entender e participar mais ativamente da maneira que a judicialização está sendo feita e regida no país.

Para tanto, a mudança no rumo da atual de como acontece e até mesmo da judicilização de conflitos sociais e políticos, se faz necessária através da efetivação da democracia participativa e de sua ampliação de maneira mais intensa, onde as normas da Constituição e as leis passariam a realizar as políticas públicas e sociais necessárias.

A consulta ao povo e dando a ele a oportunidade de se manifestar sobre os assuntos é a melhor maneira de se efetivar a democracia.

Para isso, devem-se dar melhores condições para o povo se informar sobre a responsabilidade e necessidade de sua participação, além de melhorar os mecanismos para essa atuação do povo, através de meios efetivos e mais próximos ao povo.

Só assim, haverá a efetiva participação garantida ao povo, de se tornar o verdadeiro detentor do poder de decidir o futuro do país conforme expresso e garantido esse direito na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. SãoPaulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 9ª edição, Malheiros, São Paulo, 1992;

_____. **O Estado Democrático de Direito**, Revista Forense, V. 305, Jan/Fev/Mar/89;

ANDRADE, Aparecida de Moura. **A participação da sociedade civil no processo legislativo**: a contribuição da comissão de legislação participativa da câmara dos deputados. (Monografia de Especialização). Programa de Pós-Graduação da Universidade de Brasília. Brasília: UnB, 2003.

AVRITZER, Leonardo. Modelos de Deliberação Democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a Democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição – Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora.** 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, 19ª edição, Saraiva, São Paulo, 1998.

BENEVIDES, Maria Vitória de Mesquita. **A Cidadania Ativa – Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular**. 3ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2003.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional: Fundamentos Teóricos**. Vol. I São Paulo: Editora Manole Ltda., 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7ª edição, 2ª tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, 1998.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa – Por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Acesso em 26.06.2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina, Coimbra, 1997.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Apontamentos de Direito Constitucional**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997.

CRETELLA JUNIOR, José. **Elementos de Direito Constitucional**. 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

DE SOUZA, Nelson Oscar. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1998.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Democracia Participativa autoconvocação de referendos e plebiscitos pela população (análise do caso brasileiro)**. Estudos Eleitorais. Tribunal Superior Eleitoral, v. 5. n.2, p. 65-87, maio/ago. 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2ª Saraiva, São Paulo, 1998;

_____. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Saraiva, São Paulo, 1990;

FONSECA, Jumária Fernandes Ribeiro. **O Orçamento Participativo e a Gestão Democrática de Goiânia**. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Planejamento Territorial). Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Planejamento Territorial da Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2009.

GARGARELLA, Roberto A. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. Edición digital a partir de *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* núm. 6 (abril 1997), pp. 55-70

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why Deliberative Democracy?** Princeton: Princeton University Press, 2004. (tradução do primeiro capítulo do livro de Bruno Oliveira Maciel).

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Constitutional theocracy. Harvard University Press, Cambridge e London, 2007. Capítulo 3. p. 50-99.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. **Possibilidades e limites da democracia deliberativa**: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas-SP, 2002.

MAGAGNIN, Renata Cardoso. **Um sistema de suporte à decisão na internet para o planejamento da mobilidade urbana.** Tese (Doutorado em Engenharia Civil: Transportes). Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo. São Carlos-SP, 2008.

MÉDICI, Alejandro. **La Constitución Horizontal: teoria constitucional y giro decolonial.** Centro de estúdios jurídicos y sociales Mispat, A.C., Facultad de Derecho de La Universidad Autónomo de San Luis Potosí; Educación para las Ciencias em Chiapas, A.C. p. 61-118

MÜLLER, Friedrich. **Democracia e exclusão social em face da globalização**. 2006. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Friedrich_rev72.htm. Acesso em 29.06.2015.

NASSUNO, Marianne. **Burocracia e Participação**: a experiência do orçamento participativo em Porto Alegre. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. Brasília, 2006.

PATEMAN, C. **Participação e Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PINTO FERREIRA, Luís - **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição, Saraiva, São Paulo, 1996;

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política**: política e sociedade na modernidade tardia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

TEMER, Michel - **Elementos de Direito Constitucional**. 14ª edição, Malheiros Editores, São Paulo 1998.

VIEIRA, José Ribas. Et. al. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/15_639.pdf. Acesso em 29.06.2015.

_____. **Verso e reverso**: a judicialização da Política e o ativismo judicial no Brasil. Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, V. 01, no. 04 outubro e novembro/2009, p. 44-57.

VIEIRA, Oscar. **Os Supremocracia**: vícios e virtudes republicanas. 2007. TEMAS DE DIREITO DO ESTADO. http://direitoestado.blogspot.com.br/2009/06/supremocracia-vicios-e-virtudes.html. Acesso em 29.06.2015.