

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E SUA INFLUÊNCIA PARA A MELHORIA DO AMBIENTE DEMOCRÁTICO NO BRASIL

Luciano Elias Reis (Doutorando e Mestre em Direito Econômico pela PUC-PR, Professor de Direito Administrativo do UNICURITIBA, Presidente da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração da OAB-PR, Integrante do Instituto Paranaense de Direito Administrativo, Autor dos livros: “Convênio Administrativo: instrumento jurídico eficiente para o desenvolvimento do Estado”, “Licitações e Contratos: um guia da jurisprudência” e “Licitações e Contratos: cases e orientações objetivas”, e-mail: Luciano@rcl.adv.br)

Resumo: O constitucionalismo latino-americano tem defendido que a criação, interpretação e aplicação do texto constitucional podem ser realizadas também pelo povo, não ficando tão somente às cortes constitucionais a última palavra. Nesta linha, este trabalho enfoca o realce da soberania popular e como este conceito deve ser examinado sob o prisma da democracia deliberativa, a qual reclama uma deliberação entre as pessoas a partir de um patamar de igualdade e liberdade. A mais, visa também examinar as experiências dos textos constitucionais dos países deste novo constitucionalismo latino-americano, principalmente o que está prescrito sobre participação popular, e ponderar como o Supremo Tribunal Federal no Brasil deve permitir a integração com o povo para as suas decisões, melhorando dessa maneira o ambiente democrático.

Palavras-chave: Constitucionalismo latino-americano; constitucionalismo; democracia deliberativa; Supremo Tribunal Federal

THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM AND ITS INFLUENCE FOR THE IMPROVEMENT OF THE DEMOCRATIC ENVIRONMENT IN BRAZIL

Abstract: Latin American constitutionalism has argued that the creation, interpretation and application of the constitutional text can also be carried out by the people, not only the constitutional courts being the last word. In this line, this work focuses on the enhancement of popular sovereignty and how this concept should be examined under the prism of deliberative democracy, which demands a deliberation among people from a level of equality and freedom. Moreover, it also aims to examine the experiences of the constitutional texts of the countries of this new Latin American constitutionalism, especially what is prescribed on popular participation, and to consider how the Federal Supreme Court in Brazil should allow integration with the people for its decisions, Thereby improving the democratic environment.

Keywords: Latin American constitutionalism; constitutionalism; Deliberative democracy; Federal Court of Justice

1. Introdução

O constitucionalismo e a democracia andam sempre entrelaçados. De um lado, a necessidade de separação de poderes, a limitação dos poderes estatais e o respeito aos direitos fundamentais como perspectivas do constitucionalismo. Doutro lado, a democracia tem os seus ideais centrados na soberania popular, governo democrático, igualdade e vontade popular respeitada. Às vezes o próprio constitucionalismo cria amarras quando prevê algumas normas destoantes do espírito democrático, ao mesmo tempo que a democracia clama às vezes por ideais imaginários nem sempre realizáveis.

Neste espírito de revisitar o constitucionalismo e a democracia, o novo

constitucionalismo latino-americano quebra alguns paradigmas e levanta desafios que merecem ser estudados, bem como refletidos sobre os seus principais aspectos positivos e negativos. Por isso, o enfoque sobre o povo como verdadeiro sujeito constitucional, emissário da vontade popular, merece ser mais destacado e ouvido atualmente nos Estados. A criação, interpretação e aplicação do Direito, inclusive da Constituição, demandam a participação do povo também. Não se pode mais aguardar a palavra final sempre advinda do Poder Judiciário, até porque a constituição demanda apreciação política e jurídica diante da realidade.¹

Sob esta inquietação, o presente artigo pretende descrever a fundamentação do constitucionalismo latino-americano, a sua relação e base na democracia deliberativa, os exemplos vivenciados com algumas constituições de países da América Latina para, ao final, refletir como é possível aliar a soberania popular e a supremacia judicial no Brasil.

2. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano: do Constitucionalismo Popular ao Constitucionalismo Democrático

O constitucionalismo popular é compreendido como um movimento teórico crítico da ideia de supremacia judicial sempre como legitimadora da última palavra, já que advoga pelo papel central do povo também na interpretação da Constituição.² Segundo Miguel Gualano Godoy, “consiste em um movimento teórico-crítico, surgido nos Estados Unidos, como reação às posturas conservadoras da Corte Rehnquist, a qual pôs fim à atuação proativa e progressista da Corte Warren em favor dos direitos civis”, sendo que esta “postura conservadora da Corte Rehnquist, de certa forma, se mantém até hoje fiel a uma atuação extremamente contida e baseada em sua autoridade última de interpretar a constituição” (GODOY, 2015, p. 16). A partir do Tribunal Rehnquist almejou-se o rompimento do cômodo papel que existia entre o ativismo judicial constitucional do povo e a revisão judicial a partir do New Deal (NIEMBRO, 2013, p. 193).³

Rodrigo Mendes Cardoso entoa que os constitucionalistas populares clamam fundamentalmente por uma “democracia mais participativa e direta pelo povo, e são cétricos e hostis frente às dinâmicas do sistema do judicial review norte-americano, que coloca a Suprema

¹ “Vale dizer, a Constituição não pode ser compreendida de forma isolada da realidade, pois é direito político. A Constituição está situada no processo político. Dessa forma, o direito constitucional não pode ser encarado do ponto de vista meramente técnico-jurídico, mas deve ser visto também do ponto de vista político, pois deve tratar da difícil relação da Constituição com a política.” (BERCOVICI, 2008, p. 15).

² Larry D. Kramer adverte que “el constitucionalismo popular jamás negó a los tribunales el poder del control judicial de constitucionalidad: negó solo que los jueces tuvieran la última palabra.” (KRAMER, 2011, p. 259)

³ Kramer explica que os anos da era da reconstrução e o New Deal foram um período de expansão judicial, mas também foram uma época de ouro para o constitucionalismo popular “un tiempo repleto de movimientos populares que movilizaban apoyos para el cambio mediante la invocación de argumentos y tradiciones constitucionales que no dependían ni reconocían – y con frecuencia negaban – la autoridad judicial imperial.” (KRAMER, 2011, p. 266).

Corte como única legitimada para determinar o significado da Constituição.” Desejam uma maior participação dos cidadãos na determinação do significado constitucional, até porque indagam a Suprema Corte como único ente legitimado a interpretar e aplicar a Constituição em virtude do seu elitismo e posição contramajoritária, o que per si é bastante distante do povo (CARDOSO, 2014, p. 220). Para Ana Micaela Alterio, é um intento de conceder ao povo um papel fundamental na discussão e decisões dos assuntos constitucionais (ALTERIO, 2015, p. 335).

Roberto Gargarella sistematiza a tese central do constitucionalismo popular a partir dos seguintes pontos extraídos das lições de Larry Kramer: (i) desafiar a supremacia judicial retirando a Constituição das mãos dos tribunais; (ii) ir contra uma sensibilidade antipopular que consiste em recuperar e reconhecer a importância e o peso institucional da participação popular; (iii) defender uma interpretação extrajudicial da Constituição; (iv) fomentar uma releitura crítica sobre os efeitos do *judicial review*; (v) mostrar como a sociedade é influenciada e às vezes despreza o valor das decisões judiciais; e (vi) impulsionar uma maior participação popular nas decisões políticas e econômicas (GARGARELLA, 2006, p. 01-05).⁴

O constitucionalismo popular não visa alijar os tribunais da interpretação ou do poder de controle de constitucionalidade, mas sim nega que somente os juízes tenham a última palavra. Existem vários possíveis intérpretes das normas constitucionais, não podendo ficar restrita a apreciação ao Poder Judiciário, e sim deve haver a factibilidade de interpretação pelos demais poderes e pelo próprio povo. Larry Kramer, que é considerado uma das referências deste movimento, expressa que a contínua luta pelo constitucionalismo popular remete a entender e interpretar a constituição, consoante discurso de Roosevelt, como um documento de leigo, e não um documento de advogado.⁵ Juliane Cesario Alvim Gomes enaltece que: (i) a apropriação popular ajuda para majorar a legitimidade do sistema constitucional e a capacidade de

⁴ Em sentido similar, Ana Micaela Alterio em sua tese de doutorado explana que o constitucionalismo popular propicia: 1) flexibilizar la constitución y excederla; 2) desafiar la supremacía judicial – y en ciertos casos incluso impugnar cualquier forma de control judicial de constitucionalidad-; 3) la interpretación extrajudicial de la constitución¹³; 4) la democratización y participación en las instituciones políticas y económicas¹⁴; 5) la recuperación de la relación entre derecho y política. (ALTERIO, 2015, p. 336). Juliana Gomes traceja como características do constitucionalismo popular (assim como para o constitucionalismo popular mediado e para o constitucionalismo democrático): (1) contingência da supremacia judicial em contraponto radical à visão tradicional de que o Judiciário deve dar a última palavra necessariamente sobre o significado da Constituição visando assegurar a ordem e a harmonia do sistema jurídico; (2) (i) legitimidade da supremacia judicial e do controle de constitucionalidade para advogar a legitimidade do povo para dar a última palavra sobre o significado da Constituição; (3) empoderamento das pessoas comuns e fé na sua capacidade interpretativa a partir da concepção de a Constituição ser nossa (do povo), produto decorrente dos esforços do povo, o que gera a sensação de “sujeito coletivo que se protraí no tempo, envolvendo uma concepção narrativa que une as pessoas em torno de memórias compartilhadas, metas, aspirações, valores e ambições.” (GOMES, 2013, p. 598-599).

⁵ Inclusive este é o nome do capítulo VIII do livro: “La continua lucha por el constitucionalismo popular: el documento de un leigo, no el contrato de un abogado. (KRAMER, 2011, p. 257 e seg.) a partir do discurso de Roosevelt que está transcrito na p. 269 da referida obra de Kramer.

autodefinição de uma sociedade, bem como coopera com o desenvolvimento de uma identidade comum, de pertencimento e reconhecimento que podem ajudar na coesão social num contexto plural e de diversidade; e (ii) o discurso social pode servir de ‘script’ visando a uma transformação baseada nos valores igualitários e emancipatórios previstos na Constituição (GOMES, 2013, p. 611). Segundo Roberto Niembro O., o ponto nodal é a limitação da supremacia judicial e a elaboração de uma doutrina constitucional como uma agência coletiva, cujo protagonista seja o povo (NIEMBRO, 2013, p. 195-196).

Salienta-se que a máxima de que compete à Corte Constitucional dar a palavra final sobre a validade ou invalidade de alguma norma inconstitucional é bastante contestada nos Estados Unidos. Miguel Gualano Godoy cita o histórico desta “lenda” a partir do Alexander Hamilton no começo do século XIX nos Estados Unidos em um artigo que ficou conhecido como “O Federalista nº 78”. Nesta oportunidade, “para Hamilton, não há que se falar em supremacia judicial, mas sim em supremacia da constituição, entendida como vontade constituinte do povo” e “tampouco significa que tal atuação por parte do Poder Judiciário desconsidere ou ponha abaixo a vontade do povo (GODOY, 2015, p. 49).⁶ Esta tese foi retomada no julgamento do caso *Marbury vs Madison*, em 1803, quando o Presidente da Suprema Corte Americana, juiz Marshall, externou o entendimento favorável à viabilidade de controle judicial de constituição das leis pelo citado Tribunal. Larry Kramer faz uma crítica contundente ao raciocínio esposado, já que em três casos anteriores⁷ a Suprema Corte tinha enfatizado a relevância da participação popular na interpretação da constituição (KRAMER, 2011).⁸ Portanto, verifica-se que antes do *Marbury vs Madison*, em 1803, os norte-americanos apoiavam o governo popular e o povo, “sem ser encarado como abstração vazia ou mito filosófico, participou da implementação da constituição, avocando para si o direito de interpretá-lo e definir seu significado” (GODOY, 2015, p. 52).

A título complementar, Kramer destaca que a Suprema Corte por meio dos seus nove julgadores no caso *Cooper vs Aaron*, em 1958, insistiram que no caso *Marbury* havia sido declarado “‘el principio básico de que la justicia federal es suprema en la exposición del derecho de la Constitución’ y que esta idea ‘ha sido respetada desde entonces por esta Corte y el país como un rasgo permanente e indispensable de nuestro sistema constitucional’” (KRAMER, 2011, p. 272). Lamenta o autor que após *Cooper vs Aaron* parece que houve a efetiva aceitação da ideia de supremacia judicial pelo público em geral (KRAMER, 2011, p. 272).

⁶ Sobre o assunto, na mesma linha KRAMER, 2011, p. 273.

⁷ O caso envolvendo Gideon Henfield em 1793, o caso da união em frente ao Federal Hall em Nova York contra o tratado Jay treaty em 1795 e o caso da mobilização pública contra o Alien e sedition acts em 1798.

⁸ Segundo Godoy, “A supremacia judicial e a última palavra não decorrem de uma tradição histórica originada com a decisão do caso *Marbury v. Madison* porque nunca essa decisão instituiu ou afirmou a supremacia judicial.” (GODOY, 2015, p. 234).

Quanto a quem seria o povo, Friedrich Muller responde que o povo é uma categoria sempre em construção; é o verdadeiro legitimado num Estado Democrático de Direito; e é necessário examinar o Estado, o ordenamento jurídico e a sociedade para ser definido, já que é impossível defini-lo com arestas bem delimitadas. O autor alemão enuncia que a legitimidade democrática a ser inferida do povo pode ser formulada em gradações: “o povo enquanto instância de atribuição; o procedimento democrático de pôr em vigor a constituição dirige-se ao povo ativo; e a preservação de um cerne constitucional (que sempre e também democrático) na duração do tempo investe o povo-destinatário nos seus direitos” (MULLER, 2010, p. 86-87).

Assim, não se deve pensar que a falta de uma pré-definição ou possível ambiguidade do conceito de povo possa obstruir ou prejudicar a compreensão do seu papel no novo constitucionalismo latino-americano (BOBBIO, 2000, p. 379-380).⁹

Larry Kramer discorre sobre algumas críticas comuns contra a sua teoria: (i) a supremacia da Corte no direito constitucional já é natural, inclusive com o seu acatamento perante o povo; (ii) argumentam que serve para a função da finalidade do direito (é mais seguro), evitando que o direito constitucional ficasse fraco e despido de uniformidade; (iii) os juízes devem ter a última palavra como uma cautela de e para os cidadãos democráticos, resguardando-se de possíveis golpes. Em sua obra rechaça todas estas críticas, até porque muitas são pautadas em supostas razões empíricas e pré-concepções não comprováveis. Talvez um ponto favorável ao governo popular e às assembleias representativas propostas por Kramer é que nem a esquerda e nem a direita gostam da ideia de soberania popular (KRAMER, 2011, p. 286-298).

Juliana Cesario Alvim Gomes descreve que correntes como o constitucionalismo popular, constitucionalismo popular mediado e constitucionalismo democrático são usadas para denominar um grande movimento que aproxima o povo com a Constituição e têm sido empregadas “no contexto norte-americano, sem que haja plano consenso sobre o que abarcam, nem sequer sobre se configuram espécie de filosofia constitucional, técnica interpretativa ou modelo de desenho institucional” (GOMES, 2013, p. 587). Pondera como traço comum entre tais teorias a rejeição ao elitismo e à centralidade das cortes na teoria constitucional tradicional, opondo-se ao monopólio da interpretação constitucional, já que “todos aqueles que vivem sob a vigência de uma determinada Constituição estão aptos a interpretá-la” (GOMES, 2013, p. 588). Apesar de haver o tratamento do constitucionalismo popular, constitucionalismo popular mediado e constitucional democrático de maneira conjunta em seu texto, é preferível elastecer algumas diferenças entre estes dois por questões de clareza.

⁹ Não se pode confundir o papel ativo do povo na interpretação e aplicação da Constituição com atos populistas e nem autoritários que gozem de apoio majoritário. Uma coisa é constitucionalismo popular ou democrático e outra bem diferente é populismo com a ditadura da maioria. (GODOY, 2015, p. 236).

Conforme dito por Miguel Gualano Godoy, o constitucionalismo democrático não ignora as necessárias críticas do constitucionalismo popular à supremacia judicial, entretanto discorda das propostas que rejeitam a atuação de juízes e cortes, pois o constitucionalismo democrático parte das críticas do constitucionalismo popular para refletir e estudar sobre as capacidades ativas de juízes e cortes à efetivação da constituição. Segundo o autor, “é justamente por acreditar nas virtudes ativas do Poder Judiciário que o constitucionalismo democrático faz uma dura crítica às virtudes passivas defendidas pelo minimalismo” (GODOY, 2015, p. 129). Roberto Niembro explica o constitucionalismo democrático como uma vertente do constitucionalismo popular que defende aos cidadãos indagarem o significado da Constituição e a oporem-se ao governo quando discordarem da resposta, sendo que os tribunais auxiliarão ao exercerem um papel jurídico-político (NIEMBRO, 2013, p. 203 e s.).

Postas tais considerações, verifica-se que o novo constitucionalismo latino-americano visa inserir o povo no centro dos debates e das interpretações constitucionais, não afastando ou desconsiderando a possibilidade de controle judicial das leis pelos Tribunais. Assim, o Poder Judiciário é mais um ator/protagonista na árdua tarefa de interpretação da Constituição e “o exercício da sua competência é mais um elemento a ser levado em conta na definição do conteúdo da Constituição”; em suma, a interpretação da Constituição deve “ser uma tarefa compartilhada entre os Poderes, as instituições e entre estes e o povo” (GODOY, 2015, p. 76).

3. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano e a Democracia Deliberativa

Democracia é uma expressão polissêmica que pode trazer inúmeros significados. Os antigos compreendiam a democracia como sendo a democracia direta, já os modernos a democracia representativa. Bobbio ressalta que ao se falar atualmente em democracia, as pessoas já imaginam longas filas para o escrutínio dos representantes. Doutro lado, antigamente se pensava em praças ou assembleias em que os cidadãos eram chamados para tomar decisões, não se cingindo meramente ao processo eleitoral (BOBBIO, 2000, p. 371-373). Por definição, o filósofo adota democracia como sendo o “poder em público” mais precisamente para “indicar todos aqueles expedientes institucionais que obrigam os governantes a tomarem as suas decisões às claras e que permitem que os governados ‘vejam’ como e onde tomam” (BOBBIO, 2000, p. 386).

Katya Kozicki ao descrever o conceito clássico de democracia a partir de Joseph Schumpeter defende que “é o método que permite a consecução do bem comum, uma vez que a vontade soberana é a vontade do povo”, sendo que a vontade do povo para Schumpeter “é uma construção social, que pode ter pouco ou nada a ver com bases racionais” (KOZICKI, 2000, p. 77-79). Por sua vez, Paulo Bonavides descreve a democracia como um princípio contemporâneo

“mediante o qual se confere legitimidade a todas as formas possíveis de convivência”, o que permite até dizer que é o único princípio legitimante da cidadania e da internacionalidade, sendo que foi “princípio filosófico nas revoluções; é jurídico nas elaborações pacíficas de cada sistema de governo que deve reger os cidadãos ou dirigir os Estados nas suas relações mútuas” (BONAVIDES, 1995, p. 350).¹⁰

Pelas transcrições ora retratadas, assevera-se a polissemia da palavra “democracia”. Para fins metodológicos e de compreensão ao presente ensaio, tratar-se-á da democracia deliberativa e seu entrelaçamento com o novo constitucionalismo latino-americano.¹¹ Para iniciar, ressalta-se a imprescindibilidade de tratar o constitucionalismo e a democracia de maneira imbricada. Inexiste constitucionalismo sem democracia e nem democracia sem constitucionalismo, ambos são interdependentes, ou como dito por Raoni Bielschowsky “participam de um diálogo contínuo em uma alma única” (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 86). Segundo Miguel Gualano Godoy somente pode existir “democracia ao se assumir um compromisso robusto com os direitos e em especial com a igualdade (e/com liberdade) e, assim, com a possibilidade de participação e intervenção dos cidadãos na resolução dos assuntos públicos que afetam sua comunidade.” Simultaneamente, “só pode haver constitucionalismo se todos os cidadãos puderem estabelecer um acordo sobre o que são e quais são os direitos que orientarão sua comunidade, bem como os conteúdos, alcances e limites desses direitos” (GODOY, 2015, p. 25).

A democracia deliberativa pode ser compreendida como um sistema aberto “cujo número substantivo é o repositório das tradições políticas que dão fundamento ao estado democrático de direito, reconstruídas democrática, discursiva e coerentemente de modo a permitir a cooperação livre e igualitária de todos os cidadãos na deliberação democrática” (SOUZA NETO, 2006, p. 300).¹² A democracia deliberativa situa o pluralismo como fato pressuposto e insere a questão da justificação do poder político como problemática central da filosofia política. Vera Karam e Miguel Gualano Godoy expressam que “a democracia deliberativa rearticula soberania e poder constituinte, constitucionalismo e democracia e acentua o caráter produtivo das tensões experimentadas pelos cidadãos, na medida da inexorável, porém paradoxal relação que estabelecem entre si” (CHUEIRI, GODOY, 2010, p. 169).

Pode-se destacar os principais aspectos da democracia deliberativa como: a) um modo de organização do poder político; b) as pessoas submetidas às decisões devem participar necessariamente do processo deliberativo de tomada de decisões; e c) o processo deliberativo

¹⁰ Vale ainda destacar que Caroline Müller Bitencourt e Augusto Carlos de Menezes Beber compreendem que o constitucionalismo contemporâneo pressupõe escolhas clarificadas no texto constitucional, aplicar efetivamente a Constituição e sempre cumprir a própria legitimidade constitucional da maneira mais democrática possível. (BITENCOURT, BEBER, 2015, p. 237).

¹¹ Sobre vários olhares acerca da democracia, vide tese de KOZICKI, 2000.

¹² Sobre democracia deliberativa, vide GODOY, 2012, p. 69-132.

deve ser livre e somente ocorre entre sujeitos considerados política e moralmente como iguais (KOZICKI, 2000, p. 93-94).¹³ Na mesma diretriz, são elencadas como características do processo de deliberação: (i) a inexistência de distinção das pessoas, pois todas são iguais e livres, via de consequência “o direito à participação compete a todos e nisto está compreendida a possibilidade de iniciar o debate, propor problemas a serem discutidos, argumentar, questionar e atos afins”; e (ii) os fins e os modos como sucede a própria deliberação pode ser questionada, “os sujeitos participantes podem argumentar, reflexivamente, quanto às regras incidentes neste procedimento e à maneira como ele é realizado” (KOZICKI, 2000, p. 96-97).¹⁴

Justamente pela imperiosidade de participação caso as decisões afetem às suas esferas jurídicas é que se relaciona a democracia deliberativa com o novo constitucionalismo latino-americano, ou seja, para enaltecer a possibilidade de o povo ser intérprete, participante ativo e permitir-lhe que dê a palavra final numa questão constitucional, e não somente à Corte Constitucional, visto que é o verdadeiro sujeito a ser alcançado por tais ações. De maneira explícita, Kozicki manifesta que a participação no processo de deliberação parte da ideia de autonomia política, que por sua vez correlaciona-se com a concepção positiva de liberdade. Defende ainda que “aqueles que serão afetados pelas decisões devem considerá-las aceitáveis e partir do pressuposto de que também os outros sujeitos que venham a ser afetados por elas as considerem razoáveis de observância” (KOZICKI, 2000, p. 94), o que per si logra a legitimidade do povo. Carlos Roberto Nino ressalta o aspecto moral em conjunto com a política para uma concepção dialógica da democracia e repudia qualquer forma de governo que exclua o elemento democrático e participativo dos cidadãos (NINO, 1999, p. 96).¹⁵

A participação popular permitirá também a diminuição de preconceito e intolerância, propiciando um aumento de respeito mútuo entre as pessoas, isto porque numa concepção deliberativa haverá a reverência às convicções morais e religiosas dos integrantes do povo, o que é um ideal mais apropriado para uma sociedade pluralista (SANDEL, 2005, p. 281-282). A mais, numa sociedade pluralista e num governo democrático é indispensável que as pessoas possam se

¹³ Robert Dahl também compreende que o ambiente democrático exige que os membros sejam tratados e considerados politicamente iguais e elenca cinco critérios para considerar uma democracia democrática: participação efetiva; igualdade de voto; entendimento esclarecido; inclusão dos adultos. (DAHL, 2001, p. 46-50).

¹⁴ Ana Micaela Alterio diferencia a concepção deliberativa liberal e a concepção deliberativa popular. Para ela, a liberal é que defende ideias de democracia baseadas na persuasão, discussão e o diálogo racional, favorecendo a soberania da razão ante a soberania popular. Nestas situações, os governos teriam o dever de moldar as preferências privadas para promover os ideais da deliberação democrática, pois a democracia fica abaixo da autoridade dos princípios da justiça originados por uma instância mais alta que as leis. Já as versões populares da democracia deliberativa devem colocar a igualdade de oportunidades para aceder ao processo político e expressarem-se nas formas desta expressão, sua qualidade ou pré-condições. (ALTERIO, 2015, p. 356-357).

¹⁵ Katya Kozicki realiza um paralelo entre os fundamentos de Rawls e Habermas para a democracia deliberativa. Rawls tem uma grande preocupação quanto aos resultados do procedimento democrático, compreendendo pela possibilidade de fixar um consenso racional quanto aos seus meios e fins. De maneira diferente, Habermas enfoca uma concepção puramente procedimental, enfatizando os meios sem restrição quanto aos resultados. (KOZICKI, 2000, p. 92).

desenvolver, tenham um espírito crítico, saibam argumentar e estejam cientes de suas responsabilidades, o que gera uma maior probabilidade ao desenvolvimento humano (DAHL, 2001, p. 68-69). Inclusive, a participação do bom cidadão é uma grande virtude intelectual no discurso racional (HELLER, FEHER, 2002, p. 129).

O debate público representa um processo contínuo pelo qual as impressões, novos eventos e novos conhecimentos são absorvidos, questionados e transformados em opinião pública, conseqüentemente em senso moral geral e consciência jurídica do momento, ou seja, o esclarecimento é fundamental para que o povo possa deliberar, afastando-se inclusive de propaganda mentirosa ou manipulação de grupos sectários (ROSS, 2003, p. 429). Deve-se alvitrar da racionalidade deliberativa delineada por Rawls em que pressupõe uma competência mínima da pessoa que está decidindo, a qual conhece o objeto, as suas características gerais de suas necessidades e objetivos, tanto os presentes quanto os futuros, e até é capaz de estimular a relativa intensidade de seus desejos e decidir o que realmente quer (RAWLS, 2002, p. 463).

Nesta linha, a democracia deliberativa parte da premissa de que todos são iguais, de que todos podem participar do processo deliberativo e de que existe um pluralismo.¹⁶ Por isso, pode-se aventar o seu liame com a participação popular, com a necessidade de manifestação do povo para amparar-se de legitimidade as decisões e os procedimentos adotados pelo Estado, inclusive na interpretação da Constituição. Eduardo Capellari elenca a necessidade de pertinência da “abertura constitucional” consistente pela legitimação e fundamentação do direito por meio de procedimentos democráticos como um dos elementos centrais para a compreensão do atual constitucionalismo vivenciado; isto é, clamando pela participação do povo para as decisões importantes em nome do Estado (CAPELLARI, 2004, p. 77-78). Todavia, não se deve restringir somente para estes casos, e também para as situações que envolverem a interpretação de normas constitucionais e de como implementá-las (por exemplo, a partir da fixação de políticas públicas).¹⁷

Quando se aborda a participação popular, pode parecer um pouco vago ou imprecisa a sua concretização. Ana Micaela Alterio diz que “gran parte de las críticas que se han hecho a los populares pasan por la falta de definición del ‘pueblo’ protagonista y, en segundo lugar, por la mínima concreción en los mecanismos para hacer posible el ideal democrático que propician.”

¹⁶ Chantal Mouffe pontua, acerca da democracia moderna, que o “pluralismo está ligado ao abandono de uma ideia substantiva exclusiva do bem comum e da eudaimonia que é constitutiva da modernidade.” (MOUFFE, 1996, p. 161). Michael Sandel descreve o pluralismo razoável como um uma característica específica das sociedades democráticas modernas. (SANDEL, 2005, p. 265).

¹⁷ A título ilustrativo, ainda que estivesse discorrendo sobre o instituto da eleição dos magistrados, Bobbio pondera que, a despeito da democracia antiga e da democracia moderna por ele explicada, a democracia de hoje é uma democracia representativa às vezes complementada por formas de participação direta, enquanto na antiga era uma democracia direta às vezes corrigida pela eleição de algumas magistraturas. (BOBBIO, 2000, p. 374).

Posteriormente, complementa que outras críticas mais fortes cingem-se aos resultados que poderão ser obtidos a partir da manifestação de “gente común” na interpretação dos direitos (ALTERIO, 2015, p. 358). Como dito anteriormente, é necessário que haja a devida conscientização e informação ao povo para que possa deliberar. Fora isso, não se visualiza falta de capacidade da “gente común” para exercer a importante função de interpretar a constituição, e sim de que por vezes ela não se interessa e nem se aprofunda sobre tais temas justamente por não sentir-se inserida (sentimento de pertencimento). Por conseguinte, resta imperioso que se trabalhe melhor a participação popular, inclusive outorgando ao povo severas responsabilidades como sendo o caminho ideal para o amadurecimento e a conscientização de que ele é o verdadeiro sujeito ativo e passivo da Constituição. Não se pode pensar ou imaginar que o povo somente é o sujeito passivo do ordenamento jurídico, mas sim que é o sujeito ativo também para a posterior concretização dos deveres impostos pelas normas. Roberto Niembro disserta que o uso do povo como ator constitucional é excelente, pois todos ficam com a sensação e o direito a interpretar a constituição, bem como promover a participação da sociedade civil, incentivando uma cultura pública ágil, móvel e vergada ao exercício das liberdades (NIEMBRO, 2013, p. 219).

O repasse de toda e qualquer interpretação ao povo também não é o caminho, e nem isso se pretende com o constitucionalismo latino-americano e nem com a democracia deliberativa. É preciso que as instituições, poderes e povo dialoguem para encontrar o melhor método hermenêutico constitucional. Miguel Gualano Godoy expressa a fundamentalidade de “fazer com que as instituições dialoguem entre si e também com o povo, a fim de buscar os melhores argumentos, fundados em razões públicas que possam ser aceitas, ou ao menos respeitadas, por todos” e que por isso defende o conceito de democracia deliberativa, até porque dessa maneira “a interação dialógica entre as instituições tem(terá) um potencial epistêmico de alcançar melhores respostas e ao mesmo tempo estabelecer(á) um parâmetro para avaliar a legitimidade de suas decisões (GODOY, 2015, p. 168).

Ana Micaela Alterio remete ao diálogo constitucional inclusivo de Post y Siegel, especialmente sensível aos movimentos sociais. Entre os mecanismos institucionais invocados por tais autores para enfrentar o difícil equilíbrio de permitir a última palavra ao povo e a ideia de supremacia judicial “están la posibilidad de realizar enmiendas a la constitución (aunque reconocen que su uso no es frecuente); el nombramiento de los jueces de la suprema corte; la posibilidad de contestar normas por parte de los diferentes poderes políticos o de los movimientos sociales, desafiando la legitimidad de las interpretaciones tradicionales e incluso, llegando a desobedecer las decisiones judiciales” (ALTERIO, 2015, p. 351).

Cardoso destaca como desafio para tais teorias a possibilidade e viabilidade de ”articular

dinâmicas alternativas para o controle de constitucionalidade, através de um compartilhamento de poder, que integre efetivamente o Legislativo, o Executivo e a comunidade no processo de interpretação constitucional”. Para o autor, o êxito do constitucionalismo e do diálogo constitucional depende da recuperação e reconhecimento da importância e peso institucional da participação popular para ampliar os espaços públicos de deliberação sobre o significado da Constituição (CARDOSO, 2014, p. 226).

Sobre a democracia moderna e sua relação com o povo, Friedrich Müller explana:

A democracia moderna avançada não é simplesmente um determinado dispositivo de técnica jurídica sobre como colocar em vigor textos de normas; não é, portanto, apenas uma estrutura (legislatória) de textos, o que vale essencialmente também o Estado de Direito. Não é tão-somente status activus democrático. (...) A democracia avançada é assim – e nesse sentido ela vai mais do que somente um pouco além da estrutura de meros textos – um nível de exigências, aquém do qual não se pode ficar – e isso tendo em consideração a maneira pela qual as pessoas devem ser genericamente tratadas nesse sistema de poder-violência (Gewalt) organizadas (denominado ‘Estado’): não como subpessoas (Unter-Menshen) não como súditos (Untertane), também não no caso de grupos isolados de pessoas, mas como membros do Soberano, do ‘povo’ que legitima no sentido mais profundo a totalidade desse Estado. Essa democracia é, portanto também um status negativo democrático e um status positivo democrático. (MULLER, 2010, p. 92)

Portanto, a democracia deliberativa demanda a soberania popular para o novo constitucionalismo latino-americano a partir de um processo deliberativo que respeite a liberdade e a igualdade das pessoas, tanto para participar como também para questionar as regras estabelecidas no referido processo. A importância de inserir o povo como sujeito efetivo para a interpretação num ambiente democrático, pode ser visualizada na conclusão de José Levi Mello Amaral Júnior ao dizer que “quando, em uma democracia, a Constituição é retirada do povo, sonogada ao povo, como se ela não fosse dele (povo), só resta a nós, cidadãos destituídos da nossa Constituição, fazer análise (constitucional) para, talvez, convenceremo-nos do impensável: a Constituição não é nossa, mas de alguns poucos em quem sequer votamos” (AMARAL JÚNIOR, 2013).

4. A influência das constituições latinas e seus exemplos

Sobre o constitucionalismo latino-americano a partir da década de 1990, Rubén Martínez Dalmau diferencia o velho constitucionalismo do novo constitucionalismo. Enquanto este é fruto de assembleias constituintes comprometidas com a regeneração social e política para gerar uma constituição forte, original e vinculante, aquele período tinha uma constituição frágil, adaptada e retórica. O período do novo constitucionalismo latino-americano alia movimentos cívicos junto com propostas políticas adotadas pelos povos em cenários de grandes conflitos social e político. A partir do momento que o poder constituinte guarda significativas diferenças com o constituído, gera, por conseguinte, uma reformulação de conceitos como o de legitimidade ou representação.

Segundo Dalmau, o novo constitucionalismo é um constitucionalismo sem país, isto porque somente o povo pode sentir-se o progenitor da Constituição pela dinâmica participação e legitimação que acompanha os processos constituintes, desde a ativação do poder constituinte por meio de referendo até a votação final para a sua entrada em vigor. Deste modo, diferencia-se do “velho constitucionalismo” que era decorrente da vontade e reunião das elites (DALMAU, 2008, p. 05-06).

Recorrendo à explicação histórica, Roberto Gargarella e Christian Courtis explicam que na América Latina aconteceram três processos constitucionais muito diferentes, quais sejam: a) conservador que ficou marcado por ser politicamente elitista e moralmente perfeccionista; b) liberal que preconizou uma visão anti-estatista, defensora dos freios e contrapesos e de uma neutralidade moral; e c) radical que almejava o movimento majoritário na política e o populismo no aspecto de moralidade. Os conservadores e os liberais contribuíram com a redação das novas constituições nos meados do século XIX, graças ao grande espaço comum entre os projetos que buscavam o majoritarismo político, defesa do direito de propriedade e políticas econômicas anti-estatistas, apesar de suas distinções no aspecto da religião (GARGARELLA, COURTIS, 2009, p. 24-25). Na primeira onda de reformas constitucionais no século XX, quase todas as constituições latino-americanas foram modificadas para inserção de direitos dos trabalhadores, direitos sociais, respaldo aos sindicatos e proteções aos mais pobres, fato que ensejou uma grande reticência dos conservadores e liberais. Uma segunda onda do século XX de reformas constitucionais na América Latina ensejou a prescrição de mecanismos de promoção de participação cívica como plebiscitos e referendos, entretanto como dito pelos autores “lo que se afirma es que la implementación efectiva de aquellos mecanismos y aquellos derechos (vinculados con un modelo constitucional radical) requiere de un entramado social e institucional peculiar, que habitualmente no se busca recrear o favorecer (pero que aquel modelo constitucional suponía, como indispensable para darle sentido y operatividad al mismo)” (GARGARELLA, COURTIS, 2009, p. 25-26).

Miguel Gualano Godoy explica que o constitucionalismo latino-americano do século XIX foi influenciado pelo constitucionalismo liberal dos Estados Unidos e teve como característica ser um sistema representativo extremamente desconfiado e avesso às maiorias, calcado na distinção entre representantes e representados; uma concepção de diferenciação e separação dos Poderes, privilegiando sempre o controle interno de cada Poder e de maneira horizontal em detrimento de instrumentos de controle popular ou exógeno; um sistema de freios e contrapesos; e um Poder Judiciário que aos poucos foi alargando o seu poderio e com acesso bastante restrito (GODOY, 2015, p. 100).

Salienta-se que o interesse pelo constitucionalismo latino-americano aumentou em razão

do avanço social ocorrido em conjunto com o incremento da consciência de exploração de seus cidadãos, bem como pela falta de identidade entre representantes políticos e representados (DALMAU, 2008, p. 08). Divergindo em parte, Roberto Gargarella e Christian Courtis dizem que as Constituições latino-americanas mais recentes não pareceram sentir a imperiosidade de modificar as suas instituições ante as influências da filosofia pública para aprimorar a legitimação entre representantes e representados, o que pode ter acontecido por uma série de motivos, dentre eles, a inexistência de efetiva mudança ou a plena aquiescência com o núcleo das velhas instituições e problemas. Como exceção a esta regra, Roberto Gargarella e Christian Courtis citam as Constituições da Bolívia e do Equador que mostraram alterações principalmente na organização interna com um repúdio às raízes elitistas e tradicionais das suas constituições anteriores, tanto que incluíram em seus textos constitucionais alusões à nova filosofia (GARGARELLA, COURTIS, 2009, p. 20-21).

É justamente nesta linha que o constitucionalismo na América Latina ao final do século XX serve de inspiração. Manifestando sobre os diálogos interinstitucionais entre os poderes e entre estes e o povo, Godoy, numa visão crítica, dessume uma proposta para o atual desenho institucional de boa parte dos países da América Latina: “(i) uma concepção pluralista de democracia; (ii) um sistema de freios e contrapesos destinado à evitar a guerra (ao invés de ser destinado a promover a cooperação entre os Poderes); e (iii) uma distância entre o povo, seus representantes e as instituições” (GODOY, 2015, p. 180).

Fazendo um retrospecto das Constituições latino-americanas, verifica-se que atualmente várias constituições latino-americanas prescrevem direitos e garantias visando à participação popular tanto na criação, interpretação e aplicação da Constituição.

Na Colômbia em 1991, houve a ativação direta do poder constituinte pelo povo colombiano a partir de uma necessidade social, ainda que os seus principais impulsores tenham sido os estudantes e os professores. A Assembleia Constituinte criada entendeu pela alteração da Norma Fundamental com a inclusão na nova Constituição de mecanismos de democracia participativa (possibilidade de revogar o mandato de alguns cargos públicos), a melhora no reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais ou a complexa regulação do papel do Estado na economia. O objetivo principal, segundo Dalmau, foi a erradicação da violência política, entretanto a referida Constituição não obteve grande êxito porque foi desenvolvida pelos mesmos grupos de poder que originaram o colapso do sistema e evidenciaram a necessidade de um processo constituinte (DALMAU, 2008, p. 09-10).

Dentre os artigos constitucionais que ressaltam a relevância da vontade popular, destacam-se os artigos 40, 103 e 259 ao preverem que todo cidadão a) tem direito de participar na conformação, exercício e controle do poder político; b) tem direito, além de participar das

eleições, plebiscitos, referendos, consultas populares e outras formas de participação democráticas, à revogação do mandato dos eleitos; e c) tem direito de cobrar e exigir o cumprimento do programa de governo apresentado na eleição.

No Equador, a Constituição de 1998 ficou marcada pelas profundas alterações frente a anterior, entretanto foi sim a Constituição de 2008 a merecedora de louvável reconhecimento no novo constitucionalismo latino-americano. Inicialmente, salienta-se que o processo equatoriano contou com um processo denominado de constitucionalismo de transição (DALMAU, 2008, p. 13-14). O texto final da Constituição foi bastante longo e nenhum pouco simples, já que possui 444 artigos. Dalmau aduz que a Constituição Equatoriana “subtrae do poder constituído a possibilidade de modificar aspectos substanciais da Constitución, e por outra incorpora a iniciativa popular tanto para a proposta de emendas de reformas constitucionais, como para convocar o máximo expoente do cambio constitucional: a asamblea constituyente” (DALMAU, 2008, p. 14).

Destacam-se alguns pontos da Constituição Equatoriana, dentre eles: (i) o artigo 1º prescreve que a soberania funda-se no povo cuja vontade é o fundamento da autoridade e se exerce por meio de órgãos dos poderes públicos e pelas formas de participação direta previstas na Constituição, fazendo alusão ainda aos recursos naturais não renováveis em seu território; (ii) o artigo 23 preceitua o direito de qualquer um do povo aceder e participar do espaço público para deliberação; (iii) o artigo 61 estabelece direitos aos cidadãos para: a) eleger e ser eleito; b) participar de assuntos de interesses públicos; c) apresentar projetos de iniciativa popular; d) ser consultado; e) fiscalizar os atos do poder público; f) revogar o mandato que a eleição popular tenha conferido aos representantes; g) desempenhar empregos e funções públicas; h) exercer direitos políticos; (iv) o artigo 95 estatui que os cidadãos podem participar de decisões, planejamento e gestão dos assuntos públicos no controle popular das instituições do Estado e da sociedade, sendo que poderão se manifestar por mecanismos de democracia representativa, direta e comunitária; (v) o artigo 103 enuncia sobre a possibilidade de projetos de iniciativa popular, tanto para legislação infraconstitucional quanto para reforma constitucional; (vi) o artigo 105 autoriza que as pessoas no gozo dos direitos políticos possam revogar o mandato das autoridades eleitas pelo voto popular; e (vii) o artigo 444 preconiza a possibilidade de convocação de assembleia constituyente pela vontade do povo a partir de consulta popular.

Na Venezuela, em 1999, para Dalmau foi o processo constituyente mais marcante deste novo constitucionalismo latino-americano. Desde o “Caracazo” (movimento que levou milhares de venezuelanos para as ruas a fim de mostrar a insatisfação com o sistema corrupto e elitista) em 1989 até a vitória de Hugo Chavez em 1998, a sociedade venezuelana mostrou a sua vontade de marcar a democracia com a participação, as políticas de igualdade, o avanço nos direitos, a

melhora das condições de vida por meio de coberturas sociais, a criação de um tecido produtivo e a melhor distribuição da renda petroléira. Uma grande contribuição foi a marxinação do poder constituinte constituído e a necessidade de referendo vinculante em caso de mudança constitucional, parcial ou total (DALMAU, 2008, p. 11-12).

A Constituição da República Bolivariana da Venezuela estipula que: (i) artigo 6º, o governo será sempre democrático, participativo, eleito, descentralizado, alternativo, responsável, pluralista e de mandatos revogáveis; (ii) artigo 62, todos os cidadãos e cidadãs têm o direito de participar livremente dos assuntos públicos, bem como na formação, execução e controle da gestão pública; e (iii) artigo 70, são meio de participação e protagonismo do povo no exercício de sua soberania política: a eleição de cargos públicos, o referendo, a consulta popular, a revogação do mandato, a iniciativa legislativa constitucional e constituinte, dentre outras prerrogativas.

Na Bolívia, em 14 de dezembro de 2007, foi entregue pela Assembleia Constituinte Bolivariana o projeto de Constituição que posteriormente foi aprovado pelo povo em referendo no dia 25 de janeiro de 2009. A Constituição visou à integração social, a melhoria do bem-estar do povo, a ampliação e aplicação dos direitos e um governo responsável para atender as expectativas de participação propostas pelos cidadãos (DALMAU, 2008, p. 12).

A Constituição Bolivariana é considerada juntamente com a do Equador extremamente avançada para fins do novo constitucionalismo latino-americano, o que pode ser percebido pelos seguintes preceitos: (i) o preâmbulo prescreve que o povo boliviano é de composição plural, desde a profundidade de sua historia e inspirado no passado, na subelevação indígena anticolonial, na independência das lutas populares de liberação, nas marchas indígenas, sociais e sindicais, nas guerras da água e de ouro, nas lutas pela terra e pelo território e com base na memória dos seus mártires; (ii) o artigo 11 estabelece que a forma de governo é democrática participativa, representativa e comunitária com equivalência de condições entre homens e mulheres, sendo que a democracia é exercida de: a) maneira direta e participativa por meio de referendo, iniciativa legislativa, revogação do mandato, assembleia e consulta previa; b) representativa por meio de eleição de representantes; c) comunitária por meio de eleição, designação ou nomeação de autoridades e representantes por normas e procedimentos próprios das nações e povos indígenas originários, campestres, entre outros; (iii) o artigo 240 prevê como será feita a revogação de mandato, exceto para o órgão judicial; a chamada para a revogação do mandato poderá ser solicitada desde que haja manifestação de mais de 15% por cento da população votante; (iv) o artigo 241 enuncia que o povo soberano pode participar do estabelecimento de políticas públicas; (v) o artigo 242 determina que a participação e controle social implica na participação das políticas de Estado, bem como apoiar o órgão legislativo na

construção das leis, desenvolver controle social em todos os níveis de governo, gerar uma gestão transparente de informações e de uso dos espaços públicos, formular de maneira fundamentada a solicitação de revogação, conhecer e pronunciar sobre as informações de gestão dos órgãos e funções do Estado, coordenar o planejamento e controle dos órgãos, denunciar para as instituições, colaborar nos procedimentos de observatórios públicos e apoiar os órgãos eleitorais na transparência das postulações dos candidatos para cargos públicos.

Como se verifica, as constituições do novo constitucionalismo latino-americano prescrevem inúmeros direitos à participação popular, outorgando uma série de direitos e deveres aos cidadãos, inclusive na criação, interpretação e aplicação dos textos constitucionais. Não se deve repudiar grandes listas de direitos à soberania popular, mas sim deve-se pensar da mesma maneira quando da previsão de enormes listas de direitos sociais nas constituições do início do século XX inspirada pelo modelo do Estado do Bem-Estar. Ainda que não se usufrua tais direitos imediatamente, razão pela qual alguns menosprezem o texto constitucional dizendo que chega a ser até poético, devem-se considerar excelentes tais previsões, até porque cláusulas dormidas hoje poderão ser cláusulas ativas amanhã (GARGARELLA, COURTIS, 2009, p. 31-33).

5. A supremacia judicial e a participação popular no Brasil: proximidade ou distância do novo constitucionalismo latino-americano

As dificuldades na interpretação e aplicação das normas jurídicas são constatadas diariamente, tanto que sempre há divergência de posicionamentos sobre as suas respectivas aplicações. Toda norma precisa de interpretação e na verdade o sentido da regra é construído na própria interpretação. A aplicação do direito não sobrevém da norma já feita, mas sim é o perfazimento da norma (AKEL, 1995, p. 116). Explica Katya Kozicki, cada leitura de uma determinada situação fática diante das normas jurídicas reguladoras “representa uma possibilidade em meio a diferentes possibilidades significativas” e que “não é possível que o encarregado da aplicação do direito possa escolher entre sentidos variados a partir de um ponto de vista neutro, apolítico ou não comprometido com suas convicções pessoais” (KOZICKI, 2015, p. 176). Especificamente quanto aos tribunais, a interpretação e a aplicação do direito “deve, necessariamente, representar padrões relativamente rígidos de conduta e ser o instrumental necessário, porém nem sempre suficiente, para a solução dos conflitos sociais”, alertando que conquanto inexista “uma única resposta para a democracia e o direito, é necessário que se busquem respostas tanto no plano político quanto no plano jurídico e que estas respostas representem, ainda que provisoriamente, atos de estabilização” (KOZICKI, 2015, p. 185).

Miguel Gualano Godoy também adverte que a atuação de juízes e cortes recebe influência de diversos fatores e por isso não são neutras ou completamente isoladas. Justamente

por isso, a ideia de supremacia judicial ou de supremacia legislativa é totalmente equivocada, ainda mais quando se desprezam os demais legitimados para interpretar como é o caso do povo. A dita perspectiva de supremacia faz com que se encare “a separação entre os Poderes de forma estanque e os enxerga como adversários”, ignorando inclusive “o fato de que não há instituição perfeita e infalível, que não existe um procedimento que garanta um resultado sempre justo, ou ainda que não tenha em sua base uma fundamentação substantiva” (GODOY, 2015, p. 149).

Diante deste panorama sobre as dificuldades na interpretação e aplicação das normas jurídicas, repudia-se desde já o raciocínio de supremacia dos tribunais para interpretar de maneira solitária o texto constitucional. No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal compreende que a guarda da Constituição lhe foi confiada pelo poder constituinte, razão pela qual toda e qualquer palavra final acerca do que é constitucional ou não é de sua competência absoluta. Tanto assim ocorre que em diversos julgados da citada Corte fica expressamente consignada esta postura. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797, o Ministro Sepúlveda Pertence objeta qualquer tentativa do Poder Legislativo de mitigar a sua interpretação sobre o texto da Lei Fundamental e diz que:

(...) às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 2797, 2005)

Em sentido similar para evidenciar os “superpoderes” impostos pelo próprio Supremo Tribunal Federal às suas prerrogativas contra qualquer outra interpretação jurídica sobre as normas constitucionais, colacionam-se trechos de outros julgados do Sodalício. O que chama a atenção e causa perplexidade é a acumulação de prerrogativas de legitimação tão somente ao Supremo Tribunal Federal, bem como a sensação inequívoca de sua sobreposição. Repisa-se que não se questiona a sua competência para analisar a conformidade das normas jurídicas ante o texto constitucional, entretanto a centralização e a compreensão de que seria o único órgão apto no ordenamento jurídico brasileiro gera um efeito muito similar aos superpoderes dos presidentes que era tão repugnado nas mudanças constitucionais no final do século XX. É imperioso chamar a atenção que alguns julgados referem-se a competência exclusiva do Tribunal até para as mutações constitucionais:

A interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição. A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da

adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria CR, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 91.361, 2008)

A força normativa da CR e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 3345, 2005)¹⁸

O STF – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 2.010-MC, 1999)

Nesta linha de raciocínio, a modificação de uma decisão do Supremo Tribunal Federal quando da interpretação de uma legislação frente à norma constitucional, ainda mais quando se dê em caráter geral (como é o caso da repercussão geral ou súmula vinculante) demandará necessariamente uma Emenda à Constituição ou ainda o advento de uma legislação posterior com novos fundamentos e diversos daqueles que foram analisados pelo Tribunal. Não parece que a democracia deliberativa e a legitimação democrática popular tenham que enfrentar um obstáculo tão inflexível. Será que a mobilização popular e o debate público não podem ser suficientes para uma alteração de posicionamento? Miguel Gualano Godoy esclarece de maneira perfeita que o “Poder Judiciário, juízes e cortes não precisam, portanto, da suprema judicial para serem respeitados ou terem as suas decisões respeitadas” (GODOY, 2015, p. 80).

Para a existência de um Estado Democrático de Direito conforme prescreve o artigo 1º da Constituição da República Federal de 1988 é imperioso o respeito à igualdade. Será que a igualdade está sendo respeitada se a interpretação do texto constitucional fica adstrita ao Supremo, até porque “cada sujeito tem o mesmo valor moral do que o outro e tem, assim, o direito de intervir nas decisões mais importantes sobre a sua vida e de sua comunidade.”

¹⁸ No mesmo sentido: AI 733.387, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 16-12-2008, Segunda Turma, DJE de 1º-2-2013. Vide: HC 91.361, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009; RE 227.001-ED, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 18-9-2007, Segunda Turma, DJ de 5-10-2007.

Seguindo este pensamento e a posição adotada atualmente no Supremo Tribunal Federal, “a vida pública e coletiva da sociedade deixe(am) de ser o resultado de uma discussão pública e democrática entre todos e passe a refletir as posições de algumas poucas pessoas mais bem posicionadas na sociedade”, o que per si configurará uma pequena elite, não eleita, direcionando o caminho do povo (GODOY, 2015, p. 84).

A Constituição do Brasil não adota o constitucionalismo popular como acontece no Equador e na Bolívia, mas tão somente prevê mecanismos para a participação popular que ainda não são tão valorizados e nem tão fáceis de serem implementados. O artigo 14, I, II e III prescreve respectivamente a possibilidade de plebiscito, referendo e proposta de lei de iniciativa popular, sendo que o plebiscito e o referendo não estão nas mãos livres do povo, já que dependem de autorização do Congresso Nacional nos termos do artigo 49, XV.¹⁹

Diante de poucos instrumentos de efetiva participação popular na legislação brasileira e de uma supremacia judicial do Supremo Tribunal Federal, ressaltam-se duas ferramentas adotadas por este Tribunal que têm gerado a participação popular, quais sejam: *amicus curiae* e as audiências públicas.

O *amicus curiae* é a possibilidade de intervenção “anômala” de terceiro a um processo, desde que ele demonstre a sua pertinência e utilidade. Em outras palavras, segundo o site do Supremo Tribunal Federal é a “intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa.”²⁰ A prescrição normativa do *amicus curiae* encontra-se em legislações esparsas, como, por exemplo, no Novo Código de Processo Civil, na Lei nº 9.868/99, na Lei nº 9.882/99, etc.. Já as audiências públicas atualmente constam no Regimento Interno da Corte ao prever a possibilidade de o Presidente convocar “pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse

¹⁹ Em anteprojeto anterior à Assembleia Constituinte de 1933 elaborado por uma comissão criada por Getúlio Vargas que tinha João Mangabeira como um de seus integrantes. Este propôs à época, descontente com a inspiração da jurisdição constitucional americana, um arranjo institucional que promovia o compartilhamento do controle de constitucionalidade entre o Supremo Tribunal Federal e outras instâncias políticas e populares, ou seja, propôs à época a quebra do monopólio do Poder Judiciário para a função de interpretar a Constituição, conforme se pode visualizar pela proposta de artigo: ‘Art. Uma lei da Assembleia Nacional só poderá ser declarada inconstitucional quando votarem neste sentido, pelo menos, dez ministros do Supremo Tribunal. Verificado este caso, o presidente do Supremo Tribunal remeterá, dentro de 48 horas, uma cópia da decisão ao Presidente da República. Se este concordar com o julgamento, expedirá, dentro de 48 horas, um decreto declarando a lei revogada. Se nisso não aquiescer comunicará a sua opinião, com a cópia da sentença à Assembleia Nacional ou à Comissão Permanente em sua ausência. E, se uma ou outra, por dois terços de votos, discordarem da sentença, o dissídio entre o Supremo e os outros poderes do Estado será resolvido por um plebiscito. Se a Assembleia ou a Comissão se conformarem com a sentença ou não a recusarem por dois terços, a lei ficará ‘ipso-fato’ revogada.’ (CARDOSO, 2014, p. 224).

²⁰ Glossário acessível no site <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>.

público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.”²¹

Segundo estudo aprofundado feito por Miguel Gualano Godoy em sua tese de doutorado, as audiências públicas e os *amicus curiae* têm influenciado, mesmo que ainda de maneira tímida, as decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Examinando as decisões, Godoy relata que as decisões dos Ministros “fazem mais referências expressas às razões e aos argumentos apresentados nas audiências públicas do que às razões e aos argumentos apresentados pelos *amicus curiae*” (GODOY, 2015, p. 202). Conclui que o Supremo Tribunal Federal não é um Tribunal dialógico, e sim uma Corte que se utiliza de instrumentos dialógicos:

A diferença é sutil, mas fundamental. Há que se comemorar o primeiro passo – as iniciativas de abertura do Supremo Tribunal Federal à sociedade mediante a utilização de ferramentas de diálogos. No entanto, essas iniciativas devem ser avaliadas de forma bastante crítica (quando não cética) e exigente. Isso porque a abertura da Corte à participação dos outros Poderes, demais instituições públicas e privadas e, sobretudo, do povo, é ainda precária, pois não permite e nem realiza um efetivo debate e diálogo entre esses participantes e nem entre eles e o Supremo Tribunal Federal. Também é clara a carência de um engajamento colegiado no momento da decisão. (GODOY, 2015, p. 210)

Juliana Cesario Alvim Gomes elenca alguns problemas para a centralização da interpretação ao Supremo Tribunal Federal no Brasil como, por exemplo: (i) superação das decisões do Supremo Tribunal Federal e o uso de emendas constitucionais para o seu atendimento;²² e (ii) a não implementação ou implementação parcial das decisões da Corte por dificuldade na compreensão do conteúdo da decisão, já que existem múltiplas fundamentações e votos colhidos somente em relação à parte dispositiva.²³ A autora não defende um modelo robusto de constitucionalismo popular para o Brasil, “mas sim uma apropriação da Constituição como discurso e como prática pelos indivíduos, a qual, inclusive, contribui para o aperfeiçoamento do exercício democrático”, desde que as contribuições decorram de um ponto igualitário que permita o exercício das liberdades das pessoas a partir de preferências e capacidades formadas em verdadeiras condições de justiça, até porque atualmente no Brasil as circunstâncias de formação dos indivíduos não são satisfatórias e o Judiciário exerce um papel pedagógico (GOMES, 2013, p. 608-609).

Desse modo, infere-se que o Brasil não é um exemplo do novo constitucionalismo latino-americano e não possui também muitas ferramentas efetivas de participação popular quando da interpretação do significado do texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal tem sempre se manifestado como o guardião da Constituição e como o único responsável para conferir a última palavra sobre as normas constitucionais e para conferir as demais normas do ordenamento

²¹ Art. 13. São atribuições do Presidente: (...) XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.

²² Exemplo da taxa de iluminação pública e a Emenda Constitucional nº 39/2002.

²³ Exemplo da ADI 4277 e da ADPF 132 quando versou sobre as uniões homoafetivas.

jurídico com essas, o que leva indubitavelmente a uma supremacia judicial. Mesmo com tudo isso, é visto com bons olhos alguns mecanismos utilizados, e que têm tido bons resultados, para a participação de outros atores na interpretação de casos julgados por tal Corte como é o caso das audiências públicas e do *amicus curiae*. Ciente dos obstáculos vivenciados e da grande distância à efetiva soberania popular, não se deve desanimar porque “o constitucionalismo do discurso social é recente, veio com a Constituição de 1988 e a doutrina do constitucionalismo brasileiro da efetividade, e só atualmente começa a ganhar corpo” (GOMES, 2013, p. 605) e da mesma maneira os estudos do novo constitucionalismo latino-americano são contemporâneos.

6. Conclusão

O Brasil não possui um constitucionalismo nos termos do novo constitucionalismo latino-americano e nem o Supremo Tribunal Federal parece tão propenso a afastar a sua prerrogativa inarredável de ser o guardião da Constituição e o último a dar a palavra sobre qualquer texto constitucional. Mesmo assim, a soberania popular merece destaque e deve ser enaltecida para melhorar o ambiente democrático no Brasil. Aquiescer com a continuidade de um espectro elitista e contramajoritário, como se não houvesse a possibilidade, inclusive com amparo normativo, para a participação popular será contrariar e esvaziar o próprio parágrafo primeiro do artigo primeiro que prescreve que “o poder emana do povo”.

Aos poucos com as experiências dos vizinhos e com a nossa forma de participação popular por ora perante o Supremo Tribunal Federal, em especial com o *amicus curiae* e a audiência pública, espera-se que a voz do povo encontre maior eco e poder. Segundo dados colhidos da experiência já efetuada, as audiências públicas e o *amicus curiae* têm propiciado excelentes resultados, desencadeando até argumentação para os julgadores em suas decisões.

Ao tempo que não se pode acortinar as diferenças territoriais, sociais, econômicas e culturais do Brasil, inclusive de acordo com as lições da historiografia, também não se pode desistir por meras suposições de fraqueza popular para o intento da maior efetividade à soberania popular. Para tanto, é indispensável que se dê condições para o povo participar na interpretação constitucional com informações e ambiente para debates públicos, acautelando-se sempre para evitar qualquer tipo de cooptação ou ludíbrio. Contudo, a inspiração no novo constitucionalismo latino-americano e a na soberania popular também não podem se transformar numa idolatria desmensurada. Portanto, deve-se inserir o sujeito constitucional no seu verdadeiro papel e gerar ao povo a sensação de pertencimento à interpretação dos textos constitucionais, auxiliando o Supremo Tribunal Federal e demais órgãos em um verdadeiro diálogo constitucional para deliberar sobre os melhores caminhos ao desenvolvimento da sociedade num ambiente democrático.

Referências Bibliográficas

- AKEL, Hamilton Elliot. *O poder judicial e a criação da norma individual*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 116.
- ALTERIO, ANA MICAELA. *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*. 2015. Tese (doutorado) – Universidad Carlos III de Madrid - Programa Estudios Avanzados en Derechos Humanos.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. *A constituição do povo e sua afirmação popular*. Consultor Jurídico, 6. Out. 2013. Acesso em 25/07/2016 <http://www.conjur.com.br/2013-out-06/analise-constitucional-constituicao-moldar-vontade-povo>
- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. *Democracia Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BITENCOURT, Caroline Müller; BEBER, Augusto Carlos de Menezes. *O controle social a partir do modelo da gestão pública compartilhada: da insuficiência da representação parlamentar à atuação dos conselhos populares como espaços públicos de interação comunicativa*. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 232-253, jul./dez. 2015. doi: <http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.06.002.AO09>.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Um novo conceito de democracia direta*. In: BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 350.
- CAPELLARI, Eduardo. *A crise da modernidade e a Constituição: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo*. [Rio de Janeiro]: América Jurídica, 2004.
- CARDOSO, Rodrigo Mendes. *As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), jul.set. 2014, p. 218-227.
- CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. *Constitucionalismo e Democracia: Soberania e Poder Constituinte*. Revista Direito FGV, SÃO PAULO 6(1), jan-jun.2010, p. 159-174.
- DAHL, Robert. A. *Sobre a democracia*. Tradução Beatriz Sidu. Brasília: Editora Universidade Brasília, 2001.
- DALMAU, Rubén Martinez. *Asembleas constituintes e novo constitucionalismo na América Latina*. Revista Tempo Exterior n. 17, xullo/decembro, 2008, p. 05-14, p. 05-06.
- GARGARELLA, R. 2006. *El nacimiento del “constitucionalismo popular*. Revista de Libros. (Derecho, 112). Disponível em: <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf> . Acesso em: 26/07/2016, p. 01-05.
- GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. In: CEPAL - Serie Políticas sociales n.o 153. Asid: Chile, 2009, p. 31-33, p. 24-25.
- GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. 2015. 266 f. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito.

Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Constitucionalismo popular, constitucionalismo popular mediado e constitucionalismo democrático: características, modelos e contribuições para o debate brasileiro*. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Jus Podium, 2013, p. 587-611.

HELLER, Agner; FEHER, Ferenc. *A condição política pós-moderna*. Tradução Marcos Santarrita. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

KOZICKI, Katya. *A justiça e a força da lei: interpretação e aplicação do direito nas democracias contemporâneas*. In: SOUZA, Cristiane Aquino de (Coord.). *Democracia, igualdade e liberdade: perspectivas jurídicas e filosóficas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, 173-190, p. 176.

_____. *Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. 2000. 266 f. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas.

KRAMER, Larry D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Tradução de Joaquim Coelho Rosa. Lisboa: Gradiva, 1996.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo*. 5. Ed. São Paulo: RT, 2010.

NIEMBRO O., Roberto. *Una Mirada al Constitucionalismo Popular*. Revista Isonomía, Mexico, n. 38, abr.2013, p. 191-224.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

SANDEL, Michael J. *O liberalismo e os limites da justiça*. Tradução Carlos E. Pacheco do Amaral, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.