

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E O PROTAGONISMO SOCIAL

Jadson Correia de Oliveira¹

José Elio Ventura da Silva²

Resumo: O presente artigo objetiva realizar o estudo do exercício da jurisdição constitucional tendo como paradigma de validade a legitimidade social. Para tanto inicia fazendo a análise do movimento intitulado de constitucionalismo popular norte-americano que, em síntese, prega que o Judiciário não deve ser visto como o único intérprete da Constituição estadunidense, sendo, na verdade, o povo o principal intérprete constitucional. Em seguida, o trabalho estuda o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, movimento surgido no final dos anos 1990 nos países andino e caracterizado pelo protagonismo social, uma vez que estabelece como imprescindível o diálogo do Estado com os grupos outrora vulneráveis. Por fim, o artigo analisa a utilização das audiências públicas pelo STF como sendo uma forma de aproximar a Jurisdição Constitucional da legitimidade social.

Palavras-Chave: Legitimidade das decisões proferidas no controle objetivo de constitucionalidade; Diálogo social no STF; Audiências públicas e *Amicus curiae* no controle concentrado de

¹ Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae - IGC/CDH, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE. Professor da Faculdade Sete de Setembro – FASETE e da Universidade Católica do Salvador - UCSal, graduação e mestrado. Advogado.

² Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Especialista em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. Professor da Faculdade Sete de Setembro - FASETE. Advogado.

constitucionalidade.

THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM AND SOCIAL PROTAGONISM

Abstract: This article aims to study the exercise of constitutional jurisdiction by the paradigm of social legitimacy. It starts doing the analysis of the Popular Constitutionalism that preaches that the Judiciary should not be seen as the only interpreter of the US Constitution, and indeed the people the main constitutional interpreter. Then, the paper studies the New Latin American Constitutionalism, theory that appeared in the late 1990s in the Andean countries and which is characterized by social involvement, as it establishes how essential the dialogue between State and the vulnerable groups is. Finally, the article examines the use of public debates by the STF as a way to approach the Constitutional Jurisdiction of social legitimacy.

Keywords: Judicial review legitimacy; Social dialogue into the STF; Public deliberation and the *amicus curiae* into the objective judicial review.

Sumário: Introdução – 1. O surgimento dos movimentos libertários e do constitucionalismo – 2. A importância de se manter um sistema de controle de constitucionalidade – 3. O protagonismo social encartado no Constitucionalismo Popular Norte-Americano e no Novo Constitucionalismo Latino-Americano - 3.1. Principais características do Neoconstitucionalismo e do Novo Constitucionalismo Latino-Americano – 4. As audiências públicas e o protagonismo social no Brasil – Considerações Finais.

INTRODUÇÃO



o propor estudar a prática do STF nas audiências públicas realizadas em sede de controle de constitucionalidade, o presente artigo abordará considerações doutrinárias desenvolvidas acerca da relação entre o constitucionalismo e a democracia e das teorias da interpretação constitucional a fim de sugerir algumas características que possam ser levadas em consideração para que se estabeleça um legítimo diálogo da corte com a sociedade por meio da prática das audiências públicas no controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, a pesquisa abordará o debate doutrinário acerca da separação de Poderes através das teorias da interpretação constitucional que tem norteado a prática decisória das democracias constitucionais, em especial, no tocante a tensão institucional estabelecida entre Judiciário e Legislativo quando da apreciação de *hard cases*. Dentro dessa temática, haverá a exposição da base dogmático-constitucional do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, para abrir o espaço necessário para o confronto entre a teoria neoconstitucionalista aplicada pelo Brasil com o crescente movimento intitulado de Novo Constitucionalismo Latino-americano, sem se descuidar, ainda, de um importante tema da teoria constitucional norte-americana contemporânea, o Constitucionalismo Popular.

O delineamento do debate acima terá como referencial teórico as interpretações de defesa do processo democrático representativo e o conceito de neoconstitucionalismo, com base no texto desenvolvido por Barroso (2007), dada a sua relevância para a nova prática jurisprudencial do Brasil.

Relevante para o estudo do tema, ainda, é o posicionamento doutrinário de Mendes (2011), defensor da instauração métodos deliberativos e de uma Corte Constitucional Deliberativa no Brasil, acerca da construção de novos critérios para a atuação judicial sob a ótica da separação de Poderes que apresenta uma interessante proposta para o processo decisório em

relação aos direitos fundamentais fulcrada na interação entre Legislativo e Judiciário como uma alternativa para o tenso debate democracia e constitucionalismo.

Por todos os reflexos sentidos na jurisdição constitucional, a pesquisa levará em consideração a preocupação na identificação de uma postura supremocrática (2008) do STF no exercício do poder decisório realizado no controle de constitucionalidade de temas submetidos à uma audiência pública, a fim de identificar possíveis prejuízos nessa prática judicial.

A investigação sinaliza para um estudo comparado entre o constitucionalismo brasileiro, fortemente atrelado a um modelo neoconstitucional, que visualiza o Judiciário como concretizador do texto constitucional, e o movimento intitulado de Novo Constitucionalismo Latino-americano, pautado, dentre outros, pelo princípio da corresponsabilidade, que promove o ressurgimento da consciência democrática e participativa da cidadania.

Por isso, mostra-se, também, imprescindível que se realize na investigação uma análise acerca do conceito de legitimidade que se aguarda das decisões judiciais. Para tanto, a pesquisa irá se valer das ideias do constitucionalista estadunidense Stephen Griffin (1998) que entende ser fundamental analisar o conceito de legitimidade da corte que exerce o *judicial review* do ponto de histórico-social-político, uma vez que é crescente a politização das questões constitucionais. Para ele o conceito de legitimidade não estaria pautado apenas na legalidade, mas sim no fato de o procedimento corresponder com a prática discursiva, ou seja, não basta o procedimento, mas, tão importante quanto ele é a sua justificação.³

Para Griffin (1998), dentro de uma democracia de direitos é imperioso que se devolva à arena eleitoral a decisão sobre

³ Interessante perspectiva é trazida por Sergio Cademartori ao afirmar que a expressão legitimidade é costumeiramente empregada como sinônimo de justo, enquanto que legitimação se aproxima do conceito de consenso (2007, pp. 117-118).

questões constitucionais controversas e que se reconheça o Judiciário como mais um dos poderes estatais aptos a atuar no sentido de assegurar direitos aos indivíduos.

O tema pesquisado irá, como dito anteriormente, realizar uma aproximação entre a doutrina estadunidense que defende a realização da defesa da constituição pelos próprios cidadãos, a exemplo do que apregoa Mark Tushnet (2000). Esse mesmo sentimento é compartilhado pelos teóricos do Novo Constitucionalismo Latino-americano.

É importante que se enfatize que não se pretende, nas linhas deste trabalho, fazer qualquer defesa acerca do modelo ou forma de organização de Estados latino-americanos. Em verdade, o cerne do debate reside na temática do direito fundamental à participação, dentro de uma democracia, como forma de viabilizar a interpretação constitucional pela sociedade e, consequentemente, reduzir o déficit de legitimidade social da qual padecem as decisões do Judiciário.

Nesse contexto, as audiências públicas apareceriam como esse instrumento posto à disposição do Judiciário para, no sentido de conferir um maior grau de legitimidade às suas decisões, promover a abertura do procedimento de construção da decisão que será trazida no controle de constitucionalidade, sofrendo assim, o neoconstitucionalismo brasileiro, a influência do Novo Constitucionalismo Latino-americano.

1. O SURGIMENTO DOS MOVIMENTOS LIBERTÁRIOS E DO CONSTITUCIONALISMO

A necessidade de instituir limitações aos poderes dos governantes, bem como o respeito aos direitos dos governados, fez surgir o movimento político-filosófico do constitucionalismo, inspirado em ideias libertárias que buscou, desde seus primeiros passos, um modelo de organização política. Mais, recentemente, surge um modelo de constitucionalismo garantista que acaba por

reforçar o positivismo jurídico e que é assumido por diferentes países (STRECK, 2012, p.59).

Para que uma Constituição possa ser reconhecida como, verdadeiramente, democrática não basta que se respeite apenas um processo aberto de elaboração de suas normas, é preciso que a Constituição represente uma transformação social com vistas a assegurar a justiça social (SILVA, 2007, p.43).

Na visão de Ivo Dantas (1989, p.27), o Estado Democrático de Direito, agrega "duas das principais máximas do Estado Contemporâneo, quais sejam, a origem popular do poder e a prevalência da legalidade".

Por sua vez, o tema do constitucionalismo necessita ser estudado em conjunto com o da democracia. Bobbio (2000, p.19) afirma que a democracia passa por constantes transformações, ele prefere utilizar essa expressão a indicar que há uma crise, até porque, como ele mesmo afirma a democracia é dinâmica, o despotismo é estático, por isso mesmo que o estar em transformação é algo natural para a democracia. Parte-se de um modelo de democracia direta, a dos antigos, para uma democracia representativa, tida como moderna, mas o despotismo é igual desde a antiguidade.

O citado autor afirma que democracia é caracterizada por um conjunto de regras que ditam quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos.

Aprofundando o debate, encontram-se as seguintes constatações: a) compete ao Legislativo, partindo do ideal da separação dos poderes, exercer sua atividade típica de maneira a editar leis que estejam conforme os preceitos constitucionais; b) por sua vez, foi incumbido ao Judiciário o papel de guardião da Constituição, devendo, ao promover o controle de constitucionalidade, retirar do ordenamento as leis que de alguma forma violem o texto constitucional, por isso mesmo pode-se dizer que é quem possui a última palavra sobre a regularidade dos atos parlamentares.

Assim, diante das constatações acima surge o problema que, se a democracia exige a participação de todos, como se poderia conceber que a supremacia da Constituição sobre as decisões parlamentares majoritárias, lembrando que a regra fundamental da democracia é a da maioria? (MENDES, 2008, p.4)

No Estado social e democrático fica patente que o direito se apresenta como instrumento de garantias de direitos, razão pela qual, passa a servir de veículo para que as demandas do mundo da vida se façam perceptíveis aos sistemas político e econômico (SAAVEDRA, 2006, pp.124-125).

Conforme dito acima, o Estado Democrático de Direito buscou conciliar as características do Estado de Direito com as do Estado Democrático, a fim de viabilizar que os sujeitos, para que se realizem como indivíduos e usufruam de sua dignidade, possam exigir do Estado o cumprimento de seus programas públicos.

Por isso mesmo que resta bastante distante a ideia de que pode haver um consenso quanto ao conteúdo de uma constituição dentro de uma sociedade plural e complexa, tema que serve de base fundante para uma teoria constitucionalista substancialista (STRECK, 2011, pp.82-83).

A seu turno, pensar num processo de formação da decisão jurisdicional, que possui, reconhecidamente, força normativa, sem que se permita a participação social, é o mesmo que retirar a legitimidade do processo constitucional, já que “para que a sucessão de atos processuais realmente constitua o diálogo, importa que ocorra observando-se o contraditório, já que a estrutura dialética do processo é o que o distingue (*ratio distinguendi*) do procedimento” (DEXHEIMER, 2012, p.507), ainda mais quando se fala em interpretação criativa da Constituição, que alcançará todos os cidadãos.

Nesse contexto, em sociedades nas quais a Constituição produz mais do que um efeito programático, mas, sim, um efeito concretizador dos direitos ali insculpidos, não se pode falar em

legalidade sem a busca pelo respaldo dado a sua atuação pelos próprios destinatários. Surge assim a busca pela legitimidade.

A legitimidade está presente quando há ligação entre o enunciado legal “e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado”, até mesmo porque o Direito vem sendo entendido muito mais como um produto social (GRAU, 2005, p.86).

Os princípios constitucionais servem como contorno para as leis a partir do ideal de que não há uma legitimação apenas formal, mas também substancial. Nesse sentido, o Direito não legitima a autoridade pela imposição da lei, o princípio da legalidade, mas sim, antes disso, necessita de autoridade, uma vez que apenas o poder reforçado por essa última característica está apto a produzir normas legítimas (GRAU, 2005, p.87).

Na visão de Zagrebelsky (2008, p.34), na modernidade essa é a primeira vez que a lei está sendo veiculada de forma submissa, adequação e subordinação, a uma ideia maior de Direito que ele diz estar contida na Constituição. O citado autor chega a afirmar que todas as funções do Estado, inclusive, a legislativa, excetuando-se a função do legislador constituinte, estão sujeitas ao Direito.

Para Canotilho (1994, p.15) o problema da legitimidade “não consiste só num debate filosófico-jurídico sobre a fundamentação última das normas, mas também na justificação da existência de um poder ou domínio sobre os homens e a aceitação desse domínio por parte deles”.

Em outras palavras, a legitimidade está ligada ao paradigma democrático, ou seja, na forma democrática de exercício dos poderes estatais, tendo em vista uma relação de finalidade do seu exercício e conseqüente aceitação social. Esse conceito de legitimidade parte do ideal de que a democracia é um governo pautado regulado por leis em que os homens que irão reger a sociedade são diretamente escolhidos, devendo atender aos

anseios sociais quando da atuação mediante o exercício dos poderes que lhes foram atribuídos (NADAL, 2006, p.93).

Destaque-se que tal avanço a respeito da matéria deveu-se ao fato de que a sociedade passou a ter consciência do seu caráter autoconstituente, o que lhe permite, quando do exercício de sua liberdade e racionalidade, a revisão das normas, trazendo a ideia de que o conceito de legitimidade precisa buscar sua justificativa no contrato social.

2. A IMPORTÂNCIA DE SE MANTER UM SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Por sua vez, na intenção de manter a integridade das normas constitucionais e, conseqüentemente, do sistema jurídico, foram desenvolvidos sistemas de controle para os atos que de alguma forma afrontem o texto constitucional.

É de salutar importância que se aluda ao fato de que no Brasil a vigente Constituição da República, até mesmo pelo seu volume de conteúdo, possui inúmeras premissas colidentes, trata-se de um verdadeiro texto dialético. Isso em si não afasta a importância do conteúdo veiculado na norma constitucional, mas viabiliza, isso, sim, a existência de um sistema jurídico plural e atento às mutações sociais. Assim, nesse cenário, o Judiciário “representa o espaço privilegiado para fazer valer os direitos fundamentais assegurados na constituição (democracia de direitos), reconhece-los e dar-lhes efetividade” (ZANETTI JR., 2013, p.425).

O controle de constitucionalidade no Brasil pode ser exercido de forma preventiva, conforme a incorporação das premissas do modelo francês realizado através do seu *Conseil Constitution*, ou de forma repressiva, que pode se dar de maneira concentrada, pautada no raciocínio kelseniano de uma Corte Constitucional que possui apenas o condão de zelar pelo texto constitucional, ou de maneira difusa, com raízes no

constitucionalismo norte-americano, surgido ainda quando do célebre julgamento do caso *Marbury vs Madison*, onde compete a todos os detentores da atividade jurisdicional o dever de zelar por sua higidez (TEIXEIRA, 2008, pp. 250-251).

O controle de origem difusa teve aceitação nos países da *commom law*, enquanto que o concentrado, a cargo de um Tribunal Especial, teve berço no *civil law*, em grande escala pelos resquícios culturais pós Revolução Francesa, no qual o juiz ordinário não aprecia a questão pública constitucional (AZAMBUJA, 2008, p.46).

No Brasil, a doutrina costuma adotar o termo *mulato* ao se referir à forma como o controle de constitucionalidade é realizado, já que vigoram duas tradições diversas, a americana e a europeia (COUTO, 2012, p.26).

O que se consegue perceber é que, em países que viveram uma ditadura do Executivo, o controle de constitucionalidade realizado por uma Corte Constitucional acabou por promover, por meio do Neoconstitucionalismo, um alto grau de dependência da interpretação e defesa da constituição por tal órgão.

Num outro viés, em países que historicamente não viveram tal situação de ditadura, o controle de constitucionalidade apenas realizado pelas Cortes vem sendo criticado posto que não refletiria a vontade da sociedade personificada na lei editada por seus representantes.

Assim, em países de constitucionalismo tardio, como os da América do Sul, que passaram a viver o espírito constitucional, apenas, há algumas décadas, que culminou com o emprego em demasia do Neoconstitucionalismo, com a última palavra acerca da Constituição sendo trazida pelas Cortes, vem crescendo um novo movimento que busca, por meio do princípio da corresponsabilidade, atribuir aos cidadãos o dever de guarda e realização da Constituição.

Transferir a um dos órgãos do Governo a prerrogativa e

as garantias para decidir em última instância acerca dos atos oriundos da atividade legislativa, ocasiona, em verdade, atribuir a esse mesmo poder, no caso brasileiro, o Judiciário, a responsabilidade sobre os destinos de um país (APPIO, 2007, p.45).

3. O PROTAGONISMO SOCIAL ENCARTADO NO CONSTITUCIONALISMO POPULAR NORTE-AMERICANO E NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Os tribunais contribuem sobremaneira para a descoberta da vontade e atualização das normas constitucionais. Contudo, esse não pode ser o único espaço de deliberação, até mesmo porque não se pode pensar o Direito Constitucional como um conjunto de agentes políticos, que por intermédio de advogados, promovem demandas junto ao Poder Judiciário (MENDES, 2008, p.37).

Assim, o Novo Constitucionalismo Latino-americano personifica o conjunto de processos e “momentos constituintes”⁴ que tem se verificado em países da América Latina, voltados, dentre outros propósitos, à solução do problema da desigualdade social (GARGARELLA, 2014).

Esse *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, procura diminuir a tensão dialética existente em saber se o controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário, por meio do qual juízes não eleitos controlam os atos do legislador eleito, estaria em sintonia com a democracia. O novo movimento latino-americano não se limita a discorrer sobre a dimensão jurídica do texto constitucional, mas visa alcançar a legitimidade democrática da Constituição (BOLÍVIA, 2009).⁵

⁴ Expressão utilizada por Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez, em alusão aos marcos da transformação que se observa na história constitucional latino-americana (PASTOR e MARTINEZ, 2014).

⁵ Exemplo disso é o caso da Bolívia que tenta minimizar as afirmativas de ilegitimidade dos juízes e Ministros das Cortes através da eleição direta destes, é o que se

Deve-se analisar a corte responsável pelo controle de constitucionalidade, não como um órgão censor, ou apenas um legislador negativo, mas, sim, como fóruns deliberativos singulares, isto é, o campo propício, para que se prevaleçam os argumentos à contagem de votos, “foros decisórios que se caracterizam, essencialmente, pelo esforço de persuadir e a abertura a ser persuadido por meio de razões imparciais”, instrumentos que veiculam a razão pública (MENDES, 2012, p.54).

Cria-se, dessa forma, o princípio da corresponsabilidade, ou seja, é dever de todos preocupar-se com a interpretação da constituição para a construção de uma sociedade mais justa para as gerações futuras (VENEZUELA, 1999).⁶

Assim, há que se distinguir a competência para construir o direito da competência para criá-lo. O que precisa ficar entendido é que ao Legislativo compete criar o Direito, enquanto que ao Judiciário compete construir o Direito, não podendo adentrar na província do Legislativo. Por tais razões é que o controle de constitucionalidade apresenta-se numa zona nebulosa, uma vez que é pautado primariamente por princípios e serve como ponto delimitador no discurso mantido entre esses poderes (VOLPATO DUTRA, 2005, p.290).

Mas, indaga-se, qual o significado da expressão “povo”?

Tal questionamento tem cabimento, a partir do momento, em que se diz que o povo precisa ser ouvido, a fim de que se garanta a sua participação dentro de um procedimento válido e

extraí da leitura do artigo 117, inciso IV, da Constituição Boliviana de 2009: *Los ministros son elegidos por el Congreso Nacional por dos tercios de votos del total de sus miembros, de nóminas propuestas por el Consejo de la Judicatura. Desempeñan sus funciones por un período personal e improrrogable de diez años, computables desde el día de su posesión y no pueden ser reelegidos sino pasado un tiempo igual al que hubiesen ejercido su mandato* (BOLÍVIA, 2009).

⁶ Sobre o tema, vale transcrever o artigo 4º da Constituição da Venezuela (2009): *Artículo 4º. La República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.*

apto a garantir a higidez das normas constitucionais. Por outro lado, o objeto do presente estudo recai, exatamente, em discutir as formas que esse mesmo povo tem para atuar dentro do campo correto para o debate da Constituição, até mesmo porque “não há como negar a comunicação entre norma e fato, que constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos” (MENDES, 2005, p.248).

Na tentativa de conceituar a expressão, acima mencionada, Friedrich Müller (2003, pp. 79-80) analisa quatro significações possíveis para a palavra povo, a seguir:

O povo como instância de atribuição está restrito aos titulares da nacionalidade, de forma mais ou menos clara nos Textos Constitucionais; o povo ativo está definido ainda mais estreitamente pelo direito positivo (textos de normas sobre o direito a eleições e votações, inclusive a possibilidade de ser eleito para diversos cargos públicos). Por fim ninguém está legitimamente excluído do povo-destinatário; também não *e.g.* os menores, os doentes mentais ou as pessoas que perdem – temporariamente – os direitos civis. Também eles possuem uma pretensão normal ao respeito dos seus direitos fundamentais e humanos [...].

Afinal de contas, o povo é intérprete em potencial do texto constitucional, mas, quando permanece alheio ao exercício do poder, nada mais se torna além de uma figura oprimida pelo próprio poder. Quem vive uma constituição é o povo e não, apenas, o rol de legitimados a deflagrar um processo constitucional abstrato ou a julgar alguma ação direta a respeito da inconstitucionalidade de ato normativo.

Partindo dessa premissa é que Larry Kramer (2009) concebe a teoria intitulada de Constitucionalismo Popular norte-americano pois, para ele os Pais Fundadores da Constituição estadunidense (*founding fathers*) atribuíram ao povo a missão de interpretar o sentido da constituição.

Para o autor não haveria necessidade de se manter um sistema de supremacia judicial quanto ao controle e interpretação da constituição, pelo contrário, essa postura centralizadora

acabaria por minar a própria ideia de cidadania, enfraquecendo, conseqüentemente, os movimentos sociais.

Assim, para Kramer (2009, p.253), o povo representaria a mesma importância que uma Suprema Corte possui com relação aos tribunais inferiores, a de uma autoridade superior.

Em síntese, tal movimento propôs competir ao povo americano, com seus representantes, o papel da interpretação e construção contínuas do sentido atual da Constituição Estadunidense.

A premissa do movimento constitucional acima citado é a de que a atuação do Judiciário, mesmo influenciado pela mão invisível da opinião pública, não seria suficiente para desvelar os atuais contornos interpretativos da Constituição Estadunidense. É imprescindível que ocorra a participação direta da sociedade norte-americana na construção do significado da Constituição.

Assim, para Larry Kramer, a interpretação final residiria no povo americano. Para ele, a interpretação não se limitaria às cortes.

Por sua vez, Mark Tushnet (2012) desenvolve a ideia do *populist constitutional law*, que buscaria a concretização dos princípios constantes na constituição norte-americana. Esses valores estariam inseridos na *thin constitution*, isto é, os aspectos fundamentais da comunidade político-social, tais como princípios e direitos fundamentais.

Nesse contexto, o sentido da *thin constitution* somente seria alcançado se a interpretação fosse conduzida pela sociedade.

Contudo, deve-se destacar que nenhum dos doutrinadores acima citados propõe a retirada dos atores políticos do debate. O que se defende é que os valores constitucionais não podem ficar limitados à uma interpretação conferida pela Suprema Corte.

Em verdade, os adeptos de tal movimento constitucional

entendem que a interpretação constitucional não é uma tarefa exclusiva das cortes, mas sim, uma atividade desenvolvida constantemente e mediante a participação dos destinatários da decisão judicial.

Nessa esteira, caso a interpretação popular não coincida com a judicial, deverá prevalecer aquela, ou seja, constrói-se a possibilidade da aplicação da reconsideração pública das decisões judiciais, isto porque o povo (no caso, estadunidense) é o mestre e não o servo da atividade de interpretação constitucional.

Retomando o tema, Tom Donnelly (2012) defende que em situações nas quais o resultado da decisão do *judicial review* for obtido em decisão majoritária bastante dividida, o caso seja enviado ao Congresso Norte-Americano para que este faça a reconsideração pública do julgado, a fim de decidir se mantém ou afasta a decisão. Caso o Congresso decida pelo afastamento, o caso passa a ser apreciado pela esfera pública do debate, através de um referendo nacional.

Destaque-se que a própria participação procedimental é vista por Canotilho (2008, p.73), como sendo um direito fundamental. Para ele, é condição de autodeterminação efetiva que o cidadão disponha de instrumentos jurídico-processuais que viabilizem a capacidade de influenciar as decisões proferidas pelos poderes públicos.

Assim, no sentido de fomentar o exercício dialógico do controle de constitucionalidade, as audiências públicas possuem previsão, em sede de STF, no Regimento Interno do Supremo alterado pela emenda regimental número 29, de 18 de fevereiro de 2009, cujas principais características são: a) discricionariedade do ministro relator do processo quanto à convocação dos interessados, e; b) ainda no campo da discricionariedade há a seleção dos interessados, a ordem dos trabalhos e o tempo que cada um terá para se expor sua opinião acerca da matéria.

Contudo, conferir legitimação social para uma decisão

jurisdicional não se resume apenas em conformar o *decisum* à opinião da maioria.

Dito de outra forma, mostra-se mais conveniente e condizente com o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira e a sua maturidade quanto à vivência constitucional que o Estado, nesse caso representado pelo Judiciário, atue como um verdadeiro parceiro, ao invés de um órgão coercitivo.

Esse modelo que se busca ver empregado é o deliberativo e pauta-se pelo motivo, sobretudo, da democracia brasileira não estar sedimentada numa base deliberativa. Por isso mesmo é que a guarda da Constituição coube ao Judiciário, ao STF, porque lá o debate não se esgota facilmente, pelo contrário, se mantém vivo, e suas decisões são públicas e fundamentadas. O déficit de deliberação da democracia brasileira é aliviado pelo processo judicial, que contribuiu, sobremaneira, para viabilizar o debate a respeito dos direitos individuais e de seus limites (PINTO, 2009, p.350).

3.1. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO E DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

É importante que se diga, no sentido de iniciar o debate acerca do tema, que não há um consenso sobre o real conceito e definição do Neoconstitucionalismo, tanto é verdade o que se afirma que Miguel Carbonel (2003), em sua clássica obra sobre a matéria, trata o tema no plural, sob a alcunha de Neoconstitucionalismo(s).

Assim, as constituições oriundas desse movimento são pautadas pela busca com o rompimento de movimentos autoritários e dotadas de um forte conteúdo axiológico, por isso mesmo prolíficas. Suas principais características, segundo Ramiro Santamaría (2008), são: a) proteção dos direitos fundamentais, b) rigidez constitucional e c) juízes como defensores da

Constituição.

Historicamente, para combater ditaduras do Executivo e do Legislativo, o Neoconstitucionalismo serve para garantir a expansão da Jurisdição Constitucional e o fortalecimento do Judiciário e da sua ideia de ser o detentor da última palavra sobre a constituição.

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano, por sua vez, aproximando-se de algumas premissas teóricas do Constitucionalismo Popular Norte-Americano, avança para conceber um diálogo institucional permeado pela participação social, através de referendos.

Contudo, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, devido à importância dada à cosmovisão indígena, tem um marco distintivo, segundo Brandão (2015, p.68), o afastamento do antropocentrismo e a busca pela aproximação entre o homem e a natureza, com a positivação de conceitos como o Sumak Kawsay (bem viver) e a Pachamama (Mãe Terra).

Esse movimento surge como a voz trazida aos povos indígenas que foram historicamente silenciados no continente latino-americano, mesmo após a redemocratização de vários países andinos.

O que se percebe é que os indígenas enxergaram o constitucionalismo como uma forma de se libertar da opressão e da invisibilidade impostas pelo próprio Estado. Assim, através de novas cartas constitucionais conseguiram positivar ideais outrora menosprezados pelo Direito em virtude de sua baixa racionalidade.

Sobre o tema, Pedro Brandão (2015, p.95) assim narra as mudanças produzidas pela nova Constituição boliviana:

Para se ter uma ideia, dos 400 artigos da larga Constituição boliviana, 80 fazem referências aos povos indígenas, que são definidos pela Carta como coletividades humanas que compartilham a identidade cultural, o idioma, a tradição, a história, a religião, as instituições, as cosmovisões, a territorialidade, cuja existência é anterior à invasão espanhola (art. 30, I) e que, portanto, tem direito a existir livremente, garantindo-se o respeito

as suas práticas, costumes e cosmovisão, a seus saberes tradicionais, e seu sistema político, jurídico e econômico (art. 30, inciso I e ss). Nessa esteira, o Estado reconhece a titulação coletiva sobre seus territórios e protege e garante a propriedade comunitária, que compreende o território indígena originário campesino, as comunidades interculturais originárias e as comunidades campesinas, estabelecendo que a propriedade coletiva é indivisível, imprescritível, inalienável, irrenunciável (art. 394, III).

Além disso, a Carta Boliviana reconhece a medicina tradicional dos povos indígenas, assim como assegura propriedade intelectual, histórica, cultural, e o patrimônio das nações e povos indígenas (art. 42). Nos centros educativos, dispõe que serão respeitados a espiritualidade das nações e povos indígenas (art. 87) e que na educação superior, levar-se-á em conta o conhecimento “universal” e os saberes coletivos dos povos indígenas (art. 91), inclusive resgatando suas diferentes línguas (art. 95, II). Determina também que é patrimônio dos povos indígenas: os mitos, as cosmovisões, a história oral, as danças, as práticas culturais, os conhecimentos e as tecnologias tradicionais, de forma que esse patrimônio faz parte da expressão e identidade do Estado (art. 100).

E sobre a Constituição Equatoriana, apresenta a seguinte passagem (BRANDÃO, 2015, p.100):

Igualmente, na Constituição Equatoriana, em seu preâmbulo, a carta já anuncia uma nova forma de convivência cidadã, em harmonia com a natureza, para alcançar o Sumak Kawsay. Posteriormente, reconhece-se o direito a um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, que garanta o Buen Vivir (art.14). O Estado também será responsável pela promoção e geração de conhecimento, pesquisa científica, e pela potencialização dos saberes ancestrais, para contribuir com a realização do Sumak Kawsay (art. 387.2). Ademais, propugna-se que o interesse geral deva prevalecer em detrimento do interesse particular, em nome do Bem-Viver (art. 83.7), bem como que as políticas públicas e as prestações de serviços públicos sejam orientados de maneira a efetivar o Buen Vivir (art. 85.1).

Nesse contexto, o Sumak Kawsay tenta restabelecer o conceito de coletividade que outrora foi retirado pelos movimentos colonizadores da América Latina. Essa ideia de Bem Viver

concebe que o capitalismo não respeita o meio ambiente e propõe uma relação solidária entre a natureza e o ser humano.

Em suma, o Bem Viver procura servir de *norma mater* para outros princípios constitucionais, atuando quase que como uma norma constitucional projectiva, ou seja, que perpassa pelos mais diversos temas constitucionais (por exemplo, Ordem Econômica, Meio Ambiente, Educação, etc.).

4. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E O PROTAGONISMO SOCIAL NO BRASIL

O processo de formação de uma decisão judicial envolve a superação dos elementos de incerteza e isso faz nascer a necessidade de se agregar outros atores, preferencialmente pessoas que possam contribuir de forma técnica e acrescentar valores que possam contribuir para a superação das dúvidas.

Ainda a título de início, vale destacar que, com a edição da Emenda Regimental nº 29, em 2009, as audiências públicas, até então limitadas à via concentrada de controle de constitucionalidade, passaram a alcançar, também, a via difusa, justificando-se a partir do momento em que o STF esteja diante de casos complexos nos quais o relator necessite de esclarecimentos. Por isso mesmo que é facilmente constatável que as audiências públicas realizadas a partir 2013 foram convocadas para subsidiar o julgamento de recursos que chegaram ao STF pela via recursal.

A abertura que se pretende perquirir é aquela não apenas para dar início ao processo constitucional, mas sim uma capaz de viabilizar a participação antes da tomada da decisão, ou seja, independentemente de quem tenha dado azo ao desenvolvimento da atividade jurisdicional constitucional, o que se defende é a possibilidade de participação popular na tomada de decisão por meio da realização de audiências públicas como forma de garantir a sua legitimidade democrática.

A importância do estudo das audiências públicas no controle de constitucionalidade não reside em se analisar apenas a quantidade de participantes, mas sim em buscar uma real inteligência entre as informações apresentadas, o que aproxima a atividade de construção da decisão judicial em uma relação mais complexa do que a subsuntiva.

Assim, mostra-se de extrema importância que a Corte seja informada acerca das preferências interpretativas de determinados segmentos sociais. Além disso, o interesse na preservação da integridade constitucional é comum entre as partes envolvidas num processo. Por tais motivos, a atuação dos participantes das audiências públicas pode até não ser imparcial, mas será de extrema valia para o processo de construção da decisão.

As audiências públicas, então, surgem como a abertura de um diálogo da Corte Constitucional, que, destaque-se, não possui o dever de realizá-las, no sentido de concretizar o dogma constitucional da democracia.

Assim, o estudo das audiências públicas sob a ótica no Novo Constitucionalismo Latino-americano mostra-se importante uma vez que, mesmo sendo uma doutrina que prega defende o afastamento da interpretação constitucional das Cortes, em países de constitucionalização tardia, como o Brasil, esse cenário ainda demorará a ocorrer, contudo, a fim de garantir a legitimidade da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade, uma tentativa de promover esse encontro entre as teorias seria através do diálogo da Corte com a sociedade.

Por conta dessas situações é que as Cortes Constitucionais passaram por momentos de mudança de paradigmas, de suas próprias decisões, a exemplo do que ocorreu no Brasil em relação à forma como o mandado de injunção passou a ser tratado pelo Judiciário.

Esse novo movimento constitucional que vem permeando a América Latina trata de um constitucionalismo fraternal no qual ocorre a atribuição da responsabilidade pela realização

da interpretação da constituição ao povo, o que também é analisada como uma das vertentes do neoconstitucionalismo, o intitulado constitucionalismo fraternal.

Inclusive, em grau de importância, o próprio STF, à luz do ideal da fraternidade, tem se valido do conceito para fundamentar decisões paradigmáticas, de intenso debate social, merecendo destaque: a) a utilização de células tronco-embrionárias em pesquisas científicas, discutida na ADI 3.510, e b) a ADPF 132 e a ADI 4.277, onde ocorreu a discussão acerca do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas.

Assim, perquirir a aproximação de complementariedade da doutrina neoconstitucionalista brasileira com o constitucionalismo fraternal crescente na América Latina, mostra-se importante para conceber os novos rumos que o constitucionalismo brasileiro, realizado, ainda, em grande escala, pelo Judiciário, irá conceber.

Por fim, deve-se aludir ao fato de que a construção de um modelo dialógico-cooperativo de controle de constitucionalidade das normas no Brasil reclama a participação colaborativa de todos os sujeitos que, direta ou indiretamente, possam contribuir para a formação da decisão judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento do neoconstitucionalismo foi responsável pela inauguração de um período de protagonismo judicial com o reforço da Jurisdição Constitucional, fazendo com que os direitos fundamentais passassem a ser tônica do discurso jurídico de então.

Contudo, os movimentos constitucionalistas europeu e estadunidense não conseguiram promover um desenvolvimento social amplo nos países sul-americanos, o que fez com que povos marginalizados acabassem relegados ao esquecimento.

Forte em tais premissas, o Novo Constitucionalismo

Latino-Americano propõe uma releitura dos fundamentos do Estado a fim de dar voz aos povos que ficaram invisíveis durante muito tempo. Essas novas constituições são marcadas pelo fortalecimento da consulta popular através de referendos.

A seu turno, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano traz uma ideia que não é inédita, a de que o poder de interpretar e realizar uma constituição não é exclusivo das Cortes, a exemplo do que prega o Constitucionalismo Popular Norte-Americano defendido por Kramer e Tushnet.

Dessa forma, enquanto o modelo estadunidense realizou uma releitura das ideias trazidas pelos Pais Fundadores, o constitucionalismo andino realizou mudanças sociais através da edição de novas constituições.

Em ambas as situações o que se busca é a abertura e a ampliação do debate mediante a participação de outros que não apenas os integrantes formais da relação processual, até mesmo para trazer elementos agregativos, devido à sua representatividade ou conhecimento técnico-científico, relevantes à solução da demanda.

A busca pela legitimidade fez com que o Direito se aproximasse da sociedade e de seus anseios, saindo de um mero discurso coercitivo e fazendo com que as suas decisões estejam socialmente respaldadas e adimplidas. O conceito de legitimidade guarda indissociável relação com o movimento neoconstitucionalista que tomou força no período pós Segunda Guerra Mundial.

Nesse contexto, uma premissa que perpassa as duas teorias é a da preocupação com a legitimidade social na concretização das constituições a partir da valorização das pessoas que vivem uma constituição e que serão diretamente alcançadas pela decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade.



REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Editora Juruá, 2007.
- AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. *Controle judicial e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e comparado: efeito erga omnes de seu julgamento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BOLÍVIA. *Constituição da República da Bolívia*. Disponível em: <http://uasb.edu.ec/padh/revista19/documentos/Constitucionbolivia.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2014.
- BRANDÃO, Pedro. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Limitada, 1994.
- CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIEIRO, Daniel

- (Org.). *O processo civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012.
- DANTAS, Ivo. *Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.
- DEXHEIMER, Vanessa Grazziotin. Atuação do juiz na condução do processo civil no Estado Constitucional. In: MITIDIEIRO, Daniel (Org.). *O processo civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012.
- DIDIER JR, Fredie (Org.). *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Disponível em: http://palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf. Acesso em: 02 jul. 2014.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism: from theory to politics*. Princeton: Princeton University Press, 1998.
- KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de Poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma Corte Deliberativa in Jurisdição Constitucional no Brasil. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Et al. Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental*

- da democracia*. Trad. Peter Naumann. Rev. Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- PINTO, Marcos Barbosa. *Constituição e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PASTOR, Roberto Viciano; MARTÍNEZ, Rubén. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano in *Revista Gaceta Constitucional*, nº 48. Disponível em: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/su-mario-cons/doc-sum/GC%2048%20%20Roberto%20VICIANO%20y%20Ruben%20MARTI-NEZ.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2014.
- SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho em la Constitución de 2008*. Quito, 2011. Disponível em: <http://www.rosalux.org.ec/es/mediateca/documentos/239-neoconstitucionalismo>. Acesso em 18 jun 2011.
- SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TEIXEIRA, João Paulo Allain. O controle de constitucionalidade no Brasil. Recife: *Revista da ESMape*, v. 13, n. 27,

- jan./jun. 2008.
- TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html. Acesso em: 15 jul. 2014.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, v.4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.
- VOLPATO DUTRA, Delamar José. A dedução do princípio da democracia em Habermas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 51, abril/jun. 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2008.
- NADAL, Fábio. *A Constituição como mito: o mito como discurso legitimador da constituição*. São Paulo: Método, 2006.
- ZANETI JR., Hermes. Brasil: um País de “common law”? As tradições jurídicas de “common law” e “civil law” e a experiência da Constituição Brasileira como constitucionalismo híbrido. In: *O processo civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012.