

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

**A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS
JUDICIAIS: verdade ou engodo?**

VITÓRIA
2012

ROBSON LOUZADA LOPES

**A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS
JUDICIAIS: verdade ou engodo?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof^o Nelson Camatta Moreira

VITÓRIA
2012

ROBSON LOUZADA LOPES

**A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS
JUDICIAIS: verdade ou engodo?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Aprovada em/...../.....

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^o

Prof^o

Prof^o

A todos que de alguma forma
contribuíram para a conclusão
deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Ao orientador Prof^o Nelson Camatta Moreira pela dedicação ao ensino e postura capaz de envolver os acadêmicos numa constante busca pelo melhoramento do sistema jurídico do país por meio de questionamentos inseridos na temática dos direitos fundamentais.

Aos membros da banca examinadora que aceitaram o convite para participar de minha defesa, enriquecendo o trabalho apresentado e colaborando para meu crescimento intelectual.

A todos os colegas de mestrado que sempre colaboraram para o desenvolvimento do tema através de debates e discussões em sala de aula e fora dela.

A todos aqueles que jamais acreditaram na minha capacidade, pois através de suas colocações desestimulantes, sempre criaram em mim a característica pessoal de me empenhar mais e mais para demonstrar entre outras coisas, que somente eu posso estabelecer limites à minha pessoa.

A FDV por possibilitar ao povo espiritosantense a oportunidade de aprofundamento na pesquisa acerca dos direitos fundamentais.

“Eu tenho um sonho (...)”
Martin Luther King

RESUMO

Este trabalho busca estabelecer a importância de se concretizar a democracia e a cidadania, enquanto regime político e direito fundamental, junto ao poder judiciário, analisando centralmente se as aberturas operadas pelos tribunais por meio das audiências públicas se constituem método eficaz ou se trata de engodo. A linha de pesquisa abarcada é denominada no programa de pós-graduação *strictu sensu* da Faculdade de Direito de Vitória como “Jurisdição constitucional e concretização dos direitos e garantias fundamentais” e se resume em pesquisar “o papel da sociedade e os caminhos não estritamente estatais para a efetivação dos direitos fundamentais da população em geral”¹. O enfoque desta pesquisa se opera em referência ao nível local de jurisdição, ou seja, nas comarcas. Nesse sentido, cabe ao juiz de direito, nos processos coletivos que envolvem direitos difusos criar mecanismos efetivos de participação popular na construção das decisões judiciais tomadas em referidos processos, haja vista o interesse geral daqueles que estão submetidos à jurisdição do respectivo Magistrado. Nesse sentido, os olhares deste trabalho são voltados para o mecanismo da audiência pública judicial como forma mais propícia de implementação da democracia e da cidadania, analisando-se principalmente os primeiros casos de utilização do referido instituto junto ao STF e ao TJES. Nesse tangente, foi utilizado principalmente o método indutivo de pesquisa científica, haja vista que os casos concretos analisados formam a base para a conclusão em termos gerais. Busca-se externar uma visão geral das audiências públicas em todo o poder judiciário por meio da visualização dos casos específicos selecionados, razão pela qual a indução reflete o método escolhido. Ressalte-se, igualmente, que por meio das referências doutrinárias acerca das características do Estado democrático constitucional, o trabalho estabelece a necessidade de participação popular em processos coletivos que envolvem os direitos difusos, sendo que se o instituto da audiência pública for escolhido pelo magistrado, deve o referido ato atingir o objetivo de uma participação popular significativa, ou seja, a participação deve criar no povo um sentimento de que são parte efetiva do processo de construção da decisão

¹ Referências extraída do sítio eletrônico da FDV. Disponível em <http://mestrado.fdv.br/?link=7>. Acessado em 03 de dezembro de 2.012 às 9h25min.

judicial e não somente meros expectadores. A participação significativa envolve da materialização da educação política, integração social e geração de sentimento jurídico positivo. O trabalho também estabelece que o maior objetivo da abertura do judiciário à sociedade de intérpretes não integrantes da burocracia estatal é a garantia de materialização da *responsividade* do governo às preferências externadas pela população durante o ato. A análise tenta estabelecer se há ou não o uso da audiência pública judicial nos casos selecionados como forma de engodo ou justificação de legitimidade democrática pela mera inserção do referido ato em meio ao processo coletivo. A conclusão do trabalho externa a necessidade do poder judiciário implementar a Constituição, sobretudo na referência à cidadania e democracia através da abertura de seu hermetismo, sendo a audiência pública um mecanismo condizente com os anseios sociais, desde que não utilizada como forma de mera roupagem para ocultar a tradição de isolacionismo decisório.

Palavras-chave: Audiência pública judicial. Cidadania. Democracia.

ABSTRACT

This exercise is seeking to establish the importance of cementing democracy and citizenship, regarding political regime and fundamental rights, together with judicial power, while internally analyzing access provided by our tribunals via public audiences to determine if they constitute an efficient means or just an enticement. The line of research that has been followed is outlined in the postgraduate program *strictu sensu* of the judicial Faculty of Vitoria as "Constitutional jurisdiction and establishment of fundamental rights and guarantees" and is summarized in researching the "role of society and the means (not strictly of State) to establish and operationalize the fundamental rights of the general population." The results of this research were built in relation to the county, district, region jurisdictional level. In this respect it is the responsibility of the presiding judge while managing the collective processes that involve common rights to create effective ways to garner popular participation in constructing the judicial decisions taken as a result of those processes and in doing so cater for the general interest of those that are subject to the jurisdiction of their respective magistrate. In this respect the guise of this exercise is turned towards the mechanism of public judicial audience as the most appropriate means to implement democracy and citizenship, principally analyzing the first utilized cases of the referred institution together with the STF and TJES. Scientific research method was primarily used and actual cases were analyzed to form a more concrete basis for general conclusions. A general vision of public audiences with full judicial power was extrapolated by selecting and visualizing specific actual cases and thus the reason why the induction reflects the selected method. It should equally be highlighted that by means of the documented references regarding the characteristics of the Constitutional Democratic State, this work establishes the need for popular participation in collective processes that involve multiple shared rights, even though the means for public audience is chosen by the magistrate, it should reach the objective of a significant popular participation, in other words, the participation should create within the public a sentiment that they are an effective part of the process to construct a judicial decision and not mere spectators. This significant participation involves materializing political education, social integration, and generating positive

judicial sentiment. The work also establishes that some of the primary objectives of this judiciary are the creation of a society of interpreters who are not integrated in state bureaucracy and the guarantee of materializing the *responsiveness* of government to the popular preferences made during this act. This analysis tries to establish if there is use or not of public judicial audience in the selected cases as just a form of enticement or legitimate justified democracy by mere insertion of the referred act in the collective processes. The conclusion of the work outlines the need of the judicial authority to implement the Constitution, above all in reference to citizenship and democracy by means of opening its traditional closed nature, thereby allowing public audience to be a mechanism for congruous and compatible social aspiration, as long as it is not used as a mere cloak to hide traditional isolatory decisioning.

Keywords: Public hearing proceedings. Citizenship. Democracy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 NEOCONSTITUCIONALISMO NA ÚLTIMA HORA: um breve trajeto do Estado e da cidadania e a respectiva importância da Constituição no “momento” brasileiro atual em que se busca a materialização dos objetivos fundamentais de democracia e participação.....	19
1.1 O ESTADO NACIONAL E A AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO: o súdito como singelo receptáculo de ordens estatais.....	21
1.2 A ASCENSÃO BURGUESA E O POSITIVISMO JURÍDICO: a elevação do parlamento e da lei como detentores da vontade geral e a participação restrita da comunidade na vida política.....	26
1.3 O HOLOCAUSTO E O LEGALISMO: a falta de participação cotidiana na vida política e a utilização do positivismo jurídico pelo totalitarismo alemão como forma de duro golpe no Estado liberal.....	33
1.4 PÓS-GUERRA E O RESGATE ÉTICO DO DIREITO: a Constituição como centro de proteção dos direitos fundamentais.....	44
1.4.1 Força normativa da Constituição	49
1.4.2 Onipresença da Constituição	52
1.4.3 Nova forma de hermenêutica constitucional	54
1.5 CONCLUSÃO DA 1ª PARTE	56
2 A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA VIDA POLÍTICA: a cidadania e a participação como direitos fundamentais a serem implementados pelo Estado democrático.....	59
2.1 CIDADANIA EM HANNAH ARENDT: o “estar junto” como direito fundamental a ter direitos e a necessidade de sua proteção e desenvolvimento.....	60
2.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO: o modelo atual como forma de materialização da cidadania e da participação.....	72

2.3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO: debate, educação política, responsividade do governo e produção de sentimento jurídico positivo como efeitos do referido modelo de Estado.....	75
2.4 CONCLUSÃO DA 2ª PARTE.....	86
3 CIDADANIA E PARTICIPAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: uma análise acerca da existência de força normativa da Constituição junto aos juízes no tangente à participação democrática na tomada de decisões em processos coletivos que envolvem direitos difusos.....	89
3.1 PODER JUDICIÁRIO: análise acerca da existência de um hermetismo fechado na magistratura brasileira.....	94
3.2 A NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO NOS PROCESSOS QUE ENVOLVEM DIREITOS DIFUSOS PARA GARANTIA DA CIDADANIA: a baixa intensidade da dialética processual nos processos coletivos como obstáculo a ser transposto pela participação democrática.....	102
3.4 A SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES DE HÄRBELE: uma forma de participação popular como meio de materialização da cidadania e democracia no poder judiciário.....	114
3.5. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JUDICIAIS: as primeiras iniciativas desse tipo de abertura do poder judiciário brasileiro à participação democrática realizadas pelo STF e pelo TJES.....	120
3.6. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NA PRIMEIRA INSTÂNCIA: abertura à participação como forma de cidadania no poder judiciário local através dos processos coletivos que envolvem direitos difusos.....	136
CONCLUSÃO.....	145
REFERÊNCIAS.....	149

INTRODUÇÃO

O Brasil na Carta Magna de 1988 adotou o modelo de Estado democrático, o que se constitui em garantia da participação do governado na construção das decisões do governante.

Um dos integrantes das forças republicanas é o poder judiciário que se mostra na atualidade um verdadeiro espaço público destinado ao debate de questões que ultrapassam a visão dogmática do direito. Cada vez mais, temas afetos às áreas de composição representativa do Estado são trazidas ao poder judiciário, exigindo-se do magistrado uma postura ativista. Referida postura atual tem gerado críticas positivas e negativas criando uma intensa produção acadêmica em torno do tema.

Em razão da tematização política do poder judiciário na atualidade, é necessário que os afetados pela decisão judicial participem ativamente do processo de construção da decisão no intuito de materializar o modelo de Estado, ou seja, materializar a democracia como forma de participação nas decisões.

Diante do afirmado acima, nota-se que nos processos judiciais atomizados ou individuais, os envolvidos na lide se encontram em direto contato com o Estado-juiz. Em razão disso, todos os argumentos levantados, inclusive aqueles que são postos diretamente pela parte em seus momentos de depoimento direto, são analisados e contribuem decisivamente para a construção da decisão judicial. Essa dialética tem sido denominada de princípio da cooperação pela doutrina processual² e consiste no estabelecimento de um trabalho em conjunto entre o juiz e as partes na construção de uma decisão mais adequada possível ao caso concreto.

² Cf, por exemplo, ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos. O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 16 - n. 2 - p. 150-169 / mai-ago 2011. Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CD4QFjAE&url=http%3A%2F%2Fsiaweb06.univali.br%2Fseer%2Findex.php%2Fnej%2Farticle%2Fdownload%2F3278%2F2061&ei=6rZ6UNT1GpP08ASwjlDQAQ&usq=AFQjCNF5V1hV0z1sGnBuqKolQa2aR8mb5Q&sig2=ArZHx4ivU3-5DdCRn9_HGg. Acessado em 15 de outubro de 2.012 às 15h.

É por meio dessa verdadeira cooperação entre as partes e o juiz que será fornecido um dos principais pressupostos de legitimidade à decisão judicial no modelo de Estado democrático, qual seja, a participação dos destinatários da ordem jurídica.

Inobstante isso, note-se que na primeira instância, nas demandas que envolvem grupos onde os titulares são indefinidos e dispersos (direitos difusos) não há participação direta dos destinatários das decisões judiciais nos referidos processos coletivos³. A representação dos titulares do direito é operada, em geral, por órgãos do Estado (v.g. MP). Isso restringe a legitimidade das decisões exaradas em referidos processos, haja vista que afasta o contato direto dos afetados, impedindo que exerçam diretamente o poder de influência junto ao órgão judicial de decisão.

Num país em que a legitimidade democrática do judiciário é indireta e se opera principalmente através da argumentação, é necessária, senão dizer *obrigatória* a participação dos jurisdicionados, sobretudo nos casos em que a decisão possui efeito *erga omnes*, como aquelas exaradas em processos coletivos em primeira instância por exemplo. O princípio da cooperação é aplicável de maneira uniforme em toda a jurisdição, sendo impossível sua ausência em processos coletivos.

A baixa dialética em referidos processos é mais grave, pois a participação popular é quase nula. As partes quase sempre se constituem de outros órgãos do Estado, inviabilizando o contato direto da população representada com os debates em torno de temas que afetam diretamente a todos.

Sustenta-se a teoria da argumentação representativa⁴, sobretudo em sede de corte constitucional, para justificar a falta de legitimidade democrática direta dos juízes, afirmando-se que a referida representação no poder judiciário se opera através do discurso, da racionalidade, o que permitiria o transcurso de um processo coletivo de efeito *erga omnes* sem nenhum contato direto dos afetados com os debates.

³ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito Processual Coletivo**. Disponível em http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf. Acessado em 14 de outubro de 2012 às 11h.

⁴ Cf. ALEXY, Robert. “Ponderação, jurisdição constitucional e representação”, *In: Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. rev. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008.

Contudo, referido argumento tem sido rechaçado pela ansiedade de se promover uma maior implementação da democracia nos procedimentos judiciais, com ênfase para as questões constitucionais ventiladas em controle abstrato perante a corte suprema.

Na tentativa de mitigar esse déficit democrático e concretizar a democracia, alguns órgãos do poder judiciário têm realizado audiências públicas para fins de contato direto dos afetados com os temas em debate construindo uma decisão com a participação de todos. As audiências públicas realizadas pelos tribunais até o momento, tem sido elogiadas como abertura democrática do poder judiciário, contudo, um dos objetivos deste trabalho é analisar se referidos atos realmente materializam a participação popular ou se trata de uma forma de escamotear o solipsismo decisório que perdura na tradição judiciária brasileira. A participação é necessária para materialização da democracia, mas a praxe realizada em torno das audiências públicas concretiza a democracia e a cidadania? Se a resposta for negativa, o que é necessário para uma maior implementação do regime democrático?

Numa análise introdutória, o que se nota é que os cidadãos são chamados através dos meios de comunicação em massa para comparecerem à audiência pública judicial, contudo, durante a realização do ato, apenas se permite que sejam os mesmos meros expectadores ou participantes sem relevância, permanecendo no local como ouvintes apáticos, excluídos do debate ou, em havendo debate, não sendo enfrentados seus argumentos.

O principal entrave nesse mecanismo que hoje é utilizado pelo poder judiciário é que não permite a opinião formal do povo afetado, o que transparece uma retórica para ocultar a discricionariedade e a ausência de participação popular.

A elevação da cidadania ao grau máximo em sede de Estado democrático de direito, necessita que os destinatários efetivamente participem da construção da decisão, vedando-se uma interpretação hermética, sobretudo na primeira instância. Em relação ao nível local de jurisdição, existe uma atenção específica deste trabalho,

tendo em vista que se trata do principal nível de educação política, constituindo-se num verdadeiro momento de preparo do cidadão para uma democracia nacional.

A abordagem referente à cidadania e a participação junto ao poder judiciário local visa estabelecer a certeza de que é necessária a abertura da interpretação constitucional em processos coletivos ao povo destinatário para fins de realização do regime democrático, estabelecendo ao mesmo tempo um dever de resposta formal por parte do governo às preferências externadas pela população durante o ato, constituindo-se na *responsividade* que será abordada durante o trabalho.

Essa abertura de interpretação e participação nos processos coletivos de nível local utiliza como marco teórico a obra de Peter Häberle⁵. Em sua obra, Häberle sugere modos de intervenção da sociedade no procedimento de interpretação judicial. Nas palavras de Gilmar Mendes, tradutor da obra de Peter Häberle:

Essa concepção exige uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional, que, como assinala Häberle, esteve muito vinculada ao modelo de uma sociedade fechada. A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes (vorinterpreten) do complexo normativo constitucional.⁶

Assim, o trabalho se inicia através de uma exposição acerca passagem da sociedade tradicional para o Estado moderno em sua primeira versão absolutista e em seguida a ascensão da burguesia e a produção científica do positivismo jurídico, conduzindo o parlamento ao representante da vontade geral por excelência. Nesse sentido, é concedido um enfoque a um dos principais produtos dessa fase do positivismo jurídico, qual seja, a lei.

O capítulo primeiro segue com a exposição acerca da ascensão do totalitarismo na Alemanha nazista e o uso da lei e da burocracia estatal para justificar atos contrários

⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição...** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição...** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 09.

aos direitos fundamentais tomados contra minorias existentes naquele país durante a segunda grande guerra. Essa primeira parte põe em evidência o fato de que nessa fase existe uma ausência de participação do cidadão nos assuntos públicos cotidianos, havendo uma restrição da cidadania que se constituía apenas no “votar e ser votado”. Isso permitiu a ascensão do parlamento como referido detentor da vontade geral e posteriormente do totalitarismo, colaborando para barbárie do holocausto. Referido trauma social causado pela segunda grande guerra gerou na fase seguinte uma intensa crítica ao sistema juspositivista. O papel do parlamento e da lei como detentores da vontade geral passou por uma intensa crítica. O capítulo expõe ao fim a colocação da Constituição no centro do sistema e o Estado democrático como modelo a ser implementado como forma de garantia de participação do cidadão nos assuntos públicos cotidianos e na construção das decisões do governo.

Na sequência, a partir do capítulo segundo, existe a abordagem acerca da própria significação de cidadania, buscando-se inicialmente em Hannah Arendt a compreensão do termo por meio principalmente da análise da obra “A condição humana”, onde existe a preocupação da autora em resgatar o espaço público no intuito permitir um engajamento social em torno da ação e do discurso. A obra de Arendt estabelece o sentimento de pertencer a uma comunidade humana principalmente através da participação nos assuntos públicos como fio condutor e é relevante para a compreensão do tema cidadania. Em seguida, após o estabelecimento do conceito de cidadania e participação na ótica da referida autora, há a apresentação das características do modelo de Estado capaz de implementar plenamente a cidadania partindo, sobretudo, dos entendimentos de Robert Dahl e Carole Pateman, estabelecendo os caracteres da responsividade, educação política, integração social, sentimento jurídico positivo e participação significativa como aquelas sem as quais não se pode dizer que há uma verdadeira democracia.

No terceiro momento deste trabalho, há a exposição acerca de como a cidadania e a participação podem e devem ser implementadas frente à arena de debates que na atualidade se tornou o poder judiciário. Por meio de um apontamento da literatura clássica, verifica-se que os conceitos de cidadania e participação não podem ser

concretizados através de imposições verticais ou através de inserções artificiais conforme ocorria na obra de H.G. Wells, A Ilha do Dr. Moreau.

É preciso uma conscientização dos cidadãos e principalmente por parte dos próprios integrantes do poder judiciário que são apontados como distantes do povo. A sequência analisa a proposta do Peter Häberle acerca da ampliação dos intérpretes da Constituição, não podendo no seu entendimento se limitar aos intérpretes oficiais e realiza uma breve análise das primeiras audiências públicas judiciais procedidas pelo STF e pelo TJES estabelecendo uma crítica em relação à eficácia dos referidos atos na materialização da democracia na arena judicial. O capítulo se encerra partindo da referida análise das iniciativas dos tribunais para a implementação no nível local da comarca, onde os processos coletivos representam uma oportunidade para a abertura da sociedade fechada de intérpretes, podendo se constituir numa oportunidade para concretização da democracia e da cidadania junto ao poder judiciário colaborando para a construção de uma educação política que se refletiria em nível nacional.

O objetivo principal do trabalho é propor a cidadania e a participação perante o poder judiciário através de audiências públicas capazes de garantirem a participação significativa e a resposta do governo às preferências externadas pela população, afastando-se tentativas de utilização do referido instituto como roupagem democrática para fornecer legitimação a atos solipsistas.

1 NEOCONSTITUCIONALISMO NA ÚLTIMA HORA: a importância da Constituição no “momento” brasileiro em busca da materialização dos objetivos fundamentais de cidadania e participação.

Uma nova Era é vivida pela sociedade brasileira. Jamais a Constituição esteve tão no centro das atenções como no momento contemporâneo que o país atravessa. O país parece ter descoberto a importância do projeto de sociedade edificado na reivindicação nacional de 1988 que se consubstancia na carta magna. Sua onipresença é solicitada a cada momento onde existe aplicação de direitos ou debate sobre assuntos de interesse coletivo. A Constituição é tema de seminários, congressos, programas de televisão, blogs, revelando um momento de onipresença. Contudo, essa centralização de atenções em torno da Constituição também revela o quanto ainda é distante a realidade da teoria e quanto o país necessita avançar em termos de modernidade para garantir sua eficácia.

Num país onde a situação da desigualdade econômica e social é alardeada notoriamente pelos relatórios da ONU⁷, conforme se evidencia da própria imprensa nacional, falar em materialização dos direitos sociais previstos no “grande projeto” é ainda instaurar uma luta diária contra a falta de envolvimento de grande parte da população nos assuntos que interessam a todos.

A cidadania ainda possui ainda um longo caminho para percorrer no Brasil, não podendo ser olvidada sua importância no desenvolvimento e materialização das demais promessas constitucionais. Uma sociedade participativa e capaz de gerenciar seus próprios problemas é um ideal a ser perseguido, mas tudo se inicia pela conscientização de governantes e governados acerca da importância da participação ativa de todos na vida cotidiana do Estado.

Nesse sentido é que existe uma alta relevância na materialização cada vez maior do Estado democrático como instrumento de realização da cidadania, razão pela qual a compreensão de sua importância é necessária para o desenvolvimento deste

⁷ Relatório da ONU disponível em <http://gazeta24horas.com.br/portal/?p=11612>. Acessado em 27 de agosto de 2.012 às 16h30min.

trabalho. Informar como era a sociedade pré-moderna e o efeito da ausência de participação social na tomada de decisões coletivas é um começo necessário, assim como também é necessária a passagem pelo evento do Estado moderno e os efeitos de uma participação social restrita ao “votar e ser votado”. Esse primeiro capítulo se centra na importância de tais demonstrações, no intuito de se verificar a real importância da participação do povo na vida cotidiana do Estado e posteriormente no lócus judiciário e alguns dos efeitos de sua ausência na modernidade.

Tais considerações são necessárias para que se compreenda principalmente como a *lei*, enquanto produção de um órgão do Estado elevou o poder legislativo ao posto de detentor da “vontade geral” contribuindo para o afastamento da participação engajada da população nas decisões importantes para toda a sociedade.

Também é mister para compreender a mudança doutrinária operada na última quadra do século XX na Europa continental e na última década no Brasil acerca da interpretação e aplicação do direito, sobretudo em termos de Constituição e sua carga axiológica, exaltando-se o Estado democrático e a participação do cidadão como forma de edificação de decisões reconhecidas pela sociedade submetidas às mesmas. A Constituição é o centro do direito e compreender isso é necessário para redobrar as atenções na sua concretização.

Demonstrar os efeitos da falta de participação causados na sociedade é interessante como forma de premissa a demonstrar posteriormente a importância da cidadania e da democracia participativa na atual sociedade.

1.1 O ESTADO NACIONAL E A AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO: o súdito como singelo receptáculo de ordens estatais.

Relembre-se que o tempo feudal na Europa foi marcado pela existência de pequenas comunidades de indivíduos sediadas nos feudos. Referidas comunidades poderiam ser denominadas “tradicionais”, uma vez que a conduta dos indivíduos era guiada pelo hábito social existente que persistia através dos tempos arrimada pela passagem de geração em geração por meio de seus membros.

Essa vida humana existente em pequenas glebas possibilitava um modo de vida guiado por fortes valores compartilhados pelo grupo. Se for analisado o fato através das lentes da sociologia de Émile Durkheim⁸, percebe-se que a consciência coletiva que guiava os membros das comunidades medievais estava acima de qualquer questionamento. A tradição comandava de forma única o modo de divisão do trabalho, de aquisição de bens, a forma de casamento, a busca da felicidade etc.

Para o sociólogo francês na obra *As regras do método sociológico*, a forma em que um grupamento humano se conduz durante o decorrer de sua história é fruto de uma coerção exercida diretamente sobre seus indivíduos por uma ficção ou “alma” social, algo que é externo aos seus membros. Essa força que age no indivíduo vindo de fora de sua consciência guiando sua conduta e o compelindo interiormente a seguir padrões de comportamento aceitos em determinado contexto temporal e espacial é o centro da teoria da escola francesa e o objeto da sociologia para referida escola. Durkheim se utiliza da expressão “fato social” ou “consciência coletiva” para designar essa força capaz de mover o homem em determinada sociedade. Nas palavras do sociólogo:

É fato social toda maneira de fazer, fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou, ainda, que é geral ao conjunto de uma sociedade dada e, ao mesmo tempo, possui existência própria, independente de suas manifestações individuais.⁹

⁸ DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. 13 ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1987.

⁹ DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. 13 ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1987, p. 11.

A sociedade tradicional possuía uma única “eticidade” e que funcionava como uma espécie de “alma coletiva” chamada por Durkheim de “fato social” na obra referenciada. O direito era aquilo que a tradição conceituava como tal. Importa ainda dizer que nas pequenas comunidades feudais, aquele que não se comportava de acordo com a tradição somente possuía a alternativa de se excluir da referida comunidade.

Essa eticidade única começa a ruir na baixa idade média quando as “casas” ou “castelos” das principais famílias da Europa iniciam suas ofensivas umas às outras para fins de ampliação de domínio e consolidação de sua força em nível regional, destruindo a colcha de retalhos que era o mapa da Europa na época.

No início, a casa dos reis nominais pouco se avantajava das Casas feudais em volta, em termos de propriedade de terras e poder militar e econômico. A diferença em propriedades entre os guerreiros era relativamente pequena e, por conseguinte, também em importância social, pouco importando os títulos com que se adornavam. Mais tarde, através de casamentos, compra ou conquista, uma dessas casas acumulava cada vez mais terras e obtinha preponderância sobre os vizinhos.¹⁰

Não é preciso mencionar o papel fundamental da nova classe social que surgia naquela mesma época, qual seja, a burguesia, pois seu interesse na padronização da aplicação do jurídico e na segurança em relação ao patrimônio a motivava em dar apoio político e econômico para a centralização do poder.

Durante o período de predomínio do sistema feudal como sistema produtivo, da nobreza como classe social, da crença religiosa como aglutinante ideológico da sociedade, havia incipientemente – nas sociedades europeias – pessoas não pertencentes exatamente nem à classe dos servos nem à nobreza. Eram pessoas que viviam nas cidades, comerciantes sobretudo, e certos artesãos ricos, ou inclusive “industriais (tecedores e tintureiros, por exemplo) pré-industriais” (para dizer de algum modo), e também clérigos e intelectuais.¹¹

O interesse da burguesia naquele momento era a composição de uma única “casa” forte e centralizadora, pois terminaria com o transtorno e os litígios da variada quantidade de regras sociais existentes entre os feudos e casas na Europa

¹⁰ ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**: Formação do Estado e civilização. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar, 1993, p. 89.

¹¹ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 97.

medieval. “A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispo de um ordenamento jurídico próprio.”¹²

Em certo ponto da idade média os feudos se equivaliam em poderio militar e econômico e onde há igualdade de forças, existe disputa. “No início, cada guerreiro que controla uma gleba de terra exerce todas as funções de governo. Mais tarde, elas são gradualmente monopolizadas por um suserano, cujo poder é administrado por especialistas.”¹³

A ampliação dos domínios territoriais através de pactos e guerras fizeram com que comunidades diferentes passassem a estar sob a mesma batuta política, inaugurando outra forma de ordenamento social que diferia da sociedade tradicional, haja vista que agora uma sociedade com diversas visões de mundo se encontrava sob o mesmo domínio político. Na visão de Moreira:

Indubitavelmente, na emergência da modernidade, o objetivo do Estado Moderno, em sua primeira versão, enquanto Estado Absolutista, foi criar e estabelecer, **diante do pluralismo da sociedade ascendente**, um padrão objetivo de solução dos conflitos (a lei) para uma sociedade cujo relativismo valorativo poderia leva-la à dissolução.¹⁴ (destacou-se)

Essa época é marcada pela intensa agressão à paz onde cada comunidade sempre se encontrava na iminência de ataque de seus semelhantes. A centralização do poder nas mãos do monarca é o traço principal desse momento que se iniciava, sendo de interesse da burguesia o estabelecimento de comando capaz de deter a agressão de homens contra homens.

Foi a reunião de comunidades através das conquistas e pactos submetidas a um governo central que iniciou o Estado-nacional absolutista sob o fundamento de conceder paz aos homens protegendo-os uns dos outros. O Estado nacional nasce

¹² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Trad. Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 27.

¹³ ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**: Formação do Estado e civilização. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar, 1993, p. 98.

¹⁴ MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 32.

com a difícil tarefa de coordenar uma eticidade variada, ou seja, diversas visões de mundo num mesmo espaço, num mesmo território.

No mundo moderno, esse espaço conflituoso, mas compartilhado, é o espaço do Estado nacional. A partir dessa nova organização social moderna, já não é mais possível legitimar a ordem social pela referência à tradição, porque a própria ideia de tradição está abalada, porque cada concepção de mundo constrói a sua própria “tradição”.¹⁵

O Estado-nacional absolutista, além do “monopólio da violência e da tributação”¹⁶, utilizava-se de outros elementos de homogeneidade para consolidação do poder, tais como, a raça, o sangue, a língua, a religião, contudo, esses elementos de pertencimento a determinada comunidade não garantia, contudo, qualquer direito de participação na tomada de decisões políticas importantes. Tudo estava concentrado nas mãos do rei. A cidadania como se conhece era um conceito ainda envolto nas trevas medievais.

Sem maiores possibilidades de adentrar na história da idade média, o que é relevante nesse introito é firmar o entendimento de que as sociedades pré-modernas recorriam à tradição como única forma de legitimar as decisões de governo e que na passagem para a modernidade inaugurada pelo Estado-nacional absolutista, houve a concentração de poder na figura do monarca.

Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária.¹⁷

Inobstante isso, é necessário ressaltar que a possibilidade de participação na tomada de decisões na condução do governo da comunidade era mínima, senão dizer, inexistente. Percebe-se que ser cidadão naquele momento poderia significar pertencer a uma comunidade de igual raça, religião e território, mas não havia direito

¹⁵ NOBRE, Marcos. Introdução. In: ____; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 16.

¹⁶ ELIAS, Norbert. **O processo civilizador: Formação do Estado e civilização**. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Trad. Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 27.

assegurado de participação no espaço público em razão da centralidade do poder em torno do monarca.

É importante ainda estabelecer o relato de que embora reunido sob um mesmo comando político, o homem em tempos de Estado absolutista passou a viver num ambiente de diversos círculos sociais em razão da conquista de diversas comunidades para a formação da nação.

Raça igual e mesmo território não significavam sempre idênticas visões de mundo. O homem passou conviver com diversas “tradições” e sua personalidade agora era fruto do contato com os diversos círculos sociais existentes na comunidade.

Essa existência plúrima de diversos círculos sociais, com suas crenças e modos de vida compartilhados mesmo sob a “batuta” do monarca contribuía para uma insegurança na comunidade, agravada pela inexistência de maior participação popular na elaboração dos comandos jurídicos editados pelo monarca que encontrava sua legitimidade nas teorias divinas e transcendentais da época. Não é demais dizer que a múltipla visão do mundo arriscava a segurança que deve acompanhar os governos.

A filosofia da época fundamentou o absolutismo, legitimando essa forma de comando fundado na necessidade do governante em evitar a “guerra entre os homens”. Na tentativa de estabelecer um conceito de jurídico único para diversas eticidades, legitimou-se a produção do direito pelo monarca, sem qualquer participação da comunidade que se encontrava sob seu domínio.

Se o direito era enunciado pelo Rei, deveria ser obedecido ainda que não correspondesse a qualquer sentimento positivo de adesão da sociedade que se encontrava sob seu comando. A lei editada pelo Estado nacional absolutista termina com diversidade de visões da vida de forma imposta, na tentativa de estabelecer uma fonte única de comando social, mas cobra um alto preço, pois inaugurava o arbítrio de um em face de todos.

Embora legitimado, em tese, a proteger o indivíduo contra o indivíduo, não havia proteção do indivíduo contra o governo. A tirania encontrava o campo mais fértil para a sua proliferação. O poder ilimitado dos reis era a fonte de grandes atrocidades contra seus próprios súditos, gerando agora um abalo da paz em razão dos atos tomados pelos monarcas.

Essa insegurança e essa atuação absolutista, sem dúvida afetava um dos principais beneficiários da formação do Estado nacional, qual seja, a burguesia. Não era mais interesse de referida classe social que financiara as guerras que possibilitaram em grande parte a formação dos Estados no final da idade média a manutenção de uma ordem ditada pelo rei de forma absoluta e ilimitada, sem qualquer participação ainda que restrita da comunidade que se encontrava sob suas ordens.

A possibilidade da monarquia em investir contra o patrimônio acumulado e contra liberdade dos membros da sociedade era um grave obstáculo ao domínio burguês. A monarquia absolutista havia cumprido seu papel unificador e deveria ruir.

1.2 A ASCENSÃO BURGUESA E O POSITIVISMO JURÍDICO: a elevação do parlamento e da lei como detentores da vontade geral e a participação *restrita* da comunidade na vida política.

Não são necessárias maiores palavras para dizer que a vitória da burguesia no entrechoque político instaura o Estado liberal de direito.

No Estado liberal, o valor dado à segurança alcança um patamar superior àquele realizado pelo Estado absolutista. Neste último, o Estado fornece segurança contra a ação dos outros indivíduos. No Estado liberal, a ordem jurídica garante a segurança contra a ação do próprio Estado.¹⁸

O que arrimava o absolutismo era a força e todos estavam submetidos à vontade ilimitada do monarca, sem qualquer possibilidade de participação na vida da

¹⁸ BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 15.

comunidade. No Estado liberal há o Estado de direito onde as regras gerais exercem a ordem social e limitam a ação do próprio Estado. Isso pode ser chamado de *juridificação do poder* e influencia toda a filosofia política daquela época. “Na forma liberal burguesa de Estado, o direito passa a ser, por meio da burocracia estatal moderna, submetido à lei.”¹⁹

Tendo em vista que o direito passa a ser o comando social existente, não se admite mais que o comando seja exercido com base em juízos arbitrários, sobretudo emanados de forma ilimitada através de uma única pessoa que impunha sua visão de mundo aos demais, arrimado quase sempre em divindades irracionais.

É o parlamento que ascende como forma excelente de criação do direito. Sua forma colegiada permitia teoricamente a presença de eticidades múltiplas que através do debate e da votação majoritária estabeleciam, em tese, o que desejava a população em relação às regras de convivência. “O povo submetido às leis deve ser o autor destas; somente aos que se associam é pertinente regulamentar as condições da sociedade.”²⁰

Moreira, em artigo em que aborda o “mito da vontade da lei”, tomando como base os entendimentos de Rousseau, externa o seguinte acerca da elevação do papel legislativo no referido cenário:

Nesse contexto, considera-se a *lei* como um ato de vontade geral, sendo um ato pelo qual todo o povo “estatui algo para todo o povo”, não pondendo, desta maneira, dirigir-se a um indivíduo ou a uma vontade particular, sendo, assim, geral e abstrata por definição.²¹

Da situação de impossibilidade de participação na vida da comunidade e na criação do direito, o Estado liberal concedeu a criação do parlamento como método de outorgar ao povo teoricamente o autogoverno. Com a tripartição das funções do

¹⁹ MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 39.

²⁰ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**: Discurso sobre a economia política. 7 ed. Trad. Mario Pugliesi e Norberto de Paula Lima. Curitiba: Hemus, 2011, p. 49.

²¹ MOREIRA, Nelson Camatta. O Dogma da onipotência do legislador e o mito da vontade da lei: A vontade geral como pressuposto fundante do paradigma da interpretação da lei. *Revista de Estudos Criminais*. v.15, p.127 - 142, 2004.

Estado, o parlamento passou a exercer por excelência a possibilidade de elaborar as regras de comando. A democracia representativa era alçada a um nível mais alto de importância e a lei passou a representar a completa vontade do povo na ordenação social. “A lei é considerada, então, simplesmente um comando do soberano.”²²

O direito e a concepção de justiça transformam-se naquilo que é produzido pelo Estado liberal de direito através das regras de produção do próprio direito. Se o ato foi expedido pelo parlamento segundo referidas regras de produção, deveria ser observado por todos. “A lei, neste contexto, é o elemento que dá vontade e movimento ao corpo coletivo. É por meio dela que se expressa a vontade do coletivo.”²³ Teoricamente, isso protege a sociedade dos atos arbitrários cometidos pelo absolutismo e, ainda, também de forma teórica, garante a certeza acerca do conceito de “jurídico” numa sociedade plural.

Uma vez eleito o parlamento, seus deputados se encontravam em tese na representação de todos os integrantes da comunidade e sua atuação deveria se operar no interesse de todos, trazendo ao mundo jurídico disposições que refletissem caráter de justo. “As leis decididas pelos representantes políticos, são no relato produto dessa vontade geral.”²⁴ Uma vez editada a lei, nenhum questionamento acerca de sua “justeza” era permitida. O parlamento era a “voz do povo” e, por que não dizer no contexto da época, a “voz de Deus”.

O importante para o desenvolvimento do raciocínio, neste momento, é estabelecer que a elevação do parlamento como detentor da vontade geral estabelecia como suficiente para representação da sociedade a participação restrita da população ao ato de votar e ser votado. *Também deve ser dito que o produto das deliberações do parlamento, qual seja, a lei, tornou-se o principal representante do direito na época.*

A função formal da cidadania ou povo soberano fica limitada na prática à eleição de “representantes” políticos. Como é impossível lograr a

²² MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 39.

²³ MOREIRA, Nelson Camatta. O dogma da onipotência do legislador e o mito da vontade da lei: A vontade geral como pressuposto fundante do paradigma da interpretação da lei. **Revista de Estudos Criminais**. v.15, p.127 - 142, 2004.

²⁴ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 97.

unanimidade do povo ou “vontade de todos”, supõe-se que através dos sistemas eleitorais com a participação de quantos querem fazê-lo se formam maiorias, renováveis e susceptíveis de modificação, que constituem o mais aproximado formalmente à “vontade de todos”; essas maiorias determinam o que na terminologia herdada de Rousseau se chama *vontade geral*.²⁵

Nesse sentido, o direito era fruto da corrente de pensamento que surgia na época que ficou conhecida como positivismo jurídico. Enquanto teoria abarcada pelo Estado burguês, afastava qualquer outro conceito de jurídico que não fosse a produção de normas editadas pelo Estado segundo as regras estabelecidas pelo próprio direito. Isso confirmou a elevação do parlamento ao nível de detentor da “vontade geral”.

Dito de outro modo, a ideia de emanção de poder pelo povo e para o povo, inspirador da Revolução Francesa, constante do pensamento de ROUSSEAU, foi extremamente importante para a coerência do pensamento liberal burguês da época preconizado nas ideias de MONTESQUIEU e BECCARIA, no sentido de se atribuir ao legislador o monopólio da produção do direito.²⁶

A democracia representativa era a grande saída para os abusos do antigo regime. O parlamento era percebido quase como o “oráculo de Deus”. À sociedade não era reservado espaço mínimo de participação na construção da vontade do Estado em seu cotidiano, limitando-se, conforme dito, ao “votar e ser votado”. Ressalte-se que a participação era censitária e restrita a homens maiores e de grandes posses.

A teoria juspositivista surgida na época pregava que não havia outra concepção de justiça senão aquela originada do direito expedido pelo Estado, através do parlamento, segundo as regras de produção estabelecidas pelo próprio direito. Frise-se novamente que a participação dos membros da comunidade se limitava à eleição censitária periódica dos representantes. Os membros do parlamento possuíam amplo espectro de liberdade para deliberar em nome de todos. Uma vez formado o parlamento, não havia maiores meios de participação na vida da comunidade.

Com efeito, o positivismo jurídico que, certamente, é um fenômeno complexo, controverso, de difícil delimitação e correntes múltiplas, pode caracterizar-

²⁵ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 107.

²⁶ MOREIRA, Nelson Camatta. O Dogma da Onipotência do Legislador e o Mito da Vontade da Lei: A Vontade Geral como Pressuposto Fundante do Paradigma da Interpretação da Lei. **Revista de Estudos Criminais**. v.15, p.127 - 142, 2004.

se, entretanto, pela perseguição de certo objetivo ou anelo que pulsa em uníssono sob toda a variedade de suas correntes: **a consecução da segurança nas relações sociais**. A condição básica para alcançá-la era uma perfeita delimitação do jurídico que impedisse o recurso a valorações do tipo ético ou político, cujo emprego, por causa de seu caráter controvertido, colocaria em perigo essa intenção prática principal. Fazia-se necessário, definitivamente, *elaborar um conceito de direito que não se remetesse a esferas alheias ao jurídico*. (destaque do autor)²⁷ (destacou-se)

O positivismo jurídico e o parlamento produzem a lei e esta não admite ser valorada como justa ou injusta. Basta pertencer ao sistema normativo, ou seja, ter sido produzida pelo detentor da vontade geral para que sua força esteja presente. Nas palavras de Barzotto “A questão da pertinência é uma questão “genética”.”²⁸

Kelsen, um dos principais teóricos do positivismo jurídico que se segue à formação do Estado burguês, logo na abertura de sua principal obra – Teoria Pura do Direito – já estabelece o objeto de seu trabalho, alertando sobre a necessidade de se buscar uma “pureza” no direito, rechaçando áreas do conhecimento que não se inserem diretamente em seu conteúdo, sem, contudo, negar a estreita conexão.

Quando a si própria designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.²⁹

Ressalte-se que Hans Kelsen, já no século XX, tem importante papel na sistematização da corrente filosófica do positivismo jurídico abarcada pelo Estado liberal burguês. Ao se referirem a Kelsen, afirmam Peixinho e Merçon:

Para transformar o direito em conhecimento puro e estritamente científico, kelsen empenha-se em verdadeira “cruzada” teórica para dar ao direito os dois pressupostos fundamentais ao reconhecimento como saber científico, quais sejam: autonomia e objetividade. A consequência da batalha de Hans Kelsen para construir o conhecimento jurídico científico e seguro importou a rejeição de quaisquer metodologias que propugnassem, fora dos limites do

²⁷ PASCUA, José Antônio Ramos *apud* BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 24.

²⁸ BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 20.

²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 01.

ordenamento jurídico estabelecido pelo Estado, outros fundamentos normativos extralegais.³⁰

Para sacramentar o entendimento exposto, Hans Kelsen em apêndice escrito na segunda edição de sua obra *Teoria Pura do Direito*, externa seu entendimento acerca do problema da “justiça”. Kelsen informa que a justiça é um juízo axiológico, uma valoração que se opera quando do fato da conduta humana em face de seu semelhante. “A justiça é, portanto, a qualidade de uma específica conduta humana, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. O juízo segundo o qual uma tal conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração da conduta.”³¹

Sua preocupação é justificar a razão pela qual um valor da justiça não pode fundamentar a validade do direito e procura, conforme exposto acima, afastar a influência de regras de moral. Kelsen explica acerca da variedade de normas de justiça que se contradizem, mas que são válidas ao mesmo tempo. Isso impossibilita sua utilização como fundamento de validade do direito posto, tendo em vista que a segurança que se busca jamais seria alcançada.

Para a questão da validade do direito, isto é, para a questão de se saber se as suas normas devem ser aplicadas e acatadas, é decisiva a relação que se pressupõe entre justiça e direito. Sobre este ponto apresentam-se-nos duas concepções diametralmente opostas. Segundo uma delas, um direito positivo apenas pode ser considerado como válido na medida em que a sua prescrição corresponda às exigências da justiça. Direito válido é direito justo: uma regulamentação injusta da conduta humana não tem qualquer validade e não é, portanto, direito, na medida em que se deva entender por direito apenas uma ordem válida. Quer isto dizer que a validade da norma de justiça é o fundamento da validade do direito positivo. Segundo a outra concepção, a validade do direito positivo é independente da validade da norma de justiça. Um direito positivo não vale pelo fato de ser justo, isto é, pelo fato de sua prescrição corresponder à norma de justiça – e vale mesmo que seja injusto. **A sua validade é independente da validade de uma norma de justiça.** É esta a concepção do positivismo jurídico, e tal é a consequência de uma teoria jurídica positivista ou realista, enquanto contraposta à doutrina idealista.³² (destacou-se)

³⁰ PEIXINHO, Manoel Messias; MERÇON Gustavo. Fundamentos teóricos do positivismo e do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina (Coord.); OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.) e OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2.009, p. 316.

³¹ KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. 2. ed. trad. João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 03.

³² KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. 2. ed. trad. João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 90-91.

Nessa linha de raciocínio, percebe-se um completo afastamento dos valores morais em relação ao direito, mostrando desta forma mais uma das características do positivismo jurídico, qual seja, seu caráter asséptico.

Na busca pela segurança e previsibilidade nas relações sociais, conceitua-se o fenômeno jurídico em relação à moral e à política de maneira “autônoma”, recusando-se a justiça e a eficácia como critérios de juridicidade, de modo que o positivismo deverá elaborar o seu próprio critério do que é jurídico.³³

O ponto relevante neste momento para o trabalho desenvolvido é estabelecer o efeito na sociedade ocidental que se seguiu, pois em se afastando o justo do conceito de direito e permitindo ao parlamento a produção do jurídico sem qualquer participação do cidadão no cotidiano de seu governo, houve como consequência uma superconfiança no produto das deliberações parlamentares, qual seja, a lei.

É possível depreender que a principal consequência da falta de participação do povo na construção das decisões de governo foi um excesso de confiança na objetividade do direito produzido pelo parlamento no Estado liberal burguês, onde o “jurídico” praticamente se restringia ao que era disposto pelo legislativo, alçado como representante por excelência dos grupos sociais e de suas variadas eticidades e, ainda, detentor da “vontade geral”.

A consequência para o direito de matiz kelseniano é a construção da teoria jurídica essencialmente formalista, distanciada da justiça, da ética social e de outros valores externos ao ordenamento jurídico. O fim do direito é, segundo Kelsen intralegal e normativamente endógeno, apartado das teorizações filosóficas e sociológicas que não devem ser objeto de preocupação do jurista.³⁴

Não é demais dizer que ao se estabelecer a crença de que a “vontade geral” se encontrava no parlamento e que o legalismo representava a justiça, a humanidade pagou um alto preço.

³³ MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 40.

³⁴ PEIXINHO, Manoel Messias; MERÇON Gustavo. Fundamentos teóricos do positivismo e do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina (Coord.); OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.) e OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2.009, p. 316/317.

A modernidade instaurada com o Estado nacional para conter os abusos entre os homens e na sequência a transformação do absolutismo no Estado liberal burguês, concedendo proteção do indivíduo em face de seu Governo criou a aparência de que um retrocesso era impossível. A percepção era de que o homem finalmente progredia em seu processo civilizador na contenção de seus impulsos mais negativos. Contudo, a face do mal sempre se encontra presente na espécie humana e a modernidade encontraria um duro golpe nos eventos históricos que permearam o século XX.

Os exemplos trazidos principalmente pelas experiências nazista e stalinista, instauradoras do “tudo é possível” – que segundo Lafer, seguindo as ideias de Hannah Arendt, “levou pessoas a serem tratadas, *de jure e de facto*, como supérfluas e descartáveis”, contrariando “frontalmente os valores consagrados pela Justiça e pelo Direito” [...] ³⁵

A barbárie da segunda guerra é importante para entender de forma mais aprofundada o mecanismo de utilização da racionalidade burocrática e da lei como arrimo para os atos de desconsideração humana. A ausência de participação do cidadão nas deliberações da comunidade e o excesso de confiança nos “delegatários” do poder podem ter sido os principais causadores do massacre de minorias.

1.3 O HOLOCAUSTO E O LEGALISMO: a falta de participação cotidiana na vida política e o totalitarismo nazista como forma de duro golpe no Estado liberal.

Não é preciso dialogar profundamente sobre a ausência de limites para a maldade humana. De fato, a espécie humana possui um viés destrutivo que se volta contra si mesma, motivada por uma infinidade de paixões. A história é testemunha de barbáries de ordens diversas e de proporções extraterrestres, mas, sem dúvida, dentre todas se destaca a segunda guerra mundial.

³⁵ MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 139.

Para fins de continuidade do raciocínio trazido em linhas acima que pretende ressaltar o papel da cidadania e a respectiva participação dos membros da comunidade nos assuntos públicos, a segunda guerra mundial representa o perfeito exemplo de como a lei e os poderes do Estado, foram utilizados intencionalmente para a implementação de uma ideologia onde o resultado foi o expansionismo tardio de um país dominado pelo totalitarismo e a sistemática extermínio de seres humanos inocentes, guiados por um ditador.

No interior dos fatos que constituíram a segunda grande guerra, há espaço para o estudo acerca da utilização da lei e da racionalidade burocrática como instrumento de justificação de atos contrários à ideia de direitos fundamentais. É importante, nesse contexto, saber como o produto (lei) do órgão detentor da vontade geral foi utilizado para atos extremamente contrários ao senso universal de justo, reafirma a necessidade de ressaltar o papel da cidadania e da participação popular no atual panorama constitucional que se encontra o Brasil.

Assim como a Alemanha da segunda grande guerra, o Brasil talvez tenha ainda uma baixa participação do povo nos assuntos públicos do cotidiano, limitando-se quase sempre a votar nos “representantes do povo”. Nas palavras de O’Donnel, existe nos países recém-saídos do autoritarismo, onde se inclui o Brasil, uma subespécie de democracia, chamada pelo mesmo de “democracia delegativa”

[...] (2) algumas democracias recém-instaladas (Argentina, Brasil, Peru, Equador e Bolívia, mais as Filipinas e a Coréia do Sul e provavelmente alguns países da Europa Central e Oriental, hoje mais claramente a Polônia) são democracias no sentido de que eles cumprem os critérios de Robert Dahl para a definição de poliarquia; (3) mas essas democracias não são – nem parecem estar caminhando para isso – democracias representativas; Elas apresentam um conjunto de características que me deixam tentado a chamá-las de democracia delegativa; (4) as democracias delegativas não são democracias consolidadas ou institucionalizadas, mas podem ser duradouras. Na maioria dos casos não se vislumbram ameaças iminentes de uma regressão autoritária aberta, mas tampouco se vislumbram avanços em direção a uma representatividade institucionalizada; [...]³⁶

³⁶ O’DONNEL, Guillermo. Democracia delegativa? In: **Novos Estudos Cebrap**, n. 31, out/91, p.25. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/22584776/O-Donnel-1991-Cebrap-Democracia-Delegativa>. Acessado em 05 de setembro de 2012 às 09h50m.

Essa democracia delegativa, na visão do autor, funcionaria como uma segunda fase de transição em referidos países. A ausência de fortes instituições democráticas e o estilo de governo do chefe do executivo contribuem para um distanciamento da população dos assuntos cotidianos da vida pública, confiando o poder das mãos do “messias”. Essa transição se operaria entre o governo democraticamente eleito para um regime democrático.

Isso é importante, pois o afastamento da população dos assuntos diários da vida pública é um fator que permite uma falta de controle dos atos do governo, possibilitando agressões contra direitos fundamentais, razão pela qual o exemplo da segunda guerra mundial é relevante nesse ponto. A Alemanha também deixava um Império para ingressar numa recente democracia republicana. A utilização do sistema jurídico instalado com a república de Weimar foi fundamental para ascensão do nazismo e suas atrocidades.

Nesse sentido, num resumo forçado sobre o terceiro Reich Alemão, Shirer relata:

O Terceiro Reich, nascido em 30 de janeiro de 1933, duraria mil anos, jactava-se Hitler, e, na linguagem nazista, referiam-se com frequência a ele como sendo o “Reich de Mil Anos”. Durou 12 anos e quatro meses, mas nesse breve período, do ponto de vista histórico, causou em nosso planeta uma irrupção mais violenta e devastadora do que qualquer outra de que se tem notícia, erguendo o poderio do povo alemão a alturas que jamais conhecera durante mais de um milênio, fazendo desse povo, ao mesmo tempo, os senhores da Europa, desde o Atlântico até o Volga, desde o Cabo Norte até o Mediterrâneo; depois, lançou-o nas profundezas da destruição e da ruína, ao cabo de uma guerra mundial que havia friamente provocado e durante a qual instituiu sobre os povos conquistados um reinado de terror que, em sua premeditada carnificina, dirigida contra a vida e o espírito humanos, sobrepujou todas as opressões selvagens dos séculos anteriores.³⁷

Grande parte das pessoas que se encontram fora do círculo acadêmico imagina de forma intuitiva que Adolf Hitler ascendeu ao poder através de usurpação e violência e que todos os seus atos foram realizados em razão de uso indiscriminado da extraordinária força bélica existente naquela época.

³⁷ SHIRER, William L., **Ascensão e queda do terceiro Reich**, vol. 1, trad. Pedro Pomar, 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967, p. 186.

Sempre que se quer demonizar algo, sobretudo na política, há a inevitável comparação com Hitler em razão de ter sido um ditador totalitário. Percebe-se que a história do terceiro Reich é vista nas escolas de forma rápida e pouco detalhada, o que pode contribuir para a intuição de que houve uma tomada forçosa do poder por Hitler. Mas isso é sabidamente equivocado.

O regime totalitário nazista de Hitler não chegou ao poder através de um golpe de Estado. Apesar da tentativa de tomada forçosa do poder através do chamado “putsch” da cervejaria, esse “mini” golpe armado fracassou. Shirer conta que Hitler, depois de cumprir pena pelo ato, modificou sua tática radicalmente, conforme explicou a um de seus adeptos, envidando esforços a partir de então para a tomada de poder por “dentro”:

Quando eu retornar a atividade será indispensável a adoção de uma nova política. Ao contrário de procurar alcançar o poder através de um golpe armado, teremos de enfrentar altivamente no Reichstag os deputados católicos e marxistas. Se derrotá-los pelo voto leva mais tempo que fazê-lo pela força, em compensação o resultado será garantido pela própria constituição. Qualquer processo legal é lento. (...) Mais cedo ou mais tarde teremos maioria. E depois, a Alemanha!³⁸

Após a primeira guerra mundial a Alemanha se tornou uma república democrática. Turbulências políticas eram comuns na Alemanha daquela época, razão pela qual o controle do parlamento era fundamental para os planos de totalitarismo de Hitler. Com base na expressiva eleição de membros do partido nazista nas eleições de 1932, Hitler exigiu que o presidente da época, Paul Von Hindenburg, nomeasse-o chanceler e o colocasse em completo controle do Estado.

Segundo Shirer, embora negado o seu apelo inicialmente, em 30 de janeiro de 1933, para aplacar uma crise instaurada pelo pedido de demissão do chanceler da época, agregado ao fato de que se necessitava de um governo de coalisão na recente democracia alemã, o Presidente Hindenburg, em meio a intrigas políticas, nomeou Adolf Hitler como chanceler da Alemanha.

³⁸ SHIRER, William L., **Ascensão e queda do terceiro Reich**, vol. 1, trad. Pedro Pomar, 5 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967, p. 186.

Desta forma, pela porta dos fundos, através de acordos políticos escusos com os reacionários da velha escola que ele, particularmente, detestava, o antigo vagabundo de Viena, o negligente da I guerra mundial, o revolucionário violento, tornou-se chanceler de uma grande nação.³⁹

O relevante nesse momento é afirmar que Hitler foi nomeado *legalmente* pelo presidente eleito. A relevância concedida ao principal produto do positivismo jurídico, qual seja, o legalismo, foi crucial para a legitimação de Adolf Hitler e da posterior doutrina nazista durante a segunda grande guerra. Ressalte-se que nesse contexto, embora motivado por chantagens e ameaças, o ato do presidente Hindenburg de empossar Hitler *não* feriu a Constituição do país.

O império dos Hohenzollerns fora edificado sobre as vitórias militares da Prússia; a República Alemã sobre a derrota diante dos aliados, depois de uma grande guerra. Mas o terceiro Reich nada devia aos azares da guerra ou à influência externa. Foi instaurado em termos de paz e pacificamente, pelos próprios alemães, tanto em virtude de suas fraquezas como de suas forças. Os alemães impuseram a si mesmos a tirania nazista. Muitos deles, talvez a maioria, não se deram perfeita conta disso aquele meio dia de 30 de janeiro de 1933, em que o Presidente Hindenburg, agindo de maneira absolutamente constitucional, confiou a chancelaria a Adolf Hitler. A teoria que Hitler desenvolvera em seus errantes dias de Viena e jamais esquecerá, - de que o caminho para o poder de um movimento revolucionário era o de aliar-se com algumas das instituições poderosas do Estado, - estava agora sendo posta em prática quase exatamente como tinha calculado⁴⁰

A demonstração de uso da lei não cessa no ato acima informado. Na sequência de exemplos do uso do sistema jurídico em favor do totalitarismo, segundo Shirrer, em 27 de fevereiro de 1933, o parlamento alemão foi envolvido num grande incêndio e referido evento se tornou crucial para o aumento do poder político de Hitler.

Imediatamente houve a acusação de que se tratava de um ataque comunista contra a Alemanha e o terror e o medo foram disseminados na sociedade da época. "Isto é princípio de revolução comunista! Não devemos esperar um minuto. Não teremos piedade. Todo funcionário comunista deve ser morto, onde for encontrado, todo deputado comunista deve nesta mesma noite ser enforcado."⁴¹

³⁹ SHIRER, William L., **Ascensão e queda do terceiro Reich**, vol. 1, trad. Pedro Pomar, 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967, p. 278.

⁴⁰ SHIRER, William L., **Ascensão e queda do terceiro Reich**, vol. 1, trad. Pedro Pomar, 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967, p. 282.

⁴¹ SHIRER, William L., **Ascensão e queda do terceiro Reich**, vol. 1, trad. Pedro Pomar, 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967, p. 289.

Na sequência dos eventos da segunda guerra, Shirer informa que através da estratégia do incêndio, Hitler obteve do presidente Hindenburg uma autorização em forma de *decreto de emergência* para agir em nome do povo alemão a fim de deter a ameaça comunista.

No dia posterior ao incêndio, 28 de fevereiro, ele (Hitler) persuadiu o Presidente Hindenburg a assinar um decreto “pela Proteção do Povo e do Estado”, suspendendo as sete seções da Constituição que garantiam as liberdades individuais e civis. Apresentado como “medida defensiva contra os atos de violência dos comunistas que punham em perigo o Estado”, o decreto estabelecia que: Restrições à liberdade pessoal, ao direito de livre manifestação de opinião, inclusive à liberdade de imprensa; aos direitos de reunião e associação; as violações das comunicações privadas telefônicas, telegráficas e postais; e autorizações para buscas domiciliares, ordens para confiscos, bem como restrições à propriedade, são também permissíveis além dos limites legais prescritos em outras circunstâncias.⁴²

O ato concedido pelo presidente *fundamentou de forma legal* a decretação do estado de emergência que permitia também o governo do Reich assumir o controle total dos Estados da federação, entre outras coisas, limitar a liberdade de imprensa e de expressão e o julgamento de “crimes de traição” por um tribunal de exceção composto por nazistas em detrimento do supremo tribunal alemão. Note-se que a utilização do sistema legal é sempre trazido à tona na ascensão de Hitler ao poder na Alemanha nazista.

Estabelecer a forma de ascensão do nazismo ao poder é interessante ao presente trabalho, pois a falta de intervenção popular na vida diária da política alemã, deixando as decisões para líderes, pode ter sido um dos grandes elementos permissivos do holocausto. A confiança exagerada no sistema legal estabelecido pelo parlamento foi um elemento chave para referida trajetória e, ainda hoje ecoam questionamentos acerca do “porquê” o povo permitiu tamanha barbárie. Assim, mais do que saber quem realizou referidos atos, é interessante saber por que se permitiu que acontecesse. Nesse sentido Bauman, citando Hughes:

O governo nacional socialista da Alemanha operou contra os judeus o mais colossal “trabalho sujo” da história. Os problemas cruciais dessa ocorrência são (1) que pessoas efetivamente fizeram esse trabalho e (2) **quais as**

⁴² SHIRER, William L., **Ascensão e queda do terceiro Reich**, vol. 1, trad. Pedro Pomar, 5 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967, p. 291-292.

condições que levaram as “boas” pessoas a deixar que o fizessem?⁴³
(destacou-se)

A utilização do sistema jurídico e, por que não dizer, da burocracia em geral criada pelo Estado liberal pelo partido nazista sem dúvida constitui um dos elementos essenciais do holocausto. Hitler e a ideologia nazista chegaram e se mantiveram no poder por meio da utilização do sistema legal para legitimar seus atos. Visualizar as principais utilizações do sistema é interessante para demonstrar o duro golpe no arcabouço teórico-jurídico criado pelo homem para justamente impedir a agressão de homens contra homens e para proteger os homens de abusos do governo.

Na retomada do relato, pode-se afirmar que o *decreto de emergência* antes referido é um marco inicial na consolidação nazista junto à Alemanha e a fortificação do poder em torno de Hitler. Esse *exemplo de utilização do sistema legal* para implementar o totalitarismo se somaria a outros para consolidação da barbárie, demonstrando novamente que a utilização do sistema jurídico positivo era uma verdadeira estratégia para não ser acusado de ilegítimo e demonstra que a democracia representativa, tomada por um único partido, permitia a confabulação entre pessoas que agiam longe de qualquer interesse universal de justiça.

Ainda na continuidade do relato de uso do sistema legal e, novamente de acordo com Shirrer, duas semanas após o incêndio do *Reichstag*, Hitler pediu ao *parlamento* para temporariamente delegar os seus poderes a ele para que pudesse lidar adequadamente com a crise. Quando da votação, o resultado foi amplamente favorável aos nazistas, dando a Hitler a maioria que precisava para *suspender os direitos fundamentais previstos na Constituição alemã*. Em 23 de março de 1933, entrou para a história alemã a "Lei Habilitante" (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* - Lei para sanar a aflição do Povo e da Nação).

Achava-se em discussão o chamado ato de autorização – A lei para a eliminação do perigo contra o povo e o Reich, como ficou oficialmente conhecida. Seus cinco breves parágrafos abrangiam o poder de legislar, inclusive o controle do orçamento do Reich, a sanção de tratados com os Estados estrangeiros, a iniciativa de emendas constitucionais, sem a audiência do parlamento, e entregavam o poder ao ministério do Reich por quatro anos. Mais ainda, o ato estipulava que as leis decretadas pelo

⁴³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 21.

ministério deviam ser redigidas pelo Chanceler e “podiam afastar-se da Constituição”.⁴⁴

Percebe-se que Hitler obteve de *forma Constitucional e diretamente do órgão detentor da “vontade geral”*, o poder de editar leis que funcionavam como verdadeira emenda à Constituição. Hitler acumulou sobre si, de *forma absolutamente legal*, uma espécie de poder constituinte permanente.

Esse é um dos exemplos claros de que mesmo com toda a teoria trazida pela filosofia da época em apontar o parlamento como detentor da “vontade geral”, a possibilidade de conluio entre seus membros e a dominação total por parte de um grupo era possível. Além do duro golpe na credibilidade do parlamento, a própria democracia representativa foi posta à prova e percebida como insuficiente, pois foi um fator que colaborou para que a barbárie fosse iniciada usando-se as regras do direito trazidas pela construção filosófica juspositivista.

A democracia parlamentar foi, assim, enterrada na Alemanha. A não ser pela prisão dos comunistas e de alguns deputados socialdemocratas, tudo foi feito de forma completamente legal, se bem que acompanhado pelo terror. O parlamento entregara sua autoridade constitucional a Hitler e, assim, suicidara-se, embora sobrevivesse, como uma recordação, até o fim do Terceiro Reich, servindo esporadicamente como caixa de ressonância para alguns dos estrondosos pronunciamentos de Hitler; seus membros, daí em diante foram escolhidos pelo Partido Nazista, pois não houve mais eleições de verdade. Foi esse ato de autorização, e nada mais, que constituiu a base legal para a ditadura de Hitler. A partir de 23 de março de 1933, Hitler tornou-se o ditador do Reich, liberto de qualquer restrição do parlamento ou para todos os fins práticos, do idoso e exausto Presidente. [...] Os bandos de rua, nas palavras de Alan Bullock, “havia se apoderado dos recursos de um grande Estado moderno, o enxuro tinha galgado o poder”. Mas – como Hitler nunca deixou de alardear – **“legalmente”, através de uma votação esmagadora do Parlamento. Os alemães não podiam acusar ninguém, salvo a si mesmos.**⁴⁵(destacou-se)

O que se percebe desse ligeiro relato sobre a trajetória de Hitler é que o mesmo assumiu o poder e implantou o regime nazista preocupando-se em dar ao processo a *maior legalidade possível*, conseguindo receber do parlamento uma lei de plenos poderes. Esses atos demonstraram ao mundo que é preciso mais que deputados

⁴⁴ SHIRER, William L., **Ascensão e queda do terceiro Reich**, vol. 1, trad. Pedro Pomar, 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967, p. 297

⁴⁵ SHIRER, William L., **Ascensão e queda do terceiro Reich**, vol. 1, trad. Pedro Pomar, 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967, p. 299-300.

para que o homem esteja protegido da arbitrariedade e do abuso. O totalitarismo e seus atos de barbárie na Alemanha nazista pode ser apontado como um dos grande motores da posterior ascensão do Estado democrático como forma de combate a atos de semelhante envergadura através da participação ativa da comunidade nos assuntos públicos cotidianos.

O império erguido por Adolf Hitler ao assumir o poder total na Alemanha da segunda grande guerra, conforme dito, pode ser apontado como um exemplo de utilização de um arcabouço teórico do Estado para justificar a utilização de violência contra uma minoria. Em meio à guerra, um interessante relato de Orwell, citado por Bauman resume o pensamento acerca do uso do aparato legal do Estado para a produção de ato de violência ilegítima:

Enquanto escrevo, seres humanos altamente civilizados estão sobrevoando, tentando matar-me. Não sentem qualquer inimizade por mim como indivíduo, nem eu por eles. Estão apenas “**cumprindo o seu dever**”, como se diz. Na maioria, não tenho dúvida, são homens bondosos e cumpridores das leis, que na vida privada nunca sonhariam em cometer assassinato. Por outro lado, se um deles conseguir me fazer em pedaços com uma bomba bem lançada, não vai dormir mal por causa disso. Está servindo ao seu país, que o poder de absolvê-lo do mal.⁴⁶ (destacou-se)

Some-se ao uso do aparato legal, o constante afastamento do povo da arena política, das deliberações públicas, das assembleias, erguendo à época o chamado “homem forte”, o messias, o líder, o Führer. Um povo que se considera excluído da arena pública cotidiana é tentado a deixar o poder nas mãos do líder, sendo isso exatamente o que acontecia na Alemanha nazista.

Em relação a esse afastamento, Hannah Arendt externa muito bem seu entendimento acerca da responsabilidade daqueles que deveriam estar engajados na política a participarem para o melhor para sua sociedade. Arendt afirma existir na Alemanha da época da segunda guerra o que ela denominou de “ralé” que era confundida com o povo:

A ralé é fundamentalmente um grupo no qual são representados resíduos de todas as classes. É isso que torna tão fácil confundir a ralé com o povo, o

⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 05.

qual também compreende todas as camadas sociais. **Enquanto o povo, em todas as grandes revoluções, luta por um sistema realmente representativo, a ralé brada sempre pelo “homem forte”, pelo “grande líder”**. Por que a ralé odeia a sociedade da qual é excluída, e odeia o parlamento onde não é representada. Os plebiscitos, portanto, com os quais os líderes modernos da ralé têm obtido resultados tão excelentes, correspondem à tática de políticos que se estribam na ralé.⁴⁷ (destacou-se)

O afastamento do povo da arena pública diária colabora para que demagogos, líderes carismáticos e verdadeiros “atores” subam ao poder político e procedam com total desconsideração aos valores da comunidade que o cerca.

Os judeus foram as grandes vítimas da Alemanha nazista. Nada desse porte tinha acontecido antes. Durante o terceiro *Reich*, a cidadania foi retirada dos judeus que inicialmente foram expulsos da Alemanha através de diásporas e depois conduzidos a campos de concentração. Houve uma completa retirada da comunidade de direitos que abrigava os judeus na Alemanha nazista. O parlamento foi usado para exterminar o “direito a ter direitos”⁴⁸. A democracia representativa estava a serviço do mal.

Não há direitos humanos se não houver uma comunidade organizada para defendê-los do próprio homem e principalmente do próprio governo. Segundo Arendt⁴⁹, houve diásporas antes, mas sempre o povo forçado a migrar possuía algum lugar para onde ir e se estabelecer, contudo, no caso dos judeus da Alemanha nazista, não havia. Não era uma questão de espaço, mas uma questão de Estados formados em territórios que somente aceitavam iguais.

Ainda segundo Arendt, no caso dos judeus, não se tratava nem mesmo de se pedir asilo político, porque o motivo de sua expulsão era sua essência, não havia perseguição por ideias ou atos, mas em razão de pertencerem aquele grupo. A retirada em massa da cidadania criou a figura do apátrida. Segundo Arendt:

⁴⁷ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. 9 ed. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2011, p. 129.

⁴⁸ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. 9 ed. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

⁴⁹ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. 9 ed. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2011, p. 129.

A calamidade dos que não têm direitos não decorre do fato de terem sido privados da vida, da liberdade ou da procura da felicidade, nem da igualdade perante a lei ou da liberdade de opinião – fórmulas que se destinavam a resolver problemas dentro de certas comunidades – mas do fato de já não pertencerem a qualquer comunidade. Sua situação angustiante não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles; não de serem oprimidos, mas de não haver ninguém mais que se interesse por eles, nem que seja para oprimi-los.⁵⁰

O partido nazista e, principalmente Hitler se utilizaram perfeitamente de um dos produtos do positivismo jurídico, qual seja, a *super confiança na lei*, para conceder legitimidade aos atos de ódio contra o povo judeu. Foi com base nela e, também, com base na burocracia estatal que a barbárie assumiu um contorno jamais visto. A aparência de legitimidade é um traço marcante dos atos nazistas.

Em nenhum momento de sua longa e tortuosa execução o Holocausto entrou em conflito com os princípios da racionalidade. A “solução final” não se chocou em nenhum estágio com a busca racional da eficiência, da otimização na consecução do objetivo. Ao contrário, resultou de uma preocupação autenticamente racional e foi gerada pela burocracia fiel a sua forma e propósito.⁵¹

Um parlamento que funcionava em regime totalitário onde apenas um partido era admitido não poderia representar a vontade geral. A falta de participação do cidadão nos assuntos cotidianos da comunidade, a ausência de referidos canais de participação e a existência apenas de uma frágil representação parlamentar foram fatores que contribuíram para a barbárie.

Não são necessárias mais delongas acerca do holocausto ou do trauma causado na humanidade que perdurará até o fim dos tempos, contudo, o que se deve ter em mente é que a confiança na objetividade da lei, a delegação ao parlamento da função de detentor da vontade geral somado a um afastamento do povo dos assuntos públicos criaram o ambiente exato para os atos contrários à dignidade humana.

Se um dos pilares do Estado de direito era impedir o arbítrio do governo através da edição de leis debatidas pelos órgãos colegiados detentores da “vontade geral”, vê-

⁵⁰ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. 9 ed. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2011, p. 329.

⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 37.

se que referido objetivo poderia ser deturpado e utilizado por grupos extremistas e radicais que punham seus objetivos acima dos interesses do povo, utilizando o sistema jurídico trazido à tona pelo movimento filosófico do positivismo jurídico como arma para conceder aparência de legitimidade a seus atos contrários à humanidade.

Permitir que o “justo” estivesse de posse de deputados eleitos, sem nenhuma participação do povo nas deliberações diárias da vida em comunidade foi um grande fator de contribuição para que o “detentor da vontade geral” passasse a ser controlado por um único grupo e se prestasse a por em prática os planos de um ditador que parecia não conhecer o significado de dignidade humana.

A segunda grande guerra, além do óbvio trauma mundial que atravessará os tempos, trouxe à tona a necessidade de reavaliar o positivismo jurídico e a super confiança na lei. Uma nova filosofia deveria discutir o referido papel da “lei” e principalmente do parlamento enquanto detentor do sentido de “justo”. Somente representação não era suficiente para garantia de um mínimo de direitos fundamentais para a condição humana na terra, era necessário engajamento dos membros da sociedade, com abertura de canais de participação constante.

A exaltação do parlamento como detentor da vontade geral deveria ser questionada e revista, pois provado que até mesmo em ambiente composto por “representantes do povo”, o conluio e o totalitarismo poderiam agir e constituir um forma complexa de barbárie e desconsideração com o outro. A cidadania precisava ser reerguida para garantia dos direitos humanos e o Estado democrático aliado à Constituição seriam seus instrumentos mais efetivos.

1.4 PÓS-GUERRA E O RESGATE ÉTICO DO DIREITO: a Constituição como centro de proteção dos direitos fundamentais.

O relato acerca da barbárie nazista é importante para compreender os seus efeitos sobre a realidade do direito atual e permitir a visualização da importância da participação da comunidade e da preservação de seus valores no ápice da ordem

jurídica. O que a segunda grande guerra fez surgir foi uma profunda crise do modelo de Estado que restou abalado numa de suas características, qual seja, a super confiança na lei como representante do justo.

A partir desse traumatizante e imperdoável fato da humanidade um redirecionamento de forças da doutrina e jurisprudência iniciou seu caminho, convergindo para o início da produção de um novo paradigma que pudesse impedir que fato semelhante ocorresse ao redor do globo. Nesse sentido, o resgate da participação popular na vida do Estado elevando o valor da cidadania é um dos traços característicos ao lado da preservação de direitos mínimos pela Carta Magna.

A dogmática tradicional que enxergava o direito como ciência natural, buscando uma observação asséptica e afirmando que o direito positivo era a morada da segurança e da justiça não mais comportava espaço absoluto no mundo após a segunda guerra mundial. O mito da vontade geral representada no parlamento, da imparcialidade do intérprete, o emprego da lógica formal da subsunção e a pretensão da completude do direito positivo não eram mais críveis diante do que o mundo vira na metade do século XX.

Esse movimento filosófico pós-guerra propõe uma verdadeira revisão da dogmática que traria suporte para a construção de um novo modelo de Estado e do próprio direito. A participação, a cidadania e os direitos fundamentais eram o novo horizonte a ser seguido.

O fruto desse intenso debate é uma forma difusa e complementar entre moral e direito, não se permitindo que a lei seja o representante inabalável da justiça. O valor da participação permite a intervenção do povo a qualquer momento para o questionamento das decisões do governo quando referidas decisões agredirem valores fundamentais da sociedade.

A Constituição é a garantia da condição humana e a democracia participativa surge como forma de mistura da sociedade e do governo para engajamento do povo na vida cotidiana do Estado. Ressalte-se que a característica do positivismo jurídico em fornecer concretude às normas através da compilação de leis escritas não pretendia

ser abandonada ou desfeita, mas diante do que ocorrera sob o pálio do legalismo e da utilização da burocracia pelo nazismo, conforme visto, não era mais possível uma visão asséptica e isolada do direito, tampouco um modelo de Estado em que a vontade geral era entregue por completo ao parlamento, sem que outros meios de participação fossem garantidos.

Uma espécie de juspositivismo renovado iniciou seu aparecimento na mesma Europa antes palco da barbárie do holocausto e passa a inserir o “justo” no interior do sistema, buscando através de participação popular mais intensa um maior controle dos abusos cometidos por governantes. O texto constitucional que antes já gozava de *status* superior do sistema passou a incorporar os valores da comunidade como norte a ser seguido.

Dentre os referidos valores, sem dúvida a participação da comunidade nas deliberações do Estado se exalta, enfatizando o Estado democrático como garantia de que o totalitarismo não seria mais possível como outrora ocorrera. Houve uma nova leitura de princípios já consagrados pelo liberalismo de forma a adequá-los à contemporaneidade atuando como um novo horizonte a ser seguido. Streck define a nova linha constitucional:

*Isto é o neoconstitucionalismo: uma técnica ou engenharia do poder que procura dar resposta a movimentos históricos de natureza diversa daqueles que originaram o constitucionalismo liberal, por assim dizer (ou primeiro constitucionalismo). Por isso o neoconstitucionalismo é paradigmático; por isso ele é ruptural; não há sentido em tratá-lo como continuidade, uma vez que seu “motivo de luta” é outro. [...] Considero esse novo constitucionalismo, portanto, como proporcionador de uma verdadeira revolução copernicana no plano da teoria do direito e do Estado. O novo constitucionalismo – que aqui será denominado de neoconstitucionalismo² – representa a real possibilidade de ruptura com o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista, formal-burguês), a partir de uma perspectiva normativa e, por vezes, fortemente diretiva (especialmente em *terrae brasilis*), valendo lembrar, nesse sentido, a determinação constitucional, em textos constitucionais de Portugal, Espanha, Brasil, Colômbia, para citar apenas alguns, de efetivação dos direitos fundamentais-sociais.⁵²*

⁵² STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acessado em 08 de setembro de 2012 às 16h40m.

Inegável que o movimento neoconstitucionalista concedeu força normativa ao que antes era talvez considerado “romance” e a Constituição passou a ser o “general” do sistema jurídico.

Um efeito claro dessa nova ordem de ideias é o posicionamento da Constituição no lugar central das atenções da comunidade científica, tendo deixado de ser apenas um documento superior que estabelecia a organização do Estado. Sua superioridade se tornou mais evidente e coube à mesma abarcar os valores da comunidade que a criara influenciando todos os redutos do direito produzidos pelo sistema.

Referida centralidade tem como “marco zero” histórico a Constituição Alemã de Bonn, de 1949, edificada no pós-guerra e influenciada pela ânsia de criar uma forma segura de impedir que o totalitarismo pudesse algum dia ser repetido. A Constituição de Bonn obteve proteção especial do sistema judicial alemão com a criação do Tribunal Constitucional Federal daquele país em 1951. As construções jurisprudenciais do referido tribunal contribuíram para a produção teórica em torno do tema e foram fundamentais para a elevação gradativa desse novo momento constitucional nos países de formação jurídica romano-germânica. Alexy mostra uma síntese desse momento histórico do constitucionalismo da Alemanha no pós-guerra.

O exemplo mais importante de uma posição constitucionalista é oferecida pela axiologia do Tribunal Constitucional Federal. De acordo com essa concepção, que foi plenamente elaborada pela primeira vez na decisão Luth do ano de 1958, a lei fundamental contém em seu capítulo sobre direitos fundamentais, uma “ordem objetiva de valores” que, enquanto “decisão jusconstitucional fundamental”, vale para todos os âmbitos do direito e do qual recebem “diretrizes e impulsos” a legislação, a administração, e a justiça. A suposição de que, além das normas de tipo tradicional, também pertencem ao sistema jurídico valores que, enquanto valores de estatuto constitucional, exercem um efeito de irradiação em todo o direito ordinário tem amplas consequências.⁵³

Na sequência, Itália, Portugal e Espanha foram se inserindo nesse novo momento do constitucionalismo, empregando a carta magna na centralidade da vida político-jurídica do país.

⁵³ ALEXY, Robert. **El concepto y La validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2007, p. 159.

Não é demais ressaltar, nesse contexto, que a participação da comunidade nas decisões do governo, ou seja, a cidadania, não poderia mais estar restrita ao sistema representativo. Mais que “eleger e ser eleito”, o membro da comunidade deve ter assegurado sua cidadania em termos amplos. Seu sentimento de pertencer e efetivamente participar da comunidade são postos em evidência e representam uma maior dimensão dos modelos de Estado que anteriormente se ergueram. O Estado constitucional democrático surge como consequência dos fatos históricos antes abordados.

Se fosse possível realizar um resumo, será observado que o movimento surgido no pós-guerra e que criou revisão da dogmática tradicional convergiu esforços para uma nova forma de Estado e de aplicação do direito, sobretudo a Constituição. Isso fez gerar de início três grandes impactos frente à apontada dogmática jurídica tradicional que marcam o neoconstitucionalismo: a) foi reconhecida força normativa à Constituição; b) ocorreu uma “*Allgegenwart der Verfassung*, isto é, a onipresença da Constituição em todo o sistema jurídico”⁵⁴; c) surgiu uma nova hermenêutica constitucional.

Referidos impactos devem ser melhores explicitados para que se compreenda com mais acuidade o atual modelo de Estado, onde a participação é um valor erguido ao nível constitucional que possui força para alterar a realidade no seu entorno, invadindo todos os campos da sociedade, devendo ser estabelecido um conceito de cidadania adequado para que a participação se torne realidade e se materialize no Estado democrático iniciando uma Era de respeito aos direitos fundamentais do homem.

1.4.1 Força normativa da Constituição

Pode-se encontrar fundamento teórico para o impacto acima disposto na obra de vários autores, mas se destaca inicialmente Konrad Hesse. O autor expõe uma crítica a Ferdinand Lassalle quando o mesmo afirma que ao lado da Constituição jurídica existe uma Constituição real que é determinada pelo produto das relações entre os fatores reais de poder. No entendimento de Lassalle, a Constituição jurídica nada mais é que uma “folha de papel” e que em verdade toda a Constituição é centrada na política. Hesse, contrastando referido ponto em sua palestra na aula inaugural na Universidade de Freiburg em 1959 estabelece questionamentos que são cruciais para o entendimento da teoria da Constituição como ciência normativa:

A questão que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição. Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do direito constitucional? Qual o fundamento e o alcance dessa força?⁵⁵

Hesse explica que não se deve acolher radicalismos quanto aos termos questionados acima. Não há que se dizer que existe uma normatividade pura, desprovida de interdependência com a realidade e contexto de determinada sociedade, tampouco não se pode admitir que os fatores reais de poder sejam despidos de uma força reguladora contida na Constituição. Um caminho intermediário deve ser estabelecido a fim de responder os questionamentos estabelecidos por Hesse:

Faz mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro. [...] A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito editorial, 2010, p. 15.

⁵⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 11.

diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.⁵⁶

Nesse choque entre a pretensão e a realidade que contorna a Constituição jurídica, será a sua capacidade de transformar a referida realidade da qual é originada que trará à tona sua força normativa. Hesse explica que o fundamento da força normativa reside no “germe” da realidade social que se encontra no entorno da Carta Magna.

O grande ensinamento de Konrad Hesse e que influenciou grande parte da produção acadêmica é que a Constituição é ao mesmo tempo fruto da realidade, mas também produtora da mesma e que em caso de confronto entre a realidade que a cerca e seus termos, nem sempre a Constituição jurídica será a parte mais fraca.

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social.⁵⁷

Modificou-se assim a visão que se havia da Constituição como apenas uma carta de intenções, sujeita quase sempre ao poder discricionário do administrador ou dependente de regulamentação pelo legislador. O reconhecimento de força normativa, ou seja, de atributo de coerção capaz de modificar o entorno social do qual é fruto mostrou-se visível após a segunda grande guerra.

É verdade que no passado, em geral de maneira não expressa, tendia com excessiva frequência e simplicidade (interessada?) a definir de modo redutivo a Constituição com um caráter quase meramente programático, quer dizer, não prescritivo, não (mais ou menos) diretamente normativo. Frente a tais reduções, o entendimento atual da Constituição como norma jurídica, com todas as mediações e reservas que a prudência (inclusive a jurisprudência) autorize ou permita introduzir, parece-me uma conquista a todas as luzes muito positiva e completamente coerente com o melhor Estado de Direito.⁵⁸

⁵⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 14-15.

⁵⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 24.

⁵⁸ MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos modernos. In: QUARESMA, Regina et al (Coord.) **Neconstitucionalismo**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.15.

Se antes o modelo de Estado, apenas concebia a Constituição como um instrumento programático e sem valor, no novo paradigma a carta magna possui força suficiente para alteração do real, razão pela qual em se havendo elevado ao caráter de valor fundamental a “cidadania” e a “participação”, ou seja, o sentimento de pertença e o engajamento na comunidade para fins de construção das decisões do Estado, isso implica dizer que na atualidade do Estado democrático, devem ser asseguradas ações que viabilizam canais de participação em todos os lócus de governo.

Em aliança aos ensinamentos de Konrad Hesse, mister se faz trazer de forma complementar os estudos de J. J. Gomes Canotilho⁵⁹, pois que se existe uma força normativa da Constituição, necessário esclarecer a quem se dirige referidas imposições constitucionais para conformação da realidade e resolução do conflito entre o real e o jurídico.

Na visão de Canotilho, as diretivas constitucionais que por vezes se opõem ao real e intentam por alterar a realidade são destinadas ao Estado, razão pela qual são as funções do governo que deverão agir para que seu poder de alteração social possa influenciar nas mudanças. Fazer com que a Constituição jurídica deixe de ser uma “folha de papel” é missão entregue ao Estado primordialmente na visão do autor.

Em face da Constituição portuguesa parece não haver dúvidas que o destinatário das imposições constitucionais não é apenas a Assembleia da República – restrição que implícita ou explicitamente se detecta em muitas opiniões, ao falarem de imposições legiferantes como imposições dirigidas ao parlamento – mas, também o Governo, titular normal de uma competência legiferante através de decretos-leis ou de decretos no uso de autorização legislativa.⁶⁰

Enfrentando-se a questão da imposição constitucional ao juiz de direito como membro do Estado também com a incumbência de implementar as diretrizes constitucionais, Canotilho demonstra o entendimento de que ao magistrado cabe a realização dos princípios constitucionais sem necessidade de mediação legislativa.

⁵⁹ CANOTILHO. J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra editora, 1994.

⁶⁰ CANOTILHO. J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra editora, 1994, p. 294/295.

Que as imposições constitucionais são, pelo menos, um importante elemento de interpretação, a ter em conta pela administração e jurisdição, parece ser *communis opinio*. Mais problemática é já a opinião de Esser, segundo a qual as directivas constitucionais obrigam o juiz a criar direito material a partir dos princípios constitucionais. Esta vinculação do juiz revelar-se-ia importante no caso de interpretação derogatória de direito legal, em virtude da entrada em vigor de normas constitucionais de conteúdo substancialmente diferente ou até antagónico. A posição que se defende é a de que a “correção do direito incorreto” não pode ir ao ponto de “criar direito legal” e, por isso, o problema é sempre de “imposição legiferante”; mas, por outro lado, é admissível e exigível a aplicação imediata dos preceitos constitucionais, sempre que isso possa ser feito sem mediação legislativa e, neste caso, pode dizer-se que as imposições constitucionais se dirigem também ao juiz e à administração.⁶¹

Os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, incluindo-se a cidadania e a participação, deverão ser aplicadas principalmente através do Estado em suas três funções, cabendo também ao magistrado o dever de implementar as diretivas constitucionais alterando a realidade.

A força normativa é um impacto do neoconstitucionalismo, fundamental para implementação do Estado democrático e conseqüentemente da cidadania. Considerar o “real”, o entorno da Constituição, é garantir que a participação da comunidade na vida política do governo seja algo fundamental para que haja um “bom governo”. Se no paradigma anterior o “justo” residia na “lei” produzida pelo parlamento, na atualidade há a relevância fundamental da participação, razão pela qual esse “justo” é um constructo em co-autoria com o povo.

1.4.2. Onipresença da Constituição

Outro impacto que se seguiu ao aparecimento das novas Constituições do pós-guerra impôs a infiltração de seus comandos em forma de princípios, “[...] que passam a representar a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo [...]”⁶², em todo o ordenamento jurídico

⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra editora, 1994, p. 295/296.

⁶² STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acessado em 08 de setembro de 2012 às 17h40m.

que se produziu em nível inferior através das leis e demais atos normativos do Estado, sendo inclusive parâmetro de hermenêutica na sua aplicação pelos juízes e tribunais competentes.

A Constituição e o sentido que a acompanha praticamente se transformaram em pressuposto de validade na produção, interpretação e aplicação do direito. Isso se deve em grande parte pela presença de elementos jurídicos gerais constantes no texto da Constituição, tais como família, propriedade, cultura, opinião, liberdade, cidadania, democracia etc.

A apropriação por parte da Constituição de assuntos que antes eram reservados ao campo privado da vida é um dos traços desse novo horizonte constitucional que se vive, motivando a afirmação acerca de sua presença em todos os campos e ressaltando a importâncias dos princípios. Streck novamente define com clareza:

É inegável que a noção de constitucionalismo social (força normativa e textos com forte conteúdo diretivo) teve a função de trazer, para o âmbito das Constituições, temáticas que antes eram reservadas à esfera privada. Por isso é que que parcela significativa dos textos constitucionais surgidos após a segunda guerra mundial publiciza os espaços antes “reservados aos interesses privados”. E essa publicização somente poderia ocorrer a partir da assunção de uma materialidade, espaço que vem a ser ocupado pelos princípios.⁶³

A chamada Constitucionalização do direito importa numa verdadeira “impregnação” da ordem jurídica pelo sentido dos princípios abarcados pela Carta Magna. Essa infiltração tem o escopo principal de proceder o emparelhamento da ordem jurídica atual e também da preexistente ao projeto social estabelecido no ápice do ordenamento, funcionando também como forma de controle da discricionariedade do administrador e do julgador.

Em se tratando de parâmetro hermenêutico e de verdadeira invasão da Constituição em toda a ordem jurídica, é certo afirmar que não somente a função executiva e legislativa, mas também a judiciária deverá observar os valores expostos na carta

⁶³ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acessado em 08 de setembro de 2.012 às 17h45m.

magna, inclusive o sublime valor de participação dos membros da comunidade no “decision making”⁶⁴, de sorte que tomada de decisões não precedida de debates entre as partes e “juízos de terceira via”⁶⁵ não são admitidos na ordem processual atual, não podendo arrimar a decisão judicial.

Construir uma decisão razoável e adequada através da participação ativa dos envolvidos é cabalmente necessário para implementação da democracia, inclusive no judiciário, assim como é totalmente necessário para garantir que o sentido atribuído ao direito seja percebido de forma positiva por aqueles que estão diretamente envolvidos na questão. Uma sociedade aberta de intérpretes é vista no horizonte e funciona como uma espécie de “estrela-guia” para a comunidade jurídica, realçando um novo horizonte constitucional.

1.4.3 Nova forma de hermenêutica constitucional

O terceiro grande impacto produzido pelo neoconstitucionalismo é a modificação nas formas de construção de sentido do texto constitucional, haja vista que em razão da infiltração de valores na Constituição jurídica, com caráter eminentemente aberto, não mais se pode admitir somente a exegese tradicional arrimada na crença do “sentido único” da norma. Não mais se admite ao intérprete “desvelar” o sentido acoplado ao texto, servindo como uma verdade insofismável a guiar a sociedade.

Esse impacto é importante porque estabeleceu novas formas de hermenêutica ao lado da tradicional forma de aplicação do direito, qual seja, a subsunção, fazendo com que o magistrado deixe de ser a “boca da lei” para antes de tudo, ser o intérprete dos valores sociais objetivados no texto constitucional.

⁶⁴ Processo de construção da decisão judicial operada pelo Magistrado com a participação intensa das partes e dos afetados pelo produto final da jurisdição.

⁶⁵ COLA, Felipe Souza; ESTEVES, Carolina Bonadiman. O juízo de terceira via sob a luz do contraditório substancial: Proposta de aplicação do princípio da cooperação como forma de se assegurar um acesso à justiça qualitativo. **Revista Depoimentos**. Vitória – ES, nº 14, p. 147-173, julho/dezembro 2008.

É nesse contexto que ocorre a invasão da filosofia pela linguagem (*linguistic turn*, que, no plano da hermenêutica filosófica, prefiro chamar de *ontologische Wendung* – giro ontológico), a partir de uma pós-metafísica (re)inclusão da faticidade que, de forma inapelável, mormente a partir da década de 50 do século passado, atravessará o esquema sujeito-objeto, estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão (*hermeneutische Zirkel*).⁶⁶

O que se afirma é que não houve uma extinção da hermenêutica tradicional com suas formas teleológica, gramatical, sistemática e histórica, pois que mesmo em tempos de constitucionalismo pós-moderno, subsistem no texto constitucional partes que necessitam apenas de uma operação de subsunção (ex.: aposentadoria compulsória aos 70 anos). O que é novidade no neoconstitucionalismo são outras formas de construção de sentido com forte presença da filosofia.

Nesse sentido, é também necessária uma argumentação eficiente. A argumentação tem o objetivo de promover uma adesão do auditório universal aos fundamentos expostos pelo julgador. Não se pretende o convencimento acerca da resposta correta, mas o que se visualiza é que a tarefa da argumentação é por em evidência a “melhor” ou mais adequada decisão para o caso concreto, tendo em vista que pessoas diferentes em contextos diferentes sempre terão posições argumentativas diferentes. Isso é fruto da sociedade plural.

Nesse tangente, é dever dos tribunais dar efetividade aos valores da cidadania e participação popular de sorte que outras formas de construção de sentido sejam admitidas, possibilitando que chamada “sociedade aberta de intérpretes”⁶⁷, conforme será visto, encontre um terreno fértil para implementação de formas de participação popular na interpretação da Constituição, em auxílio aos tribunais.

⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acessado em 09 de setembro de 2012 às 19h30m.

⁶⁷ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

1.5 CONCLUSÃO DA PRIMEIRA PARTE

Do esboço histórico antes evidenciado e pela demonstração do momento constitucional que se vive, denota-se que um novo olhar sobre o sistema positivista ocorre na atual fase neoconstitucionalista. O legislativo não é mais o detentor absoluto da vontade geral, sendo que o Estado constitucional democrático foi erguido para garantia de uma participação efetiva da sociedade no cotidiano do governo. Uma construção teórica se desenvolveu para entrelaçar Estado e sociedade nos assuntos públicos.

Inobstante a construção teórica do Estado liberal burguês acerca da vontade geral presente no parlamento e da construção filosófica do positivismo jurídico estabelecendo o justo como representado pela lei, vê-se que o povo se encontrava afastado da arena política, seja pela falta de engajamento, seja pela ausência de canais de inserção democrática cotidiana. A cidadania era restrita ao “votar e ser votado”.

A revisão e a reconstrução de um direito positivo em crise se iniciaram após o trauma do holocausto, e teve o objetivo de conceder justiça ao povo que circunda a Carta Magna, desmistificando a *super-confiança* na principal produção do parlamento, qual seja, a lei. A Constituição passou a ser o centro das atenções e os direitos fundamentais irradiaram por todo o sistema. Verifica-se que a força normativa da Constituição, sua onipresença no sistema e a hermenêutica renovada são impactos criados por essa fase.

Sem dúvida os princípios erguidos na carta magna são necessários para mudança da realidade. Seu papel é fundamental para que a Constituição jurídica não seja sempre a parte mais fraca, no dizer de Hesse. A cidadania é um direito fundamental no neoconstitucionalismo e deve ser implementada em todos os setores governamentais, conforme afirmado por Canotilho.

A crise do positivismo ocasionada principalmente pelo holocausto provocou a queda da confiança na objetividade da lei e os valores foram novamente chamados a

integrar o conceito de direito. A cidadania é crucial para o desenvolvimento da sociedade e constitui tema principal abordado neste texto, com ênfase no poder judiciário, conforme dito, atual *locus* privilegiado de decisões governamentais.

Viu-se que a ausência de participação da sociedade na vida cotidiana do Estado permitiu a outorga desmedida de poderes ao parlamento e a líderes demagógicos, ocasionando um terreno fértil para a barbárie da segunda guerra. Um objetivo de participação se ergue como forma de garantia de controle sobre as decisões do governo. É necessário o engajamento dos cidadãos e o Estado democrático se constitui como o principal meio para que surjam os canais de participação popular.

Não há Estado democrático sem cidadania e não há cidadania sem democracia. Se o afastamento do povo-destinatário da esfera de debate político contribui para a falta de legitimidade do governo, conforme exposto, então, para fins deste trabalho, é mister uma “construção” dos conceitos de cidadania e participação, com ênfase no Estado democrático de forma a premissar a ideia central que é a participação no poder judiciário de forma a constituir uma sociedade aberta de intérpretes em nível local, ou seja, nas comarcas. O engajamento deve ser total e o poder judiciário não pode se excluído.

A participação em nível local do poder judiciário serve principalmente como processo educador e de preparo para a participação em nível nacional, razão pela qual é importante sua análise, sobretudo, no poder judiciário brasileiro, onde os juízes não possuem a legitimidade democrática direta através do voto, situação que demonstra uma maior necessidade de participação da sociedade para que decisões de efeitos *erga omnes*, tomadas em processos coletivos que envolvem direitos difusos não sejam erguidas de forma solipsita, no interior dos gabinetes.

Se há o desejo de edificação de um Estado constitucional democrático, então que se faça também existir no poder judiciário, sobretudo na atualidade do neoconstitucionalismo, pois é visto como uma importante arena de debates e um dos principais *locus* de decisão governamental.

A análise da possibilidade de implementação de uma sociedade aberta de intérpretes no judiciário local em processos que envolvem direitos difusos, depende primordialmente de se externar o que é a cidadania e estabelecer as características do Estado democrático na atualidade, a fim de verificar o modo de sua melhor implementação no lócus judicial de primeira instância, razão pela qual o tema se segue em referida sequência com passagem pela cidadania em Hannah Arendt e a apresentação do Estado democrático no paradigma atual.

2 A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA VIDA POLÍTICA: a cidadania e a participação como direitos fundamentais a serem implementados pelo Estado democrático.

O esboço histórico antes apresentado demonstra de forma ligeira o percurso da sociedade para trazer à tona o modelo de Estado adotado pela maioria das Constituições atuais do ocidente, incluindo a brasileira. O Estado democrático deve materializar a cidadania que outrora foi olvidada ou restrita ao “eleger e ser eleito”. A participação é um valor fundamental em qualquer locus de decisão governamental e é um poderoso instrumento destinado a impedir eventos como o totalitarismo.

Sem dúvida a Constituição da república estabelece a participação como um dos princípios fundamentais deste país. É um valor resgatado pelo movimento do direito surgido no pós-guerra conforme exposto anteriormente, de forma que a sociedade se sinta participante das decisões produzidas pelo Estado e faça parte nas suas deliberações cotidianas de relevância ampla.

Se o neoconstitucionalismo estabelece que a Constituição deva ter força normativa e invadir todas as áreas da vida, então é notório que o seguimento deste trabalho impõe uma atividade de construção de sentido centrada na participação, haja vista que definir a cidadania e o Estado democrático no atual panorama é fundamental para a posterior análise no locus judiciário brasileiro, conforme dito.

O que se pretende na realidade neste capítulo é uma atividade de elucidação. Trata-se de uma análise da linguagem do direito acerca do entendimento sobre cidadania e participação para que em momento seguinte seja analisada a questão da democracia e cidadania no Poder judiciário brasileiro, com ênfase no nível local.

Assim, antes de propriamente conceituar o Estado democrático e suas características para fins deste trabalho, mister que se faça a elucidação do termo cidadania, haja vista que o Estado democrático objetiva materializar o sentimento de pertença e garantir a participação dos membros da sociedade junto ao centro de comando que constitui o Estado.

Em razão disso, será analisado o pensamento de Hannah Arendt acerca do tema, pois entender a cidadania e a participação no Estado democrático será essencial para o deslinde do problema.

2.1 CIDADANIA EM HANNAH ARENDT: o “estar junto” como direito fundamental a ter direitos e a necessidade de sua proteção e desenvolvimento.

Somos iguais enquanto membros da mesma espécie, mas somos diferentes enquanto indivíduos dotados de características distintas. Viver junto, estar junto, comungar do mesmo mundo são fatores que reforçam a idéia de comunidade e existência política do ser humano.

Em razão disso, não é nenhuma heresia afirmar que sem a convivência em sociedade, os humanos não seriam capazes de dominar a natureza que os cerca. O mito do ser humano sozinho na natureza é facilmente revisto quando se verifica que se inicia a vivência neste mundo de forma absolutamente indefesa e que é necessário o círculo mínimo de humanos para a sobrevivência individual e o progresso da espécie. A convivência com outro ser da mesma espécie é necessidade humana. Aristóteles em sua obra diz:

Estas considerações deixam claro que a cidade é uma criação natural, e que o homem é por natureza um animal social, e um homem que por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade (como o sem clã, sem leis, sem lar de que Homero fala com escárnio, pois ao mesmo tempo ele é ávido em combates), e se poderia compará-lo a uma peça isolada do jogo de gamão.⁶⁸

A família é um grupo primário que desde o início dos tempos informa que o ser humano não é provido de características existenciais mínimas para viver solitário. É bem claro que a força do ser humano reside, sobretudo, na sua capacidade de se

⁶⁸ ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Mario da Gama Kury. Brasília: UnB, 1997, p. 15.

associar ao seu “igual” e, através da coordenação em grupo, constituir uma força inabalável e dominadora.

Numa de suas obras - A condição humana⁶⁹ -, Hannah Arendt após informar no prólogo sua preocupação acerca da alienação do mundo que o ser humano mostra na contemporaneidade, centra seus esforços em três características que sempre acompanharam o ser humano desde o início de sua história.

Limito-me, por um lado, a uma análise daquelas capacidades humanas gerais que provêm da condição humana e são permanentes, isto é, que não podem ser irremediavelmente perdidas enquanto não mudar a própria condição humana.⁷⁰

O trabalho, a obra e a ação são referidos por Arendt como as capacidades imutáveis do indivíduo e que estabelecem e identificam sua condição como membros da espécie humana, permitindo sua existência como tal na face da terra. Nas palavras da autora.

O trabalho é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano, cujo crescimento espontâneo, metabolismo e resultante declínio estão ligados às necessidades vitais produzidas e fornecidas ao processo vital pelo trabalho. A condição humana do trabalho é a própria vida. A obra é a atividade correspondente à não-naturalidade da existência humana, que não está engastada no sempre-recorrente ciclo vital da espécie e cuja mortalidade não é compensada por este último. A obra proporciona um mundo “artificial” de coisas, nitidamente diferente de qualquer ambiente natural. Dentro de suas fronteiras é abrigada cada vida individual, embora esse mundo se destine a sobreviver e a transcender todas elas. A condição humana da obra é a mundanidade. A ação, única atividade que ocorre diretamente entre os homens, sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que os homens, e não o Homem, vivem na terra e habitam o mundo. Embora todos os aspectos da condição humana tenham alguma relação com a política, essa pluralidade é especificamente a condição – não apenas a *conditio sine qua non*, mas a *conditio per quam* – de toda a vida política.⁷¹

Essas atividades do ser humano compõe o que Arendt conceitua como *vita activa* e se opõe a chamada *vita contemplativa*. A primeira compreende modos de atividade

⁶⁹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2010.

⁷⁰ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2010, p. 07.

⁷¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2010, p. 08.

do ser humano e permite seu engajamento na vida, sua manutenção, liderança e até mesmo a produção de um legado para lhe garantir “imortalidade”.

A segunda é atividade de pensamento puro que traduz uma experiência do “eterno” e que se opõe a qualquer atividade da *vita activa*. A contemplação necessita de afastamento dos outros e da cessação de atividade. As três capacidades estudadas rompem o silêncio e a quietude que compõe a contemplação. “[...] a expressão *vita activa* recebe seu significado da *vita contemplativa*; a dignidade que lhe é conferida é muito limitada porque ela serve às necessidades e carências da contemplação em um corpo vivo.”⁷²

Na visão da autora, a vida, a mundanidade e a pluralidade são os três fatores que produzem no ser humano a capacidade do trabalho, da obra e da ação. Estes se destinam não somente a manter e possibilitar a vida entre aqueles que se encontram na face do planeta, mas também em prever e preparar a chegada daqueles que ainda virão, ou seja, essas capacidades se destinam a sobrevivência da espécie. São atos que denotam atitude, ação e movimento em contraposição à contemplação que traduz inatividade física.

Seguindo-se o raciocínio da autora, nota-se que em razão da atividade humana, ou *vita activa*, estabeleceu-se desde os antigos, a máxima de que o homem é um animal político. De fato, a existência humana está condicionada a atividade em grupo e nesse sentido se evidencia que a “ação” é uma característica absolutamente humana. Arendt informa que o trabalho e a obra poderiam até mesmo se desenvolver em solidão, contudo, a necessidade de “ação” importa em convivência grupal.

A sociabilidade do ser humano, conforme dito, é a causa do domínio em face da natureza. Por necessitar de estar junto aos seus semelhantes é que a máxima do “animal político” se traduz numa verdade desde os tempos remotos. Novamente Aristóteles ao falar sobre a formação das cidades e de como se trata de algo natural do ser humano externa:

⁷² ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2010, p. 19

Agora é evidente que o homem, muito mais que a abelha ou outro animal gregário, **é um animal social**. Como costumamos dizer, a natureza nada faz sem um propósito, e o homem é o único entre os animais que tem o dom da fala. Na verdade, a simples voz pode indicar a dor e o prazer, e outros animais a possuem [...], mas a fala tem a finalidade de indicar o conveniente e o nocivo, e portanto também o justo e o injusto; [...] ⁷³ (destacou-se)

Desenvolvendo na sequência esse tema trazido ao mundo por Aristóteles, a autora Hannah Arendt externa o entendimento que essa sociabilidade, esse “estar junto”, essa “ação” em grupo se opera em dois níveis ou momentos: *Espaço público e vida privada*. O primeiro interessa ao raciocínio.

A qualidade de integração e interação no espaço público é característica somente da espécie humana. Arendt afirma que a “companhia natural” e “meramente social” imposta pela natureza e com vista aos fins biológicos qualifica o “animal social” e também é comum entre os animais inferiores, mas a vida política é apenas da espécie humana.

De fato, o homem desenvolve interação na vida privada e também no espaço público. Essa observação é importante, conforme dito, pois a interação no espaço público diferencia o homem de outros animais. Estar na companhia dos outros de forma igual e para compartilhar o que é comum não é característica de qualquer outra espécie senão a humana.

Nesse sentido, a autora aponta para uma vida privada do ser humano caracterizada pela companhia natural e uma segunda vida que é dada ao ser humano, chamada de *bios politikos*, caracterizada pelo interesse comum.

Segundo o pensamento grego, a capacidade humana de organização política não apenas é diferente desse associação natural cujo centro é o lar (*oikia*) e a família, mas encontra-se em oposição direta a ela. O surgimento da cidade-Estado significou que o homem recebera, “além de sua vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu *bios politikos*. Agora cada cidadão pertence a duas ordens de existência; e há uma nítida diferença em sua vida entre aquilo que lhe é próprio (*idion*) e o que é comum (*koinon*). ⁷⁴

⁷³ ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Mario da Gama Kury. Brasília: UnB, 1997, p. 15.

⁷⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2010, p. 28.

A *polis* grega é o grande ícone nesse concernente, pois através da associação de pessoas que comungavam das mesmas crenças e valores, obteve-se uma organização humana que ultrapassava os limites do interesse pessoal e familiar para objetivar o progresso do grupo e o interesse comum. Nesse sentido, Aristóteles traduz com clareza o sentido da *polis*

Vemos que toda cidade é uma espécie de comunidade, e toda comunidade se forma com vistas a algum bem, pois todas as ações de todos os homens são praticadas com vistas ao que lhes parece um bem; se todas as comunidades visam a algum bem, é evidente que a mais importante de todas elas e que inclui todas as outras tem mais que todas este objetivo e visa ao mais importante de todos os bens; ela se chama cidade e é a **comunidade política**.⁷⁵ (destacou-se)

A *polis*, segundo o entendimento de Arendt, encontrava-se em oposição ao núcleo privado e familiar, não dependendo para sua formação, de qualquer relação de parentesco, mas apenas interesses comuns.

O “viver na polis” ressalta a capacidade humana da ação e do discurso. A arena pública é o local para a persuasão, para a palavra e para o argumento. O ser humano tem essa qualidade de organização grupal de forma que a comunicação faça trafegar a racionalidade entre os membros e se alcance soluções para problemas em comum, o que não é visto nos demais seres que habitam este planeta.

Arendt traz ainda a idéia do contrassenso entre o núcleo familiar e privado com a esfera pública e política. A autora conduz à percepção de que no espaço público da *polis*, havia igualdade e liberdade entre seus membros. Na vida privada, sobretudo no *lócus* familiar, impera o arbítrio do “chefe de família” que comanda os demais membros através de sua intuição, sendo legitimado através de laços de sangue e afinidade.

O campo privado é o local para a desigualdade e para a violência. Em contrapartida, no momento em que deixava o lar para adentrar no campo político, o indivíduo se

⁷⁵ ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Mario da Gama Kury. Brasília: UnB, 1997, p. 13.

encontrava em igualdade ao seu semelhante, razão pela qual somente através do argumento e da persuasão é que se agia na *polis* grega.

A *polis* diferenciava-se do lar pelo fato de somente conhecer “iguais”, ao passo que o lar era o centro da mais severa desigualdade. Ser livre significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando de outro e também não comandar. Significava nem governar nem ser governado.⁷⁶

É bem notável que a obra de Arendt traz um diferenciamento claro entre a esfera pública e privada. Isso é importante, pois através da diferenciação é possível estabelecer o local onde se desenvolvem as capacidades do trabalho, da obra e da ação, enfatizando essa última, haja vista sua estreita ligação com o conceito de cidadania que se pretende construir.

Assim, como importância para o conceito de cidadania, Arendt externa seu entendimento acerca dos momentos da vida social do homem. Afirma que o domínio público constitui o espaço da aparência, o local onde as coisas podem ser “vistas e ouvidas”. Esse espaço de aparência é vital para a construção de uma realidade compartilhada pelo grupo e que transcende às gerações. Nas palavras de Arendt:

Significa, em primeiro lugar, que tudo o que aparece em público pode ser visto e ouvido por todos e tem a maior divulgação possível. Para nós, a aparência – aquilo que é visto e ouvido pelos outros e por nós mesmos – constitui a realidade. Em comparação com a realidade que decorre do ser visto e ouvido, mesmo as maiores forças da vida íntima – as paixões do coração, os pensamentos do espírito, os deleites dos sentidos – levam uma espécie de existência incerta e obscura, a não ser que, e até que, sejam transformadas, desprivatizadas e desindividualizadas, por assim dizer, de modo que assumam um aspecto adequado à aparição pública.⁷⁷

Esse domínio público é aquilo que é comum a todos os integrantes do grupo. Importa muito mais que o simples espaço físico onde se habita, ou seja, é mais que próprio planeta terra. Outrossim, é muito mais que a vida social privada, pois o objetivo do espaço público são interesses de todos, que ultrapassam o núcleo restrito do privado.

⁷⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2010, p. 38.

⁷⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2010, p. 61.

O domínio público, na visão da autora, é algo que nos une e nos separa ao mesmo tempo, algo como uma “mesa” em que todos estão sentados ao seu redor. O domínio público é o espaço ou momento da comunhão de interesses, de compartilhamento de valores, ideias, crenças e objetivos sociais, uma forma de conexão de corpos e, sobretudo, de mentalidades que reúne os homens e estabelece uma clara relação entre eles, além dos limites das relações primárias e secundárias do parentesco e da amizade.

Em contraponto ao domínio público, Arendt traz o conceito de domínio privado, significando estar excluído da “existência”, pois se não se pode ser visto ou ouvido pelos demais, é como se o indivíduo não tivesse presença na realidade. Vida privada significa apenas dedicar-se às capacidades de manutenção da própria existência através do trabalho e da obra. É não estar na presença dos outros.

Viver uma vida inteiramente privada significa, acima de tudo, estar privado de coisas essenciais a uma vida verdadeiramente humana; estar privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros, privado de uma relação objetiva com eles decorrentes do fato de ligar-se e separar-se deles mediante um mundo comum de coisas, e privado da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida. A privação da privacidade reside na ausência de outros; para estes, o homem privado não aparece, e, portanto, é como se não existisse.⁷⁸

Arendt trata de localizar as atividades da *vita activa* no domínio privado ou no *bios politikos*, de acordo com aquilo que precisa ser ocultado e aquilo que necessita ser visto. De seus conceitos acerca da condição humana, a “ação” é de maior relevo neste trabalho, pois é necessária para o desenvolvimento de um conceito de cidadania capaz de colaborar para elucidação dos termos da Constituição da República.

Segundo a autora, a ação descende da característica humana da pluralidade e se opera no espaço público o que importa na conexão humana através de uma teia de relações, constituindo a base da participação de todos nos assuntos de interesse

⁷⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2010, p. 71.

comum. Sua relevância para a construção do conceito de cidadania reside nessa capacidade de conectar os humanos em torno de interesses coletivos.

Nesse sentido e, desenvolvendo melhor o tema, note-se que por sermos da mesma espécie, mas ao mesmo tempo diferentes enquanto indivíduos é que temos a capacidade de agir. A espécie humana não somente “comunica” o mesmo que outros animais, mas também é capaz de comunicar o seu próprio “eu”.

A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto da igualdade e da distinção. Se não fossem iguais, os homens não poderiam compreender uns aos outros e os que vieram antes deles, nem fazer planos para o futuro nem prever as necessidades daqueles que virão depois deles. Se não fossem distintos, sendo cada ser humano distinto de qualquer outro que é, foi ou será, não precisariam do discurso nem da ação para se fazerem compreender.⁷⁹

É através da ação que os seres humanos se inserem no mundo e se tornam visíveis uns aos outros. Arendt afirma que é algo semelhante a um segundo nascimento. A capacidade de ação é característica da espécie humana e corresponde ao “initium” de algo novo. Contudo, a ação sem o discurso tornaria o primeiro ato em algo sem sentido humano. É principalmente através do discurso, da palavra, que o ser humano revela “quem é”.

De qualquer modo, desacompanhada do discurso, a ação perderia não só o seu caráter revelador, como, e pelo mesmo motivo, o seu sujeito, por assim dizer: em lugar de homens que agem teríamos robôs executores a realizar coisas que permaneceriam humanamente incompreensíveis. A ação muda deixaria de ser ação, pois não haveria mais um ator; e o ator, realizador de feitos, só é possível se for, ao mesmo tempo, o pronunciador de palavras. A ação que ele inicia é humanamente revelada pela palavra, e embora seu ato possa ser percebido em seu aparecimento físico bruto, sem acompanhamento verbal, só se torna relevante por meio da palavra falada na qual ele se identifica como o ator, anuncia o que faz, fez e pretende fazer.⁸⁰

O discurso é diferente da mera comunicação realizada através da linguagem instrumental. De fato, o discurso acompanhado da ação possui um nítido caráter de demonstrar ao grupo a singularidade de um de seus integrantes. Somos iguais para

⁷⁹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2010, p. 219.

⁸⁰ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2010, p. 223.

nos compreendermos, mas somos diferentes em nossas ações e falas. Arendt traduz isso:

Ao agir e ao falar, os homens mostram quem são, revelam ativamente suas identidades pessoais únicas, e assim fazem seu aparecimento no mundo humano, enquanto suas identidades físicas aparecem, sem qualquer atividade própria, na conformação singular do corpo e no som singular da voz. Essa revelação de “quem”, em contraposição a “o que” alguém é – os dons, qualidades, talentos e defeitos que se podem exhibir ou ocultar -, está implícita em tudo o que esse alguém diz ou faz.⁸¹

O interessante em se analisar a ação e o discurso como condição humana é que obrigatoriamente se opera enquanto o homem está reunido com os outros. A pluralidade é necessária para que haja feitos e palavras, razão pela qual essa capacidade é típica do domínio público, mais especificamente na vida política.

A ação e discurso criam um segundo universo que conecta os homens. É diferente da conexão do mundo físico. Sua existência é percebida. A conexão através do discurso e da ação é perceptível, porém intangível. Trata-se, na visão da autora, de uma teia de relações que une os homens em torno de um interesse comum, que ultrapassa as necessidades biológicas da vida.

A capacidade de se reunir em sociedade e partilhar um mundo comum são características humanas. É certo que a reunião em grupo torna a espécie humana o “senhor” do planeta. Essa capacidade é vista em todos os recantos conhecidos onde haja humanos de forma que *pertencer* a uma comunidade e exercer a capacidade da ação e do discurso é algo elementar, essencial, característico do humano.

A possibilidade de “estar junto”, conectado com outros, reunidos através de uma teia de relações, sentir o pertencimento e partilhar crenças e valores, são atributos inseparáveis do ser humano e formam o núcleo central do conceito de cidadania.

Certamente a fundação da polis grega, constituindo a “cidade”, ou seja, uma comunidade organizada politicamente, onde os membros se reuniam para deliberar

⁸¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2010, p. 224.

sobre assuntos de interesse comum e exercer o poder de comando, fornece a raiz etimológica da palavra.

A rigor, a polis não é a cidade-Estado em sua localização física; é a organização das pessoas tal como ela resulta do agir e falar em conjunto, e seu verdadeiro espaço situa-se entre as pessoas que vivem juntas com tal propósito, não importa aonde estejam. “Onde quer que vás, serás uma polis”: essas famosas palavras não só vieram a ser o lema da colonização grega, mas exprimiam a convicção de que a ação e o discurso criam um espaço entre os participantes capaz de situar-se adequadamente em quase qualquer tempo e lugar.⁸²

Apesar da obra de Hannah Arendt - “A condição humana” - estabelecer a capacidade humana da ação e que esta se origina da nossa pluralidade, o conceito de cidadania restará completo, na visão da autora, ao se adentrar também na obra - *Origens do totalitarismo*⁸³ - onde a figura do “apátrida” fornece o complemento necessário para a construção do conceito buscado.

Realizando-se um diálogo entre as duas obras, vê-se que na visão da autora referenciada, é na destruição da idéia de comunidade e de pertencimento ocasionadas pela primeira e principalmente pela segunda guerra mundial que se fazem sentir os efeitos da ausência de cidadania, reforçando a necessidade de “estarmos juntos” e pertencermos a alguma coletividade para proteção de nossa existência digna.

A grande “desnaturalização” realizada pela Alemanha nazista principalmente através das Leis de Nuremberg⁸⁴ estabelece de forma visível os efeitos da retirada do “pertencer” do homem à pluralidade, haja vista que criou a figura do ser humano “deslocado”, sem um lugar na terra para sua fixação coletiva.

⁸² ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2010, p. 248.

⁸³ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. 9 ed. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

⁸⁴ Durante o terceiro *Reich*, um dos maiores exemplos de conluio entre membros de um parlamento para conceder aparência de jurídico a atos de desrespeito aos direitos humanos foram as chamadas “leis de Nuremberg”. Trata-se de uma completa desconsideração do conceito de cidadania, causando um efeito direto de retirada da comunidade de direitos que abrigava os outros povos minoritários que habitavam a Alemanha, sobretudo os judeus.

Fazer com que o Estado protegesse apenas os direitos de um grupamento humano em dado território sem se atentar para os direitos mínimos dos demais, dentre os quais o de pertencer a alguma coletividade, foi uma clara retirada da proteção da sociedade de grupos minoritários que não se enquadravam nos pressupostos de nacionalidade em épocas das grandes guerras. Era preferível expulsá-los a tolerar sua diferente cultura.

As desnacionalizações, cujo exemplo destacado são as Leis de Nuremberg, geraram os apátridas ou “povos sem Estado”, tendo referido grupo perdido a proteção que lhes oferecia a sociedade organizada politicamente. A perda da proteção da comunidade a que pertenciam os cidadãos gerava todo o tipo de abuso e arbitrariedade das forças do Estado, pois se tornavam indesejáveis em seu território e também não eram aceitos no seu país de “origem”.

Os apátridas, os povos sem Estado, são considerados como o refugo da terra, totalmente desprovidos de direitos e submetidos ao abuso geral. “O apátrida, sem direito à residência e sem o direito de trabalhar, tinha, naturalmente, de viver em constante transgressão à lei.”⁸⁵

O que se depreende da leitura Arendt é que a cidadania é o *“pertencer” do ser humano a uma coletividade de semelhantes de sorte que através do reconhecimento e adesão do grupo, possa o mesmo participar do bios politikos e encontrar no referido grupo a proteção de seus direitos fundamentais enquanto membro da espécie humana.*

Estar junto a um grupo é característica humana e não pode ser negado ao indivíduo. Arendt afirma que é o direito de pertencer a alguma comunidade que resume “cidadão”. É o *“direito a ter direitos”*. “Só com uma humanidade completamente organizada, a perda do lar e da condição política de um homem pode equivaler à sua expulsão da humanidade.”⁸⁶

⁸⁵ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. 9 ed. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2011, p. 319.

⁸⁶ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. 9 ed. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2011, p. 330.

Estar fora de uma comunidade, não participar, não “estar junto” é o mesmo que deixar de ser um “animal político”. Não ter o direito de ser cidadão é retirar a “ação” do ser humano, é reduzi-lo aos animais inferiores, é expulsá-lo da humanidade.

Celso Lafer extrai o sentido de cidadania em Hannah Arendt da seguinte forma:

A experiência histórica dos *displaced people* levou Hannah Arendt a concluir que a *cidadania é o direito a ter direitos*, pois a igualdade em dignidade e direito dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum. Em resumo, é esse acesso ao espaço público – o *direito de pertencer a uma comunidade política* – que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos.⁸⁷

A cidadania foi olvidada durante a história recente da humanidade, sobretudo no evento da segunda guerra mundial. Foi a existência de um povo apático, não participante, desconectado e isolado, que forneceu o campo fértil para o desenvolvimento de uma forma inusitada de governo, qual seja, o totalitarismo na Alemanha nazista.

Nesse sentido, Arendt chama a atenção para a existência de uma alienação política que constitui a denominada “massa”. Algo sem forma, apática que abre caminho para o “salvador”, o “messias” etc. “Os movimentos totalitários são possíveis onde quer que existam massas que, por um motivo ou outro, desenvolveram certo gosto pela organização política.”⁸⁸ O ser humano isolado é um alvo para os regimes totalitários. “Já se observou muitas vezes que o terror só pode reinar absolutamente sobre homens que se isolam uns contra os outros [...]”⁸⁹

Nesse sentido, é mister a materialização mais ampla possível da cidadania. O modelo de Estado surgido no segundo pós-guerra tem a missão de não permitir que o afastamento do espaço público ocorra e situações traumáticas como as

⁸⁷ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt.** Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200005&script=sci_arttext. Acessado em 13 de julho de 2012 às 15h30m.

⁸⁸ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo.** 9 ed. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2011, p. 361.

⁸⁹ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo.** 9 ed. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2011, p. 526

vivenciadas pela humanidade se repitam, sacramentando o valor da cidadania na espécie humana. Em razão disso é de importância crucial a existência de democracia em todos os setores governamentais, garantindo-se canais de participação nas decisões de governo e eficiente motivação dos cidadãos a estarem no espaço público.

2.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO: o modelo atual como forma de materialização da cidadania e da participação.

Em palavras anteriores foi destacada a utilização da lei, da burocracia e do sistema representativo para instauração do terror totalitário na metade do século XX. A utilização do positivismo jurídico para justificação de ofensas aos direitos fundamentais criou uma influência na doutrina e na jurisprudência e modificou as produções nesse concernente nas décadas seguintes. O trauma causado na humanidade pelo evento do holocausto e o descarte de milhões de pessoas que foram singelamente consideradas supérfluas durante a segunda grande guerra são fundamentos históricos mais que suficientes para que o resgate da cidadania e da participação fosse um dos objetos centrais do novo horizonte que representa o neoconstitucionalismo surgido na Europa do pós-guerra.

Para se evitar qualquer retorno de algo semelhante, o membro da comunidade deve exercer a sua obrigação política de estar junto e participar ativamente nas deliberações de seu governo. Afastar-se da arena política é permitir a assunção do governo por demagogos. Em razão disso, algum modelo de Estado deveria ser erguido para que a cidadania fosse materializada e por meio dele garantido os canais necessários para essa maior inserção no espaço público.

Nesse sentido é que o “pertencer a uma comunidade” e a participação na construção do mundo comum são tão necessárias para a consolidação dos direitos, sobretudo os direitos humanos, razão pela qual o Estado constitucional democrático surge como o modelo capaz de promover factualmente essa participação e esse

pertencimento, sendo instrumento de controle social por parte dos cidadãos engajados no campo público.

Não se admite mais que a legalidade asséptica seja sinônimo de legitimidade. O consenso obtido através da participação dos integrantes da comunidade nas decisões do Estado garante o dever de responsividade governamental e é deveras algo que permeia a teoria política e fundamenta a aceitação do jurídico. A validade da lei e da construção do “justo” também dependem de participação dos destinatários das ordens governamentais.

A participação e os debates fornecem o pano de fundo necessário para que a conduta do governo esteja de acordo com a realidade histórico-social da comunidade que deverá se submeter ao referido governo. Na concepção de Hannah Arendt, poder difere de violência. O primeiro estará presente quando houver comunidade e participação. É a ação e o discurso, conforme dito, que gera o poder. Onde não há engajamento e participação, há violência e usurpação do poder.

Vale frisar, que o conceito de Estado democrático não é algo singelo e que pode ser reduzido em algumas palavras. Contudo, o que se verifica é que se baseia na autodeterminação e soberania do povo. Seu objetivo é construir uma comunidade engajada nos assuntos públicos e impedir o isolamento e a alienação política. Essa participação e esse engajamento são necessários em qualquer locus de decisão, inclusive o judiciário.

Enquanto no sistema meramente representativo o poder é cedido ao representante, no Estado democrático o povo conserva esse poder e o exerce através de várias formas de participação que devem estar previstas no pacto fundante ou criadas a partir do sistema jurídico. Existe uma crise de representação do parlamento, sobretudo o brasileiro que torna ainda mais importante a implementação total de um Estado democrático onde a participação se ressalta.

O divórcio, no Brasil, entre as formas clássicas de representação e a realidade cada vez mais hostil, frustrada pelo emprego pouco satisfatório dessas formas, fez recrescer a crise do sistema político e institucional, crise que envolve tanto os partidos políticos como as duas Casas do Congresso Nacional. [...] Os fracassos da Quarta República provocaram em todo o País

uma considerável descrença da Sociedade no aparelho representativo tradicional.⁹⁰

A simples democracia representativa não mais fornece elementos de identificação entre governo e governado. A crise de representação do parlamento, sobretudo o brasileiro, conforme afirmado por Bonavides, afasta o sentimento positivo que deve acompanhar o conceito de “jurídico” pela ausência de identidade de aspirações. Nesse sentido, cabe ao Estado democrático modificar essa realidade.

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.⁹¹

A crise do parlamentarismo com seu ápice na segunda guerra contribuiu para fazer acrescentar aos modelos liberal e do bem-estar o elemento participação, ressaltando na atualidade a cidadania e concedendo materialidade à soberania popular. No dizer de Bonavides, [...] o século XXI está fadado a ser o século do cidadão governante, do cidadão povo, do cidadão soberano, do cidadão sujeito de direito internacional, [...]”⁹²

O tão necessário exercício da cidadania somente poderá ser efetivado através de um modelo de Estado capaz de permitir a participação do cidadão nas decisões coletivas, garantindo um constante controle da ação do governo. O Estado constitucional democrático é o modelo capaz de garantir essa cidadania.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 523.

⁹¹ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 97.

⁹² BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 372.

2.3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO: debate, educação política, *responsividade* do governo e produção de sentimento jurídico positivo como efeitos do referido modelo de Estado.

O modelo de Estado democrático e o relevo da participação importam em muitos efeitos transformadores para a comunidade em que se desenvolve, constituindo suas características primordiais. Algumas dessas características poderão ser ressaltadas e devem estar em mente para os questionamentos que se seguirão neste trabalho.

Para a mostra das referidas características e o entendimento da importância do modelo de Estado democrático, é mister ressaltar a contribuição de alguns autores, tal como, Robert Dahl⁹³ na elaboração de um conceito de democracia e participação assim como no apontamento de características dos regimes democráticos. Assim, algumas palavras acerca de sua principal obra – Poliarquia - serão tecidas para fins de enriquecimento teórico na dissertação e entendimento acerca da importância de se materializar o referido modelo na sociedade brasileira, sobretudo, no lócus judiciário.

Para Robert Dahl, a democracia é um “sistema político que tenha, como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos”⁹⁴. A característica da *responsividade* implica em atender as preferências dos cidadãos integrantes da comunidade e nesse sentido, na visão do autor, deve ser garantido o debate político entre os diversos grupos. A participação e a oposição são necessárias ao modelo democrático. Quanto maior a participação e a oposição, mais próxima da democracia será o regime político.

⁹³ DAHL, Robert A. **Poliarquia**: Participação e oposição. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997.

⁹⁴ DAHL, Robert A. **Poliarquia**: Participação e oposição. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997, p. 25/26.

Ainda segundo o autor, a democracia deve garantir aos integrantes da comunidade a possibilidade de formular suas preferências, externar suas preferências aos demais cidadãos e ao próprio governo e, no mais interessante pensamento, *ter suas preferências consideradas na conduta do governo*.

Novamente o que se nota é um amostragem de que o pertencimento a uma comunidade e a efetiva participação nos assuntos públicos qualifica o modelo de Estado democrático. Sem a democracia não existe participação ou mesmo cidadania. A participação garante a observação de políticas públicas voltadas para as preferências do cidadão.

Robert Dahl⁹⁵ dispõe que para a democracia ser efetivamente exercida são necessárias 08 (oito) garantias institucionais: a) liberdade de formar e aderir organizações; b) liberdade de expressão; c) direito de voto; d) elegibilidade para cargos públicos; e) direito dos líderes políticos disputarem apoio; f) fontes alternativas de informação; g) eleições livres e idôneas; h) instituições para fazer com que as políticas públicas dependem de eleições e de outras manifestações de preferência.

São todas garantias que estão voltadas para a participação, que ressaltam o envolvimento do integrante da comunidade nos assuntos públicos e permitem que o debate e o tráfego de ideias se estabeleçam. Para o autor essas garantias devem abranger o maior número de pessoas e proporcionar participação e contestação, ou seja, debate.

A democracia, na visão de Robert Dahl, é constituída por uma sociedade inclusiva e contestadora. O autor prefere a nomenclatura “poliarquia”, que “são regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação pública.”⁹⁶ Quanto maior o nível de inclusão e

⁹⁵ DAHL, Robert A. **Poliarquia**: Participação e oposição. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997.

⁹⁶ DAHL, Robert A. **Poliarquia**: Participação e oposição. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997, p. 31.

participação, maior deverá ser a resposta do governo às preferências externadas pelos cidadãos.

Conforme se nota, a democracia Dahlsiana é centrada na participação que ultrapassa a eleição de membros do governo e importa num elemento característico que é a *responsividade*, ou seja, os cidadãos dirigem suas preferências ao governo que por sua vez possui a obrigação de considerar referidas preferências. Oferecer uma resposta adequada é dever do governo onde haja efetiva participação e contestação, construindo uma decisão governamental adequada à realidade histórico-cultural do povo submetido ao Estado.

A participação garante a proteção dos interesses coletivos e estabelece um “bom” governo. Interagir nos processos de decisões governamentais é o que qualifica as democracias contemporâneas que não mais admitem apenas a condução dos negócios públicos pelo príncipe isoladamente.

A participação é crucial e compete aos indivíduos se organizarem em grupos para viabilizar a externação das preferências ao governo a fim de buscar a responsividade. Ter o direito de sensibilizar o governo no atendimento de suas demandas é um dos pontos centrais da poliarquia de Robert Dahl e fornece a base para a característica central da legitimidade democrática fornecida pela participação.

Sob esse aspecto da legitimidade, é na colocação das preferências dos cidadãos quanto às decisões políticas e a efetiva resposta do governo acerca das referidas preferências que reside o foco da aceitação das ordens do Estado pela comunidade. Nas palavras de Moreira Neto

A legitimidade é o referencial ético-político do poder, assim como a licitude é seu referencial ético-moral e a legalidade o seu referencial ético-jurídico. [...] A função da participação é garantir a legitimidade em todas as fases do ciclo do poder, cobrindo, portanto, as opções e as escolhas de quem as faz.⁹⁷

⁹⁷ MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 24.

Em acréscimo às palavras do autor acima apontado, notam-se outras importantes consequências da participação, ou seja, características do Estado democrático e que podem ser vistas também em análise do trabalho de Pateman, baseadas nas lições de Rousseau, Mill e Cole.

Para Carole Pateman em sua obra - *Participação e teoria democrática*⁹⁸ - a participação é um elemento *educador* do indivíduo. Partindo inicialmente dos ensinamentos de Rousseau – O contrato social -, essa educação é no sentido amplo, sendo que prepara o sujeito pertencente a uma comunidade a atuar com responsabilidade social, ou seja, com mais relevo no interesse público que a vida privada.

Durante esse processo o indivíduo aprende que a palavra “cada” se aplica a ele mesmo; o que vale dizer que ele tem que levar em consideração assuntos bem mais abrangentes de que seus próprios e imediatos interesses, caso queira a cooperação dos outros; e ele aprende que o interesse público e privado encontram-se ligados.⁹⁹

A autora considera que a participação é algo essencial para que o indivíduo se sinta membro de uma comunidade e atue na defesa de interesses comuns. O senso de justiça será o guia e por meio dele poderá tomar decisões junto ao governo e estabelecer políticas abrangentes e benéficas a todos. “O sistema ideal de Rousseau é concebido para desenvolver uma ação responsável, individual, social e política como resultado do processo participativo.”¹⁰⁰

De fato, a experiência em participar da vida da comunidade, deliberando sobre assuntos de interesse comum ensina ao indivíduo como pertencer ao grupo. É um efeito da democracia e serve principalmente para desenvolver na prática o conceito de cidadania. “Quanto mais o cidadão participa, mais ele se torna capacitado para fazê-lo.”¹⁰¹

⁹⁸ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Trad. Paulo Roberto Rosanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

⁹⁹ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Trad. Paulo Roberto Rosanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 38.

¹⁰⁰ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Trad. Paulo Roberto Rosanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 38.

¹⁰¹ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Trad. Paulo Roberto Rosanet. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1992, p. 39.

Na visão da autora, partindo agora de John Stuart Mill – Governo representativo -, o homem normalmente age apenas em seu próprio interesse e se afasta do espaço público, razão pela qual a participação na formação da conduta do governo estabelece uma ampliação dos horizontes da pessoa, funcionando como uma espécie de processo de educação política no mais amplo dos termos.

O homem deve ser influenciado pela participação nos assuntos públicos e em razão disso formada uma individualidade responsável com o coletivo. No interior das instituições participativas haveria o campo perfeito para a formação de caráter ativo e espírito público no homem.

Mill encara a função educativa da participação quase nos mesmos termos de Rousseau. Quando o indivíduo se ocupa somente de seus assuntos privados, argumenta, e não participa das questões públicas, sua auto-estima é afetada, assim como permanecem sem desenvolvimento suas capacidades para uma ação pública responsável¹⁰²

A autora informa que o pensamento de Mill é tendente a estabelecer como grande efeito da democracia participativa a transformação das mentes e dos corações dos integrantes por meio de referido processo educacional, não se afastando assim dos ensinamentos de Rousseau.

Na avaliação de J.S. Mill, o aspecto meramente empresarial do governo é o menos importante. O fundamental é o governo em seu outro aspecto, qual seja, o de “uma grande influência atuando sobre a mente humana” e o critério a ser utilizado para julgar as instituições políticas sob essa perspectiva é “o grau em que elas promovem o avanço geral da comunidade, entendendo-se por isto o avanço em intelecto, em virtude e em atividade prática e eficiência”.¹⁰³

Contudo, a proposta de Mill na avaliação de Pateman possui um plus às ideias de Rousseau, pois estabelece que para haver um nível democrático nacional, é mister que a participação se desenvolva *nos níveis locais de habitação e cotidiano*. É no trabalho, na igreja, nas associações, nos parlamentos locais que a participação deve ser “ensinada”.

¹⁰² PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Trad. Paulo Roberto Rosanet. Rio de Janeiro: Paz e terra, p. 44/45.

¹⁰³ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Trad. Paulo Roberto Rosanet. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1992, p. 43.

Para a construção de um caráter individual voltado para a valorização do espaço público, é mister que as instituições políticas sejam adequadas para referida participação e edificação. Haverá um bom governo se a sociedade estiver composta do tipo certo de cidadão. “[...] a condição necessária para o bom governo no sentido empresarial é a promoção do tipo correto de caráter individual, e para tanto, são necessários os tipos corretos de instituições.”¹⁰⁴

A autora mostra a visão de que se não houver um arrimo da democracia nacional em instituições minuciosamente democráticas em nível local, a mesma não se sustenta, criando até mesmo um efeito contrário na população. “[...] de nada servem o sufrágio universal e a participação no governo nacional, se o indivíduo não foi preparado para essa participação a um nível local; é neste nível que ele aprende a se autogovernar.”¹⁰⁵

Paterman revela que o nível local é realmente um importante lócus de aprendizado democrático e deverá se fomentado para que se tenha um alto envolvimento nos assuntos que interessam a sociedade como um todo, ou seja, a nível nacional.

É por meio da participação a nível local que o indivíduo “aprende a democracia”. “Não aprendemos a ler ou a escrever, a guiar ou a nadar apenas por que alguém nos diz como fazê-lo, mas porque o fazemos, de modo que será somente praticando o governo popular em pequena escala que o povo terá alguma possibilidade de aprender a exercitá-lo em larga escala.”¹⁰⁶

Esse entendimento é interessante para este trabalho, pois na atualidade, percebem-se esforços doutrinários para estabelecer uma abertura democrática na Corte Constitucional do país, ou seja, existe um esforço para se aumentar a participação do povo na construção de sentido normativo a nível nacional, havendo uma certa desatenção para a participação nas Comarcas e juízos singulares sobretudo em

¹⁰⁴ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Trad. Paulo Roberto Rosanet. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1992, p.43, 44.

¹⁰⁵ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Trad. Paulo Roberto Rosanet. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1992, p. 46.

¹⁰⁶ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Trad. Paulo Roberto Rosanet. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1992, p.46.

processos coletivos que envolvem direitos difusos, eis que afetam toda a sociedade local.

O juiz da comarca é também juiz constitucional, pois o controle difuso é admitido em nosso sistema, contudo, no dia-a-dia o que se nota é uma atividade isolada dos magistrados inclusive envolvendo direitos difusos contidos nos processos coletivos. Promover a participação popular na construção da decisão em nível de comarcas e juízos singulares quando envolvem processos coletivos seria uma forma de estabelecer uma instituição judiciária democrática em nível local, preparando o indivíduo para a participação em nível nacional, conforme expõe o autor.

Além dos apontamentos acima, Pateman traz ainda outra característica da participação no Estado democrático. A autora se refere a uma função *integrativa* da participação. É uma forma de gerar no indivíduo o sentimento de pertença e faz parte do núcleo central da cidadania. A integração “fornece a sensação de que cada cidadão isolado pertence à sua comunidade.”¹⁰⁷

De fato, a participação nas deliberações da comunidade reforça o sentimento do indivíduo de que está conectado a um grupo e que depende do mesmo para sua existência. Esse sentimento realça a responsabilidade social do cidadão e colabora decisivamente para um “bom governo”, onde as preferências são externadas ao mesmo e devidamente respondidas.

[...] através da discussão política o “indivíduo torna-se conscientemente um membro da grande comunidade” e que sempre que ele tiver algo a fazer pelo público, torna-se capaz de sentir “que não apenas o seu bem-estar depende do bem-estar comum, mas que este depende do seu empenho”.¹⁰⁸

Na mesma linha de raciocínio, pode-se afirmar que para uma efetiva cidadania, é necessária essa característica de civilidade, de pertencer, de sorte que o cidadão se sinta empenhado a participar dos assuntos públicos. Nesse sentido, outra autora estabelece um conceito de civilidade que se une ao externado acima.

¹⁰⁷ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Trad. Paulo Roberto Rosanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 41.

¹⁰⁸ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Trad. Paulo Roberto Rosanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 49.

Mas a civilidade não nasce nem se desenvolve se não se produz uma sintonia entre os dois atores sociais que entram em jogo, entre a sociedade correspondente e cada um de seus membros. Por isso, a sociedade deve organizar-se de modo a conseguir gerar em cada um de seus membros o sentimento de que pertence a ela, de que essa sociedade se preocupa com ele e, em consequência, a convicção de que vale a pena trabalhar para a mantê-la.¹⁰⁹

Trazendo ainda neste momento as observações de T.H. Marshall, a cidadania “exige um elo de natureza diferente, um sentimento direto de participação numa comunidade baseado numa lealdade a uma civilização que é um patrimônio comum”.¹¹⁰ Novamente se exalta o sentimento de pertencer, ou seja, integração do indivíduo, que é obtida também através da participação.

Por meio principalmente das exposições de Dahl e Pateman, pode ser notado que são várias as características do modelo de Estado democrático e que da participação ativa do integrante da sociedade, surge o dever de responsividade do governo através do externamento de preferências do cidadão em relação à decisão e, ainda, um processo educacional político do participante, sendo que referida educação se opera com melhor eficiência em nível local e cotidiano do indivíduo. Tudo isso gera um sentimento de pertença, ressaltando e materializando a cidadania como direito fundamental do indivíduo.

Ao lado de todos esses apontamentos, o que se deve por igualmente em evidência é que a participação do cidadão na construção da conduta de seu governo tem também como efeito, a geração de um grande sentimento positivo nos destinatários das ordens governamentais e suas políticas públicas. Essa característica é igualmente importante para a materialização da cidadania.

O sentimento de adesão do indivíduo ao que é produzido enquanto ato decisional do governo é fundamental para a edificação de uma sociedade coesa e justa, onde os direitos fundamentais e as preferências da população são respeitados e os indivíduos se sintam pertencentes à comunidade organizada.

¹⁰⁹ CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo**: para uma teoria da cidadania. Trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005, p. 20.

¹¹⁰ MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 84.

A participação é cabalmente necessária para garantia de governo dos destinatários das prestações civilizatórias e, igualmente, para o controle dos que atuam como agentes do Estado, garantindo-se que as decisões públicas provoquem no “espírito” dos governados um sentimento positivo, de adesão, contrário a um “ressentimento” que a crise de representatividade tem feito surgir na atualidade. Acerca dessa importância do modelo participativo de democracia, são seguras as palavras de Bonavides:

É, aliás, o único modelo capaz de pôr cobro ao ludíbrio do poder popular, sempre objeto das alienações e descumprimento de sua vontade por outra vontade que, ocupando e dominando as Casas representativas, posto que derivadas daquela, invariavelmente o tem negado, destroçado ou atraído. Tal acontece em virtude do processo de distorção e falseamento daquela vontade desde as suas nascentes.¹¹¹

Uma das formas de evitar esse sentimento negativo de “traição” a que alude Bonavides, pode ser vista na participação do povo nas decisões governamentais promovida pelo modelo de Estado democrático, incluindo o lócus judiciário. A participação edifica também o chamado sentimento jurídico. A política e o direito giram em torno do ser humano e, em razão disso, as paixões que são imanentes à sua existência afloram igualmente quanto aos sentimentos nesses campos da vida.

As decisões governamentais em sentido amplo sempre são analisadas internamente no indivíduo que é o seu destinatário e desse mecanismo aflora o sentimento de adesão ou repulsa. “[...] quem sente o que o Direito é, experimenta, em seguida, a comoção que lhe leva a valorá-lo afetivamente e, por isso, a respeitá-lo.”¹¹²

É fundamental para a existência de uma sociedade justa que esteja presente no lócus de vivência a adesão e harmonia dos sentimentos humanos ao que é traçado como norma, decisão ou política pública pelo Estado. A coesão do grupo, de forma a evitar qualquer força centrífuga, depende do sentimento jurídico. Contudo, esse sentimento é algeônico, ou seja, funciona como os lados opostos de uma mesma moeda. Nas palavras de Verdú:

¹¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

¹¹² VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: Aproximação ao estado do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução e prefácio: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 54-55.

[...] o sentimento jurídico brota de uma comoção da alma que normalmente contém momento de prazer e de desgosto. No primeiro caso, após racionalizar-se, tende a aderir ou harmonizar-se como o ordenamento vigente e, portanto, a respeitá-lo; no segundo, incentiva o distanciamento em relação a este último em virtude do desgosto por ele proporcionado, seja pela injúria que lança sobre o afetado ou sobre os seus próximos (efeito de simpatia), seja porque se considera – e aqui reaparece o elemento intelectual – que ele é injusto se comparado ao ordenamento jurídico ideal imaginado ou querido.¹¹³

O que se busca na participação e engajamento do cidadão na formação da conduta do governo é também esse sentimento, mas na forma positiva. O sentimento jurídico positivo é fundamental para que haja estabilidade nas relações do grupo social e ideal de justiça. Nesse tangente, arremata Verdú:

Antes de tudo, contrasta-se o Direito vigente, experimentando-se prazer ou repulsa ao comprovar-se sua harmonia ou contradição com ele: a) conhece-se, aprova-se ou rechaça-se o Direito; b) respeita-se o Direito em caso de aprovação e critica-se em caso de rechaço, medindo-se com o modelo ideal. Todo esse processo anímico evidencia a importância do sentimento jurídico para manter a estabilidade e o progresso do ordenamento jurídico e para a identificação ou repulsa de seus destinatários ante ele.¹¹⁴

Em razão da necessidade da busca constante de adesão dos sentimentos à ordem jurídica para fins de se obter o senso de justo, é sempre necessária a participação dos destinatários na construção nas decisões governamentais, razão pela qual todo o esforço para materializar a cidadania através de canais de mobilização é necessário.

A força normativa da Constituição deve tornar real o Estado democrático e fomentar o sentimento jurídico positivo na população acerca das ordens ditadas pelo Estado. “O termo sentimento constitucional, assim como o termo consciência constitucional, conduz para o seguinte objetivo: a integração da cidadania na ratio (razão de ser) e no telos (finalidade) da ordem constitucional.”¹¹⁵

¹¹³ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: Aproximação ao estado do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução e prefácio: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 56.

¹¹⁴ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: Aproximação ao estado do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 56.

¹¹⁵ MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma teoria constitucional dirigente**. Florianópolis: Conceito editorial, 2010, p. 196/197.

Cabe ressaltar ainda que num país de modernidade tardia¹¹⁶ como o Brasil, percebe-se uma certa manipulação do elemento essencial da democracia, qual seja, o povo. A utilização do “povo” nesse caso é referida por Müller como “povo ícone”, uma abstração, algo que difere do povo real, do conjunto de destinatários das ordens estatais e, é utilizado para justificar a tomada de decisões que refletem interesses próprios ou de pequenos grupos em detrimento da maioria. Para Müller:

Diante de tal configuração não se trata nem do “povo” ativo nem apenas do “povo” de atribuição; e, muito menos, aí o povo está exercendo a dominação real. Mas fala-se como se ele estivesse exercendo a dominação real, como se tivesse agido de forma indireta, como se legitimasse por meio de lealdade mediada por normas. Nesse caso usamos o povo como sucessor da justificativa pré-democrática, supramundana: eis o legitimismo “por obra e graça do povo.”¹¹⁷

É importante afirmar ainda que as decisões governamentais possuem um sentido amplo e por isso também são ser externadas através do poder judiciário e sem dúvida afetam todo o povo de um território. O efeito *erga omnes* das decisões da Corte Constitucional e, ainda, as decisões dos juízes locais nos processos coletivos, transformam o magistrado em fonte de decisões do governo, estando também submetido ao dever de responsividade.

Não é somente o direito produzido pelas “casas representativas”, onde os ocupantes dos cargos são eleitos diretamente pelo povo, mas também o direito produzido pelo poder judiciário possui a necessidade de atravessar o processo anímico que gera o sentimento jurídico, razão pela qual se questiona se existe participação nos processos judiciais coletivos em trâmite nas comarcas do país. Referidos processos tem a característica de efeitos *erga omnes* para os locais.

Em razão da necessidade de fusão entre o direito vigente e o sentimento jurídico, vê-se que Estado democrático e o referido sentimento são partes integrantes de uma mesma molécula, razão pela qual a sua importância é crucial no atual panorama de desenvolvimento humano para fins de fazer surgir uma consciência constitucional

¹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 21.

¹¹⁷ MÜLLER, Friedrich. **Que é o povo?** A questão fundamental da democracia. 5. ed. rev. atual. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2010, p. 55.

sempre presente. “O convívio comunitário organizado a partir de um Estado, cujos fins são pautados por metas sociais ambiciosas, requer dos cidadãos uma *elevada consciência*, bem como uma *dedicação a interesses superiores*.”¹¹⁸

2.4 CONCLUSÃO DA 2ª PARTE

De todo o fundamento apresentado em linhas acima, vê-se que apesar de ter florescido na Grécia antes de Cristo, a cidadania e a participação foram olvidadas durante os séculos seguintes, sobretudo na idade média, em razão dos regimes patriarcais e monárquicos que se seguiram, contudo, a partir da segunda grande guerra, um resgate desse valor foi aos poucos sendo realizado de sorte que o pertencimento a uma comunidade e a participação no espaço público consta da maioria das Constituições atuais, onde se insere a brasileira.

Ser um integrante de uma coletividade é essencial para o indivíduo. Não “estar junto” faz com que o ser humano perca sua qualidade de “animal político”. Participar dos rumos de sua comunidade através da ação e do discurso constitui um núcleo de existência da pessoa humana. Sem integração na comunidade, não há proteção aos direitos básicos, razão pela qual é crucial sua implementação.

A forma de materializar a cidadania em sentido amplo, permitindo essa participação do indivíduo é encontrada no modelo de Estado democrático, onde a legitimidade e a responsividade do governo se tornam visíveis, ressaltando ainda que referido modelo promove uma educação política, integração social e sentimento jurídico positivo quanto às decisões tomadas pelo governante.

O modelo de Estado democrático faz surgir no indivíduo a responsabilidade social e promove o que se denomina de participação significativa.

¹¹⁸ MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma teoria constitucional dirigente**. Florianópolis: Conceito editorial, 2010, p. 199.

Participação significativa pode se definida como a que ocorre quando uma pessoa tem um senso de envolvimento na totalidade do que se está empreendendo, um senso de que seus esforços têm cabimento no plano geral, quando eles se identificam com os objetivos coletivos, tem uma sensação de eficácia com respeito ao alcance dos resultados e de que deixa uma marca nas consequências finais do que se empreendeu.¹¹⁹

A participação como garantia fundamental do Estado nas Constituições atuais é requisito essencial para a edificação de uma sociedade justa e onde haja respeito pelos direitos humanos.

A importância de se estabelecer o conceito de cidadania e Estado democrático na teoria política neste trabalho é o fato de que o corte epistemológico realizado remete o leitor a uma posterior análise no lócus judiciário brasileiro, verificando-se existência ou não de força normativa da Constituição no tangente à adoção do Estado democrático junto ao poder judiciário, sobretudo, quando se trata de assuntos coletivos e que envolvem direitos constitucionais. Há uma “sociedade aberta” no lócus judiciário, sobretudo no nível local?

O engajamento da população e a cidadania não são intronizados por meio de mera “poesia” constitucional. Conforme visto, a existência de canais de participação e o comparecimento do indivíduo nos centros de discussão política é o que faz da democracia algo real. Desta forma, o modelo de Estado democrático e suas características deverão estar presentes também junto ao poder judiciário, sobretudo quando se trata de decisões em processos coletivos que envolvam direitos difusos, haja vista que seus efeitos *erga omnes* tem abrangência em todos os recantos da jurisdição local.

No primeiro capítulo foi abordada a questão da ausência da participação do povo na edificação das decisões governamentais até o evento do holocausto onde uma reavaliação do sistema foi efetuado, sendo que no segundo capítulo a abordagem se concentrou na necessidade e na importância da cidadania e da participação do povo junto ao governo, apresentando-se o Estado democrático como modelo de implementação de referidos direitos fundamentais. Na sequência, será efetuada a

¹¹⁹ MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 32

abordagem da participação e cidadania diante do poder judiciário brasileiro, com enfoque na importância do nível local como elemento de difusão democrática.

Por essa razão a análise passará ao referido lócus de poder se centralizando nos processos coletivos que envolvem direitos difusos, ressaltando o nível local, onde a educação política é mais visível e necessária no escopo de se permitir a preparação do cidadão para a democracia em nível nacional.

3 CIDADANIA E PARTICIPAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: uma análise acerca da existência de força normativa da Constituição junto aos juízes no tangente à participação democrática na tomada de decisões em processos coletivos que envolvem direitos difusos.

Em 1896, o romancista inglês Herbert George Wells publicou uma obra que deixou atônito o mundo daquela época e ainda hoje ecoa de certa forma no imaginário coletivo. A “Ilha do Dr. Moreau”¹²⁰, depois transformada em versão cinematográfica, tratava de um enredo inquietante em que um cientista, isolado numa ilha, tentava realizar a transformação de animais em humanos, através de um doloroso processo de viviseção.

Através desse doloroso processo, o cientista tentava modificar as características anatômicas e fisiológicas de dezenas de animais da ilha, o que de certa forma era obtido com êxito. Inobstante a dor do referido processo físico, o que realmente chamava a atenção no enredo era uma fase do processo de transformação que era a mais dolorosa do experimento: Tratava-se da fase de “mentalização”.

O Dr. Moreau tentava intronizar o sentimento de identidade humana naqueles seres através de um procedimento grupal de repetições verbais afirmativas coordenadas por um recitador. Era algo semelhante a um ritual religioso antigo, uma ladainha. O Dr. Moreau revela ao longo da obra à outra personagem principal que transformar fisicamente os animais era simples, mas havia uma grande complexidade em transformar o interior de referidas criaturas.

Inserir valores e reconhecimento identitário do humano era deveras difícil na obra epigrafada. Para ajudar a atingir esse intento, entrava em cena a lei e o castigo. O Dr. prescrevia condutas identitárias dos humanos obrigatórias e se houvesse transgressão haveria o “manejo do chicote”. Para a Adela Cortina:

¹²⁰ Obra atualmente de domínio público podendo ser encontrada em vários sítios eletrônicos. Disponível em <http://www.psbncional.org.br/bib/b213.pdf>. Acessado em 1º de agosto de 2012, às 15h.

Para assumir essas regras como algo próprio, os aspirantes a humanos devem recitá-las de tempos em tempos, dirigidos pelo “Recitador da Lei”, acompanhando o ato litúrgico não com argumentos, mas com um estribilho, que, à força da repetição, garante a autopersuasão: “Acaso não somos Homens?”.¹²¹

Através da repetição em forma da ladainha, eram os “humanimais” compelidos a repetir a lei e dar a resposta num processo contínuo de mentalização.

Não caminharás com quatro patas; essa é a Lei. Acaso não somos homens?
 Não sorverás a bebida; essa é a Lei. Acaso não somos homens?
 Não comerás carne nem peixe; essa é a Lei. Acaso não somos homens?
 Não caçarás outros homens; essa é a Lei. Acaso não somos homens?

Cortina¹²², trazendo sua compreensão do texto de HG Wells, aduz que embora houvesse a similitude física, *os humanimais não partilhavam dos hábitos dos humanos*. A repetição e o castigo embora antigos na história da humanidade eram tão antigos quanto sua ineficácia. Na sequência da ficção, o doutor cientista morre e com ele morrem a lei e o castigo.

Não havendo qualquer sintonia entre os sentimentos e hábitos dos humanimais e a lei do Dr. Moreau, o resultado de sua morte é um rápido regresso ao mundo selvagem.

Essa regressão também se opera entre os humanos. Isso por que a ordem que regula a vivência em sociedade deve ser produto de seu meio natural, de sua cultura e não o oposto. A sociedade humana e sua cultura pressupõe o direito e não o inverso. “[...] a ordem não é uma pressão que se exerce de fora sobre a sociedade, mas um equilíbrio que se cria no seu interior, excluindo, como recursos normais, polícia e baionetas.”¹²³

Adela Cortina também externa entendimento no mesmo sentido e, fazendo referência à “Ilha do Dr. Moreau”, afirma que no romance de H.G. Wells existe uma

¹²¹ CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo**: para uma teoria da cidadania. Trad. Silva Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005, p. 12.

¹²² CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo**: para uma teoria da cidadania. Trad. Silva Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.

¹²³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 21.

crítica política em seu texto que pouco foi visualizada nas décadas que se seguiram ao seu lançamento no mundo literário.

É possível ao ser humano realizar um regresso quando as leis não derivam de um prévio processo de surgimento interior na cultura. O direito imposto de “cima para baixo” sem qualquer processo prévio de participação de todos contribui para sua ineficácia. As chances são de que sua força cogente desapareça em curto, médio ou longo prazo. Cortina aduz:

[...] seria bom que a vida política se desse conta de que as advertências de Wells também se dirigem a ela, porque a cansativa repetição da lei e do castigo não produzem condutas humanizadoras permanentes, não elevam por si só o grau de humanidade das pessoas, se os sujeitos da vida humana não compreendem e sentem que a lei, quando existe, vem de dentro, é sua própria lei.¹²⁴

Nesse mesmo tom, Grau afirma que existe um direito pressuposto, sendo este a base do direito positivo, das leis em geral. Sua existência depende do modo de produção da vida social e de tantos outros fatores de cada sociedade humana. O centro de sua opinião é que o direito posto, escrito, produzido pelo Estado, deve ser antecedido pela produção normativa da própria cultura da sociedade analisada.

É que afirmar que o modo de produção da vida social determina o direito é afirmar que o *direito pressuposto* é um produto cultural. Cada modo de produção produz *a sua cultura*, e o direito pressuposto nasce como elemento dessa cultura.¹²⁵

Conforme observado em linhas anteriores, a cidadania em sentido amplo envolve, dentre outras características, o sentimento de pertença do indivíduo a uma comunidade além da participação de seus membros nos assuntos públicos, integração social e responsividade do governo às preferências externadas. Trata-se de um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme se nota do artigo 1º da Constituição e possui no modelo de Estado democrático seu modo de materialização.

¹²⁴ CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo**: para uma teoria da cidadania. Trad. Silva Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005, p. 14.

¹²⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 65.

Vê-se que a cidadania não é algo abstrato fruto apenas de uma contemplação filosófica. Não pode ser singelamente editada em textos constitucionais e legislativos com a pretensão de ser intronizada de “cima para baixo”. Ao contrário, é dependente de efetivação, adesão e sentimento. É necessário o fomento da participação na base cultural da sociedade.

Participar significa “estar junto” aos demais para troca de pensamentos, ideias e opiniões. Por meio dessa comunicação a comunidade influencia na edificação de suas leis, decisões políticas etc. O modelo de Estado democrático deve estar na cultura da sociedade para que a cidadania seja materializada. Essa presença na cultura deve ser sentida nos governados e nos governantes.

Um documento escrito, como a Constituição, garantindo a cidadania e a democracia, pode não alcançar efeito prático se no campo real não se verificar seu implemento. O Estado democrático não existirá através da repetição, da ladainha. Para isso, é mister uma consciência plena dos integrantes da comunidade. Educação política e integração devem constituir o ponto de partida para o alcance de referida realidade.

Isso não se opera por meio de cartilhas ou discursos morais. A realização de mecanismos que garantam a participação e o grande incentivo ao cidadão em estar junto de sua comunidade e participar das decisões de seu governo são necessárias para que a democracia seja real.

O Brasil adota o modelo de Estado democrático, de sorte que todo o poder emana do povo. Democracia direta, semidireta e indireta são integrantes desse modelo, mesclando-se de forma a permitir um efetivo controle da população acerca dos rumos e condutas do governo.

Conforme aduzido em linhas anteriores, o Estado democrático é um dos responsáveis pela materialização da cidadania, contudo, dentre as funções estatais no Estado brasileiro, o que se observa é que o poder judiciário do Brasil é composto por membros que não são admitidos na carreira através de escolha popular direta¹²⁶.

¹²⁶ Cf. Artigo 93, inciso I da Constituição da República.

O cargo de juiz de direito é ocupado através de meritocracia e as decisões são, na maioria, concentradas isoladamente na figura do magistrado¹²⁷.

Diante disso, surgem inevitavelmente indagações acerca desse lócus de debate: Será possível obter um sentimento de cidadania e a respectiva participação do povo frente ao poder judiciário brasileiro? A construção filosófica acerca do Estado democrático e suas características encontram adesão na ideologia dos juízes e demais membros da magistratura brasileira ou se trata de uma sociedade fechada? Há alternativas para a maior presença da democracia nos processos judiciais que envolvem direitos difusos, sobretudo na primeira instância?

Analisar tais questionamentos acerca do poder judiciário no Brasil é tarefa que deve ser realizada nesse momento como forma de se desvendar a real intensidade da democracia e cidadania frente a indicada função estatal e possibilitar a trazida de soluções em caso deficitário. Se a sociedade vive uma nova era da Constituição afirmando a força normativa de seus termos, deverá ser materializada a democracia frente ao poder judiciário ou a Constituição será um documento em que podemos apenas ter fé, sem qualquer alteração da realidade que se manifesta em seu entorno. Nas palavras de Lassalle¹²⁸, será a Constituição apenas uma “folha de papel”.

Cabe ressaltar que no atual Estado democrático de direito, o poder judiciário se consubstancia numa verdadeira arena de debates, um espaço público onde assuntos de interesse coletivo são levados ao conhecimento e diálogo de todos, onde há um dever de resposta da jurisdição. A transformação do lócus judiciário em local de debates de assuntos públicos torna importante a verificação se naquele local existe participação do povo na tomada de decisões, ou seja, se o Estado democrático de direito também encontra materialização junto à função judiciária da república.

¹²⁷ Cf. Artigo 1º do Código de Processo Civil.

¹²⁸ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Deve ser enfrentada essa tormentosa questão para que a Constituição não seja uma espécie de *simulacro*¹²⁹ de realidade que não encontra raízes no mundo empírico, constituindo-se em abstração teórica a sua pretensão de força normativa no tocante à cidadania e a democracia em todos os recantos da sociedade brasileira, inclusive no poder judiciário.

3.1 PODER JUDICIÁRIO: breve exposição acerca da possível existência de um hermetismo na magistratura brasileira.

Analisar a presença da participação democrática no poder judiciário traz em primeiro plano um olhar para a importância do referido locus no momento constitucional em que se vive. Há que se indagar qual é o papel do locus judiciário no atual paradigma neoconstitucionalista. A resposta mais plausível para essa questão é que na atualidade a magistratura se revela como um verdadeiro ator político em ascensão em razão do fato do poder judiciário ter se transformado numa arena de debates no Estado democrático, conforme dito anteriormente.

Os juízes são elevados a um papel destacado. Existe um protagonismo, uma centralização do judiciário na arena de debates envolvendo inclusive assuntos que são por excelência pertencentes ao campo político das demais funções do Estado.

Mas será efetiva a cidadania e participação diante daqueles que ocupam o cargo de juiz de direito? Um olhar apenas intuitivo pode revelar que o isolamento do magistrado em seu “gabinete” traz a aparência de que objetivos fundamentais da Constituição, sobretudo a cidadania e a participação, não alcançam a existência *plena* no referido locus judicial. A breve exposição seguinte poderá trazer elementos de elucidação acerca do assunto e colaborar para eventuais soluções.

Nesse sentido, note-se que principalmente na construção das decisões mais abrangentes e, sobretudo de efeitos difusos, não tem havido participação do

¹²⁹ MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2007.

destinatário das decisões judiciais ou, se existente, a referida participação é exígua. O próprio sistema processual brasileiro não tem destacado a atuação direta da população.

Isso pode contribuir para o afastamento do sentimento de cidadania em relação a essa função estatal. Percebe-se uma contribuição desse fato para um déficit de legitimidade democrática nesse setor de poder. Sem dúvida essa visão protagonista e com déficit democrático representativo tem causado um sério debate acadêmico.

Sentir-se não pertencente à arena judicial de debates pode gerar o que Piovesan chama de “estranhamento recíproco”, e revela uma distância entre o povo e o poder judiciário brasileiro.

No Brasil, apenas 30% dos indivíduos envolvidos em disputas procuram a Justiça estatal, existindo uma clara relação entre índice de desenvolvimento humano e litigância, ou seja, é acentuadamente maior a utilização do Judiciário nas regiões que apresentam índices mais altos de desenvolvimento humano.¹³⁰

O fato é que muito se tem dito sobre ativismo judicial isolado que no momento se evidencia. Críticas ásperas e defesas contundentes se apresentam numa interessante dialética doutrinária, contudo, o que se deve ter em mente é que referido protagonismo isolado no Brasil não é somente fruto da última década ou do modelo de Estado democrático.

Compreender a origem histórica desse tipo protagonismo é importante e pode colaborar para a compreensão acerca da imagem de sociedade fechada do poder judiciário brasileiro, razão pela qual merece um pequeno esboço histórico.

Ao se olhar o passado brasileiro, não se nega que os juízes neste país tenham sido importantes na construção do Estado, com relevo de atuação no período do império pós-independência. A função da magistratura possui destaque anterior à república,

¹³⁰ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: Desafios e perspectivas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 4, p. 111/118, 2006.

contudo, o mesmo olhar para o passado traz a percepção intuitiva de que o poder judiciário no Brasil aparenta não ter sido criado para a garantia da cidadania.

Esse fato talvez seja uma fonte de críticas da comunidade jurídica acerca dessa “outorga” de poderes aos juizes na atualidade. Teme-se, nesse sentido, a criação tácita de um governo aristocrático, formado por uma verdadeira classe sem identificação com a maioria do povo. Novamente trazendo ao texto as palavras de Piovesan, vê-se que os dados mostram claramente esse distanciamento, informando que “De acordo com pesquisa realizada pela IUPERJ/ABM, 79,5% dos juizes entendem que uma dificuldade do judiciário considerada essencial está radicada no fato dele se encontrar distante da maioria da população.”¹³¹

Nesse tangente, um centro de decisões localizado numa sociedade fechada impediria que a legitimidade democrática estivesse presente, excluindo a comunidade da participação garantida pela Constituição. A consideração recíproca de distanciamento entre o povo e o poder judiciário contribui para a desconfiança e esse sentimento de não pertencer à arena de debates judicial, refletindo até mesmo na quantidade de demandas que são levadas ao poder judiciário, sobretudo as coletivas.

O incipiente grau de provocação do Poder judiciário para demandas envolvendo a tutela dos sociais e econômicos no Brasil reflete ainda um “estranhamento recíproco” entre a população e o Poder judiciário, tendo em vista que ambos apontam o distanciamento como um dos maiores obstáculos para a prestação jurisdicional.¹³²

Conforme dito, essa crítica referente a uma sociedade fechada, distante do povo, pode ser parcialmente explicada, através de uma superficial análise da colonização do Brasil.

De fato, a história colonial informa que os juizes foram protagonistas políticos durante a colônia e o império, desempenhando função administrativa e legislativa. A

¹³¹ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: Desafios e perspectivas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 4, p. 111/118, 2006.

¹³² PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: Desafios e perspectivas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 4, p. 111/118, 2006.

diferença a ser notada é que existe na atualidade uma exigência de que o protagonismo deva se mostrar de forma absolutamente transformada em comparação ao período de construção do Estado, haja vista que naquela época o juiz não se encontrava a serviço do povo, conforme será visto.

Se a cidadania e a participação na construção da decisão judicial, sobretudo em processos coletivos são essenciais para materialização do Estado democrático, o que se percebe é que a construção da magistratura nesse país não possui raízes em referidos valores, sustentando críticas e até mesmo, por que não dizer, alimentando desconfiças.

Os juizes foram ativos construtores da ordem colonial e imperial. É necessário ressaltar que diferentemente de outros países que “beberam” na fonte francesa do iluminismo, Portugal se manteve distante de referidas ideias, o que perpetuou sobremaneira o absolutismo com reflexo em suas colônias.

A análise histórica específica realizada pelo brasilianista Stuart B. Schwartz informa que o império português se utilizava dos letrados em direito para expandir seu poder e impedir que quaisquer movimentos sociais criassem forças centrífugas. Em relação aos juizes a situação não era diferente. Nesse ponto, afirma Schwartz:

[...] os magistrados eram burocratas profissionais e sua existência como grupo estava inextricavelmente ligada à extensão da autoridade real em detrimento de várias entidades associadas. [...] A magistratura tinha-se [sic] tornado a **espinha dorsal do governo real** tanto nas colônias quanto na metrópole. (destaque nosso)¹³³

A afirmativa do brasilianista demonstra que os profissionais que compunham a magistratura colonial possuíam um *pacto de lealdade com a monarquia e era o seu “braço forte”* por todo o império. A magistratura era uma forma de dominação portuguesa, reforçando a afirmativa de sua falta de representatividade e falta de intronização dos valores de cidadania.

¹³³ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: A Suprema Corte da Bahia e seus Juizes: 1609 – 1751**. Tradução: Maria Helena Pires Martins. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979, p. 56-57

A exiguidade de letrados na colônia e a excelente formação dos juízes adquirida na Universidade de Coimbra tornavam os juízes das comarcas aptos a movimentar a burocracia estatal em formação, razão pela qual os juízes também desempenhavam funções atípicas da magistratura. Eram políticos e administradores. Segundo Carvalho:

Na verdade, foram os mais completos construtores de Estado no Império, especialmente os da geração coimbrã. Além das características de educação discutidas no último capítulo, eles tinham a experiência da aplicação cotidiana da lei e sua carreira lhes fornecia elementos adicionais de treinamento para o exercício do poder público.¹³⁴

Vê-se que além da função jurisdicional, os magistrados da monarquia portuguesa e ainda no período pós-independência possuíam a característica de colaborarem com a movimentação dos demais poderes. Isso pode revelar que os juízes foram representantes de governo e não dos cidadãos. Ainda segundo Carvalho:

Os magistrados envolviam-se frequentemente em tarefas de natureza política e administrativa. Ouvidores dublavam de provedores da Fazenda, desembargadores visitavam as capitânicas e tomavam decisões quanto a obras públicas, impostos e outros assuntos. Depois de 1652 os desembargadores da Bahia opinavam inclusive sobre a fixação dos preços do açúcar. O exercício dessas tarefas administrativas era um elemento adicional no treinamento dos magistrados para tarefas de governo.¹³⁵

As palavras acima se referem principalmente aos juízes de primeira instância, mas o comportamento de “representantes da Coroa” eram, conforme se depreende da leitura de Schwartz, de toda a classe. Percebe-se que a magistratura como um todo foi criada sob um viés corporativista e que se enxergava, no início, como estamento monárquico de Portugal. Isso pode ser constatado ao se analisar a instalação do primeiro Tribunal do país, chamado de Relação da Bahia, inaugurado em 1609, para se notar como era também o comportamento dos primeiros juízes de *segundo grau*, chamados desembargadores.

¹³⁴ CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem** – Teatro das sombras, 5 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010, p. 99.

¹³⁵ CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem** – Teatro das sombras, 5 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010, p. 174.

Ainda segundo a obra do brasilianista Schwartz¹³⁶, os colonos brasileiros após anos de reclamações ao rei de Portugal aguardavam ansiosamente pela trazida de um tribunal para o Brasil. O objetivo aparente era que se acelerassem o julgamento dos recursos impetrados, contudo, o motivo oculto era a imaginação da elite de que o tribunal iria sacramentar sua posição hegemônica.

Para surpresa dos “senhores” coloniais, os juízes nomeados para o desempenho do cargo demonstraram de início que se encontravam nestas terras *a serviço do rei* e não para garantir os direitos dos que nestas terras habitavam. Prova disso, foi a decisão polêmica da Relação que confirmou a proibição de escravidão indígena, contrária aos anseios dos senhores de engenho.

Segundo Schwartz, na formação inicial da magistratura brasileira, os juízes da Relação da Bahia demonstraram ser uma forte representação do rei e em razão disso, os olhares da colônia, sobretudo da elite econômica e política, convergiram para seus atos. “Os magistrados representavam, para esta sociedade, poder e posição social, individualmente e enquanto parte do tribunal”.¹³⁷.

Esse poderio nas mãos dos juízes nomeados para a Relação da Bahia era de certa forma prevista pela monarquia, razão pela qual existia um esforço da coroa para que os nomeados permanecessem acima da sociedade colonial no objetivo de evitar deturpações. Novamente Schwartz demonstra a realidade com clareza:

A coroa, enquanto procurava assegurar a posição social dos magistrados também tentava isolá-los da sociedade em que viviam. Os desembargadores deveriam morar em residências próximas umas das outras e limitar seu contato social com outras pessoas da sociedade. O casamento com moças do Brasil era expressamente proibido pelo alvará de 22 de novembro de 1610 embora, mediante pedido, a Coroa podia e fazia exceções à Lei. As ordenações reais também proibiam que o magistrado tivesse negócios ou adquirisse terras na área de sua alçada. Por detrás destas medidas se encontrava a crença de que a magistratura podia funcionar num vácuo social,

¹³⁶ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: A Suprema Corte da Bahia e seus Juízes: 1609 – 1751.** Tradução: Maria Helena Pires Martins. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979.

¹³⁷ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: A Suprema Corte da Bahia e seus Juízes: 1609 – 1751.** Tradução: Maria Helena Pires Martins. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979, p. 137.

isento de pressões familiares, de amigos ou interesses. **Era uma idéia utópica, para não dizer mais.**¹³⁸[Destaque nosso]

Apesar de jurarem lealdade ao rei, esse breve histórico prenuncia um lógico comportamento que seria verificado na Relação da Bahia e que formaria um detestável incentivo de conduta às gerações seguintes que desempenharam o cargo de juiz de direito no Brasil, permitindo atos contrários a uma atuação impessoal e voltada para o progresso do sistema jurídico.

Esse detestável incentivo originado do passado reforça a ideia de que a “classe” dos juízes foi, na visão do autor indicado, edificada neste país como um estamento monárquico, corporativista e distante do conceito de cidadania e participação social que trata de forma desigual os que possuem acesso econômico e aqueles que não possuem. Nesse tangente, em estudo realizado por Mário Grynspar¹³⁹, verificou-se conclusão que confirma essa intuição:

Com relação a este aspecto, a pesquisa fez uma série de perguntas sobre qual seria o tratamento conferido — agora especificamente — pela justiça a pessoas diferenciadas por cor, sexo, e nível sócio-econômico, mas que praticassem os mesmos crimes. As respostas foram inequívocas no sentido de evidenciar (tabela 2) que, na visão de cerca de **95,0%** da população, **os pobres são tratados pela justiça com maior rigor do que os ricos.** (destaque nosso)

A utilização do cargo para proveito pessoal contribuiu para o uso das influências das relações pessoais primárias e secundárias nos rumos processuais e consequentemente no resultado das sentenças. Novamente Schwartz resume o entendimento acima:

Os esforços reais no sentido de elevar os desembargadores acima da sociedade e separá-los dela tiveram o efeito exatamente oposto. A **fortuna, o poder, o status e o cargo dos desembargadores** tornavam o contato com eles muito desejável para importantes grupos sócio-econômicos e grandes famílias.¹⁴⁰ (destaque nosso)

¹³⁸ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: A Suprema Corte da Bahia e seus Juízes: 1609 – 1751.** Tradução: Maria Helena Pires Martins. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979, p. 139.

¹³⁹ GRYNSPAN, Mário. **Acesso e recurso à justiça no Brasil: algumas questões.** Disponível em <http://www.comunidadesegura.org/files/acessoerecursoajusticanobrasilalgumasquestoesmariogrynszpan.pdf>. Acessado em 13 de outubro de 2012.

¹⁴⁰ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: A Suprema Corte da Bahia e seus Juízes: 1609 – 1751.** Tradução: Maria Helena Pires Martins. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979, p. 141.

Acerca da época, a obra de Schwartz revela uma magistratura venal, corrupta e adepta do nepotismo¹⁴¹. “Os magistrados, muitas vezes, usavam o poder e a influência do seu cargo para obter vantagens pessoais, conveniências ou para proteger suas famílias e dependentes.”¹⁴²

Esse breve fundamento histórico demonstra que não é de todo desprovido de motivos a crítica da comunidade jurídica acerca desse protagonismo do poder judiciário. Teme-se, talvez, em se proceder uma concentração desmedida de poderes no entorno da magistratura que em razão de suas raízes alimentam certo grau de desconfiança em relação aos valores de democracia e cidadania. Novamente Mário Grynspar¹⁴³:

Um dos suportes básicos da legitimidade da justiça é a crença difundida na sua inarredabilidade, na sua isenção, na imparcialidade com que se apropria das leis, **no tratamento equânime que dispensa às partes em disputa** e, também, na sua eficiência, o que se traduz na produção de resultados satisfatórios num tempo razoável. Ressaltar a importância desta crença significa perceber que, uma vez que ela se veja abalada, o próprio reconhecimento da legitimidade da justiça é que termina sendo comprometido, com reflexos sobre os graus em que a população a ela recorre para garantir os seus direitos para resolver os seus conflitos. (destaque nosso)

Concentrar as decisões mais importantes da sociedade na arena judicial, onde os ocupantes do cargo não são eleitos é talvez impedir que o sentimento de cidadania e participação popular alcance a realidade.

Talvez uma justificativa para essa concentração seja a existência de uma crise de representatividade das demais funções estatais, contudo, se há uma crise das demais funções acerca de sua representatividade, qual motivo haveria para a confiança nos juízes? São homens como quaisquer outros, com o gravame de ocuparem os cargos sem a devida legitimidade democrática direta. Ressalte-se que

¹⁴¹ Aliás, somente com a resolução do Conselho Nacional de Justiça que se obteve certo êxito em terminar com a herança deixada pelos Desembargadores do Paço no Brasil.

¹⁴² SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: A Suprema Corte da Bahia e seus Juízes: 1609 – 1751**. Tradução: Maria Helena Pires Martins. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979, p. 265.

¹⁴³ GRYNSPAN, Mário. **Acesso e recurso à justiça no Brasil: algumas questões**. Disponível em <http://www.comunidadessegura.org/files/acessoerecursoajusticanobrasilalgumasquestoesmariogrynszpan.pdf>. Acessado em 13 de outubro de 2.012.

se escolheu a meritocracia para os cargos de juiz de direito num país onde a educação de qualidade não é para todos. Isso é notório.

O que se ressalta na análise é que essa feição de estamento e classe social do poder judiciário surgido no passado são motivos que colaboram na fundamentação da ideia de sociedade fechada da referida função estatal no Brasil. Essa intuição pode ser vista no campo prático quando analisada a forma em que decisões são tomadas nas matérias que envolvem toda a sociedade. Tem-se observado que nenhuma infiltração participativa é usualmente realizada. Tudo é concentrado na racionalidade dos ocupantes dos referidos cargos que decidem conforme suas “consciências”.

Nesse sentido, o poder judiciário no Brasil aparece como hermético e moldado em bases que não valoriza na intensidade certa a cidadania e a participação dos destinatários das decisões exaradas nos processos que envolvem toda a sociedade, afastando a materialização da Constituição em pontos que são cruciais para a existência de um Estado democrático. Um possível déficit de legitimidade democrática afasta a população de um sentimento jurídico positivo que deve existir na ordem jurídica em sentido amplo.

3.2 A NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO NOS PROCESSOS QUE ENVOLVEM DIREITOS DIFUSOS PARA GARANTIA DA CIDADANIA: a baixa intensidade da dialética processual nos processos coletivos como obstáculo a ser transposto pela participação democrática.

Esse hermetismo descrito anteriormente é extremamente preocupante, pois em razão da abertura de significado que assume a Constituição atual, vê-se uma centralidade das decisões de cunho político e de efeitos difusos no poder judiciário, sobretudo na corte superior. Existe uma outorga da tarefa de proceder a elucidação dos sentidos jurídicos ao poder judiciário, por vezes alterando substancialmente o significado percebido pela população e estabelecido pelos canais eletivos. Referida

situação tem se constituído, por via transversa, numa entrega do governo e do direito ao juiz.

Esse panorama faz notar que na atualidade há uma passagem das normas legais para um governo de normas jurisprudenciais. O texto da lei é, por vezes, substituído pelo texto da decisão judicial. Isso é percebido tanto em nível concentrado ou difuso de análise do direito pela magistratura e, ainda, é percebido na primeira ou última instância.

Esse fato tem causado um rearranjo das funções estatais e torna o poder judiciário um centro de discussão ampla, englobando também direitos difusos e assuntos políticos. As promessas constitucionais não cumpridas pela fase do Estado social, o mau funcionamento do Estado e as falhas das políticas públicas agora são trazidas ao judiciário para que tenham força normativa e atuem na realidade que cerca o cidadão. “Cada vez mais é no ambiente jurisdicional que se promove a constatação do Estado Democrático de Direito, a quem se promove como instância de realização do seu pacto instituidor.”¹⁴⁴

Embora a maior visibilidade da discussão desse tema esteja mais centralizada na atuação da corte constitucional brasileira, tendo em vista sua localização privilegiada no sistema judicial, não se pode deixar de olvidar a importância da participação popular na primeira instância em processos coletivos que envolvam direitos difusos. O efeito *erga omnes* nesses processos afeta toda a sociedade submetida à jurisdição do magistrado razão pela qual é relevante para este trabalho.

Nesse sentido, destacou-se em linhas anteriores a importância da participação do cidadão na democracia em nível local. O caráter educador político da participação do povo na construção das decisões governamentais se opera com mais vigor em referido nível.

¹⁴⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a realização da ordem constitucional! E o povo... In: COPETTI, André et al (org.) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 97.

Conforme a externada visão de Pateman, referida no segundo capítulo, é no nível local que se opera o preparo do indivíduo para a participação na vida política nacional. Por essa razão a análise acerca do hermetismo e a democracia participativa se voltam nesse momento para o referido lócus. As decisões operadas pelos juízes de primeira instância assumem um foro de importância neste trabalho.

É evidente que existe relevância na análise acadêmica acerca da concentração de poderes na alta corte do país, mas igualmente há relevo na questão da atuação dos juízes na interpretação constitucional quando operada em processos coletivos que envolvem direitos difusos em razão dos efeitos gerais em nível local, sobretudo no que tange à participação da sociedade.

São, de fato, lancinantes os apelos oriundos do tecido social em favor de um processo de resultados justos; e, por sua vez, a busca pela justiça dos provimentos jurisdicionais lança uma luz especial sobre a necessidade de participação dos litigantes na argumentação que levará à prolação da decisão final. Deveras, proporcionar ao juiz melhores condições de atingir a solução mais adequada para o caso concreto, à luz de suas peculiaridades.¹⁴⁵

Antes de propriamente adentrar na questão dos processos coletivos, é preciso relatar em raras palavras o que se vê na atualidade nos processos judiciais em que existe uma atomização dos sujeitos de direito. Em referidos processos em que uma parte litiga contra a outra individualmente, ou seja, processo atomizado, percebe-se uma maior garantia de participação dos destinatários das decisões na edificação das mesmas.

Na maioria dos casos, o procedimento judicial atomizado possui caráter argumentativo-dialético, materializado num contraditório substancial, onde a intensa intervenção das partes através de seus argumentos e provas preparam o terreno para a dicção judicial que finaliza o processo e garantem a responsividade do governo como característica da participação.

Com efeito, o processo civil no Estado Democrático de Direito deve ser entendido como uma *parceria de singularidades*, ou seja, uma comunidade

¹⁴⁵ COLA, Felipe Souza; ESTEVES, Carolina Bonadiman. O juízo de terceira via sob a luz do contraditório substancial: Proposta de aplicação do princípio da cooperação como forma de se assegurar um acesso à justiça qualitativo. **Revista Depoimentos**. Vitória – ES, nº 14, p. 147-173, julho/dezembro 2008.

de trabalho entre o juiz e as partes. Implica, nesse sentido, compreender que nem as partes, nem o juiz solitariamente, em *monólogos articulados*, é capaz de atingir o melhor resultado do processo, restando daí a necessidade de trabalhar em conjunto. De fato, o papel apático e periférico do cidadão de um lado, ou a atuação degenerada da atividade jurisdicional, provoca o surgimento de entendimentos judiciais, subjetivistas e particulares sobre a aplicação normativa, ou seja, decisões solipsistas, solitárias, voluntarísticas, arbitrárias, metaforicamente comparadas ao mito do juiz vespa de Aristófares.¹⁴⁶

A citação acima resume com clareza a feição do processo civil atomizado no Estado democrático de direito, não sendo mais visto como uma reunião de atividades isoladas entre profissionais da burocracia estatal. A cooperação é o tom do novo arranjo instrumental a prevalecer na atual jurisdição democrática.

Embora o juiz dirija o processo de forma ativa, passa a fazê-lo sob uma perspectiva participativa, policêntrica e interdependente entre os atores sociais que participam da formação das decisões. De outro modo, trata-se de uma atuação jurisdicional “dialogal, colhendo a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, infl uenciando-o a respeito de suas possíveis decisões”, dando relevância ao contraditório e à estrutura participativa processual.¹⁴⁷

Uma intensa participação entre aqueles que se inserem no processo se torna extremamente necessária para materialização do princípio democrático. A relação dialogal nos processos atomizados estabelece uma viés “participativo”. Várias visões de mundo são trazidas para melhor formação da decisão de maneira que seja a mais adequada para o caso. O que se verifica nesse sentido é que existe uma transformação do processo em relação ao paradigma liberal, ou seja,

¹⁴⁶ ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos. O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 16 - n. 2 - p. 150-169 / mai-ago 2011. Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CD4QFjAE&url=http%3A%2F%2Fsiaweb06.univali.br%2Fseer%2Findex.php%2Fnej%2Farticle%2Fdownload%2F3278%2F2061&ei=6rZ6UNT1GpP08ASwJIDQAQ&usg=AFQjCNF5V1hV0z1sGnBuqKolQa2aR8mb5Q&sig2=ArZHx4ivU3-5DdCRn9_HGg. Acessado em 14 de outubro de 2.012 às 10h.

¹⁴⁷ ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos. O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 16 - n. 2 - p. 150-169 / mai-ago 2011. Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CD4QFjAE&url=http%3A%2F%2Fsiaweb06.univali.br%2Fseer%2Findex.php%2Fnej%2Farticle%2Fdownload%2F3278%2F2061&ei=6rZ6UNT1GpP08ASwJIDQAQ&usg=AFQjCNF5V1hV0z1sGnBuqKolQa2aR8mb5Q&sig2=ArZHx4ivU3-5DdCRn9_HGg. Acessado em 14 de outubro de 2.012 às 10h.

Deixa de ser meio de luta egoística, passando a significar, nesse ambiente de cooperação, um pressuposto do próprio julgamento no cenário democrático, fornecendo um aspecto discursivo ao processo e criando um mandamento constitucional do diálogo entre as partes e o órgão julgador para a formação do juízo [...].¹⁴⁸

Esse caminho se encontra em maior sintonia com a democracia adotada pelo modelo de Estado e garante com mais intensidade a cidadania aos interessados através da referida participação nos casos individuais. Esse princípio democrático implica na participação dos interessados nos processos atomizados.

O processo é encarado, pois, como produto de uma atividade cooperativa, ou seja, de um trabalho conjunto realizado pelas partes e pelo juiz, seja no âmbito da prova, seja na construção da decisão da causa, compatível com um regime político democrático e com o perfil do Estado Democrático de Direito.¹⁴⁹

Em somatório a atual feição dialética do processo no Estado democrático, existe ainda a proibição do juízo de terceira via¹⁵⁰ ou da decisão surpresa que sacramenta ainda mais o valor da participação nos processos individuais elevando a importância das partes na feitura da decisão e tornando o princípio do contraditório uma estrela-guia a ser seguida.

Consequência disso tudo é uma “tutela contra o perigo de eventuais surpresas”, que “impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas

¹⁴⁸ ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos. O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 16 - n. 2 - p. 150-169 / mai-ago 2011. Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CD4QFjAE&url=http%3A%2F%2Fsiaweb06.univali.br%2Fseer%2Findex.php%2Fnej%2Farticle%2Fdownload%2F3278%2F2061&ei=6rZ6UNT1GpP08ASwjIDQAQ&usg=AFQjCNF5V1hV0z1sGnBuqKolQa2aR8mb5Q&sig2=ArZHx4ivU3-5DdCRn9_HGg. Acessado em 14 de outubro de 2012 às 10h.

¹⁴⁹ ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos. O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 16 - n. 2 - p. 150-169 / mai-ago 2011. Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CD4QFjAE&url=http%3A%2F%2Fsiaweb06.univali.br%2Fseer%2Findex.php%2Fnej%2Farticle%2Fdownload%2F3278%2F2061&ei=6rZ6UNT1GpP08ASwjIDQAQ&usg=AFQjCNF5V1hV0z1sGnBuqKolQa2aR8mb5Q&sig2=ArZHx4ivU3-5DdCRn9_HGg. Acessado em 14 de outubro de 2012 às 10h.

¹⁵⁰ O entendimento exposto por Cola e Esteves define o a referida proibição da seguinte forma: “Como visto acima, é assegurada às partes, no processo, a efetiva possibilidade de influenciar o órgão jurisdicional na prolação de sua decisão final e o juiz, por outro lado, tem o dever de consultar as partes sobre pontos não debatidos em contraditório e que, de algum modo, possam repercutir na decisão final a ser proferida.” Cf. (COLA, Felipe Souza; ESTEVES, Carolina Bonadiman. O juízo de terceira via sob a luz do contraditório substancial: Proposta de aplicação do princípio da cooperação como forma de se assegurar um acesso à justiça qualitativo. **Revista Depoimentos**. Vitória – ES, nº 14, p. 147-173, julho/dezembro 2008).

as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em 'solitária onipotência' aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes". **Há, por conseguinte, uma exigência de uma prevenção de qualquer decisão surpresa**, seja no âmbito dos fatos da causa, seja no âmbito de questões jurídicas.¹⁵¹ (destacou-se)

O magistrado deve enfrentar os argumentos tecidos pelas partes e isso contribui para que o Estado-juíz externe seus entendimentos de forma mais adequada ao caso concreto, revestindo a decisão de maior legitimidade democrática. Esse diálogo contribui para que o jurisdicionado se sinta parte da decisão judicial proferida e traz à tona, conforme dito, um maior grau de legitimidade das decisões do poder judiciário.

Como facilmente se percebe, o princípio da cooperação integra definitivamente o magistrado no contraditório e permite um verdadeiro equilíbrio no interior da relação processual. Com efeito, se, à luz da moderna e publicística compreensão do processo e da jurisdição, o juiz participa ativamente da condução do feito, esse aumento de poderes do magistrado é devidamente equilibrado pela possibilidade de as partes serem consultadas sobre todos os pontos que, de algum modo, repercutam na decisão final a ser proferida.¹⁵²

A conclusão referente a atualidade do processo civil brasileiro conduz ao entendimento de que se trata de algo em enraíza a democracia e permite, ao menos quanto aos processos atomizados, uma efetiva participação na construção da decisão judicial.

[...] o processo civil no Estado Democrático de Direito merece ser pensado numa perspectiva que concilie um juiz participativo, distinto daquele reinante no Estado Liberal Clássico, sem que isso importe no amesquinamento do papel das partes, as quais devem colaborar, ou seja, trabalhar em conjunto, numa espécie de parceria que reserva a singularidade de cada posição e interesse, com o órgão julgador no desenvolvimento do processo e na formação da decisão. Sob essa perspectiva, o processo civil vai encarado como uma comunidade de trabalho, como uma parceria de singularidades, estruturada pelos direitos fundamentais que enfeixam a ideia de um processo

¹⁵¹ ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos. O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 16 - n. 2 - p. 150-169 / mai-ago 2011. Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CD4QFjAE&url=http%3A%2F%2Fsiweb06.univali.br%2Fseer%2Findex.php%2Fnej%2Farticle%2Fdownload%2F3278%2F2061&ei=6rZ6UNT1GpP08ASwjlDQAQ&usg=AFQjCNF5V1hV0z1sGnBuqKolQa2aR8mb5Q&sig2=ArZHx4ivU3-5DdCRn9_HGg. Acessado em 14 de outubro de 2.012 às 10h.

¹⁵² COLA, Felipe Souza; ESTEVES, Carolina Bonadiman. O juízo de terceira via sob a luz do contraditório substancial: Proposta de aplicação do princípio da cooperação como forma de se assegurar um acesso à justiça qualitativo. **Revista Depoimentos**. Vitória – ES, nº 14, p. 147-173, julho/dezembro 2008.

justo, superando, assim, tanto o protagonismo quanto a passividade do juiz.¹⁵³

Realizada essa breve observação e, retomando a questão dos processos coletivos, vê-se que embora se verifique que o princípio da cooperação materializa com mais intensidade a cidadania e a participação no processo atomizado, percebe-se uma interessante questão a respeito quando o tema são processos coletivos onde se debatem direitos difusos operados em primeira instância. Há um déficit em termos de canais de influência *direta dos interessados* em relação aos juízes?

É cediço que os direitos difusos compreendem aqueles direitos e interesses metaindividuais em que não se pode dimensionar a afetação de cada sujeito ou até mesmo identificá-los, sendo que o liame que os une é originado de fato que afeta a todos. Grinover aponta para uma menor participação dos indivíduos no processo coletivo em que os direitos metaindividuais são debatidos, ressaltando a atuação dos órgãos que exercem a chamada representação adequada.

Aliás, uma consideração deve ser feita que distingue a participação no processo, pelo contraditório, entre o processo individual e o processo coletivo. Enquanto no primeiro o contraditório é exercido diretamente, pelo sujeito da relação processual, no segundo – o processo coletivo – o contraditório cumpre-se pela atuação do portador, em juízo, dos interesses ou direitos difusos e coletivos (transindividuais) ou individuais homogêneos. Há, assim, no processo coletivo, em comparação com o individual, uma participação maior pelo processo, e uma participação menor no processo: menor, por não ser exercida individualmente, mas a única possível num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pelo chamado “representante adequado”.¹⁵⁴

Os processos coletivos na primeira instância também trazem em seu bojo discussões que envolvem demandas de toda a sociedade contra membros da própria sociedade e, ainda, políticas públicas onde o Estado é trazido ao debate para se garantir o manejo dos recursos públicos à materialização das

¹⁵³ ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos. O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 16 - n. 2 - p. 150-169 / mai-ago 2011. Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CD4QFjAE&url=http%3A%2F%2Fsiweb06.univali.br%2Fseer%2Findex.php%2Fnej%2Farticle%2Fdownload%2F3278%2F2061&ei=6rZ6UNT1GpP08ASwjlDQAQ&usg=AFQjCNF5V1hV0z1sGnBuqKoIQa2aR8mb5Q&sig2=ArZHx4ivU3-5DdCRn9_HGg. Acessado em 14 de outubro de 2.012 às 10h.

¹⁵⁴ GRINOVER, Ada Pelegrini. Direito Processual Coletivo. Disponível em http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf. Acessado em 14 de outubro de 2.012 às 11h.

promessas constitucionais. Os processos coletivos trazem questões que envolvem a concretização dos direitos previstos na Constituição, fazendo do judiciário um novo canal de debates políticos em acréscimo aos clássicos canais representativos.

Em outras palavras, seja no âmbito do civil Law ou da common Law, a jurisdição constitucional, nas sociedades contemporâneas, tem atuado intensamente como mecanismo de defesa da Constituição e de concretização das suas normas asseguradoras de direitos. E já são muitos os autores que designam esse “ativismo judicial” como um processo de “judicialização da política”.¹⁵⁵

É inegável que tais questões afetam toda a comunidade que circunscreve a comarca em que a autoridade judicial possui competência, tendo em vista a substância em debate e seu efeito *erga omnes*. É importante então, uma participação da sociedade no nível local de jurisdição como forma de possibilidade de influência na decisão a ser tomada pelo magistrado. O princípio democrático deve estar presente no desenvolvimento do processo coletivo em nível local.

De fato, meio ambiente, relações de consumo, defesa da educação pública, saúde etc, materializam direitos difusos e estão cada vez mais presentes no meio judiciário como objeto de processos em primeira instância. A causa, talvez, seja a usual falha de outros meios sociais de solução de conflitos e a inércia histórica do Estado em relação aos economicamente fragilizados.

Contudo, conforme Salles¹⁵⁶, um dos grandes problemas que afeta esse lócus de debate é que no Brasil quanto mais difuso é o direito metaindividual menor é a possibilidade de engajamento direto do cidadão para sua defesa, afastando-o da arena de debate e, distanciando o sentimento de participação na decisão posteriormente exarada.

Ao contrário dos processos atomizados, onde a dialética processual e o princípio democrático encontram materialização por meio do contraditório conforme visto, nos

¹⁵⁵ CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

¹⁵⁶ SALLES, Carlos Alberto de. **Políticas públicas e processo**: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

processos coletivos em primeira instância onde o direito é difuso, existe uma dispersão dos titulares que não mantém um contato direto com a lide. Sua participação ocorre de forma indireta através de substitutos, havendo uma restrição do contraditório que se opera apenas com a participação do substituto processual.

Essa representação dos titulares do direito colabora para o aumento da falta de interesse dos afetados na respectiva defesa, tornando-se na verdade numa representação incompleta, pois não há contato direto do afetado com a arena de debates judicial. Assim, nos direitos difusos, sempre haverá um titular à espera que o outro tome a providência de conduzir a defesa do direito coletivo e com isso ser beneficiado ao final sem qualquer custo de batalha. Esse é o efeito “free-rider”.

As demandas do tipo coletivo, ao contrário, não são praticamente transmitidas porque, em virtude de seu alto grau de dispersão, os sujeitos interessados agem como free-riders (caronas), tentando se beneficiar da iniciativa de outras pessoas na defesa do bem comum em disputa, o qual, caso se concretize, os abrangerá, sem qualquer custo ou compensação.¹⁵⁷

Na visão de Salles, o que se nota é que nos processos atomizados existe uma perfeita representação do interesse da parte, haja vista que a concentração desse interesse em torno de si favorece a perfeita defesa pelo seu representante.

Contudo, não se verifica a mesma situação quando se trata dos direitos difusos, pois a dispersão entre os afetados os distanciam de uma efetiva proteção. “Nessa perspectiva, os interesses mais concentrados tendem a ser super-representados, inversamente aos mais difusos, que tendem a ser sub-representados.”¹⁵⁸

Essa sub-representação, segundo o referido autor, é visualizada em outros campos políticos, contudo, o que interessa a este trabalho é a esfera judicial. Nesse sentido, a sub-representação judicial em termos de direitos difusos gerou no campo de decisão política do legislador brasileiro a figura do substituto processual nas ações

¹⁵⁷ SALLES, Carlos Alberto de. **Políticas públicas e processo**: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 182.

¹⁵⁸ SALLES, Carlos Alberto de. **Políticas públicas e processo**: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 183.

coletivas a fim de corrigir essa sub-representação causada pela dispersão do referido direito.

Uma vez aberta a possibilidade de defesa judicial de interesses difusos e coletivos, a questão central desloca-se para a de se saber a maneira como essa defesa pode e deve ser exercida de forma a evitar a sub-representação também nessa instância decisória. Com isso, o problema ganha mais um elemento: a qualidade da defesa patrocinada em juízo. Quem quer que exerça a defesa desse tipo de interesse, tendo em vista sua natureza e repercussão, deve estar capacitado a fazê-lo em condições de igualdade com o interesse contraposto.¹⁵⁹

A opção brasileira em termos de legitimação processual ativa para as ações coletivas privilegia a substituição dos titulares do direito difuso preferencialmente por órgãos do próprio Estado. O ministério público, a defensoria pública, pessoas jurídicas de direito público interno e órgãos da administração pública encabeçam a preferência do legislador pela representação judicial dos titulares dos direitos difusos.

Ao cidadão é admitida uma participação mínima em termos de legitimação ativa, mas sempre ladeado pelo ministério público como *custus legis*, podendo ainda em alguns casos, assumir a condução do processo em havendo abandono ou desistência do indivíduo.

Para Salles, as entidades associativas tem uma participação secundária, pois estão submetidas aos requisitos estabelecidos em lei para admissão em juízo, o que distancia novamente a participação direta da população. Outrossim, as associações estão ligadas aos seus membros e atuam primordialmente na defesa de seus interesses e não em defesa de interesses difusos.

Essa situação estabelece um cenário que aliado ao hermetismo do poder judiciário, conforme visto, tende a impedir que nos processos coletivos em primeira instância em que haja debate sobre direitos e interesses difusos ocorra uma dialética efetiva entre o juiz e aqueles que serão afetados pela decisão judicial, afastando o contraditório substancial e a cooperação. Percebe-se um déficit de participação dos

¹⁵⁹ SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 187.

destinatários na construção da decisão nesses casos, que são quase sempre representados por órgãos do próprio Estado.

O que se nota é que nos polos das referidas demandas, sobretudo nos debates acerca de políticas públicas levadas ao judiciário, tem-se no polo ativo usualmente o ministério público e no polo passivo alguma entidade política de direito constitucional (União, Estado, Município etc.). A decisão ao final cabe também a outro órgão do governo, qual seja, o juiz de primeira instância. Onde há cidadania e participação em referidos processos? Onde há a efetivação da dialética processual na situação trazida? Como exigir responsividade nesses casos?

O cenário acima exposto conduz à percepção de que o diálogo entre as partes e o juiz é restrito, dificultando a presença da democracia através do contraditório. Isso reforça a ideia de “sociedade fechada” em volta dos processos coletivos em que se debatem direitos difusos na primeira instância, contribuindo para que a cidadania, a participação, a educação política, a integração social e a responsividade sejam palavras que servem apenas ao processo de mentalização abordado na obra de H.G. Wells, sem qualquer pragmaticidade.

Como estabelecer no campo real uma Constituição com força normativa se pontos centrais do pacto fundante não são postos em prática? Não deve haver no processo coletivo uma restrição ao princípio democrático. Os interessados e afetados deve encontrar um canal de participação capaz de permitir sua influência direta perante o Magistrado. Os direitos fundamentais de cidadania e participação devem ser garantidos e efetivados nas decisões em processos coletivos.

A questão acima apontada pode levar a uma intensa reflexão, contudo, seria desperdício se limitar à abstração, razão pela qual não se pode perder de vista que o trabalho acadêmico também deve colaborar com formas de solução dos problemas encontrados para que tenha maior relevância no campo prático.

Nesse sentido, admitir como singela solução o acesso irrestrito ao poder judiciário na situação tratada anteriormente, através de um alargamento dos legitimados ao ajuizamento de ações coletivas seria desconsiderar o princípio da seletividade nas

referidas ações, uma vez que “O objetivo, ao estabelecer esses critérios de seletividade, foi garantir que aqueles interesses, pertencendo a uma pluralidade de sujeitos, fossem defendidos de maneira adequada em juízo.”¹⁶⁰

Se a abertura desmedida do acesso individual aos tribunais nos processos coletivos não é possível na atualidade, sobretudo na primeira instância, qual seria a forma de garantia de participação? Nesse sentido, para que haja efetiva dialética processual nos casos de processos coletivos, talvez seja necessária a admissão de um novo tipo de construção da decisão, um novo tipo de dialética e um novo tipo de hermenêutica, onde um canal de comunicação direta com o magistrado seja realizado sem intermediários processuais.

A democracia participativa deve ter lugar nos processos coletivos que envolvem direitos difusos também na primeira instância, mas não por meio de uma maior abertura da legitimação das partes, *mas na ampliação do diálogo direto com o juiz*. Ultrapassar as barreiras dos intérpretes oficiais e inserir outros intérpretes estabelece um viés mais democrático e se mostra necessário para uma real participação junto ao poder judiciário, sobretudo nos processos coletivos que envolvem direitos difusos em nível local.

Admitir que o jurisdicionado participe da edificação das decisões judiciais tomadas em primeira instância nos processo coletivos que envolvem direitos difusos é admitir que a sociedade local seja mais emancipada e externe ao poder judiciário suas preferências acerca da conduta a ser tomada pelo governo no caso posto em julgamento estabelecendo um vínculo de responsividade pela autoridade judicial.

A participação colabora para mostrar ao julgador qual é a decisão mais adequada para a comunidade submetida à jurisdição no processo coletivo, contribuindo para afastar decisões contrárias ao sentimento jurídico daqueles que serão afetados pela decisão a ser tomada. Admitir uma visão comunitarista nos processos coletivos que envolvem direitos difusos através de abertura à sociedade local é promover a

¹⁶⁰ SALLES, Carlos Alberto de. **Políticas públicas e processo**: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 189.

integração social e o sentimento jurídico positivo, trazendo uma percepção de legitimidade da decisão judicial.

Através da autodeterminação na comunidade, o comunitarismo espera maximizar a satisfação humana, o que contrasta com o conceito hegeliano de liberdade “abstrata”, conferida a todos, de fazer qualquer coisa, a qual está em constante perigo de se perder no vazio, ou tornar-se vítima das seduções totalitárias.¹⁶¹

Essa visão de abertura à comunidade como forma de participação democrática, garantindo sentimento de cidadania e concretizando o Estado democrático frente ao poder judiciário encontra suporte na “Hermenêutica Constitucional” de Peter Häberle, que relata acerca da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, sendo um importante marco teórico neste trabalho, razão pela qual suas ideias devem ser trazidas ao campo de debate para continuidade do raciocínio.

3.4 A SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES DE HÄRBELE: uma forma de participação popular como meio de materialização da cidadania e democracia no poder judiciário.

Em sua obra, Haberle¹⁶² analisa o problema atual da hermenêutica constitucional que é a existência de uma sociedade fechada a quem compete exclusivamente estabelecer o sentido das normas da Carta Magna, o que retira o caráter democrático estabelecido no neoconstitucionalismo como modelo de Estado. Na visão do autor o processo constitucional envolve parte do direito de participação democrática.

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.¹⁶³

¹⁶¹ BRUGGER, Winfried. Comunitarismo como teoria social e jurídica por trás da Constituição alemã. **Revista de Direito do Estado**, ano 3, n. 11, p. 55-84, jul/set 2008.

¹⁶² HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

¹⁶³ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 12.

Em razão disso, o autor externa a compreensão que numa sociedade pluralista, onde convivem várias eticidades diferentes, existe um grande universo de intérpretes da Constituição em razão da vivência sob seu comando, demonstrando um caráter difuso de entendimentos que deve ser considerado por toda a sociedade e inclusive pelo poder judiciário.

A proposta de Häberle é que no processo de interpretação constitucional estariam vinculados um universo de participantes, tais como, órgãos estatais, associações, cidadãos etc, e que não se pode cercear a participação dos mesmos através de uma restrição procedimental. “Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.”¹⁶⁴ A visão de Häberle adota um sentimento comunitário, privilegiador do cidadão e garantidor da participação e cidadania, estabelecendo integração, educação política e responsividade.

No entendimento do filósofo, quem de alguma forma está inserido na vivência constitucional, ou seja, todo aquele que é integrante da comunidade política possui a capacidade de construir ao menos uma pré-interpretação da norma da Constituição através de referida vivência. O conceito de interpretação, em razão disso, é algo mais amplo e de acordo com o autor, “cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação; Eles são intérpretes em sentido lato (...)”

Häberle notoriamente se opõe a um círculo fechado de interpretação. Não basta somente o procedimento judicial, é necessária uma forma de garantia de participação. A aplicação da teoria democrática, sobretudo os conceitos de cidadania e participação materializada através de um modelo de Estado democrático, impõe que não somente os lócus executivo e legislativo estejam abertos à penetração de integrantes da sociedade para a construção de decisões do governo, mas também o lócus judiciário. Na visão do autor, os intérpretes estatais vivem a Constituição, mas não são os únicos.

¹⁶⁴ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 13.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.¹⁶⁵

Assim, cidadãos interessados devem fazer parte não somente do processo de formação do direito estatal, mas também no momento posterior que é a aplicação pelos tribunais. Adotar esse modo de sociedade é admitir pragmaticamente a pluralidade, uma das condições humanas na visão de Arendt, conforme exposto no capítulo anterior.

Nessas ideias, vê-se que isso faz surgir uma legitimidade mais ampla acerca dos intérpretes da Constituição e do direito. Não somente aqueles que são vinculados ao Estado, tais como os juízes, mas todo o cidadão membro da comunidade está inserido nessa amplitude. Segundo o autor, essa legitimação ampla tem o escopo de trazer a realidade para o interior do processo de interpretação. Não somente os juízes fazem parte da realidade, mas todos os destinatários do direito produzido.

Häberle expõe que qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis. Assim, a realidade não é somente aquela apresentada pelos intérpretes estatais, mas conformada através da participação de vários atores que são capazes de auxiliar essa trazida da realidade ao momento da interpretação.

Os juízes estão sujeitos às influências de seu entorno. Sua visão da vida é fruto das circunstâncias de sua formação de identidade, contudo, o modelo de Estado democrático aponta para a necessidade de se materializar formas de participação para que a cidadania seja garantida e nesse sentido o lócus judiciário deve estar aberto à participação sob risco de tender à formação de uma aristocracia judicial contrastando com os comandos da Constituição brasileira que prega o Estado democrático como modelo. A realidade será melhor apreendida quanto maior forem os participantes.

¹⁶⁵ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 15.

O povo representa o aspecto da “Constituição real” e a sua tensão com a “Constituição jurídica”, razão pela qual não pode ser excluída do momento interpretativo onde preferências são externadas, gerando o dever de responsividade do governo.

Considerando a realidade e a pluralidade estruturadas, nas quais o “povo” atua, inicialmente, de forma difusa, mas, a final, de maneira “concertada”, há de se reconhecer que essas forças, faticamente relevantes, são igualmente importantes para a interpretação constitucional. A práxis atua aqui na legitimação da teoria e não a teoria na legitimação da práxis.¹⁶⁶

A sociedade aberta defendida por Häberle contribui para promover uma grande aproximação entre o real e o jurídico e permite a edificação de decisões que são recebidas pelos destinatários das decisões com grande sentimento positivo. A participação na construção do sentido constitucional é um fator de grande importância para que a democracia impere também no lócus judiciário.

São exatamente esses aspectos que exigem um esclarecimento sobre o conteúdo da Constituição e influenciam o desenvolvimento de uma concepção da sociedade liberal-democrática. Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significa um empobrecimento ou um autoengodo.¹⁶⁷

Para Haberle a Constituição é um espelho da realidade, ou seja, deve refletir os entendimentos dos destinatários das decisões, de sorte que os tribunais devem se atentar para a abertura da interpretação através de modos de participação social.

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional¹⁶⁸

O autor externa que a participação efetiva dos cidadãos em debates “sob” e “sobre” a Constituição garante uma visão multifacetada dos direitos fundamentais e materializa a cidadania, haja vista que é uma forma de externar preferências,

¹⁶⁶ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 33.

¹⁶⁷ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 34.

¹⁶⁸ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 37.

educação política, integração social e geração de sentimento jurídico positivo. “A sociedade é livre e aberta na medida em que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato.”¹⁶⁹

A visão de Häberle pode provocar uma mudança na dogmática tradicional acerca da hermenêutica aplicada ao direito. Já não se pode admitir mais que o juiz se encontre sozinho na construção do sentido jurídico em processos que afetam toda a sociedade. A máxima “Dê-me os fatos que eu lhe dou o direito” deve ser revista, pois a pluralidade social existente torna as questões que envolvem direitos difusos nos processos coletivos de primeira instância dignas de amplo debate na sociedade local em razão de sua complexidade, não sendo o magistrado ou os substitutos processuais os únicos a vivenciar a questão jurídica colocada em julgamento.

Isso faz surgir uma necessidade de conformação do direito processual à teoria democrática. A ampliação das formas de participação é algo que se localiza no centro dos entendimentos de Peter Häberle. No entendimento do autor, a ampliação da participação é capaz de materializar uma sociedade aberta de intérpretes.

Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática.¹⁷⁰

Momentos processuais poderiam ser erguidos para especificamente possibilitar a manifestação do jurisdicionado nas questões que envolvem toda coletividade. Audiências públicas, debates públicos e coleta de opiniões são alguns dos exemplos que servem à implementação da teoria de Häberle, mas que ainda não possuem uma inserção total na praxe judiciária nacional.

A visão do autor acerca da participação popular na arena judicial é diametralmente contrária ao hermetismo fechado que se tem observado no poder judiciário deste país, conforme exposto. É notório que na primeira instância onde os processos

¹⁶⁹ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 40.

¹⁷⁰ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 48.

coletivos que envolvem direitos difusos tramitam existe um isolacionismo judicial. O sentido da Constituição e do direito são construídos isoladamente pelo juiz e impostos a todos sem qualquer forma de participação direta da população destinatária da decisão nos casos que afetam a toda a sociedade.

A sociedade aberta de intérpretes estabelece uma possível forma de ultrapassar esse déficit democrático, permitindo que a cidadania seja materializada em casos que refletem em toda a sociedade local, permitindo integração social, educação política, sentimento jurídico positivo e o dever de responsividade do órgão estatal.

A teoria apresentada por Habermas não é contraditória ao sistema brasileiro e pode ser vista como uma possível solução para materializar a cidadania frente ao poder judiciário se aplicada sem desvios.

Nesse sentido, tem-se notado algumas iniciativas originadas *nos tribunais* para que a abertura se proceda e referida prática se materialize. Em razão disso, este trabalho aborda principalmente os dois casos pioneiros na referida abertura ao debate público de casos em controle concentrado de constitucionalidade. Tais situações são a primeira audiência pública realizada pelo STF e a primeira audiência pública realizada pelo TJES. Além de serem os primeiros, referidos casos se mostram relevantes em razão da matéria coletiva tratada em ambos e o modo em que se operaram, podendo deles se extrair críticas positivas e negativas. O propósito não é aprofundamento, mas tratar de forma adequada os dois casos para melhor compreender o raciocínio.

A análise dos casos emblemáticos, ao menos na forma possível em sede de dissertação, é importante para construir em momento posterior o entendimento acerca da mais adequada participação em primeira instância. Analisar algumas iniciativas dos tribunais pode colaborar para apontamento de soluções ou até mesmo de identificação de desvios na aplicação da teoria hermenêutica de Peter Häberle. Em razão disso, o primeiro caso trazido pelo STF e o primeiro caso trazido pelo TJES serão vistos, para fins de sugestões para a materialização da participação frente ao poder judiciário de primeira instância, no lócus do processo coletivo que envolve direitos difusos.

3.5. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JUDICIAIS: as primeiras iniciativas desse tipo de abertura do poder judiciário brasileiro à participação democrática realizadas pelo STF e pelo TJES.

A teoria apresentada por Peter Häberle é de possível aplicação no atual estágio em que se vivencia o direito brasileiro. Percebe-se que nos últimos anos algumas iniciativas tem mostrado uma aparente abertura do poder judiciário à participação da sociedade na construção da decisão judicial através da influência sobre os intérpretes oficiais da Constituição da República. Algumas audiências públicas tem sido realizadas e marcam o possível início de um novo rumo da democracia brasileira em direção à conquista da arena judicial.

Nesse sentido, coube ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa de referida abertura através de audiência pública realizada na ADI 3510/2005. Naqueles autos se discutia a constitucionalidade da Lei de Biossegurança em relação ao direito à vida, eis que autorizava a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, situação que gerou o ajuizamento da demanda pela Procuradoria Geral da República pugnando pela declaração de inconstitucionalidade.

Medeiros, em artigo sobre o assunto, expõe sucintamente as razões do ministro relator Carlos Ayres Brito para a designação da referida audiência:

(...) a matéria veiculada nesta ação se orna de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida. Tudo a justificar a realização de audiência pública, a teor do § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99. Audiência que, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará u'a maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte.¹⁷¹

¹⁷¹ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. O Supremo Tribunal Federal e a primeira audiência pública de sua história. **Revista. Jurídica**. Brasília, v. 9, n. 84, p.41-48, abr./maio, 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/FabricioJuliano_rev84.pdf. Acessado em 14 de agosto de 2012 às 15h20min.

O evento foi realmente um marco histórico no poder judiciário brasileiro, pois a realização da audiência pública, ao menos em tese, demonstrou uma preocupação dos integrantes daquela corte em proceder a materialização de canais democráticos na aplicação da Constituição, sobretudo quando se envolve direitos humanos. Nesse sentido, flexibilizar o hermetismo do controle concentrado de constitucionalidade por meio da participação de integrantes da sociedade, externou a possibilidade de se realizar uma democracia participativa na arena judicial de debates da corte maior do país.

Contudo, uma análise mais acurada do caso apontado mostra que a “histórica” abertura pode não ter se constituído, em verdade, numa completa trazida da sociedade ao campo de discussão. Analisando-se o artigo de Medeiros, percebe-se que a audiência pública realizada na referida ADIN na verdade foi um *grande encontro de peritos* que se limitaram a trazer informações técnicas do assunto em pauta.

Uma vez designada a audiência pública, o relator da multicitada ação direta de inconstitucionalidade marcou para o dia 20.04.2007, no auditório da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a realização da sessão pública para a **oitiva dos especialistas** e, em seguida, determinou a expedição de **convites aos especialistas indicados pelos requeridos e pelos amicus curiae**. Mais: como a finalidade da audiência pública é a de dar subsídios técnicos aos Ministros da Casa para que pudessem decidir a matéria com a maior segurança possível, também foram expedidos convites aos demais integrantes da Corte. (destaque nosso)¹⁷²

Em regra, a oitiva de peritos não necessita de designação de audiência pública, podendo ser realizada através de instrução processual comum. Em razão disso, o caso acima demonstrado e apontado como “histórico”, pode evidenciar uma abertura *formal* do processo de interpretação e participação, contudo, não se pode apontá-lo como uma verdadeira e completa abertura *real*, haja vista que a limitação à oitiva de especialistas exclui um universo de interessados que poderiam colaborar

¹⁷² MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. O Supremo Tribunal Federal e a primeira audiência pública de sua história. **Revista. Jurídica**. Brasília, v. 9, n. 84, p.41-48, abr./maio, 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/FabricioJuliano_rev84.pdf. Acessado em 14 de agosto de 2012 às 15h20min.

intensamente na melhor solução da questão. O círculo de intérpretes ainda aparenta restrição e fechamento.

Essa restrição pode ser ainda vista nos demais atos tomados pelo STF. É cediço que não houve apenas uma audiência pública realizada pela corte suprema. Em análise singela do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal¹⁷³, vê-se claramente que outras iniciativas foram igualmente tomadas pela suprema corte brasileira e numa meteórica passagem podem ser visualizados os seus temas e participantes, possibilitando a análise de continuação da práxis inaugurada pela primeira experiência ou não.

Realizando essa superficial análise, vê-se que a segunda audiência pública no STF foi convocada pela ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, para debater a importação de pneus usados pelo Brasil. Empresas defendiam a importação para utilização como matéria prima em pneus remodelados, mas o governo apontava para infração ambiental nacional. O tema foi analisado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 101. Os debates, que aconteceram no dia 27 de junho de 2008, tiveram como objetivo reunir informações para subsidiar o julgamento. Naquele ato foram ouvidos *08 especialistas* indicados pelos interessados, *não havendo participação direta do jurisdicionado em algum tipo de debate*.

Na terceira audiência pública, a suprema corte realizou o ato para debater a antecipação terapêutica de parto em caso de fetos anencéfalos tema abordado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54. A ação foi ajuizada em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), que defendiam a descriminalização da antecipação do parto em caso de gravidez de feto anencéfalo. A CNTS alegava ofensa à dignidade humana da mãe o fato de ela ser obrigada a carregar no ventre um feto condenado à morte logo depois do parto. Os participantes da referida audiência foram limitados às *entidades interessadas*, tais como Igrejas e associações e, ainda, entidades técnicas como o Conselho Federal de Medicina. *Não houve abertura à participação popular direta*.

¹⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, disponível em <http://www.stf.jus.br>

A quarta audiência pública convocada não se operou em sede de controle abstrato, mas em sede de controle difuso em razão das discussões operadas nos Agravos Regimentais para suspensão liminar nºs 47 e 64; Agravos Regimentais para suspensão de tutela antecipada nºs 36/185/211/278; Agravos Regimentais para suspensão de segurança liminar concedida nºs 2361/2944/3345/3355 e ainda, no Recurso Extraordinário nº 566.471. O fundamento utilizado pelo ministro Gilmar Mendes perante a Corte foi:

Os senhores sabem que essa é uma das questões mais sensíveis hoje afetas à decisão, não só do STF, mas de todo o Judiciário brasileiro. Saber como decidir essas questões de fornecimento de medicamentos, de determinação sobre vagas em UTI, fila de transplante. Nós temos, inclusive, na presidência do STF muitos casos que aqui chegam e que os estados ou os municípios se rebelam contra essas decisões judiciais, daí a necessidade desses subsídios. Estamos tendo uma participação ampla, das várias esferas de governo, das várias esferas da sociedade e dos segmentos técnicos para que possamos ter um juízo seguro sobre o assunto.¹⁷⁴

Em referida audiência foram ouvidos representantes de associações e entidades vinculadas ao sistema de saúde, além de autoridades do Governo Federal diretamente ligadas ao tema, *não havendo participação direta da sociedade afetada.*

A quinta audiência realizada foi convocada para debater a constitucionalidade do sistema de cotas raciais nas universidades públicas e foi de iniciativa do ministro Ricardo Lewandowski, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186 e do Recurso Extraordinário (RE) 597285. Foram 38 inscritos para participação, contudo, os participantes eram entidades governamentais, associações e técnicos de diversas áreas. *Não se nota nenhuma participação da sociedade que não se enquadre nessa qualificação.*

A sexta audiência pública realizada pelo STF, foi convocada ministro Luiz Fux, relator da ADI n. 4103, para debater a problemática trazida pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (Abrasel) que questionava dispositivos da Lei 11.705/08, também conhecida como "Lei Seca".

¹⁷⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=106881&caixaBusca=N>. Acessado em 12.12.2012 às 12h.

A lei contém proibição referente à venda de bebidas alcoólicas à beira das rodovias federais ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia. Vários expositores foram ouvidos. Entre os mesmos estiveram representantes de órgãos governamentais e não governamentais, autoridades, especialistas em trânsito e da área médica e jurídica. *Não houve participação direta da população que trafega pelas rodovias ou de parentes de vítimas do alcoolismo nas estradas ou qualquer cidadão comum.*

A sétima e última audiência pública realizada até o final de novembro de 2012 em sede de STF foi convocada pelo ministro Marco Aurélio, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937, para debater os argumentos lançados pela Confederação Nacional de Trabalhadores na Indústria (CNTI) que aduz a inconstitucionalidade integral da Lei nº 12.684, de 26 de julho de 2007, do Estado de São Paulo, que proíbe o uso, no âmbito territorial do referido ente federativo, de produtos materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto.

O objetivo é analisar, do ponto de vista científico, a possibilidade de uso seguro do amianto da espécie crisotila e os riscos à saúde pública que o referido material pode trazer bem como verificar se as fibras alternativas ao amianto crisotila são viáveis à substituição do mencionado material, considerados, igualmente, os eventuais prejuízos à higidez física e mental da coletividade. Também se pede aos especialistas que apontem os impactos econômicos decorrentes de ambas as opções. Cada expositor terá o tempo de vinte minutos, permitida a apresentação de memoriais.¹⁷⁵

O que se observa do sítio eletrônico do STF é que houve uma presença maciça de palestrantes. Participaram representantes do Ministério da Saúde, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, do Ministério de Minas e Energia, e de associações e confederações de trabalhadores e de indústrias e distribuidores de fribocimento. *Novamente, não se nota participação direta da população afetada pelo tema dos autos.*

¹⁷⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=ProcessosAudienciasPublicasAcoesAmiant> o. Acessado em 12 de dezembro de 2012 às 22h.

O que se nota da singela análise acima é que a praxe judicial no STF em realizar a audiência pública para oitiva de técnicos, autoridades, entidades públicas e privadas iniciada pela primeira audiência feita foi seguida nas demais, afastando de certa forma um dos objetivos maiores da audiência pública que é a participação do povo como coadjuvante na construção das decisões judiciais de efeitos *erga omnes*.

Numa sociedade pluralista como a brasileira, sem dúvida a abertura dos processos de controle concentrado à participação popular constitui um grande canal democrático junto ao poder judiciário, contudo, a participação não pode se limitar a oitiva de peritos, autoridade e cientistas.

A participação deve promover a trazida de ideologias e entendimentos do maior número de grupos possível, evidenciando a necessidade de participação direta do povo, o que colabora para a construção de um sentimento de cidadania. Outrossim, referidos entendimentos e ideias devem ser enfrentados pelo poder judiciário como forma de garantir responsividade do governo, representado pelo referido locus de poder estatal.

Na forma em que foram realizadas, as apontadas iniciativas do STF podem transformar a audiência pública num evento onde os especialistas, autoridades e cientistas são convocados para ministrar “*palestras*” e, em razão disso, impedirem de certa forma que preferências do povo sejam diretamente externadas de acordo com o seu próprio entendimento acerca da Constituição. A realização de “*palestras*” parece não resolver o déficit dialético entre o jurisdicionado e o órgão julgador em referidos processos tendo em vista a restrição que representa.

Embora as audiências públicas realizadas até o presente momento pelo STF pareçam não refletir exatamente o caráter de participação completa que se almeja, não se pode negar que sua iniciativa inspirou outros membros do poder judiciário a realizar a abertura hermenêutica e possibilitar a participação onde antes nada existia.

Nesse sentido, um importante avanço pode ser visualizado na iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, onde em processo de controle concentrado

de constitucionalidade de lei municipal, houve no ano de 2008 a realização de audiência pública para *participação da sociedade*.

Na ADIN nº 100070023542 ajuizada pelo Ministério Público Estado do ES em face do Município de Vitória – ES, o *parquet* questionava a lei municipal nº 6225/2004 que estabelecia cotas raciais para afrodescendentes em concursos públicos da referida entidade política municipal aduzindo que se tratava de ofensa ao princípio da igualdade estabelecida na Carta Estadual.

A relatoria coube ao desembargador Samuel Meira Brasil Junior que compreendeu tratar-se de um caso que gerava uma grande divisão de opiniões e que ao lado dos intérpretes oficiais haveria também que ser oportunizado aos intérpretes não-oficiais da Constituição a possibilidade de participação no caso como forma de aumentar a legitimidade democrática da decisão.

O *plus* inovatório trazido pelo relator interessa muito ao presente trabalho. Diferentemente do Supremo Tribunal Federal que limitou a participação a especialistas, representantes de entidades, autoridades e cientistas para trazida de informações técnicas ao processo, o TJES através do relator da ADIN estadual permitiu a *participação direta* da população interessada, ampliando sobremaneira as opiniões lançadas e promovendo um intenso debate público entre os participantes em torno do tema.

É verdade que, até o momento, o Supremo Tribunal Federal designou audiência pública para, na essência, ouvir peritos e receber informações técnicas sobre as respectivas controvérsias. Poderíamos imaginar então que o escopo da audiência pública cinge-se a obter informações técnicas e opiniões científicas sobre determinada matéria. Porém não podemos limitar as audiências públicas para essas hipóteses. Essa conclusão não favoreceria a função legitimadora de uma interpretação aberta e pluralista. Afinal o conhecimento técnico sobre uma controvérsia pode ser obtido até mesmo por perícia judicial, ordinariamente determinada nas ações judiciais. Para que haja verdadeiramente o pluralismo na interpretação constitucional, **a participação popular não deve ser limitada à opinião científica, mas, antes, deve ser admitida como manifestação política, como ideologia de grupo de interesse, como manifestação do cidadão.**¹⁷⁶ (destacou-se)

¹⁷⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, ADIN n. 100070023542. Disponível em <http://www.tj.es.gov.br/consulta/audPublicas/Des.SMBJ.Decisao.pdf>. Acessado em 14 de agosto de 2.012 às 17h.

A iniciativa do TJES no processo epigrafado serve como ilustração para demonstrar que embora o hermetismo ainda esteja no centro das críticas da sociedade em relação ao poder judiciário brasileiro, existem iniciativas tomadas por seus membros que passam a aderir a ideia de abertura dessa “sociedade fechada” de intérpretes não limitando os processos apenas aos órgãos oficiais de interpretação e aplicação do direito.

A iniciativa do TJES trazida a este trabalho a título de ilustração demonstra que é possível a chamada direta do povo para participar ativamente dos debates acerca de temas que além de gerarem grande divisão de opiniões, trazem consigo uma carga axiológica típica do neoconstitucionalismo que se vive. A iniciativa do relator, no caso informado, preza com mais intensidade a cidadania e a participação, concedendo maior materialidade ao Estado democrático também na esfera judiciária de poder.

O povo – na linha sustentada por HÄRBELE – deve participar de qualquer processo que possa afetá-lo diretamente. Mesmo não tendo competência formal para interpretar a Constituição (competência destinada aos órgãos oficiais de uma sociedade fechada), não pode ser excluído, por ser o próprio titular do poder e destinatário da norma. E, se a participação do povo, deve ser admitida, então não podemos limitar a audiência pública à opinião técnica ou científica. Devemos admitir até mesmo a participação popular para ouvir as razões pessoais (políticas, sociais, psicológicas e da própria experiência de vida).¹⁷⁷

A abertura operada no exemplo ilustrativo extraído da prática do TJES constitui um importante avanço no poder judiciário, pois a audiência realizada não se limitou a uma “palestra” ministrada por técnicos e cientistas, conforme efetuado pela Suprema Corte brasileira em seus precedentes. Essa abertura revela uma ideia central expressada nas palavras do relator da ADIN estadual que ao finalizar a decisão interlocutória que designou a audiência pública aduz que “Apenas com a participação popular conseguiremos a verdadeira interpretação e a autêntica concretização da Constituição.”¹⁷⁸

¹⁷⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, ADIN n. 100070023542. Disponível em <http://www.tj.es.gov.br/consulta/audPublicas/Des.SMBJ.Decisao.pdf>. Acessado em 16 de agosto de 2.012 às 14h.

¹⁷⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, ADIN n. 100070023542. Disponível em <http://www.tj.es.gov.br/consulta/audPublicas/Des.SMBJ.Decisao.pdf>. Acessado em 16 de agosto de 2.012 às 14h15min.

Embora o avanço e, sem perder de vista essa consideração de relevância concedida à iniciativa apontada acima, deve ser dito de forma crítica, que uma indesejável prática também foi verificada no exemplo trazido e que impede o maior avanço da real participação, mostrando ainda um caráter negativo na práxis judiciária.

Mesmo diante de todo o arcabouço teórico-democrático que aponta para as características da responsividade, integração, educação política etc., referenciados no segundo capítulo, o desfecho processual na ADIN estadual não ultrapassou os limites da oferta de um debate.

Para se demonstrar isso, é igualmente relevante no seguimento do raciocínio que seja analisada a finalização do processo da ADIN estadual trazida em análise, uma vez que embora a abertura à participação popular direta seja um *plus* aos precedentes do STF, não basta que se permita ao povo apenas “momentos” de se externar palavras durante o procedimento. É necessário que haja enfrentamento das questões levantadas e resposta às preferências externadas para que a participação tenha valor enquanto educação política, integração social, responsividade e geração de sentimento positivo no destinatário da decisão. Isso parece não ter acontecido no caso retirado da práxis do TJES.

Sob esse ponto de vista, uma análise dos votos que encerram a questão estabelecida na ADIN Estadual nº 100070023542 revela que a participação popular permitida pela iniciativa do relator se limitou a *discursos na tribuna*, sem o real enfrentamento das questões estabelecidas pela população. Isso pode representar uma séria limitação ao avanço da participação na esfera judicial de poder.

Ao se proceder na sequência a análise do voto do relator¹⁷⁹ da referida ADIN, o que se percebe é que apesar de sua iniciativa em proceder audiência pública e um debate entre os integrantes da sociedade, não se percebe ter havido diálogo direto

¹⁷⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, ADIN n. 100070023542. Disponível em http://www.tjes.jus.br/consulta/cfmx/portal/Novo/temp_pdf_jurisp/10509221692.pdf?CFID=3064607&CFTOKEN=cd482641edaf736d-304515D4-E5B3-5687-AE6A170CB89551D0. Acessado em 18 de agosto de 2.012 às 16h.

entre seu modo de interpretar a realidade constitucional e os pensamentos externados por aqueles que participaram do referido ato público processual.

O que se nota na parte do voto do relator que aborda a questão da audiência pública é apenas a transcrição de parte dos discursos apresentados por alguns dos participantes com a breve menção de que suas palavras possuem “relevância”. “Reconheço que TODAS as manifestações na Audiência Pública foram absolutamente relevantes.”¹⁸⁰

O relator transcreve algumas interpretações do caso, sobretudo no que tange ao princípio da igualdade, dizendo apenas que “Alguns argumentos utilizados nos debates que me impressionaram e que contribuíram para a compreensão da igualdade esperada foram os seguintes.”¹⁸¹, contudo, não informa o porquê nem em que aspecto houve referida contribuição.

Cite-se abaixo a opinião de Ada Pelegrini Grinover, que se encontrava presente na audiência pública.

Essa regra da Constituição Federal, que também é reproduzida pela Constituição do Estado do Espírito Santo, pelo art. 32, 2º, mostra o princípio geral de que deve haver um acesso aos cargos ou empregos públicos mediante investidura decorrente de um concurso público de provas ou de provas e títulos que, evidentemente, visa a aferir as condições dos candidatos e a garantir a igualdade de tratamento entre eles. No entanto, é o próprio inciso VIII deste art. 37 da Constituição Federal que abre uma exceção a esse tratamento que, pela dicção do dispositivo se pretende igualitário para permitir igualdade de condições a todos, o inciso VIII abre uma exceção, prescrevendo que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão. (...) Mas daí eu tiro uma conclusão, Sr. Presidente, Srs. Desembargadores, Senhoras e Senhores. Que, se o Estado do Espírito Santo quisesse abrir uma nova exceção à regra geral do concurso público e igualdade de condições para provimento de cargos, deveria fazê-lo mediante uma norma da Constituição do Estado. Assim como a regra geral do concurso que visa exatamente a assegurar igualdade de condições, é excepcionada pela CF e pela CE pelo art. 36, qualquer outra exceção que se quisesse abrir

¹⁸⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, ADIN n. 100070023542. Disponível em http://www.tjes.jus.br/consulta/cfmx/portal/Novo/temp_pdf_jurisp/10509221692.pdf?CFID=3064607&CFTOKEN=cd482641edaf736d-304515D4-E5B3-5687-AE6A170CB89551D0. Acessado em 18 de agosto de 2.012 às 16h.

¹⁸¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, ADIN n. 100070023542. Disponível em http://www.tjes.jus.br/consulta/cfmx/portal/Novo/temp_pdf_jurisp/10509221692.pdf?CFID=3064607&CFTOKEN=cd482641edaf736d-304515D4-E5B3-5687-AE6A170CB89551D0. Acessado em 14 de outubro de 2.012 às 19h20m.

à regra geral da igualdade de acesso, a meu ver, também deveria vir na CE, paralelamente ao art. 36. (...) ¹⁸²

O entendimento de Grinover como participante é contrário ao que posteriormente é sustentado pelo relator, contudo, não existe no mérito de sua decisão a abordagem dos argumentos e sua refutação motivada.

A menção genérica de que houve relevância nas manifestações seguida de transcrições de seus trechos, sem uma abordagem específica e pormenorizada, pode se constituir num impedimento à concretização do dever de resposta (responsividade) do poder judiciário, fazendo com que o ato ainda continue tendo um valor apenas *formal*, como se a inserção de uma audiência pública no decorrer do procedimento fosse, em si mesma, a fonte democrática da decisão.

Na iniciativa do TJES e abordada neste trabalho, vê-se que ao longo do texto do voto do relator é realizado um esforço de interpretação e aplicação das opiniões dos doutrinadores trazidos, tal como o próprio Peter Häberle, contudo, não se nota um maior adentramento nas razões expostas pela população que participou da audiência pública. Num resumo apertado, o povo “falou”, mas aparentemente não foi “ouvido”.

O relator da ADIN, na confecção de seu voto aduz: “Como podemos constatar, TODOS os argumentos – favoráveis e contrários – impressionam e, acima de tudo, demonstram qual é o sentido que o povo espera do princípio da igualdade”. Essa colocação do relator em tom “abstrato”, longe do enfrentamento direto, pode colaborar para a desvalorização da participação, haja vista que nenhuma contribuição há nos argumentos lançados se os mesmos não forem devidamente enfrentados e deles não se extrair qual é a preferência da população acerca da conduta do governo em relação ao caso posto em debate.

¹⁸² BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, ADIN n. 100070023542. Disponível em http://www.tjes.jus.br/consulta/cfmx/portal/Novo/temp_pdf_jurisp/10509221692.pdf?CFID=3064607&CFTOKEN=cd482641edaf736d-304515D4-E5B3-5687-AE6A170CB89551D0. Acessado em 14 de outubro de 2.012 às 19h20m.

Relembre-se que na visão de Robert Dahl, referenciado no segundo capítulo, a democracia é um “sistema político que tenha, como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos.”¹⁸³ Assim, a conduta do magistrado que realiza uma audiência pública judicial e não recolhe a preferência geral da população com seu consequente enfrentamento, não oferecerá qualquer resposta à referida preferência, tornando a participação do povo *insignificante*. Esse tratamento insignificante em relação as opiniões lançadas reproduzem o hermetismo judicial e torna audiência pública uma espécie de roupagem, uma capa, para conceder aparência de legitimação democrática.

Esse termo utilizado por Dhal, *responsividade*, é de grande valor para o tema tratado neste trabalho, haja vista que a inexistência de uma resposta do juiz às preferências externadas durante o ato pode ser constituir num dos fatores de desestímulo à novas participações e, ainda, pode se constituir numa negativa de prestação jurisdicional. Se o órgão judicial convoca a audiência pública e pugna pela participação da população, é seu dever constitucional responder às opiniões lançadas durante o referido ato.

Inobstante isso, a crítica negativa ao relator deve ser lançada em paralelo a crítica positiva à inovação trazida com a realização da audiência em que se permitiu a participação direta do povo, contudo, na sequência e, em tom mais grave, talvez não se possa realizar nenhuma ressalva em relação aos demais membros da corte estadual do ES no caso analisado, conforme se demonstra no seguimento do raciocínio.

No transcurso do julgado, vê-se que houve uma “guinada” da corte em relação a posição externada pelo relator, que votava pela improcedência da ADIN. A corte estadual contou com o voto do desembargador Arnaldo Santos Souza que expôs uma visão oposta ao relator e foi seguido pela maioria. Em análise de seu voto, verifica-se que não há qualquer menção a argumentos lançados na audiência pública realizada por iniciativa do relator.

¹⁸³ DAHL, Robert A. **Poliarquia**: Participação e oposição. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997, p. 25/26.

Esse comportamento, de forma ainda mais direta, contribui para o surgimento de um tratamento insignificante na audiência pública e torna ineficiente seu objetivo de co-autoria na construção da decisão, sem mencionar a possibilidade de uma negativa de prestação jurisdicional. Isso distancia a alta relevância das opiniões lançadas no referido ato e impede o dever de responsividade às preferências externadas pela população acerca da conduta estatal a ser realizada no concernente ao caso ilustrado.

Como efetivar a consciência democrática no poder judiciário se o principal cerne do referido princípio, qual seja, a responsividade do Estado, é olvidado pelo comportamento dos juízes que participam do processo? Como operar a abertura da sociedade fechada dos juízes, ampliando o rol de intérpretes da Constituição se referida interpretação é preterida por aqueles que deveriam enfrentá-la? A atenção do governo aos cidadãos quanto às suas opiniões e preferências externadas é um fator de aproximação entre ambos de sorte que não enfrentar argumentos, fornecendo uma resposta adequada é ferir essa possibilidade de aproximação, tornando a democracia mais longínqua.

A situação demonstrada parece a tentativa de realizar uma democracia participativa no poder judiciário através de uma *viviseção, conforme procedia o Dr. Moreau nos seus "humanimals"*. Ao singelamente enxertar a audiência pública no processo de controle concentrado de constitucionalidade sem enfrentar argumentos trazidos é pretender a abertura do hermetismo por meio da aparência. Isso é suficiente para se configurar uma consciência democrática naqueles que integram a magistratura? Há uma percepção valorizada do conceito de participação, integração social, cidadania, sentimento jurídico positivo e responsividade nos casos analisados?

A análise da audiência pública ocorrida no âmbito do TJES na ADIN estadual nº 100070023542 conduz ao entendimento que apesar da abertura para a participação direta da população, não houve, na sequência a devida intensidade de valor atribuído ao ato e, a presença e o discurso dos populares em relação ao caso apresentado não garantiram, na situação apontada, uma real resposta do governo

representado pelo poder judiciário do ES, às preferências externadas. Sem responsividade, não há democracia participativa.

Vê-se a irrelevância do ato para a maioria da corte que decidiu o caso sem qualquer ponderação ou enfrentamento do discurso apresentado pela população diretamente. A participação popular dos processos judiciais deve ser significativa para o povo e esse conceito é de grande importância.

Participação significativa pode se definida como a que ocorre quando uma pessoa tem um senso de envolvimento na totalidade do que se está empreendendo, um senso de que seus esforços têm cabimento no plano geral, quando eles se identificam com os objetivos coletivos, tem uma sensação de eficácia com respeito ao alcance dos resultados e de que deixa uma marca nas consequências finais do que se empreendeu.¹⁸⁴

Se nos precedentes do STF, notou-se uma *palestra* realizada por peritos e cientistas, no caso analisado relativo ao TJES houve aparentemente um momento de *catarse*. Uma espécie de ato onde aos cidadãos engajados fosse permitido um momento de libertação de uma situação opressora no viviam, qual seja, a falta de oportunidade de falar na arena judiciária nos processo de controle concentrado de constitucionalidade, contudo, sem que isso signifique relevância na construção da decisão final do caso, pois não enfrentar argumentos é o mesmo que não ouvi-los.

Como criar um ambiente de educação política, integração entre os diferentes grupos sociais, sentimento jurídico positivo, sem que haja uma participação significativa? A *responsividade* encontrada na poliarquia de Dahl¹⁸⁵ é talvez a chave para o implemento de uma democracia real perante o poder judiciário. Abrir a sociedade fechada do judiciário somente é possível com a conjugação desses dois vetores, quais sejam, responsividade e participação significativa. A participação somente será significativa se houve resposta do governo e somente haverá resposta se houver participação significativa.

¹⁸⁴ MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 32

¹⁸⁵ DAHL, Robert A. **Poliarquia: Participação e oposição**. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997.

Nesse sentido, não pode ser cabível no caso de convocação de audiência pública o entendimento jurisprudencial atual de que o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou, tampouco, a responder um a um todos os argumentos deduzidos pelos participantes.

Esse entendimento que concede ao juiz a possibilidade de não enfrentamento é colocado em evidência pelas cortes superiores de justiça. Dentre muitos julgados colhe a título ilustrativo:

Ementa

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – PRECLUSÃO EM MATÉRIA DE PROVA.

1. O juízo não está obrigado a manifestar-se acerca de todas as questões levantadas pelas partes, ou a respondê-las uma a uma. A decisão que julgou os embargos de declaração foi a que deu ensejo ao agravo de instrumento, conforme ficou demonstrada na decisão do Tribunal. 2. Não existe preclusão para o juiz quando se trata de matéria probatória em razão da busca pela verdade real. A jurisprudência vem decidindo nesse sentido e, ao decidir que não há necessidade de juntada de mais documentos, o Tribunal decide acerca de provas, razão pela qual não há que se falar em preclusão. Agravo regimental improvido.¹⁸⁶

Nas situações abordadas acima, quais sejam, as audiências públicas do STF e principalmente do TJES, já constavam dos autos os argumentos lançados pelos participantes oficiais por meio de suas petições. Foi por iniciativa do órgão julgador, que se operou a convocação da audiência pública para a participação de outros interessados que o fizeram por meio de seus argumentos. Em razão disso seria contraditório o não enfrentamento das opiniões lançadas nos autos por convocação do próprio órgão julgador. Além do óbvio dever de responsividade, corolário de uma democracia participativa, *os argumentos foram trazidos a pedido do poder judiciário*. Seu não enfrentamento agravaria uma situação de insignificância da participação e permitiria claramente o entendimento de que o ato convocado seria um engodo, algo

¹⁸⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, (AgRg no REsp 946874 / PR AGr. Reg no Rec. Esp. 2007/0098138-9, Relator Ministro Humberto Martins. Data do Julgamento 25/08/2009, data da publicação DJe 16/09/2009. Disponível em www.stj.jus.br. Acessado em 17 de dezembro de 2.012 às 12h.

apenas para fornecer um “véu” a cobrir o desinteresse do poder judiciário em ouvir as preferências dos diretamente afetados pela decisão coletiva.

É dessa forma que se sustenta a inaplicabilidade dos entendimentos jurisprudenciais de que não há necessidade de total análise e resposta aos argumentos tecidos pelos participantes, pois que do contrário a imprestabilidade do ato restaria evidente, desestimulando a participação, gerando sentimento jurídico negativo na população interessada.

Percebe-se, desta forma, que apesar dessas iniciativas do poder judiciário se constituírem num avanço da democracia nessa arena de poder, existem acertos a serem realizados para que o modelo de Estado democrático obtenha materialização completa e garanta a existência de participação popular em processos que envolvam toda a sociedade.

Inobstante isso, é possível compreender que os acertos das iniciativas podem ser trazidos para o nível local de jurisdição, haja vista que nos processos coletivos que envolvem direitos difusos na primeira instância não é possível falar em aplicação do direito sem que o filtro constitucional seja observada e garantida a onipresença da Constituição. Todo o processo coletivo que envolve direito difuso também debate em maior ou menor grau, os direitos constitucionais.

Por esse motivo, o povo na primeira instância pode ser chamado a participar diretamente na construção da decisão judicial que afetará toda a comarca através de audiência pública, conforme realizado pelos órgãos superiores, devendo o magistrado se atentar em não cometer os mesmos equívocos apontados e melhorar a intensidade da participação, não somente com a abertura do canal democrático, mas com o devido trato motivacional a todos que comparecerem. Participação significativa e responsividade do magistrado de primeira instância devem ser o tom da marcha processual operada em primeira instância. Essas ideias serão melhores apresentadas no seguimento.

3.6. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NA PRIMEIRA INSTÂNCIA: abertura à participação como forma de cidadania no poder judiciário local através dos processos coletivos que envolvem direitos difusos.

Conforme dito, as iniciativas dos tribunais podem ser tomadas como ponto de partida para a aplicação da teoria de Häberle também junto ao nível local, atentando-se para não se repetirem os desvios apontados. Conforme analisado no capítulo anterior, a participação local é fundamental para o desenvolvimento da democracia em nível nacional, pois se constitui o terreno educacional prévio para uma ação responsável e integrada dos cidadãos em relação aos assuntos públicos.

De outro lado, contribui claramente para uma aproximação entre a sociedade e os juízes, permitindo-se findar um distanciamento existente e que é uma das causas de descrédito da justiça. Relembre-se que Piovesan afirma que “De acordo com pesquisa realizada pela IUPERJ/ABM, 79,5% dos juízes entendem que uma dificuldade do judiciário considera essencial está radicada no fato dele se encontrar distante da maioria da população.”¹⁸⁷

A realização de audiências públicas em nível local de jurisdição se configura também como uma proposta capaz de terminar com este “estranhamento” entre a sociedade e os juízes, o que sem dúvida aumentaria a “justiciabilidade” dos direitos fundamentais.

Ainda que incipiente, a justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos na experiência brasileira é capaz de invocar um legado transformador e emancipatório, com a ruptura gradativa de uma visão conservadora e formalista acerca do Poder judiciário.¹⁸⁸

Nas palavras de Carole Pateman, existe um alerta para o valor que deve ser outorgado à participação no nível local em relação à democracia de um país. “[...] de

¹⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: Desafios e perspectivas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 4, p. 111/118, 2006.

¹⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: Desafios e perspectivas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 4, p. 111/118, 2006.

nada servem o sufrágio universal e a participação no governo nacional, se o indivíduo não foi preparado para essa participação a nível local; é neste nível que ele aprende a se autogovernar.”¹⁸⁹

Ainda segundo Pateman, “[...] para que os indivíduos em um grande Estado sejam capazes de participar do governo da “grande sociedade”, as qualidades subjacentes a essa participação devem ser fomentadas e desenvolvidas em nível local.”¹⁹⁰

Percebe-se, desta forma, que além de contribuir para a aproximação do poder judiciário com a sociedade local, as audiências públicas poderão colaborar para a realização de uma democracia frente ao poder judiciário. Contudo, somente será possível essa contribuição se também no nível local houver a infiltração democrática, ou seja, se a Constituição for onipresente nesse lócus no que tange à cidadania e participação, permitindo-se uma abertura também nesse nível de competência jurisdicional.

É possível realizar a “abertura” dos processos coletivos em que se debate direitos difusos na primeira instância à participação da sociedade local. Realizar uma dialética entre os afetados pela decisão e o próprio juiz é possível por meio das mesmas audiências públicas realizadas nos tribunais e também nas demais funções do Estado. O juiz de direito poderá, nos processos coletivos, notificar a população acerca do tema debatido e sua relevância para toda a comarca, instigando o comparecimento dos cidadãos engajados.

Nesse sentido, poderá ser utilizar dos próprios regramentos utilizados pelo STF na convocação das referidas audiências, tal como consta do Regimento Interno do STF em seu artigo 13 com as modificações da Emenda Regimental nº 29/2009. O dispositivo assim se encontra redigido:

“Art. 13. *omissis*

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender

¹⁸⁹ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Trad. Paulo Roberto Rosanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 46.

¹⁹⁰ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Trad. Paulo Roberto Rosanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 46.

necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.¹⁹¹

Tudo se inicia com a percepção do magistrado acerca da relevância do caso para a comunidade local como um todo, prevendo uma afetação em massa dos jurisdicionados por meio da decisão final do caso. Essa percepção pode ser operada pela observação dos debates em torno do tema em outras esferas democráticas como a imprensa, órgãos do legislativo local ou executivo e até mesmo no dia-a-dia das pessoas que formam o entorno dos profissionais que atuam no poder judiciário. No caso do STF, existe ainda a referida percepção por meio da checagem do grande número de pedidos de integração no debate do chamado *amicus curiae*, sendo este um relevante fator de análise para a importância do tema.

De qualquer sorte, no regramento do STF acerca das audiências públicas, após a decisão que convoca o ato, é mister uma grande publicidade ao tema, garantia de debate de opositores e controle administrativo dos debates. Note-se:

“Art. 154.
 III – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os artigos 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento.
 Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento:
 I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas;
 II - havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;
 III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar;¹⁹²

De fato, o juiz em primeira instância deverá atuar de forma a promover uma ampla publicidade ao ato, não somente de forma prévia, para fins de notificação da população para participarem, mas igualmente nos seus resultados, como forma de demonstrar a resposta ao povo afetado. Sem a publicidade, resta frustrada a pretensão de participação através do diálogo entre pensamentos opostos.

¹⁹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Regimento interno. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/norma/emendaregimental029-2009.pdf>. Acessado em 18 de dezembro de 2.012, às 10h.

¹⁹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Regimento interno. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/norma/emendaregimental029-2009.pdf>. Acessado em 18 de dezembro de 2.012, às 10h.

O regimento interno do STF no mesmo dispositivo também aponta para o dever do juiz em garantir a participação de diversas correntes de opinião durante o debate. Isso é o corolário de qualquer participação democrática, haja vista que o debate é um dos centros do regime político democrático, razão pela qual a garantia de opiniões opostas durante o ato colabora para uma maior racionalidade da decisão a ser proferida.

Também caberá ao magistrado o controle administrativo da audiência pública, de forma que este possa reger os momentos de exposição de opiniões, controlando o tempo de cada qual dos falantes, de forma que o tráfego de opiniões seja equilibrado entre todos.

Apesar das regras estabelecidas pelo STF acerca da audiência pública se aplicarem aos juízes de instância inferior que realizarem o ato, o juiz deverá observar e evitar os desvios na condução das audiências públicas realizadas no judiciário brasileiro, conforme visto anteriormente. Nesse sentido é necessário que o magistrado permita uma participação capaz de gerar no indivíduo um sentimento de estar envolvido totalmente na questão posta em debate fazendo com que o cidadão sinta seus esforços como parte de um plano maior com claras consequências em relação ao resultado alcançado naquilo que se está empreendendo judicialmente.

Realizar audiências em tom de *palestras* ou momentos de *catarse* não contribui para qualquer sentimento de participação significativa do cidadão, pois *no primeiro caso não há abertura efetiva e real e, no segundo, não existe enfrentamento das preferências externadas.*

A audiência pública na primeira instância junto aos processos coletivos que envolvem direitos difusos pode se constituir em poderoso instrumento de cidadania para que o povo possa externar sua real preferência acerca da conduta a ser adotada pelo governo e garantir responsividade no caso colocado em debate.

“Somente pela participação é possível garantir-se que o governo venha a decidir, seja abstrata ou concretamente, de acordo com a vontade do povo.”¹⁹³

O referido ato público em primeira instância deve permitir “[...] ser recolhidas manifestações de vontade de pessoas ou entidades que, embora não formem parte do governo, são *especialmente interessadas* nas decisões a serem tomadas.”¹⁹⁴ O Estado democrático tem a missão de possibilitar um controle sobre as decisões tomadas nas questões mais abrangentes perante a sociedade. “Será necessário que a decisão política, tomada pelos escolhidos, seja também a expressão da vontade popular.”¹⁹⁵

A abertura a uma maior participação junto ao poder judiciário de primeira instância deve garantir também um maior controle democrático. O objetivo da participação é projetar a vontade da sociedade em relação a um caso posto em debate e que tenha influência em toda a comunidade para acrescentar, reduzir ou modificar o poder do órgão oficial, produzindo os efeitos desejados na condução da sociedade. Isso deve estar garantido no momento da audiência pública, principalmente por meio de um equilíbrio de forças entre os participantes.

A participação da sociedade na primeira instância também deve ser direcionada à formação de um conteúdo da decisão tomada pelo órgão oficial de jurisdição. “De mais profundidade, será a participação na elaboração da decisão, discutindo, argumentando, apresentando razões e consignando pontos de vista, oralmente ou por escrito.”¹⁹⁶

A abertura à participação na primeira instância nos processos coletivos que debatem direitos difusos deve ser realizada de forma que o conteúdo da decisão a ser tomada tenha a efetiva colaboração da sociedade presente no ato público. Instaurar um

¹⁹³ MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 35.

¹⁹⁴ MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 36.

¹⁹⁵ MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 37.

¹⁹⁶ MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 72.

sentimento de co-autoria e co-responsabilidade no seu conteúdo contribui para alcançar um reconhecimento da decisão pelo povo submetido a jurisdição, causando um sentimento jurídico positivo. Esse sentimento de participação surgido internamente contribui para a construção de uma base sólida de respeito e cumprimento de seus termos.

Na busca de uma melhor forma de participação durante o evento público da audiência em primeira instância e com *escopo de evitar um possível sentimento de engodo* causado por palestras e momentos de pura catarse, conforme exposto, é que o juiz deve também observar e se arrimar quando possível na praxe administrativa de outros órgãos como forma de encontrar o melhor meio de materializar a democracia nos processos coletivos que envolvem direitos difusos.

Não é demais lembrar que o próprio instituto da audiência pública é originado da práxis da administração pública e foi inserido no processo judicial de controle concentrado de constitucionalidade por meio da lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (ADC) e da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (ADPF).

Moreira Neto em sua obra “Direito da participação política” externa seus entendimentos acerca dos institutos de participação frente ao *poder executivo* e no que tange às audiências públicas afirma:

A audiência pública, em resumo, é um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual.¹⁹⁷

Em seus outros apontamentos na mesma obra acerca dos meios de participação do cidadão no poder público, Moreira Neto apresenta outras situações utilizadas pela práxis administrativa dentre as quais é interessante destacar o *debate público* e a *coleta de opinião*, que não encontram óbice de aplicação à prática judicial.

¹⁹⁷ MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 129.

Ressaltando a complexidade de temas administrativos e de divergências que podem surgir no meio social acerca de determinado assunto coletivo, o *debate público*, na visão do referido autor:

[...] possibilita à administração o conhecimento das diversas posições em torno de um determinado assunto, de interesse coletivo ou difuso, dando-se aos indivíduos e grupos interessados, a possibilidade de discutir amplamente sobre medidas propostas.¹⁹⁸

O debate público constitui algo a ser realizado no interior da audiência pública. Durante o ato designado para abertura do processo coletivo à participação da sociedade, não se pode negar possibilidade de haver um choque de opiniões entre os próprios membros da comunidade local, sendo salutar a existência de oposições de entendimentos. Nesse sentido, o exemplo do TJES trazido anteriormente constitui materialização do *debate público*, uma vez que permitiu o externamento de opiniões na tribuna, conforme apontado.

A análise de sugestões trazidas pelo campo administrativo colabora para a não reprodução de desvios ou a criação de aparência de engodo na abertura à participação social. Nesse sentido a praxe administrativa pode mais uma vez contribuir para uma real participação da sociedade na edificação das decisões tomadas em sede de processos coletivos que envolvem direitos difusos em primeira instância. Nesse sentido, a utilização da *coleta de opiniões* pode colaborar para a percepção de uma significativa participação do povo, tendo em vista suas características institucionais.

Moreira Neto faz referência à *coleta de opiniões* apontando o fundamento de sua existência na práxis em razão da complexidade das decisões administrativas a serem tomadas pelo poder executivo da atualidade, aduzindo que pelo referido instituto de participação é possível “[...] recolher as diversas tendências ou preferências dos segmentos sociais interessados, de modo a dispor de elementos de juízo confiáveis para lastrear sua decisão.”¹⁹⁹

¹⁹⁸ MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 127.

¹⁹⁹ MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 125.

Daí que em utilização análoga, poderá ser efetuado pelo órgão oficial da jurisdição local o recolhimento formal das opiniões lançadas ao final da audiência pública. Nesse sentido “[...] a possibilidade de documentar-se o ponto de vista dos particulares é mais um elemento que poderá servir a um eventual controle não só da legitimidade da ação do Estado, como de sua legalidade.”²⁰⁰

O autor expõe que a coleta de opinião pode ter dois efeitos possíveis, quais sejam, o orientador e o vinculatório. No primeiro, a comunidade lança suas preferências em relação ao tema em debate e, aplicando-se ao poder judiciário local, é um demonstrativo de como a sociedade submetida ao órgão jurisdicional prefere seja a decisão final. “A coleta atuará como ato preparatório facultativo, preenchendo um motivo de avaliação discricionária.”²⁰¹

No segundo caso, o efeito vinculatório cria um órgão paralelo deliberativo e nesse sentido é necessária a instituição através de lei, eis que insere no campo judicial um verdadeiro órgão popular de decisão. Esse caráter vinculatório não é o escopo deste trabalho que se limita a analisar a participação nos referidos processos coletivos em primeira instância como forma de dialética entre o magistrado e a coletividade sem a retirada do poder decisório do órgão judiciário. O objetivo é estabelecer um canal de comunicação, garantindo-se um modo dialógico de condução das ações coletivas que envolvem toda a comunidade local.

Em sua abordagem, Moreira Neto define resumidamente a *coleta de opinião*:

A coleta de opinião, em síntese, é um instituto de participação administrativa, aberto a grupos sociais determinados, identificados por certos interesses coletivos ou difusos, visando à legitimidade da ação administrativa pertinente a esses interesses, formalmente disciplinado, pelo qual o administrado exerce o direito de manifestar sua opção, orientadora ou vinculativa, com vistas à melhor decisão do Poder Público.²⁰²

²⁰⁰ MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 72.

²⁰¹ MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 127.

²⁰² MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 127.

Permitir a participação popular nos processos coletivos que envolvem direitos difusos em primeira instância, onde toda a sociedade é afetada pela decisão com efeitos *erga omnes* é, conforme salientado, permitir a materialização da cidadania e da democracia na esfera judicial de poder no nível local, contribuindo para a educação política, integração social e sentimento jurídico positivo, preparando o indivíduo para a vida política nacional. Contudo, a forma de realização do ato de participação deve gerar um verdadeiro sentido de relevância na participação.

Desse modo, agregar às iniciativas de audiências públicas realizadas pelos tribunais, os institutos do *debate público* e da *coleta de opinião*, nos moldes da praxe administrativa evidenciada por Moreira Neto, e promovê-los também na primeira instância, sem dúvida, aproxima o ato da intensidade necessária para que se garanta a materialização do Estado democrático na esfera judicial local e, por conseguinte, ao valor da cidadania previsto na Carta Magna.

Promover o debate e coletar a opinião da população acerca do caso colocado em julgamento estatui uma forma de garantia de responsividade do governo representado pelo poder judiciário e, ainda que não se adote o efeito vinculatório da coleta de opiniões, *é deve do juiz responder aos argumentos expostos pelos interessados sob pena de violação de seus deveres funcionais de prestação de tutela jurisdicional e fundamentação das decisões*, conforme artigo 93 da Constituição da República.

Esse *plus* que se pretende, qual seja, *o dever de resposta*, constitui um importante instrumento de garantia de participação significativa. Deve ser reconhecida pelo magistrado a relevância das opiniões lançadas e, até mesmo, reconhecido seu caráter orientador para a construção da decisão.

Nesse sentido, trazer a população para o debate público nos casos em que envolvem direitos difusos nos processos coletivos em primeira instância, procedendo-se posteriormente a coleta de opinião da sociedade local acerca do caso e finalizando com o enfrentamento das preferências externadas, pode se constituir como forma eficiente de materialização do Estado democrático na arena judicial local.

Nesse sentido, mister ao magistrado que se atente para um mínimo de atos para que não haja um sentimento de engodo ou insignificância na participação, razão pela qual deverá: *a) Decidir fundamentadamente acerca da necessidade da audiência pública; b) Não restringir a participação a autoridades, cientistas e experts; c) Proceder de forma a garantir a maior publicidade possível ao ato convocatório e ao resultado final do ato; d) Garantir a participação de correntes opostas junto ao ato público para fins de debate e) Controlar administrativamente o ato de forma a garantir uma participação equilibrada das opiniões divergentes f) Promover um intenso debate público entre os participantes; g) Coletar por escrito as preferências da população presente ao ato; h) Enfrentar todos os argumentos lançados na audiência pública junto à decisão final, acolhendo-os ou rejeitando-os de forma fundamentada.*

Dessa forma, é possível que o juiz contribua para a concretização da Constituição nos seus objetivos fundamentais de cidadania e participação, promovendo no seu dia-a-dia a integração entre os diferentes grupos sociais que habitam este país, possibilitando uma educação política através da participação, exaltando a responsabilidade social de todos e, através da responsividade, promover na sociedade um sentimento jurídico positivo capaz de mover os jurisdicionados a acolher internamente o comando judicial exarado. Isso fá-los sentir uma co-autoria e co-responsabilidade na decisão externada no processo coletivo em que se debate direito difuso, sem que haja um sentimento de engodo.

CONCLUSÃO

Criar mecanismos para a materialização da cidadania e participação democrática no atual estágio do neoconstitucionalismo é fundamental para que a Constituição da República alcance concretude e obtenha êxito em alterar os contornos da realidade. Deve ser estabelecido de forma bem clara que não há no contexto da realidade brasileira os chamados *humanimais* do Dr. Moreau, ou seja, objetos de um processo

de *viviseção* onde são inseridas dolorosamente partes humanas e enxertada consciência civilizatória nas suas mentes. A Constituição deve ser vivida e concretizada. Não se trata de uma prece que deve ser apenas recitada nas decisões e obras literárias, como se sua repetição fosse criar um processo civilizatório do homem moderno.

A consciência da cidadania é o primeiro passo para sua concretude e somente poderá ser operada pela participação o que importa em dizer na correspondente abertura de canais democráticos. O enfoque especial deste trabalho foi a abertura destes canais no lócus judiciário que se revela na atualidade como uma importante arena de debates acerca dos assuntos públicos, sobretudo com a crescente “judicialização da política”, contudo, paradoxalmente é a mais hermético das funções do governo.

Realizar a cidadania através da participação do povo na construção das decisões judiciais é um importante mecanismo materialização de democracia. A análise se concentrou na primeira instância em razão das abordagens doutrinárias acerca da relevância da participação em nível local para a construção de uma democracia em nível nacional. Uma educação política, integração social, criação de sentimento jurídico positivo e, sobretudo, a observância da responsividade do governo representado pelo poder judiciário somente será alcançado através de uma participação efetiva. De fato, proceder a abertura de canais de diálogo entre o povo e o juiz da comarca é uma das formas de concretização do direito fundamental de cidadania.

Nesse sentido, observou-se que durante a evolução do Estado-nacional e do Estado-moderno, havia uma restrição intensa ao envolvimento da comunidade nos assuntos públicos o que colaborou para uma outorga exagerada de poderes na competência inicial do monarca e posteriormente no parlamento.

A ausência de canais de infiltração popular no dia-a-dia daqueles Governos permitiu que ao longo da história governantes autoritários e regimes totalitários fossem erguidos, desconsiderando os mais básicos direitos do homem. A instauração de uma sociedade de massa e afastada do campo de debate público, permitiu que até

mesmo a burocracia e lei fossem usadas para fins criminosos por meio da implementação de ideologias de destruição de povos minoritários.

O resgate da cidadania, considerada como sentimento de pertença e participação na vida política de uma comunidade ocorrida após a metade do século XX, criou o terreno para uma crescente integração social do indivíduo, aumentando sua ação responsável e causando um sentimento positivo em relação à ordem jurídica, colaborando para impedir que decisões contrárias aos direitos humanos fossem tomadas.

Estabelecer a cidadania através da intensa participação também na arena judicial permite a conquista desse locus de decisão pela democracia, tendo como consequência uma educação política de todos e um dever de resposta do Estado-juiz em relação às preferências externadas pelo povo. Isso causa um forte efeito de controle e possibilita a condução da sociedade de acordo com objetivos comunitários.

Ressalte-se que na atualidade brasileira, em razão do crescente protagonismo do poder judiciário, não é possível, conforme dito, permitir um afastamento da população da arena judicial de debates, sob pena de se repetir erros do passado, outorgando-se amplitude de poderes políticos a um dos ramos do Estado.

A atenção neste trabalho foi direcionada às situações em que a decisão a ser tomada pelo poder judiciário envolve um efeito *erga omnes*. Nesse sentido, é mister que a Constituição tenha concretude no seu objetivo fundamental de cidadania, razão pela qual, mesmo o tradicional hermetismo do poder judiciário brasileiro deve, aos poucos, ceder lugar para a participação da comunidade, não sendo mais aceitável um isolacionismo do juiz na construção da decisão que afeta a todos.

A participação, conforme evidenciado, possui grande relevância no nível local, eis que prepara o indivíduo para o nível nacional de democracia, razão pela qual, uma abertura de canais democráticos de participação também deve ser realizado pelo magistrado nos processos coletivos que envolvem direitos difusos na primeira instância, para que a cidadania tenha lugar nesse locus de poder. As iniciativas dos

tribunais, embora tenham sua relevância, não parecem garantir na intensidade certa participação que se almeja. Seus acertos devem ser reconhecidos, mas os destaques negativos devem ser rechaçados. É preciso mais. Evitar engodos é preciso.

Ao juiz em primeira instância cabe a sua autoconscientização de que é instrumento de aplicação do direito, sobretudo o direito constitucional, de sorte que permitir a participação do povo é crucial para que o Estado democrático tenha concretude também na esfera judicial naquelas demandas coletivas evidenciadas de efeitos gerais.

Gerar um sentimento de co-autoria e co-responsabilidade junto ao povo que será destinatário da decisão judicial em referidos processos é o caminho que se pode utilizar para alcance da democracia na esfera judiciária local. As características de educação política, integração social, participação significativa, sentimento jurídico positivo e principalmente a característica da responsividade serão materializadas se houver a abertura judicial em nível local, afetando diretamente a comunidade envolvida nos efeitos da decisão a ser tomada.

Por meio das audiências públicas, com intenso debate e coleta de opinião, poderá o juiz observar as preferências da sociedade local em torno do caso, servindo a opinião levantada como orientadora da decisão a ser tomada. Dessa forma, a responsividade entre em cena para fazer gerar na população um sentimento de relevância do ato participativo, alcançado uma proximidade maior com a democracia almejada.

Ao final da dissertação, o que se espera é que estabelecer uma prática judicial de abertura à participação da sociedade na primeira instância, conforme sugerido, constitua, talvez, um bom caminho para que um dia, este país possa agregar ao poder judiciário o respeitoso epíteto de **justiça cidadã**.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y La validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2007.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. 9 ed. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Mario da Gama Kury. Brasília: UnB, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Trad. Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: QUARESMA, Regina et al (Coord.) **Neconstitucionalismo**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Trad. Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: Por um direito constitucional de luta e resistência**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, ADIN n. 100070023542. Disponível em <http://www.tj.es.gov.br/consulta/audPublicas/Des.SMBJ.Decisao.pdf>. Acessado em 14 de agosto de 2012 às 17h.

BRUGGER, Winfried. Comunizarismo como teoria social e jurídica por trás da Constituição alemã. **Revista de Direito do Estado**, ano 3, n. 11, p. 55-84, jul/set 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra editora, 1994.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido:** Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem – Teatro das sombras,** 5 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil.** Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

COLA, Felipe Souza; ESTEVES, Carolina Bonadiman. O juízo de terceira via sob a luz do contraditório substancial: Proposta de aplicação do princípio da cooperação como forma de se assegurar um acesso à justiça qualitativo. **Revista Depoimentos.** Vitória – ES, nº 14, p. 147-173, julho/dezembro 2008.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo:** para uma teoria da cidadania. Trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.

DAHL, Robert A. **Poliarquia:** Participação e oposição. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico.** 13 ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1987.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador:** Formação do Estado e civilização. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos. O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. **Revista NEJ - Eletrônica,** Vol. 16 - n. 2 - p. 150-169 / mai-ago 2011. Disponível em

http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CD4QFjAE&url=http%3A%2F%2Fsiawe06.univali.br%2Fseer%2Findex.php%2Fnej%2Farticle%2Fdownload%2F3278%2F2061&ei=6rZ6UNT1GpP08ASwjlDQAQ&usg=AFQjCNF5V1hV0z1sGnBuqKolQa2aR8mb5Q&sig2=ArZHx4ivU3-5DdCRn9_HGg.
Acessado em 14 de outubro de 2.012 às 10h.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Direito Processual Coletivo**. Disponível em http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf. Acessado em 14 de outubro de 2.012 às 11h.

GRYNSPAN, Mário. **Acesso e recurso à justiça no Brasil: algumas questões**. Disponível em <http://www.comunidadessegura.org/files/acessoerecursoajusticanobrasilalgumasquestoesmariogrynszpan.pdf>. Acessado em 13 de outubro de 2.012.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. 2. ed. trad. João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt**. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200005&script=sci_arttext. Acessado em 13 de julho de 2.012 às 15h30m.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. O Supremo Tribunal Federal e a primeira audiência pública de sua história. **Revista Jurídica**. Brasília, v. 9, n. 84, p.41-48, abr./maio, 2007. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/FabricioJuliano_rev84.pdf. Acessado em 14 de agosto de 2012 às 15h20min.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a realização da ordem constitucional! E o povo... In: COPETTI, André et al (org.) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito editorial, 2010.

MOREIRA, Nelson Camatta. O Dogma da Onipotência do Legislador e o Mito da Vontade da Lei: A Vontade Geral como Pressuposto Fundante do Paradigma da Interpretação da Lei. **Revista de Estudos Criminais**. v.15, p.127 - 142, 2004.

MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MÜLLER, Friedrich. **Que é o povo?** A questão fundamental da democracia. 5. ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2010.

NOBRE, Marcos. Introdução. In: ____; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e Democracia**: Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? In: **Novos Estudos Cebrap**, n. 31, out/91, p.25. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/22584776/O-Donnell-1991-Cebrap-Democracia-Delegativa>. Acessado em 05 de setembro de 2012 às 09h50m.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Trad. Paulo Roberto Rosanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PEIXINHO, Manoel Messias; MERÇON Gustavo. Fundamentos teóricos do positivismo e do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina (Coord.); OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.) e OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: Desafios e perspectivas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 4, p. 111/118, 2006.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**: Discurso sobre a economia política. 7. ed. Trad. Mario Pugliesi e Norberto de Paula Lima. Curitiba: Hemus, 2011.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: A Suprema Corte da Bahia e seus Juízes: 1609 – 1751. Tradução: Maria Helena Pires Martins. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979.

SHIRER, William L., **Ascensão e queda do terceiro Reich**, vol. 1, trad. Pedro Pomar, 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acessado em 08 de setembro de 2012 às 16h40m.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: Aproximação ao estado do sentir constitucional como modo de integração política. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.