

DEMOCRACIA, CONSTITUIÇÃO E AUTOLEGISLAÇÃO¹

DEMOCRACY, CONSTITUTION AND SELF LEGISLATION

Ana Lucia Pretto Pereira²

Doutorado e Mestrado em Direito Constitucional – UFPR
Pós-doutorado em Processo Constitucional – PNPd/CAPES
Estágio doutoral em Teoria do Direito – Harvard
Professora de Graduação e Mestrado em Direito – UCB e UniBrasil

RESUMO

Este ensaio apresenta, a título especulativo e sobre uma base teórico-argumentativa, categorias conceituais que objetivam sustentar a legitimidade de fontes jurídicas não legislativas, quando atendido o princípio da autolegislação, adjetivado de universalidade, a exemplo de decisões administrativas, judiciais e decisões (jurídicas) não estatais. Trata-se de refletir sobre a legitimidade do direito enquanto uma ideia pautada sobre critérios estritamente majoritários, tendo em vista que direito legítimo é direito produzido pelos seus concernidos em processos públicos de construção de restrições à liberdade política de cidadãos. A proposta, alinha-se a discursos acadêmicos de inclusão, ocupados em aperfeiçoar as instâncias político-institucionais de tomada de decisão, tendo como eixo de sustentação fundamental o princípio político, e jurídico, da autolegislação.

PALAVRAS-CHAVE

Constituição; democracia; autolegislação; instituições; soberania popular.

ABSTRACT

This essay presents, on a theoretical and argumentative basis, conceptual proposals aimed to speculate the legitimacy of non-legislative legal sources that are founded on the principles of self legislation and universality of law, such as administrative, judicial and non-state legal decisions, for example. The main goal is to think about the legitimacy of law as fundamentally sustained on the majoritarian criterion, once

1 O presente ensaio foi apresentado no V Congresso Brasil Polônia de Direito Comparado, realizado em Curitiba. O evento resultou na obra coletiva *Polska i Brazylia: democracia e direitos fundamentais no Constitucionalismo Emergente*, organizada pelos Profs. Drs. Krystian Complak e Marcos Augusto Maliska, publicada pela Editora Juruá.

2 Contato: anaprettopereira@gmail.com; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1636566579454782>

considered that legitimate law is law produced by everyone involved in public processes of restrictions to political freedom of citizens. The proposal here presented, as we believe, is aligned to scholarship based on discourses of inclusiveness, being engaged in improving political and institutional levels of decision-making as fundamentally supported on the political and legal principle of self legislation.

KEY WORDS

Constitution; democracy; self legislation; institutions, popular sovereignty.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 é a norma fundacional da ordem jurídica brasileira. Sob o constitucionalismo contemporâneo,³ sensivelmente impulsionado, no Brasil, pelo movimento acadêmico conhecido como dogmática constitucional da efetividade,⁴ têm-se verificado mudanças substantivas no que concerne à interpretação e à aplicação do direito em geral e, particularmente, do direito constitucional. Inicialmente focado na efetividade da normativa constitucional, o discurso acadêmico-constitucional contemporâneo tem-se ocupado de fazer uma leitura da prática constitucional (constituente) informada por elementos democráticos,⁵ capazes não só de robustecer a legitimidade de decisões de ordem pública como, tam-

3 A que se tem nominado, na doutrina, como neoconstitucionalismo. De uma maneira geral, a expressão significa movimento da doutrina constitucional que não implica, necessariamente, em um corte paradigmático com o constitucionalismo moderno, e sim a superação deste apontando para uma verdadeira doutrina de interpretação constitucional. De acordo com as teses tidas como neoconstitucionalistas, qualquer decisão jurídica, em especial a judicial, deriva, em última análise, de uma norma moral. Segundo Miguel Carbonell, o neoconstitucionalismo ainda não é um modelo pronto, consolidado, em sua formação teórica e aplicação prática. Para se ter uma visão acerca do movimento neoconstitucionalista, ver CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo* (s). Madrid: Editorial Trotta, 2003. No Brasil, conferir: BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: _____; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Doutrinas essenciais*. V. 1. Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____. (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

4 As raízes desse movimento encontram-se nos estudos de Ruy Barbosa sobre as normas auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis (*self executing e non self executing*), de inspiração norte-americana, e atingiu maiores desenvolvimentos com o *Aplicabilidade das normas constitucionais*, de José Afonso da Silva. Esta construção doutrinária firmou o terreno para que, após a Constituição de 1988, o constitucionalismo brasileiro passasse a dar atenção à *efetividade* da Constituição. Trata-se do movimento cunhado como *doutrina da efetividade*, então advogado no Brasil, substancialmente, por Clèmerson Merlin Clève e Luis Roberto Barroso (Cf. SARMENTO, *O Neoconstitucionalismo no Brasil*, p. 125). Cláudio Pereira de Souza Neto propõe a expressão *constitucionalismo brasileiro da efetividade*, para o mesmo movimento. (Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático. In: *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 288 e 291 e ss.). Optou-se, aqui, pelo uso da expressão *dogmática constitucional da efetividade*.

5 Entendimento encontrável, também, no pensamento de Clèmerson M. Clève. Nota de aula. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2009.

bém, de efetivamente aproximar o cidadão das fontes de produção de direito as quais, hoje, não se limitam ao campo normativo estritamente de ordem legislativa.⁶

Nesse caminho, o presente ensaio cuida de apresentar um conjunto de conceitos que, compreendidos em rede, propõe-se a dialogar com perspectivas teóricas contemporâneas ocupadas em repensar a legitimidade de decisões públicas, tendo em vista que uma pluralidade dessas decisões impõe condutas adjetivadas de coercitividade estatal, para além das instâncias legislativas de representação, e devem, em um Estado Democrático de Direito, ser sustentadas pelo princípio político fundamental da autolegislação.

2 POVO POLÍTICO E POVO MAJORITÁRIO

Uma primeira reflexão conceitual importante, para que se possa caminhar rumo a uma construção argumentativa que valoriza o princípio político da autolegislação, e, desde logo, reconhece igual valor político a minorias e grupos subrepresentados em organizações políticas democráticas, gira em torno da diferença entre povo político e povo majoritário.

Antes de mais nada, deve-se precisar que se parte, aqui, de uma compreensão da constituição enquanto prática constituinte, vale dizer, processo público e aberto de construção de uma comunidade política que se reconhece como tal.⁷ Reconhecida a constituição como prática constituinte, surge necessário repensar a categoria povo, já que povo constituinte, de acordo com a Constituição brasileira de 1988, é soberano no que diz respeito à tomada pública de decisões (art. 1.º, parágrafo único). O povo, compreendido de maneira unitária, é resultado da prática constituinte, e não o seu ponto de partida. Nesse sentido, José A. Estevez Araújo observa que “Häberle defende uma visão de democracia que não se baseia

6 *As fontes de direito* podem ser várias (inclusive não estatais): doutrina, jurisprudência, costumes, normação privada de conflitos, são exemplos. Encontra-se no *pluralismo jurídico* uma contribuição para a enumeração de fontes de direito não estatais. Sobre o tema: WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 2. ed.. São Paulo: Alfa Omega, 1997. p. 255-311. Também as fontes do direito devem passar por uma espécie de *teste de reconhecimento*. Nesse sentido, Hespanha afirma: “O elenco das fontes de direito deve ser, nos quadros de uma posição realista quanto ao conceito de direito, extraído da observação das normas admitidas como jurídicas pela nossa jurisprudência, pela nossa prática burocrática, pela nossa doutrina e, finalmente, pelos sentimentos da comunidade acerca do que é direito.” (HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 446)

7 A expressão remete a Vera Karam de Chueiri, e é tributária do pensamento político de Ronald Dworkin (Cf. nota de aula. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2009). Já a compreensão de constituição, tal qual entendemos, remete ao pensamento de Aristóteles, para quem a identidade da *polis* consiste em sua organização e estrutura, em sua *constituição*. Por isso, a constituição dá forma à *polis*, a qual deixa de existir se a constituição deixa de existir. (ARISTOTLE. *The politics*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. XI.). De fato, a constituição pode assumir diversos sentidos (jurídico, histórico, político, normativo). Ficamos, aqui, com o seu sentido político.

na vontade soberana do povo entendido como um todo, senão que vê a essência da democracia na possibilidade da minoria converter-se em maioria.”⁸ Trata-se, de acordo com Häberle, de compreender os pluralismos de uma comunidade aberta de intérpretes, incluindo-os:

Povo enquanto uma dimensão determinada (*verfasste Größe*) atua, universalmente, em diferentes níveis, por diferentes razões e em diferentes formas, especialmente mediante a cotidiana realização de direitos fundamentais. Não se deve esquecer que democracia é formada pela associação de cidadãos. Democracia é o ‘domínio do cidadão’ (*Herrschaft des Bürgers*), não do Povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista que a democracia popular.⁹

A afirmação de Häberle conduz à distinção entre *povo político* e *povo majoritário*. *Povo político* e *povo majoritário* representam dois conjuntos sobrepostos dentro de uma mesma comunidade política. O *povo majoritário* representa uma parcialidade do *povo político*, que é unitário e totalizante.

Povo político, sob a Constituição brasileira de 1988, é titular da potência transformadora capaz de *constituir* uma comunidade política que se reconheça como tal.

Nesse sentido, poder constituinte, como o próprio nome diz, não *foi*; é um constante vir a ser (afinal, *constituído* não é). Que o povo seja *constituente* da sua própria Constituição, em uma prática diária de reconhecimento, é expressão direta do verdadeiro sentido de *soberania popular*. Nesse respeito, para José Calvo González a soberania seria um *compromisso reconstituente*: não se trata apenas de uma *eleição* em um sentido individualizado (opção individual, distinta dos demais, ainda que com os outros comungue de um mesmo propósito). Consiste, antes, em um *compromisso*, que é intersubjetivo, apagando as diferenças: “Esse lugar de encontro

8 ARAUJO, José Antonio Estévez. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta, 1994. p. 86.

9 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 38. Grifo nosso. Marcos Augusto Maliska, tendo como referência a ordem constitucional brasileira, afirma que uma ideia contemporânea de constituição não se pode descolar da *abertura* das constituições nacionais à comunidade internacional (“abertura para fora”) e ao pluralismo presente na própria comunidade interna (“abertura para dentro”). Tal abertura, aponta o autor, é mediação para uma *cooperação* da comunidade política internamente, e dessa mesma comunidade com outras comunidades internacionais. Segundo Maliska, a cooperação operaria em um plano normativo e em um plano material, o que faz parte de um processo que se fortalece na *integração* da ordem constitucional, no plano interno (a construção de uma identidade constitucional) e no plano externo (o encadeamento da ordem constitucional interna com outras instâncias, nacionais e/ou supranacionais). A tese é construída a partir de uma perspectiva que valoriza os vários pluralismos (jurídico, político, social) decorrentes de cenários multiculturais em relação. O resultado é uma necessária renovação – e maior sofisticação – no que diz respeito à compreensão da Constituição de 88 e, em particular, à sua interpretação. Cf. MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição*. Abertura - Cooperação - Integração. Curitiba: Juruá, 2013. p. 15-57 e 129.

e reunião, o compromisso constitucional, tem como ponto de partida a paixão política cidadã ineludível a uma noção de democracia como conflito, mas certamente não desregulamentado, senão instrumental e argumentativamente regrado.”¹⁰

O pensamento do jusfilósofo Gianluigi Palombella é relevante para apontar o princípio político da autolegislação como eixo que liga as dimensões jurídica e política de uma constituição e, desde logo, dá sentido à parcialidade de povo político que não encontra espaço de voz no jogo democrático. Nesse sentido, antes de tudo Palombella afirma que o reconhecimento de uma comunidade política em sua própria constituição é essencial a uma ideia de poder constituinte fundada no princípio político da *autolegislação*. Para Palombella, uma hipótese de poder constituinte estaria intrinsecamente ligada a uma *concepção* de constituição, ao mesmo tempo em que conectada, também, a um necessário *reconhecimento* popular daquela mesma constituição. Ou seja, há um movimento circular, ou, de reciprocidade aqui. E tal se deve à existência de dois vetores distintos, porém, conexos: o primeiro vetor seria que a constituição pode ela mesma ser garante do exercício daquele poder constituinte. E o segundo vetor seria que, se pretendemos nos reconhecer dentro de um sistema jurídico orientado por princípios democráticos, não há como, coerentemente, defender a validade e a eficácia de constituições sem uma necessária ligação com o princípio de reconhecimento (prática) popular.¹¹

Daí que Palombella formule a sua hipótese de poder constituinte enquanto continente de dois núcleos: um político e outro jurídico, ambos sustentados pelo princípio comum da autolegislação.

A construção da ideia de poder constituinte enquanto continente de dois núcleos é necessária, segundo Palombella, porque a validade e a eficácia das constituições não pode decorrer apenas de ações de força, golpes de Estado, ou de mudanças circunstanciais decorrentes da obra de alguns poucos. Isso seria contingente e arbitrário nas sociedades pretensamente democráticas porque, na concepção de Palombella, “as constituições nascem juridicamente quando são reconhecidas.” Uma ordem jurídica somente pode ser assim considerada (jurídica) mediante o reconhecimento da sua comunidade de destino e, para Palombella, esse reconhecimento somente pode ser legítimo se os sujeitos dessa comunidade puderem contribuir em sua constituição. Isso traduz o significado jurídico e político de uma constituição, sustentados sobre o eixo comum da autolegislação: a constituição é texto de onde se extraem princípios jurídicos, mas é também o reconhecimento político daquele texto, sem o que ela deixaria de ter validade.¹²

10 GONZÁLEZ, José Calvo. De la nostalgia civil: *la soberanía popular*. In: PALOMBELLA, Gianluigi. *Constitución y soberanía*. El sentido de la democracia constitucional. Granada: Comares, 2000. p. XXII.

11 PALOMBELLA, Gianluigi. *Constitución y soberanía*. El sentido de la democracia constitucional. Granada: Comares, 2000. p. 33-42.

12 *Idem, ibidem*.

Por essa razão, Palombella defende que a hipótese de poder constituinte seja considerada, além de categoria política, uma categoria jurídica. É categoria jurídica porque extrai seu fundamento de validade também da constituição. Realmente, fosse apenas uma categoria estritamente política, qualquer fato de tomada de poder para a instauração de uma nova ordem constitucional poderia ser considerado como expressão de poder constituinte. A categoria jurídica corresponde ao ordenamento constitucional, em particular, determinadas garantias fundamentais ao exercício democrático.¹³

Em síntese, a ideia de poder constituinte, para Palombella, congrega os núcleos político e jurídico, os quais, transpassados pelo princípio da autolegislação, dão o sentido de soberania na constituição: o povo é soberano para decidir o que reconhece como jurídico ou não.¹⁴

É por essa razão que a legitimidade de uma ordem constitucional (ou, de decisões públicas tomadas em uma Democracia Constitucional) cobra um repensar o exercício desse poder constituinte em termos estritamente majoritários (ou, representativos). As categorias de povo político e povo majoritário, tal qual aqui formuladas, são uma tentativa nesse sentido.

A distinção entre povo político e povo majoritário propõe-se a repensar a tomada de decisões públicas em termos majoritários.¹⁵ De fato, sendo de interesse que uma constituição (ou prática constituinte) afirme-se legítima, é importante verificar se está havendo o atendimento ao princípio da autolegislação, isto é, se os concernidos nesse processo puderam participar das decisões políticas com efetividade.¹⁶

13 Como se percebe, o autor não vê o poder constituinte como separado da constituição, como um meio para a realização de um fim. Ou seja, uma vez realizado o produto final - a constituição - estaria esgotado o meio, que foi o poder constituinte. Daí alguns defenderem ser inconciliável a convivência entre poder constituinte e constituição. Isso seria uma relação negativa entre os dois. Mas o autor vê entre constituição e poder constituinte uma relação *positiva*. Positiva porque, em termos genéricos, o jurídico acaba viabilizando o político. É que há garantias constitucionais que, ao mesmo tempo em que poderiam ser modificadas em virtude do reconhecimento do princípio democrático, por opção dos sujeitos exercentes desse mesmo princípio democrático não o são, para que ele possa continuar a ser exercido. As garantias democráticas de exercício de poder devem remeter à intangibilidade de determinados direitos. Essas garantias seriam a) o procedimento organizativo que regulamenta a manifestação de vontade; b) as regras de livre manifestação de pensamento; c) as regras de debate em igualdade de condições; d) as regras de equivalência entre os votantes (um homem, um voto). Sendo o poder constituinte expressado através do exercício da democracia, e, estando esse exercício da democracia dependente daquelas garantias constitucionais, o poder constituinte existe sempre, não se esgota, está impregnado na constituição, e daí a relação simbiótica entre constitucionalismo e democracia. (PALOMBELLA, *op. cit.*, p. 44-49)

14 *Idem*, p. 49.

15 Ainda que conjugado com um critério de proporcionalidade, como ocorre no sistema eleitoral brasileiro.

16 Sem esquecer que a própria autolegislação é um limite à democracia, quando seu exercício conduz à construção de *garantias* ou *limites*. Essa é a razão que leva Palombella a concluir que constitucionalismo e democracia são duas faces de uma mesma moeda. Cf. PALOMBELLA, *op. cit.*, p. 9-11.

Povo político representa o agrupamento de indivíduos dotados de poder político enquanto totalidade, e não parcialidade. Esses indivíduos, unidos por um laço subjetivo de identidade cultural, religiosa, linguística, formalizada ou não objetivamente (como é o caso da formalidade jurídica de nacionalidade, por exemplo), conformam um agrupamento legítimo para exercer o poder de constituição da comunidade política na qual se inserem. A titularidade desse poder de constituição (ou, poder constituinte) pertence aos membros dessa comunidade política considerados tanto individualmente, como coletivamente. O exercício desse poder, portanto, também será operado sob essas duas formas. A prática constitucional, somada ao modelo institucional fruto dessa mesma prática (porque a constituição é uma construção diária), definirá o modo de acesso dos indivíduos (agentes políticos) à tomada de decisões públicas.

Povo majoritário, por outro lado, remete a uma parcialidade do povo político. Trata-se, o elemento majoritário, de critério tributário de modelos políticos baseados no princípio da maioria para a tomada de decisões públicas. De fato, o critério destina-se a imprimir uma racionalidade (a racionalidade da maioria, da decisão majoritária) no processo de tomada de decisões.

O critério majoritário, todavia, impede a participação efetiva de todos os concernidos na tomada de decisões públicas. Se admitido que i) todos os indivíduos, em uma comunidade política, possuem poder político (ou, potência constituinte) para a tomada de decisões as quais produzirão reflexos em suas esferas privadas (ou, para a construção da comunidade política que constituem), e ii) a tomada de decisões públicas cobra o atendimento do critério da autolegislação para que possam ser legítimas, questiona-se: como conciliar a racionalidade majoritária com a exigência de atendimento do princípio político da autolegislação, em um Estado Democrático de Direito?¹⁷

Todo o desenho institucional (sobretudo, as competências constitucionais) criado com a Constituição brasileira de 1988 tem em mira os seguintes objetivos: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, indistintamente. São objetivos que ambicionam, em última análise, o desenvolvimento nacional em coordenação com o bem de *todos*, sem exceções. Como alcançar tais objetivos, e fazer cumprir o *projeto* constitucional *para todos*, com base, preponderantemente, no critério majoritário?

17 Surge, aqui, a importância das teorias deliberativas de democracia, enquanto reforço de legitimidade do critério majoritário na tomada de decisões públicas. Tal se deve pelo fato das teorias democrático-deliberativas postularem uma discussão mais robusta e sofisticada sobre os temas debatidos na esfera pública. Sobre o tema, conferir: NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

É preciso reconhecer que decisões públicas que não atendam ao critério majoritário, mas que permitem a participação dos concernidos em seu processo de construção, podem vir a ser legítimas (trabalharemos a legitimidade mais adiante), desde que atendam ao princípio político da autolegislação, ainda que por outras vias procedimentais.

A legitimidade de decisões públicas e, por consequência, o *reconhecimento* dos indivíduos *nessas mesmas decisões públicas* que constituem a comunidade na qual se inserem, será mais ou menos robusto quanto maior ou menor for a participação dos concernidos nessa tomada de decisões.

Uma ideia chave, pois, para o fortalecimento da legitimidade, também em termos de exercício de soberania popular, é *inclusão*.¹⁸

3 REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO

Antes de adentrar os meios de participação do povo soberano na tomada de decisões públicas, sob a Constituição brasileira de 88, é importante tecer algumas considerações acerca da ideia de legitimidade adotada neste estudo.

A legitimidade é critério de aferição de idoneidade dos meios utilizados para o alcance do ideal democrático (governo do povo, pelo povo e para o povo). Comumente, a legitimidade é desdobrada em uma dimensão procedimental e em uma dimensão substantiva.

A legitimidade enquanto valoração consensual de uma fonte de comando encontra correspondência em uma dimensão procedimental.¹⁹ Tem-se aqui em mente a valoração consensual em termos numéricos. Daí que decisões políticas sustentadas sobre o critério majoritário tenham sua legitimidade reforçada, pois entendida, objetivamente, como decisão de uma maioria de concernidos.

Todavia, que a legitimidade seja aferida em termos de maioria, apenas, não é suficiente. Vale aqui a observação de Estévez Araujo, segundo a qual “[...] os procedimentos serão legítimos se lograrem o objetivo de facilitar as alternativas: o problema é, na feliz expressão de Häberle, a legitimação do procedimento e não a

18 Daí que, nos anos que sucederam à promulgação da Constituição brasileira de 1988, o governo federal tenha promovido importantes políticas públicas de inclusão social a curto prazo. É o caso, por exemplo, da implantação do programa de transferência direta de renda a famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza, em todo o país (hoje chamado Bolsa Família), e do programa de cotas sociais (nas quais se incluem as cotas raciais) nas universidades federais e institutos federais de educação, ciência e tecnologia (Lei federal n.º 12.711/2012). Embora ambos os programas sejam, em alguns aspectos, criticáveis, têm o mérito de permitir a grupos subrepresentados o acesso a melhores condições de vida e inserção social em menor espaço de tempo do que se utilizadas as vias ordinárias.

19 A ideia de valoração consensual é encontrada em: BOBBIO, Norberto. Legitimità [verbete]. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dizionario di politica*. Milano: TEA, 1991.

legitimação através do procedimento.”²⁰ É necessário, portanto, que a maioria que decide seja qualificada, no sentido de seus integrantes serem capazes de compreender com clareza as circunstâncias da tomada de decisão, e fazê-lo com liberdade e autonomia.²¹ Daí que se acrescente à dimensão procedimental de legitimidade uma dimensão substantiva, correspondente ao juízo de valoração positivo sobre as opções válidas. As nuances acrescentadas ao critério da legitimidade por força da dimensão substantiva denunciam uma fraqueza do elemento majoritário como mecanismo principal de exercício democrático.

Isso porque, tomada a legitimidade nesses termos, tem-se que uma decisão majoritária poderá ser mais ou menos legítima, gradualmente, a depender do grau de liberdade e autonomia da vontade daqueles que dela participam (seja diretamente, seja indiretamente).²² Da mesma maneira, uma decisão não majoritária poderá ter sua legitimidade aferida gradualmente, daí não por força do elemento numérico, mas sim pelo grau de liberdade e autonomia daqueles que participam de sua constituição.

Percebe-se que uma decisão política robusta em seu mais elevado grau é aquela que conjuga com a maior inteireza possível ambas as dimensões de legitimidade (procedimental e substantiva). Afinal, essa decisão política será constituída não apenas pela participação de um maior número de concernidos; esses concernidos são livres e autônomos para melhor exercício do seu poder político.

Ao longo da história, o critério da legitimidade agregou em seu sentido a ideia de consentimento.²³ Em um sistema democrático, o consentimento conduz ao princípio do auto-governo como elemento essencial na tomada de decisões públicas. Assim, em um nível elementar, é legítimo o ato público que atenda ao critério do auto-governo (autolegislação) pelo povo soberano (livre e autônomo).

20 ARAUJO, *op. cit.*, p. 87.

21 BOBBIO, *op. cit.*. Nesse respeito, Arthur Nagel pontua: “A igualdade real, para efeito de caracterização da verdadeira democracia, é aquela em que cada indivíduo possui a capacidade intelectual e o refinamento crítico para refletir sobre a sua condição, interpretar os fatos e ideias e decidir com suporte em sua racionalidade.” (NAGEL, Arthur. *A máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais como filtro de legitimidade dos atos políticos dos agentes públicos não eleitos*. Mimeografado gentilmente cedido ao autor.)

22 Liberdade capaz de conduzir a grau de desenvolvimento suficiente para que o indivíduo possa, com autonomia, tomar as suas próprias decisões. Por evidente, muitas vezes, é preciso que essa liberdade venha acompanhada de medidas protetivas da igualdade, para que o desenvolvimento possa efetivamente ser alcançado. Eis a necessidade de conjugação de uma teoria da liberdade e do desenvolvimento, com uma teoria das necessidades. Sobre ambos os temas, sugere-se: SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 2000 e NEEF, Max. *Desarrollo a Escala Humana: una opción para el futuro*. Santiago: CEPUR/Fundación Dag Hammarskjöld, 1986.

23 Houve um tempo em que a legitimidade não tinha como referente o consentimento, ou autolegislação, mas sim outros fundamentos, como o poder divino, por exemplo. BOBBIO, *op. cit.*.

Há distintos modos de exercício do auto-governo, com legitimidade, pelo povo soberano.

Um deles é a representação.²⁴ A figura da representação, originária das relações privadas, transportada para a arena política guarda certa dificuldade, principalmente por não se tratar aqui de um contrato de direito privado. Sinteticamente, a representação no direito privado trabalha sob uma lógica de partes, ao passo que a representação na esfera pública trabalha sob uma lógica de todo. 25 Isso provoca diferenças em dois planos: um, na relação representado-representante, em termos de vinculação, responsabilidade, exigibilidade de condutas e, mais importante, controle; e outro, na relação inter-representantes e inter-representados, pois na esfera pública o representante não age (pela natureza e modo de exercício do mandato) tendo em vista o interesse único e exclusivo do seu grupo específico de representados.²⁶

A Constituição brasileira de 88 prevê como técnicas de exercício da soberania popular, além do voto direto e secreto, o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular (art. 14). É preciso observar que essas técnicas, todavia, viabilizam a participação popular no *processo legislativo*, apenas, de construção do jurídico, e, ainda que indiretamente, na produção normativa emanada do Poder Executivo.

O jurídico, todavia, não se circunscreve às leis; assim como tampouco a Constituição de 88 circunscreve-se à carta política que rege os assuntos de interesse público do país. De fato, o jurídico deixa de ser adstrito a uma produção normativa coercitiva estadualizada a partir do momento em que se compreende, para além do potencial decumprimento, o potencial *cumprimento* de acordos intersubjetivos. Um exemplo são as experiências de justiça restaurativa, ainda não regulamentadas na ordem jurídica brasileira.²⁷

24 Sobre o tema: LAVALLE, Adrián Gurza; ARAUJO, Cicero. O futuro da representação: nota introdutória. In: *Lua Nova ("O futuro da representação")*, São Paulo, 67: 9-13, 2006; LAVALLE, Adrián Gurza; HOUTZAGER, Peter P; CASTELLO, Graziela. Democracia, pluralização e representação da sociedade civil. In: *Lua Nova ("O futuro da representação")*, São Paulo, 67: 49-103, 2006; YOUNG, Iris Marion. O que torna a representação democrática. In: *Lua Nova ("O futuro da representação")*, São Paulo, 67: 139-190, 2006; MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Representation and Deliberation in Civil Society. In: *Brazilian Political Science Review*. 2 (2): 117-137, 2008; ANASTASIA, Fátima; NUNES, Felipe. A Reforma da Representação. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. *Reforma Política no Brasil*. Parte I - Reforma Política no Brasil e na América Latina. Belo Horizonte: UFMG; 2007. p. 17-33.

25 LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, *op. cit.*

26 As dimensões do público e do coletivo presentes na representação política dificultam a vinculação do representante aos interesses daqueles que o elegeram. De fato, na esfera política, interesses privados de representados sofrem restrições involuntárias em virtude da existência de outros interesses igualmente relevantes.

27 Nesse sentido: PEREIRA, Ana L. P. *O conteúdo e alcance do art. 5.º, § 1.º da CF/1988*. In: CLÈVE, Clèmerson M. (Coord.) *Direito Constitucional Brasileiro - Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. 1 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 368-387.

A participação dos concernidos nas decisões políticas robustece a sua legitimidade, sobretudo em termos de atendimento ao princípio político - e jurídico, para acompanhar Palombella - da autolegislação. Nada justifica que essa participação deva ser restrita, necessariamente, à representação. Afinal, se de poder político são titulares todos os concernidos, necessário é que se lhes assegure o direito de participar na construção de decisões públicas, ainda que tal participação seja mediada por ferramentas procedimentais de racionalização.

Daí que em outras instâncias de produção de decisões políticas institucionalizadas, em outros espaços de construção de decisões de interesse público, tenha-se trabalhado pela maior participação dos concernidos. A experiência de orçamentos participativos, no âmbito da administração pública, das audiências públicas e dos amigos da corte, no Poder Judiciário, são exemplos.

Essas técnicas expressam mecanismos de participação formal no processo de construção de decisões públicas. Sendo a soberania popular um postulado que informa a comunidade guiada pela Constituição brasileira de 1988, e, desde logo, critério essencial para tomada de *todas* as decisões públicas, impõe-se entendê-la sempre em expansão, sobretudo como uma ideia subjacente à ação de agentes públicos e políticos.²⁸ Eis a razão pela qual a soberania popular é *fundacional* ao Estado Democrático de Direito brasileiro. Sem fundar-se na soberania popular, não há Estado Democrático de Direito, no Brasil.

4 SOBERANIA POPULAR E SUPREMACIA INSTITUCIONAL

A Constituição brasileira de 1988, ao qualificar o Estado de Direito como *democrático*, prenuncia uma relação entre soberania popular e instituições políticas.

Lembra José Afonso da Silva que o Estado de Direito consistiu em uma conquista liberal, cujas características básicas eram: *i)* submissão ao império da lei; *ii)* divisão de poderes; e *iii)* enunciação e garantia de liberdades fundamentais.²⁹ Sob a Constituição brasileira de 1988, a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado *Democrático* de Direito. O qualificativo *democrático* consagra o princípio da autolegislação, no sentido de que instituições sociais internalizadas pelo Estado destinam-se a viabilizar o governo do povo, pelo povo e para o povo. É um elemento que carrega um potencial de *transformação*.³⁰

28 A distinção será feita adiante.

29 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed.. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 112-113.

30 *Idem*, p. 119.

A Constituição de 1988 cuida do Estado enquanto meio, e não fim.³¹ Vale dizer, meio que *viabilize o exercício* do poder político. Eis a conjugação do sistema eleitoral com outros mecanismos de participação popular na formação de decisões públicas (plebiscito, referendo, iniciativa popular).

As instituições políticas, no Brasil, não só operacionalizam o exercício da soberania popular, como, também, permitem incluir no espaço político os que dele se encontrem excluídos. Reversamente, instituições não existem em si, não configuram um fim em si mesmas. Daí que no modelo da República Federativa do Brasil soberania popular e instituições tenham uma – necessária – relação de reciprocidade. Instituições, portanto, possuem papel essencial não só na viabilidade, como, também, na vitalidade da soberania. São, contudo, as instituições, transitórias, e configuram-se de acordo com as necessidades históricas de seus constituintes. Por sua posição de importância em uma comunidade política, instituições são supremas; não são, contudo, soberanas, sendo esse qualificativo, na democracia brasileira, exclusivo do povo político.³²

Para a realização dos fins a que se destinam, as instituições exercem parcela de poder público atribuído pelo povo soberano. Trata-se de parcela de poder que circula em um conjunto institucional hoje condensado nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.³³

31 Embora sob ordem constitucional anterior, ainda são válidos os ensinamentos de Ataliba Nogueira, no que diferem Estado e Nação enquanto meios distintos para atingir a um único fim: “Nação e estado diferem quanto ao elemento humano que os forma, diferem quanto ao princípio unitivo objetivo e subjetivo, diferem quanto ao próprio fim natural de cada um, diferem, ainda, na estrutura, pois requer o estado soberania, ordem jurídica, poder, enquanto tais elementos são estranho à nação, sem falarmos em território.

Numa coisa, porém, não divergem: ambos são meios para a pessoa humana conseguir os seus fins.” (NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio, e não fim*. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 148).

32 José Calvo González, em introdução a texto de Gianluigi Palobella, explica que a soberania, enquanto poder último de decisão, é a do poder constituinte, que pertence apenas ao povo, e que como titular político o expressa através do grande pacto civil do poder cidadão, que é a Constituição. Então, a soberania só pode ser a da Constituição (do pacto civil dos soberanos) e não do Parlamento, da instituição Parlamento. (GONZÁLEZ, *cit.*, p. XV)

33 As contribuições teóricas de John Locke e Montesquieu, no que se refere à distribuição, exercício e controle do poder na esfera política, durante o período compreendido entre as metades dos séculos XVII e XVIII, viriam a ser de grande relevância para o próprio constitucionalismo (Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 90-100). John Locke (1632-1704) teria sido o primeiro a formular de maneira clara e firme a fundamental distinção entre *poder absoluto e poder moderado*, configurando a máxima do constitucionalismo, segundo a qual quem tem o poder de legislar sobre os direitos dos indivíduos não tem nenhum poder de coação, e vice-versa. E é Montesquieu (1689-1755) que traz força à teoria de Locke, afirmando que os direitos dos indivíduos somente podem existir dentro de um regime político moderado, dotado de uma constituição igual ou semelhante à inglesa. Com efeito, Locke não previra um Poder Judiciário, mas sim, Poderes Executivo e Legislativo. A origem de ambos está na transferência de poder para um mesmo corpo político julgar causas, por meio de representação. É a proteção da propriedade feita pela elaboração e aplicação da lei que resolva o caso concreto: “And herein we have the original of the *Legislative* and *Executive Power* of Civil Society, which is to judge by standing Laws how far Offences are to be punished, when committed within the Commonwealth; and also to determin, by occasional

O poder público é distribuído porque a chave da estabilidade política não se encontra na concentração do poder, mas sim em sua distribuição, controle e equilíbrio.³⁴ Essa distribuição do poder público destina-se não só ao exercício de competências constitucionalmente estabelecidas. Em paralelo, estabelece limites ao exercício desse mesmo poder. A atuação dos agentes públicos na execução de suas tarefas guia-se tanto por essa distribuição de competências, como, também, por sua limitação recíproca. É um desenho institucional fundado na conhecida fórmula de Montesquieu: o controle do poder pelo poder.³⁵

O controle do poder pelo poder reside, justamente, naquilo que escapa ao controle operado pelo direito. Afinal, poder gera poder, de modo que tanto sua concentração, quanto sua exorbitância, somente podem ser controlados por ele mesmo, com o fim de evitar que suprima outras fontes de poder (inclusive o poder constituinte soberano). Conforme observa Hannah Arendt, a partir de Montesquieu:

O poder pode ser refreado e ainda ser mantido intacto apenas pelo poder, de modo que o princípio da separação dos poderes não apenas provê uma garantia contra o monopólio do poder por uma parte do governo, como na realidade provê um tipo de mecanismo, construído no próprio coração do governo, por meio do qual novo poder é constantemente gerado, sem, no entanto, ser apto a crescer além do limite e expandir-se em detrimento de outros centros e fontes de poder.³⁶

Nesse caminho, pode-se dizer que, sob a Constituição de 88, o que se entende por separação dos poderes expressa equilíbrio e controle recíproco entre poder público (institucional e alternável) e poder político (popular e soberano). O poder público sobre o qual se funda a tese da separação de funções, sabe-se, é uno e indivisível.³⁷

Judgements founded on the present Circumstances of the Fact, how far Injuries from without are to be vindicated, and in both these to imploy all the force of all the Members when there shall be need." (LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Student edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 343)

34 Cf. As preocupações que inspiraram Jean Bodin, por exemplo, eram distintas, pois cuidavam de buscar estabilidade em um mundo politicamente instável. Daí a atribuição de soberania ao Príncipe, cujo principal poder era o de fazer e desfazer leis (além de declarar paz e guerra, julgar apelações de decisões dos magistrados, nomear e revogar nomeação de pessoas para altos cargos, cobrar impostos, garantir privilégios, dar valor à moeda): "Não é nem a cidade nem seus habitantes que fazem de uma cidade um Estado, mas sim a sua união sob um comandante soberano, mesmo que o que se tenha sejam apenas três famílias." E continua: "As pessoas renunciaram e alienaram seu poder soberano para investir o homem com todos os seus poderes, autoridades e direitos soberanos, da mesma forma que o homem dá ao outro os direitos de posse e propriedade sobre o que ele tenha." BODIN, Jean. *The six books of a commonweale*. Cambridge: Harvard University Press, 1962. p. 6 e 26-44. Em Nicolau Maquiavel, encontra-se a distribuição de poder no que diz respeito à atribuição de cargos àqueles que ajudaram o Príncipe a conquistar essa posição. Mas também aqui não se trata de distribuição, controle e exercício de poder político, o qual se concentra na figura do Príncipe (ao menos, como ironiza Maquiavel ao longo do texto, se ele tiver inteligência suficiente para fazê-lo). Cf. MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe*. Torino: Einaudi, 1995.

35 MONTESQUIEU. *L'esprit des lois*. Paris: Classique Garnier, 2011. p. 167.

36 ARENDT, Hannah. *On revolution*. New York: Penguin Books, 2006. p. 142-143.

37 Assim observa José Afonso da Silva, embora refira-se ao poder da esfera institucional como poder político ou poder estatal. Cf. SILVA, *Curso...*, p. 107.

Esse poder público, uno e indivisível, é às instituições atribuído pelo povo soberano. Daí que as funções executiva, legislativa e judicial sejam legitimamente exercidas onde o povo soberano encontre expressão de seu poder político, ou seja, o seu poder de constituição de uma comunidade política (seja em termos de representação, seja em termos de participação). A assertiva faz concluir que, onde houver exercício de poder político pelo povo soberano com pretensão de universalidade,³⁸ haverá decisões jurídicas legítimas, ainda que essas decisões resultem de instâncias não legislativas.

Quando o povo soberano não encontrar, em uma das instituições públicas, espaço para expressão e exercício de seu poder político, as demais instituições serão acionadas para suprir essa demanda. É o que se tem visto, hoje, com o que se reconhece como protagonismo ou supremacia do Poder Judiciário.³⁹ Essa é uma forma de equilíbrio entre os poderes constituídos. O poder público, porque atribuído, não corre o risco de permanecer concentrado em uma ou outra instituição.⁴⁰ Ninguém captura o poder. Afinal, como bem expressou Foucault, ele simplesmente flui.⁴¹

38 Entendida, aqui, a universalidade enquanto critério de distinção entre direito e política (conforme Kant), constituída pelas propriedades de generalidade e abstração, e, também, de inclusão e reconhecimento. Cf. PEREIRA, *O conteúdo e alcance do art. 5.º, § 1.º da CF/1988*, cit..

39 Veja-se a observação de Oscar Vilhena Vieira nesse respeito: “Embora o Supremo tenha desempenhado posição relevante nos regimes constitucionais anteriores, com momentos de enorme fertilidade jurisprudencial e proeminência política, como na Primeira República, ou ainda de grande coragem moral, como no início do período militar, não há como comparar a atual proeminência do Tribunal, com sua atuação passada.” VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 484. A posição de proeminência do Poder Judiciário no cenário político-jurídico brasileiro é analisada tendo como material de base decisões judiciais em: VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 2002. É fato que a ascensão judicial no cenário político não é exclusiva da experiência brasileira (Cf. TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. London, New York: New York University Press, 1995.) Ainda que não exatamente em termos do que comumente se conhece como judicialização da política, a criação ou ampliação de competências de tribunais também é representativa de um fortalecimento da atividade judicial. Vejam-se os exemplos da Suprema Corte do Reino Unido, criada em 2005 e instalada em 2009, separada fisicamente e institucionalmente do Parlamento inglês; da criação da Questão Prioritária de Constitucionalidade na França, em 2008, que consiste em procedimento de controle sucessivo de constitucionalidade de leis por via de exceção; e da lei especial belga de 2003 que estendeu formalmente o campo de competência da Corte de Arbitragem (agora, *Corte Constitucional*) para a proteção de todos os direitos e liberdades fundamentais enunciados no Título II da Constituição da Bélgica.

40 Ou em um homem ou assembleia de homens, à maneira de Hobbes (HOBBES, Thomas. *Leviathan*. London; New York: Penguin, 1985. p. 220-221). De acordo com Hobbes, uma multidão de homens forma uma única Pessoa, quando são por um homem, ou por uma Pessoa, representados. “Pois é a unidade do representante, e não a unidade do representado, que faz da pessoa Uma só. [...] Unidade não pode ser entendida como multidão.” A assertiva não ignora a regra da maioria. É que, para Hobbes, a maioria deve ser considerada como falando por todos, e não só por alguns: “And if the Representative consist of many men, the voyce of the greater number, must be considered as the voyce of them all.”

41 Embora Foucault fale da fluidez do poder em uma perspectiva de crítica à fluidez de um poder normalizador dos *sujeitos*. O poder (as relações de poder), segundo Foucault, institucionaliza

5 AGENTES PÚBLICOS E AGENTES POLÍTICOS

Finalmente, uma proposta jurídica de democracia ocupada em apresentar categorias capazes de explicar o fenômeno social de integração do princípio Cura-0120 político da autolegislação às práticas cotidianas de nossos gestores públicos, deve perpassar a dualidade que distingue agentes públicos de agentes políticos.

Agentes públicos é expressão que designa “genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.”⁴² Os agentes públicos manejam parcela de poder público para o exercício de funções estatais, integrando o aparelho estatal ou não.⁴³

O sentido de agentes políticos aqui trabalhado é diverso daquele empregado no campo do direito administrativo, por exemplo.⁴⁴ Por agentes políticos entende-se os membros de uma comunidade política que se assumem como efetivos participantes de uma esfera pública de tomada de decisões, a partir de suas respectivas posições. O agente político assim considerado *age* em relação aos demais na expectativa de interferir, com decidibilidade, na condução dos assuntos públicos, dos assuntos de interesse público.⁴⁵

Desde logo é possível concluir que agentes públicos são (ou, ao menos, *deveriam ser*) agentes políticos, embora, reversamente, a recíproca não seja necessariamente verdadeira.

a busca da verdade, “profissionaliza”, “recompensa”, instituindo-se através de práticas de normalização. A adequação dos *sujeitos* a essas práticas, às normas, realiza aquilo que se tem como verdade. Disso decorrem *relações de sujeição*, através das quais se podem fabricar sujeitos adequados às práticas de normalização instituídas pelos discursos que se pretendem totalizantes, verdadeiros. Foucault pretende fazer com que, em lugar da soberania e da obediência, enquanto discursos dominantes, apareça o problema da dominação e da sujeição. A dominação e a sujeição seriam possíveis por não se identificar de onde vem o poder, já que este é algo que circula, um encadeamento, não tem origem definida, ninguém o detém. “O poder funciona [...] transita pelo indivíduo que ele constituiu” (FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 25-35)

42 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 248.

43 MELLO, *op. cit.*, p. 249-250.

44 Aqueles que detém “cargos estruturais à organização política do país” (MELLO, *op. cit.*, p. 251), ou “componentes do Governo nos seus primeiros escalões” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 75).

45 A ideia de agentes políticos aqui adotada, é tributária do pensamento de Hannah Arendt. “A *polis* regularizava ação política, e isso queria significar que a vida política era conduzida por meio do discurso. Mas discurso é ação; é mais verdadeiramente ação do que ações físicas fossem ou pudessem ser. O cerne da compreensão de Arendt sobre ação [política] em seus escritos é que a autêntica ação política é discurso – não necessariamente discursos formais, mas conversas, trocas de pontos de vista – à maneira de persuasão e dissuasão. O discurso político é deliberação ou discussão enquanto parte de um processo de decisão sobre alguma questão pertinente ao interesse público.” (KATEB, George. *Political action: its nature and advantages*. In: VILLA, Dana (Ed.). *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*. New York: Cambridge University, 2000. p. 133.)

A ação política envolve o convencimento e persuasão dos demais concerrnidos no processo de formação de decisões sobre questões de interesse público. Envolve, também, participar deste processo carregando consigo suas próprias convicções éticas, pré-juízos e pré-concepções de mundo, as quais intereferem, com a consciência do agente ou não, na ação dialógica e, por consequência, na decisão pública em si.⁴⁶

Sob a Constituição brasileira de 88, é possível identificar essa noção de agentes políticos no fundamento democrático da cidadania. Cidadania considerada de uma maneira ampla, e não limitada aos indivíduos detentores de poder político, cuja participação nos assuntos de interesse público poderia ser (restritivamente) entendida enquanto circunscrita ao direito de votar e ser votado.⁴⁷ Essa concepção de cidadania (em particular, na Administração Pública) é assim sintetizada por Clèmerson Clève:

O conteúdo do termo cidadão, vamos tomá-lo em sua dimensão dialética, para identificar o sujeito, aquele ser responsável pela história que o envolve. Sujeito ativo da cena política, sujeito reivindicante ou provocador da mutação do direito. Homem envolto nas relações de força que comandam a historicidade e a natureza da política. Enfim, queremos tomar o cidadão como ser, sujeito e homem a um tempo. O cidadão é o agente reivindicante possibilitador, na linguagem de Lefort, da floração contínua de direitos novos.⁴⁸

A cidadania, como mencionado, não se resume à prática de votar e ser votado. Realiza-se em múltiplas frentes. Nesse caminho, importa lembrar que o agente público, também ele, é cidadão. Cidadão que atua na esfera pública perpassado pelas dimensões da liberdade, igualdade e solidariedade.⁴⁹ Que o agente público atue politicamente é menos questão de vinculação e um dever de natureza estritamente jurídica do que a um dever de cidadania. É uma questão de atitude.

Daí que haja, por exemplo, um discurso sobre o que se tem chamado de ativismo judicial (e sua contra-face, que é a auto-contenção).⁵⁰

46 Duncan Kennedy, por exemplo, demonstra que o agir judicial é ideológico sempre, independentemente da consciência ou não do agente político nesse sentido. Cf. KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication*. Fin de siècle. Cambridge: Harvard University Press, 1992. p. 157-179.

47 CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Cidadão, a Administração Pública e a Constituição. In: *Temas de Direito Constitucional* (E de Teoria do Direito). São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 16. Uma versão do texto sensivelmente modificada pode ser encontrada em: CLÈVE, C. M. *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Optou-se, todavia, no presente estudo, por se fazer uso da versão anterior.

48 *Idem, ibidem*.

49 *Idem*.

50 No Brasil, o debate acerca do ativismo judicial, conforme pontua Luis Roberto Barroso, gira em torno de "uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes". BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial*. Direito e política no Brasil contemporâneo. Fonte: www.lrbarroso.com.br. Acesso em: 20 mai. 2013. De uma maneira geral, pode-se dizer que o ativismo judicial é identificado com a assunção,

O agente político, como antes dito, é cidadão que se reconhece como integrante de uma comunidade política a qual constitui, atuando com decidibilidade nesse sentido. Imperioso reconhecer, conforme citado anteriormente, que também juízes, por exemplo, são cidadãos, sendo perfeitamente possível que assumam uma postura política quando de sua participação na tomada de decisões públicas (decisões judiciais). Essa postura política é uma atitude, e nada há, no ordenamento jurídico brasileiro, que a *proíba*. Há, sim, elementos institucionais que caracterizam limitações ao exercício desse poder político. Essas limitações podem ocorrer em um nível interinstitucional, em um nível intrainstitucional e em um nível relacional entre instituições e sociedade.⁵¹

Eis a importância da construção de um discurso acadêmico dirigido a robustecer os espaços de participação e de deliberação no âmbito das decisões públicas.⁵² Decisões públicas são decisões de interesse público, que operam restrições à liberdade política dos concernidos na comunidade política que integram e constituem. A participação de concernidos informados na construção dessas decisões, bem como o seu controle, por distintos mecanismos (institucionais ou não), é imprescindível à elevação de seu grau de legitimidade e, desde logo, à atribuição de nota de juridicidade. Cuida-se, conforme pontua Leonardo Avritzer, de permitir a transferência de elementos culturais da sociedade para as instâncias políticas, quando a comunicação entre esses dois pólos encontrar-se prejudicada, o que ocorre, com frequência, no nível estrito da representação.⁵³ O desafio, segundo o

pelos juízes, de um compromisso com a guarda da Constituição de 88. Vê-se o ativismo ligado a discursos judiciais de correção de ações e omissões dos poderes constituídos quanto à sua vinculação aos comandos constitucionais; de erradicação da pobreza; também, de proteção dos mais necessitados, que precisariam do Judiciário para ter acesso aos serviços mínimos de saúde, educação e assistência social, na medida em que a parcela mais carente da sociedade civil não teria voz na formação da vontade política, ficando, assim, aliados do processo político democrático. Também: MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad 2001. p. 63; KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 70.

51 Trata-se de um sistema organizado e dirigido ao controle público de decisões tanto em uma perspectiva interinstitucional, quanto em uma perspectiva intrainstitucional, e também desde um ponto de vista que relaciona instituições e sociedade, sendo exemplos: revisão judicial de atos legislativos e administrativos; revisão legislativa de decisões judiciais (perspectiva interinstitucional); princípios do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição; súmula vinculante e repercussão geral (perspectiva intrainstitucional); caráter público do processo e retroalimentação entre decisões públicas e efetividade social (dimensão relacional entre instituições e sociedade). Cf. PEREIRA, Ana L. P. *A atividade política da jurisdição constitucional brasileira*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013. 181 pp.

52 Sobre o tema, e no que diz respeito à atividade judicial, conferir: GONÇALVES, Nicole Pilagallo Mäder. *Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa*. Curitiba: Juruá, 2012. Também sobre o tema: SOUZA NETO, *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*, citado.

53 AVRITZER, Leonardo. *Democracy and Public Space in Latin America*. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2002. p. 136 e ss.

autor, é compreender que há uma mudança paradigmática em termos de teoria e práticas democráticas: “a democratização deixa de ser tomada, simplesmente, enquanto a institucionalização da competição política, para se tornar uma *prática social* que necessita institucionalização.”⁵⁴ Em outras palavras: instituições informam a sociedade sobre o que deve ser feito. Todavia, é preciso que toda a sociedade seja capaz de, reversamente, informar as instituições sobre o que deve ser feito também. E essa percepção toma como base o resgate e a efetividade do princípio fundamental da autolegislação, presente não só em instâncias representativas, como, também, em instâncias outras de tomada (pública) de decisão.

REFERÊNCIAS

ANASTASIA, Fátima; NUNES, Felipe. A Reforma da Representação. *In*: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. *Reforma Política no Brasil*. Parte I - Reforma Política no Brasil e na América Latina. Belo Horizonte: UFMG; 2007. p. 17-33.

ARAUJO, José Antonio Estévez. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta, 1994.

ARENDT, Hannah. *On revolution*. New York: Penguin Books, 2006.

ARISTOTLE. *The politics*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

AVRITZER, Leonardo. *Democracy and Public Space in Latin America*. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *In*: ____; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Doutrinas essenciais*. V. 1. Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

____. *Constituição, democracia e supremacia judicial*. Direito e política no Brasil contemporâneo. Fonte: www.lrbarroso.com.br. Acesso em: 20 mai. 2013.

BOBBIO, Norberto. Legitimità [verbete]. *In* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dizionario di politica*. Milano: TEA, 1991.

BODIN, Jean. *The six books of a commonweale*. Cambridge: Harvard University Press, 1962.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Cidadão, a Administração Pública e a Constituição. *In*: *Temas de Direito Constitucional* (E de Teoria do Direito). São Paulo: Acadêmica, 1993.

54 *Idem*, p. 5.

- _____. *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CHUEIRI, Vera Karam. Nota de aula. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2009.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GONÇALVES, Nicole Pilagallo Mäder. *Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa*. Curitiba: Juruá, 2012.
- GONZÁLEZ, José Calvo. De la nostalgia civil: *la soberanía popular*. In: PALOMBELLA, Gianluigi. *Constitución y soberanía*. El sentido de la democracia constitucional. Granada: Comares, 2000.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2009.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London; New York: Penguin, 1985.
- KATEB, George. Political action: its nature and advantages. In: VILLA, Dana (Ed.). *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*. New York: Cambridge University, 2000.
- KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication*. Fin de siècle. Cambridge: Harvard University Press, 1992.
- KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- LAVALLE, Adrián Gurza; ARAUJO, Cicero. O futuro da representação: nota introdutória. In: *Lua Nova ("O futuro da representação")*, São Paulo, 67: 9-13, 2006.
- _____; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, pluralização e representação da sociedade civil. In: *Lua Nova ("O futuro da representação")*, São Paulo, 67: 49-103, 2006.
- LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Student edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

- MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe*. Torino: Einaudi, 1995.
- MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição*. Abertura - Cooperação - Integração. Curitiba: Juruá, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Representation and Deliberation in Civil Society. *In: Brazilian Political Science Review*. 2 (2): 117-137, 2008.
- MONTESQUIEU. *L'esprit des lois*. Paris: Classique Garnier, 2011.
- MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad 2001.
- NAGEL, Arthur. *A máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais como filtro de legitimidade dos atos políticos dos agentes públicos não eleitos*. Mimeografado.
- NEEF, Max. *Desarrollo a Escala Humana: una opción para el futuro*. Santiago: CEPAUR/Fundación Dag Hammarskjöld, 1986.
- NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio, e não fim*. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1955.
- PALOMBELLA, Gianluigi. *Constitución y soberanía*. El sentido de la democracia constitucional. Granada: Comares, 2000.
- PEREIRA, Ana L. P. *A atividade política da jurisdição constitucional brasileira*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013. 181 pp.
- _____. *O conteúdo e alcance do art. 5.º, § 1.º da CF/1988*. In: CLÈVE, Clèmerson M. (Coord.) *Direito Constitucional Brasileiro - Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. 1 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____. (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed.. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático*. In: *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. London, New York: New York University Press, 1995.

YOUNG, Iris Marion. *O que torna a representação democrática*. In: *Lua Nova ("O futuro da representação")*, São Paulo, 67: 139-190, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 2. ed.. São Paulo: Alfa Omega, 1997.