

OS CAMINHOS PARA O DESENVOLVIMENTO DE UMA INTERCONEXÃO ENTRE O CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO E JURÍDICO: ABRINDO A “SALA DE MÁQUINAS DA CONSTITUIÇÃO”

THE ROADS FOR THE DEVELOPMENT OF AN INTERCONNECTION BETWEEN POLITICAL AND LEGAL CONSTITUTIONALISM: OPENING “CONSTITUCION ROOM OF MACHINES”

Carina Barbosa Gouvêa¹

Doutora em Direito

Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE) -
Pernambuco (PE) - Brasil

Ivo Dantas²

Doutor em Direito

Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) - Pernambuco (PE) - Brasil

RESUMO: Um dos principais objetivos de uma Constituição é a aptidão do texto de, a um só tempo, refletir e impulsionar a sociedade sobre a qual ela vai incidir. O constitucionalismo contemporâneo apresenta um grande déficit, uma vez que as Constituições foram forjadas com duas almas: uma olha para a parte dos direitos e outra para a relação com a organização do poder. Estas duas partes não foram pensadas para se articular perfeitamente uma com a outra, foram constru-

¹Doutora e Mestre em Direito Público e Evolução Social pela UNESA; Professora Bolsista da Universidade Federal Rural de Pernambuco; Professora da FACIPE/PE; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional (NPJuris/UNESA-RJ) e do Grupo Direito Econômico e Desenvolvimento Sustentável (IBMEC/Rio). Advogada e Membro da Comissão de Direito Econômico da OAB/RJ. E-mail: carinagouvea25@gmail.com

²Professor Titular Livre da Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Doutor em Direito Constitucional - UFMG. Livre Docente em Direito Constitucional - UERJ. Livre Docente em Teoria do Estado - UFPE. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Presidente do Instituto Pernambucano de Direito Comparado. Presidente da Academia Pernambucana de Ciências Morais e Políticas. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional México). Miembro del Consejo Asesor del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid. Ex- Diretor da Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Membro da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas. Fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democráticos. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Pernambuco. Membro do Instituto Pimenta Bueno - Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Professor Orientador Visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, conforme aprovação do Colegiado, em 31 de maio de 2001. Juiz Federal do Trabalho - (aposentado). Vice-Presidente da Comissão de Precatórios Judiciais da OAB, Secção de Pernambuco. Advogado e Parecerista. E-mail: profivodantas@uol.com.br

ídas para funcionarem de forma autônoma. Desta forma, é necessário adentrar a discussão da ineficácia social do Direito, procurando uma nova forma de efetivação do exercício do poder. O problema central que o constitucionalismo moderno enfrenta é o de “se poder transformar numa aporia científica e numa ilusão político-constitucional, pelo fato de se assentar - e viver - de pressupostos que o Estado não pode garantir”. Dentro de todo este debate sobre uma concepção adequada de constitucionalismo, tem-se a necessária retomada e (re)conciliação entre o direito constitucional e a política, com uma atenção especial para a cogitação que ora se desenvolve para o papel que possa ter o desenho institucional em nome do sucesso da carta fundamental. O constitucionalismo que se quer alcançar, transformador, não está em um aspecto pontual, se não na conjugação destas dimensões política e jurídica que são complementares e que somente funcionarão se caminharem juntas. Temos a oportunidade de refinar o pensamento a respeito de para que serve uma Constituição e para que serve uma democracia a partir do caminho que conecta o constitucionalismo político e jurídico para finalmente abrir a “sala de máquinas da constituição”.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo político; Constitucionalismo jurídico; Constituição

ABSTRACT: One of the main objectives of a Constitution is the ability of the text, at the same time, to reflect and impel the society to which it will influence. Contemporary constitutionalism presents a great deficit, since the Constitutions were forged with two souls: one of them looks at the part of rights and the other looks at the relation to the organization of power. These two parts were not designed to perfectly articulate with each other, were built to function autonomously. In this way, it is necessary to enter the discussion of the social ineffectiveness of the Law, seeking a new form of realization of the exercise of power. The central problem that modern constitutionalism faces is that it “can be transformed into a scientific aporia and a political-constitutional illusion, because it is based - and lives - on assumptions that the State can not guarantee.” Within all this debate on an adequate conception of constitutionalism, there is a necessary resumption and (re) conciliation between constitutional law and politics, with a special attention to the cogitation that develops for the role that can have the institutional design in the name of the success of the fundamental charter. Constitutionalism that is sought, trans-

formative, is not in a specific aspect, if not in the combination of these political and legal dimensions that are complementary and that will only work if they walk together. We have the opportunity to refine the thinking about what a Constitution is for and what a democracy serves from the path that connects political and legal constitutionalism to finally opening the “engine room of the constitution”.

KEYWORDS: Political constitutionalism process; Legal rules; Constitution

INTRODUÇÃO

Um dos principais objetivos de uma Constituição é a aptidão do texto de, a um só tempo, refletir e impulsionar a sociedade sobre a qual ela vai incidir.

Mas esta problemática atualmente se traduz a partir de uma perspectiva estritamente jurídica, o que pode refletir uma moldura em abstrato que vai tecer o comportamento das pessoas, desconhecendo a relação política ou de como as conexões se dão naquela sociedade dentro de seu universo dinâmico.

Já nos alertava Barroso³ que a constituição “deve ser janela e não espelho”. A janela pelo qual se olha para o mundo e para o direito de uma forma geral, e não um espelho que é uma forma de olhar para si próprio. O problema, portanto, se projeta nestas duas dimensões - tanto política, como jurídica.

O processo de democratização também influencia o desenho institucional a conformar a parte orgânica e dogmática da carta fundamental. A criação de novas instituições eleitorais, a reforma parlamentar, a reforma judiciaisão sistematizadas conforme a tradição seguida do modelo constitucional jurídico.

A estrutura está, ao mesmo tempo, distinta e indiretamente relacionada com o projetar da constituição ideal⁴. Para Gargarella⁵, a distinção entre dogmática, que abraça os direitos, e orgânica, que envolve o “maquinário do poder”, reflete a principal tensão que existe em qualquer Constituição.

É necessário buscar nas últimas reformas constitucionais as raízes do processo constituinte para a compreensão dos problemas existentes e de suas possíveis soluções. Gargarella⁶ nos dá conta de três núcleos centrais que têm relação direta:

³BARROSO, Luiz Roberto. Especialista traça histórico do Direito Constitucional. Conjur, 07 de mar. de 2009. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv>>. Acesso em 15 de abr. De 2014.

⁴ELSTER, Jon. Forces and mechanisms in the constitution-making process. Duke Law Journal, Vol. 45, 1995, p. 365.

⁵GARGARELLA, Roberto. Quésón los derechos? Canal Justicia. Disponível em <<https://youtu.be/-x3CzQbQgYU>>. Acesso em 20 de mar. de 2015.

⁶Op.cit.

constituição, direitos e democracia - os grandes elementos que se pensam em uma reforma constitucional. Desta forma, este artigo pretende, em sua parte 1, descrever os caminhos trilhados pelo constitucionalismo a informar os dois grandes valores presentes em seu conceito teórico-abstrato, em que a Constituição tem apostado em dois compromissos distintos: umalista de direitos fortes e incondicionais e a organização da máquina democrática. A parte 2 pretende expor a trajetória trilhada pelo constitucionalismo: do político ao jurídico, demonstrando que o constitucionalismo que se quer alcançar, transformador, não está em um aspecto pontual, se não na conjugação destas dimensões que são complementares e que somente funcionarão se caminharem juntas. E, por fim, a parte 3 pretende demonstrar a necessidade da interconexão entre o constitucionalismo político e jurídico para favorecer a construção que opera em favor da democracia pela via do desenho institucional e que necessariamente precisa romper com esta lógica estática da aposta unicamente no modelo do constitucionalismo jurídico.

1 Os caminhos trilhados pelo constitucionalismo: Portas abertas e fechadas para o reconhecimento dos Direitos

A história do constitucionalismo do mundo possui dois grandes valores que têm estado por trás das reformas constitucionais: autonomia individual e autogoverno coletivo. Destarte, qualquer Constituição possui duas partes: uma que organiza a máquina do poder e outra que estabelece a declaração dos direitos.

A parte dos direitos se preocupa com a autonomia individual, a relação com o Estado, as liberdades individuais, a liberdade privada, a questão da livre consciência, etc.. Já a outra se refere a um distinto valor que está conectado com a democracia: como refletimos sobre a máquina do poder, principalmente para empreender as ações coletivas.

O constitucionalismo ocidental foi alimentado por três grandes fontes: a revolução francesa, a revolução norte-americana e a tradição hispânica. Dentro destas origens, existem três modos distintos de pensar a relação entre democracia e direitos⁷. Muito embora tenha se concentrado na experiência do constitucionalismo latino americano, Gargarella aponta uma preocupação com a relação democracia e direitos que merece consideração e reflexão.

Para ele, o “constitucionalismo latino americano contemporâneo” expressa seu

⁷GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo democrático: la sala de máquina de la Constitución. Canal Política y Sociedad, 30 de jul. 2015. Disponível em <<https://youtu.be/zHCMHQdbEuQ>>. Acesso em 15 de ago. 2015.

grande déficit, uma vez que as Constituições foram forjadas com duas almas. Uma olha para a parte dos direitos e outra para a relação com a organização do poder. Estas duas partes não foram pensadas para se articular perfeitamente uma com a outra, foram construídas para funcionarem de forma autônoma.

Muitas constituições são generosas com o reconhecimento dos direitos, já que possuem uma ampla lista de direitos econômicos, sociais, multiculturais e isso tem relação com um modo democrático social que marca o constitucionalismo latino americano desde o começo do século XX. Por outro lado, a organização institucional, pensada sob a ótica liberal de *check and balances*, estagnou-se no século XIX.

Este compromisso robusto com os direitos não condiz com a organização do poder como a que pensamos desde meados do século passado. Foi formado um compromisso entre liberais e conservadores e as elites políticas da época que vinham de um legado de violência e de enfrentamento que decidiram pactuar e, de algum modo, repartir o poder.

A constituição de 1830 do Uruguai, por exemplo, em parte representava um pacto onde se estabelecia direitos políticos muito restritos, com limites à liberdade de reunião e à liberdade de associação. Foi muito excludente nas aspirações populacionais, mas acabou ganhando força e estabilidade. A organização do poder investiu de forma especial no poder executivo, no papel contramajoritário do judiciário e no sistema político, considerado o modelo dominante. Foi a revolução mexicana, a russa e a carta de Weimar que representaram os momentos de ruptura dos velhos constitucionalismos.

As cartas constitucionais avançaram com o ingresso de outras classes na política, como a trabalhadora, os movimentos sociais, constituindo atores fundamentais na definição dos novos sentidos constitucionais. Isso acabou aumentando a quantidade de demandas, obrigando o constitucionalismo a dar conta desta “nova realidade”.

A carta mexicana foi pioneira no sentido de ampliar a matéria dos direitos, principalmente os sociais. Segundo Gargarella, avançou por ter incluído em seu corpo um compromisso inovador: a possibilidade de demandar junto ao Estado com relação aos direitos sociais. A partir deste marco, seguiram-se as cartas da Venezuela, Argentina, Brasil e Colômbia. Mas a sala de máquinas da constituição manteve-se fechada.

Se tem aposta do em dois compromissos distintos: uma lista de direitos fortes e incondicionais e a organização da máquina democrática. Ao mesmo tempo, a

constituição estabelece em seu desenho um pacto com a ideia de direitos e com a democracia. Isso acabou revelando uma parte da riqueza e uma parte do problema de qualquer constituição. Há ainda uma preocupação: se estes problemas devem ser resolvidos pela via da judicial review ou pelas indicações precisas previstas na carta fundamental.

Acaba se tornando muito difícil manter estas duas áreas separadas, em razão de que a cortina dos direitos deve se conectar com a cortina da democracia⁸.

Entre os maiores dilemas que enfrentam os países recém democratizados estão a instabilidade da economia e uma infraestrutura que seja capaz de desenvolver os direitos fundamentais sociais⁹. E a edificação do desenho institucional pode significar um avanço, se conectada a estes objetivos.

A criação de organizações sustentáveis é um desafio permanente, pois o ideal pretende que elas sejam duradouras e estáveis ou, ao menos, que sejam cuidadosamente concebidas e implementadas para não fazer fermentar um novo conflito em sociedades fortemente divididas¹⁰.

Além das sérias dificuldades em reconstruir os sistemas políticos e apesar das diferenças - sociais, culturais e econômicos, partilha-se ainda de outros óbices que acabam influenciando de forma negativa o desenvolvimento dos sistemas de partidos políticos democráticos e da institucionalização¹¹.

A nação, por vezes, não tem capacidade e/ou vontade política de proporcionar aos cidadãos um nível mínimo de segurança e serviços públicos. Além disso, há uma falta de coesão social e um consenso sobre os caminhos a seguir.

As instituições de governança são ineficazes e os cidadãos são incapazes de manter autoridades responsáveis por suas próprias deficiências. Um Estado que não presta serviços básicos, segurança e infraestrutura essenciais para o seu povo, e que não oferece maneiras para a população manifestar as suas preocupações, não terá legitimidade aos olhos da comunidade.

O fortalecimento das funções essenciais do Estado e os mecanismos formais de prestação de contas é, desta maneira, vital no processo de realização de um sistema político que se pretenda estável e democrático.

⁸GARGARELLA, Roberto. Quésón los derechos? Canal Justicia. Disponível em <<https://youtu.be/-x3CzQbQgYU>>. Acesso em 20 de mar. de 2015.

⁹HAMPSON, Fen Osler. Can peacebuilding work. Cornell International Journal, volume 30, nº 3, Artigo 5, 1997, p. 715.

¹⁰O'SULLIVAN, Meghan; STEWART, Frances. Democracy, conflict and development: three cases. University Of Oxford, QEH Working paper Series QEHWPS15, p.1-38, 1998. Disponível em <<http://economics.ouls.ox.ac.uk/10180/1/qehwps15.pdf>>. Acesso em 25 de fev de 2013.

¹¹TEN HOOVE, Lotte; SCHOLTBAACH, Alvaro Pinto; MAUL-PHILLIPS, Joy. Democracy and Political Party Assistance in Post-Conflict Societies. NIMD Knowledge Centre, 2008, p.7.

O objetivo deste novo sistema seria explicitamente promover o desenvolvimento e reduzir as desigualdades econômicas entre os grupos para estabelecer um quadro jurídico-político de trabalho e incentivar a participação da sociedade civil, posto que sem ela a democracia certamente não vai fluir.

Existe um consenso emergente de que as instituições formais só serão eficazes quando não entrarem em conflito com as informais¹².

Para além de limitar o poder o constitucionalismo, avançou-se para alcançar melhores práticas no fortalecimento das instituições democráticas. A premissa deste campo é de que os resultados sociais e políticos desejáveis podem ser alcançados através de um planejamento institucional ideal e de execução meticulosa¹³.

As várias abordagens da concepção constitucional compartilham a crença de que as suas disposições, instituições e arranjos podem e devem ser otimizados de modo a induzir, apoiar ou permitir a mudança social e política, considerando que o desenho institucional defende uma visão pragmática da tomada de constituição como uma resposta aos problemas e desafios específicos.

Um de seus principais pilares, a separação dos poderes, é rotineiramente descrita em termos puramente negativos, como uma máquina que impede invasões¹⁴ e esta concepção já era refutada desde Madison¹⁵, a partir da publicação do “The Federalist Nº 10”, em 1787.

A maioria dos sistemas políticos prevê em sua carta uma forma de revisão que consagra a judicial review, através dos tribunais constitucionais e estes têm emergido como tradutores de disposições constitucionais¹⁶ fundamentais para a orientação do viver constitucional. Este tráfego de ideias tem sido acompanhado pelo aumento do que pode ser chamado de discurso universal, principalmente visível no contexto dos direitos e liberdades.

As cartas acabam combinando o sistema de *checkand balances* com o hiper-presidencialismo ou o modelo focado na jurisdição - e daí decorre a fonte dos problemas¹⁷. Temos a necessidade de promover o desenho institucional, principalmente se a linha de base para a construção do mecanismo foi historicista e esta

¹⁴BROWN, Nathan J. Constitutions in a nonconstitutional world: arabic basic laws and the prospects for accountable government. Albany: State University of New Press, 2002, p. 100.

¹⁵MADISON, James. The Federalist nº 10. Disponível em < <http://www.constitution.org/fed/federa10.htm>>. Acesso em 01 de out de 2013.

¹⁶HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. International Journal Constitutional Law, 2013, v. 11 nº 1, p. 1-12.

¹⁷GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo democrático: la sala de máquina de la Constitución. Canal Política y Sociedad, 30 de jul. 2015. Disponível em <<https://youtu.be/zHCMHQdbEuQ>>. Acesso em 15 de ago. 2015.

implicação necessariamente significa reconstruir a compreensão ou consciência que prevaleceu em diferentes épocas históricas, principalmente para a definição do significado constitucional.

Há inúmeras razões para justificar uma extensa declaração de direitos sociais e humanos e sua incorporação nas cartas constitucionais. Mas há uma negligência no modo em como conformar estes direitos, uma vez que existem duas partes que vivem e vibram como se fossem autônomas.

Já nos alertava Griffin¹⁸ que poderíamos ter de operar mais de uma ordem constitucional ao mesmo tempo e estas poderiam estar em tensão entre si - o resultado seria a instabilidade na política e na ordem constitucional. É de Klare¹⁹ a afirmação de que necessita-se enfrentar a dialética existente entre a liberdade e o constrangimento - por um lado existe um grande texto repleto de frases amplas e impregnados com esperanças magníficas para superar as injustiças do passado e seguir em direção a uma sociedade democrática e por outro há a plastificação do modelo institucional.

De acordo com Gargarella²⁰, na experiência latina, a primeira promessa deste sistema era de uma “paz armada”, outorgando a cada um dos poderes “armas contundentes” capazes de prevenir possíveis ataques dos demais. Significa dizer que o desenho não tinha o propósito de servir em conjunto, nem com motivações altruístas, e nem com o compromisso de proteger os demais - pelo contrário, se tratava simplesmente do auto-interesse, visando preservar suas ferramentas e autoritarismos.

As constituições latino americanas cometeram um erro - muito embora tenham acomodado uma ampla rede de proteção aos direitos individuais e coletivos, não garantiram ferramentas para sua efetivação. Para que possam ser pensadas de modo responsável, deve se exigir que se ajustem à organização do poder²¹.

Se há uma parte de direitos com um viés democratizador, socializador, horizontal, progressista, não há que se preservar a outra parte da Constituição de modo vertical, elitista, contra majoritária, ou seja, fechada socialmente.

¹⁸GRIFFIN, Stephen. Understanding Informal constitutional change. Balkinization, 04 de out. de 2015 [on line]. Disponível em < <http://balkin.blogspot.com.br/2015/10/understanding-informal-constitutional.html>>. Acesso em 04 de out. de 2015.

¹⁹KLARE, Karl. Legal culture and transformative constitutionalism. S. Afr. J. on Hum. Rts, Vol. 14 1998, p.146-188. Disponível em <[https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do? &operation=go&searchType=0lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0258-7203](https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0258-7203)>. Acesso em 24 de set. de 2013.

²⁰GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores, 2015, p. 116-117.

²¹GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo democrático: la sala de máquina de la Constitución. Canal Política y Sociedad, 30 de jul. 2015. Disponível em <<https://youtu.be/zHCMHQdbEuQ>>. Acesso em 15 de ago. 2015.

Se houve a permissão dos grupos minoritários, excluídos de fazer parte da Constituição na área dos direitos, não há motivos de lhes negar o ingresso na sala de máquinas da constituição, caso contrário teríamos uma carta esquizofrênica ou com duas almas²².

A parte relacionada aos poderes acaba colocando obstáculos na parte relacionada aos direitos. Se o desejo é democratizar e assegurar uma constituição participativa, a pergunta que se faz é: devemos romper com a concentração de poder? Se a resposta for negativa, pode-se ainda arguir: qual o seu compromisso constitucional com a democratização do poder ou com a concentração de poder?

As autoridades são divididas para evitar concentrações excessivas de mando, mas é possível conceber esta divisão de trabalho permitindo uma distribuição mais eficiente de organização institucional, o que acabaria por possibilitar que os textos constitucionais possam sobreviver a circunstâncias imediatas a sua criação e assumir uma vida própria, operando de maneira inesperada²³.

Tushnet²⁴ nos informa que o paradigma do pós-guerra, insistindo nesta revisão, acaba por rejeitar a supremacia parlamentar, uma vez que concentra sua força de mudanças democráticas nas cortes constitucionais.

Dentro de todo este debate sobre uma concepção adequada de constitucionalismo, tem-se a necessária retomada e (re)conciliação entre o direito constitucional e a política, com uma atenção especial para a cogitação que ora se desenvolve para o papel que possa ter o desenho institucional em nome do sucesso da carta fundamental.

2 Do Constitucionalismo Político ao Constitucionalismo Jurídico

As funções do Estado no constitucionalismo clássico podem ser percebidas através do modelo constitucional americano, que inovaria, não apenas com uma revisão analítica dos órgãos detentores do poder, mas nas definições da natureza das funções afetadas, especificando as suas respectivas atribuições.

Esta abertura permite não só a limitação do poder, mas também a distribuição entre distintos órgãos, onde encontrará lugar uma rede de controle recíproco entre os complexos orgânicos então instituídos²⁵. Neste sistema, cada organismo desempenha suas

²²Op. Cit..

²³BROWN, Nathan J. *Constitutions in a nonconstitutional world: arabic basic laws and the prospects for accountable government*. Albany: State University of New Press, 2002, p. 100.

²⁴TUSHNET Mark. *The Inevitable Globalization of Constitutional Law* (December 18, 2008). Hague Institute for the Internationalization of Law; Harvard Public Law Working Paper No. 09-06, p.1.

BROWN, Nathan J. *Constitutions in a nonconstitutional world: arabic basic laws and the prospects for accountable government*. Albany: State University of New Press, 2002, p. 100.

²⁵TUSHNET Mark. *The Inevitable Globalization of Constitutional Law* (December 18, 2008). Hague Institute for the Internationalization of Law; Harvard Public Law Working Paper No. 09-06, p.1.

funções, que consistem em dar àqueles que administram cada departamento os meios constitucionais necessários e os motivos para não interferência no exercício de suas atuações²⁶.

Com o avanço dos direitos humanos a partir da pós-guerra, cunha-se o termo constitucionalismo jurídico, que passou a ser utilizado a partir da supremacia dos direitos humanos. Possui uma dupla caracterização, tanto estatal constitucionalizada, como extra-estatal globalizada, e se perfaz em direitos fundamentais.

Possibilitou a releitura do princípio da tripartição de poderes, com o intuito de permitir o desenvolvimento de novos tipos de funções constitucionais²⁷, dirigidos a uma realização direta, eficaz e legítima destes direitos e da democracia, que vieram ampliar a participação da sociedade no exercício do poder do Estado.

Rompia-se, desse modo, um paradigma, segundo o qual todas as atribuições deveriam estar ao redor da lei e sempre contidas em algum dos complexos orgânicos tradicionais²⁸ - Executivo, Legislativo e Judiciário, para uma dimensão global do direito através de uma avançada ordem, com proteção da pessoa humana e com a afirmação da democracia.

A separação dos poderes pode contribuir de várias maneiras diferentes para atingir a meta constitucional definitiva da boa governança. Um desenho estatal promissor tende a criar instituições constitucionais que têm uma relação de auto reforço com as pré-existentes organizações sociais e políticas da sociedade o que permite conectar a dimensão institucional e social.

O erigir da Constituição se dá nas dimensões liberal e social ou democrática, estando interligadas e condicionando-se mutuamente. O significado da carta não se esgota na regulação de procedimentos de decisão e de governo, nem tem a pretensão de criar uma integração alheia a qualquer conflito. Nenhuma destas funções pode ser entendida de forma isolada ou absolutizada²⁹, porque encontram fundamento também na ideia de eficiência institucional.

Esta concepção é completamente vazia, salvo se for vinculada a fins mais substanciais³⁰, o que propõe Ackerman³¹ ao indagar sobre as concepções de legitimidade: sepa-

²⁶GARDNER, James A. Democracy without a net? Separation of powers and ideia of self-sustaining constitutional contra democratic behavior. *St. John's Law Review*, Vol.79, p.293-317, March 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=599982>>. Acesso em: 14 de jun. de 2013.

²⁷MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 78.

²⁸Op. cit, p. 79.

²⁹BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista, Cultura e Política*, nº 61, 2004, p.10.

³⁰ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos poderes. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.

³¹Não se pretende, fazer um aprofundamento dos ideais apresentados por Ackerman, que se constituem na proposta de explorar o potencial da separação dos poderes a partir da proposta do "parlamentarismo limitado". Para maiores informações, consulte: ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos poderes. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ração de poder em nome de quê? Em um primeiro momento, persegue-se o protótipo de democracia, servindo ou impedindo o projeto populista de autogoverno; o segundo ideal é a competência constitucional, as leis democráticas permanecem no plano puramente simbólico, a menos que os tribunais e as burocracias possam implementá-las de um modo relativamente imparcial; o terceiro constitui-se pela proteção e ampliação dos direitos fundamentais.

A engenharia constitucional, para Ackerman, deve ser combinada com a sensibilidade cultural e realismo econômico que culminam com o enfrentamento dos três grandes desafios da modernidade: tornar o ideal da soberania popular uma realidade possível no governo moderno, remir o ideal de perícia burocrática e integridade em uma base contínua e tutelar direitos liberais fundamentais, garantindo recursos básicos de autodesenvolvimento a toda e cada cidadão.

Partindo da análise de uma concepção meramente individual das construções do constitucionalismo, os modelos foram aperfeiçoados para compreender as novas idealizações exigidas pela mutação social. Neste viés, uma visão particular pode acarretar problemas, que acabam por transferir de forma isolada a efetividade dos fins à submissão de controle por apenas um órgão.

Para Bercovici³², torna-se corrente a tentativa de rever os fundamentos da legitimidade liberal democrática, reforçando a normatividade dos direitos, sob a perspectiva do homem como indivíduo e entendendo a carta e a democracia como estruturas processuais.

O transtorno que se apresenta é a ausência cada vez mais de espaços democráticos como justificadores de legitimidade, que levam em conta apenas o seu aspecto normativo, e não político: um simples procedimento de escolhas dos governantes. Assim, o elemento “clarificador” do horizonte será a constituição.

O constitucionalismo político estaria vinculado a uma estrutura meramente processual, ou seja, institucional. Está ligada à ideia de legitimação pelo procedimento - eleições, processo legislativo, processo judicial - dotado de força vinculativa, possibilitando uma maior aceitação por aqueles que serão atingidos, independentemente de estarem ou não satisfeitos, generalizando o reconhecimento das decisões.

Esta teoria entende que a carta é um mero instrumento do governo, definidor de competência. Com a imposição destes procedimentos para as forças políticas, consegue-se evitar a relativização das normas, devendo ter um caráter de con-

³²Op. Cit, p. 14.

tinuidade, não sendo uma ordem para o futuro, mas consistente com uma carta mais equilibrada³³.

A versão do constitucionalismo jurídico pretendia, em última análise, empreender a correção ou aperfeiçoamento do político. Mesmo que se tenham mecanismos destinados a empreender a constrição do poder, este poderá até estar limitado, mas não necessariamente orientado à concretização da justiça. Isso porque funcionaria como cláusulas adicionais da constrição do poder, não sendo somente um modo de exercício, mas o objetivo que se persegue quanto ao seu desempenho. Foi uma forma desenhada para proteger as minorias da tirania das maiorias³⁴.

A doutrina constitucional conseguiu criar todo um aparato técnico no domínio do estritamente jurídico, ao custo de renunciar os componentes políticos, que foram reduzidos ao poder constituinte. A jurisdição constitucional alcançou um grau de responsabilidade, tornando-se a garantidora da correta aplicação da normatividade do sistema³⁵.

Para Bercovici, os teóricos denominados “neoconstitucionalistas” acabam por contradizer-se, pois terminam por renovar o positivismo jurídico ao propor a constituição jurisprudencial, com o tribunal constitucional se assenhorando da carta fundamental e até sendo considerado o seu guardião.

Este apossamento sob os demais poderes e a pretensão de ser o “cume da democracia”, da qual disporia pela sua competência para decidir em última instância, transformá-lo-iam em substituto do poder constituinte soberano. O direito constitucional não é monopólio do poder judiciário, estando em conjunto com a interpretação constitucional e é fruto de uma ação coordenada entre os demais poderes políticos.

Segundo Atienza³⁶, esta concepção possui vantagens e inconvenientes, pois se trata de um sistema jurídico que leva a sério os direitos fundamentais e os valores da democracia, mas por outro lado, supõe também um direito mais indeterminado e incerto, o qual pode pôr em risco um valor moral tão fundamental como o da autonomia pessoal. Se ele não sabe com certa precisão a quem ater-se, quais podem ser as consequências jurídicas de sua conduta? Ademais, o excessivo poder

³³BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. Lua Nova: Revista, Cultura e Política, nº 61, 2004, p. 16.

³⁴FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. Texas Law Review, Vol. 84, Número 2, 2005, p. 309.

³⁵Op. cit, p. 19.

³⁶ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización e derecho. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Coord.). El Canon neoconstitucional. Madri: Trotta, 2010, p. 266.

pode significar uma ameaça para a democracia, pois os senhores dos direitos não são mais os legisladores, os representantes da vontade popular.

O “neoconstitucionalismo” comporta elementos que englobam a perspectiva política e jurídica, pois dentro destes conceitos se tem percebido um tipo de Estado constitucional de Direito com alto conteúdo ideológico, na medida que adota o modelo axiológico de constituição como norma diretamente aplicável no lugar de ser meramente uma “regra”³⁷.

Este modelo permitiu uma reviravolta no modelo institucional, assim como na forma de organização política. Para Jaramillo³⁸, possui características identificadoras, como força normativa e um catálogo amplo de direitos fundamentais e sociais, em alguns casos se criando instituições encarregadas de fiscalizar as leis com adequação à norma superior e, fundamentalmente, de promover a realização dos direitos.

Outros atributos estão relacionados com a interpretação e aplicação do direito, o papel do juiz constitucional e a criação e desenvolvimento da norma, a legitimidade da justiça, na relação entre direito e sociedade, o caráter vinculante dos princípios, os processos de constitucionalização e seu correto efeito de irradiação dos direitos fundamentais na estrutura do direito ordinário, assim como a consideração da fundamentalidade dos direitos sociais.

Esta transformação formal para a material tem o intuito de implementar e elevar os princípios e valores que comportem tais garantias, condizentes com a mudança deste modelo por meio de um sistema político muito mais complexo que seu antecessor. Assim sendo, ao invés de impor limites ao legislador a respeito dos mecanismos para criar e reformar a carta constitucional, estas ampliam o alto grau de exigências de todos os poderes públicos para promover o desenvolvimento das determinações constitucionais³⁹.

Como norma diretamente aplicável e não só como norma que regula a criação e aplicação das normas inferiores, a novidade teórica para sua concretização requer mecanismos eficazes, criados para assegurar a realização social dos postulados e das garantias constitucionais⁴⁰.

E para o novo movimento constitucional, cujos aspectos mais importantes são

³⁶JARAMILLO, Leonardo Garcia. Los argumentos del neoconstitucionalismo: La Constitución y su recepción. In: CARBONELL, MIGUEL; JARAMILLO, Leonardo Garcia (Coord.). El Canon neoconstitucional. Colômbia: Trotta, 2010, p. 214.

³⁷Op. cit, p. 214.

³⁹Idem, p. 223.

⁴⁰Idem, p. 223.

os princípios, representados pelos direitos fundamentais, é considerável que ao interpretar as normas, de modos distintos, adquira particular interesse na teoria política como ferramenta que se adote para interpretação dessas normas. A menor vinculação democrática, entendida como a maioria do tribunal constitucional, se deve contrapor não na vinculação das maiorias eleitorais, mas na vinculação com a constituição política⁴¹.

O constitucionalismo que se quer alcançar, transformador⁴², não está em um aspecto pontual, se não na conjugação destas dimensões política e jurídica que são complementares e que somente funcionarão se caminharem juntas.

3 Constitucionalismo Político e Jurídico: Construindo a efetivação que opera em favor da democracia pela via do desenho institucional

O desenho estrutural de cada um dos braços formais do poder se apresenta como justificativa de um modelo que concentra poder e que invoca ainda as lições de Montesquieu, especialmente tendo em conta as substantivas modificações que estas funções vieram a passar ao longo dos muitos séculos que nos “separam da construção do Barão de Bréde⁴³”.

O objetivo das abordagens realizadas neste item não é oferecer uma teoria alternativa, mas apontar um leque de possibilidades através da conexão entre os constitucionalismos.

Em sociedades em crise, constitui-se de vital importância um desenho institucional eficaz para apoiar o desenvolvimento do novo Estado e, para que haja instituições responsáveis e transparentes, é necessário, portanto, que exista uma supervisão horizontal, além da vertical⁴⁴. Já nos alertava Graber⁴⁵ que o Tribunal de Justiça está comprometido com a democracia social.

Isso se torna indispensável porque, em muitos casos, não existem suficientes

⁴¹JARAMILLO, Leonardo Garcia. Los argumentos del neoconstitucionalismo constitución surecepción. In: CARBONELL, MIGUEL; JARAMILLO, Leonardo Garcia (Coord.). El Canon neoconstitucional. Colômbia: Trotta, 2010, p. 206-244, p. 242. Espera-se, nesta concepção, que o constitucionalismo transformador seja alavanca de inclusão social tendo em vista que o direito por si só não possui capacidade de intervenção e de mudança da sociedade. Não se nega o papel preponderante exercido pela jurisdição, que deve ser impulsionador pela via da arena argumentativa.

⁴²VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord). Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.17. Carolan apontou que o modelo preconizado por Montesquieu, de uma hermética divisão de funções era impraticável, mesmo no cenário da Convenção da Filadélfia. (CAROLAN, Eoin. The new separation of powers: a theory for the modern state. Oxford University Press, 2009, p. 54.). E esta perspectiva denunciou que alguns níveis de cooperação e coordenação entre os poderes se revelou essencial a que o Estado pudesse atuar de forma minimamente coerente. (VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord). Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.17).

⁴³Este documento é o resultado da compilação de ideias que foram centralizadas a partir do evento denominado “Mesa Redonda Internacional sobre a democracia, paz e segurança: o rol das Nações Unidas” que foi organizada de forma conjunta pelo IDEA Internacional, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, pelo Departamento de Assuntos Políticos e pelo Departamento de Operações de Manutenção da Paz das Nações Unidas. (TOMMASOLI, Massimo (Ed.). Democracia, paz y seguridad: el rol de las Naciones Unidas. Documento de Políticas, 2010, p. 25.).

⁴⁴GRABER, Mark A. Constitutional theory for people out power. The Good Society, Vol. 11, nº 1, 2202, p.89.

controles nacionais, tendo em vista a opção de implementar mecanismos de supervisão aos atores não estatais e às instituições tradicionais, que também devem receber apoio para que possam desempenhar um papel da supervisão e da prestação de serviços⁴⁶.

Segundo Tommasoli⁴⁷, o desenho deve abordar o ponto de vista local e político e este enfoque pode ser denominado como dialógico.

O caso *Soobramoney vs. Minister of Health*, julgado pela Corte sul-africana em 1997, representou esta resposta, também denominada por construtivismo judicial⁴⁸. Esta relevante e criativa experiência reside na opção de política judiciária que opera a partir da lógica de construção por agregação, dos critérios de justiciabilidade dos direitos sócio-econômicos de modo a evitar o voluntarismo ou a microjustiça, em detrimento do projeto constitucional de promoção da inclusão social⁴⁹.

Para Valle e Hungria⁵⁰, o exercício hermenêutico tem por objeto não analisar um preceito constitucional em si, mas um sistema constitucional como um todo e dentro destas condições a tarefa da Corte é de ampliar e aprofundar a reflexão a respeito dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional.

O caso *Soobramoney* foi o primeiro em matéria de justiciabilidade dos direitos sócio-econômicos. O caráter paradigmático do caso repousou no fato de, em primeiro lugar, levantar a possibilidade de justiciabilidade dos direitos sociais positivos, ainda que sujeita à implementação gradual, o que trouxe de imediato o dever do Estado de desenvolver medidas no sentido de sua efetivação, rejeitando um suposto caráter programático; o segundo aspecto é aquele da deferência da Corte para com os critérios estabelecidos pelo órgão competente, ainda que expressando alguma espécie de seletividade, alinhando-se a uma matriz de controle que tem por objetivo a fundamentação da escolha administrativa e sua aptidão para estabelecer um adequado padrão de prioridades⁵¹.

Outro famoso caso, envolvendo a Corte sul-africana, foi o *Government of the*

⁴⁶GRABER, Mark A. Constitutional theory for people out power. *The Good Society*, Vol. 11, nº 1, 2202, p.89-90.

⁴⁷TOMMASOLI, Massimo (Ed.). *Democracia, paz y seguridad: el rol de las Naciones Unidas*. Documento de Políticas, 2010, p. 26.

⁴⁸VALLE, Vanice Regina Lírio do; HUNGRIA, Ana Luiza Hadju. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 4, julho-dezembro de 2012, p. 230.

⁴⁹Op. cit, p. 231.

⁵⁰Idem, p. 232.

⁵¹VALLE, Vanice Regina Lírio do; HUNGRIA, Ana Luiza Hadju. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 4, julho-dezembro de 2012, p. 225-231.

*Republic of South Africa vs Grootboom*⁵² e, mais uma vez, a Corte, mesmo condenando os outros poderes por violações ao direito socio-econômico, guarda a deferência devida à expertise e à legitimidade democrática dos outros ramos institucionais. Em termos gerais, deixa por conta do executivo e legislativo o planejamento para remediar a violação.

Outra evolução para esta abordagem foi desenvolvida pela Corte Constitucional Colombiana, a partir do desenvolvimento das “sentenças estruturantes”⁵³ proclamadas pelo “estado de coisas inconstitucional”, que teve a finalidade de superar uma violação massiva dos direitos fundamentais, causada por um bloqueio institucional significativo e que deve ser superado com o envolvimento de vários agentes institucionais e sociais⁵⁴.

Segundo Valle, esta proclamação permitiu que a Corte Constitucional experimentasse uma competência de fiscalização, a partir do fornecimento de injunções estruturais que foi seguido por uma fase dialógica, na qual os resultados das medidas iniciais propostas seriam comunicados com o fim de superar o bloqueio institucional e promover o acompanhamento de perto das medidas de aplicação que se dará através do tempo. O monitoramento, que envolve tanto as instituições como a sociedade civil, é considerado uma característica chave, tendo em vista que a decisão afetado o território.

Estes exemplos destacam a importância de um instrumento potencialmente importante para o cumprimento e efetivação, principalmente dos direitos humanos e sociais, uma vez que depende necessariamente do contexto político.

Souza Santos⁵⁵ já advertia que a compreensão do mundo é muito mais ampla que a “percepção ocidental” do desenho institucional e isto significa que as transformações progressistas podem ocorrer por caminhos não previstos pelo pensamento do ocidente. A diversidade do mundo é infinita, incluindo muitos modos de ser, pensar, sentir,

⁵¹G VALLE, Vanice Regina Lírio do; HUNGRIA, Ana Luiza Hadju. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 4, julho-dezembro de 2012, p. 225-231.

⁵²LANDAU, David. Instituciones políticas y función judicial em derecho constitucional comparado. *Revista de Economía Institucional*, Vol. 13, Nº 24, primeiro semestre/2011, p.13-83.

⁵³Para um refinamento conteudístico, GOUVÊA, Carina Barbosa. O direito fundamental à saúde, um olhar para além do reconhecimento: construindo à efetividade que opera em favor da democracia e do desenho institucional. Brasília: Gomes & Oliveira, 2015.

⁵⁴VALLE, Vanice Regina Lírio do. An Unconstitutional State of Affairs in the Brazilian Prison System. *Blog of the International Journal of Constitutional Law and Constitutionmaking (ICONnect)*, 25 de set. 2015. Disponível em: < <http://www.iconnectblog.com/2015/09/an-unconstitutional-state-of-affairs-in-the-brazilian-prison-system/> >. Acesso em 25 de set. de 2015.

⁵⁵SOUZA SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas de una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho constituição Sociedad; Programa Democracia constituição Transformación Global, 2010, p. 20.

de conceber o tempo, a relação entre os seres e entre os humanos, de ver o passado, o futuro, de organizar a coletivamente a vida, a produção de bens, de serviços⁵⁶.

Esta imensidade de alternativas de vida, de convivência, interação, construção com o mundo acaba em grande medida desperdiçada, porque as teorias e conceitos desenvolvidos não identificam tais alternativas e, quando o fazem, não a valorizam a ponto de construir soluções válidas para uma sociedade melhor. As respostas universalistas tendem a suprir as reais necessidades, generalizando condições que são particulares.

Esta construção, para o autor, acaba sendo tão hegemônica quanto arbitrária, haja visto que converte a realidade sociológica, política e cultural em um desvio inevitável, que deve ser mantido dentro dos limites do politicamente tolerável. Nesse sentido, quanto mais grave ou ameaçador seja considerado o desvio e quanto mais exigente seja o critério da tolerabilidade política, mais autoritária e excludente será a democracia liberal⁵⁷.

O constitucionalismo necessariamente precisa romper com esta lógica estática. O assim denominado “constitucionalismo plurinacional” é recontextualizado para reconhecer a existência de comunidades, povos, nações e nacionalidades, para além do território nacional e passar a ser o marco geoespacial de unidade e integridade que organizará as relações, seguindo os princípios constitucionais da unidade na diversidade e da integridade, com reconhecimento de autonomias assimétricas. Ou seja, um modelo constitucional dinâmico, com foco na garantia dos direitos e efetivação da justiça.

A maneira como a democracia constitucional foi concebida, seja no constitucionalismo clássico e jurídico, conduz ao provimento de seu sentido como uma “lei superior”, mantida pelos Tribunais Constitucionais⁵⁸. Há ainda alguns estudiosos⁵⁹ que questionam a legitimidade destas decisões, uma vez que nem o tribunal pratica o ideal deliberativo.

Friedman⁶⁰ argumenta que há, sem dúvida, agenda para conformar o esforço de elaborar uma resposta em conjunto, tendo em vista que o projeto é colegiado

⁵⁶Op.Cit, p.41.

⁵⁷Idem, p. 93.

⁵⁸BELLAMY, RICHARD. Constitutionalism and Democracy. *Internacional Library of Essays in Law Theor Second Series*, 2006, p. 11-68. Disponível em< http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1571492>. Acesso em 08 de jun. de 2013.

⁵⁹Ver, por exemplo, EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. SAGE, 1997, que discute as decisões estratégicas para fazer justiça as preferências dos colegas; MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F.; WAHLBECK, Paul J. *Crafting law on the Supreme Court: The collegial game*. Cambridge University Press, 2000; LAX, Jeffrey R.; CAMERON, Charles M. *Beyond the Median Voter: Bargaining and Law in the Supreme Court*. Typescript Columbia University, 2005, p. 1-23.

⁶⁰FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. *Texas Law Review*, Vol. 84, Número 2, 2005, p. 257-337.

e será a experiência que promoverá o seu aperfeiçoamento, alguns mais táticos, outros mais objetivos. A decisão plural conforma o exercício da persuasão, que possui viés democrático.

As demandas referentes aos direitos sociais e humanos acabaram por assumir uma grandiosa importância, principalmente na centralidade do poder judiciário. A partir da década de 80, os tribunais constitucionais foram considerados protagonistas, especialmente como aqueles capazes de proporcionar um espaço de debate político para os atores da sociedade civil⁶¹. Este papel é refutado por Klare⁶², já que para ele não existe “adjudicação transformadora”, porque acaba sugerindo aos juízes a realizar projetos políticos.

Uma crítica de Gargarella⁶³ é de que quanto mais se incorpora direitos sociais e humanos, mais poder se dá aos juízes, ou seja, se incorpora novos direitos e não se modifica a estrutura de poder⁶⁴. E quem deve ter a última palavra do significado constitucional?

Já nos alertava Kramer⁶⁵ sobre a existência de um mundo de diferença entre se ter a última e ter a única palavra. A soberania judiciária se configura quando se nega a participação de outras autoridades democráticas, rejeitando inclusive as políticas existentes, levando a outros problemas decorrentes: a deterioração da autoridade do povo e possível promoção de um esvaziamento da política.

Para Ross⁶⁶, o constitucionalismo jurídico é uma forma relativamente ineficiente de atualizar o sentido da constituição: há um crescente distanciamento das pessoas e das realidades sociais que incidem; a crescente ineficácia da substituição judicial como um mecanismo para garantir a capacidade na coalizão de governo e das pessoas que representa; falta de oportunidade para a promoção do diálogo entre as pessoas e o tribunal pela via do litígio.

O judiciário não está sozinho e é parte de um sistema de três ramos, muitas vezes descritos como separados, mas que foram deliberadamente concebidos para que o poder fiscalizasse o poder⁶⁷. E é por esta razão que a doutrina, pelo menos

⁶¹VIEIRA, Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de Coisas for a do lugar (?). Jota, 05 de out.de 2015. Disponível em< <http://jota.info/estado-de-coisas-fora-lugar>>. Acesso em 05 de out.de 2015.

⁶²KLARE, Karl. Legal culture and transformative constitutionalism. S. Afr. J. on Hum. Rts, Vol. 14 1998, p.146-188. Disponível em <<https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do? &operation=go&searchType=0 &lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0258-7203>>. Acesso em 24 de set.de 2013.

⁶³GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo democrático: la sala de máquina de la Constitución. Política y Sociedad, 30 de jul. 2015.[online]. Disponível em <<https://youtu.be/zHcMHQdbEuQ>>. Acesso em 15 de ago. 2015.

⁶⁴Op. cit.

⁶⁵KRAMER, Larry. The supreme court foreword: we the court. Harvard Law Review, Vol.115, 2001, p. 13.

⁶⁶ROSS, Bertrall L. Embracing administrative constitutionalism. Boston University law, Vol. 95, 2015, p. 519-585.

⁶⁷FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. Texas Law Review, Vol. 84, Número 2, 2005, p. 308.

em teoria, concorda que quando os juízes atuam, pelo menos deveriam fazê-lo ciente dos outros ramos. Para Fallon⁶⁸, esta razão decorre da natureza multifacetada dos tribunais que está dentro de um projeto compartilhado de implementação constitucional.

Não há que se discutir que a interpretação constitucional passa por um processo coordenado entre os poderes estatais e os diversos seguimentos da sociedade civil organizada, constituindo um processo contínuo, ininterrupto e cada um deve contribuir com suas capacidades específicas no embate discursivo.

O constitucionalismo moderno, segundo Barber⁶⁹, requer muito mais que a aplicação da lei para as instituições do Estado - deve ser capaz de avançar a aprendizagem através de suas capacidades. Exige um conjunto de instituições que interagem no âmbito construtivo, que sejam capazes de constituir um governo forte. Significa dizer que aqueles que operam em seu interior devem considerar o impacto de suas decisões sobre o todo, pois decorre daí a sua eficácia.

O que nos convida a refletir sobre o desenvolvimento dos direitos e a rememoração aos processos democráticos. Operam-se, nesta acepção, uma série de propostas que não têm pretensão de servir como base para uma discussão do propósito de qual pode ser o papel do direito na perspectiva do constitucionalismo político e jurídico, mas de estabelecer um posicionamento crítico, enunciando alguns dos problemas que o desenho institucional não enfrenta.

Estas construções demonstram o peso deste debate que acaba redesenhando a questão da separação dos poderes e, principalmente, do papel exercido pelo poder judiciário.

Se o direito constitucional é um produto inevitável do compromisso, deve-se pensar em um modelo estrutural que incorpore os direitos humanos e sociais e, para isso, a concentração do poder deve modificar-se com o objetivo de efetivar estes direitos. Como Fallon⁷⁰ nos lembra, com tanta força, o compromisso está sujeito a implementação.

E para isso, é preciso conscientizar-se que o passado dialoga com o presente. O constitucionalismo político interage com o jurídico, uma vez que, diante da introdução de uma reforma constitucional, esta não se insere no vazio - uma declaração que descreve um ideal tem por objetivo introduzir este padrão para

⁶⁸FALLON, Jr. Richard H. Legitimacy and the constitution. *Harvard Law Review*, v. 118, Nº 06, 2005, p. 1787-1853.

⁶⁹BARBER, Nicholas W. Constitutionalism: negative and positive. *Oxford Legal Studies Research*, n. 7/2015, p. 5.

⁷⁰FALLON, Jr. Richard H. Legitimacy and the constitution. *Harvard Law Review*, v. 118, Nº 06, 2005, p. 1787-1853.

o viver constitucional⁷¹. Uma reforma imediatamente se conecta com o desenho institucional. O problema mais grave é não se dar conta da influência cruzada de uma seção sobre a outra.

Restam evidentes as dificuldades enfrentadas pelo constitucionalismo político e jurídico e a busca de um caminho do meio. As constituições formam o corpo político do Estado e há uma necessidade urgente de se abordar o papel constitucional da política democrática, a fim de ver, por exemplo, como não é a separação dos poderes, mas sim a alternância entre eles que fortalece a melhor defesa dos nossos direitos e, de fato, o que é um direito fundamental dos cidadãos de serem tratados como iguais, com abertura de suas reivindicações no quadro democrático, visando poder controlar a constituição permanente e suas políticas⁷².

Permitir que este equilíbrio seja feito apenas por um poder pode resultar em consequências desastrosas, pois se a oposição não pode ser expressa através de canais políticos regulares, estar-se-á tentado a empregar métodos irracionais, podendo até mesmo gerar uma situação de insurgência.

Segundo Bellamy⁷³, as constituições do pós-guerra não devem ser vistas como restrições impostas sobre a democracia, mas como os limites necessários a esta para seu exercício. Isso leva a uma reanálise sobre o fato de uma carta utilizar, como signo, o princípio da igualdade, onde as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cujas estrutura, composição e práticas estejam sujeitas à revisão judicial, baseada em direitos. Se sujeita a uma forma “mecânica” ou “estatística” de democracia majoritária, pois cada tipo de democracia deve ser medida pelos “resultados” que produz na promoção dos direitos fundamentais.

Os arranjos políticos das democracias mais estáveis do mundo, assim dito por Bellamy⁷⁴, variam consideravelmente, possuindo diferentes sistemas eleitorais, formas de avaliação judicial, tipos diferentes de administração governamental. Portanto, ao atribuir uma fundamentação para proteger um dispositivo de representação que modela as ideias intuitivas básicas da tradição democrática liberal e levá-lo a algum grau de equilíbrio reflexivo, corre-se o risco de produzir um resumo racionalista e limitado, que não faz jus à verdadeira complexidade da democracia.

⁷¹GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo democrático: la sala de máquina de la Constitución. Canal Política y Sociedad, 30 de jul. 2015. Disponível em <<https://youtu.be/zHCMHQdbEuQ>>. Acesso em 15 de ago. 2015.

⁷²BELLAMY, RICHARD. Constitutionalism and Democracy. Internacional Library of Essays in Law Theor Second Series, 2006, p. 11-68. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1571492>. Acesso em 08 de jun. de 2013.

⁷³Op. cit

⁷⁴Idem.

A leitura de democracia tem a ver com ideias de inclusão e discussão pública. Uma decisão democrática é produto da reflexão coletiva de todos os potenciais afetados por esta decisão. Se for realizada somente pelos representantes ou pela via jurisdicional, temos um modo limitado do pensamento democrático - qualquer convocatória pública, coletiva, se não está rodeada de garantias de discussão inclusiva, é inócua⁷⁵.

A constituição democrática pensa em reforma promissora e que deveria investir, de forma especial, na democratização social e na democratização de todos os âmbitos: econômico, político, jurídico e constitucional. E isso quer dizer, levar a sério estas promessas que vamos fazendo há cerca de oitenta anos em matéria de direitos. E isso exige fazer uma reflexão sobre de que modo pensamos a democracia⁷⁶.

O foco dedicado pela teoria constitucional contemporânea está voltado para aquilo que Griffin⁷⁷ denomina de “democracia dos direitos” e esta é uma preocupação que se tem desenvolvido ao longo das últimas décadas, o amparo dos direitos fundamentais está conectado com todos os ramos do governo, não apenas com o judiciário.

Gargarella⁷⁸ já enunciava um elemento de suma importância à necessária correspondência entre o desenho institucional, apto a dar conta do projeto/concepção da constituição, com os essenciais pressupostos filosóficos, os quais conduzem imediatamente a adoção de instituições de certos tipos. Dessa maneira, é possível esperar que quanto mais confiança se tenha na capacidade dos indivíduos para escolher seu plano de vida, mais espaço terão os direitos fundamentais, e menos as políticas de imposição.

Entre os vários tipos de estruturas constitucionais, espera-se legitimidade para inovar e modelar práticas institucionais adequadas para o desenvolvimento de uma cultura democrática⁷⁹. E com base neste fundamento, um “juiz consciente” opera dentro de um grau de discernimento que é capaz de aceitar qualquer

⁷⁵GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo democrático: la sala de máquina de la Constitución. Política y Sociedad, 30 de jul. 2015. [online]. Disponível em <<https://youtu.be/zHCMHQdbEuQ>>. Acesso em 15 de ago. 2015.

⁷⁶Op. cit

⁷⁷GRIFFIN, Stephen M. Constitutional theory as I found it. The Good Society, Vol. 13, Nº 2, 2004, p. 27.

⁷⁸GARGARELLA, Roberto; CHRISTIAN, Courtis. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas interrogantes. CEPAL Série Políticas Sociales, Nº 153, Noviembre de 2009, p.17. Disponível em <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6162/S0900774_es.pdf?sequence=1>. Acesso em 03 de jun. de 2013.

⁷⁹KLARE, Karl. Legal culture and transformative constitutionalism. S. Afr. J. on Hum. Rts, Vol. 14 1998, p.146. Disponível em <<https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do? &operation=go&searchType=0 &lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0258-7203>>. Acesso em 24 de set.de 2013.

restrição para alcançar a liberdade e a justiça social. Klare⁸⁰ já anunciava que a consciência representa um instrumento comprometido com a transformação social e com a reconstrução, uma vez que rejeita a afirmação de que a comunidade política estaria fundada em um único momento.

É a assunção do papel construtivista no que toca à potencialização de um ambiente democrático e persuasivo de desenho de políticas públicas, com a exigência do engajamento prévio na busca de soluções consensuais e a valorização do potencial democrático da instauração do conflito em matéria, principalmente de direitos sócio-econômicos pelo seu potencial de autotutela dos programas de ação estatal⁸¹.

Para Valle e Hungria, está a se cogitar uma democracia alargada, que tem como condição de legitimidade para sua atuação uma ampliação do debate que antecede a formulação das escolhas públicas. As instituições políticas e jurídicas são escolhidas, uma vez que a democracia se reinventa periodicamente e a carta é o contingente que é fruto da ação humana.

A separação dos poderes envolve não só presidentes e parlamentos, mas também a posição constitucional de tribunais e das agências administrativas⁸². Os direitos se realizam pelo braço institucional do funcionamento do poder e, caso não haja esta conexão, pode gerar um artificialismo na questão do que seja o constitucionalismo.

A atenção ao “constitucionalismo administrativo” é uma tendência natural dos caminhos do estudo das novas categorias que envolvem o constitucionalismo, com ênfase especial no constitucionalismo popular, da evolução histórica dos entendimentos constitucionais, bem como o papel que desempenha fora do texto constitucional pela via da experimentação⁸³.

O constitucionalismo administrativo, segundo Ross⁸⁴, se caracterizaria como um processo de soluções de questões envolvendo o sentido de normas jurídicas que circundam questões constitucionais mais profundas, contribuindo para o desenvolvimento do sentido constitucional. Facilita o processo de desenvolvimento

⁸⁰Op. cit

⁸¹VALLE, Vanice Regina Lírio do; HUNGRIA, Ana Luiza Hadju. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 4, julho-dezembro de 2012, p. 225-236.

⁸²ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.

⁸³METZGER, Gillian E. *Administrative constitutionalism*. *Texas Law Review*, Vol. 91, 2012, p. 1897-1935.

⁸⁴ROSS, Bertrall L. *Embracing administrative constitutionalism*. *Boston University law*, Vol. 95, 2015, p. 519-585.

e entrenchamento⁸⁵ da norma que é gradual e interativa⁸⁶, pelo qual as autoridades institucionais avançam através dos princípios e políticas fundamentais⁸⁷.

Estas abordagens foram suscitadas com o intuito de aproximar a prática experimentalista que é próprio da natureza administrativa com a Corte. Segundo Metzger⁸⁸ reflete a realidade uma vez que as questões constitucionais na maioria das vezes são ocorrências que derivam da vivência administrativa. A jurisdição deveria ter deferência para com estas práticas uma vez que sua estrutura não permite uma aproximação com o entorno social e este caminho se torna apto a promoção e adaptação do sentido constitucional em textos cambiantes. Constitui uma técnica e meio de atualização de sentidos com ações e interferências recíprocas.

É no âmbito da função administrativa que a dinâmica do experimentalismo tem mais espaço. E é uma técnica importante até para o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional. Uma vez que no plano da aplicação há opções políticas a serem exercidas e você pode conviver com múltiplas escolhas. Além disso, permite a comparação e a reconfiguração daquela escolha formulada nos critérios de aplicação.

Este olhar pragmático, mais perto do problema, traduzido da realidade que enriquece a decisão e por isso ele não pode, aprioristicamente ser desconsiderado. É um dos elementos que compõe a decisão, prévia a ela e a partir dela, uma vez que possui maior capacidade de efetivação.

A importância do constitucionalismo administrativo não é só um problema de separação de poderes como na lógica do departamentalismo. É um problema de aptidão institucional para dar resposta mais rápida as novas provocações que a sociedade apresenta. Diferentes instituições possuem diferentes capacidades para perceber a dinâmica constitucional. Além disso investe na criação de uma forma de resolução de problema que é próprio das democracias modernas eis que investe na responsabilidade coletiva das instituições democráticas que é essencial para a ideia de ordem constitucional.

Para o desenho institucional, o experimentalismo é capaz de creditar confiança, capacidade de aprendizagem e adaptação. Para Ross⁸⁹ é possível seguramente

⁸⁵Segundo a autor “entrenchamento” envolve a deliberação pública e a deliberação envolve várias instituições que cooperam em conjunto, bem como da proteção de sua autoridade. (DALAL, Anjali. Administrative constitutionalism and there entrenchmen tof surveillance culture. Social Science Research Network, 2013, p. 1-40. P.30. Disponível em < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2236502>. Acesso em abr. de 2015.).

⁸⁶Op. cit , p.33

⁸⁷METZGER, Gillian E. Administrativeconstitutionalism. Texas Law Review, Vol. 91, 2012, p. 1897-1935. p. 1899

⁸⁸Op. cit, p.1923.

⁸⁹ROSS, Bertrall L. Embracing administrative constitutionalism. Boston University law, Vol. 95, 2015, p. 519-585.

assumir que, pelo menos em alguns casos, as aplicações constitucionais vai exigir ajustes para os novos contextos sociais e tais adequações vai exigir a experimentação mesmo após o pronunciamento da corte.

A experimentação constitucional pode ser definida como a co-existência de vários atores participando do exercício persuasivo para definir o significado constitucional e o benefício para a democracia está inserido no fato de que as pessoas podem avaliar os custos substanciais e benefícios seja pela via do diálogo ou outro mecanismo institucional, que acabam refletindo a opinião pública e o compromisso político⁹⁰.

Esta prática possui também o intuito de promover o consenso ou quase consenso porque promove a mobilização social, principalmente em contextos de graves violações sociais.

Por óbvio que nada é imutável, segundo Moreira Neto⁹¹, mas é sempre útil pensar a respeito das categorias sistematizadas de novas funções especialmente voltadas à realização do valor justiça. Estas tendem a inovar, seja do ponto de vista teórico, proporcionando uma clareza para a compreensão científica dos complexos fenômenos envolvidos no braço estatal, seja no prático, que sobreleva a percepção sistêmica decorrente desta caracterização que inovam categorias de direitos fundamentais políticos, como os que definem garantias cidadãs multimodalmente alocadas à efetividade dos condicionantes e das limitações impostas ao poder estatal em suas expressões funcionais ativas, essenciais ao Estado Democrático de Direito⁹².

Considerações Finais

O problema central que o constitucionalismo moderno enfrenta é o de “se poder transformar numa aporia científica e numa ilusão político-constitucional, pelo fato de se assentar - e viver - de pressupostos que o Estado não pode garantir”⁹³. Nesta lógica, o delicado equilíbrio para a promoção de duas coisas: nem é a estabilidade constitucional absoluta, nem sua abertura desmedida.

⁹⁰DALAL, Anjali. Administrative constitutionalism and the entrenchment of surveillance culture. Social Science Research Network, 2013, p. 1-40. Disponível em < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2236502>. Acesso em abr. de 2015.

⁹¹MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81-95.

⁹²Op. cit, p. 92.

⁹³CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade e constitucional. Coimbra: Almedina, 2008, p. 28.

Os Estados que se assumem democráticos e pluralistas devem deixar um espaço para a política constitucional, principalmente em matéria de direitos fundamentais. Esta pode assentir muitos significados, como permitir a cada governo dar uma ou outra orientação em matéria de direitos fundamentais, assim podendo preferir ter a seu cargo a saúde pública ou a educação, enquanto outro pode considerar mais adequado delegar parte de suas funções a centros educativos, pois, dentro dos parâmetros que fixa a constituição, há espaços que a política constitucional pode ocupar de distintas formas⁹⁴.

E esta é a lógica do constitucionalismo a que se propõe o estado democrático, onde este não é o executor, o garantidor, o único responsável para prover todas as exigências multidimensionais, mas o esquema organizatório, através de uma perspectiva de partilhamento⁹⁵. Deixa a ideia de estatalidade absoluta para aliar as forças sociais, os poderes econômicos, o aparelho para o desenvolvimento das estratégias determinadas pela própria constituição.

Ao Estado-regulação caberá buscar equacionar as assimetrias de influência de forma articulada, como ferramenta de aprimoramento das políticas públicas, materializando igualmente o direito fundamental à boa administração. O constitucionalismo ainda manifesta muitas dificuldades de “responder aos desafios da materialização do direito”⁹⁶, pois a Constituição reclamou e reclama ser o estatuto jurídico do político, no entanto o político mostra-se rebelde a uma “normatização legalista”, porque soa impossível à norma alcançar várias práticas sociais.

Temos a oportunidade de refinar o pensamento a respeito de para que serve uma Constituição e para que serve uma democracia a partir dos caminhos que conectam o constitucionalismo político e jurídico para finalmente abrir a “sala de máquinas da constituição”.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.

ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización e derecho. In: CARBONELL,

⁹⁴ZAGREBELSKY, Gustavo. História constituição constitución. Madrid: Trotta, 2011, p. 15.

⁹⁵VALLE, Vanice Regina do. Notas de Aula - Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional/UNESA. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, 06 de junho de 2013.

⁹⁶Op. Cit, p. 28.

Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Coord.). *El Canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, p. 266.

BARBER, Nicholas W. *Constitutionalism: negative and positive*. Oxford Legal Studies Research, n. 7/2015, p. 5.

BARROSO, Luiz Roberto. *Especialista traça histórico do Direito Constitucional*. *Conjur*, 07 de mar. de 2009. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv>>. Acesso em 15 de abr. De 2014.

BELLAMY, RICHARD. *Constitutionalism and Democracy*. *Internacional Library of Essays in Law Theor Second Series*, 2006, p. 11-68. Disponível em< http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1571492>. Acesso em 08 de jun. de 2013.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: uma relação difícil*. *Lua Nova: Revista, Cultura e Política*, nº 61, 2004, p.10

BROWN, Nathan J. *Constitutions in a nonconstitutional world: arabic basic laws and the prospects for accountable government*. Albany: State University of New Press, 2002, p. 100.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 28.

CAROLAN, Eoin. *The new separation of powers: a theory for the modern state*. Oxford University Press, 2009, p. 54

DALAL, Anjali. *Administrative constitutionalism and the here-entrenchment of surveillance culture*. *Social Science Research Network*, 2013, p. 1-40. Disponível em < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2236502>. Acesso em abr. de 2015.

ELSTER, Jon. *Forces and mechanisms in the constitution-making process*. *Duke*

Law Journal, Vol. 45, 1995, p. 365.

FALLON, Jr. Richard H. Legitimacy and the constitution. *Harvard Law Review*, v. 118, Nº 06, 2005, p. 1787-1853.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, Vol. 84, Número 2, 2005, p. 309.

GARDNER, James A. Democracy without a net? Separation of power sand ideia of self-sustaining constitutional constraints on un democratic behavior. *St. John's Law Review*, Vol.79, p.293-317, March 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=599982>>. Acesso em: 14 de jun. de 2013.

GARGARELLA, Roberto. Quésón los derechos? *Canal Justicia*. Disponível em<<https://youtu.be/-x3CzQbQgYU>>. Acesso em 20 de mar. de 2015.

GOUVÊA, Carina Barbosa. *O direito fundamental à saúde, um olhar para além do reconhecimento: construindo à efetividade que opera em favor da democracia e do desenho institucional*. Brasília: Gomes & Oliveira, 2015.

GRIFFIN, Stephen. *Understanding Informal constitutional change. Balkinization, 04 de out. de 2015 [on line]*. Disponível em< <http://balkin.blogspot.com.br/2015/10/understanding-informal-constitutional.html>>. Acesso em 04 de out. de 2015.

HAMPSON, Fen Osler. *Can peace building work*. Cornell International Journal, volume 30, nº 3, Artigo 5,1997, p. 715.

HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. *International Journal Constitutional Law*, 2013, v. 11 nº 1, p. 1-12.

JARAMILLO, Leonardo Garcia. Los argumentos del neoconstitucionalismo constituição su recepción. In: CARBONELL, MIGUEL; JARAMILLO, Leonardo Garcia (Coord.). *El Canon neoconstitucional*. Colômbia: Trotta, 2010, p. 214.

KLARE, Karl. *Legal culture and transformative constitutionalism*. S. Afr. J. on Hum. Rts, Vol. 14 1998, p.146-188. Disponível em <[https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do? &operation=go&searchType=0 &lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0258-7203](https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0258-7203) >. Acesso em 24 de set. de 2013.

KRAMER, Larry. The supreme court foreword: we the court. *Harvard Law Review*, Vol.115, 2001, p. 13.

LANDAU, David. Instituciones políticas y función judicial enderecho constitucional comparado. *Revista de Economía Institucional*, Vol. 13, N° 24, primeiro semestre/2011, p.13-83.

MADISON, James. *The Federalist n° 10*. Disponível em < <http://www.constitution.org/fed/federa10.htm> >. Acesso em 01 de out de 2013.

METZGER, Gillian E. Administrative constitutionalism. *Texas Law Review*, Vol. 91, 2012, p. 1897-1935.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 78.

O'SULLIVAN, Meghan; STEWART, Frances. *Democracy, conflict and development: three cases*. University Of Oxford, QEH Working paper Series QEHWPS15, p.1-38, 1998. Disponível em < <http://economics.ouls.ox.ac.uk/10180/1/qehwps15.pdf> >. Acesso em 25 de fev de 2013.

ROSS, Bertrall L. *Embracing administrative constitutionalism*. Boston University law, Vol. 95, 2015, p. 519-585.

SAMUELS, Kirsti. *Post-Conflict Peace-building and constitution-making*. Chicago Journal of International Law, V. 6, N° 2, 2005, p. 673.

SOUZA SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas de una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho constituição Sociedad; Programa Democracia constituição Transformación

Global, 2010, p. 20.

TEN HOOVE, Lotte; SCHOLTBACH, Alvaro Pinto; MAUL-PHILLIPS, Joy. *Democracy and Political Party Assistance in Post-Conflict Societies*. NIMD Knowledge Centre, 2008, p.7.

TOMMASOLI, Massimo (Ed.). *Democracia, paz y seguridad: el rol de las Naciones Unidas*. Documento de Políticas, 2010, p. 25.

TUSHNET Mark. *The Inevitable Globalization of Constitutional Law* (December 18, 2008). Hague Institute for the Internationalization of Law; Harvard Public Law Working Paper No. 09-06, p.1.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord). *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.17.

_____; HUNGRIA, Ana Luiza Hadju. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 4, julho-dezembro de 2012, p. 230.

_____. An Unconstitutional State of Affairs in the Brazilian Prison System. *Blog of the International Journal of Constitutional Law and Constitutionmaking (ICONnect)*, 25 de set. 2015. Disponível em: < <http://www.iconnectblog.com/2015/09/an-unconstitutional-state-of-affairs-in-the-brazilian-prison-system/> >. Acesso em 25 de set. de 2015.

VIEIRA, Ribas; BEZERRA, Rafael. *Estado de Coisas for a do lugar (?)*. *Jota*, 05 de out. de 2015. Disponível em < <http://jota.info/estado-de-coisas-fora-lugar>>. Acesso em 05 de out. de 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *História constituição constitución*. Madrid: Trotta, 2011, p. 15.

Artigo recebido em 27/10/2016
Revisado em 17/11/2016
Aprovado em 20/12/2016