

## **O PAPEL DO JUDICIÁRIO NACIONAL NA GARANTIA DE UM ESPAÇO PÚBLICO REGIONAL**

**Giuliana Redin\***

**Katya Kozicki\*\***

### **RESUMO**

Atualmente, o tema “judicialização da política” acompanha o debate acerca da crise das democracias modernas, pautadas em um racionalismo procedimental que se mostra deficiente no que concerne a garantia de um “espaço público”. Nesse sentido, o presente ensaio se propõe a discutir o político através de uma instância regional, especificamente no âmbito do Mercosul, e a compreender a importância da atuação do Judiciário nacional para a consolidação de um “espaço público” que possa amparar as visíveis minorias regionais desprezadas dentro dos “neoconstitucionalismos” estatais. Nesse sentido, o artigo tem como pressuposto não o célebre debate schmittiano e kelseniano, presente no século XX, sobre “quem deve ser o guardião da constituição”, mas sim, o reconhecimento de que o Judiciário nacional passa a desempenhar o importante papel de ser o “guardião de um espaço público”. Portanto, utilizando-se do método de abordagem dialético, o texto coloca em discussão a chamada “hermenêutica constitucional” e demonstra, através da perspectiva teórica de Castanheira Neves, que os limites do “espaço público” e, assim, do político, podem e devem ser auferidos pela problematização do Direito nacional em relação aos temas comunitários, a partir da busca de sua intencionalidade, que está diretamente associada ao contexto histórico-social da vida comunitária.

**PALAVRAS-CHAVE:** JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA; COSMOPOLITISMO; CONSTITUCIONALISMO.

---

\* Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Luterana do Brasil. Mestre em Direito, Gestão e Cidadania pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul. Professora licenciada das disciplinas de Direito Internacional Público e Privado da Universidade Luterana do Brasil e Faculdade Meridional.

\*\* Orientadora de tese e desse trabalho. Doutora em Filosofia do Direito e do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Filosofia do Direito pela mesma Universidade. Visiting Researcher Associate no Center for the Study of Democracy, University of Westminster, Londres, 1998-1999. Professora dos programas de graduação e pós-graduação em Direito da PUCPR e da UFPR.

## **ABSTRACT**

Nowadays, the issue “judicialization of the politics” accompanies the debate around the crises of the modern democracies, guided for a proceeding rationalism that is deficient as a guarantee of a sphere public. So, the present paper intends to discuss the political through of a regional instance, particularly on the Mercosur environmental, and to understand the importance of the national judiciary actuation on the building of a sphere public for the regional minorities scorned inside of states “neoconstitutionalism”. In this sense, the analysis has as fundament not the known schmittian and kelsenian debate that appears in XX century, around “whom should be the guardian of constitution”, but the recognizing that National Judiciary has the commitment of to be the guardian of a public sphere. Therefore, using the dialects method, the text puts in discussion the “constitutional hermeneutic” and shows, through of a Castanheira Neves’s theoretic perspective, that the limits of the sphere public and, so, of the political, to be able profits by problematic of the national law in relation of the communities issues and to the looking for the its intentionality, that is directly associated whit the historic-social context of community life.

**KEYWORDS:** JUDICIALIZATION OF THE POLITICS; COSMOPOLITISM; CONSTITUCIONALISM.

## **1 INTRODUÇÃO**

O tema “judicialização da política” está diretamente relacionado com a questão relativa à crise das democracias ocidentais, enquanto fundadas em um racionalismo procedimental sistematizado na divisão de poderes, e na crença de sua capacidade para a realização da condição humana, o que pressupõe, em uma perspectiva arendtiana, a participação do indivíduo em um espaço público. Nesse sentido, assume fundamental importância a atuação do Judiciário no dimensionamento desse espaço público e, portanto, da definição das fronteiras do político. Por isso, é capital o papel do Judiciário para a travessia do Direito, enquanto instrumento cerne das liberdades fundamentais, dentro do tempo e do espaço em que se justifica.

Esse ensaio tem por escopo compreender o papel do Judiciário nacional para o reconhecimento de um espaço público regional, debruçado no olhar cosmopolita dos

eventos que transcendem o Estado-nação. Essa responsabilidade se acentua na medida em que se vislumbra a crise dos modelos democráticos baseados em uma racionalidade procedimental, calcada em velhos dogmas constitucionais, que sob a veste de um “neoconstitucionalismo”, mantêm vigente um modelo “contratualista”, que é, por natureza, seletivo e excludente.

Assim, no primeiro capítulo, faz-se uma reflexão acerca do “neoconstitucionalismo” estatal, sob o olhar da dimensão do “espaço público” a partir de um contexto comunitário, onde se debruça o direito de integração regional do Mercosul. Essa análise não pode prescindir do reconhecimento de que esse “neoconstitucionalismo” não está para uma “plural sociedade mercosulina”, remetida à um espaço de privação e que se traduz por minorias desprezadas em uma lógica de Estado-nação. Esse é o objeto de que se ocupa o segundo capítulo do ensaio.

Finalmente, o terceiro e último capítulo busca demonstrar que o reconhecimento de um “constitucionalismo comunitário”, que possa abarcar o âmbito do necessário “espaço público”, perpassa por uma postura judicial nacional para além da moldura formatada por um racionalismo procedimental. Todavia, como o Judiciário nacional pode promover o constitucionalismo comunitário e, portanto, a dimensão do político cosmopolita, se no atual estágio de desenvolvimento do Mercosul é difícil concebê-lo como uma instância supranacional e, quiçá, em seu âmbito a estrutura de um Judiciário regional? Para responder a essa questão, tem-se como pressuposto não o célebre debate schmittiano e kelseniano, presente no século XX, sobre “quem deve ser o guardião da constituição”, mas sim, o reconhecimento de que o Judiciário nacional passa a desempenhar o importante papel de ser o “guardião de um espaço público”.

Nesse sentido, desenvolve-se o debate acerca da “judicialização da política”, reconhecendo-se que ao Judiciário compete a função de extrair a unidade jurídica, que também é a unidade do político, da intencionalidade do Direito que se debruça no contexto histórico-social comunitário, situada no âmbito do pluralismo político e jurídico da sociedade que convive em uma unidade. Como será debatido, o Direito, que é fruto dessa unidade comunitária não pode ser resumido na artificialidade que a “democracia” coloca na gama dos princípios fundamentais constitucionais, que são fruto e espelho da disputa de interesses particulares de um momento histórico constituinte e em que se afina a hermenêutica constitucional.

## 2 ESPAÇO PÚBLICO E CRÍTICA AO NEOCONSTITUCIONALISMO ESTATAL: O DIREITO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL DO MERCOSUL E SEU ALCANCE COMUNITÁRIO

A partir da concepção de Estado-nação westphaliano e de Estado Democrático de Direito do ocidente, a América Latina incorporou as chamadas dimensões de espaço público e privado. Esses espaços foram delimitados pela lógica contratualista, de base democrática (leia-se de uma elite detentora do poder), pautada no direito fundamental à propriedade privada, como primeira das liberdades a serem resguardadas por uma carta de direitos, a Constituição. Portanto, o constitucionalismo que regula a organização societária dos países latino-americanos, sob o manto da legitimidade garantida pela via democrática, manipula os conceitos de espaço público e privado e restringe no chamado “Estado de Direito”, dos direitos subjetivos e dos princípios fundamentais, a liberdade para aqueles incluídos material e formalmente dentro do conceito de cidadania, que é excludente por natureza.

Dentro dessa vestimenta se enquadra o chamando “neoconstitucionalismo”, que justifica o chamado pós-positivismo jurídico, onde se reconhece a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de um modelo de interpretação do direito, denominado “hermenêutica constitucional”<sup>1</sup>. Embora o “neo” constitucionalismo introduza conceitualmente algo “novo”, um direito para além do positivismo oitocentista, de novo pouco traz, pois não transcende a velha compreensão do direito dentro da metáfora que Fachin (2004, p. 67) apresenta da fotografia e da tela: “o sistema, enquanto continente ou moldura, enquadra pessoas, relações e coisas”, contudo “aquilo que está efetivamente contido não é tudo o que poderia sê-lo” e “nem todos os objetos, são objetos de direito, e nem todos os que não são objetos deveriam deixar de sê-los”.

Justamente porque a chamada “hermenêutica constitucional” está voltada à interpretação do direito a partir de princípios estatais e, portanto, dentro de um racionalismo procedimental, é que esse modelo, concebido pelo “novo” constitucionalismo restringe a transitividade do direito na sociedade complexa e

---

<sup>1</sup> Bases sobre o tema podem ser encontradas em STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, e BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional**. São Paulo: Renovar, 2003.

dinâmica. E porquê? Porque o “espaço público” formatado pelo dogma da democracia ocidental, baseada no esquema da “maioria”, representa um “espaço privado”, impregnado pela ideologia das “liberdades fundamentais”, pautada nos chamados direitos subjetivos, os quais mascaram uma natureza individualista, nem sempre compatível com uma perspectiva coletiva. E o Judiciário? O Judiciário passa a desempenhar seu reconhecido papel criativo, todavia, dentro desse mesmo esquema, onde se interpreta a partir de princípios norteadores de um constitucionalismo que padece dos mesmos males de uma democracia em crise e onde facilmente desenvolvem-se artifícios para a manutenção do *status quo* onde a tecnocracia<sup>2</sup> prevalece.

Esse constitucionalismo, que é fechado dentro de um artifício nacionalista e principiológico, é paradoxal, pois ao mesmo tempo em que enquadra as demandas que reputa relevantes em sua esfera de garantia, coloca no vazio do Estado e do Direito questões tão importantes quanto e não solucionáveis dentro da lógica do Estado-nação. Exemplo cristalino e que será objeto de abordagem no tópico abaixo, é o problema da imigração clandestina intra-regional entre os países que integram o Mercosul.

A partir de 2000, através da Decisão 62 do Conselho Mercado Comum, foi criado o chamado “Mercosul Social”, no sentido de formatar o propósito do Tratado de Assunção, de 1991, de um Mercosul para a melhora da “qualidade de vida dos habitantes da região”, mediante “o desenvolvimento econômico com justiça social”. A Decisão 03/07 do CMC, que criou o Instituto Social do Mercosul, com o objetivo de contribuir no âmbito da Reunião de Ministros e Autoridades de Desenvolvimento Social do Mercosul, com a consolidação da dimensão social do Mercosul e na promoção da superação das assimetrias regionais, representou importante avanço na dimensão do Mercosul e reconhecimento do caráter comunitário dessa instituição<sup>3</sup>. Essas questões também serviram para instruir o Grupo Mercado Comum, através da Decisão do CMC nº 22 de 2006, a trabalhar para a evolução da integração comunitária, levando em consideração, dentre outros aspectos, assuntos sociais e livre circulação, em termos abrangentes. Essas ações descrevem o reconhecimento de um cosmopolitismo, que, para

---

<sup>2</sup> Veja-se a dimensão das chamadas normas programáticas, que justificaram a inércia do Judiciário na década de 1990, em relação à efetivação de direitos sociais.

<sup>3</sup> Esse instituto foi fruto dos trabalhos da Comissão de Representantes Permanentes do Mercosul, criada através da Decisão 11 de 2003 do Conselho Mercado Comum, para auxiliar na consecução de suas finalidade, bem como promover a integração entre o CMC, o Foro Consultivo e Social e as Reuniões Especializadas.

Derrida (2004), é um assunto de negociação entre o incondicional e o condicional, entre o absoluto e o relativo, entre o universal e o particular.

Qual a resposta que o “neoconstitucionalismo” dos países mercosulinos dá a esse cosmopolitismo? Nega-o, senão formal e expressamente, mas pela prática conduzida pelos tribunais pátrios no que concerne a aplicação do direito de integração e o condicionamento ao processo de incorporação aos estatutos normativos internos de cada país. O direito produzido em âmbito do Mercosul sempre foi compreendido dentro do contexto da produção da política externa, presente, inclusive, nos termos da estruturação institucional e política do Mercosul. Sem a característica de um direito supranacional<sup>4</sup>, as normas produzidas em âmbito do Mercosul com alcance frente aos nacionais dos Estados-parte, segundo a orientação jurisprudencial dos respectivos Estados-parte<sup>5</sup>, têm sua aplicabilidade condicionada às tradicionais regras de direito internacional relativas à incorporação de tratados. Em que pese o caráter cogente de regras produzidas em âmbito do Mercosul, relativas ao programa “Mercosul Social”, como a Carta Sociolaboral<sup>6</sup> assinada em 1998, o teor expresso desses documentos ainda enfatiza a necessidade de incorporação nos sistemas internos, a despeito do cosmopolitismo inerente ao tema. Ademais, reconhece-se a dimensão programática da Carta já que não auto-aplicável sem uma política administrativa comunitária.

No sentido de dinamizar o processo de incorporação de tratados e, talvez, abrir a possibilidade para uma futura estrutura supranacional ao Mercosul foi instituído em

---

<sup>4</sup> Nos sistemas de integração que contam com normas supranacionais, os Estados membros cedem ou transferem o exercício de determinadas atribuições para aqueles que passam a administrar e executar tais competências. A transferência se produz em razão de que os funcionários que compõem estes órgãos não respondem aos Estados e, portanto, legislam em ditas matérias de forma totalmente autônoma e independente. Já nos organismos que respondem à estruturas intergovernamentais as competências são recebidos do poder soberano dos governos. A doutrina destaca que não existe uma translação de matérias dos Estados a estas instituições toda a vez que seus membros representam os governos e executam os mandados que estes determinam. Mas a principal diferença entre instituições supranacionais e intergovernamentais está debruçada no interesse que ambas representam. Em relação a eficácia da norma supranacional, essas têm pressuposta sua primazia e incorporação imediata (PEROTTI, 2004, p. 190-192).

<sup>5</sup> Segundo **Informe sobre la Aplicación del Derecho do MERCOSUR por los Tribunales Nacionales** (2004). Secretaría del MERCOSUR e Fundación Konrad Adenauer, 2005.

<sup>6</sup> O preâmbulo da Carta Sociolaboral, de 1998, declara que “a integração envolve aspectos e efeitos sociais cujo reconhecimento implica a necessidade de prever, analisar e solucionar os diferentes problemas gerados, neste âmbito, por essa mesma integração”, bem como reconhece o fato de que todos os Estados-parte são signatários das principais convenções internacionais e regionais sobre direitos humanos e, em especial, do trabalhador. Por isso, tem como finalidade promover a igualdade entre trabalhadores nacionais e estrangeiros do ponto de vista das condições laborais e direitos coletivos e sociais.

2007 o Parlamento do Mercosul. Todavia, não delineado dentro da órbita cosmopolita, em que no plano dos fatos e da interdependência<sup>7</sup> das relações internacionais, gira a sociedade latino-americana, já que sofrida do ranço histórico de suas instituições democráticas e de formação do Estado-nação dependente<sup>8</sup>. O Parlamento foi criado com o propósito de simplificação das etapas de incorporação de tratados<sup>9</sup>, mediante a representação legislativa de cada país. Muito embora, dentre as razões expressas no preâmbulo do protocolo constitutivo do Parlamento do Mercosul, esteja a importância de se criar “um espaço comum capaz de refletir o pluralismo e as diversidades da região”, no sentido de “contribuir para as democracias, a participação, a representatividade, a transparência e a legitimidade social no desenvolvimento do processo de integração e suas normas, com clara perspectiva comunitária”<sup>10</sup>, aproxima-se, de fato, em sua estrutura, a um espaço privatizado, ou seja, da política externa que, segundo Everts<sup>11</sup>, permanece incompatível com uma “democracia regional”. O sistema de representação de parlamentares no Parlamento do Mercosul, ademais, segue o mesmo ranço procedimental das democracias débeis dos Estados-parte, agravado pelo fato de que são escolhidos para a representação dos interesses do Estado no Mercosul e não de uma política comunitária.

Dentro das amarras dos interesses individuais (de uma elite dominante e representativa do poder do Estado), que se perpetua pela divisão de poderes, como um espetacular projeto das democracias ocidentais, está inserido o constitucionalismo dos Estados-membros do Mercosul. A política comunitária é só um artifício segregado pelo

---

<sup>7</sup> Ver KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph. **Power and interdependence**. 3th ed. New York: Longeman, 2001.

<sup>8</sup> Sobre o Parlamento do Mercosul ver nosso texto **O Parlamento do Mercosul e as possibilidades de consolidação de um espaço público para a proteção do migrante econômico intra-regional**, Belo Horizonte: CONPEDI, 2007.

<sup>9</sup> Embora o Parlamento do Mercosul tenha mantido o objetivo da Comissão Parlamentar Comum no sentido de estimular a harmonização das legislações nacionais nas áreas pertinentes, foi-lhe atribuída a competência de agilizar, em âmbito supranacional, a incorporação das normativas do Mercosul aos respectivos ordenamentos jurídicos internos, que demandam essa aprovação legislativa. Para isso, o artigo 4º, 12, do Protocolo Constitutivo, estabelece que todos os projetos de normas o que requeiram aprovação legislativa por parte dos países, serão encaminhados pelos órgãos decisórios do Mercosul ao Parlamento para que este dê um parecer. Uma vez aprovado o projeto de norma, o Poder Executivo do país encaminhará diretamente ao Legislativo do Estado, simplificando o processo de incorporação.

<sup>10</sup> Disponível em <<http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>>. Acesso em 17/09/2007.

<sup>11</sup> EVERTS, Philip. Democracy and foreign policy. In: CASTERMAS-HOLLEMANP, Monique; HOOF, Fried Van; SMITH, Jaqueline. **The role of the nation-state in the 21st century: human rights, international organizations and foreign policy**. The Hague: Cambridge, 1998, p. 412-413.

constitucionalismo estatal dos Estados-membros a um patamar menor, inteiramente submetido à vontade individualista dos respectivos países. Portanto, há uma inegável desarmonia entre o tempo (de eventos cosmopolitas) e o espaço (do Estado-nação). Parafraseando Milton Santos (2004), o tempo determina o espaço em sua extensão, ou seja, o local, o regional e o global da sociedade como fato histórico. Segundo ele, “todos os lugares existem em relação com um tempo do mundo, mas nem todos os lugares são atingidos pelo mesmo tempo”, isto é, “os lugares se diferenciam por que são diversamente alcançados por esse tempo, seja quantitativamente ou qualitativamente”. O evento é a matriz do tempo e do espaço, diz Santos, pois “são os eventos que criam o tempo, como portadores da ação presente”, que traduzem a atualidade, o momento histórico, o estado das coisas. Até se esgotarem, os eventos servirão como “vetor de possibilidades dentro de uma formação social”. Esse evento só pode ser concebido em um determinado lugar e que cuja extensão ele mesmo determina, pois “o lugar é o depositário final e obrigatório do evento, que se designa como um instante do tempo e um ponto do espaço, ou seja, um dado instante em um dado lugar”.

Não obstante, o “neoconstitucionalismo” brasileiro, em cuja esteira também seguem os constitucionalismos dos países integrantes do Mercosul, com uma abertura mais clara e expressa nas constituições argentina e paraguaia<sup>12</sup>, traz velhas respostas a eventos novos. Exemplo disso é a recente Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, que ao restringir o *status* constitucional aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, mediante quorum qualificado de Emenda Constitucional, limitou a abrangência do parágrafo 2º do artigo 5º, implicando em um efetivo retrocesso político/jurídico pela formalização de uma “legalidade positivista e abstrata”. Em se tratando de tratados sobre direitos humanos, por exemplo, ao Legislativo foi recolocado nas suas mãos

---

<sup>12</sup> Em relação à Argentina, a reforma constitucional de 1994, introduziu o inciso 24 ao artigo 75 da Constituição, no sentido de atualizar a carta política às exigências futuras do Mercosul, destacando a hierarquia aos tratados de integração, enfatizando a necessidade do processo de incorporação, mediante aprovação da maioria absoluta do Congresso Nacional. Em relação a Constituição Paraguaia de 1992, o artigo 145, ao reconhecer expressamente a supranacionalidade, o condiciona a condições de igualdade com outros Estados, mas cujas decisões devam ser aprovadas por maioria absoluta do respectivo congresso. Portanto, o processo de incorporação resta afirmado e consolidado pela jurisprudência. Em relação ao sistema jurídico Uruguaio destaca-se o projeto de reforma constitucional de 1993, que prevê reforma do vigente artigo 6º da Carta Constitucional, de 1967, compreendido nos moldes dualista, segundo a doutrina, para, em relação às regras relativas do direito de integração originário ou fundacional, adotar uma concepção monista, hierarquicamente superiores, uma vez que além de prever a aplicação imediata dessas normas, também as reconhece como parte direta do sistema nacional (PEROTTI, 2004).

papel exclusivo de sintonizar a ordem jurídica interna com o cenário internacional<sup>13</sup>. Não obstante a amplitude da cláusula de habilitação do direito comunitário ao sistema jurídico interno contemplado no artigo 4º, parágrafo único, da Constituição Federal Brasileira, esse artigo está para uma estrutura institucional intergovernamental como é o Mercosul, não comunitária (PEROTTI, 2004). Além do mais, a Constituição Federal Brasileira pontua a partição de competências constitucionais na federação para matérias (artigos 22, 23 e 24), além do artigo 5º, XXXV, que prevê a cláusula de jurisdição universal do Judiciário brasileiro, como princípio fundamental do acesso à justiça, isso como impeditivo a um tribunal comunitário. Salienta-se ainda, o processo de incorporação de tratados, que exige a participação do Legislativo, em típico reconhecimento da teoria dualista de incorporação de normas internacionais, que passam a ser reconhecidas como nacionais, em caráter infraconstitucional (artigos 49, inciso I, 84, inciso VIII e artigo 102, inciso III, alínea “b”).

Uma política comunitária necessariamente perpassa pela adequação do nosso tempo ao nosso espaço, ou seja, de se pensar os acontecimentos cosmopolitas em um espaço também cosmopolita, que redefine os conceitos de “espaço público”, onde se manifestam os temas como democracia e cidadania. O “neoconstitucionalismo” oferece uma metodologia que não permite que se vá além da moldura dos sistemas formatados por um materialismo histórico baseado no chamado “contrato social”, que ao qualificar o sujeito de direito, também exclui. Nesse sentido, ao Judiciário, que deve problematizar o Direito a partir do olhar do tempo e do espaço onde os eventos se desenvolvem, está a responsabilidade política de revisitar e superar o velho constitucionalismo, através da problematização do Direito. Essa problematização é sintetizada por que Castanheira Neves (1993) na dialética *sistema e problema*, a partir do que define por reflexão das condições estruturais da organização sociológica histórica, que são: a) a *condição mundano-social*; b) a *condição humana-existencial*; e c) a *condição ética*, que definem o sentido e a intencionalidade do Direito ou as condições materiais para o Direito. Portanto, questões como “cláusulas pétreas” constitucionais, proteção ao direito adquirido e ato jurídico perfeito, poderiam, por uma “decisão corretiva”, que alcança a intencionalidade do Direito, sofrer adequação aos

---

<sup>13</sup> Sobre o tema ver a nossa **Crítica ao parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal à luz da internacionalização dos direitos humanos**, publicado pela Revista Forense, nº 391, p. 609-618.

pressupostos materiais do Direito, em prol da temática regional, socioambiental e comunitária.

Trata-se do alcance do “político”, que encontra expressão no conceito de “espaço público”, através da problematização do Direito. Por espaço público, Arendt (2004, p. 67) compreende a “esfera pública: o comum”, ou seja, que “conta com a presença simultânea de inúmeros aspectos e perspectivas nos quais o mundo comum se apresenta e para os quais nenhuma medida ou denominador comum pode jamais ser inventado”. Ou seja, “ser visto e ouvido por outros é importante pelo fato de que todos vêem e ouvem de ângulos diferentes”. Se é condição para o mundo comum que todos estejam interessados em um mesmo objeto, a despeito das diferenças de posições e perspectivas diversas, como afirma Arendt, pensar em um espaço público é muito mais que compreender os limites fronteiriços e os interesses nacionais, mas compreender a existência de um espaço público que é regional e que não pode ser compreendido senão a partir de um senso comunitário. Do contrário, ou seja, “se não se pode discernir a mesma identidade do objeto”, isto é, a realidade do mundo comum, onde os que estão à sua volta sabem ou vêem o mesmo na mais completa diversidade e que podem ser vistas por muitas pessoas, numa variedade de aspectos sem mudar de identidade, os homens tornam-se, segundo a autora, inteiramente privados (ARENDR, 2004, p. 67).

Nessas breves linhas, esboçou-se a dimensão que exige a renovação do pensar acerca do “político” em um ambiente cosmopolita, de alcance regional, onde remete-se ao Judiciário nacional a responsabilidade de superação dos velhos dogmas democráticos, que encontram expressão no chamado “neoconstitucionalismo”, que reflete o velho com veste de novo, um mesmo modelo “contratualista”, portanto, seletivo e excludente.

### **3 A PLURAL SOCIEDADE MERCOSULINA E A EMERGÊNCIA DE MINORIAS DESPREZADAS EM UMA LÓGICA DE ESTADO-NAÇÃO: O PAPEL DO JUDICIÁRIO NACIONAL NA GARANTIA DO ESPAÇO PÚBLICO REGIONAL**

Quando se pensa em uma “plural sociedade mercosulina” está-se a falar naquelas massas não enquadradas no esquema: cidadania e representatividade política, tutelados sob um padrão universal de direitos subjetivos. São as minorias sem voz e sem ação, que transcendem a barreira fronteiriça do Estado-Nação.

Muito embora a preocupação com a proteção de “minorias” esteja compreendida no núcleo duro da questão de direitos humanos das Nações Unidas, conforme se observa do teor do artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966, que estabelece: “Nos estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”; trata-se de uma visão extremamente reducionista. O problema desse esquema normativo é que a dimensão da esfera pública ou a participação dessa minoria em um espaço comum está segregada a uma esfera privada. Mas qual é essa esfera privada? O Estado-nação e o rótulo nacional e estrangeiro. Sem a participação na esfera pública, a minoria está segregada à esfera privada. Então é fácil imaginar dentro dessa esfera a figura do migrante econômico intra-regional, em especial daquele jogado à clandestinidade, do indígena que vive em regiões fronteiriças e é obrigado a disputar com “governos” o reconhecimento da posse do seu espaço de chão e de seu Direito local, ou ainda, no exemplo presenciado em 2006, referente aos protestos entre uruguaios e argentinos acerca da construção de duas fábricas de celulose nas margens do Rio Uruguai, ou seja, divisa entre os dois países. Note-se que tais questões transcendem visivelmente a fronteira do Estado-nação, e esses sujeitos não têm o *status* de sujeito de direito supranacional para demandarem sobre os temas que os afetam, que são cosmopolitas. Estão, portanto, em um espaço de privação.

Não obstante o teor reducionista do artigo 27 do Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU de 1966, por sua natureza pró-direitos humanos, não lhe é querida uma pretensão exaustiva, mas sim exemplificativa no que diz respeito à questão das minorias, até porque faz referência a pessoas e não a nacionais. O termo “pessoas” é tão abrangente que não exclui imigrantes trabalhadores permanentes ou não, inclusive clandestinos. Segundo Michalska (1988), o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, destacou que o artigo 27 garante direitos subjetivos e que os Estados-parte são

obrigados, mediante medidas positivas, a proteger a identidade, a cultura e o modo de vida particular das minorias, e aumentar a efetiva participação dos membros da minoria nas decisões comunitárias que os afete. Contudo, qual será o espaço público onde tais sujeitos de direito encontrarão voz e ação? No Parlamento do Mercosul<sup>14</sup>? No modelo das democracias procedimentais estatais? Evidentemente que tais estruturas não apresentam uma abertura necessária à participação da “plural sociedade mercosulina”.

Em relação à questão do migrante econômico intra-regional esse problema é bem evidente. O migrante é sempre um estrangeiro no Estado receptor e, embora em relação aos estrangeiros esteja orientado por padrões de direitos humanos internacionais decorrentes da tradição dos países sul-americanos em ratificar importantes tratados de direitos humanos, não o erige à condição de sujeito de direito para fins participação da vida ativa da sociedade do Estado, enquanto cidadão. Isto é, para efeitos do Direito de Integração do Mercosul, a livre circulação de pessoas não é uma realidade projetada ou concretizada. Assim, dentro da concepção contratualista do Estado, que chancela o imperativo da autodeterminação dos Estados, sob a carapaça do princípio da autodeterminação dos povos, é fácil compreender a questão migratória como uma questão de Estado. Todavia, não é tão óbvio compreender essa relação “eu” e o “outro” dentro de uma perspectiva comunitária, ainda que em uma realidade menos evoluída que é a integração do Mercosul, não obstante orientada pelos propósitos de justiça e desenvolvimento social.

Se no modelo das democracias nacionais dos Estados-parte do Mercosul e diante da estrutura do Mercosul atrelada a um formato integracionista-nacionalista o que se verifica é um formato de democracia em crise e debruçada em um esquema contratualista, ao Judiciário nacional incumbe uma especial responsabilidade política comunitária. Esta responsabilidade é a de retirar do espaço privado o sujeito que não

---

<sup>14</sup> Não obstante, dentre os propósitos do Parlamento, estatuída está a representação dos povos do Mercosul, respeitando-se sua pluralidade ideológica e política, a promoção do desenvolvimento sustentável da região com justiça social e respeito à diversidade cultural de suas populações, pela participação dos atores da sociedade civil no processo de integração, pelo estímulo à formação da consciência coletiva de valores cidadãos e comunitários para a integração (artigo 2º do Protocolo Constitutivo). Isso significaria dizer que a própria representação política do Parlamento do Mercosul deveria ir além da representação de Estado no ambiente de discussão do Mercosul, ou seja, deveria compreender a representação do Mercosul, enquanto uma comunidade, em que pese o regimento interno do Parlamento, aprovado com 173 artigos em 06/08/2007, prever a ampla participação da sociedade nos debates, bem como a criação de 10 comissões técnicas.

encontra voz e possibilidade de ação dentro do modelo tradicional do Estado-nação. É promover a travessia que fundamentalmente o Direito deve se ocupar diante dos eventos não mais restritos a um espaço local. É incluir no político o sujeito restrito a uma instância de privação.

Contudo, há que se questionar, por óbvio: como o Judiciário local pode promover o constitucionalismo comunitário, se no atual estágio de desenvolvimento do Mercosul é difícil concebê-lo como uma instância supranacional e, quiçá, um Judiciário regional? Para responder a essa questão, primeiro há que se perceber que o papel político do Judiciário no século XXI já transcende o célebre debate schmittiano e kelsiano, presente no século XX, sobre “quem deve ser o guardião da constituição”<sup>15</sup>. Não seria melhor afirmar então que o Judiciário local passa a desempenhar o importante papel de ser o “guardião de um espaço público”, que não pode mais ser concebido como apenas estatal? Portanto, está nas mãos do Judiciário local o primeiro passo para a travessia à um “constitucionalismo comunitário”, reconhecendo que o Direito não pode ser o espelho da relação de força entre o amigo e o inimigo, que, nas palavras de Carl Schmitt, definem a arena democrática pluripartidária, cuja analogia permite que facilmente se traga à tona as relações de integração regional mercosulina.

#### **4 O RECONHECIMENTO DE UM “CONSTITUCIONALISMO COMUNITÁRIO”: A COMPREENSÃO DO JURÍDICO PARA ALÉM DA MOLDURA FORMATADA POR UM RACIONALISMO PROCEDIMENTAL**

A crise da democracia estatal não é debate novo. Nessa esteira desenvolvem-se teorias que concebem a importância de uma democracia radical, de inspiração arendtiana e em cuja perspectiva aponta o trabalho de Chantal Mouffe<sup>16</sup>. Esses debates são permeados pelas questões que envolvem pluralismo político, tolerância, convivência com diferenças, dentro da lógica do adversário e para além da relação amigo/inimigo schmittiano. Todavia, sem elementos que venham a colocar em xeque e a superar o esquema da regra da maioria, ou do princípio, segundo Held (1995, p. 17-18), de que as

---

<sup>15</sup> O debate pode ser encontrado respectivamente em, Schmitt, Carl. **O guardião da Constituição**, publicado em português pela editora Del Rey, e em Kelsen, Hans, **Jurisdição constitucional**, com publicação em português pela editora Martins Fontes.

<sup>16</sup> Ver **On the political**, Routledge-USA, 2005.

decisões que angariam o maior número de votos deveriam prevalecer, o que está na raiz das reivindicações de que as decisões políticas sejam dignas e legítimas. Contudo, essa noção de democracia, afirma o autor, mostra-se problemática tão logo aparecem os assuntos relativos às interconexões nacionais, regionais e globais, que entrincheiram os limites de quem decide, de qual é o assunto relevante, para quem a decisão é feita, de quem deveria ser a responsabilidade. Além disso, adverte o autor, quais são as implicações da idéia da regra de legitimidade das decisões tomadas na política, com potencialidade em relação às conseqüências de vida e morte para um largo número de pessoas, muitas das quais deveriam não participam do ambiente democrático?

Ou seja, como a democracia pode dar respostas legítimas e justas para os problemas que se mostram cosmopolitas?

Para Held (1995, p. 18), as fronteiras territoriais demarcam a base na qual os indivíduos são incluídos e excluídos da participação em decisões que afetam suas vidas, mas os resultados dessas decisões freqüentemente estendem-se para além das fronteiras nacionais. As implicações disso são consideráveis, não apenas pelas categorias de consenso e legitimidade, mas por todas as idéias chave de democracia: a natureza de um eleitorado, o significado de representação, a forma própria e o escopo da participação política e a relevância de um Estado-nação democrático, em relação a sua atuação e compromissos nas relações internacionais, como garantidor de direitos, deveres e bem estar aos sujeitos. Mesmo a crítica contemporânea sobre a moderna democracia tem-se inclinado à questão da soberania nacional, seguida da narrativa da democracia como convencionalmente dita. Estruturas representativas são, segundo essa crítica, insuficientes diante da questão referente ao pluralismo social. (HELD, 1995, p. 16).

O constitucionalismo dos países integrantes do Mercosul reflete toda essa problemática, que abafa e inibe o desenvolvimento de uma política comunitária e que é ao mesmo tempo uma alternativa à reconquista do “espaço público”, que por natureza é plural, não apenas politicamente, mas juridicamente. Um novo constitucionalismo que possa assumir essa postura comunitária apenas pode ser pensado para além da moldura formatada pelo racionalismo procedimental (entenda-se do contratualismo estatal, afirmado pelas modernas democracias ocidentais). Ao Judiciário compete identificar a intencionalidade do Direito. Esse é o seu papel político. Essa intencionalidade, segundo Castanheira Neves (1993, p. 232), se traduz pela *condição mundano-social*, que leva em

consideração a pluralidade humana na unicidade do social, pela *condição humana-existencial*, que só pode se manter na dialética de personalidade e de comunidade, de autonomia privada e convergência comunitária, e pela *condição ética*, onde se possa reconhecer a cada homem a dignidade de *sujeito ético*, onde o sujeito poderá ser simultaneamente titular de Direitos e obrigações. Assim, acompanhando o referido autor, o Direito, que deve refletir um novo constitucionalismo e comunitário, deve ser o fruto da problematização dos fatos concretos, o que vai além da chamada “hermenêutica constitucional”, construída a partir de signos e concebida por enunciados abstratos, que estão dispostos nos princípios constitucionais, fruto de um sujeito histórico. Há que se reiterar a analogia feita pelo professor Fachin (2003, p. 177), em seu livro *Teoria crítica do Direito civil*, acima descrita, relativa à fotografia e à moldura, ou seja, “o sistema, enquanto continente ou moldura, enquadra pessoas, relações e coisas”, contudo “aquilo que está efetivamente contido não é tudo o que poderia sê-lo” e “nem todos os objetos, são objetos de Direito, e nem todos os que não são objetos deveriam deixar de sê-los”.

Na teoria de Castanheira Neves (1993), é no diagnóstico da insuficiência normativo-jurídico, que o Judiciário participa da *autônoma constituição normativa*, o que ocorre pela decisão do caso concreto de índole normativa. Essa teoria é plenamente adequada para dar respostas à vida comunitária, de dimensão regional, que exige do julgador, o diálogo em relação ao sistema (que é formatado dentro do constitucionalismo estatal) a partir do caso concreto, que pode transcender a dimensão Estado-nação. Nesse diálogo, na feliz abordagem do autor, pode-se concluir que a solução jurídica das questões de dimensão comunitária pode não estar no próprio sistema, sendo legítima a revisão principiológica diante das condições estruturais da organização sociológica histórica, acima enfatizadas.

O sistema normativo apenas pode ser pensado dentro de uma textura aberta, ou seja, onde as significações são determinadas a partir da relevância do fato concreto no âmbito do Direito. Assim, a identificação da intencionalidade jurídica da situação histórica, não cai no reducionismo de um racionalismo procedimental que é o grande problema das democracias fundadas na lógica da “maioria”, cuja vontade é traduzida por normas constitucionais onde se atribui caráter materialmente constitucional, e que estão fechadas aos aspectos cosmopolitas. Também não chega ao extremo inverso de cair na ausência de racionalidade pelo julgamento chamado “intuitivo”, debruçado em

indeterminações subjetivas. A unidade jurídica presente no contexto histórico-social comunitário de seu tempo, traduzida pela “consciência jurídica geral”, segundo Castanheira Neves (1993, p. 280), parece estar situada no âmbito do pluralismo da sociedade que convive em uma unidade, através do próprio pluralismo dentro do político (obviamente não entendido aqui pelo esquema da representação partidária) e também o pluralismo jurídico (que se reflete no diagnóstico de que a questão não pode ser tratada dentro do Direito monolítico). O Direito, que é fruto dessa unidade comunitária não pode ser resumido na artificialidade que a “democracia” coloca na gama de princípios fundamentais constitucionais, que são fruto e espelho da disputa de interesses particulares de um momento histórico constituinte e que a hermenêutica constitucional se afina em manter intacta.

Nesse sentido, pode-se vislumbrar a fundamental importância da “judicialização da política” para o dimensionamento do espaço público e para a travessia do direito dentro do tempo e do espaço.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A política comunitária é segregada pelo constitucionalismo estatal dos Estados-membros a um patamar menor, inteiramente submetido à vontade individualista dos respectivos países. Portanto, o Direito concebido dentro desse constitucionalismo formatado e moldurado dentro de um sistema contratualista, está em inegável desarmonia com o seu tempo (de eventos cosmopolitas) e seu espaço (que transcende as fronteiras do Estado-nação).

Nesse sentido, presencia-se uma “plural sociedade mercosulina”, que gradativamente vai se constituindo em minoria desprezada dentro de um contexto intergovernamental em que se assenta a política do Mercosul. Justamente porque os temas regionais, apenas são compreendidos no âmbito local pela via de um racionalismo procedimental, é que essa parcela da sociedade fica privada de uma *vis activa* que só é possível em um espaço público. Esse espaço público necessariamente demanda um chamado “constitucionalismo comunitário”, representativo de uma democracia regional, que deve estar calcada no pluralismo político e jurídico. Trata-se do âmbito do político no tempo hodierno, que está para um espaço supranacional.

Portanto, falar em “judicialização da política” é compreender que o político não pode prescindir de uma atuação judicial que reconheça os limites do “espaço público”, cujo debate transcende o célebre diálogo sobre “quem deve ser o guardião da constituição”. Esse “espaço público” que compete ao Judiciário garantir, não pode ser consignado pela formatação oferecida através do racionalismo procedimental que molda as democracias atuais, mas pela criteriosa atividade do julgador em auferir, pela análise do caso concreto e pela problematização do Direito, a sua respectiva intencionalidade, que é debruçada no contexto histórico-social da vida comunitária de seu tempo.

## 6 REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional**. São Paulo: Renovar, 2003.

DERRIDA, Jacques. **On cosmopolitanism and forgiveness**. New York: Routledge-USA, 2001.

EVERTS, Philip. Democracy and foreign policy. *In*: CASTERMAS-HOLLEMANP, Monique; HOOFF, Fried Van; SMITH, Jaqueline. **The role of the nation-estate in the 21st century: human rights, international organizations and foreign policy**. The Hague: Cambridge, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HELD, David. **Democracy and the global order**. California: Stanford University Press, 1995.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph. **Power and interdependence**. 3th ed. New York: Longeman, 2001.

MERCOSUR. **Informe sobre la Aplicación del Derecho do MERCOSUR por los Tribunales Nacionales (2004)**. Secretaría del MERCOSUR e Fundación Konrad Adenauer, 2005.

MISCHALSKA, Ana. Migrant Workers as a ‘New’ Minority. *In*: CASTERMAS-HOLLEMANP, Monique; HOOFF, Fried Van; SMITH, Jaqueline. **The role of the nation-estate in the 21st century: human rights, international organizations and foreign policy**. The Hague: Cambridge, 1998.

MOUFFE, Chantal. **On the political**. New York: Routledge-USA, 2005.

NEVES, Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

PEROTTI, Alejandro Daniel. **Habilitación constitucional para la integración comunitaria**. Fundación Konrad Adenauer, 2004.

REDIN, Giuliana. **Crítica ao parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal à luz da internacionalização dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Revista Forense, nº 391, 2007 (maio/junho).

REDIN, Giuliana; KOZICKI, Katya. **O Parlamento do Mercosul e as possibilidades de consolidação de um espaço público para a proteção do migrante econômico intra-regional**. Belo Horizonte: CONPEDI, 2007.

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço**. São Paulo: EDUSP, 2004.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Rio de Janeiro: Del Rey, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.