

AUTOR CONVIDADO

O DIREITO INTERNACIONAL E O FUTURO DA DEMOCRACIA

INTERNATIONAL LAW AND THE FUTURE OF DEMOCRACY

Chris Thornhill

Professor in Law at University of Manchester. Research interests lie in the following areas: Sociology of Law; Comparative Constitutional Law; Law and Social Theory; Legal History

*Tradução de Carina Rodrigues de Araújo Calabria
Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB
Membro do Manchester International Law Centre (MILC)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Democracia nacional global; 2 As antinomias da democracia constitucional; 3 As novas pré-condições da democracia; 3 (i) Litigação constitucional; 3 (ii) Litigação coletiva;

3 (iii) Proeminência de direitos humanos; 3 (iv) Acesso igualitário a cortes; 3 (v) Vínculo com direito internacional; 3 (vi) Separação de duas dimensões de articulação política; 4 O Futuro da Democracia.

ABSTRACT: This article argues that it is a mistake to identify the formation of democratic political systems with national societies. In fact, very few national societies were able to create political systems marked by capacities for full and equal political inclusion. Democracy eventually evolved within national societies on normative foundations created by international law, a fact which distinctively shaped the institutional design of most democratic polities. A core feature of national democracy is that citizens communicate with political institutions in two dimensions – as national citizens, and as citizens of global law. It is only when national political systems preserve lines of social communication in both these dimensions that democracy is secure.

KEYWORDS: Democracy. Functional Equivalence. Inclusion. International Law. Citizenship.

RESUMO: Esse artigo defende que identificar a formação de sistemas políticos democráticos com sociedades nacionais é um erro. Na verdade, pouquíssimas sociedades nacionais foram capazes de criar sistemas políticos marcados pela capacidade de promover inclusão política plena e igualitária. A democracia eventualmente evoluiu dentro de sociedades nacionais em bases normativas criadas pelo direito internacional, um fato que distintivamente moldou o design institucional dos estados mais democráticos. Uma característica essencial da democracia nacional é que cidadãos se comunicam com instituições políticas em duas dimensões – como cidadãos nacionais e como cidadãos de direito global. Apenas quando sistemas políticos nacionais preservam linhas de comunicação social em ambas dimensões, a democracia é segura.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Equivalência Funcional. Inclusão. Direito Internacional. Cidadania.

INTRODUÇÃO

A relação entre a difusão global da democracia desde a década de 1980 bem como a crescente importância e sistemática densidade do direito internacional dos direitos humanos observadas progressivamente desde a década de 1940 é uma questão frequente de especulação e controvérsia. Notavelmente, em anos recentes tem sido amplamente e enfaticamente defendido que o direito internacional dos direitos humanos contém um direito categórico à democracia ou, ainda, que o direito à democracia tem status de jus-cogens.¹ Neste contexto, muitos observadores atribuem os processos materiais de democratização a um grupo de direitos formalmente declarados e, inclusive, veem a democracia como o simples corolário de um direito globalmente constituído.² De certa forma, tais alegações têm um grau de plausibilidade. Claramente, instrumentos centrais ao sistema jurídico global estabelecem disposições prescritivas para democracia como um sistema ideal de autoridade pública³ e muitas organizações internacionais, amparadas pelo direito internacional, reivindicam autoridade para promover democracia. Contudo, a alegação de que a democracia – ou, ao menos, um modelo particular de democracia – é prescrito pelo direito internacional não é totalmente persuasiva. Assim, a concepção de que sistemas democráticos diretamente – ou casualmente – refletem normas globais é também/igualmente questionável.

Há uma série de razões pelas quais tais alegações não são persuasivas. Destacadamente, a alegação de que o direito internacional poderia ditar um direito à democracia é simplesmente exagerado; sem a existência de um ente político (estado, na versão original em inglês “polity”) mundial, é virtualmente impossível construir democracia como uma norma universalmente exigível. Adicionalmente, no entanto, a emergência

1 Parte da pesquisa para esse artigo foi financiada pelo Conselho de Pesquisa Europeu (Advanced Grant: 323656-STC).

Para uma expressão inicial dessa visão veja Report on the Right to Self-Determination, E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1 (1980). Veja depois Thomas M. Franck, ‘The Emerging Right to Democratic Governance’. *The American Journal of International Law* (1992) 86(1): 46-91; Reginald Ezetah, ‘The Right to Democracy: A Qualitative Inquiry’. *Brook Journal of International Law* (1997) 22: 495-534.

2 Veja a “Warsaw Declaration of the Community of Democracies (2000)”, que construiu normas da Organização das Nações Unidas (ONU) como parte de um roteiro político: <http://www.community-democracies.org/values/warsaw-declaration/>.

3 O direito à democracia está somente implícito na Carta das Nações Unidas (ONU) e é discutível à medida que outros instrumentos da organização estabelecem um direito à democracia. O artigo 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos declara um direito à democracia. Não obstante, não é esperado que esse direito seja executório. Apenas mais tarde no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 foi categoricamente declarada (Art. 25(b)) que participação eleitoral é um direito básico.

progressiva de um sistema internacional de direitos humanos, no qual a presunção de um direito à democracia é enraizado, tem sido acompanhada por uma transformação da democracia em si. De um lado, à medida que a democracia tem sido globalmente disseminada, a forma institucional da democracia tem assumido uma forma híbrida, de maneira que muitos governos possuem atualmente tanto características democráticas quanto autoritárias. De fato, governos podem satisfazer minimamente condições derivadas de um presumível direito global à democracia ao mesmo tempo em que preservam muitos traços autoritários.⁴ A definição de democracia tem, por conseguinte, se tornado fluída, de maneira que a democracia não pode ser facilmente descrita sob a ideia de um mero direito formal. De outro lado, como discutido anteriormente, o fato de que a democracia é promovida como parte de uma ordem global de direitos tem alterado profundamente o layout institucional de entes políticos constitucionais, de maneira que o enquadramento no qual o direito à democracia em si é articulado afeta, de certa forma, a concretização desse direito. De acordo com ambas perspectivas, a ideia de que a democracia pode ser estabelecida sob a premissa de um direito manifesto pressupõe a existência de um mundo político simplificado e descomplicado. Pressupõe também que normas globais podem ser inculcadas imediatamente em estruturais sociais domésticas, de maneira que um modelo simples e pré-formatado de democracia pode ser generalizado através de diferentes sociedades. Pressupõe, adicionalmente, que, em diferentes configurações, instituições políticas podem simplesmente replicar diretivas externas. Finalmente, pressupõe que sistemas políticos podem ser avaliados simplesmente pela retenção ou não de características estaticamente construídas. Dado o nosso conhecimento histórico da contingência política de processos de construção institucional, parece sempre ingênuo presumir que a enunciação global de um direito à democracia iria criar democracias de acordo com um modelo democrático previamente estabelecido.

O que pode ser defendido com alguma convicção, no entanto, é que a expansão global da democracia e a ascensão do direito internacional como um sistema global são dois processos intimamente conectados⁵. Embora não faça referência específica a um direito à democracia permanente e exigível, o direito internacional certamente cria pré-condições propícias ao desenvolvimento de tal direito e promove diretamente a construção

4 Veja Ekaterina Yahyaoui Krivenko, *Rethinking Human Rights and Global Constitutionalism. From Inclusion to Belonging* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), p. 3.

5 No entanto, questionando a ideia de direito internacional como um sistema, veja Jean D'Aspremont, 'The International Court of Justice and the Irony of System-Design.' *Journal of International Dispute Settlement* (2017) 2(1): 366-387.

de instituições democráticas. Isso pode ser evidenciado por uma série de fatores bastante óbvios. Primeiro, a maioria das constituições estabelecidas em democracias recém-estabelecidas têm sido parcialmente criadas por provedores de normas internacionais. Adicionalmente, agentes favoráveis à democracia localizados dentro de sociedades nacionais, em um processo de orientação em direção à democracia, têm normalmente se mobilizado e extraído autoridade de normas internacionais.⁶ Segundo, a maioria das constituições democráticas dá efeito imediato ou indireto ao direito internacional dos direitos humanos e reconhece e protege uma série de direitos humanos globalmente reconhecidos, tanto de natureza política como não-política. Terceiro, a maioria dos estados democráticos são parte de convenções de direitos humanos globais ou regionais, o que promove vigorosamente a democracia tanto como uma norma de reconhecimento interestatal como quanto um sistema ideal de administração doméstica. Nesses casos, normas globais de direitos humanos impactam de maneira pervasiva em atos de legislação nacional. Quarto, estados em processo de erosão democrática usualmente moderam e restringem o reconhecimento de normas de direito internacional. Adicionalmente, difamação de normas internacionais raramente sinaliza ou conduz a qualquer tipo de melhora na qualidade de instituições democráticas em sociedades nacionais. Nesse sentido, o vínculo entre direito global e democracia nacional é bastante evidente e é sempre de se esperar que estados democráticos irão oferecer proteção ao direito global dos direitos humanos. De maneira geral, muitos direitos básicos estabelecidos pelo direito global não podem ser facilmente exercidos fora de contextos democráticos.

A democracia, é claro, foi originalmente entendida como uma conquista distintiva nacional. Os princípios semânticos básicos de democracia se originaram ao mesmo tempo do discurso de nacionalidade. De maneira fundamental, alguns conceitos normativos essenciais da sociedade moderna tais quais *povo*, *soberania popular* e *cidadania* pertencem igual e identicamente às construções de democracia e de nacionalidade.⁷ Não obstante, é difícil identificar entes políticos construídos exclusivamente em bases legais nacionais que alcançaram a condição de democracias plenas ou que integraram seus cidadãos como agentes puramente nacionais. De fato, padrões puramente

6 Veja em geral Margaret E. Keck and Kathryn Sikkink, 'Transnational advocacy networks in international and regional politics.' *International Social Science Journal* (1999) 51 (159): 89–101. Para discussões específicas veja Daniel C. Thomas, *The Helsinki Effect. International Norms, Human Rights, and the Demise of Communism* (Princeton: Princeton University Press, 2000); Mona El-Ghobashy, 'Constitutionalist Contention in Contemporary Egypt.' *American Behavioral Scientist* (2008) 51: 1590–1610.

7 Veja a convergência desses termos na teoria clássica do constitucionalismo moderno: Emmanuel-Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers-état?* (Paris: Pagnerre, [1789]1839).

nacionais de formação institucional não conduziram, de maneira específica, à democracia. A coincidência temporal original entre formação nacional e democratização recente se provou, finalmente, fatal para o surgimento de sistemas políticos plenamente democráticos: a democracia foi inicialmente estimulada por processos de formação nacional mas o seu enraizamento nesses processos, em última instância, obstruiu sua realização plena.

Há dois padrões clássicos de formação institucional que determinaram a estrutura de sociedades nacionais modernas antes de 1945. Ambos padrões refletem arraigados impulsos democráticos. Entretanto, ambos ficam aquém das expectativas de democratização conclusiva. Algumas sociedades nacionais evoluíram sob um padrão de *democracia intermitente*, no qual experimentos recorrentes de reforço da democracia resultaram em retrocessos reacionários, trazendo lapsos causados por formas de autoritarismo renovadas e frequentemente mais consolidadas⁸. Mais tipicamente, algumas sociedades nacionais evoluíram em um padrão de *democracia parcial*, no qual certos grupos sociais se mantiveram obstinadamente excluídos do exercício pleno de direitos de cidadania democráticos. Nessas sociedades, a construção de instituições completamente democráticas, baseadas em *inclusão política plena e abrangente da população*, encontrou profundas divisões intra-sociais, o que impediu o estabelecimento de democracia em qualquer forma que ultrapassasse arranjos parciais e seletivamente inclusivos. Esse fenômeno é visível em um número razoável de tipos de entes políticos e em entes políticos caracterizados por histórias de integração democrática bastante diferentes. No entanto, em quase todos entes políticos que evoluíram por meio desse padrão, a trajetória de democratização nacional foi impedida por fissuras profundas e divisões existentes dentro da sociedade nacional – normalmente conectadas a padrões universais de exclusão de gênero, a segmentações entre centro-periferia, a antagonismos étnicos e dinâmicas de repressão de minorias, ou a monopolizações classistas de poder público – que dificultaram o caminho de inclusão democrática plena.⁹ Na maioria desses casos, o ímpeto em direção à democracia nacional somente deu lugar a um sistema político por meio do qual grupos sociais monopolistas, cuja hegemonia usualmente se deve a afiliações definidas por classe ou etnia, foram capazes de estabilizar posições na elite e marginalizar grupos sociais

8 Esse pode ser como um padrão dominante na América Latina desde 1945 até a década de 1990.

9 No último ponto veja Robert J. Goldstein. *Political Repression in 19th Century Europe* (London: Croom Helm, 1983).

mais fracos.¹⁰ Acima de tudo, como consequência, sociedades que chegaram à condição de integração democrática plena usando exclusivamente meios legais nacionais são uma minoria e têm características bastante distintas – em particular, elas são menores em termos populacionais.¹¹ A visão básica de democracia nacional como um sistema de integração baseado em direitos, mantido com apreço ao longo do espectro de reflexão política e sociológica moderna, foi sempre uma esperança compassiva.¹²

Nesse contexto, parece existir uma forte, embora não imediata relação entre a ascensão da democracia como um sistema de inclusão e a autoridade crescente do direito internacional depois de 1945. Notavelmente, foi apenas depois de 1945 que democracia plena começou a emergir como uma realidade política concreta e que padrões dominantes de democratização intermitente e/ou parcial foram superados; isso coincidiu com a primeira onda de intensificação de direito internacional dos direitos humanos. Então, foi apenas no final da década de 1980 que democracia plena começou a tomar a forma de uma norma global; o que coincide com a solidificação mais profunda de um regime internacional geral de direitos humanos. Nesses processos, a coincidência entre democracia nacional e direito internacional se tornou visível em duas dimensões distintas. Como mencionado, tornou-se visível no fato de que, devido a uma crescente interação inter-judicial, novas democracias garantiram elevada proteção ao direito internacional dos direitos humanos. Igualmente importante, tornou-se visível no fato de que, em sociedades com uma tradição de longa data de democracia parcial, o impulso final

10 Essa é uma característica particular de sociedades que estabeleceram amplas emancipações em um estágio inicial em sua formação moderna. Nomeadamente, o Reino Unido é frequentemente visto como uma jovem democracia, até por renomados cientistas políticos. Veja por exemplo Seymour Martin Lipset, 'Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy.' *The American Political Science Review* 53(1) (1959): 69-105; 93. No entanto, a Grã Bretanha teve um baixo nível de emancipação masculina até 1918 e o sistema em que eleitores podiam votar mais de uma vez na mesma eleição ("plural voting") foi preservado até 1950. Apenas na eleição de 1950 o Reino Unido, pela primeira vez, satisfaz definições contemporâneas de uma democracia como um sistema político baseado em inclusão plena.

11 Por exemplo, Suécia, Nova Zelândia e Irlanda se aproximaram de uma democracia plena antes de 1945. Outras sociedades com acentuadas características democráticas como o Reino Unido e o Canadá, ainda preservaram privilégios eleitorais para os ricos (Reino Unido) ou leis excludentes para minorias étnicas selecionadas (Canadá). No Canadá, exclusão racial persistiu depois de 1945, embora em um nível bem menor do que nos Estados Unidos. Veja Mary Eberts, 'Women as Full Citizens: Addressing the Barriers of Gender and Race in Canadian Constitutional Development' in Irma Sulkunen, Seija-Leena Nevala-Nurmi and Pirjo Markkola (eds), *Suffrage, Gender and Citizenship – International Perspectives on Parliamentary Reforms* (Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2009), pp. 276-314.

12 Para perspectivas sociológicas disso veja Émile Durkheim, *Leçons de sociologie* (Paris: PUF, 1950); Thomas H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, introduced by Tom Bottomore (London: Pluto, 1992[1950]); Talcott Parsons, 'Full Citizenship for the Negro American? A Sociological Problem.' *Daedalus* 94(4) (1965): 1009-1054.

em direção à inclusão plena foi normalmente dirigido por um construto de cidadania nacional associado a normas internacionais.¹³ Na maioria das sociedades, a mediação ou apaziguamento dos conflitos intra-grupos que tradicionalmente bloquearam a cidadania plena e igualitária foi executado não por acordos políticos/jurídicos nacionais, mas pelo reconhecimento governamental do direito internacional dos direitos humanos. O efeito igualitário de tais normas normalmente se deve aos fatos de que elas são indiferentes a gradações intra-sociais e de que elas rejeitaram as hierarquias que sustentaram democracias parciais. Como resultado, quase universalmente, o ideal de cidadania democrática *nacional* apenas tornou-se plenamente real sobre alicerces *transnacionais*, como resultado da crescente interpenetração entre instituições nacionais e normas internacionais (direitos) e da crescente implementação de construções legais globais (direitos).

1 DEMOCRACIA NACIONAL GLOBAL

A base transnacional da democracia nacional não é visível somente no fato de que normas internacionais sinalizam um compromisso com a democracia plenamente inclusiva. Como mencionado, a base transnacional da democracia é também evidente na arquitetura básica da democracia nacional, que tem sido tipicamente transformada por meio da associação entre instituições nacionais e ordens normativas internacionais. De fato, a promoção global dos direitos humanos, incluindo o direito à democracia, tende a conduzir à elaboração de um modelo de democracia bastante distinto, estimulando padrões de engajamento com o sistema político que desviam significativamente de modos de interação entre governo e sociedade que são utilizados convencionalmente para definir democracia e cidadania democrática. Devido ao fato de que são vinculadas a direitos globais, as instituições que compõem democracias nacionais agora executam suas funções sociais básicas de uma maneira não antecipada por teorias clássicas de democracia. Em outras palavras, a ideia de que existe um direito global à democracia tem evoluído como uma das partes de uma conjuntura normativa mais ampla. Adicionalmente, o direito à democracia situa-se, globalmente, ao lado de uma série de outros direitos dos quais não pode

13 Nomeadamente, no Reino Unido, a aprovação do “Representation of the People Act (1948)”, o arremate final da democracia britânica, coincidiu amplamente com o rascunho da declaração de Direitos humanos da ONU e entrou em vigência no ano em que a Convenção Europeia de Direitos Humanos foi redigida. Nos Estados Unidos, a ligação entre as normas da ONU e a introdução do “Civil Rights Act (1964)” e do “Voting Rights Act (1965)” é notória. Em relação a esse ponto, notavelmente no mesmo ano em que apoiaram o golpe militar no Brasil, os Estados Unidos deixaram de ser uma democracia com apartheid. Para entender o contexto veja Steven L.B. Jensen, *The Making of International Human Rights. The 1960s, Decolonization and the Reconstruction of Global Values* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016).

ser facilmente separado. Juntos, esses direitos têm criado uma forma de democracia que não existia antes da democracia ser apresentada como um direito, de maneira que o direito à democracia deve ser visto, estritamente, não como um direito à democracia, mas como um direito de viver sob um sistema político pré-construído pelo sistema de direitos global.

Devido especificamente a essa base transnacional, democracias contemporâneas têm evoluído por meio de um processo no qual, em algumas instâncias, elementos clássicos de democracia têm sido traduzidos em *equivalentes funcionais*: isso é, no qual funções essenciais clássicas de instituições democráticas – por exemplo, a geração de legitimidade, a produção e legitimação de legislação, a integração igualitária de atores sociais – têm sido atribuídas a procedimentos institucionais que não foram originalmente concebidos para cumprir essas responsabilidades. Essa conversão de funções democráticas básicas em equivalentes é largamente moldada pelo fato de que instituições nacionais democráticas são estreitamente conectadas a direitos globalmente construídos. Dessa forma, direitos globais atuam como vetores de equivalência, redirecionando funções democráticas por novas vias. Tais impactos advindos da interação entre instituições nacionais e direito global são fáceis de se identificar e indicam que muitas funções da democracia são agora executadas por meio de premissas significativamente contingentes.

Primeiro, por exemplo, um dos resultados da interação entre instituições nacionais e normas globais é que, em democracias formadas recentemente, órgãos judiciais têm adquirido bem mais proeminência e autoridade do que foi antevisto por modelos clássicos de democracia. Tipicamente, isso é um resultado do fato de que os órgãos de entes políticos nacionais que mais intrinsecamente interagem com fornecedores de normas posicionadas fora de sociedades nacionais, no domínio global, são os órgãos judiciais. À medida que normas internacionais adquirem um posicionamento mais elevado, como diretrizes para construção de normas em democracias nacionais, espera-se copiosamente que cortes domésticas assegurem a implementação doméstica de normas globais. Como resultado desse processo, cortes domésticas experimentam um aumento progressivo de influência. Em vários entes políticos, conseqüentemente, funções classicamente atreladas a instituições com poder legislativo têm sido internalizadas por órgãos judiciais.

Segundo, em consequência disso, o vínculo entre democracia nacional e sistema legal global indica que direitos estabelecidos no domínio legal global são frequentemente transmitidos a sociedades nacionais por órgãos

judiciais ou semi-judiciais globais e, então, eles passam por um processo de hiperenraizamento no direito doméstico. Esse processo apresenta uma série de variações. Em algumas sociedades, a proteção dada a direitos humanos globais é moderada por tradições legais nacionais. Em outras sociedades, direitos humanos globais podem adquirir imediatamente status constitucional no direito doméstico. Em outras sociedades, cortes nacionais podem seletivamente decidir quais normas institucionais têm autoridade constitucional em seu ordenamento jurídico.¹⁴ No entanto, esse crescente vínculo entre direitos nacional e global perspassa a clássica divisão entre sociedades com ênfase monista ou dualista face ao direito internacionais. Na maioria dos entes políticos, cortes domésticas são efetivamente capazes de criar normas superiores por meio da integração do direito internacional dos direitos humanos.¹⁵ Nesse sentido, mais uma vez, funções essenciais de produção de normas democráticas são transferidas de legislaturas eleitas para cortes. De fato, isso frequentemente pressupõe, ao menos de fato, que o exercício do *poder constituinte*, originalmente a primeira reserva de soberania popular nacional, é transferido de assembleias eleitas a judiciários, uma vez que cortes podem frequentemente criar não apenas legislação estatutária mas normas primárias superiores por meio da interação com definidores de normas globais.

Em consequência, na arquitetura mais ampla da democracia contemporânea, interações entre órgãos localizados em diferentes pontos do sistema legal global frequentemente substituem modos democráticos clássicos de agência. Como um dos resultados disso, na democracia contemporânea, normas – tanto estatutárias quanto constitucionais – podem ser produzidas e legitimadas por meio de atores que guardam uma relação de *equivalência funcional* com atores democráticos clássicos. Acima de tudo, instituições dentro do sistema global se tornam criadores primárias de direito, de maneira que o sistema legal gera equivalentes funcionais para agir no lugar de agentes tradicionalmente situados no sistema político. Essas transferências funcionais são mais consolidadas em entes políticos que são parte de sistemas regionais de proteção de direitos humanos. Notavelmente, órgãos judiciais adquirem uma maior força legislativa ou constituinte quando podem dar efeito a normas regionais de direitos humanos em casos domésticos. No entanto, cortes nacionais frequentemente extrapolam os limites de convenções regionais de direitos humanos e até de tratados ratificados por seus governos para extrair

14 Isso é exemplificado na crescente importância da doutrina do bloco de constitucionalidade em alguns estados da América Latina.

15 Veja, em anos iniciais, assimilação de direito internacional dos Direitos humanos no sistema legal (oficialmente profundamente monista) do Reino Unido em *Bugdaycay v Secretary of State for the Home Department and related appeals* - [1987] 1 All ER 940.

autoridade para suas decisões diretamente de princípios gerais de direito internacional.¹⁶ Esse processo de transferência funcional é frequentemente resolvido por meio de formas de judicialização.¹⁷ No entanto, formas de judicialização não vão muito longe para explicar isso. O que ocorre nesse processo é uma transformação profunda nas premissas básicas do direito e nos procedimentos básicos por meio do qual o direito é criado e ganha autoridade.

Terceiro, a crescente saliência do direito global tem como resultado distintivo para sistemas democráticos contemporâneos a reconfiguração e destilação da forma básica de cidadania nacional em equivalentes funcionais. Em modelos clássicos de democracia nacional, dois papéis formativos essenciais são atribuídos ao cidadão, ambos responsáveis por formar precondições essenciais para a solidificação da ordem democrática nacional. Primeiro, o cidadão foi construído como membro de uma comunidade nacional ou ao menos territorial distinta, para o qual certos direitos foram estabelecidos e garantidos legalmente por causa de sua afiliação a determinada nação. Segundo, o cidadão foi construído como um participante do processo legislativo, autorizado a desempenhar um papel ativo na formação de normas que obrigam todos cidadãos em suas vidas privada e pública.¹⁸ Em relação a esses dois aspectos, o cidadão apareceu como a unidade central de atribuição na formação da democracia nacional e, tanto funcionalmente como normativamente, a democracia nacional não era possível sem cidadania.¹⁹ Na primeira dimensão, o cidadão forneceu um alicerce legal para a integração de sociedades nacionais.²⁰ Na segunda dimensão, o cidadão forneceu um ponto de apoio político para a legitimação de legislação em sociedades nacionais: desde a era clássica da democracia, o cidadão tem sido definido como um agente participante da sociedade, que interage com instituições legislativas para criar e trazer legitimidade ao direito. Democracia clássica, então,

16 Para exemplos, veja o uso de tratados não ratificados no Quênia para criar direitos indígenas em *Rangal Lemeiguran and Others v. Attorney General and Others*, 2006 (H.C.K.)

17 Veja Alec Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2000); Ran Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004).

18 Classicamente, Kaint defendeu que cidadãos (*Staatsbürger*) são os membros de uma sociedade particular – o estado – e eles são definidos pelo fato de que são “unificados pela legislação”: Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, in: *Werkausgabe*, edited by Wilhelm Weischedel, in 12 vols. (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977b [1797]), vol. 8, pp. 432-33.

19 Veja Charles Tilly, *Contention and Democracy in Europe, 1650-2000* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), p. 8.

20 Dieter Gosewinkel, *Einbürgern und Ausschließen. Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit vom Deutschen Bund bis zur Bundesrepublik Deutschland* (Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 2001).

pressupõe uma linha direta de comunicação política entre cidadãos agindo em sociedade e instituições legislativas e, por meio dessa linha de comunicação, legislaturas adquirem autoridade para aprovar leis e demandar cumprimento de leis.

No modelo de democracia conectado ao crescimento global de direitos humanos, no entanto, o cidadão tem sido reconfigurado, e alguns atributos clássicos de cidadania têm sido absorvidos em processos de uma natureza ampla de equivalência funcional, primariamente localizados dentro do sistema global. Em democracias modernas, cidadãos usualmente aparecem para seus sistemas políticos em dois papéis distintos e se comunicam com seus sistemas políticos por meio de duas linhas de interação separadas – ou *circuitos de comunicação* (no original em inglês, “communication loops”). De um lado, cidadãos ainda se comunicam com seus sistemas políticos por meio de procedimentos institucionais convencionais e transmitem impulsos direcionados a instituições políticas, primariamente aquelas com funções legislativas clássicas, por meio de eleições, participação em partidos políticos, interações na mídia, protestos e outras formas de organização política. O cidadão, então, permanece como foco de articulação dentro da sociedade entre o sistema político e os atores em seus ambientes sociais. Cada vez mais, no entanto, o cidadão também aparece para o sistema político como um titular de direitos construídos sob direito global e comunica-se com o sistema político como um membro não apenas de uma constituinte política nacional, mas também de uma ordem legal global.

Nessa segunda qualidade, importantemente, o cidadão é capaz de contornar processos normais de participação democrática exigidos para criação legislativa e agentes sociais são capazes de estimular a produção de direito em suas sociedades por meio da associação direta entre reivindicações sociais e normas que já estão consolidadas em um nível global, especialmente normas expressas como direitos humanos. Em muitos entes políticos, cidadãos são capazes de estimular atos legislativos por meio de práticas não identificadas sob os modos de participação e agência política usualmente característicos de cidadania e eles ajudam a criar normas por meio da formação de interações entre normas jurídicas domésticas e globais. Isso pode ocorrer por meio de processos de mobilização social, nos quais grupos sociais específicos tentam concretizar direitos globais em sociedades nacionais.²¹ No entanto, isso pode ocorrer por meio de engajamentos mais singulares e localizados no sistema legal, especialmente por meio de atos de litigação (individual ou coletiva) que associa processos sociais

21 Veja *supra* nota 6.

intrínsecos a normas globais ou que buscam obter remédios para problemas domésticos por meio de referência a direitos definidos globalmente. Nessas instâncias, cidadãos são capazes de criar normas enquanto se dirigem ao sistema político nacional como titulares de direitos globais e impondo o reconhecimento de tais direitos no ordenamento jurídico nacional. Nessas instâncias, litigação fazendo referência a normas alocadas no sistema legal global pode aparecer como um equivalente funcional de formas participativas mais clássicas de cidadania e os resultados clássicos de práticas de cidadania (legislação) são acessados como atos de cidadãos. Cidadãos aparecem aqui não somente como um simples agente político, mas como um *litigante*, conectando a entidade política nacional ao sistema de normas globais por meio de litigação de direitos. Por meio desse padrão de equivalência funcional, a maioria dos sistemas políticos nacionais agora produzem legislação por meio de duas linhas de comunicação paralelas, sobrepostas, mas bastante distintas: ou seja, por meio de comunicação com cidadãos como agentes intra-sociais e por meio de comunicação com cidadãos como titulares de direitos globais.

Essa construção de cidadania ao redor de equivalentes funcionais é de importância vital para a realização da democracia na sociedade contemporânea. Em particular, essa construção tem sugerido que o cidadão democrático perde o foco exclusivo nos padrões de participação legislativa simples, verticais e novos campos de cidadania são abertos, de maneira que o cidadão se engaja em produção de direito por meio de múltiplas trocas. Por meio da conversão da cidadania em um grupo de equivalentes funcionais, a forma legal da sociedade é criada por uma variedade de diferentes atores, de maneira multicêntrica, e litigação focada em direitos globais torna-se uma fonte central de produção primária de normas e integração. Cidadania em si torna-se, então, um conjunto de práticas profundamente contingente.

Em um primeiro nível, no modelo de democracia baseado em equivalência, ao litigar por direitos, cidadãos adquirem a habilidade de expandir ou, mais ainda, de amplificar direitos que já estão incipientemente estabelecidos na ordem legal existente da sociedade. Exemplos disso são claros, historicamente, na construção dos direitos à igualdade, à privacidade, à dignidade, em que direitos primários existentes deram espaço, por meio de litigação, a sequências de direitos subsidiários ou corolários.²² Nesses

²² Nos Estados Unidos, direitos à privacidade (esses mesmos construídos por meio de decisões judiciais) têm sido expandidos para gerar direitos de escolha reprodutiva e autonomia sexual. Veja respectivamente *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Na Colômbia, direitos à saúde (esses mesmos construídos por meio de decisões judiciais) têm sido interpretados para incluir o direito

casos, atos de litigação têm ajudado a imprimir uma trama normativa sobre a sociedade, que se tornou mais responsiva a interesses de minorias e permitiu atores minoritários a se diferenciarem de processos majoritários de representação. Em um nível mais profundo, engajamento em litigação envolvendo direitos globais pode também significar que cidadãos adquirem a capacidade de usar direitos globais de formas mais constitutivas, de maneira que mobilização em torno de direitos – tanto singulares como coletivos – se torna uma fonte de direitos completamente novos. Exemplos disso são evidentes, mais recentemente, na esfera do direito à saúde e do direito de escolha sexual e reprodutiva, no qual direitos significativamente novos têm sido cristalizados.²³ Nesses casos, litigação tem tendido a imprimir uma forma de sociedade constitucional multicêntrica e a consolidar grupos de direitos em esferas sociais distintas, que não são sempre intimamente relacionadas.²⁴

No modelo de democracia baseado em equivalência, mais importante, a litigação relacionada a direitos humanos globais é capaz de construir situações em que novos sujeitos legais adquirem visibilidade, de maneira que contestação de direitos em sociedade permite novos atores e coletividades a adquirir personalidade legal, levando à capacidade de gerar novas leis. O exemplo mais evidente desse padrão de construção de subjetividade na história recente é o caso de povos indígenas, em que instrumentos internacionais de direitos humanos têm habilitado certos grupos a exigir direitos distintos. De fato, tais instrumentos têm ganhado efeito além de comunidades indígenas e incentivam a emergência de uma gama de novos sujeitos legais, tanto sob a esfera do direito nacional quanto internacional.²⁵ No entanto, essa construção subjetiva também pode ser vista na emergência de novos grupos definidos por compartilharem questões relacionadas

de acesso a serviços médicos efetivos e de boa qualidade (T-760/08), ao contínuo tratamento por doença e direitos a um diagnóstico efetivo (T-361/14). Eventualmente, o direito à saúde mental foi também colocado sob proteção constitucional (T-010/16).

23 Por exemplo, a Corte Constitucional Colombiana tem autonomamente declarada que o direito à saúde é um direito fundamental em si e expandido esse direito ao declarar a existência de um direito de acesso a serviços médicos efetivos e de boa qualidade (T-760/08); um direito ao tratamento contínuo de doenças; um direito a um diagnóstico efetivo (T-361/14); e até um direito a saúde mental (T-010/16). Recentemente, no Reino Unido, as cortes têm incitado importantes revisões legais relacionadas a direitos reprodutivos de homens solteiros de orientação homossexual. Veja *Re Z (A Child)* (No 2) [2016] EWHC 1191 (Fam).

24 Veja reflexão teórica inicial sobre padrões similares de formação normativa em Rupert Scholz, *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung. Verfassungsprobleme um Tendenzschutz und innere Pressefreiheit* (Berlin: Duncker und Humblot, 1978).

25 Veja, por exemplo, a expansão de direitos indígenas para criar direitos para “comunidades tradicionais” genericamente definidas no direito brasileiro, notavelmente em Ação Civil Pública nº 3883-98.2012.4.01.3902.

a sexualidade, interesses reprodutivos, necessidades médicas e, ainda mais comumente, por serem membros de um mesmo ecossistema.²⁶ Em instâncias desse tipo, a forma material de cidadania emerge por meio do exercício de cidadania e atos de litigação dão visibilidade a novas afiliações legais/políticas e identidades, frequentemente vinculando processos legais nacionais a domínios do direito global. A esse respeito, novamente, a importância da equivalência funcional é especialmente evidente, uma vez que o sistema legal em si se torna a origem de normas primárias da sociedade e até mesmo do cidadão.

De maneira geral, a democracia contemporânea não pode ser facilmente entendida como uma ordem institucional na qual cidadãos, de maneira simplesmente vertical, canalizam seus desejos por meio de instituições políticas, especialmente instituições com funções legislativas. Em vez disso, a democracia contemporânea precisa ser vista como um sistema complexo de inclusão, com múltiplas articulações conectando o sistema político a atores sociais. Nesse sistema, o direito pode ser produzido a partir de diferentes pontos, e até a subjetividade legal/política básica de indivíduos aptos a criar direito não é sólida ou categoricamente definida. Nesse sistema, acima de tudo, muitas funções democráticas clássicas têm sido assumidas por atores formando equivalentes a cidadãos políticos clássicos, de maneira que funções de cidadania são alocadas a múltiplos atores e múltiplas formas de agência. Essa relação de equivalência é tipicamente construída à medida que agentes sociais acionam interações entre instituições legais nacionais e normas globais.

2 AS ANTINOMIAS DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Por conseguinte, se observado funcionalmente, o direito internacional tem nitidamente expandido a democracia como uma realidade global. Ainda, a forma comum de democracia contemporânea não tem decorrido diretamente do conteúdo de um direito pré-definido e prescrito. Ao contrário, a forma comum de democracia tem decorrido, contingencialmente, da ampla construção de um sistema global de direitos humanos. A verdadeira realidade da democracia tem emergido como um conjunto de práticas relacionadas a direitos, que não é necessariamente o mesmo que democracia. O direito internacional tem produzido uma variante distintiva de democracia, baseada em padrões complexos de divisão funcional de papéis que, contingentemente, decorre não de visões compartilhadas de

²⁶ Nesse último ponto, o direito colombiano agora estende personalidade legal até para rios, encontrando suporte construtivo no direito internacional. Veja T-080/15; T-622/16.

governança democrática porém – mais contingentemente – da construção baseada em direitos do direito global.

Independentemente de seus alicerces, pode-se perceber que esse novo modelo de democracia tem certas vantagens distintivas. De fato, em alguns aspectos, esse modelo evoluiu como parte de um processo de aprendizagem institucional que cria novas camadas de complexidade em instituições políticas e que, em certos aspectos, supera antinomias inerentes a modelos mais clássicos de democracia.

Os benefícios desse novo modelo de democracia podem ser observados mais claramente a partir de uma perspectiva histórico-funcional. É particular ao novo modelo de democracia a possibilidade de apanhar interesses de minorias na sociedade, que são frequentemente ofuscados por blocos dominantes de cidadãos, e dar suporte a atores e organizações submersos entre padrões majoritários de representação. Por essa razão, o modelo tem desempenhado um papel central em afastar a democracia do modelo dominante de *democracia parcial*, característica da democracia nacional. Em muitas sociedades, como mencionado, a erradicação de democracia parcial pode ser especificamente atribuída ao fato de que órgãos judiciais têm usado direito internacional para imprimir uma construção abrangente e inclusiva do cidadão em estruturas sociais nacionais.²⁷

Simultaneamente, os benefícios do novo modelo de democracia podem ser vistos em uma perspectiva mais normativa/conceitual ou fundamentalmente teórica.

Tem sido amplamente discutido que a teoria clássica do estado constitucional contém uma antinomia central ou que tal teoria é comprometida com dois propósitos ou dois procedimentos de legitimação política, que são, ou que podem ser, mutualmente exclusivos e que contradições desestabilizadoras frequentemente ocorrem entre eles. De um lado, seguindo a teoria clássica, a função primária básica de uma constituição é estabelecer um conjunto de normas superiores dentro do estado, usualmente ligadas ao reconhecimento de direitos humanos básicos. Uma vez que essa parte da constituição é estabelecida, procedimentos para legislação e outros atos governamentais são vinculados por normas predeterminadas, de maneira que toda legislação reflete princípios superiores e valores (direitos) estabelecidos na constituição. Nessa

27 Casos emblemáticos de dessegregação nos Estados Unidos foram diretamente fundamentados pelo direito internacional. Veja *Henderson v. United States*, 339 U.S. 816 (1950); *Bolling v. Sharpe* 347 U.S. 497 (1954).

dimensão, a função da constituição é separar o estado do governo e assegurar que o estado não é desestabilizado ou monopolizado por agentes (singulares ou coletivos) momentaneamente ocupando posições de autoridade executiva ou legislativa. Por meio dessa função, ao definir o estado como um repositório de normas superiores e até supra-positivas, a constituição traz legitimidade ao estado e acentua a *distinção normativa essencial* entre estado e outras organizações existentes na sociedade. De outro lado, segundo a teoria clássica, uma constituição é concebida para garantir participação no exercício de funções governamentais e, acima de tudo, para garantir que a vontade do povo é implementada por meio de legislação, de maneira que o povo é integrado no sistema de governança como autor original de direito. Nessa dimensão, a função da constituição é preservar uma relação direta entre o estado e o povo, de maneira que o estado não se torne separado dos interesses populares existentes na sociedade. Por meio dessa função, ao projetar o estado como um decreto em andamento da vontade material do povo, a constituição traz legitimidade ao estado e *estende a força integrativa* do estado na sociedade. Como resultado, é tipicamente esperado que a constituição equilibre duas funções consideravelmente separadas e dois processos de legitimação consideravelmente distintos, um orientado em direção à consagração de normas superiores no estado e um orientado em direção à integração social por meio de engajamento participativo de atores sociais nas funções do estado.

Tipicamente, durante a vigência de uma constituição, uma dessas dimensões funcionais/legitimadoras irá assumir prevalência, frequentemente com implicações problemáticas para o estado como um todo. Ou seja, tipicamente *ou* os padrões de participação de massa (integração social) irão relegar a posição de normas superiores no estado, frequentemente conduzindo a um enfraquecimento do estado como sistema normativo, *ou* os órgãos com responsabilidade de interpretar normas superiores (distinção normativa) irão limitar o engajamento de cidadãos nos processos mais importantes de legislação, reduzindo a extensão em que normas são produzidas, de fato, por cidadãos. Exemplos do primeiro fenômeno são bastante comuns na Europa durante o período entre-guerras e na América Latina, onde constituições são marcadas por um profundo compromisso com participação popular e estados são visivelmente desestabilizados pelas dinâmicas de politicização desprendidas por essas constituições.²⁸ Exemplos

28 Na América Latina isso pode ser ligado ao fenômeno amplamente diagnosticado de hiperpoliticização. Veja contribuições em Henry A. Landsberger and Tim McDaniel, 'Hypermobilization in Chile, 1970-1973.' *World Politics* (1976) 28(4): 502-541; Douglas A. Chalmers, 'The Politicized State in Latin America' in James M. Malloy (ed), *Authoritarianism and Corporatism in Latin America* (Pittsburgh:

do segundo fenômeno são atualmente visíveis em algumas sociedades, sobretudo nas quais as funções legislativas do governo são notavelmente restringidas e nas quais a possibilidade de formas públicas de agência política moldar legislação ou mesmo normas constitucionais primárias é limitada.²⁹ Não é de se estranhar que alguns dos mais importantes escritores na história recente da teoria constitucional têm tentado demonstrar como essa antinomia no constitucionalismo, formulada como uma tensão entre direitos básicos e soberania popular, pode ser resolvida.³⁰

De algumas maneiras, no entanto, esse problema teórico situado no centro do constitucionalismo democrático é, ao menos parcialmente, superado pela emergência de um novo modelo de constitucionalismo, delineado anteriormente, que converte certos elementos de democracia clássica em equivalentes funcionais. Nesse modelo, como mencionado, a dimensão constitucional de participação é dividida em dois canais de comunicação separados, um dos quais opera no sistema político por meio de funções clássicas ligadas ao sistema legal (especialmente via litigação vinculada a direitos humanos globais). Isso significa que, em paralelo a padrões mais comuns de engajamento eleitoral, o sistema político tem um segundo canal de engajamento participativo, por meio do qual ele mantém uma proximidade imediata com agentes na sociedade. Na verdade, o sistema político adquire um duplo alicerce na participação popular e gera dupla legitimidade na dimensão participativa de funções constitucionais. O segundo canal de participação, que opera no sistema político por meio do judiciário, é, no entanto, distintivo nesse modelo. Tal canal de participação é intrinsecamente estruturado em relação a direitos e age para intensificar a posição de direitos, parcialmente definidos no nível global dentro do contexto da sociedade nacional. Isso significa que, no segundo canal, padrões ativos de participação submetem-se a uma filtragem normativa antes de entrar no estado e, enquanto trazem legitimidade integrativa ao estado, constantemente aumentam a autoridade de normas hierarquicamente superiores dentro do sistema governamental. No segundo canal, o estado obtém ambas vantagens legitimadoras prometidas pela teoria constitucional clássica – integração por meio de participação e distinção por meio de formação de normas hierarquicamente superiores. Na verdade, contrariando a lógica do constitucionalismo clássico, no novo modelo de democracia, a participação serve para solidificar princípios

University of Pittsburgh Press, 1977), pp. 23-46; Guillermo O'Donnell, *Y a mí qué me importa? Notas sobre sociabilidad y política en Argentina y Brasil*, Kellogg Institute, Working Paper # 9 (1984), p. 37.

29 Veja discussão ampla em Simon Chesterman, *You, the people. The United Nations, Transitional Administration, and State-Building* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

30 HABERMAS, Jürgen. 'Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie' in Ulrich K. Preuß (ed), *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen* (Frankfurt: Fischer, 1994), pp. 83-94.

hierarquicamente superiores no estado e as normas hierarquicamente superiores abrem múltiplas linhas de comunicação entre estado e sociedade: o sistema político adquire distinção normativa elevada e inclusão integrativa ampla ao mesmo tempo e por meio dos mesmos procedimentos. A contradição entre os princípios essenciais de forma constitucional é, então, diminuída; na verdade, no segundo canal de comunicação, esses princípios se tornam dialeticamente ligados e complementares.

É provável que esse padrão de democracia baseado em equivalência traga benefícios funcionais para o sistema político. Nesse modelo democrático, o fato de que uma linha de mobilização coletiva envolve uma articulação entre ações e normas (direitos) intra-sociais estabilizadas no nível global destila a agência política da sociedade em uma forma de participação distinta. É improvável que essa forma de participação distinta coloque uma pressão intensa ou desestabilizadora nos recursos normativos do governo. Por exemplo, à medida que instituições ligadas a governos nacionais engajem com cidadãos assentando reivindicações aos direitos globais, é improvável que tais direitos gerem processos de politicização coletiva incontroláveis na sociedade. Como tais direitos já existem na esfera do direito global como prerrogativas previamente formuladas, o reconhecimento de reivindicações por esses direitos podem usualmente acontecer em procedimentos simplificados, frequentemente individualizados e improváveis de taxar a estabilidade de instituições. Além disso, o fato de que referência ao direito global conduz a uma divisão da cidadania em personalidades distintas também previne tendências direcionadas à politicização societal massiva, inerente a formas mais clássicas de democracia. Adicionalmente, o parcelamento da cidadania ao redor de diferentes direitos globais significa que instituições estatais são expostas de maneira menos intensa a pressões voláteis. Como resultado, é sempre improvável que a concentração de engajamento político em volta de direitos que existem no direito global ira conduzir a uma perda de distinção normativa pelo estado. Como mencionado, uma vez que a mobilização participativa em torno de direitos tipicamente vincula o estado a uma ordem normativa preexistente, ela, de fato, aumenta a diferenciação normativa do estado em relação a outros atores sociais.³¹

3 AS NOVAS PRÉ-CONDIÇÕES DA DEMOCRACIA

Em geral, esse novo modelo de democracia é efetivo tanto funcionalmente, ao consolidar a democracia, e normativamente, ao suavizar as antinomias da democracia clássica. Em particular, o fato de que elementos centrais da

31 Paradigmática para isso é o caso da Colômbia, onde juízes da Corte Constitucional têm defendido que a litigação de *tutelas* pode ser utilizada simultaneamente para consolidar o impacto de normas internacionais na sociedade colombiana e para reforçar a autoridade efetiva do estado em relação a outros atores (SU-1150/00).

democracia clássica são traduzidos em equivalentes funcionais significa que as contradições típicas e as pressões sistêmicas da democracia clássica podem ser evitados. Para que os benefícios desse novo modelo sejam realizados, no entanto, certas precondições institucionais precisam ser preservadas para que se possa estabelecer e preservar o sistema de equivalência funcional.

Essas precondições são delineadas abaixo:

3 (I) LITIGAÇÃO CONSTITUCIONAL

Uma primeira precondição institucional do modelo de democracia baseado em equivalência funcional é que a constituição estatal contenha sólidas provisões para litigação constitucional, de maneira que cidadãos individuais possam facilmente engajar em comunicação direta relacionada a normas constitucionais. A existência de tais provisões dentro do sistema político significa que agentes individuais podem vincular reivindicações sociais diretamente à constituição e assegurar que essas reivindicações possam ser elaboradas em uma forma de participação que permite, simultaneamente, a ressonância de normas constitucionais na sociedade e o fortalecimento da primazia da constituição no estado.

3 (II) LITIGAÇÃO COLETIVA

Uma segunda precondição institucional desse modelo de democracia é, tipicamente, que provisões para litigação ativa em bases constitucionais sejam amplas. De fato, esse modelo de democracia usualmente depende da garantia de fortalecimento de litigação ativa para atores coletivos engajados em apresentar petições de interesse público. Na maioria das configurações na qual agência judicial tem desempenhado um papel essencial na intensificação democrática, princípios de *locus standi* têm sido significativamente liberalizados.³² Em particular, a autorização de uma capacidade para litigar ampla em litigações coletivas é uma precondição vital para a emergência de novos sujeitos legais e para a formação de novos direitos.

3 (III) PROEMINÊNCIA DE DIREITOS HUMANOS

É mais provável que esse modelo de democracia seja mais efetivo quando produza provisões consolidadas para a litigação constitucional e coletiva envolvendo especificamente e distintamente a direitos humanos.

32 Exemplos centrais são Índia, Colômbia e Quênia. A exceção chave é Alemanha, onde, apesar das tentativas de legalizar litigação de interesse público, legitimidade para realizar litigação coletiva ainda é muito limitada.

Primeiro, a litigação constitucional envolvendo direitos humanos intensifica a iminência de articulação entre litigantes e componentes essenciais da constituição nacional e tem uma propensão particular a intensificar a estrutura normativa essencial da constituição. Notavelmente, a litigação constitucional envolvendo direitos humanos é mais propensa a garantir que a litigação permaneça focada em questões constitucionais essenciais e a elevar o status de normas de natureza categoricamente pública. A litigação envolvendo direitos humanos é também mais propensa em comparação a outros tipos de litigação de direito público a gerar resultados que se estendem além de casos particulares, de maneira que atos de litigação assumem um impacto transversal ou até contagioso na sociedade, produzindo normas que se aplicam a outros casos ou outras esferas da prática.³³ Adicionalmente, como discutido, é tipicamente por meio de litigação envolvendo direitos humanos que novos padrões de formação subjetiva ocorrem; em muitas instâncias, novos processos de criação de subjetividade se cristalizam em torno de direitos; especialmente direitos que já possuem autoridade no domínio normativo global. A litigação constitucional envolvendo questões que são estritamente menos relacionadas a direitos humanos – por exemplo, litigação de questões procedurais ou questões de competência – é menos propensa a produzir resultados com um alcance normativo mais abrangente e a construir oportunidades amplas de participação para a definição de legislação. Adicionalmente, litigação de direito público que não é focada em questões comuns de proteção de direitos humanos é amplamente responsiva a interesses individuais bastante particulares e é mais suscetível a ser monopolizada por litigantes buscando defender motivos particulares privados. Para esse nível, o fato de que a litigação esteja concentrada em torno de reivindicações gerais de direitos usualmente significa que ela age como um equivalente funcional a qualificações de cidadania na dimensão eleitoral da democracia, garantindo que participação por meio de litigação reflita questões de vasto interesse público e que litigantes apareçam para o sistema político como atores públicos diferenciados.³⁴ O foco em litigação envolvendo direitos básicos

33 Na Colômbia, notoriamente, alguns resultados de casos relacionados a litigação de interesse público receberam *inter comunis status*, gerando, então, efetivamente legislação vigente. A mais notável instância é o caso T-025/04.

34 Isso pode ser visto como subdesenvolvido no Brasil, onde litigação constitucional não tem um foco extensivo em reivindicações diretamente ligadas a direitos básicos. Veja Alexandre Araújo Costa and Juliano Zaiden Benvindo, *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*, Working Paper at: http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf, pp. 63, 72; Fabiana Luci Oliveira, 'Justice, Professionalism and Politics in the Exercise of Judicial Review by Brazil's Supreme Court,' *Brazilian Political Science Review* (2008) 3: 93-115; 105.

significa, então, que os resultados legislativos da litigação tenham uma substância geral e pública.³⁵

Segundo, a litigação envolvendo direitos humanos é também propensa a ter uma ressonância estrutural mais ampla sobre a sociedade e a vincular o sistema político, de maneira integral e expandida, com indivíduos ocupando diferentes posições sociais. Notavelmente, evidências sugerem que a existência de provisões constitucionais para litigação de direitos humanos é especialmente efetiva em enraizar constituições em sociedades marcadas por uma estrutura social desigual – por exemplo, aquelas marcadas por relações inter-étnicas complexas ou por uma história de penetração democrática institucional fraca.³⁶ Esse benefício é sentido até em sociedades que não atingiram um estágio de democracia plena e, nesses instâncias, a litigação de direitos humanos frequentemente age para consolidar precondições institucionais que podem ultimamente facilitar uma democratização mais abrangente.³⁷

3 (IV) ACESSO IGUALITÁRIO A CORTES

Naturalmente, esse novo modelo de democracia pressupõe que uma constituição nacional permita amplo acesso igualitário a cortes para todos atores sociais, tanto individualmente quanto coletivamente. Acesso a cortes, nesse respeito, não deve ser entendido meramente como uma forma de incluir o mero direito a um remédio efetivo, que tem se aproximado progressivamente do status de *jus cogens* global.³⁸ Acesso

35 Apoiando essa ideia veja Benedict Kingsbury, 'International Law as Inter-Public Law' in Henry R. Richardson and Melissa S. Williams (eds), *NOMOS XLIX: Moral Universalism and Pluralism* (New York: New York University Press, 2009), pp. 167-204.

36 Como exemplo, a constituição de 2010 do Quênia, criada em um contexto marcado por duradouras hostilidades inter-étnicas, contém provisões para litigação direta relacionada a direitos constitucionais. Classicamente, casos colombianos envolvendo *tutelas* têm ganhado importância estrutural em um ambiente social determinado historicamente por uma penetração estatal bastante fraca.

37 No sistema de democracia parcial da Rússia, litigação relacionada a Direitos humanos tem aumentado nas últimas décadas. Para os resultados desse processo em termos de construção e fortalecimento do estado veja Maria Smirnova and Chris Thornhill, 'A Sociological Approach to the Russian Constitution.' *Comparative Sociology* 15(6) (2016): 747-793.

38 Importantes declarações de princípios podem ser encontradas na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, principalmente nos casos em que a Corte impôs penas estritas contra estados restringindo acesso a cortes. Veja: IACtHR, Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants, Mexico, Advisory Opinion, Advisory Opinion OC-18/03; Judicial Guarantees in States of Emergency (Arts. 27.2, 25 and 8 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-9/87, October 6 1987. Em um caso emblemático 'o direito de acesso à justiça' foi descrito como 'um imperativo de *jus cogens*': IACtHR, Case of the Pueblo Bello Massacre v. Colombia. Judgment of January 31, 2006.

a cortes também implica que a liberdade de buscar remédios em bases constitucionais ou em bases de direitos humanos não é seletivamente protegida por atores ou organizações com posições privilegiadas na sociedade. A remoção de acesso seletivo ou formalmente privilegiado dos procedimentos de litigação constitucional é predisposta a reforçar a força legitimadora da litigação; essa remoção aumenta as oportunidades participativas criadas por litigação, intensifica o poder de litigação para elevar a autoridade de normas constitucionais e, visivelmente, fortalece o alcance integrativo do direito constitucional em diferentes domínios intra-sociais.³⁹ Nas instâncias em que acesso à obrigação é sujeito à filtração nos termos de privilégio organizacional, essa linha de comunicação será tipicamente corrompida. De fato, nas instâncias em que acesso igualitário amplo à litigação constitucional não é garantido, a função da litigação de intensificar estruturas democráticas irá ser facilmente compensada pelos interesses de atores privados. De maneira geral, provisões estritas são necessárias para evitar seletividade excessiva nos procedimentos que permitem às partes procurar litigação constitucional.

3 (V) VÍNCULO COM DIREITO INTERNACIONAL

É mais provável que os efeitos benéficos desse novo modelo de democracia sejam maiores se os processos de litigação constitucional em sociedades nacionais, por meio de cortes nacionais, estiverem intrinsecamente ligados ao direito internacional dos direitos humanos. Isso pode ocorrer por meio de muitos procedimentos diferentes e sistemas nacionais legais podem estar abertos ao direito global de diversas formas. Em alguns entes políticos que estão tecnicamente próximos ao direito global dos direitos humanos, cortes são capazes de estender o escopo de direitos nacionais para alinhá-los a direitos globais, mesmo quando isso, na superfície, é constitucionalmente problemático.⁴⁰ No entanto, nas instâncias em que sistemas legais nacionais estão posicionados em ordens regionais de proteção de direitos humanos e em que cortes nacionais são escrupulosas e fazem cumprir direitos extraídos do respectivo sistema regional, o litigante, mesmo quando situado dentro da sociedade nacional, é imediatamente transformado, simultaneamente, em um litigante sob direito global e, então, em um *cidadão mundial*. Nessas configurações, a litigação serve inevitavelmente para elevar

39 O uso de tutelas na Colômbia é novamente um bom exemplo. Importaneamente, tutelas têm amplo alcance geográfico e, em remotas regiões, foram uma linha de contato vital conectando cidadãos ao estado.

40 Veja exemplos na *supra* nota 22.

a força normativa da constituição, uma vez que liga a constituição nacional a direitos internacionais robustamente protegidos. Além disso, nas instâncias em que isso ocorre, a litigação é capaz de produzir um profundo impacto na estrutura legal da sociedade como um todo. De fato, é em configurações nas quais litigação consegue imediatamente articular direito nacional com direito global que a habilidade de gerar novos direitos e novos padrões de subjetividade política, inerentes a determinadas formas de litigação, se tornam mais evidentes.⁴¹

3(VI) SEPARAÇÃO DE DUAS DIMENSÕES DE ARTICULAÇÃO POLÍTICA

A análise acima deixa implícita a alegação de que é essencial para a nova forma de democracia que diferentes linhas de comunicação entre o sistema político e atores em diferentes partes da sociedade sejam mantidas essencialmente distintas e diferenciadas. Ou seja, o modelo pressupõe, de um lado, que cidadãos apareçam para o sistema político como portadores de interesses intra-sociais e como membros de constituintes intra-sociais, buscando diretamente traduzir tais interesses em atos singulares de legislação. No entanto, o modelo pressupõe, de outro lado, que, de maneira consideravelmente separada, pessoas apareçam para o sistema político como portadores de direitos globais e como agentes intimamente associados ao sistema de direito global, permitindo a direitos altamente generalizados penetrar imediatamente no direito nacional. A distinção entre essas linhas de articulação apresenta claros benefícios: o sistema político permanece sensível a diferentes tipos de reivindicação política, especialmente reivindicações ligadas a minorias; atores podem fomentar legislação por diferentes razões e em diferentes esferas sociais; a habilidade do sistema político de gerar direito como uma resposta a vários modos de fomento é protegida e reforçada.

Na verdade, é importante evitar purismo a esse respeito uma vez que inevitavelmente haverá alguma sobreposição entre essas distintas linhas de articulação. Idealmente, no entanto, provisões estritas são exigidas para assegurar que as duas linhas de comunicação não sejam monopolizadas pelos mesmos atores e que as mesmas questões não sejam introduzidas no sistema político por meio de ambos canais. Isso é melhor alcançado por meio de provisões que assegurem que seletividade na concessão de acesso a procedimentos de litigação constitucional

41 Veja o início da construção de direitos homoafetivos no Reino Unido desde *Smith and Grady v UK* (1999) 29 EHRR 493.

seja limitada. É provável que uma corrupção particular a esse modelo ocorra se venha à tona uma situação na qual atores que já possuem acesso seguro ao sistema político por meio de uma linha de comunicação obtenham acesso privilegiado ao sistema político por meio de outra linha diferente de comunicação. Um exemplo extremo disso pode ser uma situação na qual atores que já têm uma forte representação no circuito convencional (político) entre governo e sociedade sejam capazes de colonizar o segundo circuito (legal) entre governo e sociedade para afirmar reivindicações políticas.⁴² Nesses casos, organizações com uma presença estável na linha política de comunicação podem ser capazes de instrumentalizar a linha legal de comunicação para ganhar uma influência expandida em decisões políticas, reinserindo, portanto, o circuito político por meio do canal legal de articulação. Nessas situações, é provável que a linha legal de trocas experimente intensa desestabilização, que interações judiciais se tornam politizadas e que os benefícios de cidadania legal em aumentar a distinção normativa e reforçar a inclusividade do sistema político como um todo sejam comprometidos. De fato, nessas situações há um perigo claro de que a distinção normativa do sistema político como um todo será erodido. Ademais, isso cria o risco de que a capacidade de articulações legais de ampliar a estrutura de inclusão na sociedade não produza efeito. A capacidade de trocas legais de intensificar a sensibilidade do sistema político a novos direitos constitucionais, frequentemente ligada a grupos sociais minoritários, será suspensa. De fato, isso ameaça que o grau de inclusão do sistema político esteja sujeito a uma maior limitação do que em sistemas que não têm uma ordem de direitos fortemente protegida, uma vez que atores privilegiados serão hábeis para dominar ambos canais de articulação, dando dupla proteção a interesses políticos já consolidados.

4 O FUTURO DA DEMOCRACIA

Em síntese, a democracia nacional evoluiu como um sistema de inclusão generalizada, substituindo o sistema pluralístico, baseado em privilégios que caracterizou sociedades pré-modernas – sejam sociedades europeias, baseadas em hierarquias pessoais, ou sociedades não-europeias baseadas em autoridade colonial. O padrão de cidadania subjacente à democracia é orientado para garantir máximas inclusão igualitária e participação como princípios estruturais e legitimadores.

⁴² Nos poderíamos identificar uma tendência nesse sentido no Brasil. Veja Carolina Arlota and Nuno Garoupa, 'Addressing Federal Conflicts: An Empirical Analysis of the Brazilian Supreme Court, 1988-2010.' *Review of Law and Economics* (2014)10(2): 137-168; 144.

Não obstante, democracias centradas somente na expressão nacional do poder legislativo não tiveram bom desempenho em relação a esses princípios legitimadores. Como outros padrões de democracia, no entanto, esse novo modelo permanece bastante frágil. Certamente, o risco inerente a toda democracia – de que interesses privados possam receber um status que anula as pretensões da democracia em si – é especialmente forte em sistemas democráticos nos quais o novo modelo democrático é parcialmente desenvolvido mas, ainda, não totalmente consolidado.