

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MAURICIO WOSNIAKI SERENATO

UMA APOSTA NO POVO: DEMOCRACIA FORTE E CONSTITUCIONALISMO  
FRACO NO CONTEXTO DE TENSÕES DAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS

CURITIBA

2019

MAURICIO WOSNIAKI SERENATO

UMA APOSTA NO POVO: DEMOCRACIA FORTE E CONSTITUCIONALISMO  
FRACO NO CONTEXTO DE TENSÕES DAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

**Orientadora:** Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Katya Kozicki.

CURITIBA

2019

S483a

Serenato, Mauricio Wosniaki

Uma aposta no povo: democracia forte e constitucionalismo fraco no contexto de tensões das democracias constitucionais / Mauricio Wosniaki Serenato; orientadora: Katya Kozicki. – Curitiba, 2019. 186 p.

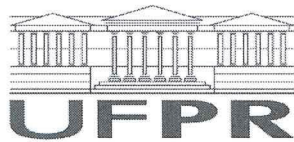
Bibliografia: p. 176-186.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

1. Direito constitucional. 2. Democracia. 3. Poder constituinte. I. Kozicki, Katya. II. Título.

CDU 342

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná  
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas  
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -  
40001016017P3

## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **MAURICIO WOSNIKI SERENATO** intitulada: **Uma aposta no povo: democracia forte e constitucionalismo fraco no contexto de tensões das democracias constitucionais.**, após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 28 de Março de 2019.

KATYA KOZICKI

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)

VERA KARAM DE CHUEIRI

Avaliador Interno (UFPR)

JAIRO NEIVA LIMA

Avaliador Externo (UNILONDRINA)





## ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e oito de março de dois mil e dezenove às 14:30 horas, na sala de vídeoconferência, Programa de Pós-Graduação em Direito/UFPR, foram instalados os trabalhos de arguição do mestrando **MAURICIO WOSNIKI SERENATO** para a Defesa Pública de sua Dissertação intitulada **Uma aposta no povo: democracia forte e constitucionalismo fraco no contexto de tensões das democracias constitucionais..** A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: KATYA KOZICKI (UFPR), VERA KARAM DE CHUEIRI (UFPR), JAIRO NEIA LIMA (UNILONDRINA). Dando início à sessão, a presidência passou a palavra ao discente, para que o mesmo expusesse seu trabalho aos presentes. Em seguida, a presidência passou a palavra a cada um dos Examinadores, para suas respectivas arguições. O aluno respondeu a cada um dos arguidores. A presidência retomou a palavra para suas considerações finais. A Banca Examinadora, então, reuniu-se e, após a discussão de suas avaliações, decidiu-se pela APROVAÇÃO do aluno. O mestrando foi convidado a ingressar novamente na sala, bem como os demais assistentes, após o que a presidência fez a leitura do Parecer da Banca Examinadora. A aprovação no rito de defesa deverá ser homologada pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais do programa. A outorga do título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, KATYA KOZICKI, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 28 de Março de 2019.

KATYA KOZICKI

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)

VERA KARAM DE CHUEIRI

Avaliador Interno (UFPR)

JAIRO NEIA LIMA

Avaliador Externo (UNILONDRINA)



*Aos que tornaram tudo possível: Ciro e Margarete.  
Àquela que é fortaleza e amor acima de tudo: Mariana.*

*A política trata da convivência entre diferentes. Os homens se organizam politicamente para certas coisas em comum, essenciais num caos absoluto, ou a partir do caos absoluto das diferenças.*

*(Hannah Arendt)*

## AGRADECIMENTOS

O percurso do Mestrado, invariavelmente, inicia coletivo e se finda solitário. De fato, principiámos a caminhada juntamente com tantos outros com quem compartilhamos reflexões e debates em aulas, congressos e cafés pelo centro da cidade, mas o trecho final, e mais desafiador, dessa jornada, que compreende a escrita da dissertação, é necessariamente solitário. Essa solidão, que é precipuamente intelectual, se reveste em alguns momentos, contudo, de ausência real e física, não dos outros, mas nossa, e fazem o caminho ainda mais complexo. Nesse sentido, é preciso agradecer a todos aqueles e aquelas que foram presença e cuidado nesses últimos meses em que, por diversas vezes, fui ausência.

Agradeço assim, primeiramente, a meus pais, Ciro e Margarete, e a minha irmã, Marina, sem os quais nada disso seria possível, pelo apoio incondicional a esse projeto e pela compreensão de minhas faltas em tantos momentos de convívio familiar. A alegria de findar este trabalho se mistura com a ansiedade de poder compensá-los, devidamente, com minha integral presença. Agradeço também a minha avó, Izabel, minhas queridas tias Marli e Márcia e meu cunhado, Marcelo, pelo encorajamento e apoio ao longo da jornada.

À Mariana, amor da minha vida e melhor amiga, meu agradecimento especial por ter sido minha fortaleza nesses dois anos e principalmente nos últimos meses. Seu incentivo e amor deram vida a esse trabalho e foram fonte de perseverança nos momentos de maior desalento. Agradeço ainda a cuidadosa e rigorosa revisão do texto, que tornaram o trabalho mais agradável aos olhos de quem o lê.

Agradecimentos especiais também são devidos à Professora Katya Kozicki, minha zelosa orientadora, a quem devo o constante aprimoramento dessa dissertação. Fonte de inspiração acadêmica desde a graduação, a professora Katya me orientou no exato sentido do termo. Foi meu farol quando estava perdido, cobrou-me durante minhas ausências e sempre respeitou minhas escolhas intelectuais. Além do exemplo de docente e pesquisadora, é um exemplo de cidadã engajada e uma das vozes mais lúcidas a serem ouvidas em tempos tão ásperos como os atuais. Posso



dizer, sem medo de sentimentalismo exacerbado, que é um privilégio tê-la como orientadora.

Agradeço ainda especialmente à Professora Vera Karam de Chueri, outro exemplo de docente e intelectual, a quem devo muitas das reflexões do presente trabalho, e a quem agradeço a presença e apontamentos realizados na banca. Da mesma monta, agradeço ao Professor Jairo Lima, pesquisador de escol que também me honrou com seu aceite e leitura minuciosa dessa dissertação.

O início compartilhado desse percurso acadêmico foi ainda mais significativo porque puder contar com reflexões e apontamentos de professores engajados com a pesquisa e com o verdadeiro sentido da Universidade Pública. Assim, um agradecimento especial é devido à Professora Melina Girardi Fachin, docente, pesquisadora e profissional exemplar, por ter sido uma das maiores incentivadoras deste trabalho, com quem tive a satisfação de compartilhar debates essenciais sobre direitos e democracia.

Agradeço, ademais, aos Professores Luis Fernando Lopes Pereira, Celso Ludwig, Fabrício Tomio, Rodrigo Kanayama e Estefânia Barboza pelas contribuições que deram ao presente trabalho, seja em sala de aula, seja nos debates e discussões nos mais diversos ambientes acadêmicos.

Também é preciso agradecer ao Centro de Estudos da Constituição (CCONS) do PPGD da UFPR, que proporcionou os mais interessantes e profícuos eventos e discussões acadêmicas durante o mestrado, em especial o III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, que me deu a oportunidade de diálogo direto e proveitoso com o Professor Joel Colón-Ríos, grande marco teórico deste trabalho, e a quem também agradeço pela disponibilidade e atenção em debater ideias com um pesquisador tão cheio de inquietações.

Registro, adicionalmente, minha gratidão aos Professores Marcos Alberto Rocha Gonçalves e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, bem como às amigas Giullia Bolzani, Lidia Noronha e Verônica de Carvalho, pelo apoio, incentivo e compreensão que tornaram possível a realização do mestrado.

O caminhar nessa jornada me trouxe novos amigos que, mesmo diante de percursos igualmente complexos, se mostraram presentes em todos os momentos, dividindo angústias e celebrando vitórias. Agradeço assim à Juliana Horst, amiga já antiga, mas com quem renovei os laços nessa jornada, ao Gustavo Dalpupo de Lara, à Maria Fernanda Loureiro, ao Lukas Ruthes, à Maria Teresa Vasconcelos, ao Gustavo Trento, ao Pedro Luz e ao Eduardo Xavier.

Gratidão também à amiga Gabrielle Stricker do Valle, pelas constantes interlocuções acadêmicas e pessoais e por compartilhar, em nossos almoços, as frustrações e alegrias da pesquisa.

Agradeço, por fim, aos amigos e amigas que são presença desde a graduação se fizeram presentes, no duplo sentido do termo, também nesse momento, me dando forças a continuar e compreendendo minhas eventuais ausências. Minha gratidão aos guerreiros e guerreiras Juliana Horst (de novo), Allan Hillani, Mauricio Rezende, Guilherme Nunes, Marwan Maltaca, Karolyne Mendes, Monica Miranda, Priscila Bartolomeu e Roger Franco.

Em suma, a todos aqueles que de alguma forma se fizeram presentes nesse caminho e tornaram mais leve a jornada, meu muito obrigado.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo precípua apresentar uma justificação teórica à necessidade de democratização do debate constitucional, dentro da perspectiva de um constitucionalismo fraco. Parte-se do pressuposto de que as relações entre constitucionalismo e democracia, nas democracias constitucionais modernas, pendem cada vez mais em favor das limitações ao exercício da soberania popular. Nesse sentido, apresenta-se a proposta de constitucionalismo fraco como um possível ideal a reequilibrar essa balança. Essa redefinição das tensões entre limitação e autogoverno, no entanto, não pode se resumir em uma disputa de forças entre Tribunais e o Parlamento, é preciso garantir ao povo, entendido como titular do poder constituinte originário, a possibilidade de atuação e deliberação direta em relação às decisões fundamentais que informam a Constituição. Para proceder essa justificação teórica de um constitucionalismo fraco, mormente no contexto brasileiro, inicialmente, investigam-se as concepções que tratam da relação entre constitucionalismo e democracia, colocando-as em relação com a participação ativa do titular do poder constituinte nesse debate. Na sequência se estuda a questão da legitimidade democrática dos atores políticos para tomarem as decisões fundamentais que informam a Constituição, sob o enfoque de uma democracia ao nível das leis fundamentais. Igualmente, procura-se justificar a adoção de um constitucionalismo fraco na perspectiva das pautas institucionais da Constituição, tomando por base a discussão brasileira acerca da (im)possibilidade de alteração de sistema de governo por emenda constitucional. Em seguida, procura-se realizar esse esforço de justificação do constitucionalismo fraco também no contexto do rol de direitos constitucionalmente protegidos, desmistificando uma primazia das Cortes nesses temas. Por fim, discutem-se possibilidades de efetivação da proposta, em uma perspectiva experimentalista, bem como são analisadas as Constituições latino-americanas que garantem maior abertura e participação popular nos temas fundamentais que conformam a comunidade política.

**Palavras-chave:** Constituição; democracia multidimensional; poder constituinte; legitimidade democrática; constitucionalismo fraco; decisões fundamentais.

## ABSTRACT

The present dissertation aims to present a theoretical justification for the need to democratize the constitutional debate, within the perspective of a weak constitutionalism. The assumption is that the relations between constitutionalism and democracy in modern constitutional democracies are most in favour of the limitations on the exercise of popular sovereignty. In this sense, the proposal of a weak constitutionalism is presented as a possible ideal to redefine this balance. This reevaluation of tensions between limitation and self-government, however, cannot be resumed on a dispute of forces between the Courts and the Parliament, it is necessary to guarantee to the people, understood as the constituent power bearer, the possibility of direct action and deliberation about the fundamental decisions that inform the Constitution. In order to proceed to this theoretical justification of a weak constitutionalism, especially in the Brazilian context, the conceptions that deal with the relation between constitutionalism and democracy are first investigated, putting them in relation with the active participation of the holder of the constituent power in this debate. In the sequence, the question of the democratic legitimacy of political actors to make the fundamental decisions that inform the Constitution are studied under the approach of a democracy in the level of fundamental laws. Likewise, we seek to justify the adoption of a weak constitutionalism in the perspective of the institutional themes of the Constitution, based on the Brazilian discussion about the (im) possibility of altering the system of government by constitutional amendment. Next, we try to make this effort of justification of weak constitutionalism also in the context of the bill of rights constitutionally protected, demystifying a primacy of the Courts in these topics. Finally, we discuss the possibilities of putting the proposal into practice in an experimentalist perspective, as well as we analyze the Latin American Constitutions that guarantee greater openness and popular participation in the fundamental themes that conforms the political community.

**Keywords:** Constitution; multidimensional democracy, constituent power; democratic legitimacy, weak constitutionalism; fundamental decisions.

## SUMÁRIO

Introdução.....14

### Capítulo I

**A radical ideia de que a Constituição pertence ao povo: contexto teórico de um constitucionalismo fraco.....21**

1.1. Contextualização teórica: uma tipologia a partir da dificuldade contramajoritária.....22

1.2. Constitucionalismo vs. Democracia, ou, Cortes vs. Parlamento, ou ainda, Ronald Dworkin vs. Jeremy Waldron.....30

1.3. Quem tem medo do povo? Poder constituinte como elemento de mediação entre constitucionalismo e democracia.....41

1.4. Constitucionalismo fraco: a radical proposta de devolver a Constituição ao povo.....55

### Capítulo II

**O povo e a chave-mestra da casa de máquinas da Constituição.....68**

2.1. Representação em crise: poder de reforma e legitimidade democrática.....70

2.2. Pode a Constituição ter medo do povo? Cláusulas pétreas, decisões fundamentais e limites explícitos e implícitos ao poder de reforma.....81

2.3. Governo dos (in)competentes: o povo no comando da sala de máquinas da Constituição.....90

2.4. “Esqueceram de nós”: o povo, ou sua ausência, no debate acerca da impossibilidade de alteração do sistema de governo via de emenda constitucional.....99

## Capítulo III

<b>Iluminismo togado: política e direitos entre povo e tribunais</b> .....	111
3.1. Democracia e risco: uma aposta na Política e no agonismo.....	113
3.2. Um Tribunal contramajoritário? A nem sempre fácil constatação de que Juízes fazem parte do povo.....	122
3.3. Direitos, debates e embates públicos.....	139
3.4. “O caminho se faz ao caminhar” .....	153
Considerações finais.....	170
Referências bibliográficas.....	176

## INTRODUÇÃO

A história do constitucionalismo brasileiro é a história do medo. Desde a Constituição Imperial até os mais recentes eventos políticos do país, reina um forte temor acerca da participação do povo – em sua totalidade – na construção de sentidos da Constituição. Em verdade, essa doutrina do medo está incrustada nos primórdios do constitucionalismo do Brasil e gera efeitos até hoje na forma como se interpreta e se aplica a Constituição.

De fato, se tomados os debates constituintes de 1823 e a Constituição de 1824, que conformaram a gênese do constitucionalismo brasileiro, vê-se que foram marcados pelo medo engendrado pela Revolução Haitiana (1791-1804) de um levante popular negro, determinando, dessa forma, uma série de características que evidenciam um lado elitista e racista do constitucionalismo no Brasil<sup>1</sup>.

A primeira Constituição Republicana, por sua vez, na toada do elitismo genético do constitucionalismo brasileiro<sup>2</sup>, embora celebrada por extinguir o voto censitário, estabelecia que apenas homens maiores de 21 anos e alfabetizados poderiam participar da vida pública, resultando na cidadania de uma porcentagem ínfima da população brasileira. A manutenção de um voto censitário de fato evidencia o pavor de dividir com os demais, pobres e mulheres, o exercício do poder político.

Quando se analisa os dois maiores golpes de Estado da história Republicana do país (1937 e 1964) verifica-se, igualmente, que buscaram suas justificativas no discurso do medo, denunciando uma imaginária – ou deliberadamente inventada – tentativa de tomada popular não só dos meios de produção, mas também do espaço público de modo geral e da institucionalidade constitucional de modo específico. Cita-se, por exemplo, o fictício Plano Cohen de 1937, suposta articulação de comunistas para a tomada do poder no Brasil, que motivou a decretação do estado de guerra pelo então Presidente Getúlio Vargas e a consequente conformação do Estado Novo. A

---

<sup>1</sup> QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. *Constitucionalismo brasileiro e o Atlântico Negro: a experiência constituinte de 1823 diante da Revolução Haitiana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

<sup>2</sup> Ressalte-se que esse elitismo genético do constitucionalismo brasileiro é fruto de seu tempo histórico, em que as elites, na acepção sociológica do termo, dominavam e disputavam a política. Não se pretende, de modo anacrônico, criticar com os olhos do presente essa gênese constitucional, mas sim compreender como esse elitismo influiu na história institucional e constitucional brasileira se refletindo, em alguma medida, nos discursos ainda presentes que apontam com receio uma abertura democrática da Constituição, no Brasil.

história se repetiu como farsa em 1964, quando as Reformas de Base do Presidente João Goulart foram apresentadas como medidas que colocariam o Brasil na rota de países comunistas do mundo. É curioso observar que uma das medidas dispostas nas Reformas de Base que mais incomodava a elite política da época era a reforma eleitoral que garantiria o direito a voto dos analfabetos, cerca de 60% da população brasileira no período<sup>3</sup>.

Mais recentemente, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, há ainda temor recorrente de uma participação ativa e protagonista do povo na definição de sentidos da Constituição. Não por acaso tramita até hoje no Congresso Nacional proposições como a Proposta de Emenda Constitucional nº 157/2003. A PEC de autoria do Deputado Federal Luís Carlos Santos tinha por objetivo, originalmente, determinar a convocação de Assembleia Constituinte para uma revisão ampla e geral da Constituição de 1988. O texto, contudo, contou com substitutivo de autoria do então Deputado Federal Michel Temer que considerava que a Constituição conduzia à ingovernabilidade e, nessa singra, propunha a convocação de uma Assembleia Constituinte a reescrever a Constituição de 1988, sendo formada apenas por especialistas<sup>4</sup>.

De modo semelhante, no contexto das eleições presidenciais de 2018, o então candidato e hoje Vice-Presidente da República, Hamilton Mourão, chegou a declarar que o Brasil necessitava de uma nova Constituição a ser redigida por uma comissão de notáveis, uma vez que, segundo o vice-presidente, *“uma Constituição não precisa ser feita por eleitos pelo povo”*<sup>5</sup>.

Esses elementos históricos e recentes demonstram que a história constitucional brasileira foi forjada no medo da aproximação do povo com sua Constituição. A participação popular é vista como inconveniente na medida em que determina a tomada da Constituição por não especialistas, isto é, por aqueles que não têm título válido para governar. A possibilidade de que “qualquer um” possa manejar

---

<sup>3</sup> CORRÊA, Michelle Viviane Godinho. Golpe Militar de 1964. *Infoescola*, 2017. Disponível em <<https://www.infoescola.com/historia/golpe-militar-de-1964/>>. Acessado em 28 de fevereiro de 2019.

<sup>4</sup> CARVALHO NETO, Melenick; PAIXÃO, Cristiano; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Constituição sem povo e o medo da democracia. *Jota*, 20 de setembro de 2018. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constituicao-sem-povo-e-o-medo-da-democracia-20092018>>. Acessado em 28 de fevereiro de 2019.

<sup>5</sup> *Idem*.



a Constituição abala as estruturas elitistas que informam o constitucionalismo brasileiro desde seu início.

Sem embargo, é importante ressaltar que esse temor da participação popular não é problema exclusivo do constitucionalismo brasileiro. Em verdade, cada vez mais as democracias constitucionais modernas se pautam na especialização do trato constitucional e na configuração cada vez mais ampla de limitações ao exercício da soberania popular. Esse movimento é teorizado por András Sajó como “constitucionalismo do medo”. De acordo com esse autor, sentimentos políticos coletivos são importantes para a conformação do *design* constitucional. O medo é uma das experiências sociais mais cruciais na definição de soluções constitucionais fundamentais e influencia de modo determinante a arquitetura constitucional. O medo de reações populares irracionais, por exemplo, justifica que muitos assuntos fundamentais da comunidade não passem por referendo popular<sup>6</sup>.

Esse constitucionalismo do medo, sob o pretexto de defender as estruturas constitucionais e proteger os direitos das paixões populares, acaba por, deliberadamente, afastar o titular do poder constituinte de sua Constituição, garantindo a perpetuação do modelo elitista que considera que o texto constitucional não pode ter no povo, efetivamente, seu intérprete último.

Assim, cada vez mais a Constituição é alçada a patamares de sacralidade, podendo ser interpretada apenas por grandes sacerdotes, aqui entendidos como juízes e legisladores, que disputam entre si a autoridade divina para decretar a última palavra sobre as Sagradas Escrituras Constitucionais. O que se pretende com este trabalho, portanto, é, de um lado, desmistificar o medo da participação popular nos assuntos constitucionais e, de outro, tirar a Constituição de seu pedestal, ou seja, profaná-la, não para diminuir sua importância, mas, justamente, para aproximá-la dos mortais.

O caminho teórico que se adota para a consecução desses objetivos perpassa a proposta de constitucionalismo fraco desenvolvida pelo professor porto-riquenho Joel Colón-Ríos. Para esse autor, a Constituição, ao menos em seu núcleo de decisões fundamentais, deve estar sempre aberta ao debate e à alteração e tais

---

<sup>6</sup> SAJÓ, András. Constitutional sentiments. *Acta Juridica Hungarica*, Budapest, v. 47, n. 1, pp. 1-13, 2006, p. 6-7.

movimentos devem ser pautados na ampla participação e deliberação popular. Nessa senda, para o povo, não existem temas entrincheirados na Constituição e mudanças estruturais no cerne das decisões que conformam a identidade constitucional somente são legítimas a partir da atuação ampla e direta do titular do poder constituinte.

Considerando, pois, esse marco teórico, o trabalho envereda em um esforço principal de justificação, ou seja, procura-se demonstrar a necessidade de democratização do debate constitucional, tanto nas chamadas pautas institucionais da Constituição, quanto nas pautas referentes ao rol de direitos fundamentais. Se nas pautas institucionais as resistências ao ânimo de democratização decorrem justamente da ideia de uma suposta incapacidade do povo de lidar com a casa de máquinas da Constituição, na pauta de direitos, para além desse tipo de objeção, argumenta-se sobre seu caráter protetivo e contramajoritário, opondo-se, dessa forma, severas discordâncias quanto à possibilidade de debate e decisão pública nessa temática.

Cada uma dessas pautas da Constituição, portanto, dependerá de justificação própria e específica acerca da incidência do constitucionalismo fraco, de modo que se possa compreender de modo mais amplo os limites e possibilidades da proposta. De fato, a desmistificação do medo da participação popular em temas institucionais e de direitos, não obstante parta de uma base comum, se depara com peculiaridades que precisam ser analisadas em separado de modo a conformar uma justificativa sólida da teoria ora examinada.

Há ainda um segundo esforço que se aborda brevemente neste trabalho, que diz respeito à concretização da proposta. Trata-se da reflexão acerca de um *design* que permita operacionalizar essa democratização do debate constitucional. Com efeito, a densidade teórica da proposta de constitucionalismo fraco é esvaziada se não atrelada a um exame acerca das possibilidades reais e concretas de efetivação prática de seu conteúdo. Mesmo que o objetivo central dessa dissertação seja a justificação teórica da proposta, não seria possível olvidar de uma discussão acerca de sua viabilidade.

Lançados, pois, os pressupostos que nortearão a linha de pensamento a ser desenvolvida, cabe apresentar um roteiro, a fim de localizar espacialmente os temas abordados no trabalho.

Assim, o primeiro capítulo principia com uma contextualização acerca das teorias que informam o atual estado da arte do debate entre constitucionalismo e democracia, utilizando como critério de diferenciação a ideia de dificuldade contramajoritária desenvolvida por Alexander Bickel. Tendo isso em mente, utiliza-se da tipologia desenvolvida por Nimar Sultany com o fito de alocar as diversas teorias constitucionais em seus respectivos metadiscursos acerca da relação entre limitação e autogoverno.

Na sequência, enfoca-se em uma das principais divergências do debate entre constitucionalismo e democracia, analisando-se com mais afinco as teorizações de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Esses pensadores, que se colocam em posições diametralmente opostas, tencionam o debate de tal modo que podem ser mimetizados nos próprios campos que defendem. A análise minudente dos estudos desses autores, contudo, também servirá para demonstrar que, por vezes, as tensões entre constitucionalismo e democracia são reduzidas a uma disputa entre Cortes e Parlamento acerca de quem detém a última palavra sobre a Constituição, olvidando-se por completo do povo.

Adiante, investiga-se a teoria do poder constituinte originário, a partir de cinco concepções clássicas que esse fenômeno político pode assumir. Procura-se defender a ideia de poder constituinte como soberania popular de modo que ele possa assumir uma função mediadora, mas não domesticada, das tensões entre constitucionalismo e democracia.

O capítulo de abertura finda com a análise específica e aprofundada da proposta de constitucionalismo fraco desenvolvida por Joel Colón-Ríos. Procura-se compreender seus pressupostos e principais características, mormente a ideia de democracia multidimensional que guarda relação com a teorização de outros autores, como Bruce Ackerman. É nesse tópico, portanto, que se coloca a proposta teórica que se pretende defender e adaptar ao contexto brasileiro.

O segundo capítulo, por sua vez, inicia com um exame acerca da legitimidade democrática da representação e dos limites e possibilidades de atuação do poder de reforma. Investiga-se a noção de representação semiótica, em oposição à representação como sinédoque, desenvolvida por Ackerman, e relaciona-se isso à perspectiva de legitimidade democrática apresentada por Colón-Ríos. Ainda, aborda-

se a teorização de Akhil Amar acerca da possibilidade de emendar a Constituição por meio do recurso direto ao povo.

Em adição, abordam-se as limitações ao poder de reforma decorrentes das chamadas cláusulas pétreas e a relação dessas cláusulas com as decisões políticas fundamentais que informam a Constituição. Defende-se uma concepção de cláusulas pétreas que assumam um caráter de preservação da identidade constitucional, tal como definido por Yaniv Roznai, e que sejam entendidas apenas como um mecanismo explícito de proteção das decisões fundamentais.

Adiante, entra-se na justificação propriamente dita da proposta de constitucionalismo fraco no tocante às pautas institucionais da Constituição. Apresentam-se os argumentos tradicionais daqueles que se colocam contra a ampliação democrática da maquinaria constitucional, bem como procura-se compreender as causas que levaram ao abandono, por parte dos setores progressistas, da chamada casa de máquinas constitucional, tal como preconizado por Roberto Gargarella.

Ao fim, analisa-se a discussão brasileira acerca da impossibilidade de alteração do sistema de governo via emenda constitucional, situando-se historicamente esse debate, mormente a partir dos dois plebiscitos já realizados sobre a temática, e investiga-se a atual postura do Legislativo sobre a pauta, a partir do exame das propostas legislativas em trâmite que pretendem adotar o parlamentarismo no Brasil.

O terceiro capítulo, ao seu turno, terá como enfoque a justificação do constitucionalismo fraco no âmbito do rol de direitos constitucionalmente assegurado. Em primeiro plano traça-se uma relação entre os movimentos políticos e o reconhecimento de direitos, estabelecendo como pressuposto a necessidade de combater a privatização do espaço público e pautar os conflitos iminentes da sociedade sob uma perspectiva agonística.

Na sequência, analisa-se o comportamento dos Tribunais diante de pautas tidas como contramajoritárias. Observam-se precedentes da Suprema Corte americana e do Supremo Tribunal Federal brasileiro para tentar identificar em que medida, efetivamente, os Tribunais defendem minorias e atuam em contenção das majorias e, em qual grau, são influenciados pelos movimentos políticos da sociedade.

Finalizando a justificação, questiona-se possibilidade do povo, em momentos excepcionais, alterar as decisões fundamentais que digam respeito aos direitos, mesmo em relação àqueles concernentes à autonomia privada. Investiga-se ainda se o debate público sobre esses temas pode auxiliar ou prejudicar a efetivação de seus conteúdos.

Por derradeiro, traça-se uma análise, ainda que breve, das possibilidades de efetivação da proposta, precipuamente em contextos de democracias periféricas e soberanias bloqueadas, tomando por base conceitos como o experimentalismo institucional, as Assembleias Constituintes Extraordinárias e os exemplos já concretizados de países latino-americanos.

Em verdade, o presente trabalho deve ser encarado como uma aposta tanto na política como a seara adequada para a resolução dos conflitos inerentes da comunidade, quanto no povo e sua capacidade para fazê-lo. Pode-se argumentar que na atual conjuntura em que, por diversas partes do mundo e especialmente no Brasil, retrocessos são registrados, seria melhor uma retirada estratégica dos conflitos do espaço público. Com o devido respeito àqueles que pensam dessa forma, o que essa dissertação pretende demonstrar é justamente o oposto, isto é, que nesses momentos de crise é que se deve apostar mais firmemente ainda na política e na capacidade do povo. É somente na arena pública que se gera convencimento e se conquistam vitórias duradouras. Abandoná-la, nesse momento, significa abdicar de um futuro mais promissor que sempre se coloca quando a Constituição está permanentemente aberta ao debate. Espera-se que, nas próximas páginas, os interlocutores sejam convencidos dessa perspectiva e que o medo possa dar lugar à confiança no povo.

## CAPÍTULO I

### **A RADICAL IDEIA DE QUE A CONSTITUIÇÃO PERTENCE AO POVO: CONTEXTO TEÓRICO DE UM CONSTITUCIONALISMO FRACO**

“*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”<sup>7</sup>. O mandamento transcrito tem assento no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 e estabelece a tônica do regime democrático recém-inaugurado no Brasil naquele momento.

A soberania popular é colocada, portanto, como princípio fundante da República e nela se valida todo o ordenamento jurídico e político que decorre do texto constitucional. Mas, se a prática é o critério da verdade, como bem apontam os marxistas, é possível, efetivamente, falar em exercício da soberania popular nessas três décadas de vigência da Constituição de 1988?

Não se olvida que a Constituição legitima a representação popular e que as instituições eletivas cumprem papel essencial na manutenção da ordem democrática, contudo o exercício direto do poder pelo povo se apresenta como uma realidade cada vez mais distante da efetiva prática democrática.

Em verdade, em algumas situações, para além de se tachar a participação popular como inconveniente e inviável de ser levada a efeito, acaba-se por deslegitimá-la por completo, a partir do abstruso argumento de que a participação do povo em assuntos da esfera pública acabaria por usurpar a legitimidade do Parlamento nesses debates.

Nesse contexto, a tomada de decisões acerca dos assuntos públicos e, sobretudo, dos temas mais fundamentais que informam a Constituição é destinada às instituições representativas, a despeito de qualquer manifestação do povo, titular do poder constituinte originário. Há uma verdadeira inversão de valores, de modo que aqueles que conferem a legitimidade dos órgãos representativos são vistos por esses

---

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

legitimados como não legítimos para atuarem ativamente nas deliberações de sua própria Constituição.

Esse cenário se torna ainda mais emblemático quando se observa que, em ampla medida, as decisões tomadas pelo Parlamento podem ser contestadas e até mesmo anuladas, mas que tal poder somente é conferido a uma instituição não representativa em absoluto, o Poder Judiciário.

Ainda que a possibilidade de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário (*judicial review*) não seja exclusividade do modelo brasileiro, é de se notar que o debate acerca de quem tem a última palavra sobre a Constituição reverbera com força na estrutura institucional do Brasil, haja vista o modelo de *judicial review* forte adotado, com possibilidade, inclusive, de controle pelo Poder Judiciário das emendas constitucionais aprovadas pelo Congresso.

Em qualquer hipótese, todavia, a discussão acerca da última palavra é focada exclusivamente sobre as instituições. Nessa toada, também os teóricos do direito constitucional acabam, por vezes, limitando esse debate a uma disputa de forças entre Poder Legislativo e Poder Judiciário, ignorando ou rechaçando por completo a participação do povo, mesmo em questões que dizem respeito ao cerne da Constituição.

O que se pretende, portanto, com este primeiro capítulo é contextualizar teoricamente a discussão a ser abordada ao longo deste trabalho a partir dos pensamentos filosófico-constitucionais que tratam da tensão entre constitucionalismo e democracia. Ainda, e na sequência, cabe fornecer a base teórica sobre a qual se assenta a proposta de uma redefinição desse debate, incluindo o povo, titular do poder constituinte originário, como novo elemento de centralidade nas decisões sobre a Constituição.

### *1.1. Contextualização teórica: uma tipologia a partir da dificuldade contramajoritária.*

Antes de se adentrar na proposta que se pretende lançar neste trabalho, cabe recuperar o caminho traçado na teoria constitucional, por diversos autores, acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia, de modo a se observar as bases de pensamento que fundam o escopo teórico e apontar eventuais críticas.

Nesse sentido, o trabalho de Nimer Sultany é de todo pertinente para a contextualização que se pretende e, por isso, desde logo, pede-se licença para referenciar preponderantemente seu texto no esforço de localização teórica que se segue. O autor propõe uma classificação das diversas correntes de pensamento constitucional que se colocam no embate entre constitucionalismo e democracia, apresentando como critério de diferenciação a percepção de cada pensador daquilo que se convencionou chamar de “dificuldade contramajoritária”.

A expressão foi primeiramente cunhada por Alexander Bickel. Ao traçar um histórico acerca da conformação do *judicial review* nos Estados Unidos, Bickel aponta como a dificuldade fundamental desse instituto o fato de que é uma força contramajoritária no sistema democrático<sup>8</sup>.

Recuperando os textos do Federalista, Bickel indica que, segundo Hamilton, o poder do povo é superior ao poder do Judiciário e do Legislativo. Assim, sempre que este último intentasse uma legislação em oposição àquilo que o povo declarou por meio da Constituição, os juízes deveriam se pautar pela vontade popular, em detrimento da vontade dos legisladores. Segundo Bickel, no entanto, essa noção de “povo” é tratada de modo necessariamente abstrato de modo a elidir o fato de que sempre que a Suprema Corte declara uma lei inconstitucional, acaba por frustrar a vontade dos representantes do povo “de aqui e de agora”. O controle é exercido, portanto, não para preservar a vontade da maioria, mas contra ela<sup>9</sup>.

Ainda, por maiores que sejam as complexidades e dificuldades do sistema representativo, o *judicial review* sempre será uma instituição descolada da democracia<sup>10</sup>. Retomando novamente os escritos do Federalista, Bickel mira agora no tema das “facções”, apontado no artigo 10º da obra, de autoria atribuída a Madison. Não há dúvida de que as facções, ou grupos de interesse, atuam ativamente no processo eleitoral, tomando parte tanto nas decisões do Poder Legislativo quanto no Poder Executivo. A despeito disso, é certo que essa “captura” dos órgãos de decisão

---

<sup>8</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 16-17.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 18.



somente se faz possível a partir da construção de uma maioria, que por vezes decorre da reunião de várias minorias<sup>11</sup>.

O caráter antidemocrático do *judicial review*, segundo Bickel, reside no fato de que ele atua diretamente contra essas maiorias legislativas sem poder ser afetado por elas. Assim, oficiais do governo nem sempre são eleitos para postos administrativos, o que não torna sua atuação necessariamente antidemocrática, uma vez que suas decisões podem ser revertidas por maiorias legislativas. Essa dinâmica também se aplica, em alguma medida, sobre a atuação dos juízes. Contudo, quando o Judiciário toma para si o poder de controlar a legislação a partir da construção de sentidos da Constituição, acaba por contrariar o desejo das maiorias legislativas sem dar a elas a possibilidade de alterar a decisão judicial, visto que as emendas constitucionais pressupõe um poder de veto minoritário<sup>12</sup>.

Para além disso, Bickel aponta que o *judicial review* tende a enfraquecer o processo democrático, uma vez que expressa uma forma de desconfiança acerca da legislatura<sup>13</sup>. De acordo com o autor, é comum que o Congresso abandone propostas legislativas já discutidas, até mesmo em termos de constitucionalidade, quando acredita que a legislação será derrubada ou “corrigida” pelas Cortes<sup>14</sup>.

Por fim, de modo a colmatar sua definição daquilo que chama de dificuldade contramajoritária, Bickel argumenta que o *judicial review* é tão fundamentalmente contrário à teoria democrática que, em uma sociedade que em todos os outros aspectos funciona a partir desse pressuposto democrático, ele não pode ser verdadeiramente efetivo<sup>15</sup>.

Verificada, portanto, a definição do conceito de dificuldade contramajoritária, que serve, conforme dito, como critério de classificação na proposta tipológica de Sultany, cabe adentrar, de fato, à teorização desse autor a fim de fornecer a devida contextualização, tal como prometido alhures.

A partir da análise de formações discursivas, Sultany identifica dois metadisursos que configuram a base principal de sua tipologia acerca da relação das

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 20-21.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p.23.

correntes teóricas em face do debate entre constitucionalismo e democracia e da dificuldade contramajoritária. São eles: o discurso da união e o discurso da desunião<sup>16</sup>. O primeiro vislumbra uma possibilidade de conceituação harmônica entre constitucionalismo e democracia, incluindo teóricos dos “subtipos” da negação e da reconciliação. O segundo, ao seu turno, assume que o conflito entre os dois conceitos é inevitável e nem mesmo deve ser contido e, nessa toada, inclui os “subtipos” do endosso e da dissolução<sup>17</sup>.

Avançando, primeiramente, no metadiscurso da união e no subtipo da negação, Sultany explica que os autores dessa corrente teórica se utilizam de quatro técnicas argumentativas, quais sejam, a incorporação, a clarificação, a evitação e a descentralização<sup>18</sup>.

Na linha argumentativa da incorporação, o conceito de limites constitucionais se subsume à própria definição de democracia. Aqui a democracia é definida não a partir da ideia de decisão majoritária, mas entendida como democracia constitucional<sup>19</sup>. Para Sultany, Ronald Dworkin e John Rawls são os representantes desse grupo. As teorizações de Dworkin serão estudadas com mais detalhes na sequência, entretanto, em linhas gerais, o autor afirma que uma concepção genuína de democracia deve incluir a limitação das legislaturas, de modo a garantir a efetiva participação política dos cidadãos. Para Rawls, por sua vez, a constitucionalização de direitos seria uma questão de prudência. Na perspectiva dos dois princípios da justiça explanados pelo autor, quais sejam, o princípio de que cada pessoa deve ter igual direito ao mais abrangente sistema de liberdades básicas que seja compatível com o sistema de liberdades para outros indivíduos e o princípio da equidade<sup>20</sup>, as decisões tomadas pelas instituições não podem violar as liberdades básicas comuns a todos, decorrentes do pacto original.

Na argumentação atinente à clarificação, por sua vez, não há tensão entre constitucionalismo e democracia na medida em que esses dois conceitos são

---

<sup>16</sup> SULTANY, Nimer. The state of progressive constitutional theory. The paradox of constitutional democracy and the project of political justification. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* [vol. 47] p. 373-455, 2012, p. 386.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 387.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 389.

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

interdependentes, de modo que não podem ser lidos separadamente<sup>21</sup>. Nessa linha argumentativa destacam-se Jurgen Habermas e os teóricos da autorrestrrição. Para Habermas, por exemplo, o constitucionalismo é constitutivo da democracia. Nesse sentido, o poder democrático é condição de legitimidade política, mas, ao mesmo tempo, é condicionado por exigências normativas pressupostas pela comunicação<sup>22</sup>. Observa-se aqui, com clareza, a irrelevância da chamada “dificuldade contramajoritária”, uma vez que, para Habermas, por exemplo, caberia às Cortes garantir esse processo comunicativo entre o poder democrático e as exigências normativas.

Seguindo adiante, na linha da evitação, o conflito entre constitucionalismo e democracia é negado a partir da transferência de foco da democracia representativa para uma perspectiva de soberania popular, calcada na ideia rousseaniana de vontade geral. Assim a vontade geral é o exercício da soberania. As Cortes não limitam a vontade geral, mas a garantem contra maiorias<sup>23</sup>. Bruce Ackerman, cujas teorizações serão abordadas mais minuciosamente adiante, destaca-se nessa linha, quando argumenta a distinção entre os momentos de política ordinária e os momentos de política constitucional, em que a vontade geral efetivamente se revelaria.

Por fim, a quarta linha argumentativa do subtipo da negação diz respeito à descentralização, pela qual retira-se a importância das Cortes. Nesse contexto, autores como Frederick Schauer, Barry Friedman e Michael Klarman apontam que a Constituição deve ser lida como um texto que estrutura o governo, de modo que as questões fundamentais devem permanecer no âmbito do debate público. Nessa perspectiva, a função contramajoritária das Cortes é inexistente<sup>24</sup>.

O segundo subtipo do discurso da união é a reconciliação, segundo a qual, a tensão entre constitucionalismo e democracia existe, mas pode ser suavizada por meio de alterações no sistema de *judicial review*. Aqui também há quatro estratégias argumentativas: o procedimentalismo democrático, o procedimentalismo republicano, o minimalismo e o constitucionalismo popular<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> SULTANY, Nimer. The state of progressive constitutional theory. *Op. cit.*, p. 395.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 395-396.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 400.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 403.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 405.

Na toada do procedimentalismo democrático, o papel das Cortes seria garantir a equidade procedimental do processo democrático, atuando apenas em caso de mal funcionamento ou desconfiança. Jon Hart Ely, entendido por Sultany como um dos representantes dessa linha argumentativa, entende que a Corte possibilita a participação e a representação. Trata-se de uma leitura procedimental da Constituição, que exclui uma fundamentação moral de modo a se compatibilizar com a democracia representativa<sup>26</sup>.

A linha do procedimentalismo republicano, por sua vez, pressupõe um Poder Judiciário mais ativo que aquele imaginado pelos procedimentalistas democráticos. Aqui uma concepção substancial de política é fornecida. As virtudes públicas conformariam uma forma de busca pelo bem comum, cabendo às Cortes a fiscalização do processo deliberativo, tal como defendido por Frank Michelman.

Para a perspectiva minimalista, ao seu turno, somente um *judicial review* fraco se adéqua à teoria democrática. As Cortes devem deferência e contenção à política<sup>27</sup>. Nessa corrente de pensamento se enquadram autores como Alexander Bickel, já analisado, e Cass Sunstein, para quem as Cortes devem decidir seus casos do modo mais estrito possível, deixando espaço para que o processo político possa atuar.

Por derradeiro, o constitucionalismo popular indica a necessidade de participação popular na construção de sentidos da Constituição. Larry Kramer, por exemplo, critica a supremacia exclusivista das Cortes na interpretação da Constituição, em detrimento da participação popular<sup>28</sup>. Mark Tushnet, por sua vez, propõe uma atuação provisória da Corte, limitando o *enforcement*<sup>29</sup> de suas decisões.

Analisados, pois, os subtipos e respectivas linhas argumentativas que compõem o discurso da união, cabe agora observar, também em linhas gerais, a conformação do discurso da desunião. Tal como dito alhures, este segundo metadiscurso pressupõe a impossibilidade de união entre constitucionalismo e democracia, de modo que, para os autores dessa linha teórica, é um equívoco acreditar que a cisão entre os dois conceitos possa ser superada de uma maneira

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 405-406.

<sup>27</sup> *Ibidem.*, p. 409.

<sup>28</sup> KRAMER, Larry. The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy. *Stanford Public Law Working Paper*, n. 938721, 2006.

<sup>29</sup> O termo não encontra tradução exata para o português, de modo que, para não se perder o sentido da expressão, opta-se por utilizá-la em inglês.

consensual<sup>30</sup>. Tal como já referenciado anteriormente também, esse metadiscurso se divide em dois subtipos principais, quais sejam, o endosso e a dissolução, que serão melhor explanados na sequência.

Na perspectiva do endosso, é de se notar que os autores que a compõem não procuram, em qualquer medida, resolver a tensão entre constitucionalismo e democracia. Michelman também se enquadra nessa linha teórica quando afirma que a contradição entre constitucionalismo e democracia é bem-vinda, diante da disputabilidade dos conceitos. Para ele, a tensão é generalizada, de modo a abranger a própria ideia de direito e política. Nesse contexto, o *judicial review* é pensado como um exercício liberal de prudência, mas a legitimidade da Corte deve ser reiteradamente contestada<sup>31</sup>. Ainda nesta senda pode-se citar Louis Seidman, para quem o conflito político é inevitável e deve mesmo ser celebrado, uma vez que a irresolução de questões políticas fundamentais significa a inclusão de novos participantes e novos problemas<sup>32</sup>.

O subtipo da dissolução, por sua vez, resolve a tensão entre constitucionalismo e democracia por meio do abandono do constitucionalismo, de modo semelhante aos teóricos negacionistas. Neste subtipo há duas linhas argumentativas: o procedimentalismo não qualificado e o populismo.

O procedimentalismo não qualificado tem em Jeremy Waldron seu principal representante. A teoria de Waldron será melhor explanada adiante, mas, de modo geral, cumpre observar que o autor se opõe à limitação das decisões majoritárias em função de direitos constitucionais, sob o fundamento de que os conflitos devem ser resolvidos por argumentos diretos. Nesse sentido, o conflito não se dá propriamente entre democracia e direitos, mas sim entre democracia e aquilo que as Cortes dizem ser os direitos<sup>33</sup>. Ainda, segundo Waldron, o constitucionalismo afeta o poder de decisão dos cidadãos acerca de seus direitos e de sua autonomia, colocando uma insuportável desconfiança acerca da capacidade dos indivíduos tomarem decisões na base da boa-fé<sup>34</sup>. A disputa política, que envolve a disputa por direitos, somente

---

<sup>30</sup> SULTANY, Nimer. The state of progressive constitutional theory. *Op. cit.*, p. 413.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 413-414.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 418.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 421.

<sup>34</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, 1346-1406, 2006.

pode ser tomada a partir da vontade majoritária. Nesse sentido, o *judicial review* é ilegítimo, porque carece do elemento democrático.

A estratégia discursiva do populismo, ao seu turno, rejeita o *judicial review* a partir do enfoque na participação popular. Aqui, a igualdade política é equiparada a soberania popular, representada pela vontade majoritária<sup>35</sup>. Segundo Richard Parker, um dos autores dessa corrente, o papel do direito constitucional deve ser, prioritariamente, promover a vontade majoritária. Para ele, os críticos do populismo assumem as maiorias como irracionais. Em discordância a essas críticas o teórico defende que a vontade popular majoritária deve ser respeitada e que até mesmo as Cortes deveriam ser formadas por “pessoas comuns”<sup>36</sup>. Mark Tushnet também compõe essa linha argumentativa quando defende uma maior dispersão da responsabilidade coletiva pela Constituição. Para ele, não existe qualquer condição especial necessária para a interpretação da Constituição, de modo que ela deve ser moldada a partir da participação popular<sup>37</sup>.

A contextualização acima realizada, com base na tipologia proposta por Sultany, é de todo relevante para a localização teórica do tema. Com efeito, tal como apontado, a classificação delineada tem como critério de diferenciação a posição dos autores em relação à chamada dificuldade contramajoritária, o que coloca o foco do debate nas instituições. Ainda que alguns autores de correntes como da evitação, negação, constitucionalismo popular e dissolução argumentem por graus mais elevados de participação popular na construção de sentidos da Constituição, tais posicionamentos são pautados ainda na perspectiva de decisões comumente atribuídas aos Tribunais, de modo a dar centralidade ao discurso das instituições.

Para tornar mais nítido o que se aponta, cumpre agora analisar com mais afinco a teorização de dois pensadores de linhas opostas na classificação defendida por Sultany. São eles: Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Embora os dois autores ocupem posições diametralmente opostas, conforme se verá a seguir, acabam por convergir na ideia de que as decisões fundamentais da Constituição dizem respeito às instituições, sejam as Cortes, seja o Parlamento.

---

<sup>35</sup> SULTANY, Nimer. The state of progressive constitutional theory. *Op. cit.*, p. 423-424.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 424.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 425.

## 1.2. *Constitucionalismo vs. Democracia, ou, Cortes vs. Parlamento, ou ainda, Ronald Dworkin vs. Jeremy Waldron.*

A escolha por um aprofundamento da contextualização teórica a partir de Dworkin e Waldron não se dá por acaso. Talvez se possa dizer que a rivalidade teórica desenvolvida entre os autores mimetize a própria tensão entre constitucionalismo e democracia na base da disputa entre Cortes e Parlamento. Assim, compreender as correntes teóricas representadas por ambos se mostra relevante para o entendimento global do tema e da crítica que se colocará sequencialmente.

Nesse sentido, principia-se pelos estudos de Ronald Dworkin. Consoante entabulado na classificação levada a efeito por Sultany, Dworkin se enquadra no metadiscurso da união, no subtipo da incorporação, de modo que, nessa perspectiva teórica, a democracia não é entendida a partir da ideia de decisão majoritária, mas sim como democracia constitucional.

Para o autor, portanto, a teoria constitucional não pode se limitar a uma teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, especialmente o rol de direitos (*Bill of Rights*) que a acompanha, tem como função precípua proteger os cidadãos contra certas decisões tomadas pela maioria, mesmo quando essa maioria age tomando como base aquilo que acredita ser o interesse geral ou comum<sup>38</sup>.

Na esteira disso, os direitos são entendidos como trunfos sobre decisões políticas que estabelecem deveres e objetivos para a comunidade como um todo<sup>39</sup>. Com efeito, Dworkin traz a cabo uma reflexão e uma crítica ao utilitarismo para servir de base para seu argumento. O filósofo assume o utilitarismo como justificação para as decisões políticas no sentido de que as decisões devem servir para fornecer o máximo de felicidade e bem-estar ao maior número possível de cidadãos. Nesse contexto, o utilitarismo pode ter bases não igualitárias, de modo que a vontade de alguns valha formalmente mais do que a de outros, o que seria inaceitável, ou pode se pautar em termos igualitários, quando a vontade de todos os integrantes tem o mesmo valor, sem olvidar, contudo, da possibilidade de que outros cidadãos resolvam,

---

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 208-209.

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University, 1984, p.153-167, p. 153.

por si mesmos, atribuir maior peso às vontades de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos<sup>40</sup>.

Se a ideia de um utilitarismo não igualitário é impensável, o utilitarismo igualitário também não escapa da crítica de Dworkin. O autor exemplifica que, por coerência, uma teoria da justiça baseada no utilitarismo puro não poderia se opor a um discurso nazista que se coloca em oposição aos interesses de judeus apenas pelo fato das pessoas envolvidas serem judias. Isso porque, no utilitarismo igualitário os interesses de todos têm o mesmo valor e, nessa toada, “proteger” os judeus seria dar mais peso aos interesses de um grupo de cidadãos<sup>41</sup>.

Para Dworkin, portanto, o utilitarismo deve ser qualificado de modo a permitir a restrição de preferências que se baseiam na exclusão, formal ou informal, de outros grupos de interesses. É precisamente neste sentido que os direitos devem ser encarados como trunfos frente a um utilitarismo irrestrito<sup>42</sup>. Dworkin defende o direito de todos à independência política, o que pressupõe uma igualdade de oportunidades e recursos, não se confundindo com a noção utilitarista de igualdade de bem-estar.

Com efeito, essa igualdade de oportunidades, calcada na ideia de tratar a todos com igual respeito e consideração, configura a base do pensamento dworkiniano. Conforme bem aponta Vera Karam de Chueiri, para Dworkin nenhuma comunidade será justa se não demonstrar igual respeito pelo destino de cada pessoa sobre a qual exerce domínio e se não respeitar a autonomia de cada um em eleger para si algo que considere valioso para sua vida. Tratar a todos com igual respeito e consideração significa, nessa senda, reconhecer o direito de cada um em decidir o que lhe é valioso, de modo que os princípios da igualdade e liberdade se integram e não se colocam em contradição<sup>43</sup>.

Em suma, tendo em mente esses pressupostos da teoria dworkiniana, cabe retornar à concepção de democracia do autor e seu posicionamento quanto à dificuldade contramajoritária e à atuação das Cortes nesse sentido.

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 155-156.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>43</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. O reencantamento do direito na filosofia e da filosofia no direito: Dworkin e leitura moral da Constituição. In: PERISSINOTTO, Renato Monseff; LACERDA, Gustavo Biscaia de; SZWAKO, José Leon. (Org.). *Curso livre de teoria política: normatividade e empiria*. Curitiba: Appris, 2016.



Assim, na esteira do que já visto a partir de Sultany, para Dworkin a tensão entre constitucionalismo e democracia resulta de uma má compreensão do significado deste último conceito. Em verdade, a democracia se define como o governo do povo, mas não se enquadra em uma noção clássica de majoritarismo, na medida em que o peso dos números, por si só, não traz maior valor a uma decisão política<sup>44</sup>. Essa concepção está na base da crítica do autor ao utilitarismo igualitário, tal como visto acima.

É nesse contexto, portanto, que o teórico traz à luz sua concepção de democracia calcada na expressão *partnership democracy*<sup>45</sup>. A democracia pode ser entendida como majoritarismo puro e simples e, nessa concepção, a atuação das Cortes exercendo o *judicial review* seria efetivamente antidemocrática; ou a democracia pode ser entendida como o autogoverno de todas as pessoas atuando conjuntamente como membros cooperantes de uma comunidade em que todos têm igual direito de participação<sup>46</sup>.

Nessa perspectiva de uma *partnership democracy*, a regra da decisão majoritária somente seria válida se atendidas três condições: primeiramente, não pode haver democracia se não for garantido a todos os cidadãos a possibilidade de participar, em igual medida, da vida política da comunidade, o que significa não apenas igual direito de voto, mas também a possibilidade de voz tanto em deliberações públicas formais quanto em discussões informais sobre assuntos morais<sup>47</sup>. A segunda condição, por sua vez, determina que todos os cidadãos possam participar em igual medida no governo. Isso significa dizer que os interesses de todos devem ser levados em consideração, em igual forma, para a definição do interesse público. A terceira condição, por fim, prevê que a todos os cidadãos deve-se garantir uma esfera privada de decisões em que possam adotar padrões éticos e religiosos que preferirem, independentemente das decisões majoritárias<sup>48</sup>. Somente quando

---

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 143.

<sup>45</sup> Considerando não haver tradução exata para a expressão, prefere-se utilizá-la em inglês para que não se perca o sentido.

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge & London: Harvard University Press, 2006, p. 133.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 134.

atendidos esses três pressupostos, portanto, uma decisão majoritária será considerada legítima.

Em outro texto, Dworkin afirma que a noção de *partnership democracy* parte do pressuposto de uma comunidade política que se autogoverna de maneira especial e valorosa, de modo que a ação política é vista como uma ação coletiva decorrente da “parceria” de cidadãos que participam dos debates de modo livre e igual, ao invés de se colocarem em disputas de poder internas<sup>49</sup>.

Na esteira disso, o autor estadunidense compreende que a democracia deve estar fortemente atrelada à realização de decisões justas e que respeitem os direitos das minorias. Assim, as decisões majoritárias somente serão verdadeiramente democráticas quando atenderem e protegerem os interesses de cada cidadão participante da comunidade, entendido como livre e igual perante os demais, tal como visto anteriormente. Nessa toada, por mais lúdica que seja uma decisão majoritária do ponto de vista procedimental, não será considerada democrática se, por exemplo, desrespeitar algum direito de grupos minoritários<sup>50</sup>.

Considerando, pois, essa noção de democracia proposta por Dworkin e seu posicionamento quanto ao tema da dificuldade contramajoritária, a legitimidade da atuação das Cortes acaba se tornando autoevidente.

Para Dworkin, quando se tem em mente o conceito de *partnership democracy*, a ideia de que o *judicial review* seria antidemocrático cai por terra. Para o jusfilósofo, não se pode supor que as maiorias disponham de um título, a princípio, para interpretar a Constituição, uma vez que a legitimidade para governar decorre necessariamente, e anteriormente, do atendimento às condições outrora elencadas<sup>51</sup>.

Assim, não se pode permitir que maiorias, ao seu bel-prazer, alterem a estrutura básica da Constituição que estava programada para garantir igual consideração a todos os membros da comunidade. Segundo o autor, a igual consideração é melhor protegida quando se estabelecem direitos que são positivados na Constituição, de modo que sejam interpretados, preferencialmente, por juízes ao invés de ficarem à disposição das maiorias. Não por acaso, o teórico ainda defende

---

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. The Partnership Conception of Democracy. *California Law Review*, v. 86, iss. 3, 453-458, 1998, p. 453.

<sup>50</sup> DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?...* Op. cit., p. 131.

<sup>51</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Op. cit., p. 134.

um texto constitucional entrincheirado, permitindo emendas constitucionais apenas por meio de supermaiorias<sup>52</sup>.

Nessa linha, seria atentatório à dignidade dos indivíduos terem de se submeter à autoridade coercitiva de outros que decidiriam quais valores éticos deveriam ser aplicados à vida de todos. Desse modo, seria preciso assegurar que as maiorias não imporiam sua vontade nesses aspectos<sup>53</sup>. Justamente em função disso, os juízes, atuando contramajoritariamente, estariam melhor preparados para proteger os direitos subjetivos e, considerando que desses direitos depende a própria ideia de democracia defendida, não haveria qualquer razão para rechaçar o poder de revisão das Cortes.

Cabe brevemente ressaltar, entretanto, que para Dworkin a atuação do Judiciário seria legítima em matéria de direitos, cabendo as decisões políticas às maiorias. Essa ideia decorre da distinção que o autor traça entre argumentos de política e argumentos de princípio. Enquanto os argumentos de política justificam uma decisão por meio da demonstração de vantagens e desvantagens que ela traz a um objetivo comum da comunidade como um todo, argumentos de princípio justificam a decisão política demonstrando que ela respeita direitos de indivíduos ou de grupos de pessoas<sup>54</sup>. Se a justificativa de uma decisão legislativa deve levar em conta esses dois argumentos, a decisão judicial, por sua vez, como bem aponta Katya Kozicki, deve sempre se apoiar em argumentos de princípio<sup>55</sup>. Assim, para Dworkin, aos Tribunais cabe dizer que direitos as pessoas têm, mas não como melhor promovê-los. Esta segunda decisão é de alçada política e, nesse sentido, deveria ficar de fora das discussões travadas nas Cortes.

Ainda que se leve em consideração essa relevante ressalva da teoria dworkiniana, é inegável o papel central que o autor confere ao *judicial review*, afastando alegações de antidemocraticidade do instituto. Com efeito, tal como visto, a concepção de democracia em Ronald Dworkin depende necessariamente da

---

<sup>52</sup> DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?...* Op. cit., p. 144.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>54</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Op. cit.

<sup>55</sup> KOZICKI, Kátya. *Conflito e estabilização*: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com as democracias modernas nas sociedades contemporâneas. Florianópolis: UFSC, 2000, 266 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000, p. 183.

proteção trazida a cabo pelo constitucionalismo, sem o qual a própria democracia perderia sua essência.

De modo diametralmente oposto às teorizações de Dworkin, Jeremy Waldron rechaça por completo a legitimidade democrática das Cortes no exercício do *judicial review*.

Conforme visto na classificação de Sultany, Waldron defende um procedimentalismo não qualificado, dentro do discurso da desunião, que pressupõe a ideia de que constitucionalismo e democracia são necessariamente incompatíveis.

Em verdade, para Waldron, não se trata de uma tensão inconciliável entre a direitos e democracia propriamente ditos, mas sim, entre os direitos constitucionais aplicados pelas Cortes e a democracia. A imunização da ideia de direitos a todo e qualquer debate público acaba por tornar o regime constitucional antidemocrático<sup>56</sup>. Assim, se o indivíduo é confiável para ser portador de direitos, também deve ser confiável para ser portador de responsabilidades políticas.

Waldron procura estabelecer uma teoria da autoridade para um contexto de desacordos múltiplos em diversos temas que envolvem a sociedade. Segundo o autor, em franca oposição a Dworkin, se as pessoas discordam sobre o conteúdo dos direitos básicos que possuem, uma adequada teoria da autoridade não pode se basear na simples ideia de direitos como trunfos contra as decisões majoritárias, uma vez que será necessário estabelecer um método de decisão anterior para desvelar qual das teorias que dão significados aos direitos deve ser adotada como aquela que servirá de parâmetro para toda a comunidade<sup>57</sup>.

A atribuição de direitos aos indivíduos é um ato de fé na capacidade moral de pensamento e reflexão dos cidadãos. Direitos envolvem escolhas e, por certo, podem ser exercidos de modo abusivo em algumas situações, contudo, não é esse o resultado típico do exercício de um direito por um cidadão<sup>58</sup>. Para o autor é essa fé na capacidade moral de pensamento dos indivíduos que os legitima a serem titulares de direitos e que, por conseguinte, também os legitima para serem titulares de

---

<sup>56</sup> SULTANY, Nimer. *The State of Progressive Constitutional Theory...* Op. cit., p. 421.

<sup>57</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999, Kindle version, p. 213.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 222.

responsabilidades políticas. É precisamente por ver o outro como um agente moral, dotado de dignidade e autonomia, que se pode confiar às pessoas o autogoverno<sup>59</sup>.

Baseando-se nas teorizações de John Rawls, Waldron argumenta que a vida humana é marcada por múltiplos valores, de modo que a discordância acerca de como priorizá-los é natural. Nesse sentido, considerando a noção de indivíduo como um sujeito moral, toma-se como pressuposto a ideia de discordância de boa-fé, que não só é possível, como necessária nesse contexto de conflitos<sup>60</sup>. De acordo com o conceito proposto, diferentes concepções de mundo podem ser elaboradas razoavelmente a partir de pontos de vista diversos. Seria irrealista supor que todas as diferenças entre os indivíduos guardem raiz apenas na ignorância e perversidade das pessoas, ou então, decorrem de rivalidades pelo poder<sup>61</sup>. Assim, é possível assumir que os desacordos sobre o conteúdo dos direitos se dão de modo razoável e de boa-fé, ou seja, os desacordos decorrem de legítimas posições morais dos indivíduos em face de temas centrais da comunidade e não de posições adotadas por oportunismo ou algum tipo de “maldade”.

Tendo em vista esses pressupostos, Waldron acredita não haver razão para supor que direitos serão melhor respeitados pelas Cortes do que pelo Legislativo, por exemplo. Os indivíduos têm o direito de participar em igual medida de todos os aspectos do governo de sua comunidade, não somente em questões relacionadas à política e economia, mas também nas decisões acerca dos princípios fundamentais que conformam essa comunidade<sup>62</sup>. Nesse sentido, sempre que houver desacordo no que diz respeito ao conteúdo e alcance dos direitos, o direito à participação popular no debate público – mormente por meio da representação – será mais apropriado para resolver o conflito<sup>63</sup>.

De acordo com o teórico, as Cortes acabam por limitar a discussão e empobrecê-la quando discutem temas relacionados ao conteúdo dos direitos. Isso porque os juízes devem se pautar por uma análise meramente interpretativa da Constituição, construindo sentidos e significados a partir do texto constitucional<sup>64</sup>. De

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 223.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>61</sup> *Idem*.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 213.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 232.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 290.

modo diverso, decisões melhores podem vir à tona quando o debate público não se restringe a técnicas hermenêuticas ou precedentes jurisprudenciais, mas sim, avança em uma discussão efetivamente política, levando em conta diversas visões de mundo calcadas em concepções de justiça e bem-estar próprias, que não se encerram em uma análise puramente moral ou interpretativa da Constituição<sup>65</sup>.

É considerando todo esse contexto teórico, portanto, que Waldron tecerá sua crítica ao *judicial review*, mormente aos modelos de *judicial review* forte, que o autor define como aqueles casos em que a Corte tem autoridade para negar aplicação a uma lei em um caso particular ou ainda pode modificar os efeitos dessa lei para adequá-la à situação em concreto. Há casos ainda mais extremos, referente à autoridade de algumas Cortes em invalidar, em abstrato, toda uma legislação<sup>66 67</sup>.

Segundo o autor, o *judicial review* é democraticamente ilegítimo, na medida em que, quando um corpo de juízes não eleitos tem o poder de derrubar leis aprovadas em procedimentos majoritários por representantes eleitos, acaba-se por retirar a responsabilidade dos cidadãos comuns de participarem igualmente do debate sobre direitos. Sobretudo quando se leva em consideração que, via de regra, as decisões tomadas pelas Cortes se baseiam nesse mesmo princípio majoritário, garante-se maior relevância ao posicionamento desses poucos juízes, em franco desrespeito ao ideal de igual participação. Ao fim e ao cabo, o *judicial review* impede que a sociedade foque nas questões que verdadeiramente importam quando há discordância acerca do conteúdo e alcance de direitos<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> *Idem*.

<sup>66</sup> WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. Op. cit., p. 1354.

<sup>67</sup> O autor ainda apresenta sua definição do que considera um *judicial review* fraco e um *judicial review* ainda mais fraco. Em um sistema de *judicial review* fraco, as Cortes poderiam examinar a conformidade da legislação com os direitos individuais em questão, mas não poderia deixar de aplicar a legislação sob o argumento de que ela violaria direitos. Ainda assim, essa declaração de incompatibilidade poderia gerar efeitos. Citando o exemplo britânico, Waldron verifica que um ministro, a partir da declaração da Corte, pode abreviar o procedimento legislativo no sentido de trazer solução à incompatibilidade apontada. Um modelo de *judicial review* ainda mais fraco seria aquele observado na Nova Zelândia. Neste país, as Cortes também não podem declinar de aplicar uma legislação, ainda que possam se esforçar para encontrar uma interpretação que evite a violação de direitos. De toda sorte, uma eventual declaração de incompatibilidade não geraria efeito algum no processo legislativo. Waldron ainda cita o caso do Canadá. Lá as Cortes podem declinar de aplicar leis que consideram incompatíveis na Carta Canadense de Direitos e Liberdades, contudo o Legislativo pode apelar à chamada *notwithstanding clause* que o permite legislar, apesar da declaração de incompatibilidade provinda das Cortes. De toda forma, como a cláusula é utilizada muito raramente, Waldron considera o modelo canadense como de *judicial review* forte, ainda que com essa possibilidade.

<sup>68</sup> WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. Op. cit., p. 1353.

Sem embargo de tudo isso, Waldron admite haver quatro pressupostos que devem ser atendidos para que sua crítica ao *judicial review* se mantenha. São eles: i) o razoável funcionamento das instituições democráticas; ii) o razoável funcionamento de instituições judiciais, calcadas em termos não representativos, e com poderes para dirimir disputas; iii) o comprometimento, da maior parte dos membros da comunidade, com a ideia de direitos individuais e direitos das minorias; e iv) o desacordo de boa-fé acerca do conteúdo dos direitos<sup>69</sup>.

Em relação ao razoável funcionamento das instituições democráticas, o autor aponta para a necessidade de leis e políticas públicas serem definidas pelo povo, por meio de representantes eleitos pelo sufrágio universal. Ainda, assume-se o Legislativo como um amplo corpo deliberativo, em que os representantes atuam de modo responsável e comprometido com o debate<sup>70</sup>. O teórico, por certo, não crê em um sistema perfeito, mas considera essencial que os debates sejam calcados em uma cultura democrática e que os procedimentos e instituições estejam sob constante revisão, de modo a evitar injustiças e desigualdades de participação<sup>71</sup>.

No que toca às instituições judiciais, para que seja pertinente a crítica apresentada, Waldron as assume como politicamente independentes, razoavelmente funcionais e formadas por um corpo de juízes não eleitos. Evidentemente, também se assume que as Cortes podem realizar o *judicial review*. Ainda, considera-se que os juízes são comprometidos com a ideia de direitos, assim como qualquer um na sociedade e, como tal, discordam entre si do significado e das implicações de direitos individuais ou de grupos minoritários<sup>72</sup>.

Dessa perspectiva, advém o pressuposto de comprometimento com os direitos. Ainda que possa se verificar uma concepção utilitarista entre os membros da sociedade e mesmo que se acredite no princípio majoritário como regra geral para a política, é possível assumir um forte comprometimento da maior parte dos integrantes de uma comunidade com os direitos individuais e dos grupos minoritários. A promulgação de um rol de direitos, no mais das vezes, de caráter constitucional, demonstra esse comprometimento geral da sociedade com as garantias e liberdades,

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 1360.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 1361.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 1362.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 1364.

sem embargo das possibilidades de discordância entre os indivíduos acerca do conteúdo de cada um desses direitos positivados<sup>73</sup>.

Por fim, tal como já analisado anteriormente, Waldron assume que as discordâncias entre os membros da sociedade em matéria de direitos se dá em um contexto de boa-fé. Segundo o autor neozelandês, as discordâncias sobre direitos raramente se localizam num patamar interpretativo legalista, uma vez que, via de regra, levantam questões de todas as ordens, conectadas com o momento político da comunidade<sup>74</sup>. Isso significa dizer que, mais do que discordâncias hermenêuticas acerca das definições trazidas pela legislação, as discordâncias sobre direitos trazem à baila posicionamentos morais e políticos. Nessa senda, a ideia de discordância de boa-fé é assumida tendo por base a concepção rawlsiana do “fardo do julgamento” (*burdens of judgment*), justamente por se compreender irrealista uma perspectiva pela qual as discordâncias sejam sempre calcadas em ignorância e perversidade ou na busca de ganhos de qualquer ordem<sup>75</sup>.

Tendo esses quatro pressupostos em mente, o autor questiona qual seria o método adequado para solucionar as discordâncias de boa-fé entre os membros da comunidade. Considerando que o povo, por meio de seus representantes, tem o direito de se autogovernar, mesmo as questões polêmicas concernentes a concepções de justiça e moralidade devem ser levadas à deliberação por meio das legislaturas, tendo em vista o direito de todos os cidadãos de participarem de modo igual do debate público<sup>76</sup>.

Igualmente, Waldron se opõe a ideia de que juízes estariam mais inclinados a representar e defender melhor os interesses dos vários grupos minoritários e vulneráveis presentes na sociedade. Como visto, juízes também discordam entre si acerca de direitos, exatamente como os cidadãos e os legisladores<sup>77</sup>. Com efeito, nenhum método de decisão é imune a erros, de modo que tanto os legisladores quanto as Cortes podem tomar decisões equivocadas quanto aos direitos. Tendo em vista, contudo, o pressuposto de instituições democráticas que funcionem bem, as votações

---

<sup>73</sup> *Ibidem*, p 1364-1365.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 1367.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 1368.

<sup>76</sup> POLEWKA, Gabriele. *Liberdade religiosa x autonomia privada: a proteção (judicial) de direitos nas democracias constitucionais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2016, p. 32.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 33.



parlamentares, por sua pluralidade e representatividade, poderiam afastar interesses ocasionais e garantir, dentro do possível, uma aproximação ao bem comum<sup>78</sup>.

Precisamente nesse sentido, o autor focará sua atenção no Legislativo, entendendo-o como democraticamente legítimo para a discussão dos valores de justiça e para a definição dos conteúdos dos direitos.

De acordo com teórico, o Legislativo em quase todo o mundo moderno é, no mais das vezes, formado por grandes assembleias. Tais assembleias incorporam em si os desacordos presentes na sociedade, de modo que as decisões tomadas não se pretendem como conclusivas acerca de quais posições estão corretas, mas sim, determinam qual posicionamento, em um determinado momento, tem maior apoio entre seus membros<sup>79</sup>.

Ainda que se considere o largo consenso teórico de que corpos legislativos amplos podem, em verdade, atrapalhar um processo de decisão racional, Waldron acredita que a preferência por grandes assembleias está relacionada à perspectiva de que “o processo de produção normativa depende de uma complexidade e multiplicidade de pessoas, localidades e circunstâncias com as quais a proposta legislativa tem que lidar”<sup>80</sup>. De fato, parte-se do pressuposto de que quando perspectivas diversas são trazidas para a deliberação coletiva, o processo se torna mais informado e atinge resultados substancialmente melhores<sup>81</sup>.

Nesse contexto é que se revela a superioridade do processo levado a efeito pelo Parlamento. O Legislativo tem caráter essencialmente deliberativo, na medida em que leva em consideração a responsabilidade com os representados, há deliberação em todos os estágios do procedimento de tomada de decisão, há mecanismos de consultas públicas e audiências, bicameralismo etc. O principal aspecto que evidencia a feição deliberativa do Parlamento, no entanto, é o respeito à pluralidade dos membros que constituem a assembleia<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> *Idem*.

<sup>79</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. *Op. cit.*, p. 22-23.

<sup>80</sup> LIMA, Jairo. *Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 23.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 25.

Em suma, analisados em mais detalhes os pensamentos de Dworkin e Waldron acerca da democracia, *judicial review* e a dificuldade contramajoritária, resta nítida a oposição entre eles. Se para Dworkin a democracia somente se perfaz a partir de uma dimensão constitucional, que assegura direitos por meio da interpretação perpetrada por Cortes, de outro, Waldron se dedica a uma noção procedimentalista que crê na democracia a partir da deliberação ampla e pública, calcada no majoritarismo, e que não aceita a atuação de juízes não eleitos na construção de significados constitucionais por entender ser tratar de um exercício que avilta o princípio da igualdade na participação política.

A despeito das evidentes discordâncias entre os autores, parece haver um elemento que os une: a tomada quase exclusivamente institucional do debate constitucional. Dito de outra forma, tanto Dworkin quanto Waldron focam sua análise a partir da legitimidade ou ilegitimidade da atuação de determinada instituição, sejam as Cortes, seja o Parlamento. Nesta singra, o debate entre constitucionalismo e democracia acaba por se reduzir a uma disputa entre Judiciário e Legislativo acerca de quem tem a última palavra sobre a Constituição. Ainda que ambos os autores não se oponham à participação popular em determinadas matérias, é certo que não fazem disso a base de suas teorizações. Assim, ao fim e ao cabo, ao povo resta o papel de espectador.

Tendo isso em mente, a seguir se abordará a construção teórica do conceito de poder constituinte para se propor uma atuação direta do povo no papel de mediador da tensão entre constitucionalismo e democracia. Conforme se verá, nem as Cortes e nem mesmo o Parlamento podem assumir o protagonismo de um debate que pertence àqueles de quem retiram sua legitimidade.

### *1.3. Quem tem medo do povo? Poder constituinte como elemento de mediação entre constitucionalismo e democracia.*

A proposta teórica que se apresenta neste trabalho coloca o povo, entendido como titular do poder constituinte, como elemento central da vida democrática da comunidade e como mecanismo de mediação na tensão entre constitucionalismo e democracia.

Para que bem se possa compreender esse modelo, contudo, em princípio é necessário retomar a teoria do poder constituinte, de modo a justificar a concepção que se adota em relação a este fenômeno político.

Nesse sentido, como é cediço, Emmanuel Joseph Sieyès desponta, se não como o primeiro a teorizar a ideia de poder constituinte, como o pioneiro a apresentar uma teoria organizada deste fenômeno. Sieyès escreve no período pré-revolucionário francês, criticando contundentemente a diferenciação política e institucional entre os três estados conformadores da sociedade francesa daquele momento. Para o abade, somente o Terceiro Estado se identificava com a ideia de nação, ao passo que a nobreza e o clero, isto é, as castas privilegiadas, chegaram ao posto de primazia pela usurpação e pela traição da coisa pública. A nobreza, portanto, seria estranha à organização social pela sua ociosidade, mas também seria estranha à organização política e à nação propriamente dita, pois sua missão não vem do povo. Uma vez sendo casta privilegiada, defende não o interesse geral, mas seus interesses particulares<sup>83</sup>.

O que é o Terceiro Estado, portanto? “*Tudo, mas um tudo entravado e oprimido*”<sup>84</sup>. É justamente para romper com essa tradição da opressão e do *nada* que o Terceiro Estado era até então que Sieyès propõe e teoriza sobre o poder constituinte. Assim, a Constituição pressupõe a existência de um poder constituinte prévio e soberano que não se submete à ordem vigente. Nas palavras do autor, “*Se precisamos de Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem direito de fazê-la.*”<sup>85</sup>

De fato, na teorização de Sieyès, o poder constituinte é entendido como uma vontade nacional, que não se vincula à Constituição. Se, por um lado, o poder só exerce um poder real enquanto é constitucional, isto é, só é legal enquanto é fiel às leis existentes, por outro, a vontade nacional não se vincula à legalidade. De modo diverso, ela só precisa de sua realidade para ser legal, ao tempo em que é ela quem origina toda a legalidade. Para Sieyès, a nação, ou a vontade nacional, não está, não pode estar e não deve estar submetida à Constituição<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa* – que é o Terceiro Estado? Trad. Norma Azeredo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 68-69.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 118-119.

É também dessa perspectiva que decorre a distinção fundamental que o autor traça entre poderes constituídos e poder constituinte. Com efeito, a vontade nacional corresponde à origem de toda a legalidade, de modo que o poder constituinte se apresenta como o poder conferido a uma nação para fundar uma nova ordem constitucional. É dessa atuação do poder constituinte que os poderes constituídos retirarão sua legitimidade para existir e atuar, portanto<sup>87</sup>.

Outra perspectiva interessante que decorre da teorização de Sieyès, e que se contrapõe a uma das concepções de poder constituinte que serão melhor analisadas na sequência, diz respeito à possibilidade ilimitada de exercício desse poder pela nação. Ao se questionar acerca da possibilidade da nação aplicar a si mesma a restrição de alteração posterior da Constituição, o teórico argumenta que a nação não pode nem alienar e nem proibir o direito de mudar. Desse modo, existindo o interesse geral pela mudança, ele não pode ser cerceado<sup>88</sup>. Essa concepção é relevante na medida em que garante à nação o poder de agência sob a Constituição sem a necessidade de qualquer forma de justificação. Basta a “vontade geral”.

É de se notar, todavia, que a despeito do uso de figuras de linguagem como o “interesse geral” e a “nação”, Sieyès traz a lume uma teoria da representação que separa a titularidade do poder constituinte, pertencente aqui à figura da nação, e o exercício desse poder, que se dá por meio de representantes delegados. Trata-se, pois, da distinção entre uma vontade comum real e uma vontade comum representativa<sup>89</sup>.

Como bem aponta Jairo Lima, para Sieyès, a titularidade do poder constituinte não significa necessariamente a soberania popular nos termos defendidos por Rousseau, uma vez que articulada necessariamente com um regime representativo<sup>90</sup>. Ressalte-se ainda que, sem embargo da proposta de expressão da vontade nacional por meio da representação tenha significado inegável avanço em relação ao contexto francês anterior (Antigo Regime), é certo que a representatividade defendida por Sieyès se pautava em caráter censitário e sexista, além de excluir oportunidades de

---

<sup>87</sup> LIMA, Jairo. *Emendas constitucionais inconstitucionais... Op. cit.*, p. 73-74.

<sup>88</sup> SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa... Op. cit.*, p. 119.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>90</sup> LIMA, Jairo. *Emendas constitucionais inconstitucionais... Op. cit.*, p. 75.

participação direta<sup>91</sup>. De todo modo, Sieyès, apesar dos limites de sua teorização, apresentou as respostas que seu tempo permitira.

O pensamento do abade francês, com efeito, embasa a concepção de poder constituinte calcado na ideia de soberania popular, concepção essa que será analisada na sequência. Há, porém, outras concepções acerca do poder constituinte que merecem estudo, de modo a se justificar aquela que se considera mais adequada para o escopo deste trabalho.

Nesse sentido, Joel Colón-Ríos apresenta, a partir da investigação de escritos históricos, cinco concepções de poder constituinte, que, segundo ele, não se colocam em uma linearidade temporal, e nem mesmo se pode dizer que sejam necessariamente harmoniosas ou conflituosas entre si. São elas: i) poder constituinte como soberania parlamentar; ii) o Rei e o Parlamento como fontes do poder constituinte; iii) o poder constituinte como direito de instruir os representantes; iv) poder constituinte como direito de resistência e v) poder constituinte como soberania popular<sup>92</sup>. Cabe analisar cada uma dessas concepções.

A concepção de poder constituinte como soberania parlamentar decorre da observação de Tocqueville acerca do Parlamento britânico. Tocqueville entendia que, ao contrário de outros países, onde a Constituição somente poderia ser alterada pela vontade popular, o Parlamento britânico podia alterar a Constituição se utilizando dos mesmos procedimentos usados para a aprovação da legislação ordinária<sup>93</sup>. Em verdade, segundo Colón-Ríos, a ideia de poder constituinte tem muita afinidade com a doutrina da soberania parlamentar. Ambas tratam de um poder supremo capaz de positivar leis que não podem ser invalidadas por outras instituições. Nesse sentido, não é surpreendente que em um país cujo Parlamento tem tanta importância, o conceito de poder constituinte seja fundido à ideia de soberania parlamentar<sup>94</sup>.

Outro aspecto a demonstrar fusão dos conceitos segundo essa concepção diz respeito ao trabalho ilimitado de produção de leis pelo Parlamento. Isso significa dizer, em outras palavras, que a teoria da soberania parlamentar indica que o Parlamento

---

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>92</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. Five conceptions of constituent power. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, v. 7, n° 31, 2017.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 5.

não pode abdicar de sua autoridade soberana. De fato, quando se entende o Parlamento como titular do poder constituinte, a impossibilidade de limitação de sua própria autonomia se torna autoevidente<sup>95</sup>. Nesta primeira concepção, portanto, a ideia de poder constituinte nem mesmo aparece como fenômeno autônomo, uma vez que está estritamente relacionada com a atuação do Legislativo.

A segunda concepção de poder constituinte, também desenvolvida a partir do contexto britânico, coloca o Rei e o Parlamento como fontes desse fenômeno. Com efeito, esta segunda concepção decorre da primeira, e diz respeito a outro modo como o Parlamento pode exercer o poder constituinte, isto é, como constituinte das colônias britânicas. Colón-Ríos aponta que o poder constituinte nem sempre foi titularizado pelo Parlamento, mas já esteve sob a égide da Coroa. Essa perspectiva, contudo, gerava grandes controvérsias em relação às colônias conquistadas. Entendia-se, por conseguinte, que o Rei tinha poder absoluto para criar as instituições e a Constituição que lhe aprovasse, contudo, uma vez estabelecidas, o poder real para legislar se findava, ou seja, o exercício do poder constituinte pela Coroa extinguiu o potencial de produção ilimitada de leis na colônia futuramente<sup>96</sup>.

Assim, nas colônias já devidamente estruturadas, a Coroa perdia seu poder legislativo ilimitado, de modo que mudanças, a partir de então, só poderiam ser adotadas pela atuação conjunta com o Parlamento. Desse modo, é possível dizer que nas colônias já estabelecidas e colonizadas, o poder constituinte reside sobre o Parlamento, que pode emendar ou mesmo revogar a Constituição que fora primeiramente estabelecida pelo Rei<sup>97</sup>. Mais tarde, sobretudo no século XIX e XX, a discussão passou se centrar na controvérsia acerca do exercício do poder constituinte pelo Parlamento britânico ou pelos corpos legislativos das próprias colônias<sup>98</sup>.

Cumprе sublinhar que, não obstante essa segunda concepção do poder constituinte pareça datada de um momento histórico já ultrapassado no mundo, ela traz repercussões bastante recentes. A discussão acerca do pleno exercício do poder constituinte pela Assembleia Geral da Nova Zelândia, por exemplo, só se findou em 1947, quando o Parlamento britânico garantiu a sua colônia a possibilidade de alterar

---

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 7-8.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 10-11.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 14.

qualquer um dos artigos da Constituição neozelandesa de 1852. Essa delegação, no entanto, gerou uma nova série de controvérsias. Isso porque, ao receber de outro corpo legislativo o poder total para o exercício da atividade legislativa, a Assembleia neozelandesa poderia declinar a qualquer momento dessa soberania, na medida em que foi “dada” por terceiro. Essa possibilidade de abdicar da autonomia, tal como visto acima, contradiz a percepção clássica do poder constituinte como inderrogável e inalienável<sup>99</sup>. Percebe-se, portanto, que as discussões ensejadas por essa segunda concepção do poder constituinte ainda são candentes.

A terceira concepção do poder constituinte não é uma concepção de como criar uma Constituição propriamente. Trata-se da ideia de que os eleitores têm o direito de instruir a atuação dos representantes eleitos, isto é, diz respeito ao poder de influenciar o conteúdo de leis ordinárias ou fundamentais aprovadas por uma assembleia eleita. De acordo com Colón-Ríos, dessa concepção decorre a noção de que os eleitores possuem um poder colegislativo, que sobrevive às eleições de representantes<sup>100</sup>.

A despeito disso, Colón-Ríos coloca essa ideia em meio às concepções de poder constituinte na medida em que ela parte do pressuposto de que o povo constitui, e mantém o direito de reconstituir, as instituições que o governam. Assim, para os defensores dessa proposta, os eleitores são comumente tratados como os “poderes constituintes”, com possibilidade de decidir sobre o conteúdo da Constituição de modo a limitar o poder do Parlamento, ou até mesmo de destituí-lo em caso de inobservância deste em relação aos desígnios populares<sup>101</sup>.

Em verdade, essa concepção parece remontar a teoria da representação levada a cabo por Thomas Paine. Divergindo da posição adotada por Edmund Burke, para quem o conteúdo da representação seria não a reprodução das vontades dos representados, mas a avaliação e tutela de seus interesses, aqui tido como um elemento de racionalidade<sup>102</sup>, Paine acredita que a relação entre representantes e representados deve enfatizar, justamente, a continuidade. Isso significa dizer que os representantes devem ficar atrelados à vontade dos representados, de modo que essa

---

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>101</sup> *Idem*.

<sup>102</sup> COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia*. Trad. Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: Editora UFPR, 2012, p. 87-88.

transmissão de vontade determinaria a própria legitimidade da relação de representação. Assim, para Paine, o governo representativo é a grande invenção de seu tempo, uma vez que permite a existência do autogoverno mesmo em Estados com ampla população. Dessa forma, por meio da intensa relação entre representantes e representados, o Estado passa a ser governado da melhor forma possível<sup>103</sup>.

De fato, para os teóricos dessa linha, as instruções, ou seja, a vontade dos constituintes, devem ser entendidas como ordens sob as quais os representantes devem se filiar, de modo que a atuação do Parlamento no sentido de aprovar medidas, sobretudo de caráter constitucional, sem o suporte do povo ou contra sua vontade deve ser considerada ilegítima<sup>104</sup>. Trata-se, pois, da ideia de poder legislativo do povo que perpassa o momento eleitoral. De acordo com Colón-Ríos, essa concepção encontra eco em algumas constituições, mormente aquelas que permitem a iniciativa popular, tais como as latino-americanas<sup>105</sup>.

A quarta concepção de poder constituinte, por sua vez, está relacionada à noção de direito de resistência, que aqui deve ser entendido não apenas como a possibilidade de desobedecer aos poderes estabelecidos, mas também de criar uma nova forma de governo.

A particularidade dessa concepção decorre do fato de que o poder constituinte é entendido como um poder que pode se realizar ocasionalmente, isto é, apenas quando ocorrem abusos de poder pelos governantes. Assim, os sujeitos constitucionais não dispõem do poder constituinte para manifestá-lo a qualquer tempo, mas tão somente nesses momentos de grave crise<sup>106</sup>.

Com efeito, essa concepção de poder constituinte guarda íntima relação com as teorizações de John Locke. Como é cediço, para Locke, o Legislativo, entendido como o poder supremo de um Estado constituído, é, em verdade, um poder fiduciário destinado a entrar em ação para a consecução de determinados objetivos. Ao povo,

---

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 92-93.

<sup>104</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. Five conceptions of constituent power. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>106</sup> *Idem*.



contudo, cabe o poder supremo para afastar ou alterar o Legislativo quando se verifica que os representantes se distanciaram do encargo que lhes foi confiado<sup>107</sup>.

É interessante observar que essa noção de direito de resistência reflete o âmago da teoria lockeana acerca do contrato social. Para o autor, ninguém pode renunciar à própria preservação em prol da vontade absoluta e autoritária de outrem; assim, sempre que alguém pretender reduzir os demais à condição de escravidão, estes devem ter o direito de repelir os que atacam a lei fundamental da autopreservação, que, ao fim e ao cabo, foi o que ensejou a associação dos indivíduos<sup>108</sup>.

De fato, como bem aponta Leonel Itaussu Almeida Mello em análise da obra de Locke, a violação deliberada da propriedade, entendida aqui como a vida, a liberdade e os bens, pelo uso da força, sem amparo legal, coloca o governo em estado de guerra contra a sociedade e os representantes em posição de rebelião contra os representados. Nesse sentido, confere-se ao povo o legítimo direito de resistência à opressão e à tirania<sup>109</sup>.

Retornando, pois, à concepção de poder constituinte que deriva dessa ideia, Colón-Ríos aponta que a perspectiva do direito de resistência impõe ao povo a necessidade uma justificação moral ao exercício do poder constituinte, calcada nos abusos dos governantes<sup>110</sup>. Assim, o poder constituinte fica sempre no âmbito da excepcionalidade.

Essa ideia se reflete na maioria dos Estados constitucionais modernos. De fato, a maior parte das constituições do mundo possibilitam alterações no texto constitucional apenas por representantes e autoridades governamentais, excluindo a participação popular. Nesse sentido, o exercício do poder constituinte pelo povo se torna uma atividade isolada, que não deve voltar a ocorrer, exceto em um contexto revolucionário que subverte por completo a ordem jurídica<sup>111</sup>, isto é, o poder

---

<sup>107</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo*. São Paulo: LeBooks, versão para Kindle, pos. 2342.

<sup>108</sup> *Ibidem*, pos. 1370.

<sup>109</sup> MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*, vol. 1. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 88.

<sup>110</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. Five conceptions of constituent power. *Op. cit.*, p. 28.

<sup>111</sup> *Idem*.

constituente somente é exercido pelo povo diretamente quando se faz necessário resistir e desobedecer.

Por fim, a quinta concepção de poder constituinte é a que mais se adéqua a proposta do presente trabalho. Trata-se da perspectiva do poder constituinte como soberania popular. Tal concepção tem sua base teórica no pensamento de Sieyès, sobretudo na ideia, conforme visto anteriormente, de que o poder constituinte da nação é inalienável e pode ser exercido sempre que se julgar necessário, independentemente de qualquer justificação moral.

Nessa concepção, a proposta de Sieyès é criticada e aprofundada a partir da contribuição teórica de Carl Schmitt<sup>112</sup>. Segundo Colón-Ríos, Schmitt insiste no caráter absoluto do poder constituinte e na ideia de que, ao invés de ser exaurido após seu exercício, ele continua a existir “ao lado e acima” da constituição<sup>113</sup>. A despeito disso, o autor alemão critica a perspectiva de Sieyès de limitar o poder constituinte aos representantes eleitos, naquilo que o abade francês chama de vontade geral representativa<sup>114</sup>. Nesse sentido, para Schmitt, o poder constituinte é visto como a vontade política capaz de adotar uma decisão em conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política. Essa decisão política, portanto, determinará a validade da Constituição<sup>115</sup>.

Para essa perspectiva, é de todo percuciente analisar a definição de Constituição proposta por Schmitt. Para ele, a Constituição, em seu sentido positivo, decorre de um ato do poder constituinte e, como tal, diz respeito a uma decisão que conforma uma unidade política<sup>116</sup>. Assim, serão as decisões políticas fundamentais de uma dada comunidade política, mormente no que diz respeito à estrutura do Estado<sup>117</sup>, que consubstanciarão o cerne daquilo que se tem por Constituição.

---

<sup>112</sup> Não se ignora a complacência e contribuição teórica de Carl Schmitt como regime nazista. A despeito disso, as teorizações do alemão em temas relacionados à Constituição e ao poder constituinte são ainda pertinentes e podem ser aproveitadas se bem localizadas teoricamente e abordadas sob uma perspectiva crítica.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>114</sup> LIMA, Jairo. *Emendas constitucionais inconstitucionais...* Op. cit., p. 76.

<sup>115</sup> *Idem*.

<sup>116</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927, p. 24.

<sup>117</sup> Schmitt exemplifica quais seriam as decisões fundamentais de uma comunidade política a partir da Constituição de Weimar. Assim, a decisão do povo em favor da democracia, a decisão a favor da República, em detrimento da Monarquia, a decisão em prol de um sistema parlamentarista representativo e, por fim, a decisão a favor de um Estado Burguês de Direito conformam esse núcleo de escolhas que é a Constituição.

Não sem sentido, Schmitt traça uma importante distinção entre aquilo que considera como Constituição e aquilo que se define tão somente como lei constitucional. Como referido, a Constituição se conceitua como o núcleo das decisões políticas fundamentais tomadas pelo titular do poder constituinte, que não surge de si mesma, mas sim, da vontade política da comunidade pré-existente<sup>118</sup> e, portanto, não encontra forma normativa e nem se restringe a qualquer modo de regulação que não aquele próprio criado pelo poder constituinte. As leis constitucionais, ao seu turno, pressupõem uma Constituição, ou seja, decorrem das decisões que foram tomadas e, por isso mesmo, têm nelas o seu fundamento de validade<sup>119</sup>. Desse modo, ao tempo em que as leis constitucionais podem ser revistas pelos poderes constituídos, a Constituição em si, isto é, as decisões políticas fundamentais que determinaram a unidade política da comunidade, só pode ser revista pelo titular do poder constituinte.

Nesse contexto, tal como já visto, Schmitt define o poder constituinte como vontade política cuja força e autoridade são capazes de fazer adotar uma concreta decisão sobre o modo e a forma da própria existência política, determinando assim o surgimento da unidade política como um todo<sup>120</sup>. Em um Estado Burguês de Direito – para usar os termos schmittianos – calcado em uma República e em um sistema democrático, é o povo o titular do poder constituinte, ou seja, é o povo quem tem a vontade política necessária para tomar as decisões políticas fundamentais que conformam a Constituição<sup>121</sup>.

Tomando, portanto, essa base teórica, Colón-Ríos afirma que a grande inovação trazida por Sieyès e Schmitt é o pressuposto da continuidade de existência do contrato social, ou seja, as pessoas já realizaram a transição do estado de natureza para a sociedade civil e, nesse contexto, a Constituição pode ser alterada sempre que se considerar necessário, sem que isso implique o retorno para o momento anterior de guerra de todos contra todos<sup>122</sup>.

É interessante observar que a concepção de poder constituinte como soberania popular, sobretudo em razão de sua base teórica em Sieyès e Schmitt,

---

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>119</sup> *Idem*.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>122</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. Five conceptions of constituent power. *Op. cit.*, p. 32.

desborda da noção tradicional entabulada pela teoria jurídica que pressupõe que, uma vez escrita e aprovada a nova Constituição, o poder constituinte originário se extingue e somente será manifestado novamente no momento de construção de um novo documento constitucional. Resta o poder reformador, que atuará no emendamento da Constituição, contudo, o fenômeno em sua forma originária simplesmente desaparece.

De fato, por essa perspectiva, a atuação do poder constituinte não apenas permanece presente na sociedade, como é a única força legítima capaz de alterar as decisões fundamentais que informam a Constituição. O poder constituinte, portanto, funciona como mediador das tensões entre constitucionalismo e democracia institucional na medida em que se reveste de legitimidade plena e absoluta para decidir, quando quiser, sobre os temas fundamentais da sociedade.

Essa noção pode ser relacionada, em alguma medida, ao pensamento do autor italiano Antonio Negri, um dos principais teóricos contemporâneos acerca do tema.

Para Negri, “*falar de poder constituinte é falar de democracia*”<sup>123</sup>. Esta frase, que abre sua obra, parece colocar em xeque a perspectiva mediadora que se defende que o poder constituinte pode assumir no embate entre constitucionalismo e democracia. É preciso ter em mente, entretanto, que, para o autor italiano, o conceito do poder constituinte está verdadeiramente atrelado ao seu exercício pelo povo, ou pela *multidão*, na categoria filosófica defendida pelo teórico.

Isso significa dizer que a tensão entre constitucionalismo e democracia, entendida a partir da tensão entre instituições representativas e não representativas acerca dos significados dos significantes que informam a Constituição, pode ser ressignificada e mediada pelo poder constituinte em sua forma pura e popular, que se sobrepõe necessariamente às instituições que legitima. A identificação entre poder constituinte e democracia, desse modo, deve ser levada a efeito nestes termos, isto é, de uma democracia não calcada na representação, mas atrelada à atuação do povo.

---

<sup>123</sup> NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pillati. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 7.

Com isso em mente, é interessante observar que Negri conceitua o poder constituinte a partir da crise que lhe é imanente, ou seja, se por um lado o poder constituinte tem o condão de criar uma nova ordem constitucional, de outro, é um fenômeno que resiste à constitucionalização. Nesse sentido, o poder constituinte sempre permanece estranho ao direito<sup>124</sup>.

Desse modo, ao passo em que o poder constituinte se apresenta como força onipotente, o direito procura limitá-lo temporalmente. O tempo do poder constituinte é o tempo do evento que deverá ser contido e fechado, isto é, confinado em categorias jurídicas e submetido à rotina administrativa<sup>125</sup>. Há, dessa forma, um esforço engendrado pela ciência jurídica no sentido de extraordinarizar o poder constituinte, ou seja, torná-lo alheio ao poder constituído, estabelecendo como seu limite temporal e fático a construção da nova Constituição. Nada para além disso é aceitável pelo direito.

Justamente na esteira disso, Negri critica as três soluções propostas pelos juristas para a crise do poder constituinte, quais sejam, a ideia de transcendência, de imanência e de integração<sup>126</sup>.

A primeira perspectiva, isto é, de transcendência, é a tradicional e parte da ideia de que o poder constituinte precede o ordenamento jurídico e depois se opõe a ele. O poder constituinte funda o poder constituído, mas esse nexos casual é imediatamente rompido após seu exercício<sup>127</sup>, restando ao poder constituinte a caracterização como uma força externa ao sistema jurídico. Apesar dessa identificação do poder constituinte como transcendente e externo, nessa perspectiva ele acaba por ser absorvido pelo próprio sistema constitucional, submetendo-se aos limites da norma e se dobrando ao conceito de soberania<sup>128</sup>.

A segunda solução apresentada trata o poder constituinte como imanente ao sistema constitucional. Aqui, em outras palavras, o poder constituinte é tido como motor da dinâmica constitucional, mas diversas operações de neutralização da

---

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 7-8.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>127</sup> *Idem*.

<sup>128</sup> COELHO, Thiago de Andrade. *Poder constituinte e devir: sobre o antijuridismo na contemporaneidade*. Niterói: UFF, 2007, 116 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Departamento de Psicologia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2007, p. 46-47.

atuação do poder constituinte são ativadas, de modo a diluir essa imanência<sup>129</sup>. Há, portanto, uma naturalização da força constituinte como sendo gestada no cerne do Estado e, nessa toada, é apreendido no espaço-tempo da limitação constitucional<sup>130</sup>.

Por fim, a terceira vertente considera o poder constituinte como força integrada, coexistente e sincrônica ao direito constituído. Tem-se, por essa linha argumentativa, que o “*elemento histórico institucional deve ser considerado como princípio vital*”<sup>131</sup>, ou seja, entende-se que o poder constituinte é constituído pelo direito positivo. Assim, a produção institucional, entendida como um jogo de forças políticas variadas, é que define e expressa o poder constituinte no campo concreto, na medida em que ele está estritamente ligado aos mecanismos institucionais<sup>132</sup>. Dito de outra forma, nessa concepção o poder constituinte não se liga de fato à democracia, considerada em seu caráter popular, mas sim ao jogo político que se estabelece em uma sociedade. Ele acaba por ser reprimido pelos mecanismos políticos da sociedade, que não representam efetivamente o pensamento democrático. Assim, o poder constituinte é limitado a partir do triunfo de alguma das forças políticas em disputa que passará a estabelecer compromissos constitucionais contínuos. Aqui também o poder constituinte perde sua relação estreita com o povo, ou com a *multidão*, e pode, por vezes, assumir um viés totalitário<sup>133</sup>.

Em verdade, as três soluções apontadas pelos juristas, e criticadas por Negri, também não se adéquam a concepção de poder constituinte entendido como soberania popular. Assim, tem-se que a visão transcendente de poder constituinte se aproxima da noção de poder constituinte como direito de resistência, a partir da perspectiva de que uma vez exercido ele se esboroa, permanecendo externo e somente vindo a *acontecer* novamente em um momento específico de grave crise. A perspectiva da imanência do poder constituinte, ainda que possa parecer interessante em seu pressuposto e, em princípio, seja compatível com a ideia de mediação ora defendida, acaba por se mostrar insuficiente na medida em que procura amenizar e neutralizar a potência constituinte. Conforme se verá no decorrer do trabalho, a

---

<sup>129</sup> NEGRI, Antonio. *O poder constituinte...* *Op. cit.*, p. 14.

<sup>130</sup> COELHO, Thiago de Andrade. *Poder constituinte e devir...* *Op. cit.*, p. 47.

<sup>131</sup> NEGRI, Antonio. *O poder constituinte...* *Op. cit.*, p. 18.

<sup>132</sup> CAIXETA, Renato Reis. *Antonio Negri e o poder constituinte: o conceito de uma crise*. Brasília, 2016, 100 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2016, p. 18.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 18-19.

proposta de atuação mediadora do poder constituinte não pretende limitá-lo, pelo contrário, procura abrir espaço para sua atuação no sentido mais amplo e irrestrito possível. Por fim, a noção integrada do poder constituinte se assemelha a uma visão institucionalista, que trata o poder constituinte, ou a democracia, no âmbito puramente institucional, prescindindo da participação popular. Conforme já visto, tal noção não é albergada pela concepção de poder constituinte como soberania popular.

A proposição que Negri traz para o conflito intrínseco do poder constituinte, no entanto, também não parece se amoldar ao enquadramento ora apresentado. O autor italiano procura trabalhar o poder constituinte totalmente fora da noção de constitucionalismo. Para Negri, o constitucionalismo é a teoria e prática do governo limitado, que tenta conter até mesmo o poder constituinte, a partir da argumentação de que sua legitimação se dá por meio de sua expressão em um procedimento legal<sup>134</sup>. O poder constituinte, por sua vez, compreendido como uma força que irrompe e se faz expansiva, entra em choque com o constitucionalismo de maneira direta, forte e duradoura<sup>135</sup>.

Por certo, não se pretende negar a contradição inafastável entre poder constituinte e poder constituído e nem se nega o ímpeto dominador do constitucionalismo sobre a democracia. Concorde-se com Negri em seus pressupostos. Sem embargo disso, a concepção de poder constituinte que se adota neste trabalho não pode se construir a par do constitucionalismo. De modo diverso, o poder constituinte como aqui defendido ressignifica o constitucionalismo e a própria democracia. A ressignificação do constitucionalismo se dá na medida em que o poder constituinte passa a limitá-lo, e não o contrário, mantendo assim sua característica disruptiva e inovadora. Ao mesmo tempo, o poder constituinte radicaliza a democracia, tirando-a da exclusividade institucional e levando-a ao seu titular de modo direto.

Assim, nessa compreensão, o poder constituinte guarda efetivamente uma imanência com o constitucionalismo, mas não aceita ser neutralizado ou arrefecido. Como bem define Vera Karam de Chueiri, a Constituição deve reter a ideia de potência, de impulso constituinte<sup>136</sup>, não apenas a partir de sua aplicação e

---

<sup>134</sup> NEGRI, Antonio. *O poder constituinte... Op. cit.*, p. 20.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>136</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição Radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 58, dez. 2013, p. 34.

concretização, como defende a autora, mas, de modo mais literal, a partir do qual o impulso constituinte faça parte da comunidade, agindo sempre que julgar necessário.

É nesta esteira que a proposta teórica de um constitucionalismo fraco se apresenta, isto é, nessa premência do poder constituinte. Sua definição e contextualização serão detalhadas a seguir.

#### 1.4. *Constitucionalismo fraco: a radical proposta de devolver a Constituição ao povo.*

Pensar no constitucionalismo a partir do protagonismo do poder constituinte pode parecer um contrassenso a princípio, afinal, enquanto o segundo se define pela expansividade criativa e ilimitada, o primeiro procura, justamente, estabelecer restrições a essa atuação desenfreada. Não obstante, em um contexto de democracia constitucional que cada vez mais sobrepõe constitucionalismo à democracia, se faz fundamental colocar o povo e sua potência criadora no debate constitucional.

Precisamente nessa linha surge a proposta de um constitucionalismo fraco. Inobstante, é preciso observar que a perspectiva de democratizar o debate constitucional a partir da participação popular não é exatamente nova, tendo no constitucionalismo popular sua origem e base teórica mais reconhecida.

Com efeito, Larry Kramer desponta como um dos principais autores desse campo argumentativo, tal como visto na tipologia proposta por Nimar Sultany. Kramer, contudo, apresenta sua teoria a partir da crítica ao *judicial review*. Para ele, o próprio povo acabou por permitir que a Constituição se transformasse naquilo que a Suprema Corte diz ser a Constituição<sup>137</sup>.

Segundo Kramer, a interpretação constitucional não deve ocorrer tão somente nas Cortes, pelo contrário, tal processo pode ser feito de modo legítimo pela própria comunidade, em um amplo processo de deliberação pública guiada por uma liderança política e calcada no diálogo entre especialistas e não especialistas, autoridades e cidadãos comuns e juízes e não juízes<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> KRAMER, Larry. *The Interest of the Man... Op. cit.*

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 718.



Nesta senda, Kramer propõe o retorno a um constitucionalismo popular presente nas mais profundas bases do constitucionalismo norte-americano, ao que ele chamará de democracia deliberativa ou constitucionalismo madisoniano. Trata-se, com efeito, de um sistema fundado na ideia de deliberação, não balizada nos interesses pessoais dos membros da comunidade, mas em um julgamento racional por parte das pessoas que se baseariam em reflexões públicas bem discutidas pelos líderes políticos<sup>139</sup>. Tendo isso em vista, Kramer rebate críticas de que sua teoria propiciaria uma ditadura da maioria ao argumentar que não são as majorias que devem ser temidas, mas sim, as majorias que não refletem adequadamente sobre as questões a serem deliberadas<sup>140</sup>.

Como bem aponta Tom Donnelly, Kramer acredita que o problema reside não apenas no fato de que as Cortes detêm muito poder, mas, sobretudo, no fato de que o povo endossa essa acumulação de poderes pelo Judiciário. Nesse sentido, Kramer aponta que as pessoas devem voltar a confiar em sua própria capacidade de julgamento<sup>141</sup>.

O autor critica a falta de oposição pública à supremacia judicial. Com exceção de poucos acadêmicos, há um consenso quase generalizado acerca do fato de que às Cortes cabe a última palavra da interpretação judicial. Nessa toada, a “oposição” à atuação da Corte tem sido interna, isto é, busca-se alterar o entendimento do Judiciário ou sua composição, sem se questionar a supremacia judicial em si<sup>142</sup>.

Analisando, entretanto, a história estadunidense, Kramer afirma que a atual posição de submissão às Cortes é uma novidade que não se sustentaria em outros momentos do constitucionalismo americano. Outras gerações acreditariam que algo terrivelmente errado aconteceu para que um Judiciário não eleito fosse visto com tanta deferência e importância<sup>143</sup>.

É preciso notar, todavia, que Kramer não pretende extirpar a atuação dos Tribunais. Em seu modelo, os juízes cumprem o relevante papel de informar o debate

---

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 703-704.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 733.

<sup>141</sup> DONNELLY, Tom. Making Popular Constitutionalism Work. *Wisconsin Law Review*, v. 2012, 159-194, 2012, p. 165.

<sup>142</sup> KRAMER, Larry. *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 228.

<sup>143</sup> *Idem*.

público<sup>144</sup>, contudo, é ao povo que recai a última palavra acerca da Constituição. Trata-se de ter em mente que a interpretação constitucional não é exclusividade do Judiciário, uma vez que pressupõe que um processo interpretativo igualmente válido pode ser levado a efeito pelos “braços políticos” do governo ou pela comunidade de modo amplo<sup>145</sup>.

O ponto central da crítica oferecida por Kramer reside na ideia atual de que o monopólio judicial da interpretação constitucional é inevitável, tido como necessário para salvar o povo de si mesmo<sup>146</sup>. Para o autor, a questão que deve ser feita é: por que deixar a Constituição nas mãos aristocráticas da supremacia judicial e não confiar nos cidadãos como plenamente capazes e responsáveis para exercerem seu autogoverno?<sup>147</sup>. É necessário que o povo clame pelo controle de sua Constituição, o que significa repudiar a ideia de que as Cortes detêm a última palavra sobre a interpretação constitucional, ou de que as questões constitucionais são demasiadamente complexas para a decisão dos cidadãos ordinários. Trata-se, portanto, de modificar a postura perante o Judiciário, tratando-o como servo e não como mestre do povo<sup>148</sup>.

A perspectiva do constitucionalismo popular apresentada por Kramer se coloca como uma das principais propostas teóricas que incluem o poder constituinte no debate entre constitucionalismo e democracia. É sem dúvida nesta base filosófica que a concepção de constitucionalismo fraco nasce. Não obstante, o pensamento o autor acaba por se vincular de modo muito estreito à discussão acerca da legitimidade do *judicial review*. O constitucionalismo fraco, nesta singra, se apresenta como uma proposta mais ampla, que atribui ao poder constituinte um papel de protagonismo não apenas nos debates que são levados a efeito nas Cortes, mas na vida democrática da comunidade de modo geral. Cabe analisar essa teorização em seus detalhes.

O conceito de constitucionalismo fraco é desenvolvido pelo professor porto-riquenho Joel Colón-Ríos, que parte do pressuposto de que a teoria constitucional contemporânea virou as costas para a democracia<sup>149</sup>. De acordo com Colón-Ríos, o

---

<sup>144</sup> KRAMER, Larry. *The Interest of the Man...* *Op. cit.* p. 742.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 700.

<sup>146</sup> KRAMER, Larry. *The People Themselves...* *Op. cit.*, p. 229.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 247.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 247-248.

<sup>149</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. *Weak Constitutionalism: democratic legitimacy and the question of constituent power*. Abingdon: Routledge, 2012, p. 1.

objetivo principal do constitucionalismo é limitar o poder político e o faz por meio de diversos mecanismos, como a divisão de poderes, o estabelecimento de direitos, etc.<sup>150</sup>. Há, no entanto, mais uma característica fundamental do constitucionalismo e que o coloca em rota de choque com a democracia: sua obsessão pela permanência. Ainda que se permitam algumas mudanças a fim de corrigir erros históricos e atualizar o documento constitucional, o cerne da Constituição, isto é, seus princípios fundamentais e a estrutura de governo, deve ser o mais imutável possível, ficando fora do âmbito de decisão das maiorias populares<sup>151</sup>.

De fato, há a sensação de que alterar profundamente a Constituição é “procurar problema”, flertar com a instabilidade do sistema político e colocar em risco a própria ideia de Estado de Direito<sup>152</sup>. Não por acaso o constitucionalismo estabeleceu uma série de mecanismos que dificultam as mudanças constitucionais, tais como as supermaiorias, as votações em diferentes turnos e, em alguns casos, tal como no Brasil, a total impossibilidade de emendar um núcleo de disposições constitucionais, entendidas como cláusulas pétreas. Colón-Ríos é um crítico ferrenho dessa configuração institucional, uma vez que, para ele, as grandes mudanças constitucionais se apresentam como oportunidade para a participação popular<sup>153</sup>. Eis aqui, portanto, a tônica de sua proposta teórica: a participação popular direta como elemento fundamental nas escolhas políticas que conformam a Constituição.

Nesse momento já é possível perceber a diferenciação do autor portoriquenho em relação às concepções de democracia apresentadas tanto por Dworkin quanto por Waldron. Com efeito, tal como visto alhures, Dworkin defende a ideia de *partnership democracy*, pela qual a democracia é, antes de tudo, um sistema para a proteção dos direitos individuais, de modo que só haverá decisões efetivamente democráticas se cumpridas condições de respeito a noções próprias de moral e justiça. Nesse contexto, as maiorias não poderiam modificar, sempre que desejassem, a estrutura básica da Constituição, visto que tal atuação somente seria legítima mediante o atendimento de pressupostos substanciais anteriores. Colón-Ríos acredita que essa noção dworkiniana está em conflito claro e direto com o ideal de democracia. Para ele, tal noção poderia até mesmo legitimar uma Constituição imposta, visto que

---

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>152</sup> *Idem*.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 21.

o elemento democrático não estaria na participação popular, mas sim em um rol de princípios protetivos a serem atendidos<sup>154</sup>.

Consoante entabulado pelo autor porto-riquenho, existem alguns princípios básicos inerentes à ideia de autogoverno, sem os quais não se pode falar em democracia efetivamente. Assim, a democracia pressupõe uma sociedade aberta, em que os princípios mais fundamentais estão suscetíveis à modificação. Nesse diapasão, uma sociedade democrática não é aquela que estabelece leis justas, mas aquela em que a pergunta sobre o que é justo permanece sempre aberta<sup>155</sup>. Tendo isso em vista, Colón-Ríos critica a perspectiva de Dworkin para quem a Constituição deve conter uma série de princípios que, uma vez positivados, conformam uma “Constituição terminada” e uma ordem democrática plena. Tal ideia conflita com a noção de abertura constitucional, na medida em que uma Constituição terminada nunca será possível. Para Colón-Ríos, em verdade, a proposta de Dworkin mantém intacto o constitucionalismo tradicional e se esquia de realizar a democracia plenamente, em razão do medo de que uma abertura ampla possa implicar uma retirada de direitos. A democracia, contudo, é risco e não há solução para esse risco, senão aceitá-lo<sup>156</sup>.

A despeito das duras críticas apresentadas contra o pensamento de Dworkin, Colón-Ríos também não se sente satisfeito com a concepção de democracia trazida por Waldron. Diferentemente de Dworkin, Waldron leva a sério a ideia de abertura democrática da Constituição, contudo, acaba por limitar a atuação popular nas mudanças fundamentais da ordem constitucional<sup>157</sup>. A abertura democrática deve ser permeada por mecanismos que permitam o acesso dos cidadãos comuns ao debate constitucional, sobretudo nos temas fundamentais da Constituição<sup>158</sup>. Tal movimento não ocorre quando Waldron simplesmente confere ao Legislativo o papel que caberia às Cortes, olvidando da participação do povo. Assim, a ideia de que os cidadãos têm o direito de participar em igualdade de condições nos desacordos sobre o conteúdo

---

<sup>154</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. *La constitución de la democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, versão para Kindle, pos. 399.

<sup>155</sup> *Ibidem*, pos. 417.

<sup>156</sup> *Ibidem*, pos. 439.

<sup>157</sup> *Ibidem*, pos. 458.

<sup>158</sup> *Idem*.

dos direitos perde seu sentido se essa igualdade é vista nos termos exclusivos da atuação parlamentar<sup>159</sup>.

O ponto nodal da crítica de Colón-Ríos, portanto, está na pretensa identificação entre representantes e representados no pensamento waldroniano. Conforme se verá adiante, o autor apresenta uma importante diferenciação de grau de legitimidade de cada um desses corpos (povo e Legislativo) para atuarem na vida democrática da comunidade, de modo que, fundi-los como se um fossem, conflita sobremaneira com sua proposta.

Ainda nesse contexto preliminar, observa-se que Colón-Ríos distancia seu pensamento da discussão clássica acerca do embate entre Cortes e Parlamento sobre quem tem a última palavra, sobretudo em questões que envolvem a pauta de direitos. A preocupação fundamental do teórico não está nos limites de atuação daquilo que chama de “instituições ordinárias de produção da lei”, mas sim, na falta de oportunidade para mudanças constitucionais baseadas na participação popular<sup>160</sup>. Essa premissa é importante porque expande a teorização do autor. Na contextualização percorrida no início deste capítulo, viu-se que a maior parte dos autores é classificada em posições teóricas a partir de seu entendimento acerca da dificuldade contramajoritária. Colón-Ríos, por certo, não ignora esse debate, mas não faz dele seu ponto central de investigação.

O professor porto-riquenho traz à baila, então, a ideia de democracia multidimensional, calcada na diferenciação entre aquilo que chama de democracia de primeiro grau e democracia de segundo grau. A democracia de primeiro grau diz respeito à governança democrática e se relaciona com as leis e instituições que garantem a democracia do dia-a-dia, desde eleições diretas periódicas, até as liberdades civis mais elementares, como o direito à associação, direito à reunião, liberdade de expressão, etc.<sup>161</sup>. Quando se pensa se um país adota um regime democrático, nos termos da definição de poliarquia de Robert Dahl<sup>162</sup>, é esta primeira dimensão da democracia que se tem em mente.

---

<sup>159</sup> *Ibidem*, pos. 494.

<sup>160</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. *Weak Constitutionalism...* *Op. cit.*, p. 22.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>162</sup> A definição de democracia em Robert Dahl se reveste de caráter procedimental e toma por base dois aspectos fundamentais a serem analisados, quais sejam, a possibilidade de participação e a possibilidade de oposição. Assim, quanto maiores forem as possibilidades de participação na vida

É interessante notar que Colón-Ríos aloca todo o debate acerca do *judicial review* para essa primeira dimensão democrática. Para ele, todo o processo de como as leis são aprovadas e os debates acerca da “democraticidade” ou “anti-democraticidade” da atuação revisora por parte do Judiciário se relacionam a essa governança diária<sup>163</sup>. Neste plano democrático o autor assume certa proeminência das instituições representativas e burocráticas do Estado. De fato, por razões práticas, seria inviável supor uma ampla participação política na discussão de todo o tipo de legislação a ser aprovada. Isso não significa, no entanto, que a utilização de mecanismos participativos também nesses debates deva ser ignorada. Para Colón-Ríos, uma sociedade acostumada com a participação pública em matérias “ordinárias” provavelmente se engajará nas discussões constitucionais que fazem parte da segunda dimensão da democracia<sup>164</sup>. Sobretudo quando se tem em mente que algumas discussões desse primeiro âmbito da democracia têm reflexos em importantes discussões constitucionais (sufrágio universal e respeito a direitos fundamentais são um exemplo), é que se faz salutar a manutenção de um ambiente participativo e aberto em todas as dimensões democráticas.

Nesse diapasão, o teórico apresenta aquilo que chama de democracia de segundo grau, ou democracia no nível das leis fundamentais, que será o foco da sua discussão e também deste trabalho. Aqui se procura investigar a relação do povo com sua Constituição. Nessa vereda, Colón-Ríos lança dois questionamentos: a Constituição em questão é resultante de um processo democrático? E, ela pode ser alterada por meios democráticos?<sup>165</sup> Na esteira desses questionamentos, a segunda dimensão de democracia é incompatível com uma Constituição que tenha sido imposta, mesmo que traga uma série de princípios democráticos em seu texto. Igualmente, não será democrática a Constituição que obstar toda e qualquer forma de alteração do seu texto, sobretudo quando importantes transformações jurídico-políticas são necessárias<sup>166</sup>.

---

pública, e maior for a disputa pelo poder e possibilidade de oposição ao governo posto, mais democrático será um regime. A esse ideal de possibilidade de participação e possibilidade de oposição o autor dá o nome de “Poliarquia”. Cf. DAHL, Robert Alan. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: EDUSP, 1997.

<sup>163</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. *Weak Constitutionalism...* Op. cit., p. 37.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>165</sup> *Idem*.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 39.

Tornando aos dois autores símbolo da tensão entre constitucionalismo e democracia, Colón-Ríos demonstra como as visões tanto de Dworkin quanto de Waldron acabam por negar ou obscurecer a ideia de democracia de segundo grau. A concepção de Dworkin, ao colocar um conteúdo liberal de Constituição como condição à democracia, acaba por relegar à democracia ao nível das leis fundamentais uma posição de irrelevância. Isso porque, na ideia de *partnership democracy*, tudo o que importa está relacionado à democracia de primeiro grau. Assim, se a Constituição garante direitos a todos os grupos e os trata com igual respeito e consideração, pouco importa por quais meios o texto constitucional foi adotado. Também nessa toada, Dworkin defende mecanismos que dificultem a alteração constitucional, de modo a manter os direitos e garantias elencados, o que também se faz incompatível com a democracia de segunda dimensão<sup>167</sup>.

Enquanto a visão de Dworkin nega a democracia no nível das leis fundamentais, em Waldron ela é obscurecida. O autor neozelandês não leva em conta a democracia de segundo grau, uma vez que, para Waldron, a democracia no nível da governança diária satisfaz por completo o ideal de governo democrático. Igualmente, a defesa da soberania parlamentar praticada por Waldron acaba por ofuscar as diferenças entre leis ordinárias e leis constitucionais, além de identificar, indevidamente, o povo com os seus representantes eleitos. Conforme se verá a seguir, para Colón-Ríos, o Legislativo não tem a legitimidade necessária para lidar, em exclusividade, com as questões atinentes a essa segunda dimensão democrática<sup>168</sup>.

Diferentemente de um regime propriamente dito, Colón-Ríos aponta que a democracia no nível das leis fundamentais deve ser vista como uma prática, um momento da vida política da comunidade que a ordem jurídica torna possível<sup>169</sup>. Para que essa prática possa *acontecer* o teórico indica dois princípios fundamentais: o da abertura e o da participação.

O princípio da abertura democrática, na esteira do que já visto na crítica de Colón-Ríos à concepção de democracia trazida por Dworkin, diz respeito a uma sociedade que deve ser aberta, isto é, em que as leis fundamentais não apenas estão

---

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 43-44.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 44-45.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 47.

abertas à discussão como estão suscetíveis a serem reformuladas e alteradas. O princípio da abertura, nesse sentido, dá abrigo ao conflito e ao dissenso e é incompatível com normas constitucionais imutáveis ou de difícil modificação. Com efeito, esse princípio pressupõe que os cidadãos de hoje podem ter a Constituição que desejarem, sem ficarem necessariamente atrelados às decisões tomadas pelas gerações passadas. Dessa ideia também decorre a noção de que nenhuma norma constitucional pode permanecer incólume a qualquer tipo de crítica ou revisão. Aliado a tudo isso, o princípio da abertura se mostra incompatível com condições de supermaiorias para alteração de dispositivos constitucionais, uma vez que a exigência de maiorias qualificadas significa um favorecimento do *status quo*<sup>170</sup>. Por certo, há limites à ideia de abertura democrática da Constituição, sendo a própria democracia o principal fator de limitação. Esse tema, no entanto, será melhor analisado oportunamente.

O princípio da participação popular, por sua vez, tem o condão de qualificar a abertura democrática. De acordo com Colón-Ríos, a ideia de autogoverno calcada na igualdade de participação dos cidadãos, em que as pessoas contribuem na criação das regras às quais se submeterão é incontroversa. A discussão reside, portanto, no quanto de envolvimento é necessário para que o princípio da participação popular seja levado a sério. O princípio da participação popular não procura negar ou abolir a ideia de representação, que se faz útil diante das dificuldades práticas de escala, sobretudo para a governança diária. Na democracia no nível das leis fundamentais, por sua vez, aqui entendida como prática, a ampla participação popular por meio direto se torna viável, diante da esporadicidade do seu *acontecimento*<sup>171</sup>.

Nesse ponto, a discussão retorna ao conceito de Constituição e poder constituinte. Tal como visto anteriormente, Schmitt traça uma distinção entre aquilo que considera Constituição efetivamente e aquilo que é somente lei constitucional. A Constituição, portanto, diz respeito ao núcleo das decisões políticas fundamentais tomadas pelo titular do poder constituinte, ao passo que as leis constitucionais pressupõem uma Constituição, ou seja, decorrem das decisões que foram tomadas e, por isso mesmo, têm nelas o seu fundamento de validade<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>172</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución. Op. cit.*, p. 25.



O ponto essencial dessa diferenciação preconizada por Schmitt se refere à legitimidade para a reforma constitucional. Assim, Schmitt acreditava que as leis constitucionais podiam ser objeto de reforma constitucional, contudo, as decisões fundamentais que conformam a Constituição somente poderiam ser alteradas pelo titular do poder constituinte. Não se trata de desprezar as leis constitucionais, mas apenas de compreender que elas não se revestem da característica de decisão fundamental sobre o modo de existência política de um povo<sup>173</sup>.

Essa perspectiva defendida por Schmitt é abrigada no pensamento de Colón-Ríos. Para este autor, os temas fundamentais da Constituição exigem a participação do titular do poder constituinte para que sejam alterados. Nesse sentido, impor limites ao titular do poder constituinte implica a negação da democracia de segunda dimensão<sup>174</sup>. Dessa perspectiva extraem-se duas conclusões ambivalentes: a primeira, como já visto, é de que as limitações à reforma constitucional não se aplicam ao titular do poder constituinte, que, pelos princípios da abertura e da participação, pode alterar qualquer dispositivo da Constituição. A segunda conclusão, por sua vez, é de que os limites à reforma constitucional se impõem sobre as instituições democráticas ordinárias, de modo que elas não podem avançar sobre as decisões fundamentais tomadas pelo titular do poder constituinte.

Essa segunda conclusão parece bastante óbvia quando se considera, por exemplo, que as decisões fundamentais estão abarcadas nas cláusulas pétreas de uma Constituição, de modo que o Poder Legislativo já não poderia deliberar sobre elas em qualquer hipótese. Não há, contudo, identidade entre esses dois nichos. Tomando-se como exemplo a Constituição brasileira de 1988, conforme se verá no decorrer do trabalho, pode-se dizer que há decisões fundamentais não protegidas pelo artigo 60. Sobre essas decisões, portanto, também não podem os representantes eleitos avançarem. Essas conclusões voltarão à discussão em momento oportuno.

Por agora, cumpre ainda observar que toda essa teorização traçada por Colón-Ríos guarda bastante identidade com a ideia de democracia dualista defendida por Bruce Ackerman. Na concepção defendida por este autor há dois momentos distintos de decisão em uma democracia: o primeiro é o da decisão tomada pelo povo

---

<sup>173</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. *La constitución de la democracia*. *Op. cit.*, pos. 998.

<sup>174</sup> *Ibidem*, pos. 1086.

(americano, considerando o escopo de análise do autor) e o segundo momento é o das decisões tomadas pelo governo<sup>175</sup>.

As decisões tomadas pelo povo ocorrem raramente e sob condições constitucionais especiais. Assim, é preciso que um movimento político primeiramente convença um número extraordinário de pessoas a tomarem a sério a proposta de alteração constitucional; depois é necessário permitir aos opositores da proposta uma oportunidade justa para organizarem suas forças; por fim, é preciso convencer a maioria das pessoas a apoiarem a iniciativa, reiteradamente, em um fórum deliberativo. Somente assim um movimento político obtém legitimidade para tomar a decisão como “o povo”. As decisões tomadas pelo governo, ao seu turno, ocorrem diariamente, também sob condições especiais de defesa do interesse público e rechaço ao autoritarismo<sup>176</sup>.

Ackerman recupera na história estadunidense três “momentos constitucionais”, em que o povo falou por si mesmo e tomou as decisões da Constituição. O primeiro desses momentos é a Fundação propriamente dita, que envolve a ratificação da Constituição dos Estados Unidos, a aprovação das dez primeiras emendas, entendidas como *Bill of Rights*, e o início do controle de constitucionalidade. O segundo período diz respeito à Guerra Civil e às emendas da Reconstrução. Por fim, o terceiro momento se relaciona à implementação do *New Deal* decorrente do embate entre o Presidente Roosevelt e o Congresso contra a Suprema Corte refratária às mudanças trazidas pelo plano econômico<sup>177</sup>.

Em todos esses momentos constitucionais, tal como aponta Ackerman, houve uma intensa e longa deliberação mobilizada, de modo que os cidadãos americanos tiveram até mesmo anos para consolidarem as mudanças constitucionais que se seguiram<sup>178</sup>.

Outro ponto interessante que aproxima a teorização de Ackerman com a de Colón-Ríos, e que será melhor analisada no capítulo que se segue, diz respeito à noção de representação para Ackerman. Para ele, as ações das instituições

---

<sup>175</sup> ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge; London: Harvard University Press, 1991, p. 6.

<sup>176</sup> *Idem*.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 285.

representativas não podem se confundir com a voz genuína de “nós, o povo”. A vontade do povo só pode ser apreendida nos grandes “momentos constitucionais”, de modo que, nos momentos de política normal, o Legislativo é incapaz de falar genuinamente pelos cidadãos<sup>179</sup>.

A despeito das aproximações teóricas acima analisadas, Colón-Ríos também traz algumas críticas ao pensamento de Ackerman. Para o porto-riquenho, a proposta de Ackerman não necessariamente permite a participação direta do povo na tomada de decisões acerca do conteúdo da Constituição. De modo diverso, para Colón-Ríos, Ackerman procurar identificar maneiras pela qual o governo poderia obter o apoio de um misterioso “nós, o povo” e falar em nome dele<sup>180</sup>. Isso fica nítido quando se observa o momento constitucional do *New Deal*, por exemplo. A mudança constitucional, nesse caso, resultou do embate contra a Suprema Corte, que anteriormente declarava inconstitucional a maior parte dos dispositivos legais do plano econômico, em razão de trazerem uma concepção de *welfare* que se julgava incompatível com a Constituição dos Estados Unidos. Após uma mudança difusa do pensamento da comunidade acerca da legitimidade dessas medidas e de uma franca ameaça de Roosevelt em alterar o número de *Justices* da Suprema Corte para obter maioria, o quadro se transformou, consolidando-se judicialmente a grande mudança de perspectiva constitucional. Ainda que se possa argumentar que houve participação do povo na manutenção eleitoral de um Executivo e um Congresso que pautavam as alterações desejadas, é efetivamente frágil a argumentação que aponta para uma participação ampla e direta do povo naquele momento constitucional.

A proposta de um constitucionalismo fraco, com efeito, se baliza nessa perspectiva dual, ou multidimensional, de democracia, mas vai além da simples diferenciação entre momentos de política comum e momento de política constitucional quando coloca como pressupostos os princípios da abertura democrática e da participação popular, ao menos nas discussões acerca das decisões fundamentais que informam a Constituição. Em verdade, essa proposta é justamente o tipo de “desastre” de instabilidade que o constitucionalismo procura evitar, domesticando a vontade popular por uma série de mecanismos jurídicos<sup>181</sup>. De fato, parece haver um

---

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>180</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. *La constitución de la democracia*. *Op. cit.*, pos. 357.

<sup>181</sup> *Ibidem*, pos. 807.

medo constante, por parte daqueles que defendem um constitucionalismo forte, da participação popular na definição dos rumos da Constituição. Para eles, a participação popular é intrinsecamente problemática, porque implica a partilha da tomada de decisões com os cidadãos ordinários e, portanto, não especialistas. Desse modo, a “tirania da participação popular” é vista como mais prejudicial que a tirania do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, ou ainda, das elites minoritárias<sup>182</sup>.

Não obstante as críticas à tomada popular da Constituição, a perspectiva do constitucionalismo fraco configurará a tônica da investigação que se segue. Assim, nos próximos capítulos serão analisados os limites e possibilidades da proposta, mormente considerando o contexto brasileiro, buscando justificá-la e propondo caminhos para sua concretização tanto no que diz respeito às pautas de cunho institucional quanto naquelas que se relacionam ao tema dos direitos fundamentais.

---

<sup>182</sup> HUTCHINSON, Allan; COLÓN-RÍOS, Joel. Democracy and Constitutional Change (November 24, 2010). *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, No. 127, 2011; Osgoode CLPE Research Paper No. 48/2010; Victoria University of Wellington Legal Research Paper No. 16/2011, p. 13.

## CAPÍTULO II

### **O POVO E A CHAVE-MESTRA DA CASA DE MÁQUINAS DA CONSTITUIÇÃO**

Conforme visto no capítulo anterior, o enfoque do presente trabalho está no âmbito da democracia de 2ª dimensão, isto é, a democracia que diz respeito, diretamente, ao conteúdo da Constituição e que trata das possibilidades de tomada popular do documento constitucional, garantindo ao povo, titular do poder constituinte, a mais ampla legitimidade e possibilidade para fundar e refundar as estruturas constitucionais sempre que julgar necessário.

Essa perspectiva multidimensional de democracia está bem assentada nos elementos teóricos analisados no primeiro capítulo. A despeito disso, a proposta de um constitucionalismo fraco, pelo leque de possibilidades que apresenta e, sobretudo, pela radicalização democrática que lhe é inerente, não parece se justificar de modo autoevidente. Por mais que não seja raro verificar, tanto no âmbito acadêmico quanto na seara das instituições, um discurso pela necessidade de aprofundamento democrático, diante de uma proposta concreta para tal – que adensa de tal modo a relação do povo com sua Constituição –, uma justificação acerca de sua conveniência e, mormente, de sua legitimidade, se faz necessária para afastar desconfianças e receios razoáveis.

Nessa vereda, o objetivo deste segundo capítulo é apresentar uma justificação teórica da proposta do constitucionalismo fraco, tendo como contexto a realidade política, jurídica e institucional brasileira. Com efeito, o modelo constitucional brasileiro se pauta na diferenciação entre o poder constituinte originário e o poder de reforma, conferindo a este a legitimidade de atuação reformadora, exceto em relação às chamadas cláusulas pétreas. Deste vértice, existiriam reformas constitucionais que, mesmo não se relacionando às cláusulas perpétuas, estariam fora do âmbito de legitimidade do poder reformador? Ainda, pode o povo alterar as cláusulas pétreas, sem que para isso seja necessária uma nova Constituição? Esses são alguns dos questionamentos que se pretende discutir adiante.

É preciso ter em mente, todavia, que o esforço de justificação que se engendrará precisa ser específico para cada “parte” da Constituição. Assim, o que se

pretende é justificar, de um lado, a incidência de um constitucionalismo fraco para as chamadas pautas institucionais da Constituição, isto é, que dizem respeito à estrutura do Estado e do governo, ou ainda, na acepção de Roberto Gargarella, à casa de máquinas da Constituição e, de outro lado, justificar essa democratização do debate constitucional também no reduto dos direitos. Conforme se verá, o esforço de defesa da ampliação democrática é diferente para cada um desses temas da Constituição, uma vez que trazem a cabo premissas e implicações diversas e, justamente em razão disso, serão abordados em capítulos distintos.

Assim, se no âmbito das pautas institucionais a justificação da abertura democrática parece ser mais evidente e facilmente defensável, fato é que, na prática, tal democratização não se verifica. Nesse sentido, o debate acerca da (im)possibilidade de alteração do sistema de governo via emenda constitucional parlamentar, que retomou centralidade na agenda pública brasileira desde a crise política de 2016, é pródigo para a análise que se pretende. De modo diverso, no entanto, a justificação do constitucionalismo fraco para a temática dos direitos fundamentais requer maior esforço, considerando as perspectivas de autonomia individual e do conceito de proteção e defesa que os direitos assumem nas sociedades democráticas.

Em qualquer hipótese, todavia, o pressuposto geral é de que a legitimidade democrática para decidir sobre as decisões fundamentais que informam a Constituição é do titular do poder constituinte originário, o povo, entendido da forma mais direta e ampla possível. É a partir dessa inferência, portanto, que decorre o trabalho de justificação a ser apresentado, primeiramente em relação às pautas institucionais.

Antes de adentrar nessa análise mais específica, é preciso um esforço precedente de teorização, de modo a bem compreender os limites de atuação do poder constituinte derivado e sua legitimidade democrática para a tomada de algumas decisões, independentemente de configurarem cláusulas pétreas ou não.

Para tanto, de início, cumpre aprofundar a investigação acerca da representação, do conceito de poder de reforma e seus limites dentro de um contexto de constitucionalismo fraco.

### 2.1. Representação em crise: poder de reforma e legitimidade democrática.

O esforço de justificação de um constitucionalismo fraco precisa, em primeira medida, demonstrar porque algumas decisões acerca da Constituição devem estar fora do âmbito de atuação das instituições representativas, mesmo quando o texto constitucional lhes defere possibilidade de atuação. Isso significa dizer que o poder de reforma, na perspectiva de um constitucionalismo fraco, carece de legitimidade democrática para atuar em algumas searas, cuja decisão pertence ao poder constituinte originário.

Com efeito, o poder reformador é tradicionalmente definido pela literatura jurídica como um poder estabelecido pelo próprio poder constituinte originário, que tem como objetivo alterar a Constituição sem que seja necessária a manifestação originária, que traria o risco constante de rupturas da ordem constitucional<sup>183</sup>. Assim, aceita-se que a Constituição seja alterada com o fito de “*conservá-la em sua essência, eliminando as normas que não mais se justificam política, social e juridicamente, aditando outras que revitalizem o texto, para que possa cumprir mais adequadamente a função de conformação da sociedade*”<sup>184</sup>.

Nesse sentido, o poder de reforma surge como a ficção jurídica que afasta o “perigo” da manifestação constante do povo nos temas constitucionais, objetivando a perenidade do documento constitucional e a segurança jurídica. Percebe-se, nitidamente, que tal diferenciação decorre de uma noção de poder constituinte atrelada à ideia de direito de resistência, tal como visto no capítulo anterior. Diferentemente do poder constituinte originário, normalmente definido como poder político, a doutrina define o poder reformador como um poder jurídico que deve se submeter às definições do poder constituinte originário e que é, por essa razão, limitado e condicionado<sup>185</sup>.

De fato, há consenso acerca da impossibilidade de atuação do poder de reforma sobre as chamadas cláusulas pétreas – tema esse que será abordado na sequência – contudo, fora desses dispositivos de perpetuidade, ao poder reformador

---

<sup>183</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134.

<sup>184</sup> *Idem*.

<sup>185</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 144.

credita-se ampla legitimidade para alterar qualquer dispositivo constitucional, independentemente de quão fundamental a alteração proposta seja. Tal perspectiva, considerando o princípio da participação analisado no primeiro capítulo, não se sustenta do ponto de vista de um constitucionalismo fraco.

Nessa toada, cabe retomar as discussões traçadas por Bruce Ackerman em seu conceito de democracia dual. Conforme visto alhures, o autor diferencia aquilo que chama de momentos de “política normal” e momentos de “política constitucional”, de modo que o primeiro diz respeito às decisões tomadas pelo governo cotidianamente, enquanto o segundo se refere às decisões tomadas pelo povo, em momentos excepcionais, calcadas no intento de transformação da ordem estabelecida<sup>186</sup>.

Uma das grandes preocupações do autor diz respeito à manutenção da vontade popular manifestada nos momentos de política constitucional, afastando intromissões indevidas das instituições atinentes aos momentos de política ordinária. Isso significa dizer que a percepção dualista de democracia pretende prevenir que os representantes eleitos exacerbem sua autoridade, uma vez que a vitória eleitoral, por si só, lhes garante legitimidade para a atuação política cotidiana, mas não para a redefinição das decisões tomadas pelo povo nos momentos excepcionais<sup>187</sup>.

É precisamente a partir desse ponto que Ackerman problematiza a noção de representação e a legitimidade dos representantes eleitos para atuarem em nome do povo. Não há dúvida que o instituto da representação cumpriu e cumpre papel fundamental para a democracia, uma vez que se trata de mecanismo capaz de albergar os mais diversos interesses da sociedade. Resgatando a obra “O Federalista”, Ackerman aponta que a representação não extirpa os grupos de interesse, ou facções como se verá adiante, mas neutraliza seus efeitos mais nefastos quando coloca os diversos grupos de interesses para competir entre si. Nesse sentido, a política normal pode percorrer seu caminho sem colocar em risco os princípios advindos dos momentos de política constitucional<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> LIMA, Jairo. *Emendas constitucionais inconstitucionais... Op. cit.*, p. 93.

<sup>187</sup> ACKERMAN, Bruce. *We the people... Op. cit.*, p. 6.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 181.



A despeito disso, a representação jamais pode ser confundida com a atuação popular propriamente dita. Há uma grande tentação em simular a *polis* do mundo antigo a partir da eleição de poucas centenas de pessoas que representarão a vontade de todos e definirão os assuntos mais fundamentais da comunidade. Essa verdadeira sinédoque que procura substituir a parte pelo todo acaba por gerar um poder despótico ainda que eleito<sup>189</sup>.

De modo a qualificar sua proposta, Ackerman novamente resgata os textos clássicos d'O Federalista, de modo a investigar a noção de representação ali disposta. Nesse sentido, a análise do artigo 63 da obra, de autoria atribuída a Madison, se mostra percuciente.

Neste artigo, Madison defende a importância do Senado para a estabilidade da República, mormente em razão de uma atuação de contenção deste corpo legislativo, que atuaria com mais parcimônia diante das paixões expressadas pelo Congresso<sup>190</sup>. Em um dado momento do texto, contudo, Madison aponta que a noção de representação não era desconhecida na Grécia Antiga, visto que muitas funções executivas eram desempenhadas não pelo povo, mas por delegados eleitos<sup>191</sup>. Nesse sentido, o traço distintivo entre administração da *polis* grega e a administração do governo dos Estados Unidos residiria não na exclusão da representação pelos gregos, mas sim, na exclusão do povo, em sua capacidade coletiva, da administração do governo americano<sup>192</sup>.

Embora essa afirmativa pareça revelar, em verdade, um caráter antidemocrático da democracia americana, ela cumpre um papel fundamental ao traçar uma nítida diferenciação entre o povo e seus representantes eleitos. Como bem aponta Ackerman, é preciso rejeitar sistematicamente a ideia de que o Legislativo, ou o Executivo, ou, ainda mais, as Cortes, falam genuinamente em nome do povo. Durante os períodos de política normal, a vontade popular não pode ser capturada por essa sinédoque<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 181-182.

<sup>190</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 384.

<sup>192</sup> *Idem*.

<sup>193</sup> ACKERMAN, Bruce. *We the people... Op. cit.*, p. 183.

Indo mais a fundo na história americana, é possível notar um consenso entre os revolucionários do século XVIII acerca do papel do povo na República recém-criada. Em razão da forte influência das teorizações de Locke na Revolução Americana, o povo é entendido como fundamento necessário e suficiente da ordem política, capaz de nomear e destituir delegados em absoluta discricionariedade<sup>194</sup>. A despeito disso, a relação do povo com a estrutura institucional era motivo de grande divergência entre os antifederalistas, liderados por Jefferson, e os federalistas, guiados precipuamente por Madison. Enquanto os primeiros entendiam que o povo, investido de um poder absoluto e inalienável, poderia sempre alterar a Constituição, sem se sentir vinculado aos compromissos das gerações passadas, os segundos pregavam um maior balanceamento dessa relação entre povo e as estruturas institucionais, de modo a garantir maior estabilidade<sup>195</sup>. Em qualquer hipótese, no entanto, federalistas e antifederalistas convergiam no fato de que o povo é o detentor do poder supremo e o fundamento da nação, podendo sempre resistir à tirania daqueles que pretendem extrapolar seus mandatos<sup>196</sup>.

Nota-se que essa distinção entre representantes e representados também encontra esteio no artigo 10 do Federalista, que trata do tema das facções. Neste, que é um dos principais textos da obra, Madison discorre sobre aquilo que acredita ser uma das vantagens mais esperadas da União: a capacidade de controlar a violência entre as facções<sup>197</sup>. As facções são entendidas como grupos de cidadãos, representando uma maioria ou uma minoria do conjunto da população, que agem de modo coordenado para atingir interesses em comum ou se contrapor aos direitos de outros cidadãos<sup>198</sup>. Da disputa entre facções rivais resultam a instabilidade política e o esquecimento do bem público<sup>199</sup>.

Nessa vereda, Madison acredita que há dois métodos capazes de evitar os malefícios das facções: ou previne-se suas causas ou corrige-se seus efeitos. Para que se pudesse prevenir as causas de surgimento das facções seria necessário ou extirpar a liberdade, essencial para o surgimento dos grupos, ou conferir a todos os

---

<sup>194</sup> COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos...* Op. cit., p. 99.

<sup>195</sup> *Idem*.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>197</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Op. cit., p. 59.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 59.

cidadãos as mesmas opiniões, paixões e interesses<sup>200</sup>. Essas perspectivas são tenebrosas para o autor e, justamente por isso, ele abandona a proposta de prevenção.

Assim, Madison foca no controle dos efeitos como método mais adequado para atenuar as consequências negativas das facções. Nesse sentido, se a facção é minoritária, o remédio está na própria ideia de governo republicano, que garante à maioria os meios de afastar os projetos inconvenientes da facção minoritária por meio da votação regular<sup>201</sup>. Quando a maioria passa a integrar uma facção, todavia, o princípio majoritário pode representar ameaça aos direitos das facções minoritárias. É o que comumente ocorre nas democracias puras, em que poucas facções se defrontam e a majoritária facilmente controla o poder<sup>202</sup>.

Precisamente nesse sentido, Madison traz à lume a diferenciação entre democracias puras e República. A distinção central entre as duas consiste no fato de que a República é mais vasta e muito maior em número de cidadãos e nela os poderes são delegados a um número muito menor de cidadãos escolhidos pelo povo<sup>203</sup>. Esses dois elementos, portanto, cumpririam a função de neutralizar a atuação perversa das facções na medida em que, em um território mais extenso e com maior número de cidadãos aumenta o número de interesses em conflito, de modo a dificultar a conformação de um interesse que albergue a maioria dos cidadãos. Igualmente, a representação consistiria em um filtro à captura dos órgãos de poder pelas facções<sup>204</sup>.

Mais uma vez, portanto, fica evidente a separação perpetrada por Madison entre povo e representantes. Como bem aponta Pietro Costa, a representação, tal como proposta neste artigo d'O Federalista, tem como objetivo distanciar o governo dos sujeitos. A ideia central, influenciada pelo pensamento de Burke<sup>205</sup>, é a de que os

---

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>202</sup> LIMONGI, Fernando Papaterra. O Federalista: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*, vol. 1. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 253.

<sup>203</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista. Op. cit.*, p. 64.

<sup>204</sup> LIMONGI, Fernando Papaterra. *O Federalista... Op. cit.*, p. 254.

<sup>205</sup> Burke afirmava que aquilo que passava do representado ao representante nada tinha a ver com a vontade, uma vez que a atividade do governo não era guiada pela paixão, mas sim pela razão. Dessa forma, o conteúdo da representação seria não a reprodução das vontades dos representados, mas a avaliação e tutela de seus interesses, aqui tidos como um elemento de racionalidade. Nesse sentido, os interesses teriam uma realidade objetiva, sendo fruto do debate e deliberação entre homens de sabedoria e virtude, não se confundindo, pois, com o mero desejo do povo. Assim, a relação entre representantes e representados é muito mais de ruptura do que de continuidade. Ainda que os representantes devam sua existência à designação dos representados, eles agem não em nome dos

representantes não podem ser encarados como a caixa de ressonância dos representados<sup>206</sup>. Os eleitos agem em responsável independência em relação aos eleitores e, justamente por isso, as instituições representativas não podem arrogar para si o direito de falar genuinamente em nome do povo.

Tendo isso em mente, cabe retomar o pensamento de Bruce Ackerman. Como visto, o autor rejeita firmemente a ideia de representação como sinédoque, justamente por compreender que as instituições representativas não podem se colocar no lugar do povo propriamente dito. Isso não significa dizer, contudo, que nenhuma representação seja possível. A questão é como encarar essa relação. Nesse sentido, propõe-se o conceito de representação semiótica<sup>207</sup>.

Para a compreensão do conceito, Ackerman propõe uma alegoria. Imagine-se que um sujeito resolve realizar uma longa viagem e decide por fazer um retrato que o represente para aplacar as saudades das pessoas amadas que ficam. Abrem-se duas possibilidades: o viajante pode procurar um fotógrafo, que fará um retrato hiper-realista, mas, justamente em razão desse realismo, é compreensível que as demais pessoas observem a fotografia apenas de relance, afinal conhecem a aparência do viajante, ali fielmente representada. Talvez, no entanto, algum pintor que saiba que não pode reproduzir a inteira existência do viajante no quadro produzirá um retrato que, ainda que menos realista, confira maior significado para quem o aprecia. Essa é proposta da representação semiótica: uma relação entre representantes e representados é sabidamente simbólica e não tem a pretensão de ser a coisa representada em si<sup>208</sup>.

Com efeito, não há como se capturar a real essência da soberania popular em momentos de política normal. O Parlamento é somente uma representação do povo, não podendo ser confundido com a população propriamente dita. Não há como supor, nesse sentido, que um pequeno grupo de representantes possa ser transsubstanciado

---

sujeitos, mas como expressão de uma entidade política que é a nação. C.f. KINZO, Maria D'Alva Gil. Burke: a continuidade contra a ruptura. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*, vol. 2. 11. ed. São Paulo: Ática, 2006.

<sup>206</sup> COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos...* *Op. cit.*, p. 107.

<sup>207</sup> ACKERMAN, Bruce. *We the people...* *Op. cit.*, p. 183.

<sup>208</sup> *Idem.*

no povo em si, por mera determinação legal<sup>209</sup>. Somente nos momentos de política constitucional é que o povo fala por si mesmo.

É interessante observar que a noção de representação desenvolvida por Ackerman pode ser integrada à ideia de legitimidade democrática defendida por Colón-Ríos. Segundo o autor porto-riquenho, para que um regime constitucional possa ser considerado legítimo do ponto de vista democrático, é preciso que a Constituição seja criada por mecanismos democráticos informados pelos princípios da abertura e participação, vistos anteriormente. Mais que isso, a Constituição deve permanecer permanentemente aberta para mudanças constitucionais fundamentais, isto é, para o exercício do poder constituinte<sup>210</sup>.

Justamente nesse sentido, o autor diferencia sua noção de legitimidade democrática da noção de justificação de um Estado Constitucional, que se define como a investigação de porque um regime desse tipo é melhor do que a ausência dele, e da noção de autoridade, conceituada como o direito do Estado em estabelecer leis e regras e ser obedecido por aqueles que vivem dentro de sua jurisdição<sup>211</sup>. A legitimidade democrática, por sua vez, está fortemente atrelada à democracia de segunda dimensão e permite aos cidadãos estabelecer uma relação de lealdade com a Constituição, na medida em que a enxergam, efetivamente, como criação sua<sup>212</sup>. Essa relação de lealdade, entretanto, não impõe um dever de obediência ou justifica perpetuamente um regime constitucional, até porque tal noção seria incompatível com a ideia de abertura constitucional. Aqui, portanto, reside a diferença entre os conceitos analisados.

Tendo isso em mente, a ideia de legitimidade democrática coloca em xeque a atuação das instituições representativas ou não representativas para realizarem mudanças fundamentais na Constituição. De fato, é comum que se utilize de procedimentos de emendamento para proceder a relevantes alterações no documento constitucional, olvidando por completo da participação popular<sup>213</sup>. A participação do poder constituinte originário nesses processos não deveria ser vista como um

---

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>210</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. *Weak Constitutionalism...* *Op. cit.*, p. 108-109.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 112.

problema, mas sim, como mecanismo adequado e verdadeiramente legítimo para esse tipo de debate.

Retomando a distinção traçada por Schmitt entre Constituição e leis constitucionais, Colón-Ríos aponta que o poder de reforma, entendido como poder constituído, conforme definido por Sieyés, não alberga a possibilidade de produzir mudanças profundas na Constituição, exercício este restrito à atuação do poder constituinte originário<sup>214</sup>. Trata-se, em verdade, de reconhecer que existem mudanças constitucionais que devem ser consideradas fundamentais e mudanças constitucionais ordinárias. Enquanto as segundas podem ser executadas pelo poder de reforma<sup>215</sup>, as primeiras pertencem exclusivamente ao povo<sup>216</sup>.

Colón-Ríos vai mais além e aponta que a realização de mudanças fundamentais por meio de instituições ordinárias, relacionadas à democracia de primeira dimensão, coloca em dúvida a própria legitimidade do resultado. Assim, se um regime constitucional é reconstituído a partir de um processo que não pode ser entendido como manifestação genuína do poder constituinte, inexistirá legitimidade democrática para a mudança engendrada<sup>217</sup>.

Com efeito, analisando as teses defendidas por Ackerman e Colón-Ríos, é possível concatená-las. De fato, quando Ackerman diz que as instituições ordinárias não podem genuinamente falar em nome do povo em períodos de política normal, pretendendo, dessa forma, alterar o âmago da Constituição sem garantir que o titular do poder constituinte expresse sua real vontade, o que se pretende é justamente homenagear a legitimidade democrática das decisões tomadas pelos cidadãos nos momentos excepcionais de política constitucional.

De modo semelhante, a legitimidade democrática abordada por Colón-Ríos pressupõe os princípios de abertura e participação, não se satisfazendo com os meios ordinários de representação para tomada de decisões fundamentais que envolvem a Constituição. Nesse sentido, Colón-Ríos parece igualmente rejeitar uma perspectiva

---

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>215</sup> Colón-Ríos aponta que submeter toda e qualquer alteração do texto constitucional a procedimentos que envolvam ampla participação popular não é nem factível e nem desejável. Tal configuração importaria aos governantes e ao povo um fardo desnecessário, obrigando-os a tomar parte em um processo que é necessariamente complexo e custoso. Assim, é melhor “reservar” esse esforço para as circunstâncias excepcionais de mudanças fundamentais.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 117.

de representação como sinédoque, visto que somente o povo pode falar por si e, nessa toada, conferir legitimidade às decisões que dizem respeito ao cerne da Constituição.

Sem embargo da discussão acima tratada, ainda subsiste um problema de ordem prática: tomando, por exemplo, a Constituição brasileira como parâmetro, fato é que, excetuadas as cláusulas pétreas, o texto constitucional garante ampla margem de atuação ao poder de reforma e não prevê nenhum âmbito de participação popular como procedimento para alteração de dispositivos da Constituição. Assim sendo, é possível ignorar o texto da Constituição e pressupor um mecanismo de reforma que não encontra esteio na gramática constitucional?

Para responder esse questionamento, a investigação de Akhil Reed Amar se mostra pertinente. Ainda que o autor trace sua análise a partir da Constituição americana, as bases teóricas por ele lançadas podem ser aproveitadas para se pensar no contexto brasileiro.

Como é cediço, o Artigo V da Constituição dos Estados Unidos estabelece o seu procedimento de reforma. Trata-se de um mecanismo deveras complexo, que exige, primeiro, que a propositura da emenda seja aprovada por 2/3 de ambas as Casas do Congresso e depois ratificada por 3/4 dos estados membros, seja por voto das assembleias legislativas ou por convenção ou ainda, determina-se que 2/3 dos estados podem convocar uma convenção para propor emendas por meio da ratificação de 3/4 dos votos das assembleias legislativas, ou por convenção, conforme escolha do Congresso<sup>218</sup>. Tal procedimento, sem dúvida, dificulta imensamente a aprovação de emendas à Constituição americana, o que explica, ao menos em parte, sua relativa permanência desde 1787 e o papel central da jurisprudência da Suprema Corte na renovação de sentidos do texto constitucional.

É diante desse enquadramento que Amar questiona se o mecanismo previsto no Artigo V deve mesmo ser o único meio de emendar a Constituição dos Estados Unidos. Para ele, há outra opção, qual seja, o emendamento a partir do apelo direto

---

<sup>218</sup> LIMA, Jairo. *Emendas constitucionais inconstitucionais... Op. cit.*, p. 96.

ao povo, uma vez que considera como primeiro e mais inegável e inalienável direito da população a possibilidade de alterar sua Constituição<sup>219</sup>.

Analisando o contexto de formação da Constituição Americana e, sobretudo, o texto das constituições estaduais anteriores a 1787, Amar identifica um princípio que representa a essência da Revolução Americana: a soberania popular. Isso significa dizer que o povo, ou sua maioria, tem o direito inalienável de alterar ou abolir sua forma de governo sempre que assim o desejar<sup>220</sup>.

É precisamente nesse sentido que o autor sustenta que o Artigo V da Constituição Americana não pode ser considerado o mecanismo exclusivo de emenda. Trata-se apenas de um modo de emendamento que só existe porque o próprio povo conferiu tal competência ao Congresso. Não fosse essa delegação do povo para os representantes eleitos, não se poderia presumir que o Congresso pudesse alterar o texto constitucional, mesmo se ratificasse uma proposta de emenda de modo unânime<sup>221</sup>. Nesse contexto, o Artigo V deve ser encarado como uma autorização do povo para as instituições representativas, tornando possível que elas emendem a Constituição. Sem embargo, ao povo sempre permanece a faculdade de tomar para si o poder de reforma sem que sua legitimidade para tal seja contestada pelas instituições que, em verdade, apenas gozam de autorização concedida pelo próprio povo<sup>222</sup>. O Artigo V, portanto, deve ser visto como um mecanismo destinado às instituições, gerando seus efeitos apenas sobre elas<sup>223</sup>.

Ao povo, por sua vez, sempre remanesce a possibilidade de atuação direta e convocação de assembleias constituintes. Isso não significa, por certo, que os organismos ordinários de representação serão preteridos na governança diária, mas sim, que ao povo permanece o direito de se reunir, nos momentos constitucionais, para discutir e reconsiderar o caráter de sua Constituição<sup>224</sup>. Aqui há evidente conexão entre as teorias desenvolvidas por Amar, Ackerman e Colón-Ríos, na medida em que o primeiro parece comungar do pressuposto de uma democracia dual ou

---

<sup>219</sup> AMAR, Akhil Reed. Philadelphia revisited: amending the Constitution outside Article V. *The University of Chicago Law Review*, v. 55, n. 4, pp.1043-1104, 1988, p. 1044.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 1050.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 1054.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 1054-1055.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 1055.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 1060.



multidimensional e também parece referendar a ideia de que as mudanças mais fundamentais da Constituição devem ser tomadas pelo titular do poder constituinte.

Essa perspectiva ganha ainda mais força quando se observa que nenhum dos três momentos de política constitucional da história estadunidense, apontados por Ackerman, se deu nos termos das regras de emendamento. De fato, a Fundação nasceu do nítido desrespeito ao procedimento estabelecido nos Artigos da Confederação que determinavam a concordância unânime dos treze estados para a aprovação de uma emenda. Os federalistas, contudo, conseguiram excluir o papel das legislaturas estaduais na ratificação da nova Constituição, determinando que a aprovação por convenções constitucionais especiais de nove dos treze estados seria suficiente para fazer vigor a Constituição (Artigo VII da Constituição dos EUA)<sup>225</sup>. Igualmente, no período da Reconstrução, precipuamente a emenda XIV, decorrente da Guerra Civil, que conferia direitos de cidadania e direitos políticos a todos os nascidos e naturalizados no país, o que incluía os antigos escravos, também não seguiu o rito do Artigo V. Sabendo que a proposta jamais seria aceita por parte dos estados membros, conforme determina o procedimento do Artigo V, os republicanos desenvolveram um novo mecanismo que conferia papel secundário às assembleias legislativas estaduais e dava centralidade às decisões tomadas pelo governo central<sup>226</sup>. Por fim, o *New Deal* nem mesmo contou com emendas propriamente ditas. O programa desenvolvido por Franklin Delano Roosevelt, que mitigou o forte liberalismo econômico do país e institui deveres de prestação positiva por parte do Estado, foi engendrado a partir da disputa com a Suprema Corte. Após a ameaça de Roosevelt em aumentar o número de *Justices* para obter maioria, a Suprema Corte que, antes, derrubava a maior parte da legislação atrelada ao *New Deal*, passou a ratificá-la, de modo que a jurisprudência ali criada passou a integrar a Constituição, ressignificando-a<sup>227</sup>.

Ainda que toda a análise acima traçada tenha tomada como parâmetro a Constituição dos EUA, os fundamentos teóricos abordados parecem se adequar também à Constituição brasileira. Isso porque a ideia de soberania popular também faz parte da democracia desenvolvida no Brasil. Nesse sentido, o artigo 60 da

---

<sup>225</sup> ACKERMAN, Bruce. *We the people... Op. cit.*, p. 41.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 47-48.

Constituição de 1988 não pode ser encarado como meio exclusivo de emenda, sob pena de aviltar a soberania popular que, ao fim e ao cabo, apenas autorizou o Congresso a realizar emendas em seu nome.

Mais do que isso, nos termos do que foi analisado anteriormente, o artigo 60 da Constituição não pode ser encarado como meio exclusivo e, em determinadas situações, nem mesmo pode ser considerado como mecanismo legítimo para que se procedam alterações no texto constitucional. Aqui se faz referência às decisões fundamentais que conformam o cerne da Constituição e que não podem ser redefinidas pelo poder de reforma. Nessa toada, é preciso compreender que decisões fundamentais são essas que excluem por completo a atuação das instituições ordinárias de política no emendamento do texto constitucional. É o que se segue.

## *2.2. Pode a Constituição ter medo do povo? Cláusulas pétreas, decisões fundamentais e limites explícitos e implícitos ao poder de reforma.*

A Constituição brasileira faz parte de um rol cada vez maior de constituições que trazem em seu texto dispositivos não suscetíveis de emenda. Como bem aponta Yaniv Roznai, entre 1789 e 1944, apenas 17% das constituições que entraram em vigor apresentavam cláusulas não passíveis de emenda – cláusulas pétreas na terminologia adotada pela literatura jurídica brasileira – ao passo que no período compreendido entre 1989 e 2013, mais da metade das constituições (53%) que entraram em vigor apresentam dispositivos não emendáveis<sup>228</sup>.

Com efeito, as cláusulas pétreas funcionam como relevante fator de identificação das decisões fundamentais que conformam uma Constituição<sup>229</sup>, muito embora não haja necessariamente uma identificação entre esses dois conceitos, uma vez que é possível que algumas decisões fundamentais não estejam abarcadas nos dispositivos não emendáveis do texto constitucional, tal como ocorre com a Constituição brasileira, conforme se verá adiante.

---

<sup>228</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: a study of the nature and limits of constitutional amendment powers*. London: The London School of Economics and Political Science, 2014, 363 fl. Thesis (Doctorate in Philosophy) – Department of Law of the London School of Economics, London, 2014, p. 28.

<sup>229</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. *Weak Constitutionalism... Op. cit.*, p. 127.

Em princípio, portanto, cabe analisar o conceito de cláusulas pétreas que se pretende utilizar, bem como os limites ao poder de reforma que derivam dessa definição a ser adotada.

Tradicionalmente, a literatura jurídica define as cláusulas pétreas como limites substantivos ou materiais ao poder de reforma. Canotilho diferencia entre aquilo que chama de limites materiais de cunho inferior, isto é, normas que impossibilitam a inserção de matérias na Constituição, e limites materiais de cunho superior, ou seja, normas que impedem a supressão de determinados temas ou matérias do texto constitucional<sup>230</sup>. Ainda nesse sentido, Bernardo Gonçalves Fernandes define as cláusulas pétreas como as normas que o poder constituinte originário determina por meio do texto constitucional que, em razão de alguns elementos essenciais, não podem ser abolidas<sup>231</sup>.

As definições trazidas a cabo pela literatura jurídica, embora relevantes, pautam-se em uma conceituação consequencialista das cláusulas pétreas, isto é, elas são definidas a partir das consequências que geram para o mundo jurídico, qual seja, a impossibilidade de emendamento, pelo poder de reforma, do dispositivo caracterizado como intangível. Não há dúvida que esse efeito é essencial para a análise que se pretende, contudo, cabe investigar mais a fundo o âmago das cláusulas não emendáveis, para entender a justificativa de sua existência.

Nessa toada, Yaniv Roznai apresenta algumas perspectivas teóricas que procuraram justificar a existência das cláusulas pétreas, das quais duas merecem destaque: a primeira diz respeito a uma ideia de restrição, de modo que os dispositivos não emendáveis surgem como mecanismo para dificultar ou impossibilitar a alteração do texto constitucional, protegendo-o das paixões populares e das assimetrias de poder entre os atores políticos. A segunda justificativa que se destaca, por sua vez, atrela as cláusulas pétreas a uma noção de identidade constitucional, de forma que as normas protegidas se coadunam às decisões fundamentais da comunidade<sup>232</sup>.

Principia-se pela primeira perspectiva, ligada à ideia de restrição. Em verdade, tal como já dito, essa concepção parte de uma visão pessimista em relação ao

---

<sup>230</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1030.

<sup>231</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. *Op. cit.*, p. 147.

<sup>232</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments...* *Op. cit.*, p. 24-25.

comportamento humano, de modo que as cláusulas pétreas serviriam como ferramenta capaz de proteger a sociedade de si mesma. Com efeito, essa preocupação com a natureza humana já era tema de análise desde os federalistas, motivo pelo qual Madison cunhou a célebre frase, no Artigo n. 51 da obra, que “se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo”<sup>233</sup>. De fato, em toda a obra é possível perceber uma constante desconfiança dos autores em relação aos indivíduos que compõem a sociedade. Como bem aponta Fernando Limongi, trata-se de um recurso argumentativo utilizado pelos pensadores para justificar a necessidade de criação do Estado e do estabelecimento de controles rígidos sobre os detentores do poder. Assim, “as estruturas internas do governo devem ser estabelecidas de tal forma que funcionem como uma defesa contra a tendência natural de que o poder venha a se tornar arbitrário e tirânico”<sup>234</sup>.

Para bem compreender a ideia de Constituição e cláusulas pétreas como pré-compromisso se faz necessário investigar, ainda que brevemente, as teorizações do cientista político norueguês Jon Elster. Partindo da alegoria mitológica de Ulisses, Elster procura compreender porque os indivíduos podem querer restringir sua liberdade e como alcançam esse objetivo. De modo geral, as pessoas procuram se proteger contra as paixões, as mudanças de preferência e as inconsistências temporais e o fazem, no mais das vezes, removendo algumas opções do conjunto do factível, tornando-as onerosas ou tardiamente disponíveis<sup>235</sup>.

Tratando especificamente das paixões<sup>236</sup>, o autor norueguês aponta que elas podem fazer com que o indivíduo se desvie de planos traçados em momentos mais tranquilos, de modo que, conhecendo essa tendência, é possível criar incentivos de pré-compromisso com o fito não se desviar dos planos originais<sup>237</sup>. Nesse sentido, identificam-se quatro modos pelos quais a paixão pode gerar discrepância entre o planejamento e o comportamento efetivo: i) distorcendo a cognição, isto é, induzindo falsas crenças sobre as consequências dos atos; ii) obscurecendo a cognição, ou seja,

<sup>233</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Op. cit., p. 318.

<sup>234</sup> LIMONGI, Fernando Papaterra. *O Federalista...* Op. cit., p. 250.

<sup>235</sup> ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Trad. Cláudia Sant’Ana Martins, São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 11.

<sup>236</sup> Elster utiliza o termo paixão de modo amplo, abrangendo tanto a ideia de emoções como raiva, medo, amor, etc., quanto estados do indivíduo, como intoxicação por álcool ou outros entorpecentes, desejo sexual, etc.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 19.

abolindo a consciência das consequências (o indivíduo sabe das consequências de seu comportamento de modo geral, mas não as tem em mente na hora de agir); iii) induzindo fraqueza da vontade, de modo que opções com piores consequências previstas são escolhidas no lugar daquelas com melhores consequências; e iv) induzindo miopia, isto é, alterando os pesos das decisões ligadas às consequências<sup>238</sup>.

Cada um desses efeitos que a paixão pode ocasionar no comportamento do sujeito pressupõe uma estratégia distinta de autorrestrrição. Por exemplo, quando o agente tem consciência dos incentivos mesmo no calor da paixão, o pré-compromisso pode se apresentar como um custo ou uma penalidade sobre a escolha que se deseja evitar. Ou ainda, caso a paixão seja muito forte, a estratégia mais adequada talvez seja evitar por completo as ocasiões que a desencadeiam<sup>239</sup>.

É na esteira disso que se distinguem duas formas de restrição benéficas, quais sejam, as restrições incidentais e as restrições essenciais. As primeiras são aquelas que beneficiam o agente que as sofre, mas não são escolhidas por ele em razão desses benefícios. Tais restrições podem decorrer da escolha de outros agentes ou configurarem um fato da vida que o indivíduo não consegue transpor. Como exemplo, Elster cita o cinema em preto e branco antes da invenção da fotografia colorida. Especialistas afirmam, segundo o autor, que esse fato da vida, presente àquela época, incentivou uma maior criatividade artística<sup>240</sup>. As segundas, por sua vez, são impostas pelo agente a si mesmo, com o fito de se obter os benefícios esperados a si próprio. Essa segunda ordem de restrição é que recebe o nome de autorrestrrição propriamente dita<sup>241</sup>.

Tendo isso em mente, o autor procura tirar a discussão do âmbito dos indivíduos e trazê-la ao reduto das instituições e coletividades, observando, precipuamente, a institucionalidade constitucional. Aqui, primeiramente, cabe uma importante ressalva: transferir conceitos usados para estudar indivíduos para o comportamento de coletividades, como se fossem indivíduos em larga escala, pode, não raro, ser enganoso<sup>242</sup>. Não se pode acreditar que sociedades, tal como indivíduos,

---

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 19-23.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>241</sup> *Idem*.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 124.

agem com base em preferências e crenças consistentes, uma vez que coletividades não são unitárias, mas sim, formadas por vários indivíduos que não podem estar absolutamente “no comando” de toda a comunidade<sup>243</sup>. Assim, é preciso seguir com cautela no caminho de transposição dos conceitos de restrição para âmbitos coletivos.

Feita a ressalva, cumpre observar que, para Elster, as constituições podem servir como restrição aos outros e não como mecanismos de autorrestrição propriamente ditos. De fato, muitos dispositivos constitucionais podem servir como restrições de uma maioria a uma minoria, ou, vice-versa, sem que isso implique uma restrição a si mesmo<sup>244</sup>. Quando se pensa em uma regra de acesso à propriedade, por exemplo, protegida por um rito de maioria qualificada para sua alteração, ao fim e ao cabo, não se tem uma autorrestrição, mas sim uma restrição a um grupo (minoritário ou majoritário) da população que terá dificuldade em alterar o dispositivo constitucional<sup>245</sup>.

É nessa toada que o autor revela um ceticismo quanto ao poder autorrestritivo das constituições. Para ele, é comum que o indivíduo que quer se autorrestringir confie sua vontade a instituições ou forças externas, contudo, não há nada externo à sociedade capaz de fazer valer no futuro, peremptoriamente, o acordo inicial tomado no passado<sup>246</sup>.

Sem embargo disso, há dispositivos constitucionais que se destinam ao controle de irrupções emocionais das massas. Nesse sentido, as constituições podem ser consideradas como mecanismos de neutralização das paixões majoritárias<sup>247</sup>. Observando a política ateniense, o autor cita quatro dispositivos utilizados para conter as paixões populares: as reconsiderações de decisões prévias (*anapsephisis*), a separação dos poderes, os dispositivos de atraso ou procedimentos de dois estágios e a responsabilização pela incitação de emoções populares<sup>248</sup>. Para esses

---

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 213.

<sup>244</sup> SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Gaziela. A Constituição como auto-restrição ou como restrição ao outro: uma comparação entre as visões de Elster e Buchanan-Tullock. *Revista Argumentum*, Marília, v. 16, pp. 17-36, jan/dez. 2015, p. 21.

<sup>245</sup> ELSTER, Jon. *Ulisses liberto... Op. cit.*, p. 125.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>247</sup> SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Gaziela. A Constituição como auto-restrição ou como restrição ao outro... *Op. cit.*, p. 22.

<sup>248</sup> *Idem*.

mecanismos clássicos há correspondentes modernos, como o bicameralismo, a moderna teoria da separação de poderes e o veto executivo, por exemplo.

Para Yaniv Roznai, em complementação, as cláusulas pétreas também podem ser caracterizadas como mecanismo para o controle das paixões populares e das gerações futuras. Trata-se de um caráter preservacionista desses dispositivos não emendáveis, que procura manter a estabilidade e a permanência da Constituição. Nesse sentido, a ideia central é de que o povo limita a si mesmo, de modo que, em tempos de crise, quando o julgamento racional é afetado, o documento constitucional não poderá ser alterado de maneira a gerar posterior arrependimento<sup>249</sup>.

Ainda nesse diapasão de controle das paixões populares, as cláusulas pétreas podem servir como mecanismo para o controle de conflitos iminentes da sociedade, funcionando como “regras de mordida”, de maneira a silenciar as discussões contenciosas<sup>250</sup>. Por essa perspectiva, mesmo em sociedades democráticas existem fortes razões para não abrir o debate acerca de certos temas, uma vez que a disputa pode ser tão ferrenha a ponto de não gerar soluções adequadas e, ao mesmo tempo, aprofundar as divisões sociais. Nessa toada, as cláusulas não passíveis de emendamento seriam como uma pá de cal sobre essas pautas mais espinhosas, que despertam as paixões populares. Trata-se de um compromisso que ninguém realmente gosta, mas que todos concordariam ser necessário para o desenvolvimento da comunidade<sup>251</sup>.

Analisada, pois, essa primeira vertente de pensamento que define as cláusulas pétreas a partir da noção de restrição e controle das paixões populares, é possível concluir, em cotejo com a linha teórica antes abordada, que tal ordem de ideias não é compatível com a proposta de um constitucionalismo fraco.

De fato, a proposta teórica deste trabalho é calcada, tal como visto alhures, em dois princípios básicos: o da abertura constitucional e o da participação popular. Isso significa dizer que a Constituição deve estar sempre aberta a alterações e que tais mudanças, sobretudo as mais fundamentais, devem ocorrer, necessariamente, a partir de um processo altamente participativo, incluindo toda a sociedade. Desse

---

<sup>249</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments...* *Op. cit.*, p. 35.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>251</sup> *Idem*.

modo, entender as cláusulas pétreas como mecanismos limitadores das paixões populares ou dos conflitos imanentes à democracia vai de encontro ao aprofundamento democrático da teoria ora defendida.

Isso não significa dizer, por certo, que não se deve pautar o debate constitucional em termos racionais. Ocorre, no entanto, conforme analisado anteriormente, que a democracia de segunda dimensão deve ser vista como uma prática, algo que acontece em momentos excepcionais e que normalmente desperta paixões em uma comunidade engajada com sua Constituição. Tratar as cláusulas pétreas como mecanismo de restrição a esse “florescimento” da participação popular, que se inicia, no mais das vezes, por meio de fortes emoções políticas, parece negar em essência a própria ideia de democracia multidimensional e os princípios da abertura e participação. Ademais, conforme será analisado oportunamente, as paixões fazem parte do debate democrático, de modo que parece ingênuo acreditar em um debate político que seja exclusivamente pautado na racionalidade.

Note-se, ainda, que tal concepção nem mesmo pode ser compreendida como uma autorrestrição, ou uma restrição essencial, uma vez que as cláusulas pétreas, entendidas como controladoras das paixões populares, se destinam, precipuamente, às gerações futuras. Aqui, nas palavras de Stephen Holmes, há um verdadeiro paradoxo da democracia, uma vez que uma geração deseja atuar de maneira responsável perante as gerações futuras, impedindo-as, por meio de mecanismos como as cláusulas pétreas, de agirem tomadas pela paixão, ao passo que, ao mesmo tempo, rechaça esse mesmo comportamento adotado pelas gerações passadas<sup>252</sup>. Em qualquer hipótese, essa concepção de dispositivos não emendáveis acaba por afastar a possibilidade de alteração das decisões fundamentais da Constituição sob o falso argumento de proteção da comunidade contra si mesma.

Tendo isso em vista, cabe mirar agora na perspectiva que relaciona as cláusulas pétreas à ideia de identidade constitucional. Como bem aponta Peter Häberle, a Constituição não é apenas um compêndio de regras jurídicas, mas, sobretudo, o meio de expressão cultural de uma sociedade e a fundação de suas

---

<sup>252</sup> HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (org.). *Constitucionalismo y democracia: estudio introductorio* de Alejandro Herrera M. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 243.



expectativas<sup>253</sup>. Isso significa dizer que as constituições são desenhadas para refletir a identidade de uma sociedade, delineando os princípios mais fundamentais que serão compartilhados pelos cidadãos. Nessa senda, de modo a explicitar o compromisso da Constituição com essa identidade da comunidade em questão, é comum que os constituintes se utilizem de alguns dispositivos do texto constitucional para representar esses acordos fundamentais que informam a essência e a identidade política da sociedade<sup>254</sup>.

Esses princípios básicos que conformam a identidade constitucional, agasalhados pelas cláusulas pétreas, variam em cada sistema constitucional, mas, não raro, representam uma mistura de valores universais com valores decorrentes da história, costumes e aspirações de uma dada sociedade<sup>255 256</sup>. Nessa vereda, Michel Rosenfeld teoriza que a identidade constitucional é calcada na ideia de pluralismo, de modo que, sem esse elemento de pluralidade, o próprio constitucionalismo perderia seu sentido<sup>257</sup>, ao mesmo tempo em que o constitucionalismo pode ser visto como condição de institucionalização do pluralismo<sup>258</sup>.

É precisamente nesse sentido que Rosenfeld fala da natureza evasiva da identidade constitucional, seja em razão da relação com outras formas de identidade, como as identidades nacionais, étnicas e culturais, seja pela sua propensão em se alterar com o tempo<sup>259</sup>. Com efeito, há um processo perpétuo de construção e reconstrução da identidade constitucional que é incentivado pela pluralidade constante na sociedade, de modo que os sujeitos constitucionais estão sempre em busca e em disputa dessa identidade<sup>260</sup>.

---

<sup>253</sup> HÄBERLE, Peter. The Constitutional State and its reform. *Ratio Juris: an international journal of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford, v. 13, n. 1, pp. 77-94, mar/2000, p. 79.

<sup>254</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments...* *Op. cit.*, p. 24.

<sup>255</sup> Nesse sentido, é interessante observar a Constituição da Ucrânia que, em seu artigo 16, cita o desastre de Chernobyl para eleger como fundamental o princípio de que cabe ao Estado garantir a segurança e equilíbrio ecológicos: “Art. 16. *Garantir a segurança ecológica e manter o equilíbrio ecológico no território da Ucrânia, superar as consequências da catástrofe de Chernobyl – uma catástrofe de escala mundial – e preservar o fundo genético do povo ucraniano, é o dever do Estado.*” (tradução livre). Cf.: HÄBERLE, Peter. The Constitutional State and its reform. *Op. cit.*, p. 80.

<sup>256</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments...* *Op. cit.*, p. 125.

<sup>257</sup> ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 21.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>260</sup> MOREIRA, Nelson Camatta; PEREIRA, Caleb Salomão. Identidade constitucional, história efetual e tensão existencial: escotose e resistência do sujeito pré-constitucional. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, v. 18, n. 7, pp. 30-48, set./dez. 2017, p. 40.

As cláusulas pétreas, portanto, funcionam como mantenedoras da identidade constitucional vigente na sociedade e a protegem de maiorias oportunistas que pretendam alterá-la. Modificar essa identidade constitucional resultaria na conformação de uma nova Constituição<sup>261</sup>. Aqui, no entanto, é preciso clarificar um ponto relevante. Tal como defendido por Rosenfeld, a identidade constitucional está em constante construção/reconstrução, o que não pode ser encarado como um problema, sob pena de se fazer coro àqueles que acreditam que mudanças constitucionais são essencialmente problemáticas por gerarem insegurança. O ponto central, todavia, diz respeito à legitimidade democrática para alterar essa identidade constitucional.

Nesse diapasão, o caráter preservacionista das cláusulas pétreas, como protetoras da identidade constitucional, parece de todo adequado em relação aos atores que carecem de legitimidade para alterar as decisões fundamentais da Constituição. Assim, os limites trazidos a cabo pelo artigo 60, §4º, da Constituição brasileira são de todo pertinentes e oponíveis ao poder de reforma engendrado pelo Poder Legislativo. O poder constituinte originário pode limitar a atuação do poder de reforma por meio das cláusulas pétreas, carecendo a esse poder delegado a legitimidade para alterar as decisões que conformam a identidade constitucional<sup>262</sup>.

Sem embargo, tais limitações não podem ser opostas ao titular do poder constituinte originário, a quem cabe, sempre que julgar necessário, alterar as decisões fundamentais tomadas outrora, ainda que não pretenda trazer a si mesmo uma Constituição totalmente nova<sup>263</sup>. De fato, o povo tem ampla liberdade para alterar sua Constituição na forma como quiser e na amplitude que achar conveniente, sem que a

---

<sup>261</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments...* *Op. cit.*, p. 125.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>263</sup> Não se olvida que a alteração em uma decisão fundamental da Constituição pode determinar uma mudança tão profunda na arquitetura constitucional, que, ao fim e ao cabo, signifique a produção de uma nova Constituição. A despeito disso, nem todas as decisões fundamentais tomadas pelo povo determinam mudanças estruturais do documento constitucional. Alterações no rol de direitos fundamentais, por exemplo, não necessariamente implicam mudanças na institucionalidade trazida a cabo pelo Constituição, ao passo que mudanças institucionais, como a alteração de um sistema de governo presidencialista para um parlamentarista, por exemplo, não trazem mudanças evidentes no rol de direitos.

ele possam sem opostos limites de emendabilidade, próprios do constitucionalismo, tal como as cláusulas pétreas<sup>264</sup>.

De tudo o que foi analisado acima decorre a ideia central de que as cláusulas pétreas cumprem importante função na identificação das decisões fundamentais da comunidade e na proteção da identidade constitucional construída pelo povo. Não há maiores divergências na literatura quanto à impossibilidade de atuação do poder de reforma em face dessas normas protegidas por dispositivos que impedem o emendamento. A digressão, todavia, parece estar na afirmação de que um processo de emenda calcado nos princípios da abertura e da participação popular possa alcançar as cláusulas pétreas. Os próximos tópicos deste e do próximo capítulo, portanto, focarão a análise nesse argumento, isto é, se investigará a possibilidade de atuação do povo no sentido de alterar suas decisões fundamentais, ainda que abrigadas por cláusulas pétreas e ainda que sem, necessariamente, esteja se falando da construção de uma nova Constituição por inteiro. Neste primeiro momento se analisará tal possibilidade em relação às chamadas pautas institucionais da Constituição.

Antes de encerrar este tópico, há, por fim, mais um elemento a ser considerado. A discussão travada acima não pode levar à falsa conclusão de que todas as decisões fundamentais configuram cláusulas pétreas. Tais cláusulas devem ser entendidas apenas como um mecanismo explícito de proteção das decisões tomadas pelo poder constituinte originário. Há decisões fundamentais que não contam com essa proteção explícita, mas, nem por isso, devem ser passíveis de alteração pelos poderes delegados de reforma, uma vez que carentes de legitimidade democrática para alteração. Nos próximos itens aborda-se que temas são esses que configuram as decisões fundamentais da comunidade.

### *2.3. Governo dos (in)competentes: o povo no comando da sala de máquinas da Constituição.*

---

<sup>264</sup> Isso não necessariamente significa dizer que não haja qualquer forma delimitação à atuação constituinte. Diferentemente das limitações impostas pelo constitucionalismo, contudo, o limite deve ser a própria democracia. Essa discussão será melhor analisada no capítulo 3.

As decisões fundamentais da Constituição que envolvem pautas institucionais estão comumente ligadas à estrutura do Estado e do governo e à organização dos poderes. Schmitt, por exemplo, identificava quais seriam as decisões fundamentais do povo alemão, de acordo com a Constituição de Weimar: a decisão a favor da democracia, a decisão a favor da República, em detrimento da Monarquia, a decisão em prol de um sistema parlamentarista representativo e, por fim, a decisão a favor de um Estado Burguês de Direito<sup>265</sup>.

Igualmente, Yaniv Roznai, ao analisar as cláusulas pétreas de diversas constituições, aponta que, no mais das vezes, elas apresentam os seguintes conteúdos: i) decisões sobre a forma e sistema de governo; ii) decisões sobre a estrutura política do Estado, aqui entendida como a opção pelo federalismo ou pelo Estado unitário, por um sistema bicameral ou não, pela forma da separação de poderes, pela democracia, pelo Estado de Direito, ou ainda, pela soberania popular e por um sistema representativo de governo, etc.; iii) decisões sobre a “ideologia fundamental do Estado”, por exemplo, se terá caráter religioso ou laico, se colocará ideais de justiça social, socialismo, liberalismo ou bem-estar como cerne da Constituição; iv) decisões sobre a integridade do Estado, como a unidade nacional, a integridade territorial, a independência diante de outras nações, etc.; v) decisões sobre situações típicas da história e cultura constitucional local, como imunidades, anistias, acordos de paz, nacionalidade, etc.; e vi) decisões sobre os direitos fundamentais<sup>266</sup>.

Em verdade, todos esses temas acima elencados, efetivamente, parecem configurar a identidade constitucional e conformam o rol de decisões fundamentais tomadas pelo titular do poder constituinte originário que define a própria Constituição. É sobre essas decisões que se defende incidir um constitucionalismo fraco, permitindo ao povo acessá-las sempre que achar conveniente, para alterá-las, de modo altamente participativo, se assim julgar necessário.

Tal como dito no início deste capítulo, o esforço de justificação do constitucionalismo fraco, para sua melhor compreensão, pode ser dividido entre as decisões fundamentais que dizem respeito às pautas institucionais da Constituição,

---

<sup>265</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución. Op. cit.*

<sup>266</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments... Op. cit.*, p. 30-33.

entendidas, de modo geral, nos pontos de “i” a “v” na análise proposta por Roznai, e as decisões relativas aos direitos fundamentais, ponto “vi”, da classificação do autor. Principia-se, neste capítulo, com as pautas institucionais.

Em grosso modo, parece não haver grande divergência teórica acerca da possibilidade de democratização dos temas institucionais da Constituição. Dificilmente alguém advogará contra a possibilidade de ampliar o debate em relação à estrutura do Estado, à forma de governo e à separação dos poderes. Esses temas são classicamente abarcados pelo mecanismo majoritário atinente à democracia. O dissenso, contudo, se verifica no grau de democratização que se pretende conferir e, nesse ponto, a literatura parece bem mais reticente à proposta de democratização das pautas institucionais quando se entende por democratização a participação direta e efetiva do povo na tomada de decisões. Não por outro motivo, quando se toma a prática constitucional brasileira, raríssimos são os momentos de tomada popular desses debates.

De fato, alguns autores consideram que mesmo essas pautas institucionais, por muitas vezes envolverem elementos técnicos, não podem ter suas decisões compartilhadas com o povo. Nesse sentido, analisando as possibilidades de participação popular no *judicial review*, Michael Serota é bastante contundente em sua crítica. O autor parte da premissa de que a definição da competência e a legitimidade de uma autoridade no exercício da interpretação constitucional depende da sua habilidade em interpretar de modo mais fiel possível a Constituição<sup>267</sup>. Assim, a prática interpretativa de fidelidade à Constituição garante a cooperação e coordenação de normas essenciais ao funcionamento da política, assegurando que produzam seus efeitos esperados<sup>268</sup>.

Neste influxo, em sua investigação e crítica acerca do constitucionalismo popular, Serota propõe duas perguntas capazes de atestar ou não a legitimidade popular para o papel interpretativo máximo da Constituição, são elas: o que o povo sabe sobre o ato de interpretar a Constituição?; e, esse conhecimento é suficiente para garantir uma interpretação fiel da Constituição?<sup>269</sup>

---

<sup>267</sup> SEROTA, Michael. Popular Constitutional Interpretation. *Connecticut Law Review*. Connecticut, v. 44, n. 5, pp. 1635-1673, 2012, p.1637.

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 1648-1649.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 1638.

Na busca pelas respostas das perguntas formuladas acima, o autor indica dois parâmetros a serem observados capazes de garantir a fidelidade interpretativa e que conformam o que ele chama de uma “competência interpretativa”. De um lado, o conhecimento constitucional e de outro o raciocínio constitucional. O primeiro é definido como o entendimento mínimo que se deve ter das bases da Constituição, perpassando desde a história constitucional até os precedentes importantes, atentando-se ainda para os princípios que decorrem deles<sup>270</sup>. O segundo, por sua vez, é entendido como a habilidade de avaliar, sopesar e escrutinar o texto constitucional, sua estrutura, história e precedentes, tendo como certo que apenas o conhecimento constitucional, por si só, não garante uma interpretação fiel<sup>271</sup>.

Aplicados os dois parâmetros mencionados à relação com o povo, tomando como base a sociedade estadunidense, Serota chega à conclusão de que a população carece de conhecimento constitucional, na medida em que, com base em dados estatísticos, observa-se que o povo sabe muito pouco sobre as normas e a institucionalidade trazida a cabo pela Constituição<sup>272</sup>. De igual turno, evidencia-se, de acordo com o teórico, a ausência de raciocínio constitucional por parte do povo. As decisões acerca de leis exigem um tipo de raciocínio diverso e mais técnico do que aquele utilizado para as decisões do dia-a-dia. Esse tipo de raciocínio legal só é aprendido nas faculdades de direito e, portanto, não é comum para a maior parte da população<sup>273</sup>.

Sublinhe-se que, ainda que a teorização de Serota esteja no âmbito da participação popular no *judicial review*, a partir do que foi exposto é possível transpô-la para o contexto da participação popular na feitura da Constituição. Se o povo carece de conhecimento e raciocínio constitucional, como defende o autor, é certo que não poderá opinar qualitativamente sobre a criação ou recriação de instituições que dão esteio à vida política e constitucional da comunidade.

Também nesse sentido, Larry Alexander e Frederick Schauer defendem que o Estado de Direito requer que as pessoas se abstenham de fazer interpretações independentes da Constituição. É nessa senda que os autores falam em uma “única

---

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 1652.

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 1652-1653.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 1659.

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 1661.

autoridade interpretativa". Para eles, a ideia de que agentes não judiciais, como o Congresso e o Presidente, que fizeram um juramento de obedecer à Constituição, poderiam não cumprir decisões judiciais entendidas como erradas é superficial e inadequada<sup>274</sup>. Um dos aspectos mais importantes da Constituição, assim como da lei de modo geral, é sua autoridade e intrinsecamente a esse conceito decorre a noção de que sua normatividade deve ser observada mesmo por aqueles agentes que consideram suas diretivas equivocadas. Essa concepção que se aplica à Constituição em si é também aplicável às autoridades interpretativas do texto constitucional. Assim, do mesmo modo que os agentes não judiciais devem obedecer a previsões constitucionais com as quais discordam, também deveriam obedecer a interpretações judiciais que consideram equivocadas<sup>275</sup>.

Para Alexander e Schauer é importante que haja uma decisão sobre o que deve ser feito. A lei oferece esse benefício de autoridade, de dizer o local adequado para cada coisa, de modo que nessa perspectiva se encontra não apenas a justificação da lei em si, mas a justificação de sua obediência, mesmo quando não se concorda com seu conteúdo<sup>276</sup>. De modo semelhante, quando há inúmeras interpretações possíveis para a Constituição, uma dessas interpretações deve surgir como aquela que define o que deve ser feito, de modo a evitar uma anarquia interpretativa. De acordo com os teóricos, essa deve ser a interpretação fornecida pela Suprema Corte<sup>277</sup>.

Ainda que admitam que esse papel de autoridade interpretativa última possa pertencer ao Congresso, os autores apresentam alguns motivos que lhes fazem crer que essa função é melhor desempenhada pelas Cortes. Defendem, nessa singra, que a função de coordenação da autoridade interpretativa requer estabilidade através do tempo e das instituições e, nesse sentido, as Cortes seriam mais indicadas visto que atreladas a um conjunto de precedentes (*stare decisis*) que não se verifica sobre o Congresso ou sobre o Executivo. Igualmente, aduzem que as constituições são

---

<sup>274</sup> ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 7, pp. 1359-1387, may/1997, p. 1361.

<sup>275</sup> *Idem*.

<sup>276</sup> *Ibidem*, p. 1371.

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 1377.

desenvolvidas para limitar os excessos das forças majoritárias que influenciariam mais o Legislativo e o Executivo do que o Judiciário<sup>278</sup>.

Ainda que não tratem explicitamente de uma atuação popular na definição das pautas institucionais da Constituição, e sem a mesma contundência da concepção de Serota, é também possível verificar por parte de Alexander e Schauer uma forte desconfiança da atuação do povo, e mesmo de seus representantes, na construção de sentidos da Constituição. Permanece a ideia de que as instituições constitucionais devem ser tomadas por especialistas que atentarão aos precedentes e não se deixarão influenciar pelas maiorias atuantes na sociedade.

Tomando criticamente essas posições elitistas sobre a Constituição, Sheldon Wolin, ao analisar os limites da democracia constitucional, aponta que o poder do Estado moderno está fortemente atrelado a elementos extrajurídicos que solapam limites constitucionais criando contextos próprios. Assim, o poder do Estado é inseparável da ciência moderna e das tecnologias, que ultrapassam limitações de caráter jurídico com facilidade. Igualmente, o Estado é intrinsecamente dependente do mercado, que por vezes ignora limites nacionais criando seu próprio *ethos* de atuação. Ademais, o poder do Estado é conformado por aqueles que reivindicam possuir formas específicas de conhecimento: juristas, administradores, economistas definem a burocracia estatal a partir de seus discursos<sup>279</sup>.

O Estado moderno, tal como as Monarquias antigas, deseja “embelezar” artisticamente e intelectualmente o seu poder, garantindo proeminência a esses setores técnicos da sociedade. Dessa forma, segundo Wolin, cada um dos componentes do poder estatal – científico, tecnológico, econômico e cultural – representa e perpetua o elitismo<sup>280</sup>.

De modo semelhante, Ellen Meiksins Wood, ao investigar a relação entre economia e democracia e como a primeira está intrinsecamente ligada com a vida política da comunidade, aponta que, no modo de produção capitalista (em que se inserem as democracias constitucionais), há uma tendência bastante evidente de separar rigidamente o “econômico” do “político”, esvaziando o próprio capitalismo de

---

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 1378.

<sup>279</sup> WOLIN, Sheldon. S. Fugitive democracy. *Constellations*, Oxford, UK, Cambridge, USA, v. 1, n. 1, pp. 11-25, 1994, p. 15-16.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 16.



um sentido político e social<sup>281</sup>. Assim, ao considerar a economia quase como um ente à parte, com suas próprias leis naturais de mercado, aniquila-se a possibilidade de estabelecer um debate democrático sobre um tema que, por vezes, traz severas implicações na vida política da sociedade. É preciso, portanto, compreender a economia como um fenômeno social<sup>282</sup>.

Ellen Wood ainda conclui que desde que se passou a entender a democracia e o liberalismo como conceitos necessariamente atrelados houve uma mudança do foco da democracia, que passou do exercício ativo do poder popular para o gozo passivo de direitos constitucionais e processuais<sup>283</sup>. Dessa forma, a democracia liberal retira dos indivíduos a responsabilidade democrática por diversas decisões relevantes da sociedade e da própria vida cotidiana. Essas áreas passam a ser governadas pelos poderes da propriedade e pelas leis de mercado<sup>284</sup>.

Ainda nessa toada, Antonio Negri e Michael Hardt teorizam que as pessoas foram educadas na apatia e na ignorância, além de que foram estimuladas a suprimir um apetite pela participação democrática. Assim, em função desses estímulos, os indivíduos passam a acreditar que os sistemas sociais nos quais estão inseridos são tão complexos que somente especialistas podem entendê-los<sup>285</sup>.

Não obstante os entendimentos dos autores que efetivamente consideram problemática a participação popular da sociedade em assuntos constitucionais, como visto a partir de Serota, Alexander e Schauer e, sem embargo dos teóricos que se posicionam criticamente em relação a esse medo da participação popular, apresentando as razões que consideram basear esse temor, como visto em Wolin, Wood, Negri e Hardt, é possível também verificar que, em alguma medida, aqueles que defendem um modelo de democracia mais forte têm sua parcela de responsabilidade pela não efetivação prática de uma participação popular nos temas institucionais da Constituição. Isso porque o foco de análise parece ter sido

---

<sup>281</sup> WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 27.

<sup>282</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>284</sup> *Ibidem*, p. 201.

<sup>285</sup> HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Declaração - isto não é um manifesto*. Trad. Carlos Szlak. São Paulo: n-1 edições, 2014, p. 98-99.

homogeneizado na temática dos direitos, pouco se falando sobre instituições, ou sobre a sala de máquinas da Constituição, nos termos de Roberto Gargarella.

Com efeito, campos mais progressistas do debate político tradicionalmente envidam esforços para conquistar a positivação de direitos nas constituições. A partir do século XX, por exemplo, sem olvidar da importância dos direitos de cunho liberal, houve um forte movimento de positivação de direitos sociais nas constituições, sobretudo em razão da inclusão dos trabalhadores na vida pública a partir do sufrágio universal<sup>286</sup>. É o que analisa Gargarella tomando por base a perspectiva latino-americana.

O primeiro ciclo de constituições latino-americanas, que tinham como preocupação central a manutenção da independência recém conquistada e a questão econômica, passou a dar espaço a questões sociais decorrentes da mobilização de setores subalternos, que começaram a combater a posição de esquecimento ao quais estavam submetidos e o caráter repressivo dos governos vigentes<sup>287</sup>. Assim, juntamente com a conquista do sufrágio universal (em um primeiro momento apenas masculino e, somente depois, feminino), acompanhou-se um movimento de inclusão de direitos sociais nas constituições. A Constituição mexicana de 1917 é o primeiro exemplo desse novo ciclo, que o autor chama de constitucionalismo social<sup>288</sup>.

Posteriormente, já ao final do século XX, Gargarella identifica outro ciclo de positivação de direitos nas constituições. Trata-se do movimento que passou a incluir expressamente menções a grupos tradicionalmente ignorados, como indígenas, ao mesmo tempo em que se viu crescer mecanismos de participação popular direta nos debates públicos da comunidade. No Brasil, por exemplo, a Constituição de 1988 positivou mecanismos de plebiscito, referendo e iniciativa popular, enquanto que em outros países latino-americanos institutos semelhantes também foram incluídos nos textos constitucionais<sup>289</sup>.

A despeito desse relevante movimento de positivação em âmbito constitucional de diversos tipos de direitos, Gargarella questiona sua palpabilidade no

---

<sup>286</sup> GARGARELLA, Roberto. Recuperar el lugar del “pueblo” en la consitución. In: GARAGRELLA, R; ORTEGA, R. N. (coord). *Constitucionalismo progressista: retos y perspectivas*. Cidade do México: Univridad Nacional Autónoma de México, 2016, p. 27.

<sup>287</sup> *Idem*.

<sup>288</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 33.

contexto de sistemas constitucionais caracterizados por uma grande concentração de poder. Consoante aponta, a efetividade dos direitos sociais incluídos na Constituição e mesmo das reformas que favorecerem a participação política é parca, não só em função de elementos externos à Constituição (interesses econômicos, políticos, etc.), mas também por razões internas. Gargarella sublinha a atuação do Poder Judiciário para frear os avanços dos direitos sociais, assim como a atuação dos poderes políticos para ignorar os novos direitos políticos de participação direta<sup>290</sup>.

É na esteira disso que o teórico argentino traz a lume sua definição daquilo que chama de sala de máquinas da Constituição, explicitando a importância da sociedade garantir a esse aspecto da Constituição a mesma atenção que oferece ao rol de direitos.

Seguindo em exame da realidade constitucional latino-americana, Gargarella aponta que, a despeito dos inúmeros avanços do rol de direitos das constituições ao longo dos últimos dois séculos, os modos de estruturação do poder permaneceram basicamente inalterados, com um caráter fortemente liberal-conservador, garantindo um poder político pouco representativo e bastante concentrado<sup>291</sup>.

Com efeito, os reformistas sociais, ao focalizarem somente na questão dos direitos, deliberadamente deixaram aos grupos tradicionalmente ligados aos poderes dominantes o exercício da tomada de decisões de cunho institucional. Quando do primeiro ciclo de positivação de direitos, de caráter eminentemente liberal, os grupos à época perceberam que para garantir seus direitos, mormente o direito de propriedade, era necessário modificar igualmente a sala de máquinas da Constituição. Em função disso, atuaram para restringir as liberdades políticas e, assim, assegurar liberdades econômicas mais amplas<sup>292</sup>. Esta compreensão, contudo, faltou e tem faltado aos defensores do caráter social e progressista da Constituição, na visão do autor.

Repensar a estrutura de poder da Constituição, nessa toada, significa democratizá-la e tornar possível a efetividade do rol de direitos nela presente, uma

---

<sup>290</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>291</sup> GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

<sup>292</sup> *Ibidem*, p. 333.

vez que é a partir da distribuição e organização dos poderes que se faz possível dar significado prático aos significantes que informam o texto constitucional.

Nessa perspectiva, Gargarella adverte que reformas tímidas na parte orgânica da Constituição são insuficientes para o que se pretende. Reformas limitadas que mantenham uma estrutura de poder concentrada apenas fazem com que as poucas novidades trazidas ao sistema constitucional também sejam controladas por aqueles que ocupam tradicionalmente as principais posições na sala de máquinas<sup>293</sup>.

Considerando o que foi exposto, é possível concluir que, para além de todos obstáculos que se colocam à participação popular nas pautas institucionais da Constituição, tal como visto anteriormente, também o foco excessivo dos democratas sobre a temática dos direitos acaba por elidir, na prática, a democratização da sala de máquinas da Constituição.

Nesse sentido, decisões fundamentais da comunidade acabam por ser debatidas e decididas exclusivamente por meio de parlamentares, ou por apreciação judicial, sem que o povo tome parte em discussão que, ao fim e ao cabo, diz respeito à estrutura da Constituição, essencial até mesmo para a efetividade de direitos positivados. O problema central, tal como analisado outrora, é que esses atores políticos (Congresso por meio do poder de reforma, ou Judiciário, a partir do *judicial review*) não têm legitimidade democrática para tomar essas decisões, determinando um importante *déficit* democrático de uma comunidade política.

Para ilustrar essa situação, é de todo interessante analisar a discussão brasileira acerca das propostas de alteração do sistema de governo, partindo de um modelo presidencialista para um sistema de governo parlamentarista. É o que se vê a seguir.

#### 2.4. *“Esqueceram de nós”: o povo, ou sua ausência, no debate acerca da impossibilidade de alteração do sistema de governo via de emenda constitucional.*

A escolha do debate acerca das propostas de alteração do sistema de governo no Brasil para exemplificar a necessidade de democratização da sala de

---

<sup>293</sup> GARGARELLA, Roberto. Recuperar el lugar del “pueblo” en la consitución. *Op. cit.*, p. 54.

máquinas da Constituição não se dá por acaso. Em verdade, essa pauta traz consigo uma série de peculiaridades históricas que informam a discussão e tornam ainda mais evidente o argumento de que ao povo recai a legitimidade para rediscutir as decisões fundamentais de sua Constituição.

Antes de adentrar ao debate propriamente dito, contudo, uma breve nota histórica preliminar é necessária. Como é cediço, na história constitucional brasileira, em duas oportunidades relativamente recentes o povo teve a oportunidade de decidir, diretamente, sobre o sistema de governo que gostaria de ver vigente. A primeira delas se deu em 1963, em meio à crise política instaurada pela renúncia de Jânio Quadros e a posse de João Goulart.

De fato, conforme relata Mônica Almeida Kornis, após a renúncia de Jânio Quadros em 25 de agosto de 1961, a Presidência da República foi ocupada pelo então Presidente da Câmara de Deputados, Pascoal Ranieri Mazzilli, segundo na linha sucessória, visto que o então Vice-Presidente, João Goulart, encontrava-se em viagem oficial à China. O poder, no entanto, era efetivamente exercido por três militares, o General Odílio Denis, da Guerra, o Brigadeiro Gabriel Grün Moss, da Aeronáutica, e o Almirante Sílvio Heck, da Marinha, contrários à posse de João Goulart uma vez que o consideravam muito próximo aos sindicatos e setores progressistas<sup>294</sup>. A despeito da resistência dos militares, setores internos e externos ao governo apoiavam a posse de Jango<sup>295</sup>.

Nesse sentido, de modo a mediar a crise, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 04/1961, que garantia a posse de João Goulart no cargo de presidente da República, mas instituiu o parlamentarismo no Brasil. Assim, em 07 de setembro de 1961, Jango assumiu a Presidência, todavia com poderes limitados, uma vez que a chefia de governo passara a ser do Primeiro-Ministro. Relevante observar que a EC 04/1961 previa desde logo um plebiscito, primeiramente marcado para o início de 1965, para decidir sobre a continuidade do sistema parlamentarista<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup> KORNIS, Mônica Almeida. *Parlamentarismo: sim ou não?* Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em <[https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/NaPresidenciaRepublica/Parlamentarismo\\_sim\\_ou\\_nao](https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/NaPresidenciaRepublica/Parlamentarismo_sim_ou_nao)>. Acesso em 11 de janeiro de 2019.

<sup>295</sup> Relevante citar a “Rede pela Legalidade” articulada por Leonel Brizola, então governador do Rio Grande do Sul. Brizola conquistou o apoio de diversas pessoas, bem como de rádios, jornais e do General Machado Lopes, comandante do III Exército, em prol da posse de João Goulart.

<sup>296</sup> *Idem*.

O período parlamentarista foi bastante conturbado. De início indicou-se Tancredo Neves para a posição de Primeiro-Ministro. Seu governo, no entanto, foi passageiro, tendo renunciado ao posto em junho de 1962. Após a renúncia de Tancredo, houve uma verdadeira crise sucessória. João Goulart indicou Francisco Clementino de Santiago Dantas, do PTB, mesmo partido do Presidente, para o cargo, mas a indicação foi rejeita pela UDN e pelo PSD, partidos conservadores. Goulart então indicou Auro de Moura Andrade, do PSD, então Presidente do Senado, para o cargo, contudo, as centrais sindicais reagiram, ameaçando uma greve geral caso o nome fosse aprovado pelo Congresso. Em 10 de julho de 1962, após indicação e aprovação pelo Congresso, Francisco de Paula Brochado da Rocha assumiu o gabinete de Primeiro-Ministro. Entre suas pautas estava adiantar o plebiscito de 1965. Apesar da resistência inicial manifestada pelos udenistas, em agosto de 1962 os representantes máximos do Exército, Marinha e Aeronáutica manifestaram-se publicamente em favor da antecipação do plebiscito. Após a renúncia de Brochado da Rocha em 14 de setembro e a deflagração de greve geral, o Congresso nacional aprovou a Lei Complementar nº 2, que marcava para 6 de janeiro de 1963 o plebiscito<sup>297</sup>.

Na data estipulada, 64% dos eleitores compareceram às urnas e determinaram uma posição esmagadora em favor do retorno do sistema presidencialista: 82,6% dos eleitores votaram “não” ao questionamento “Aprova o Ato Adicional que instituiu o parlamentarismo?”, ao passo que apenas 17,4% preencheram a cédula de votação com “sim”<sup>298</sup>. Encerrava-se, portanto, o parlamentarismo no Brasil e João Goulart finalmente passava a dispor da integralidade dos poderes presidenciais, fato que também perdurou por pouco tempo, haja vista o golpe civil-militar perpetrado em abril de 1964.

A segunda oportunidade em que o povo brasileiro decidiu por um sistema presidencialista, ao seu turno, se deu após a redemocratização e promulgação da Constituição de 1988. Consoante relata Paulo Bonavides Paes de Andrade, o constituinte de 1988 efetivamente decidiu sobre o sistema de governo, em uma das discussões mais contundentes da Assembleia Constituinte. Na votação do primeiro

---

<sup>297</sup> *Idem.*

<sup>298</sup> *Idem.*

turno, em quórum integral, os constituintes aprovaram por 343 votos contra 213 o sistema presidencialista de governo<sup>299</sup>.

Sem embargo dessa decisão, os constituintes voltariam a esse debate quando da discussão da parte do texto constitucional atinente ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O então Deputado Federal e Constituinte Antônio Henrique Bittencourt da Cunha Bueno, de viés monarquista, apresentou proposta para a realização de plebiscito popular que definiria a forma (República ou Monarquia) e o sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo). Ainda que a discussão sobre o sistema de governo tenha sido um dos temas mais polêmicos e disputados da Constituinte, não havia grande divergência quanto à definição da forma de governo.

De toda sorte, a partir da fusão de uma série de emendas de cunho plebiscitário atreladas a esse tema<sup>300</sup>, consignou-se a proposta final enunciada pelo artigo 2º do ADCT. É interessante observar um trecho da defesa do Deputado Cunha Bueno a sua proposta:

Constatamos, Sr. Presidente, que as duas votações que maior quórum alcançaram nesta Casa foram exatamente sobre este assunto: a votação sobre o sistema de governo, que reuniu 559 Parlamentares, e a votação das Disposições Transitórias, onde se limita o mandato do Presidente da República, com 552 Constituintes. Criticava-se, naquela oportunidade, Sr. Presidente, que não poderíamos definir o parlamentarismo ou o presidencialismo, e que era preciso ouvir o povo. Chegou a oportunidade de esta Casa poder ouvir o povo, não agora sob as paixões do momento, mas ouvir o povo daqui a 5 anos. Eleito o próximo Presidente da República de forma direta e concluindo o seu mandato, teremos a oportunidade de ouvir o povo, se ele deseja o presidencialismo ou se ele deseja o parlamentarismo, e ouvir o povo depois de ampla campanha de divulgação através dos meios de comunicação de massa, dos concessionários do serviço público, através da regulamentação que o Tribunal Eleitoral baixará, uma vez terminada a Constituição brasileira<sup>301</sup>.

Nota-se que o Deputado Cunha Bueno fundou sua defesa exclusivamente na discussão acerca do sistema de governo, não obstante tenha conseguido embutir na

---

<sup>299</sup> ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 464.

<sup>300</sup> Foram unificadas as seguintes Emendas: 0192 – de autoria de Michel Temer, 1102 – de autoria de Edivaldo Motta; 0074 – de autoria de Cunha Bueno; 0236 – de autoria de Lúcio Alcântara; 0928 – de autoria de José Richa; 0020 – de autoria de José Santana de Vasconcelos; 0187 – de autoria de Mário Assad; 704 – de autoria popular; 0372 – de autoria de Jorge Vianna e 1595 – de autoria de Álvaro Antônio.

<sup>301</sup> ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Atas de Plenário*. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, junho de 1988.

proposta o plebiscito também referente à forma de governo<sup>302</sup>. Independentemente das motivações do proponente da emenda, fato é que a proposta de fusão que resultaria posteriormente no artigo 2º do ADCT, em razão de seu caráter democrático apontado por constituintes de vários matizes ideológicos, foi aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte por ampla maioria, contando com 495 votos favoráveis contra 23 votos contrários e 11 abstenções.

O artigo 2º do ADCT foi posteriormente alterado pela Emenda Constitucional nº 2 de 25 de agosto de 1992 apenas para fins de antecipação da consulta popular, que passaria da data de 07 de setembro de 1993 para a data de 21 de abril de 1993<sup>303</sup>.

Tal como previsto na reforma aprovada, o plebiscito foi precedido de campanha eleitoral, transmitida via rádio e TV, apresentando em igualdade de tempo as quatro opções disponíveis. No dia 21 de abril de 1993, portanto, os eleitores brasileiros compareceram às urnas para decidir entre República ou Monarquia, parlamentarismo ou presidencialismo. O resultado foi contundente: 66,26% dos eleitores optaram pela República, enquanto que apenas 10,25% escolheram a Monarquia. Em relação ao sistema de governo, 55,67% dos votantes decidiram pelo presidencialismo, ao passo que 24,91% manifestaram-se pelo parlamentarismo<sup>304</sup>.

Independentemente dos fatos históricos que levaram a cabo a realização dos dois plebiscitos acima contextualizados, o ponto central é que, por duas oportunidades, o povo brasileiro pode decidir, diretamente, sobre o sistema de governo sob o qual pretendia viver. O segundo plebiscito, como visto, ocorreu já na vigência da Constituição de 1988 e, portanto, a decisão tomada integra fundamentalmente a identidade constitucional brasileira.

---

<sup>302</sup> A manobra do Deputado Cunha Bueno foi duramente criticada por outros constituintes. O próprio presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, ao fim da votação da proposta de fusão das emendas declarou que: “*Consultas plebiscitárias, referendos, enfim, são instrumentos importantes para aquisição do consenso numa sociedade democrática. Qualquer questionamento, contudo, que se faça à nossa forma republicana é um atentado à História e ao compromisso de nosso povo para com a República. É lastimável que emendas desse teor tenham alta taxa de aceitabilidade neste Congresso Constituinte*”.

<sup>303</sup> A alteração da data foi alvo de protesto pelos monarquistas que consideravam o dia 21 de abril, feriado de Tiradentes, uma alusão ao republicanismo.

<sup>304</sup> Plebiscito de 1993. *Justiça eleitoral*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-1993/plebiscito-de-1993>>. Acesso em 12 de janeiro de 2019.



É cediço que o sistema presidencialista de governo não está incluído no rol de cláusulas pétreas da Constituição<sup>305</sup>, no entanto, tal como visto alhures, as cláusulas pétreas funcionam como um mecanismo de limitação explícita ao poder de reforma, de modo que existem decisões fundamentais que podem não estar abarcadas por esses dispositivos. É o caso da decisão tomada pelo sistema de governo presidencialista.

Retomando as teorizações de Schmitt ou de Roznai, as decisões atinentes à estrutura do governo configuram o cerne da Constituição e revelam a identidade política da comunidade. Ressalte-se que a escolha por um determinado sistema de governo gera relevantes impactos sobre outros elementos da estrutura do Estado e da própria democracia. Conforme indica Paulo Bonavides, uma característica fundamental do presidencialismo que o distingue em relação ao parlamentarismo diz respeito à legitimidade democrática do chefe do Poder Executivo. O Presidente da República deriva seus poderes da própria nação, diretamente, ao passo que o Primeiro-Ministro é legitimado indiretamente, a partir da escolha do Parlamento<sup>306</sup>. Essa designação popular direta do Presidente da República determina uma relação própria do Executivo com os demais poderes, sobretudo em relação ao Legislativo, com quem guarda uma relação de independência muito maior do que aquela verificada em sistemas parlamentaristas<sup>307</sup>.

Não fosse tudo isso suficiente, subsiste ainda o fato de que o sistema presidencialista de governo foi escolhido de modo direto pelo povo, cumprindo com os requisitos da abertura e participação. De fato, o poder de reforma carece de legitimidade democrática para alterar por si próprio uma decisão fundamental tomada pelo titular do poder constituinte originário.

Sem embargo de todos esses elementos que não deixam dúvida a respeito do caráter fundamental da escolha tomada pelo povo brasileiro acerca do sistema de governo presidencialista, há vários projetos de emenda constitucional em trâmite nas

---

<sup>305</sup> É possível argumentar que a proteção ao sistema de governo estaria inclusa no artigo 60, § 4º, III, da CF, que diz respeito à separação dos poderes. De fato, um sistema de governo parlamentarista implicaria alteração na dinâmica dos poderes, conferindo grande proeminência ao Poder Legislativo. Discorda-se, contudo, dessa posição, uma vez que a alteração na dinâmica dos poderes não significa a abolição da separação entre eles. Mesmo que em um sistema parlamentarista as funções executivas estejam fortemente atreladas à atuação legislativa, o gabinete ainda se caracteriza como Executivo, com possibilidade de atuação independente, ainda que de forma mitigada.

<sup>306</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 387.

<sup>307</sup> *Ibidem*, p. 388.

casas legislativas que pretendem alterar o sistema de governo prescindindo por completo da participação popular.

Desconsiderando os projetos já arquivados, há atualmente em trâmite na Câmara de Deputados do Brasil três projetos de emenda à Constituição que buscam instituir o parlamentarismo no Brasil. São eles: PEC 20/1995, de autoria do então Deputado Federal Eduardo Jorge; PEC 245/2016, de autoria do Deputado Federal Beto Rosado e PEC 309/2017, de autoria do Deputado Federal Bonifácio de Andrada. No Senado Federal, por sua vez, há atualmente um projeto de emenda à Constituição nesse sentido, a PEC 32/2015, de autoria do Senador Fernando Collor de Mello. Vários outros projetos, contudo, foram apresentados, mas arquivados em razão do término da legislatura.

Brevemente, cabe analisar cada um desses projetos com o fito de verificar se preveem a realização de novo plebiscito, garantindo ao povo a palavra final sobre um tema que já decidiu em outras duas oportunidades.

A PEC 20/1995, do Deputado Eduardo Jorge, contém em sua justificativa o argumento que as lideranças políticas que defendiam o parlamentarismo saíram muito fortalecidas das eleições gerais de 1994, o que demonstraria uma sinalização do eleitorado para a reabertura da questão. Nesse sentido, o autor propõe uma mudança em vários artigos da Constituição de 1988 com o fito de adequá-la a um regime parlamentarista<sup>308</sup>. Apesar da justificativa do projeto conter a ideia de uma sinalização do eleitorado quanto à reabertura de discussão sobre o tema, a PEC não apresenta qualquer indicação acerca da realização de um novo plebiscito.

Justamente tendo isso em vista, um grupo de deputados federais, formado por Jacques Wagner, Hélio Bicudo, Miguel Rosseto, Aurélio Chinaglia Junior e Sandra Starling, em 1997, apresentou o Mandado de Segurança Parlamentar nº 22.972, contra atos da Mesa da Câmara dos Deputados, da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação e da Comissão Especial destinada a analisar e proferir parecer

---

<sup>308</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda à Constituição PEC 25/1995. Estabelece o Parlamentarismo, 16 de março de 1995. <Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD28MAR1995.pdf#page=20>>. Acessado em 12 de janeiro de 2019.

na Proposta de Emenda à Constituição nº 20-A/1995, que institui o parlamentarismo no país<sup>309</sup>.

A petição inicial da ação constitucional indaga justamente a legitimidade democrática do Parlamento para retomar a discussão e decisão estabelecida pelos titulares do poder constituinte originário no plebiscito realizado em 1993. De acordo com os impetrantes, ao outorgar a decisão acerca do sistema de governo ao povo, de modo direto, os constituintes excluíram do âmbito de atuação do poder de reforma a possibilidade de alteração do sistema de governo<sup>310</sup>. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal se manifestaram no *writ*, pugnando por sua improcedência, sob o argumento de que o plebiscito de 1993 não petrificou o presidencialismo e que é competência do Congresso Nacional deliberar sobre emendas à Constituição que não firam cláusulas pétreas. A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, manifestou-se favoravelmente à concessão do mandado de segurança. A despeito da tramitação do processo, nunca houve decisão de mérito, de modo que, em 12 de junho de 2018 a ação foi arquivada, após homologação pelo atual relator, Ministro Alexandre de Moraes, do pedido de desistência dos impetrantes.

A PEC 245/2016, do Deputado Beto Rosado, também não faz qualquer menção à realização de um novo plebiscito para garantir ao povo a última palavra sobre essa decisão fundamental. Em verdade, o texto original da proposta sequer cita o plebiscito realizado em 1993. Sem embargo, o relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça, Deputado Federal Betinho Gomes, em seu parecer pela admissibilidade da proposta, consigna que:

Não obstante a polêmica que permeia a questão, entendemos que a opção da população pela forma presidencialista de governo, manifestada no plebiscito de 1993, não impede que novas discussões a respeito do tema sejam ventiladas por meio de propostas de emenda à Constituição, meio legítimo de reforma do texto constitucional, nos termos do art. 60 da Lei Maior. Em outras palavras, a previsão de um momento histórico para realização de um plebiscito a fim de definir os pilares de governabilidade do País não

---

<sup>309</sup> CARNEIRO, Luiz Orlando. STF vai decidir se parlamentarismo pode ser adotado por emenda constitucional. *Jota*. Disponível em <<https://www.jota.info/stf-vai-decidir-se-parlamentarismo-poderadotado-por-emenda-constitucional>>. Acessado em 28 de setembro de 2016.

<sup>310</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 22972 DF. Impetrantes: Jaques Wagner, Hélio Pereira Bicudo, Aurélio Chinaglia Júnior, Sandra Meira Starling e Miguel Soldatelli Rosseto. Impetrado: presidente da câmara dos deputados, presidente da comissão de constituição e justiça e de redação e presidente da comissão especial. Relator: Min. NERI DA SILVEIRA. Brasília, 18 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1687717>. Acesso em: 12 de janeiro de 2019.

implica em vedação para rediscussão da matéria em momentos posteriores, na forma prevista pela Constituição<sup>311</sup>.

Com efeito, o legislador parece confundir a possibilidade de rediscussão da matéria com a temática da legitimidade democrática para tomar tais decisões. Consoante já analisado, a proposta de um constitucionalismo fraco tem como um de seus pilares o princípio da abertura, pelo qual a Constituição está sempre disponível para ser alterada. Nessa toada, não há temas que não possam ser revisitados pelo titular do poder constituinte originário, de modo que, se for do interesse popular, a decisão acerca do sistema de governo pode ser rediscutida, independentemente do plebiscito de 1993. Ocorre que há um segundo pilar, calcado no princípio da participação popular, segundo o qual, a discussão de decisões fundamentais da Constituição deve ser feita de modo amplo e direto pelo povo. Assim, a questão central não abordada pelo deputado relator da proposta diz respeito, em verdade, à ausência de legitimidade democrática do Congresso Nacional para transpassar uma decisão fundamental tomada diretamente pelo titular do poder constituinte originário.

A PEC 309/2017, do Deputado Bonifácio de Andrada, tem como objetivo não apenas a mudança do sistema de governo, mas também a alteração da forma de composição do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, em verdade, da proposta de instituição de um sistema semiparlamentarista no Brasil, que nasce em meio à crise proporcionada pelo *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff. Tal como nas outras proposições já analisadas, também nessa não há indicativo de realização de plebiscito sobre o tema e sequer é mencionado o plebiscito de 1993 no texto original da proposta<sup>312</sup>.

No parecer pela admissibilidade da proposta na Comissão de Constituição e Justiça, a relatora, Deputada Federal Shéridan, também não apresentou digressões sobre o plebiscito de 1993 e a questão da legitimidade democrática, ainda que,

---

<sup>311</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda à Constituição PEC 245/2016. Institui o sistema de governo parlamentarista no Brasil e dá outras providências, 16 de junho de 2016. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088445>. Acessado em 12 de janeiro de 2019.

<sup>312</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda à Constituição PEC 309/2017. Acrescenta dispositivos aos artigos 84 e 87, e altera o art. 101, todos da Constituição Federal, para propor alterações na organização do Poder Executivo e modificar a forma de composição do Supremo Tribunal Federal, 29 de março de 2017. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2127715>>. Acessado em 12 de janeiro de 2019.

naquele momento, o Mandado de Segurança 22.972 ainda estivesse em trâmite no Supremo Tribunal Federal. A relatora apenas limitou-se a constatar que *“não se caracteriza desrespeito às vedações impostas ao legislador ordinário, quando esse se dispõe a alterar o texto da Carta Magna, isto é, podemos afirmar que tais cláusulas pétreas se encontram resguardadas pela presente proposição.”*<sup>313</sup>

Por fim, a PEC 32/2015, do Senador Fernando Collor, também não foge à regra das demais proposições. Não obstante a proposta de Collor não prever um novo plebiscito, há importante fundamentação em relação aos plebiscitos de 1963 e 1993. Analisando o resultado dos dois pleitos, o Senador conclui que houve um significativo aumento de apoio a um sistema parlamentarista. Enquanto que no plebiscito de 1963, 16,87% dos eleitores optaram pelo parlamentarismo, em 1993 essa proporção subiu para 24,65% da população. Poder-se-ia supor, portanto, que mediante uma contundente campanha de esclarecimento, haveria maior possibilidade de vitória do parlamentarismo a partir do voto popular. Essa, no entanto, não é ideia do autor da proposta:

No entanto, na medida em que o parlamentarismo for a opção de apenas um partido político, as chances de sua aprovação por manifestação popular será extremamente difícil, por implicar em (*sic*) uma identificação entre sistema parlamentar de governo e uma legenda partidária específica, circunstância que seguramente afastará os eleitores do restante do espectro partidário do país. Esta, contudo, não é a hipótese, nem o objetivo dessa emenda, já que não se cogita de uma decisão popular, mas se propõe, ao contrário, uma deliberação congressual para qual é possível obter substancial apoio político, doutrinário e até mesmo ideológico, no âmbito do Congresso Nacional, se houver uma simetria entre as tendências da opinião pública brasileira acima demonstrada e o sentimento partidário.<sup>314</sup>

Ainda que considere existir maior apoio popular à alteração do sistema de governo, a proposta prescinde da deliberação direta do povo, antecipando uma provável derrota da proposição perante o povo. A vontade popular aparece, destarte, como mero adereço argumentativo, sendo de todo rejeitada diante da possibilidade de não se adequar ao desígnio do legislador.

Tal como dito anteriormente, o exemplo que se tomou para análise é paradigmático não só por abordar uma evidente decisão fundamental que conforma a

---

<sup>313</sup> *Idem.*

<sup>314</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Emenda à Constituição PEC 32/2015. Institui o Sistema Parlamentar de Governo e dá outras providências, 23 de março de 2015. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120242>>. Acessado em 12 de janeiro de 2019.

identidade constitucional, mas também por ter sido o único tema da Constituição de 1988 que foi decidido diretamente pelo titular do poder constituinte originário.

O fato de nenhuma das propostas de emenda à Constituição para alterar o sistema de governo, que atualmente tramitam, indicarem a realização de um novo plebiscito é sintomático da cultura de exclusão do povo das decisões mais importantes atreladas a sua Constituição. De fato, tomando por base novamente a justificativa do Senador Fernando Collor, quando se argumenta que o parlamentarismo não seria aceito pelo povo em razão de uma identificação partidária da proposta, ao fim e ao cabo, o que se está a dizer é que o povo não possui condições técnicas para analisar a proposta e, por tal motivo, tal decisão deve ficar a encargo dos especialistas e legisladores, pouco importando que o povo já tenha decidido sobre esse mesmo tema, diretamente, em outras duas oportunidades.

Assim, efetivamente, ainda que do ponto de vista teórico a defesa de maior participação popular em pautas institucionais da Constituição seja mais fácil, tal situação não se verifica na prática. O exemplo da discussão acerca da alteração do sistema de governo é paradigmático, mas muitas outras são as pautas essenciais da Constituição que passam ao largo da deliberação pública<sup>315</sup>.

---

<sup>315</sup> Pode-se citar como exemplo adicional a recente aprovação da Emenda Constitucional nº 95/2016, mais conhecida como Emenda do Teto de Gastos Públicos. Pelo texto da emenda, fica fixado um teto para aumento dos gastos públicos pelo prazo de 20 anos (até 2036). Para gastos gerais o teto foi fixado a partir do orçamento disponível para o ano de 2016, acrescido do ajuste inflacionário de cada ano. Para saúde e educação tomou-se o orçamento do ano de 2017 como base, acrescido também do ajuste inflacionário de cada ano. Qualquer mudança nas regras da emenda só poderá ser feita a partir do décimo ano de vigência da medida. Conforme aduz Cynara Monteiro Mariano, *“desse modo, pelo recente art. 102 do ADCT, será fixado, para cada exercício, um limite individualizado para a despesa primária total (que corresponde ao montante da despesa total antes do pagamento dos juros da dívida) do Poder Executivo, do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União, cabendo a cada um deles a responsabilidade pelo estabelecimento do seu limite. Aumentos reais do limite estão vedados, pois, de acordo com o § 3.º, inciso II desse mesmo artigo 102, nos exercícios posteriores a 2017, o limite dos gastos corresponderá ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Aplicado - IPCA (e assim sucessivamente). Apenas aumentos nominais são possíveis, portanto.”* Com efeito, muitos autores, como a própria Cynara Mariano, entendem que a emenda em questão impede a plena satisfação de um dos fundamentos que conformam a identidade da Constituição, que é a construção de um Estado de Bem-Estar Social. Segundo a autora, *“o novo regime fiscal suspende, por consequência, o projeto constituinte de 1988, e retira dos próximos governantes a autonomia sobre o orçamento (...)Retira também do cidadão brasileiro o direito de escolher, a cada eleição, o programa de governo traduzido no orçamento e, com isso, decidir pelas políticas públicas prioritárias para o desenvolvimento econômico.”* Cf.: MARIANO, Cynara Menezes. Emenda constitucional 95/2016 e o teto de gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, pp. 259-281, jan./abr. 2017, p. 260-261.

Os motivos para essa não verificação empírica da participação popular nessas pautas perpassam os apontamentos de Wolin, Wood, Hardt e Negri no tópico anterior, mas também pelo fechar de olhos dos democratas para a sala de máquinas da Constituição, tal como visto a partir de Gargarella. Nesse sentido, a efetivação de um constitucionalismo fraco passa necessariamente pela retomada do debate público sobre temas entendidos como técnicos, visto que eles determinam importantes repercussões em toda a parte orgânica da Constituição, mas também são muitas vezes essenciais para a aplicação dos direitos garantidos no texto constitucional.

Isso não significa dizer, contudo, que se deve abandonar a pauta de positivação e efetivação dos direitos. Pelo contrário, o que se propõe, e é o que se analisa no próximo capítulo, é justamente uma democratização ainda maior do rol de direitos constitucionais, visto que também perfazem decisões fundamentais. Trata-se, em verdade, de compreender que independentemente do tipo de decisão fundamental que se esteja tratando, uma real democratização da Constituição só se faz possível a partir da participação popular em todas elas.

### CAPÍTULO III

#### **ILUMINISMO TOGADO: POLÍTICA E DIREITOS ENTRE POVO E TRIBUNAIS**

*“Rights are best understood as trumps over some background justification for political decision that states a goal for the community as a whole.”*<sup>316</sup> É com essa frase que Dworkin apresenta sua concepção de direitos como trunfos. Tal como visto no primeiro capítulo, essa perspectiva decorre de um estudo do autor acerca do utilitarismo, partindo da ideia de que ele deve ser qualificado de modo a permitir a restrição de preferências que se baseiam na exclusão de outros grupos de interesses. Nessa toada, os direitos são trunfos diante de um utilitarismo irrestrito e puro, possibilitando que indivíduos, ou grupos minoritários de indivíduos, possam exercer liberdades, independentemente de interesses diversos ou até mesmo contrapostos de outros.

Diante dessa perspectiva, como defender aquilo que parece ser justamente o oposto, isto é, como defender um constitucionalismo fraco que incida também sobre o rol de direitos constitucionalmente previstos sem fazer com que eles percam seu caráter protetivo? Esse é o desafio que se pretende enfrentar nesse capítulo.

Conforme investigado no decorrer do trabalho, a proposta de um constitucionalismo fraco parte da ideia de que, ao menos no que diz respeito às decisões fundamentais que conformam a Constituição, não existem temas entrincheirados, isto é, que não podem ser colocados em discussão, e que o debate sobre esses temas deve ser realizado do modo mais amplo e participativo possível, chamando o povo diretamente à tomada de decisões. Embora alguns possam considerar que a proposta assume tons de demasiada radicalidade, fato é que o constitucionalismo fraco pretende apenas recolocar o povo no papel de centralidade das discussões constitucionais, considerando que a Constituição decorre da vontade expressada pelo poder constituinte originário.

---

<sup>316</sup> “Os direitos são mais bem entendidos como trunfos sobre a justificação de decisões políticas que determinam um objetivo para a comunidade como um todo”. Tradução livre. DWORKIN, Ronald. *Rights as trumps...* Op. cit. p. 153.



Nesse diapasão, também como já analisado, as decisões tomadas pela comunidade no sentido de definir os direitos e garantias básicas que regerão a vida política também configuram decisões fundamentais que dizem respeito à identidade constitucional. Nesse sentido, não é possível falar em constitucionalismo fraco sem que ele incida também sobre essa parte da Constituição.

Consoante se verá, contudo, isso não significa dizer que direitos e garantias perdem sua importância ou que são necessariamente subjugados em contextos majoritários. O rol de direitos continua a cumprir sua função protetiva, sendo plenamente aplicado pelas Cortes em um sentido contramajoritário quando necessário. Trata-se de compreender, no entanto, que nos momentos excepcionais de política constitucional, os direitos, assim como qualquer parte da Constituição, podem ser alterados pelo titular do poder constituinte originário em qualquer amplitude, salvo se colocar em risco a própria existência e legitimidade da democracia.

Para bem compreender a incidência da proposta de constitucionalismo fraco também sobre este âmbito é preciso, de início, estabelecer como pressuposto o fato de que a política configura o meio adequado para a resolução dos conflitos inerentes da sociedade, sem olvidar, contudo, das condições básicas que garantem a legitimidade da vida democrática da comunidade. Nesse sentido, a ideia de democracia agonística será de todo relevante.

Na sequência, mister se faz desconstruir um consenso generalizado de que os Tribunais protegem minorias e aplicam o direito de modo contramajoritário melhor que qualquer outra instituição, para então abordar a legitimidade democrática do povo em tomar as decisões atinentes aos direitos, ainda que a atuação popular possa, em alguma medida, reverberar restritivamente. Aqui será importante analisar as principais contraposições ao exercício do majoritarismo nesse campo, bem como investigar criticamente a noção comum de que pertence ao Judiciário a palavra final sobre a definição de direitos.

Por fim, será preciso perscrutar a viabilidade fática da proposta, isto é, como tornar o constitucionalismo fraco uma prática, tanto no que diz respeito à parte orgânica da Constituição, quanto ao rol de direitos. Pensar em um *design* constitucional que abrigue tamanha radicalidade democrática, sobretudo em um

contexto tão complexo como o brasileiro, dependerá, certamente, de um experimentalismo institucional profundo. Não obstante, consoante será analisado, há alguns exemplos já em voga na própria América Latina que podem servir como horizonte.

Em suma, este último capítulo pretende aprofundar a justificação iniciada no capítulo anterior, bem como pensar em meios de efetivar a proposta ora lançada. Eis o desafio que se começa a destrinchar adiante.

### *3.1. Democracia e risco: uma aposta na Política e no agonismo.*

Quando se pensa nos conflitos imanentes da sociedade é natural atrelá-los às diversas noções de “bem” professadas pelos indivíduos e ao conteúdo dos direitos e deveres que decorrem de cada uma dessas concepções. De fato, conforme visto no primeiro capítulo, os principais autores que abordam as tensões entre constitucionalismo e democracia podem ser classificados de acordo com seu posicionamento em relação à dificuldade contramajoritária, tal como definido por Bickel.

Com efeito, é comum que se coloque a atuação política calcada em termos majoritários em posição diametralmente oposta ao caráter protetivo dos direitos, como se estes servissem sempre de contenção a uma vontade majoritária vista, não raro, como abusiva e puramente utilitarista. Não se ignora essa perspectiva. Em algumas situações, a positivação de direitos e sua aplicação pelas Cortes são fundamentais para a proteção dos indivíduos ou dos grupos minoritários. Sem embargo disso, essa noção parece trazer a cabo uma demasiada desconfiança do povo e da atividade política, como se os direitos não fossem decorrentes, justamente, das lutas políticas e sociais travadas por atores políticos no seio das comunidades.

De modo a ilustrar a crítica que ora se desenha, Colón-Ríos apresenta uma relevante teorização: não se pode ter qualquer dúvida de que a democracia vem sempre acompanhada de consideráveis riscos sobre os quais não há qualquer solução senão aceitá-los, desde que se pretenda continuar em um regime democrático<sup>317</sup>. Nesse sentido, é preciso ter em mente que, se algumas formas de

---

<sup>317</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. *La constitución de la democracia...* Op. cit., pos. 439.

opressão, como a escravidão<sup>318</sup>, são consideradas inaceitáveis em sociedades liberais contemporâneas, não é porque existem leis constitucionais que as vedam, mas sim porque seria difícil imaginar qualquer grupo ou indivíduo com força política suficiente para impô-las. Assim, os parâmetros protetivos hoje existentes se devem menos ao entrincheiramento de direitos nas constituições e mais às correlações políticas que tornaram essa positivação de direitos possível<sup>319</sup>.

Nessa singra, Cornelius Castoriadis traz uma interessante reflexão a partir de sua investigação da *polis* grega. Segundo o autor, a essência de tudo aquilo que importa na vida política da Grécia Antiga é o processo histórico instituinte, isto é, a luta permanente que se desenvolve em torno da mudança de instituições. O *demos* modifica constantemente as regras que conformam sua vida em um movimento que o autor chama de auto-instituição explícita, ou seja, o povo estabelece suas próprias leis<sup>320</sup>.

O coletivo de cidadãos<sup>321</sup>, portanto, proclama-se absolutamente soberano, regendo-se por suas próprias leis (autonomia) e possuindo sua própria jurisdição. Declara, nessa toada, a igualdade política, não apenas no sentido de igualdade perante a lei (isonomia), mas sim numa acepção ativa, de participação de todos os cidadãos nos negócios públicos. A participação, por sua vez, se concretiza na Eclésia, onde o povo exerce efetivamente sua soberania<sup>322</sup>.

Na esteira da definição da democracia grega, Castoriadis sublinha dois aspectos que merecem destaque. O primeiro deles diz respeito à oposição entre povo e representantes. A representação é um elemento estranho à democracia, de acordo com o autor, uma vez que, havendo representantes permanentes, a autoridade política é retirada do corpo de cidadãos. Não por acaso, na história moderna, toda vez que uma coletividade ingressou em um processo de auto-instituição radical, a democracia direta foi redescoberta ou reinventada<sup>323</sup>. O segundo aspecto é a

---

<sup>318</sup> Não se olvida das formas modernas de escravidão, no entanto, para fins da exemplificação apresentada por Colón-Ríos, utiliza-se o termo escravidão para fazer referência ao modelo implementado precipuamente nas colônias das potências europeias até o final o século XIX.

<sup>319</sup> *Ibidem*, pos. 4754.

<sup>320</sup> CASTORIADIS, Cornelius. The greek polis and the creation of democracy. *Graduate Faculty Philosophy Journal*, Nova Iorque, v. 9, n. 2, outono, 1983.

<sup>321</sup> Não se deve perder de vista o fato de que a cidadania grega era limitada apenas aos homens livres e adultos nascidos na própria *polis*.

<sup>322</sup> *Ibidem*.

<sup>323</sup> *Ibidem*.

oposição do povo aos *experts*. Segundo o teórico, a experiência grega demonstra que não há e nem poderia haver especialistas em assuntos políticos. A sabedoria política pertence à comunidade. A ideia moderna de que existem *experts* em política, sobre os quais deve recair as definições dos negócios públicos, menospreza a própria ideia de democracia<sup>324</sup>. Na acepção de Jacques Rancière, a democracia é e deve ser, por definição, o governo dos incompetentes, isto é, de todos e não apenas dos especialistas<sup>325</sup>.

Tudo isso leva à formação de um espaço social propriamente político, que se assenta em elementos sociais e econômicos, mas não é determinado por eles. O corpo de cidadãos se articula de modo a criar um espaço público em que o “público” deixa de ser um assunto privado – destinado aos reis, aristocratas, especialistas. As decisões relativas aos assuntos comuns passam a ser tomadas pela comunidade<sup>326</sup>.

Aqui é fundamental ressaltar que a vivência desse espaço público não é determinada pela existência de dispositivos jurídicos que garantam a todos iguais direitos de expressão, dignidade, etc. Isso não significa dizer, por certo, que as normas jurídicas não cumprem um papel importante na manutenção desse espaço comum, mas sim que elas não são a condição *sine qua non* do espaço público<sup>327</sup>. Em outras palavras, trata-se de compreender que os direitos, sejam eles atrelados à dignidade ou proteção dos indivíduos e grupos minoritários, ou aqueles que dizem respeito a prestações positivas, como os direitos sociais, decorrem necessariamente do conflito e da ação política tomada pela comunidade.

De fato, a positivação de direitos vem sempre a reboque de uma luta política precedente. Como é cediço, as lutas revolucionárias do século XVIII deram azo não só às primeiras constituições, mas aos direitos de cunho liberal por elas protegidos. Igualmente, as lutas operárias do século XX foram fundamentais para a positivação de direitos sociais nos textos constitucionais.

Essa perspectiva é interessante porque traz à baila uma relevante correlação entre direito e política, dois conceitos que, como se sabe, costumam caminhar imbricados. Efetivamente, há um nexu íntimo entre forma política e forma jurídica, na

---

<sup>324</sup> *Ibidem*.

<sup>325</sup> RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

<sup>326</sup> CASTORIADIS, Cornelius. *The greek polis and the creation of democracy*. *Op. cit.*

<sup>327</sup> *Ibidem*.

medida em que ambas se apoiam mutuamente, conformando-se reciprocamente. Tanto direito quanto a política são pilares estruturais de um todo social, atuando em mútua implicação<sup>328</sup>.

Essa relação dialética entre movimentos políticos e construção de direitos depende de um sujeito político que detenha legitimidade para desafiar a ordem jurídica pré-estabelecida, desestabilizando-a significativamente e, assim, possibilitar uma brecha para o acolhimento de novas concepções decorrentes do embate político no espaço público. Segundo Jacques Rancière, o povo é esse sujeito unicamente capaz de articular a *Política* de modo legítimo. Com efeito, para compreender as teorizações desse autor é preciso examinar a distinção entre aquilo que identifica como *polícia* e aquilo que considera *Política* propriamente dita.

Em verdade, tudo aquilo que se tem por política no senso comum, isto é, a organização dos poderes, os processos de agregação e consentimento de coletividades, a distribuição de funções e sistemas de legitimação dessa distribuição, é definido pelo autor não como política, mas sim como *polícia*. Trata-se da atividade de organização dos corpos, de definição de lugares e não lugares<sup>329</sup>. De modo diametralmente oposto está o conceito de *Política*, que rompe com essa definição de espaços, parcelas e partes. Assim, se a *polícia* define um lugar para o corpo, a atividade *Política* é aquela que justamente desloca esse corpo do lugar que lhe era designado; se a *polícia* determina o que pode e o que não pode ser visto, a *Política* faz ver; se a *polícia* estabelece uma divisão de funções a *Política* a subverte<sup>330</sup>.

Nesse sentido, a democracia pressupõe a criação de um sujeito político que se dá a partir de um múltiplo que não era possível na constituição policial da comunidade. A subjetivação do político, portanto, desfaz e recompõe relações entre os modos do fazer, os modos do ser e os modos do dizer que definem a organização da comunidade, questionando, sobretudo, o espaço onde se faz tal coisa e aquele onde se faz outra<sup>331</sup>.

---

<sup>328</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 39.

<sup>329</sup> RANCIÈRE, Jacques. *O desentendimento: política e filosofia*. Trad. Ângela Leite Lopes. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 41-42.

<sup>330</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>331</sup> *Ibidem*, p. 52.

Dessa concepção, surge uma ideia fundamental de Rancière que diz respeito à separação entre o espaço público e o espaço privado. De acordo com o autor, é na esfera pública que se dá o conflito entre a lógica da *polícia* e a lógica da *Política*. A prática comum e espontânea de todo governo é tentar estreitar esse âmbito público e, portanto, mandar para a vida privada as intervenções e os lugares de intervenção dos atores não estatais, de modo a “privatizar” os assuntos da comunidade. Nessa toada, a luta democrática, muito mais que a busca pela felicidade, conforme definem os liberais, requer o combate a essa privatização do espaço público<sup>332</sup>. A democracia, ao fim e ao cabo, deve significar a impureza da política, rechaçando visões que proponham a limitação da compreensão e extensão da vida pública. Em outras palavras, a democracia consiste nesse constante movimento de redefinição das fronteiras entre público e privado<sup>333</sup>.

A quem recai, portanto, o papel de articular a *Política* que subverte a ordem policial e barra o intento de privatização do espaço público? Àqueles que não têm título para governar. Rancière argumenta que a democracia inverte a relação entre governantes e governados, de modo que exista entre eles um princípio de distinção que garante a continuidade entre a ordem da sociedade e a ordem do governo. Esse princípio é denominado de *arkhé* e significa o comando do que começa, do que vem primeiro. No campo político este princípio determinará um ideal de governo pelo qual o poder de governar se apoia em um ato de legitimidade. Assim, são apropriados para governar aqueles que têm as disposições que os tornam adequados para esse papel e são apropriados para serem governados aqueles que têm as disposições complementares às primeiras<sup>334</sup>.

Dentre esses títulos há aqueles definidos pelo nascimento, como o poder dos pais sobre os filhos, dos velhos sobre os jovens, os mestres sobre os escravos e dos ricos sobre os pobres, e aqueles definidos pela natureza, como o poder dos mais fortes sobre os mais fracos e dos sábios sobre os ignorantes<sup>335</sup>. Cada um desses títulos pode ser associado a uma forma específica de governo, por exemplo, o governo dos ricos sobre os pobres pode ser considerado uma plutocracia, ou o governo dos

---

<sup>332</sup> RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. *Op. cit.*, p. 72.

<sup>333</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>334</sup> *Ibidem*, p. 53-54.

<sup>335</sup> *Ibidem*, p. 54-55.

sábios sobre os ignorantes, uma tecnocracia. Há, no entanto, outro título que, em verdade, não é título algum e, por isso mesmo, é o mais justo de todos. É o título que decorre do acaso e se associa de modo mais radical à ideia de democracia<sup>336</sup>. Ele subverte os outros títulos justamente porque rechaça a ideia de que há uma razão natural para uns governarem e para outros serem governados. O poder do povo, portanto, é o poder de qualquer um, de modo que as capacidades para ocupar as posições de governantes e de governado são indiferentes<sup>337</sup>. É ao povo – esse qualquer um – que recai o governo verdadeiramente político, capaz de romper com a ordem policial de governo, atrelada aos outros títulos.

Note-se que é possível concatenar o pensamento dos autores acima analisados – Castoriadis e Rancière. Com efeito, conforme visto a partir de Rancière a *Política* subverte a ordem policial vigente na comunidade. Tal acontecimento, por sua vez, determina a volta dos negócios da comunidade ao espaço público, rechaçando a privatização dos assuntos da comunidade por uma oligarquia de especialistas. Tanto Rancière quanto Castoriadis definem o espaço público como o local da política em essência e rejeitam os intentos de remeter à vida privada os debates que dizem respeito à vida política da comunidade. Esse espaço público, contudo, para ambos, deve ser articulado pelo povo (*demos*), isto é, aqueles que não têm título para governar baseado no nascimento ou na natureza, em oposição aos representantes e especialistas.

Até aqui, portanto, observou-se a imbricada relação entre direito e política e constatou-se que a conformação de direitos é quase sempre precedida de movimentos políticos. Viu-se também que em momentos excepcionais a *Política* se impõe sobre a ordem policial da sociedade, por meio da atuação daqueles que não têm título para governar, mas que, justamente por isso, são os mais legítimos a tomarem as decisões que são inerentes ao espaço público. Subsiste, todavia, um elemento a ser analisado. Como dito no início do tópico, é comum que se apontem legítimas ressalvas quanto à atuação majoritária, mormente a atuação majoritária popular, sobre as proteções trazidas a cabo pelos direitos. Como acreditar que as

---

<sup>336</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>337</sup> *Ibidem*, p. 66.

maiorias populares não atuarão em pleno exercício utilitário, fazendo da democracia o campo para extirpar as divergências minoritárias e dominar os inimigos?

A resposta a essa pergunta envolve um olhar sobre a proposta de democracia agonística desenvolvida por Chantal Mouffe. Compreender essa construção teórica, contudo, pressupõe um breve esboço de contextualização. Sobretudo após a queda do muro de Berlim, ao fim do século XX, os liberais de todo mundo celebraram a vitória da democracia liberal, haja vista a derrota do “inimigo em comum” consubstanciado no socialismo. Alguns autores como Francis Fukuyama chegaram a falar em “fim da história”. Apesar disso, essa euforia inicial logo cairia por terra. Como bem aponta Mouffe, com o colapso da União Soviética logo começaram a ressurgir em diversos locais os nacionalismos, as guerras motivadas pela religião e os conflitos étnicos. Uma nova era de antagonismos aflorava<sup>338</sup>.

Subitamente, os liberais passaram a tratar esses novos antagonismos como uma reparação do arcaico, ou seja, um pequeno atraso antes da universalização da democracia liberal. Em verdade, ao defenderem o afastamento dos antagonismos da esfera pública, os liberais queriam efetivamente a morte do político na democracia, em consonância com uma concepção de Estado neutro, em que o conflito deve ser relegado ao âmbito privado. As questões controversas, nessa singra, são retiradas da agenda a fim de criar as condições de um consenso racional. Assim, a política transforma-se numa simples arena em que indivíduos, despidos de paixões e entendidos como agentes racionais, buscam o benefício próprio e se submetem a procedimentos para escolherem, entre as suas reivindicações, as que consideram justas<sup>339</sup>.

É precisamente esse pensamento que Chantal Mouffe combate quando fala em democracia agonística, ou seja, para ela a ideia de que pela globalização e a universalização da democracia liberal o futuro necessariamente será de paz, prosperidade e implementação de direitos humanos para todo o mundo, sem que haja inimigos, é de todo equivocada<sup>340</sup>.

---

<sup>338</sup> MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Trad. Joaquim Coelho Rosa. Gradiva: Lisboa, 1996, p. 11.

<sup>339</sup> *Ibidem*, p.186.

<sup>340</sup> MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 1.



A autora distingue aquilo que chama de política e aquilo que considera como “o político”. Enquanto a primeira diz respeito ao conjunto de práticas e instituições por meio da qual uma ordem é criada, o segundo representa a dimensão de antagonismo constitutiva das sociedades humanas. A política, portanto, tem como função precípua organizar a coexistência humana nesse contexto conflituoso gerado pelo político<sup>341</sup>. Nessa senda, a proposta liberal de tratar todos como agentes racionais, que têm pontos de vista divergentes, mas harmoniosos e não conflitantes, acaba por negar a dimensão antagonística do político<sup>342</sup>.

Na esteira disso, Chantal Mouffe rechaça a ideia de que as paixões devem ser evitadas na política. Segundo a autora, a teoria política democrática atual é incapaz de reconhecer o papel das paixões como força motriz do campo da política, ficando impotente diante de suas manifestações. Essa ênfase no consenso racional é o que gera um desinteresse cada vez maior pela política. A mobilização exige politização das massas, mas isso não pode existir sem uma representação conflituosa do mundo, com campos opostos a partir dos quais as pessoas possam se identificar e mobilizar politicamente suas paixões no âmbito do processo democrático<sup>343</sup>.

Em verdade, essa concepção conflituosa do político encontra esteio na crítica desenvolvida por Carl Schmitt ao liberalismo. Rejeitando um individualismo metodológico que impossibilita a compreensão de identidades coletivas, Schmitt apresenta a ideia da dicotomia amigo/inimigo. Trata-se da conformação de um “nós” contrário a um “eles” que está sempre relacionado a formas coletivas de identificação. Nesse sentido, o político pode ser compreendido apenas no contexto conflituoso e de antagonismo concebido a partir da dicotomia entre amigo e inimigo<sup>344</sup>.

Com efeito, e tal como visto, os liberais procuram extirpar essa relação de conflito por meio da aposta no consenso racional. Chantal Mouffe, contudo, bem aponta que a política democrática não deve se pautar pela superação da oposição entre “nós” e “eles”, mas sim, deve formular uma estruturação dessa oposição que seja compatível com o pluralismo<sup>345</sup>. Em verdade, a proposta última de Schmitt é a aniquilação do inimigo, de modo a criar uma democracia homogênea, a qual é

---

<sup>341</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>342</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>343</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>344</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>345</sup> *Ibidem*, p. 13.

incompatível com uma noção de pluralidade que é constitutiva da democracia moderna. Assim, ainda que a perspectiva de antagonismo trazida pelo autor alemão seja essencial para a definição do *político*, é preciso ressignificá-la, ou, como diria Chantal Mouffe, trata-se de trabalhar “*com e contra Carl Schmitt*”.

Nessa toada, a relação antagonística, para ser legítima, precisa assumir uma forma de conflito que não destrua o ente político, ou seja, é preciso que haja um vínculo comum entre as partes em conflito, de modo que os oponentes não sejam vistos como inimigos a serem extintos<sup>346</sup>. Ao mesmo tempo, no entanto, os oponentes não podem ser considerados como concorrentes cujos interesses podem ser tratados por meio de uma simples negociação ou de uma discussão puramente racional, afinal tal perspectiva implicaria a negativa da relação de antagonismo<sup>347</sup>. É precisamente nesse interregno, portanto, que surge a proposta de uma relação calcada no agonismo. Trata-se, em verdade, do antagonismo domesticado, que não afasta a conflituosidade existente entre o “nós” e o “eles”, mas não se pauta na aniquilação do oponente.

Na relação agonística, os polos opostos do conflito, embora reconheçam que não existe uma solução racional para a contenda, acreditam na legitimidade dos oponentes. Nesse sentido, a contraparte não é tratada como o inimigo, mas sim como adversário. Assim, para Chantal Mouffe, a grande tarefa da democracia é transformar o antagonismo em agonismo<sup>348</sup>.

Em suma, essa perspectiva agonística da democracia parece tomar com seriedade as relações entre política e direito, reconhecendo a conflituosidade imanente da sociedade, mas trazendo a esse conflito uma perspectiva de respeito pela pluralidade. Conforme expressado no início deste tópico, as noções de bem e de direitos e deveres dos indivíduos em uma comunidade normalmente são as fontes mais profícuas de conflitos. Em um contexto de constitucionalismo fraco, consoante se propõe, é de fato inevitável que, em dados momentos, essas tensões afluam, sobretudo em razão do princípio da abertura do texto constitucional. Isso porque, sempre que for do interesse do povo, as decisões fundamentais sobre direitos

---

<sup>346</sup> *Ibidem*, p. 18-19.

<sup>347</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>348</sup> *Idem*.

poderão ser retomadas e rediscutidas e, na esteira disso, o conflito e a mobilização de paixões sobre esses temas são inevitáveis.

A despeito disso, como bem aponta Chantal Mouffe, o confronto agonístico é a própria condição de existência da democracia. Uma sociedade democrática liberal pluralista não nega a existência dos conflitos, mas sim fornece as instituições que permitem que ele seja expressado na forma adversarial<sup>349</sup>. É precisamente esse papel que o constitucionalismo fraco deve tomar, isto é, de mecanismo para que os conflitos se deem em uma perspectiva agonística. De fato, a proposta de constitucionalismo fraco também não pretende negar os conflitos da sociedade, de modo diverso, incentiva uma discussão direta e participativa do povo na definição das decisões fundamentais que informam a sua Constituição. Sem embargo disso, as discussões e debates devem se pautar sempre no âmbito adversarial, que não procura aniquilar as divergências e os oponentes, mas derrotá-los no campo da democracia. Quando se tem a concepção de que a Constituição pode ser alterada sempre que o titular do poder constituinte achar conveniente, tem-se que eventuais derrotas de determinados grupos em certo momento poderão ser alteradas futuramente, quando as condições políticas e sociais forem favoráveis.

A concatenação da proposta de constitucionalismo fraco com a noção de democracia agonística, em verdade, compreende com mais qualidade a dinâmica da relação entre política e direito e torna possível uma democracia mais radicalizada, sem que isso signifique a deslegitimação de grupos e interesses eventualmente minoritários.

Observados, pois, os pressupostos acima lançados, cabe transportar a discussão para um debate mais jurídico, de modo a compreender, a partir das categorias próprias do direito, a justificação de um constitucionalismo fraco também em relação à temática dos direitos. É o que se verá a seguir.

*3.2. Um Tribunal contramajoritário? A nem sempre fácil constatação de que Juízes fazem parte do povo.*

---

<sup>349</sup> *Ibidem*, p. 28-29.

A democracia envolve uma série considerável de riscos, tal como visto anteriormente. Uma vez que se compreende a relação de interdependência entre direito e política, tal perspectiva se torna ainda mais clara. De fato, os direitos decorrem, no mais das vezes, desses momentos excepcionais em que a *Política* se impõe e subverte à ordem policial vigente. Esses acontecimentos, contudo, são necessariamente imprevisíveis em suas consequências. É justamente aí que reside o risco inerente a um processo democrático tal como defendido neste trabalho.

Alguns autores consideram esses riscos demasiados, sobretudo quando atingem os direitos individuais e, na esteira disso, apresentam propostas que procuram proteger essa seara contra decisões majoritárias de qualquer espécie. Daí decorre a maior parte das defesas ao *judicial review*. O presente trabalho, com efeito, não procura negar a possibilidade do controle de constitucionalidade, instituto que encontra esteio na Constituição brasileira e, por dizer respeito à estrutura da separação de poderes, pode até mesmo ser considerado uma das decisões fundamentais que informam o texto constitucional. Entende-se, por consequência, que o artigo 102 da CF/1988 legitima a atuação de revisão pelo Supremo Tribunal Federal da legislação trazida a cabo pelo Poder Legislativo.

De fato, conforme visto no capítulo anterior a partir das teorizações de Bruce Ackerman, a atuação dos representantes eleitos não pode jamais ser confundida com a atuação popular propriamente dita. Os representantes agem com relativa independência em relação aos representados e, em função disso, não podem os eleitos pretenderem falar genuinamente pelo povo. Justamente nessa vereda é que Ackerman propõe sua noção de representação semiótica, já analisada.

Essa perspectiva, utilizada antes para se investigar a legitimidade democrática da representação, também pode ser útil para se verificar a legitimidade do *judicial review*. Em verdade, a partir dessa concepção, Ackerman defende uma visão preservacionista das Cortes. O autor afirma que constituições dualistas necessitam de instituições que exerçam essa função de preservação. Nesse sentido, cabe a essas instituições repelir tentativas de alteração de princípios constitucionais estabelecidos que conformam a identidade constitucional por meio de intentos legislativos ordinários<sup>350</sup>.

---

<sup>350</sup> ACKERMAN, Bruce. *We the people... Op. cit.*, p. 10.

Ao Poder Judiciário e precipuamente às Supremas Cortes, portanto, caberia esse papel preservacionista, sendo legítima sua atuação de invalidar propostas legislativas provenientes dos representantes eleitos que pretendam alterar as decisões fundamentais da Constituição, usurpando, nessa senda, o papel do povo como titular do poder constituinte originário<sup>351</sup>.

Olhado sob esses termos, o *judicial review* parece compatível com a noção proposta de constitucionalismo fraco. Para tanto, todavia, é preciso que se admita que, ainda que o *judicial review* seja legítimo em relação à atuação do Poder Legislativo, não pode alcançar as decisões tomadas diretamente pelo povo nos momentos de política constitucional. No tocante às pautas institucionais da Constituição, tal como visto anteriormente, não parece restar dúvida quanto à impossibilidade de atuação das Cortes para invalidar decisões populares sobre a forma do Estado e organização dos poderes. Cabe investigar porque essa atuação também é ilegítima quando o povo toma decisões sobre o rol de direitos.

Refletindo sobre a temática dos populismos modernos, Yascha Mounk parece não ver problemas na atuação do Judiciário mesmo sobre decisões tomadas diretamente pelo povo. O que o autor pretende é afastar a ideia de uma “democracia sem direitos”, capaz de gerar aquilo que os Pais Fundadores mais temiam: uma tirania da maioria<sup>352</sup>. O autor define a democracia liberal como um sistema político que une, de um lado, instituições eleitorais vinculantes que permitem traduzir a vontade popular em políticas públicas e, de outro, dispõe de instituições liberais que protegem o Estado de Direito e as garantias individuais. As democracias, contudo, podem ser não liberais, assim como regimes liberais podem ser não democráticos. Consoante analisa, os elementos que uniam democracia e liberalismo têm se esboroadado com rapidez contemporaneamente<sup>353</sup>.

É justamente nesse sentido que o teórico critica aquilo que diagnostica como democracias iliberais, ou democracias sem direitos. Esses regimes estão fortemente atrelados a movimentos populistas contemporâneos, que procuram interpretar a genuína vontade do povo, afastando interesses minoritários considerados

---

<sup>351</sup> *Idem*.

<sup>352</sup> MOUNK, Yascha. *The people vs. democracy: why our freedom is in danger and how to save it*. Cambridge: Harvard University Press, 2018, p. 6.

<sup>353</sup> *Ibidem*, p. 26-27.

indesejados. Embora esse modelo de governo efetivamente traga consigo um elemento democrático evidente, no longo prazo ele se opõe à vontade popular, uma vez que, não raro, acaba por se concentrar sob a figura de uma pessoa, um grande líder, capaz de compreender os anseios populares, rechaçando ideais liberais de respeito às minorias derrotadas<sup>354</sup>. Esse líder populista, ainda que muitas vezes conte com o apoio de amplas maiorias, atribui a si mesmo a condição de falar pelo povo e, desse modo, considera toda forma de resistência a seu governo ilegítima<sup>355</sup>. Nesse contexto, Mounk defende que as decisões desse populista, mesmo que amparadas pelo povo, devem ser contidas por instituições, afastando assim a perspectiva de uma democracia iliberal.

Não obstante a crítica do autor, o constitucionalismo fraco não procura dar azo a populismos contemporâneos. Como visto, a proposta rejeita a ideia de que representantes eleitos possam genuinamente falar pelo povo. Quando as decisões fundamentais que informam a Constituição estão em debate, a palavra final pertence ao titular do poder constituinte originário.

Pode-se argumentar, no entanto, que a tomada de decisão diretamente pelo povo não afasta e, pelo contrário, coloca ainda mais em risco o caráter protetivo de dos direitos. Para contraditar esse argumento é preciso, primeiramente, recuperar a noção vista no capítulo anterior de democracia agonística. Com efeito, a perspectiva agonística se adéqua com precisão à proposta de constitucionalismo fraco justamente por não negar o caráter conflituoso das relações sociais, mas, ao mesmo tempo, por não pretender a eliminação dos outros com que se têm severas discordâncias. Sem dúvida, os direitos, por envolverem disputas políticas, acabam sendo, não raro, o mote dos conflitos inerentes da sociedade e, em razão disso, não há como simplesmente limitar essa disputa, sob pena de se incorrer na falácia de um consenso racional. De toda sorte, quando o oponente é visto como adversário, sua posição, ainda que discordante, é considerada como legítima e os posicionamentos divergentes se enfrentarão na seara do jogo democrático.

Semelhante a essa perspectiva, cabe retomar as ideias de Waldron ao falar da responsabilidade dos cidadãos pelas decisões que ocorrem na comunidade. De

---

<sup>354</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>355</sup> *Ibidem*, p. 52.

acordo com o autor, quando se assume um contexto de discordâncias inerentes à sociedade, pautar a ideia de “deixar a decisão correta ser tomada” é inadequado, uma vez que tal concepção apenas reproduzirá os conflitos e não os resolverá. Se as pessoas discordam acerca do conteúdo dos direitos fundamentais, a ideia dworkiniana de direitos como trunfos sobre as decisões majoritárias é simplista. Para que direitos sejam considerados como trunfos é preciso, primeiramente, que seja tomada uma decisão coletiva sobre qual o conteúdo desses direitos que serão colocados como vantagem diante de decisões majoritárias. Veja-se, portanto, que a necessidade de discussão coletiva e decisão sobre os conteúdos dos direitos permanece<sup>356</sup>.

É tendo isso em mente que Waldron defende o direito das pessoas participarem em todos os aspectos da governança democrática da comunidade, direito esse que decorre da ideia de autonomia e responsabilidade. A democracia em si é colocada seriamente em dúvida quando propostas de alteração da concepção dos princípios mais básicos da sociedade são endereçadas e resolvidas exclusivamente por um grupo de indivíduos não eleitos e tidos como supostamente mais sábios e capazes de resolver essas questões<sup>357</sup>. Essa desconfiança em relação aos demais indivíduos da sociedade é incompatível com qualquer noção de autonomia ou responsabilidade que se pretenda creditar à sociedade<sup>358</sup>.

Com efeito, Waldron aponta que a própria atribuição de direitos aos indivíduos é um ato de fé na sua capacidade de pensar em termos morais. Direitos envolvem escolhas e seu exercício impõe ao agente a necessidade de selecionar aquilo que pretende realizar em sua vida. Por certo que esses direitos poder ser exercidos de modo abusivo, mas se a ideia geral é de que os indivíduos abusam dos direitos como regra, então seria necessário repensar a própria atribuição de direitos às pessoas<sup>359</sup>.

Ao fim e ao cabo, as razões que permitem atribuir aos indivíduos a condição de portadores de direitos são as mesmas razões que permitem enxergar as pessoas como portadores de responsabilidades políticas. Cada membro da comunidade é um agente moral dotado de dignidade e autonomia e, justamente por isso, se pode atribuir ao povo os ônus do autogoverno<sup>360</sup>. Isso não significa dizer, evidentemente, que as

---

<sup>356</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. *Op. cit.*, p. 213.

<sup>357</sup> *Idem*.

<sup>358</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>359</sup> *Ibidem*, p. 222.

<sup>360</sup> *Ibidem*, p. 223.

peessoas, agindo individualmente ou em maiorias, não possam violar direitos. A ideia é que, apesar dessa possibilidade sempre presente de violações, os indivíduos entendidos como agentes morais não ficariam indiferentes a elas e poderiam produzir mecanismos para tentar evitá-las<sup>361</sup>.

De qualquer maneira, ainda que maiorias populares possam atuar em algumas situações determinando violações de direitos, também podem os Tribunais. De fato, não há qualquer garantia de que as Cortes protegem melhor os direitos fundamentais do que outras instituições ou o próprio povo. É precisamente nesse sentido que Michael Klarman tece sua crítica.

De acordo com o autor, uma justificação comum do *judicial review* diz respeito à necessidade de proteção de direitos de minorias frente a decisões majoritárias. Não se trata apenas de defender que as Cortes apliquem direitos constitucionalmente previstos, mas sim de pautar uma atuação proativa e protetiva dos Tribunais em relação aos direitos dos grupos minoritários<sup>362</sup>.

Não obstante isso, observando a história judicial americana, Klarman conclui que a defesa de direitos das minorias pelas Cortes é surpreendentemente deficiente. Essa limitação na atuação contramajoritária da Suprema Corte americana é, em parte, atribuível aos mecanismos sociais que impedem os juízes de frustrar uma opinião pública consistente, mas talvez, mais significativamente aos mecanismos culturais internos, decorrentes do próprio meio que os julgadores se incluem, que limitam a própria vontade dos juízes em atuar contramajoritariamente<sup>363</sup>. Dito de outra forma, os juízes muitas vezes abandonam a atuação contramajoritária e julgam de acordo com o sentimento público dominante justamente porque, não raro, compartilham da ordem de pensamento majoritária.

Citando a história estadunidense, Klarman apresenta uma série de exemplos que embasam sua conclusão, como a atuação da Suprema Corte legitimando a segregação na “era Jim Crow”<sup>364</sup>, a legitimação dos campos de concentração para

---

<sup>361</sup> *Ibidem*, p. 257.

<sup>362</sup> KLARMAN, Michael J. What's so great about constitutionalism? *Northwestern University Law Review*, n. 93, Chicago, 1998, p. 20.

<sup>363</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>364</sup> A “era Jim Crow” compreende o período de 1876 a 1965, quando diversas leis locais e estaduais foram aprovadas pelos estados sulistas nos Estados Unidos, determinando a segregação racial mormente de negros, mas também de outros grupos étnicos. Uma das decisões mais importantes da época se deu no caso *Plessy vs. Ferguson* (1896), quando a maioria da Suprema Corte considerou



japoneses durante a Segunda Guerra Mundial<sup>365</sup>, a ratificação do macarthismo<sup>366</sup>, entre tantas outras decisões que passaram ao largo de defender minorias ou aplicar direitos e garantias de maneira contramajoritária<sup>367 368</sup>.

Com efeito, quando se traz a análise para o contexto do Supremo Tribunal Federal brasileiro, vê-se que muitas vezes esta Corte também deixou de dar uma interpretação e aplicação contramajoritária a direitos e garantias constitucionalmente previstos. Diversos casos podem ser citados, de modo que cabe elencar alguns para fins de ilustração do argumento. Assim, pode ser abordada a decisão tomada na ADPF nº 153, que pretendia a revisão da Lei de Anistia de modo a anular o perdão concedido aos agentes do Estado acusados de prática de tortura durante a ditadura civil-militar.

---

constitucional a doutrina racista dos “iguais, mas separados”. Apenas em 1954, a partir do caso *Brown vs. Board of Education* a Suprema Corte passou a declarar inconstitucionais as leis segregacionistas.

<sup>365</sup> Após o ataque japonês à base americana de Pearl Harbor, o então presidente Franklin D. Roosevelt assinou uma ordem executiva autorizando o governo federal a prender e confinar inimigos estrangeiros que vivessem em áreas próximas a instalações militares. Na prática, cerca de 120 mil nipo-americanos foram levados aos dez campos de concentração criados no oeste do país. Em 1944 a Suprema Corte se deparou com o caso *Korematsu vs. United States*. O jovem nipo-americano Fred Korematsu se recusou a ser levado aos campos de concentração, o que fez com que fosse preso e condenado por desobedecer a ordem governamental. Ao julgar o recurso de Korematsu, a Suprema Corte entendeu pela legitimidade da ordem executiva, em razão das justificativas de segurança nacional. O *Justice* Hugo Black, conhecido por sua frase que diz que as Cortes são como refúgios paradisíacos para aqueles que são vítimas de preconceitos e das paixões populares, atestou no caso de Korematsu, ao escrever a opinião da maioria da Corte, que, “*sob condições de guerra (em que) nossas costas são ameaçadas por forças hostis, o poder de proteção deve ser proporcional ao perigo.*”

<sup>366</sup> Macarthismo foi como ficou conhecido o movimento liderado pelo Senador Joseph McCarthy de perseguição a comunistas nos Estados Unidos, no período da Guerra Fria. Uma das principais decisões sobre essa temática tomada pela Suprema Corte americana se deu no caso *Adler vs. New York*. Em 1949, o Estado de Nova Iorque adotou a *Feinberg Law*, que permitia a demissão de professores que pertencessem a organizações subversivas, que fossem denunciados pelas palavras que usassem em sala de aula e ainda que fossem convocados pelo Superintendente de Educação do Estado para que fossem sabatinados. O professor Irving Adler, assim como tantos outros, se recusou a responder à sabatina e, por esse motivo, foi demitido. O docente processou o Estado de Nova Iorque, portanto, alegando ofensa à liberdade de expressão (Primeira Emenda). Em 1952 a Suprema Corte analisou o caso e declarou constitucional a *Feinberg Law*, entendimento que somente seria revisto em 1967 quando do julgamento do caso *Keyshian vs. Board of Regents*, que pôs fim à perseguição do corpo docente.

<sup>367</sup> *Ibidem*, p. 21-22.

<sup>368</sup> Poder-se-ia citar ainda a decisão no caso *Dred Scott vs. Sandford* (1857), quando a Corte negou a cidadania aos negros nascidos nos EUA; o caso *Lochner vs. New York* (1905), quando a Corte compreendeu que o Estado não poderia limitar a jornada de trabalho; o caso *Schenck vs. U.S.* (1919) quando a Suprema Corte, por unanimidade, condenou por delito de opinião um manifestante que defendia a recusa ao alistamento militar obrigatório; o caso *Buck vs. Bell* (1927), em que a Suprema Corte considerou constitucional lei estadual que autorizava a esterilização compulsória em doentes mentais; ainda o caso *Minnersville vs. Gobbits* (1940), em que a Corte, por maioria, declarou constitucional a lei que permitia punir alunos que se negassem a jurar a bandeira na escola, levando a uma perseguição às Testemunhas de Jeová, ou também o caso *Bowers vs. Hardwick* (1986), quando a Suprema Corte declarou constitucional a lei do Estado da Geórgia que criminalizava a sodomia. Cf. CASAGRANDE, Cássio. ‘Escola sem partido’ é uma forma de macarthismo barato. *Jota*, 2018. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/escola-sem-partido-e-uma-forma-de-macarthismo-barato-26112018>>. Acessado em 02 de fevereiro de 2019.

No caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não caberia ao Poder Judiciário rever o acordo político que, na transição do regime militar para a democracia, resultou na anistia de todos aqueles que cometeram crimes políticos e conexos a eles no Brasil entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, nem mesmo aos agentes públicos envolvidos. O Presidente do Supremo Tribunal Federal à época, Ministro Cezar Peluso, chegou a se manifestar dizendo que a despeito da “*profunda aversão por todos os crimes praticados, desde homicídios, sequestros, tortura e outros abusos*” a norma não poderia ser considerada inconstitucional, dentre outros motivos, porque se adequaria ao princípio da igualdade, vez que a anistia abrangeria tanto crimes do regime contra os opositores quanto os cometidos pelos opositores contra o regime<sup>369</sup>.

Outra decisão que pode ser citada é a decorrente do Recurso Extraordinário nº 693.456/RJ que considerou dever da Administração Pública o desconto no pagamento de servidores públicos referente a dias parados em razão de greve, mesmo que não abusiva. Ainda que se trate de um direito social, o direito à greve envolve não apenas questões atinentes à dignidade do trabalho, mas também abrange um elemento central relacionado à liberdade de expressão e manifestação. Em seu voto, acompanhando a maioria, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que “*o corte de ponto é necessário para a adequada distribuição dos ônus inerentes à instauração da greve e para que a paralisação, que gera sacrifício à população, não seja adotada pelos servidores sem maiores consequências*”<sup>370</sup>. Esse trecho torna nítido o intento da Corte em atribuir ônus ao exercício de um direito negativo que muitas vezes se contrapõe ao interesse majoritário, confirmando, nesse sentido, o argumento de Klarman de que, por vezes, as Supremas Cortes compartilham dos interesses majoritários que se apresentam no debate público.

---

<sup>369</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 153. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Aguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acessado em 02 de fevereiro de 2019.

<sup>370</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 693.456/RJ. Recorrente: Fundação de Apoio à Escola Técnica – FATEC. Recorrido: Renato Barroso Barnabe e outros. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 27 de outubro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13866341>>. Acessado em 02 de fevereiro de 2019.

Uma terceira decisão que pode ilustrar a argumentação ora traçada é aquela proveniente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439, que considerou constitucionais, por 6 x 5, os dispositivos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e do Decreto 7.107/2010 (decorrente de acordo firmado e ter o Brasil e a Santa Sé) que possibilitam o ensino religioso vinculado a uma religião específica nas escolas públicas do país. A maioria do STF considerou que, como a Constituição prevê que a matrícula é facultativa na disciplina de ensino religioso, não haveria qualquer afronta à laicidade e à liberdade de crença caso a disciplina fosse ministrada de modo confessional, ou seja, atrelada aos dogmas de uma religião em específico<sup>371</sup>. Apesar do argumento da facultatividade do ensino religioso, a decisão parece permitir uma promoção, via Estado, de determinadas crenças religiosas, precipuamente as majoritárias ligadas à matriz cristã, em detrimento de religiões minoritárias ou atreladas a grupos sociais específicos. A decisão, nessa toada, não apenas deixa de incentivar a tolerância religiosa por meio da ampliação do conhecimento sobre as diversas tradições, mas efetivamente desprivilegia grupos minoritários.

Sem embargo de todos os exemplos tratados acima, a recente decisão do *Habeas Corpus* nº 126.292, que declarou a possibilidade de execução da pena após decisão condenatória confirmada em segunda instância, talvez configure o caso mais emblemático para a argumentação ora desenvolvida. Apesar do expresso texto constitucional consubstanciado no artigo 5º, LVII, segundo o qual *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*, que configura garantia essencial e, como tal, diz respeito a uma das decisões fundamentais da Constituição, por 7 votos a 4, o Supremo Tribunal Federal considerou possível e constitucionalmente adequado o início do cumprimento da pena após decisão de segunda instância e antes do trânsito em julgado, portanto. De acordo como o Ministro Teori Zavascki, relator do processo à época, “*se de um lado a presunção da inocência e as demais garantias devem proporcionar meios para que o acusado possa exercer seu direito de defesa, de outro elas não podem esvaziar o*

---

<sup>371</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4439. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Intimados: Presidente da República, Congresso Nacional e Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 27 de setembro de 2017. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>>. Acessado em 02 de fevereiro de 2019.

*sentido público de justiça.*”<sup>372</sup>. O trecho do voto do Ministro relator revela uma interpretação pautada em concepções majoritárias de justiça, a despeito da garantia constitucional positivada. O relator deixa nítido que a interpretação adequada do princípio da presunção de inocência perpassa um sentido público e, nessa toada, majoritário de justiça.

Essa percepção de que a interpretação de direitos e garantias deve se adaptar a noções públicas de justiça e moral não é excepcional e tem ganhado força entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Em recente discurso público, o Ministro Luiz Fux afirmou que “*quando estão em jogo razões morais, razões públicas, devemos proferir decisão que represente anseio da sociedade em relação à Justiça*”, não sem antes dizer que para isso não seria necessário realizar pesquisas de opinião pública<sup>373</sup>.

De fato, as manifestações do Ministro Fux e do Ministro Teori Zavascki, ou ainda dos outros Ministros cujos votos foram analisados, demonstra que a ideia de que as Cortes atuam necessariamente de modo contramajoritário, protegendo minorias diante de decisões majoritárias, está longe de ser um argumento peremptório em favor do *judicial review*. Os Tribunais, em diversas oportunidades, tal como visto acima, interpretam direitos e garantias fundamentais em uma perspectiva majoritária. No caso da decisão acerca do cumprimento antecipado da pena, por exemplo, a interpretação *sui generis* exercida pelo STF determinou significativa alteração em uma garantia que informa o núcleo de decisões fundamentais da Constituição.

Em um contexto de constitucionalismo fraco, diferentemente do que propôs o Ministro Luiz Fux, não cabe ao Poder Judiciário, sem consultar diretamente o povo, arrogar para si a função de porta-voz dos desígnios populares, mormente quando uma das decisões fundamentais da Constituição está em jogo. Melhor do que dar a juízes o papel de atender os anseios da população é perguntar diretamente ao povo qual sua vontade em relação às decisões fundamentais que conformam sua Constituição.

---

<sup>372</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 126.292. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Autoridade coatora: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acessado em 02 de fevereiro de 2019.

<sup>373</sup> TUROLLO JUNIOR, Reynaldo; CASADO, Letícia. ‘Devemos proferir decisão que represente anseio da sociedade’, diz Fux. Poder. *Folha de São Paulo*, 02 de outubro de 2018. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/devemos-proferir-decisao-que-represente-anseio-da-sociedade-diz-fux.shtml>>. Acessado em 02 de fevereiro de 2019.

Isso não significa, por certo, que em eventual deliberação popular direta o tema do cumprimento antecipado da pena, ou qualquer outro, seria necessariamente tratado de modo diverso da decisão proferida pelo STF. Qualquer que fosse o resultado, no entanto, haveria legitimidade democrática para a manutenção ou a alteração dessa decisão fundamental, legitimidade essa da qual o Supremo Tribunal Federal não dispõe.

Analisada, pois, a conclusão de que os Tribunais nem sempre atuam contramajoritariamente em defesa de minorias, é preciso retomar a teorização de Michael Klarman para observar as decisões em que, efetivamente, a Suprema Corte parece ter atuado em prol de grupos minoritários da sociedade. Em verdade, do mesmo modo em que há uma série de decisões que demonstram uma atuação da Corte pautada no majoritarismo, não se pode negar que há também uma série de decisões que revelam o exato oposto. Não obstante, Klarman demonstra que mesmo nesses casos a Suprema Corte atua apenas após movimentações políticas capazes de legitimar uma decisão de vanguarda.

Nessa singra, o autor aponta que a decisão tomada, por exemplo, em *Brown vs. Board of Education* (1954), quando a Suprema Corte declarou inconstitucionais as leis que determinavam a divisão entre brancos e negros nas escolas públicas, somente foi possível depois de um amplo debate político, social, econômico e ideológico inaugurado ou acelerado pela Segunda Guerra Mundial. No momento da decisão da Corte, metade da população já não mais apoiava as leis de segregação racial<sup>374</sup>. De modo semelhante, o caso *Roe vs. Wade* (1973), quando a Suprema Corte reconheceu o direito das mulheres à interrupção voluntária da gravidez, se deu em meio à expansão dos movimentos feministas, de modo que, no momento da decisão, também cerca de metade da população apoiava o direito ao aborto<sup>375</sup>. Ainda, a decisão no caso *Romer vs. Evans* (1996), em que a Suprema Corte invalidou dispositivos da Constituição estadual do Colorado que discriminavam homossexuais e bissexuais, somente foi possível após a articulação de movimentos sociais e políticos em prol dos direitos dos homossexuais<sup>376</sup>.

---

<sup>374</sup> KLARMAN, Michael J. What's so great about constitutionalism? *Op. cit.*, p. 21-22.

<sup>375</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>376</sup> *Idem*.

Também nesse sentido, Barry Friedman aponta que a Suprema Corte, mais do que limitar a vontade popular, acaba, não raro, por confirmá-la, em decisões que se pensariam ser contramajoritárias<sup>377</sup>. O autor firma sua tese em três pressupostos básicos calcados no contexto estadunidense, quais sejam: i) o *judicial review* é exercido nos EUA há cerca de 250 anos, mas nos últimos 150 anos o mecanismo tem sido utilizado de modo mais vigoroso<sup>378</sup>; ii) pelo menos de 70 anos para cá, o *judicial review* tem contado com ampla aceitação popular<sup>379</sup>; iii) a Corte é e sempre foi influenciada pelas vontades majoritárias<sup>380</sup>.

Friedman considera que as críticas ao poder cada vez maior das Cortes no exercício do *judicial review* são procedentes, mas aponta que se os Tribunais possuem tanto poder hoje é porque o povo decidiu cedê-lo aos juízes. Não obstante, esse poder é condicional e pode ser retirado pelo povo a qualquer momento. Justamente reconhecendo essa posição de fragilidade é que as decisões da Suprema Corte normalmente se adéquam ao entendimento das maiorias populares acerca do significado da Constituição<sup>381</sup>. Não por acaso, as decisões tomadas em temas envolvendo o aborto, ações afirmativas, direitos dos homossexuais ou pena de morte refletiram os posicionamentos majoritários expressados em pesquisas de opinião pública<sup>382</sup>.

Mais do que se adequar à opinião da sociedade, as decisões exaradas pelas Cortes muitas vezes também se compatibilizam e refletem o momento político da comunidade. Exemplificando o argumento, Friedman indica a atuação da Suprema Corte na legitimação do programa do “Novo Federalismo” de Nixon, argumentando que o posicionamento adotado pelos *Justices* era fruto da filosofia federalista propagada pelo presidente americano, que contava com amplo apoio da população, já cansada com a burocracia estatal trazida pelo *New Deal*<sup>383</sup>. Ainda, podem-se citar as decisões da Corte barrando intentos do governo George W. Bush, no contexto da guerra ao terror iniciada após os atentados de 11 de setembro de 2001, mormente em

---

<sup>377</sup> FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 4.

<sup>378</sup> *Ibidem*, p. 12-13.

<sup>379</sup> *Ibidem*, p. 13-14.

<sup>380</sup> *Ibidem*, p. 14-15.

<sup>381</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>382</sup> *Idem*.

<sup>383</sup> *Ibidem*, p. 354.

razão do amplo repúdio popular às denúncias tortura, ilegalidades e da Guerra no Iraque<sup>384</sup>.

Confirmando a percepção de Friedman, Lee Epstein e Andrew D. Martin, por meio de uma análise de ciência política, atestam que a Suprema Corte costuma se comportar de acordo com o posicionamento mais liberal ou mais conservador da opinião pública em determinados temas<sup>385</sup>. Para além do pensamento de Friedman, no entanto, que considerava que os juízes decidiam de acordo com a opinião pública em razão do reconhecimento de uma posição de fragilidade e de necessidade de legitimação, os autores acreditam que esse comportamento das Cortes pode se dar igualmente pelo fato de que os julgadores também fazem parte desta opinião pública, ou seja, eles não respondem à opinião pública diretamente, mas sim aos mesmos eventos e forças que afetam a opinião dos demais membros da sociedade<sup>386</sup>. Conforme já preconizado por Michael Klarman, os juízes, por vezes, compartilham das opiniões majoritárias.

Nesse sentido, trazendo novamente a discussão para o contexto brasileiro, é interessante observar o apoio público em relação a algumas pautas decididas pelo Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente entendidas como contramajoritárias.

Cita-se, primeiramente, o entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal ao declarar a constitucionalidade de ações afirmativas para negros – as chamadas cotas raciais – para ingresso nas universidades públicas. O Tribunal julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, que questionava a reserva de 20% das vagas para ingresso na Universidade de Brasília a candidatos negros. O tema em discussão nitidamente tinha por escopo uma discriminação positiva em prol de um grupo vulnerável da sociedade, que buscava acesso ao ensino público superior. O Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto, assentou o caráter moral do debate e o sentido contramajoritário da medida:

Trata-se do difícil problema quanto à legitimidade constitucional dos programas de ação afirmativa que implementam mecanismos de discriminação positiva para inclusão de minorias e determinados segmentos sociais. O tema causa polêmica, tornando-se objeto de discussão, e a razão para tanto está no fato de que ele toca nas mais profundas concepções

---

<sup>384</sup> *Ibidem*, p. 358.

<sup>385</sup> EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. Does public opinion influence the Supreme Court? Possibly yes (but we're not sure why). *Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper*, Saint Louis, n. 12-05-31, pp. 263-281, mai./2012, p. 263.

<sup>386</sup> *Ibidem*, p. 264.

individuais e coletivas a respeito dos valores fundamentais da liberdade e da igualdade<sup>387</sup>.

Não obstante, em pesquisa de opinião pública realizada pelo IBOPE menos de um ano após a aprovação da medida, verificou-se que 64% dos brasileiros se mostravam favoráveis às cotas raciais para acesso às universidades públicas<sup>388 389</sup>.

Poderia se argumentar que a discussão levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal cumpriu a função de qualificar o debate nacional, permitindo que uma medida destinada a um grupo específico contasse com o apoio de ampla maioria da sociedade, em porcentagem superior ao grupo de pessoas autodeclaradas negras ou pardas no Brasil. Sem embargo, trata-se de um debate candente na sociedade desde a década de 1990 pelo menos, com a organização do Movimento Social Negro e a conquista de relevantes vitórias legislativas, como as cotas para alguns serviços públicos federais, a criação da Secretaria Especial da Promoção da Igualdade Racial, políticas de desenvolvimento de comunidades quilombolas e a previsão de ensino da cultura afro-brasileira as escolas de ensino fundamental e médio<sup>390</sup>. Nessa toada, pode-se considerar que essa movimentação política precedente foi essencial para que a decisão em tela fosse tomada pelo STF.

Situação semelhante se verifica em relação ao julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, que reconheceu a união estável entre pessoas

---

<sup>387</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 186. Arguente: Democratas – DEM. Arguidos: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE, Reitor da Universidade de Brasília, Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE/UNB. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 26 de abril de 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acessado em 04 de fevereiro de 2019.

<sup>388</sup> IBOPE INTELIGÊNCIA. 62% dos brasileiros são favoráveis às cotas em universidades públicas, 2013. Disponível em <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/62-dos-brasileiros-sao-favoraveis-as-cotas-em-universidades-publicas/>>. Acessado em 04 de fevereiro de 2019.

<sup>389</sup> Em vista da dificuldade de obtenção de dados, utilizou-se pesquisa realizada menos de um ano após o julgamento do Supremo Tribunal Federal. O pequeno espaço de tempo entre a decisão do STF e a pesquisa, contudo, não elide a conclusão de que, no momento em que o tema foi pautado, já havia parcela significativa da população a favor da política de cotas raciais.

<sup>390</sup> SILVA, André Luiz Nunes da. *Ações afirmativas e cotas raciais na Universidade: uma via de promoção da igualdade material*. Curitiba: UFPR, 2008, 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 124-125.



do mesmo sexo. Ainda que a decisão tenha gerado um significativo *backlash*<sup>391</sup> no âmbito do Poder Legislativo, com a retomada do projeto de lei denominado de Estatuto da Família, que define como entidade familiar exclusivamente a união entre homem e mulher<sup>392</sup>, é de se observar que a decisão conta com respaldo da maior parcela da população, ainda que o tema gere uma maioria acirrada em favor da união entre pessoas do mesmo sexo.

Em pesquisa realizada por Joaquim Falcão e Fabiana Luci de Oliveira acerca da percepção do brasileiro quanto à atuação do STF no cenário político, o tema decidido pela Corte que mais chamou a atenção dos entrevistados foi justamente o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Trazendo dados fornecidos pelo instituto CJUS-Hello Research, os pesquisadores verificaram que, em 2011, mesmo ano da decisão proferida pelo Supremo, 56% das pessoas concordavam com a decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal, 35% discordaram e 9% não souberam opinar<sup>393</sup>. Quando a pergunta é mais genérica, tratando da pauta em si, sem perguntar da concordância com a decisão do STF, os números recrudescem, mas ainda a maioria da população permanece favorável à união entre pessoas do mesmo sexo – 49% a favor, 30% contrárias e 21% indiferentes<sup>394</sup>.

Esse apoio popular à pauta LGBT, normalmente entendida como contramajoritária, tal como o apoio às cotas raciais, também não surge a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. O posicionamento da Corte e o respaldo da opinião pública são frutos de embates, avanços e retrocessos no espaço público, a partir da organização do movimento LGBT no país. Nessa vereda, não é

---

<sup>391</sup> O termo *backlash* é utilizado para designar, na esfera pública, uma forte reação negativa a condutas, omissões ou decisões tomadas normalmente por autoridades públicas, mas que se aplicam a pessoas privadas também. No âmbito da teoria constitucional o termo é utilizado para referenciar a reação contrária a decisões judiciais que dão sentido às normas constitucionais. “*Seriam, então, reações que acontecem desde a sociedade e questionam a interpretação da Constituição realizada no âmbito do Poder Judiciário*”. Cf. KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina* v. 7. Brasília: UnB, 2015.

<sup>392</sup> PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 54, n. 214, pp. 189-202.abr./jun. 2017, p. 197.

<sup>393</sup> FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 88, pp. 429-469, 2013, p 458.

<sup>394</sup> PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Op. cit.*, p. 197.

possível compreender o discurso proferido pelo STF na ADPF nº 132 e ADI nº 4277 sem contextualizá-lo com o surgimento e transformações de um movimento social organizado, que pautou o debate público e foi capaz de levar a demanda ao Judiciário<sup>395</sup>. Trata-se de um movimento social que desde a década de 1970 tem se colocado no espaço público e conquistado importantes vitórias para a comunidade LGBT, desde políticas públicas de saúde, até a criação de programas de combate a homofobia, como o Programa Brasil Sem Homofobia (2004)<sup>396</sup>. Mais uma vez, portanto, a movimentação política de grupos minoritários, ao se colocar no embate inerente à democracia, foi capaz de articular uma maioria que possibilitou a decisão tomada pelo STF, seja por ter influenciado os Ministros da Corte, seja por eles tomarem parte desse pensamento majoritário.

Pode-se ainda observar o amplo apoio popular à possibilidade de aborto de fetos anencefálicos, tema decidido pelo Supremo Tribunal Federal a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Muito embora a decisão só tenha ocorrido em 2012, desde alguns anos antes a medida já contava com amplo apoio da sociedade. De acordo com levantamento realizado pelo IBOPE em 2008, 70,5% da população concordavam que a mulher grávida de feto anencefálico poderia escolher pela interrupção da gravidez. Ainda, 71% acreditavam que obrigar a mulher a manter a gestação de um feto anencéfalo, contra sua vontade, era tortura e 77% consideravam ser dever do Estado prestar atendimento às gestantes nessa situação<sup>397</sup>.

De fato, a articulação de movimentos feministas em prol dos direitos reprodutivos das mulheres foi de fundamental importância na decisão emanada pelo STF. Logo após as lutas feministas pelo direito ao voto e o acesso à educação, o enfoque dos movimentos de mulheres passou a ser os direitos reprodutivos

---

<sup>395</sup> SANTOS, Andressa Regina Bissolotti dos. *O movimento LGBT e o discurso jurídico na construção da família entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas críticas*. Curitiba: UFPR, 2014, 102 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 30.

<sup>396</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>397</sup> TINTI, Simone. Aborto de anencéfalos: maioria é a favor do direito de escolha da mãe. *Revista Crescer*, 2008. Disponível em <<http://revistacrescer.globo.com/Revista/Crescer/0,,EMI16639-10577,00-ABORTO+DE+ANENCEFALOS+MAIORIA+E+A+FAVOR+DO+DIREITO+DE+ESCOLHA+DA+MAE.html>>. Acessado em 04 de fevereiro de 2019.

entendidos como assuntos de ordem pública<sup>398</sup>. A partir dos anos de 1980 os movimentos feministas se tornaram centrais nas discussões sobre o aborto, influenciando decisões sobre a temática, mormente a partir da década de 1990<sup>399</sup>. Também nesse período surgiram importantes organizações feministas que se colocaram no debate público para defender os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, como o “Somos todas clandestinas”, a “Frente pela Legalização do Aborto” ou ainda, no âmbito religioso, o “Católicas pelo Direito de Decidir”<sup>400</sup>.

Não há dúvida de que a atuação organizada desses grupos gerou forte reação de outros setores da sociedade, inclusive no âmbito legislativo, a partir da apresentação de uma série de propostas que pretendem coibir e criminalizar a prática do aborto em qualquer circunstância, de toda sorte, ao se trazer o tema ao debate público foi possível articular um pensamento majoritário, ao menos no que diz respeito ao aborto de fetos anencefálicos, capaz de influenciar a posição do Supremo Tribunal Federal.

Os exemplos acima colacionados cumprem a função de afastar a ideia de que os Tribunais decidem necessariamente melhor do que o povo sobre temas relacionados ao rol de direitos constitucionalmente previstos. Tal como analisado, as Supremas Cortes muitas vezes adotam interpretações não contramajoritárias ou não protetivas a grupos minoritários em específico. Igualmente, decisões celebradas pelo caráter vanguardista, não raro, apenas refletem um posicionamento já majoritário na comunidade.

Isso não significa dizer, por certo, que os Tribunais não exerçam em determinadas circunstâncias um papel efetivamente contramajoritário. Trata-se de compreender, no entanto, que assim como as maiorias populares, as Cortes também podem violar direitos e fragilizar minorias, ao mesmo tempo em que maiorias populares não necessariamente agirão pautadas em puro autointeresse ou em concepções morais inflexíveis e excludentes. Nesse contexto, inexistindo primazia do Judiciário em lidar com essas questões, não há justificativa, na perspectiva de um

---

<sup>398</sup> KREUZ, Leticia Regina Camargo. *Domínio do corpo: o aborto entre leis e juizes*. Curitiba: Íthala, 2018, p. 76.

<sup>399</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>400</sup> *Ibidem*, p. 79-80.

constitucionalismo fraco, de se negar ao povo a possibilidade de discutir e alterar as decisões fundamentais que tomou outrora acerca do rol de direitos garantidos.

Para dar um fecho mais adequado a essa justificação do constitucionalismo fraco também na pauta de direitos, todavia, é preciso ainda analisar o que exatamente significa deixar que essas pautas fiquem disponíveis ao debate e embate público, bem como considerar se é possível defender alguma forma de limitação à atuação do povo ao discutir suas decisões fundamentais. É o que se vê a seguir.

### 3.3. *Direitos, debates e embates públicos.*

Consoante entabulado anteriormente, não há como pensar no reconhecimento e efetivação de direitos sem considerar o necessário embate político que os precedem e os tornam possíveis. Com efeito, esses conflitos, com todas as suas potencialidades e riscos, somente são possíveis quando as decisões fundamentais da comunidade, inclusive sobre o rol de direitos, estão abertas e disponíveis para a discussão e confrontação no espaço público.

É nessa perspectiva de abertura dos sentidos da Constituição para o debate público que Mark Tushnet defende sua proposta de constitucionalismo popular. Tal como alguns autores já estudados, Tushnet também não acredita que haja qualquer motivo para se pensar que juízes interpretarão e aplicarão a Constituição melhor que qualquer outra instituição ou grupo de pessoas. O que a Constituição diz não é necessariamente aquilo que a Suprema Corte considera que ela diz. Se há um compromisso efetivo com a Constituição e as demais instituições acreditam que a Corte fez uma interpretação equivocada, é dever dessas demais instituições superar o entendimento exarado pelo Tribunal<sup>401</sup>.

É precisamente nesse sentido que o autor estadunidense diferencia aquilo que chama de Constituição “alargada” e Constituição “estreita”<sup>402</sup>. A Constituição alargada é aquela que contém uma série de provisões detalhadas descrevendo minúcias do funcionamento e organização do governo, por exemplo. Ela é importante

---

<sup>401</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, versão para Kindle, pos. 108.

<sup>402</sup> O autor utiliza, no original em inglês, as expressões *thick Constitution* e *thin Constitution*. Optou-se por utilizar os termos “alargada” e “estreita”, como traduções, respectivamente.

não só por regular a atuação governamental, mas também, porque, mesmo em seus detalhes, traz importantes princípios que informam o sistema constitucional<sup>403</sup>. Os Tribunais, em raras oportunidades, se manifestam sobre a Constituição alargada, seja porque seus termos são claros, seja porque é possível trabalhar com suas provisões sem obviamente violá-las<sup>404</sup>. Igualmente, os dispositivos dessa parte da Constituição não geram reações apaixonadas pelo povo, uma vez que não dizem respeito, essencialmente ao menos, à proteção da liberdade humana<sup>405</sup>.

Em contrapartida, a Constituição em sua vertente estreita diz respeito às garantias fundamentais de igualdade, liberdade de expressão e liberdade de modo geral. Não se trata, contudo, dos dispositivos constitucionais que porventura evocam esses princípios, mas sim dessas garantias olhadas de forma mais ampla. Com isso, pretende-se evitar que a Constituição estreita seja relacionada à visão dos Tribunais acerca das normas positivadas que tratam desses temas<sup>406</sup>. Considerando o contexto norte-americano, Tushnet atrela a Constituição estreita aos princípios da Declaração de Independência dos Estados Unidos e ao preâmbulo da Constituição americana, mormente à ideia de que todos os cidadãos são iguais entre si e de que todos são portadores de direitos inalienáveis<sup>407</sup>.

O que decorre da diferenciação desses conceitos é a vinculação do povo a essa Constituição estreita, de um modo que nunca seria possível em relação à Constituição alargada. Isso porque a Constituição estreita protege direitos que são frutos de séculos de lutas para serem compreendidos como fundamentais. Nessa toada, o comprometimento com a Constituição estreita é um dos elementos que constitui o próprio povo e informa a identidade constitucional<sup>408</sup>.

Justamente por isso, Tushnet acredita que discordâncias e conflitos acerca do significado desses princípios que informam a Constituição estreita são melhor resolvidos pelo povo, a partir dos meios políticos de discussão<sup>409</sup>. Também nesse sentido é que o teórico defende que se ignorem as interpretações da Suprema Corte quando o povo e seus representantes discordam da visão adotada pelos juízes em

---

<sup>403</sup> *Ibidem*, pos. 152.

<sup>404</sup> *Ibidem*, pos. 152-161.

<sup>405</sup> *Ibidem*, pos. 172.

<sup>406</sup> *Idem*.

<sup>407</sup> *Ibidem*, pos. 182.

<sup>408</sup> *Ibidem*, pos. 192.

<sup>409</sup> *Ibidem*, pos. 223.

relação aos princípios da Constituição estreita. A eventual crise constitucional gerada por esse movimento é sempre aceitável quando se consegue convencer uma maioria popular de que seus princípios mais fundamentais estão em jogo<sup>410</sup>.

Miguel Gualano de Godoy, ao analisar o pensamento de Mark Tushnet, assenta que o constitucionalismo popular deve sempre reivindicar a Constituição estreita, de modo que a concretização dos princípios mais elementares que norteiam o povo seja realizada a partir de um debate público aberto e democrático<sup>411</sup>. Ainda, de acordo com o próprio Tushnet, o constitucionalismo popular deve se comprometer seriamente com a democracia. Ninguém, evidentemente, pode garantir que o processo democrático trará resultados com os quais sempre se irá concordar, uma vez que a discordância é inerente à sociedade. Não obstante, a democracia é um modo de resolver esses conflitos sem que se parta para uma desordem social severa. O fato de que, em algumas questões, o povo possa adotar políticas com as quais não se concorda determina que aqueles que não concordam com as decisões tomadas participem do jogo político e democrático com o fito de tentar convencer as majorias da posição contrária<sup>412</sup>.

Com efeito, esse elemento é central para que se compreenda a aposta no povo que se faz a partir da perspectiva do constitucionalismo fraco. Quando se garante às pessoas a possibilidade de tomarem para si suas decisões fundamentais, alterando-as do modo que acharem conveniente, acaba-se por estabelecer a política e a democracia como meios adequados e privilegiados para a solução de conflitos. Isso determina que os atores políticos, movimentos sociais, lideranças e representantes estejam sempre em contato com o povo, em um processo reiterado de convencimento acerca das necessidades de suas pautas. Quando, repetidamente, as discordâncias têm como destino os Tribunais, ao fim e ao cabo, tem-se o enfraquecimento da política, baseando-se na desconfiança de que pessoas comuns sejam capazes de trazer solução aos seus conflitos.

Nessa singra, Miguel Godoy é certo quando assevera que as divergências acerca dos sentidos dos princípios que regem a comunidade só podem ser resolvidas

---

<sup>410</sup> *Ibidem*, pos. 395.

<sup>411</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Curitiba: UFPR, 2015, 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 90.

<sup>412</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from Courts*. *Op. cit.*, pos. 479-489.

em ambientes democráticos. Os cidadãos que discordam das decisões tomadas devem sempre respeitá-las, mas lhes é garantida a possibilidade e o direito de procurar desarticular a maioria contrária que foi criada, a partir da persuasão e do combate político. A democracia, portanto, permanece como única saída para a resolução dos conflitos<sup>413</sup>. O autor ainda aponta que deixar esses temas fundamentais entregues exclusivamente ao Poder Judiciário determina o esvaziamento das competências e deveres dos representantes do povo e a exclusão do povo em si da tarefa de interpretar a Constituição<sup>414</sup>.

A despeito de tudo isso, é curioso observar como muitas parcelas progressistas da sociedade cultivam um imenso temor da participação popular e de votações majoritárias. Muitos progressistas apostam tão firmemente no *judicial review* porque têm medo dos resultados que se pode colher de uma participação popular mais efetiva nos temas ligados às decisões fundamentais da Constituição ou à Constituição estreita, nos termos de Tushnet<sup>415</sup>. Novamente, verifica-se um apelo à estabilidade, como se a possibilidade de o povo repensar as estruturas da Constituição fosse necessariamente perigosa e ruim. Quando a discussão diz respeito ao rol de direitos da Constituição esse temor se torna ainda mais evidente, rechaçando-se por completo qualquer possibilidade de debate dos princípios ali encetados<sup>416</sup>. Não há dúvida de que emendas e alterações fundamentais na Constituição irão desestabilizar as estruturas vigentes. De toda sorte, compete ao povo realizar essa análise de conveniência e decidir quando essas alterações são importantes a ponto de se sobrepuem aos eventuais riscos da mudança<sup>417</sup>.

Outra associação comum daqueles que têm medo da participação popular, sobretudo em temas relacionados a direitos, é o perigo de uma “ditadura da maioria”. Trata-se, em verdade, de uma associação equivocada entre constitucionalismo popular e populismo, nos termos definidos por Yascha Mounk, conforme visto no tópico anterior. É bem verdade que o povo pode chegar a respostas erradas sobre questões importantes, muitas vezes atinentes a direitos. Conforme já visto em inúmeros exemplos, todavia, os juízes podem também chegar a essas mesmas

---

<sup>413</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. *Op. cit.*, p. 91.

<sup>414</sup> *Idem*.

<sup>415</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from Courts*. *Op. cit.*, pos. 2620.

<sup>416</sup> *Ibidem*, pos. 2627.

<sup>417</sup> *Ibidem*, pos. 2658.

decisões equivocadas. Com efeito, não há garantia de que decisões populares tomadas no âmbito democrático determinarão resultados políticos progressistas, mas, definitivamente, um constitucionalismo elitista, calcado em decisões tomadas apenas por juízes, também não traz essa segurança<sup>418</sup>.

De fato, os exemplos abordados no tópico anterior demonstram que maiorias populares não formam sua opinião tendo como base apenas o autointeresse e concepções morais rígidas. Caso isso fosse procedente, não se observaria o amplo apoio popular a pautas que dizem respeito a grupos específicos da população. Isso, contudo, não significa dizer que violações não possam acontecer. Miguel Godoy bem aponta que eventuais abusos não podem ser tratados como o resultado natural de um constitucionalismo popular, ou, no caso do presente trabalho, de um constitucionalismo fraco. Por certo, há exemplos históricos de governos populistas e autoritários que contaram com apoio de grandes parcelas da população. Esses governos, entretanto, negam a característica básica do constitucionalismo popular – compartilhada pelo constitucionalismo fraco –, qual seja, um espaço público radicalmente democrático, livre e igualitário<sup>419</sup>.

É interessante notar que, mesmo para vertentes teóricas que não se contrapõem de modo tão ferrenho ao *judicial review*, como a perspectiva do constitucionalismo democrático, considera-se igualmente relevante trazer a Constituição e os direitos ao espaço público. Reva Siegel e Robert Post, dois dos principais teóricos dessa vertente, apontam que a Constituição despenha inúmeras funções na sociedade, como a determinação das “regras do jogo” e a organização do governo. Outras normas, por sua vez, expressam valores, de modo que sua aplicação pode gerar intensas disputas políticas. Essas disputas que se dão em torno dos significados da Constituição configuram o próprio conteúdo do direito constitucional. Embora o embate pareça ameaçar a legitimidade da Constituição, em verdade, ele auxilia a sustentar a autoridade do texto constitucional. Assim, se as Cortes impusessem um significado da Constituição sobre um tema que desperta grande interesse na sociedade, os cidadãos iriam se isolar de seu próprio texto constitucional.

---

<sup>418</sup> *Ibidem*, pos. 2750.

<sup>419</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. *Op. cit.*, p. 98.



A legitimidade da Constituição, nesse sentido, depende desse reconhecimento que é gerado a partir dos conflitos sobre seu significado<sup>420</sup>.

Se isso é verdade, então como a Constituição pode continuar inspirando lealdade, apesar dos constantes desacordos acerca de seu conteúdo? Por que os cidadãos continuam a ser fiéis à Constituição, mesmo quando suas propostas e concepções não prevalecem? Segundo Post e Siegel, a fidelidade à Constituição permanece porque os cidadãos acreditam na possibilidade de persuadir os outros acerca de suas concepções e, na esteira disso, acreditam poder persuadir, em última instância, as Cortes para que adotem suas perspectivas sobre o significado da Constituição. A confiança em relação ao documento constitucional, dessa forma, depende das oportunidades de convencimento dos demais cidadãos, de modo que, paradoxalmente, são os desacordos que garantem a autoridade da Constituição<sup>421</sup>.

Veja-se, portanto, que o debate público acerca dos valores que informam a Constituição também integra a noção de constitucionalismo democrático. Vera Karam de Chueiri e José Arthur Castillo de Macedo bem indicam que, na perspectiva do constitucionalismo democrático, o desacordo e conflito são vistos como condições normais para o desenvolvimento do direito constitucional e que tentar contê-los ameaça tanto a política quanto o direito, ou, tanto a democracia quanto o constitucionalismo<sup>422</sup>.

De toda sorte, Post e Siegel reputam um papel relevante ao Poder Judiciário no debate público. Para eles, os Tribunais exercem uma função essencial para a legitimação da autoridade da Constituição. Os cidadãos esperam que os Tribunais protejam valores sociais importantes e que limitem a atuação do governo. De toda forma, se as Cortes decidem de modo diverso das convicções mais profundas do povo, é certo que haverá reações a essa decisão<sup>423</sup>. Esse *backlash* às decisões dos

---

<sup>420</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Trad. Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, p. 33.

<sup>421</sup> *Ibidem*, p. 33-34.

<sup>422</sup> CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur Castillo de. Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. *Sequência*, Florianópolis, n. 80, pp. 123-150, dez./2018, p. 138.

<sup>423</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. *Op. cit.*, p. 45.

Tribunais, no entanto, pode ser construtivo, sobretudo porque rechaça a ideia de uma passividade do povo em relação à atuação da Suprema Corte<sup>424</sup>.

Percebe-se, pois, que tanto para o constitucionalismo fraco, quanto para o constitucionalismo popular, e mesmo para o constitucionalismo democrático, o local adequado para a disputa de sentidos da Constituição é o espaço público. Ainda que na perspectiva do constitucionalismo democrático as Cortes tenham um papel relevante na informação do debate público, ao fim e ao cabo, as reações às decisões judiciais acabam por deslocar a discussão jurídica, centrada nos Tribunais, para uma discussão que passa pelo crivo popular, procurando mediar essas duas zonas de debates<sup>425</sup>. Em qualquer hipótese, aposta-se na capacidade do povo para dirimir seus conflitos sobre os temas mais fundamentais da Constituição.

Outro autor que defende a importância do espaço público para a resolução dos conflitos acerca dos significados da Constituição é Carlos Santiago Nino. Não obstante, o autor traz uma importante ressalva que merece ser analisada sob a ótica do constitucionalismo fraco ora proposto.

Nino não pode ser considerado defensor de um constitucionalismo forte, pelo contrário, advoga por uma contenção da atividade judicial, garantindo que a maior parte dos debates públicos permaneça no âmbito da discussão democrática. Estefânia Barboza e Katya Kozicki explicitam que o autor rejeita um eventual pré-comprometimento do sistema político com direitos que não estão à disposição do debate coletivo, uma vez que tal situação implicaria uma drástica redução do papel da democracia no arranjo institucional do Estado<sup>426</sup>.

Com efeito, Nino propõe um valor epistêmico à democracia, pelo qual, se todos aqueles que podem ser afetados por uma decisão participam da discussão, tendo oportunidade igual aos demais de expressar seus interesses e justificar sua

---

<sup>424</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>425</sup> CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur Castillo de. Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. *Op. cit.*, p. 139-140.

<sup>426</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Democracia procedimental e jurisdição constitucional. In: *Congresso Nacional do CONPEDI*, 16, 2008, Florianópolis. Anais. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 6745-6765, 2008, p. 6758.

ideia de solução de conflitos, muito provavelmente a decisão decorrente desse processo será imparcial e moralmente correta<sup>427</sup>.

Considerando essa concepção de democracia, portanto, o autor argentino defende que o controle de constitucionalidade das leis deve ser realizado por um órgão político ou diretamente pelo eleitorado, quer seja por meio de um plebiscito, quer seja por meio de um entendimento social difundido que permita que qualquer cidadão possa desobedecer a uma lei inconstitucional, e não pelo Poder Judiciário em exercício do controle de constitucionalidade<sup>428</sup>.

Sem embargo desse posicionamento refratário ao *judicial review*, Nino defende que se garantam três direitos básicos, conectados à noção liberal, a todos os cidadãos, de modo a garantir a possibilidade de participação igualitária dos sujeitos no processo democrático, quais sejam: o princípio da autonomia pessoal, o princípio da inviolabilidade da pessoa e o princípio da dignidade humana. Tais direitos acabam por limitar o processo democrático, desqualificando decisões coletivas que os contrariem<sup>429</sup>. É na esteira disso que o teórico admite três exceções em prol do controle de constitucionalidade realizado pelas Cortes, de modo a proteger interesses de indivíduos isolados e de minorias em face de algumas decisões majoritárias.

A primeira das exceções admitidas diz respeito à possibilidade de controle judicial do procedimento democrático. Considerando que as regras do processo democrático buscam assegurar a condição de igualdade entre todos os membros afetados pelo tema em debate, é preciso que tais normas sejam protegidas. Nino entende que esse controle não poderia ser atribuído ao poder democrático, em função da influência que esse descumprimento das regras do jogo geraria na função de controle exercida pelo próprio processo democrático. Assim, os juízes atuariam como árbitros do processo, zelando por suas regras de procedimento<sup>430</sup>.

A segunda exceção diz respeito à proteção à autonomia pessoal. Para o jurista argentino, existe uma moralidade privada, autorreferente e pessoal que concerne aos ideais de excelência e virtude pessoais. Esses ideais pessoais de vida

---

<sup>427</sup> NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p. 166.

<sup>428</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Democracia procedimental e jurisdição constitucional... *Op. cit.*, p. 6759.

<sup>429</sup> *Ibidem*, p. 6757.

<sup>430</sup> NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa... Op. cit.*, p. 273-274.

não reivindicam debates públicos e não pressupõem a satisfação de um requerimento de imparcialidade. Neste influxo, o debate e deliberações públicas não são mais confiáveis que a reflexão individual para a escolha pessoal de um modelo de vida. Assim, caberia aos juízes invalidarem leis de caráter perfeccionista que busquem a imposição de um ideal de virtude pessoal<sup>431</sup>.

Por fim, a terceira exceção admitida por Nino se refere à ideia de Constituição como uma prática social, de modo a garantir maior eficácia às decisões democráticas. O teórico considera o caso em que uma decisão democrática nitidamente infringe o texto constitucional. Por mais impecável que seja a decisão do ponto de vista do constitucionalismo liberal e participativo, ela poderia estar em contrariedade a elemento que preserve o Estado de Direito. Ainda que nenhum direito seja violado, a manutenção dessa decisão pode debilitar a prática social que consubstancia a Constituição histórica e, assim, a eficácia das decisões democráticas poderia ser fortemente afetada. Nesse caso, a Corte poderia intervir a fim de proteger a convenção constitucional e a eficácia das próprias decisões democráticas<sup>432</sup>.

Cabe analisar com mais afinco cada uma dessas exceções apresentadas por Nino, de modo a compreender se são adequadas ao modelo de constitucionalismo fraco ora proposto. Cumpre iniciar essa investigação de baixo para cima, ou seja, da terceira exceção para a primeira.

Com efeito, a terceira exceção apresentada por Nino diz respeito à possibilidade do *judicial review* para proteção da Constituição como prática social, ou da Constituição histórica. Consoante explica o autor, a Constituição histórica pode ser entendida como o documento criado no momento da fundação e interpretado através da história<sup>433</sup>. É nesse sentido que a Constituição é vista como uma prática social que decorre não só do texto, mas também das tensões que levam à formação de interpretações sobre esse texto ao longo do tempo. Assim, decisões democráticas que afetem negativamente essa convenção social gerada a partir da Constituição histórica poderão sofrer a interferência do Poder Judiciário.

---

<sup>431</sup> *Ibidem*, p. 278.

<sup>432</sup> *Ibidem*, p. 281.

<sup>433</sup> *Ibidem*, p. 30.

Do ponto de vista do constitucionalismo fraco, essa exceção em prol do *judicial review* parece negar em grande medida a proposta. Isso porque está no âmago da teoria defendida neste trabalho a possibilidade de alteração, sempre que se julgar conveniente, de todos os elementos da Constituição. O povo pode modificar suas decisões fundamentais, mesmo que isso determine uma “infração” explícita ao texto constitucional, uma vez que, exercendo o poder constituinte originário, ainda que para uma alteração pontual na Constituição, não pode ficar atrelado aos desígnios do poder constituído. Por certo, a exceção apontada por Nino faz sentido em relação a propostas perpetradas exclusivamente pelo Poder Legislativo, contudo, quando é o povo diretamente a tomar a decisão que contraria a Constituição histórica, o controle pelo Poder Judiciário não se apresenta como adequado.

A segunda exceção, ou seja, aquela que diz respeito à proteção da autonomia privada pelo Poder Judiciário é, talvez, a mais relevante no vértice da justificação do constitucionalismo fraco ora desenhada. Como visto, Nino considera que existem padrões pessoais de vida que devem estar fora do debate público, uma vez que não pressupõem um requisito de imparcialidade. Nesse sentido, as Cortes poderiam invalidar decisões coletivas que se imiscuissem nesse âmbito de moralidade privada. Segundo o autor, a autonomia da pessoa se divide em duas ordens de princípios morais: a primeira, intersubjetiva, que diz respeito aos efeitos gerados pela ação do indivíduo nos interesses e no bem-estar de terceiros, e a segunda, autorreferente, que valora as ações do indivíduo em relação aos efeitos na qualidade de vida do próprio agente<sup>434</sup>. Quando se fala dessa primeira ordem de princípios morais, de caráter intersubjetivo, Nino concorda com a possibilidade de restrição da autonomia de alguns para preservar a de outros. Essa possibilidade de restrição, todavia, não seria adequada para os princípios morais autorreferentes, uma vez que não afetam terceiros. Nessa toada, a discussão e deliberação democrática que determinassem uma imposição coercitiva de valores não teria qualquer sentido epistêmico<sup>435</sup>. É tendo isso em mente que Nino defende a possibilidade de atuação do *judicial review* em relação a decisões que pretendam atribuir coercitivamente valores de ordem autorreferente, uma vez que tais princípios nem mesmo poderiam figurar no âmbito do debate público.

---

<sup>434</sup> *Ibidem*, p. 75-76.

<sup>435</sup> *Ibidem*, p. 76.

É importante ressaltar que não há qualquer incompatibilidade entre a proposta de constitucionalismo fraco e a proteção de direitos integrados a noção de autonomia privada. Conforme já visto anteriormente, o constitucionalismo fraco não nega a possibilidade do *judicial review* sobre propostas legislativas que violem direitos decorrentes das decisões fundamentais que informam a Constituição. Sem embargo disso, nos momentos excepcionais de política constitucional, quando o poder constituinte se manifesta com o fito de discutir e alterar suas decisões tomadas outrora, parece inadequado garantir ao Poder Judiciário, ou a qualquer outra instituição, a possibilidade de invalidar as deliberações populares, mesmo que digam respeito a direitos concernentes à autonomia privada dos indivíduos.

Ainda que se compreenda o argumento de Nino do ponto de vista teórico, as consequências práticas de se retirar o debate sobre a autonomia privada do espaço público, deixando-o exclusivamente nas mãos do Poder Judiciário, não parecem ser necessariamente positivas para a proteção dessa esfera autorreferente da moralidade. Primeiramente porque, conforme visto alhures, os Tribunais nem sempre agem de forma protetiva a direitos relacionados à autonomia privada. A decisão da Suprema Corte estadunidense no caso *Bowers vs. Hardwick*<sup>436</sup> ou ainda a recente decisão de manter o veto a militares transgêneros no Exército americano, são prova disso. Igualmente, a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro em prol do ensino religioso confessionnal nas escolas públicas também evidencia o caráter falho das Cortes na proteção da autonomia privada. De modo diverso, e também como já visto, as decisões das Cortes que efetivamente privilegiam a autonomia privada, como o caso *Roe vs. Wade* nos EUA, ou a ADPF 54 e a ADI 4277 e ADPF 132 no Brasil, normalmente só se tornam possíveis após um amplo debate público dessas pautas e a formação de uma maioria em prol dessas convicções autorreferentes.

De fato, a ideia de retirar do debate público direitos atinentes à autonomia privada parece, ao contrário do que se poderia imaginar sob uma primeira mirada, dificultar o processo de reconhecimento e aplicação desses mesmos direitos. Novamente aqui retorna-se a imbricada relação entre direito e política e como esta é essencial para a conformação daquela. Não se pode atribuir aos Tribunais um papel transcendental, como se os juízes estivessem fora dos embates da comunidade e, por

---

<sup>436</sup> Ver nota de rodapé nº 368.

esse motivo, sempre reconheceriam direitos de moral pessoal, principalmente quando atrelados a grupos marginalizados da sociedade. O reconhecimento de direitos depende do debate público e do convencimento dos demais cidadãos.

Não se nega que muitas vezes, efetivamente, os Tribunais desempenham uma importante função na proteção da autonomia privada. Esse papel, no entanto, é deveras precário se não acompanhando de um convencimento público acerca do tema, pois corre-se o risco de, nos termos de Miguel Godoy, se conquistar vitórias jurídicas, mas amargar derrotas políticas. Noutros termos: garantam-se vitórias que geram bons efeitos no curto prazo, dando cabo à controvérsia, contudo os efeitos não podem ser garantidos a longo prazo<sup>437</sup>, seja porque a reação política à decisão é muito forte, seja porque a composição dos Tribunais sofre alterações que podem determinar mudanças no entendimento de determinados temas.

A importância do debate público e, mais do que isso, do debate popular para a consecução de direitos ligados à autonomia privada, é bem ilustrada a partir da recente discussão argentina acerca da legalização do aborto. Conforme relata Marcia Carmo à BBC News Brasil, a mobilização popular foi essencial para que o projeto que despenalizava a interrupção da gravidez até a 14ª semana de gestação fosse aprovado na Câmara de Deputados argentina – ainda que posteriormente derrotado no Senado. O tema entrou fortemente na agenda pública argentina desde 2015, com o movimento “*Ni una a menos*”, que denunciava casos de feminicídio ocorridos no país. A partir da articulação de mulheres proporcionada pelo movimento, logo o debate público passou a focar também na temática do aborto<sup>438</sup>.

O resultado da forte mobilização popular e disputa do espaço público em prol de um direito atrelado à noção de autonomia privada foi a conquista de apoio de ampla parcela da sociedade. Em pesquisa realizada pela Anistia Internacional Argentina e pelo Centro de Estudos de Estado e Sociedade (CEDES) verificou-se que poucos meses antes da votação no âmbito legislativo, quase 60% dos argentinos, em uma

---

<sup>437</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. *Op. cit.*, p. 91-92.

<sup>438</sup> CARMO, Marcia. Como a pressão das mulheres abriu caminho para a legalização do aborto na Argentina. *BBC News Brasil*, 14 de junho de 2018. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44485436>>. Acessado em 15 de fevereiro de 2019.

sociedade fortemente católica, eram favoráveis ao projeto que legalizava o aborto até a 14<sup>a</sup> semana da gestação<sup>439</sup>.

Curiosamente, portanto, se o povo fosse chamado para tomar essa decisão a autonomia privada das mulheres teria sido privilegiada e garantida, o que não ocorreu com o debate tomado e decidido apenas no âmbito do Poder Legislativo e também provavelmente não ocorreria no âmbito do Poder Judiciário. Com efeito, este caso e outros demonstram que o debate público e a proteção à autonomia privada não são elemento opostos, de modo diverso, a garantia desta, muitas vezes, depende de uma ampla discussão na sociedade, com o convencimento dos demais cidadãos, de modo a formar uma maioria capaz de influenciar as decisões tomadas pelas Cortes. Novamente, isso não significa que os Tribunais não possam efetivamente atuar contramajoritariamente na defesa de direitos de cunho moral autorreferente. Essa perspectiva, contudo, que está longe de ser uma regra infalível, não pode servir de parâmetro para a deslegitimação de decisões tomadas diretamente pelo povo em exercício do poder constituinte originário.

De todo o exposto, pode-se dizer, portanto, que, no âmbito do constitucionalismo fraco, as deliberações populares tomadas na definição das decisões fundamentais não podem ser limitadas em qualquer hipótese? Aqui, a primeira exceção abordada por Nino, referente ao controle do processo democrático, parece fazer sentido. O autor aduz que o processo democrático não surge espontaneamente, mas sim, decorre de regras que não são arbitrárias e procuram garantir o máximo valor epistêmico à democracia. Esse valor depende de uma série de condições, como a amplitude de participação dos grupos afetados pelas discussões, a liberdade e igualdade de expressão dos participantes, etc.<sup>440</sup>. Assim, o Poder Judiciário poderia intervir para garantir que as regras do jogo democrático fossem cumpridas adequadamente. A proposta trazida por Nino é relevante, contudo, pode ser adaptada para os termos do constitucionalismo fraco.

Com efeito, Colón-Ríos também questiona a possibilidade de abolição dos direitos e da própria democracia pela atuação de um poder constituinte que não se

---

<sup>439</sup> O GLOBO. Quase 60% dos argentinos apoiam legalização do aborto, diz pesquisa, 18 de março de 2018. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/quase-60-dos-argentinos-apoiam-legalizacao-do-aborto-diz-pesquisa-22502231>>. Acessado em 15 de fevereiro de 2019.

<sup>440</sup> NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa...* Op. cit., p. 273.



pode limitar. O autor, contudo, estabelece que o limite da democracia é a própria democracia, vale dizer, o poder constituinte não pode negar suas próprias condições básicas de existência e manifestação. Assim, eventual proposta que pretenda abolir os direitos que tornam possível a participação popular seria incompatível com o próprio conceito de poder constituinte e, dessa forma, inexistiria legitimidade democrática na proposta. Igualmente, o poder constituinte nega a si mesmo quando viola as condições que possibilitam o seu exercício a qualquer tempo. Não haveria, portanto, legitimidade democrática em um governo ditatorial mesmo que estabelecido em Assembleia Constituinte ratificada pelo povo<sup>441</sup>.

Em suma, o teórico porto-riquenho argumenta que propostas tendentes a violar os princípios básicos do constitucionalismo fraco, quais sejam, a abertura constitucional e a participação popular, carecem de legitimidade democrática e por isso devem ser rechaçadas. Isso porque tais propostas impediriam a reconstituição democrática da Constituição, que configura elemento central para a aferição do grau de legitimidade democrática de um regime constitucional<sup>442</sup>. Nessa senda, propostas como aquela defendida pela Associação Comercial, Industrial e Empresarial do Município de Ponta Grossa/PR (ACIPG) de suspender o direito a voto dos beneficiários de qualquer programa de transferência de renda do Governo<sup>443</sup> não poderiam ser adotadas, uma vez que determinariam a exclusão de parcela significativa da população do debate público, violando o princípio da participação popular. Da mesma forma, proposta que impedisse o exercício futuro do poder constituinte para alteração das decisões fundamentais da Constituição também estariam fora do espectro de legitimidade democrática do constitucionalismo fraco.

Igualmente, considerando a concepção agonística de democracia que, conforme visto anteriormente, é de todo compatível com o constitucionalismo fraco, intentos de eliminação dos grupos entendidos como inimigos também devem ser rechaçados, uma vez que põem fim à arena pública de debate em prol de um hegemonismo político e negam em essencialidade a participação política.

---

<sup>441</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. *La constitución de la democracia*. *Op. cit.*, pos. 910.

<sup>442</sup> *Idem*.

<sup>443</sup> KUBASKI, Derek. Proposta de barrar voto do Bolsa Família gera indignação. *Gazeta do Povo*, 11 de setembro de 2014. Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/eleicoes/2014/proposta-de-barrar-voto-do-bolsa-familia-gera-indignacao-edhzip9a6itlliden6fpb3427ny/>>. Acessado em 15 de fevereiro de 2019.

Quanto à instituição adequada para intervir no processo democrático nesses casos, Nino compreende que os juízes estariam em melhor condição que os órgãos democráticos para realizar esse controle na medida em que seriam menos influenciados que as instituições políticas por eventuais violações ao processo democrático. Não se concorda com a ideia de que os juízes teriam melhores condições que outros cidadãos de realizar eventuais limitações ao processo democrático, mas isso, fazendo-se justiça ao autor argentino que não compartilha da matriz ora defendida, porque na perspectiva do constitucionalismo fraco todo o povo – no que se incluem os juízes –, entendido como titular do poder constituinte originário, estará envolvido com a discussão de eventuais alterações das decisões fundamentais que informam a Constituição.

Há, contudo, inúmeros *designs* possíveis para a realização desse controle. De qualquer forma, não se considera absolutamente problemático que as Cortes assumam essa função desde que, nas palavras de Nino, sua intervenção seja pontual e dirigida sempre a ampliar o processo democrático<sup>444</sup>, impedindo tentativas de estreitamento da participação popular e da abertura constitucional.

A discussão acima lançada guarda relação com noções de *design* de um constitucionalismo fraco, isto é, como colocar em funcionamento a proposta teórica ora lançada. Ainda que o presente trabalho tenha como foco principal a justificação da teoria, mormente no contexto brasileiro, é necessário refletir, ainda que não de modo peremptório, sobre suas possibilidades de efetivação. É o que se aborda no tópico final subsequente.

#### 3.4. “O caminho se faz ao caminhar”.

A reflexão acerca da efetivação prática do constitucionalismo fraco é fundamental para a própria sustentação teórica da proposta. De fato, justificar a necessidade e importância de devolver ao povo a possibilidade de manejar sua Constituição é de todo insuficiente se tal justificação não se pautar na possibilidade institucional de efetivação dessa medida. Colón-Ríos, nesse sentido, aponta que um dos mecanismos que mitiga a potencialidade democrática do constitucionalismo fraco

---

<sup>444</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la democracia deliberativa*. Op. cit., p. 274.

é justamente a mistificação do poder constituinte, ou seja, há um reconhecimento do poder do povo em adotar ou modificar radicalmente sua Constituição, mas tal reconhecimento não vem acompanhado de mecanismos institucionais que permitem o exercício desse poder<sup>445</sup>.

De acordo com o autor, a forma como se encara a possibilidade de viabilização de uma soberania popular ampla e participativa na vida democrática da comunidade acaba servindo de critério de separação de duas grandes concepções teóricas acerca de democracia: a concepção realista e a concepção democrática radical. Ambas partem do pressuposto de que a estrutura constitucional da maioria dos Estados modernos não é totalmente democrática, mas discordam ao enfrentar essa constatação<sup>446</sup>.

Os realistas acreditam que, em sociedades marcadas pela apatia política, hostilidades contra minorias, captura do processo democrático por elites econômicas, etc., não é possível e nem recomendável que se busque uma soberania popular mais ampla e direta. Nesse sentido, defendem que se os mecanismos institucionais já existentes forem utilizados de modo adequado, os riscos que o exercício do poder político representa podem ser limitados<sup>447</sup>. Colón-Ríos aponta que essa ideia de que a democracia não é plenamente realizável nas sociedades modernas encontra esteio em diversas oportunidades ao longo da história. A perspectiva de democracia entendida como governo direto do povo é objetada não apenas com base em argumentos de viabilidade prática, mas, sobretudo, porque implica a participação das camadas mais baixas da população na vida política da comunidade. Não por acaso autores clássicos como Jean Bodin e Adam Ferguson se referiam à participação política dos mais pobres como sinônimo de desordem e incapacidade para lidar com os assuntos públicos<sup>448</sup>.

Esse temor da participação popular no espaço público foi determinante para a conformação de algumas das instituições hoje conhecidas. A própria noção de freios e contrapesos decorre do medo do exercício do poder por majorias populares<sup>449</sup>.

---

<sup>445</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. *Weak constitutionalism...* *Op. cit.*, p. 142.

<sup>446</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. *Living under a Constitution*. Conferência. III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política. Curitiba, Paraná, 24 de outubro de 2017, p. 3.

<sup>447</sup> *Idem*.

<sup>448</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>449</sup> *Ibidem*, p. 5.

Também nesse sentido Rancière aduz que o desenvolvimento de mecanismos de representação política tem menos a ver com o argumento pragmático de amenizar os impactos do crescimento populacional na democracia e mais a ver com o interesse das minorias que consideravam ter título para se ocupar do espaço público e dos negócios comuns de manterem o poder oligárquico<sup>450</sup>. Há, pois, evidente influência da concepção realista na arquitetura institucional e constitucional hoje vigente na maior parte dos Estados modernos.

A concepção democrática radical, ao seu turno, rejeita por completo esse olhar elitista e temeroso acerca da participação popular. Diante da realidade reconhecida de que não há efetivação plena de democracia na sociedade, os democratas radicais procuram identificar as deficiências e insistem em corrigi-las a partir da proposição de amplo envolvimento popular na política<sup>451</sup>. Diferentemente da concepção realista, que conta com instituições sedimentadas, a construção institucional dessa visão democrática radical ainda é incipiente. É justamente nesse sentido que Colón-Ríos, que se insere nesta segunda concepção, argumenta pela necessidade dos autores desta seara teórica apresentarem propostas concretas de *design* constitucional.

Com efeito, o autor aponta que propostas clássicas de participação popular ativa nos debates públicos foram esquecidas pelos teóricos modernos da concepção democrática radical. Ideias como as assembleias periódicas preconizadas por Rousseau<sup>452</sup>, que impedem a usurpação do poder e garantem a possibilidade de alteração de instituições de governo inconsistentes com o ideal de soberania popular<sup>453</sup>, ou ainda, proposições como as assembleias primárias, teorizadas por Condorcet<sup>454</sup>, que permitiriam a deliberação de todos os cidadãos acerca de assuntos

---

<sup>450</sup> RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. *Op. cit.*, p. 69.

<sup>451</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. *Living under a Constitution*. *Op. cit.*, p. 3.

<sup>452</sup> Rousseau propunha um sistema de assembleias periódicas pelas quais os cidadãos deveriam responder a duas perguntas que jamais poderiam ser suprimidas: “*Se apraz ao soberano conservar a presente forma de governo; e a segunda: Se ao povo apraz deixar a administração aos que dela estão atualmente incumbidos.*” Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: princípios do direito político*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 121.

<sup>453</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>454</sup> A proposta de assembleias primárias decorre do projeto de Constituição Girondina, que teve Condorcet como um dos principais autores. A ideia era criar um complexo sistema pelo qual, milhares de assembleias primárias, que seriam assembleias locais formadas por até 600 cidadãos, pudessem participar da criação da lei, da revogação de leis existentes e da revisão constitucional. As assembleias funcionariam como fóruns permanentes de discussão, calcadas em uma perspectiva deliberativa. Qualquer cidadão, desde que corroborado pela assinatura de 50 outros cidadãos, poderia propor à sua assembleia primária a revisão ou criação de uma lei. A assembleia discutiria o tema e, caso concluísse

políticos fundamentais da comunidade<sup>455</sup>, sequer fazem parte do vocabulário de muitos teóricos da linha democrática radical. Por certo que proposições como as de Rousseau e Condorcet foram pensadas para outros momentos históricos e não podem ser simplesmente transportadas para o contexto contemporâneo. Não obstante, trata-se de propostas concretas que nem ao menos são pensadas como ponto de partida para uma nova arquitetura constitucional que garanta o exercício pleno da soberania pelo povo.

Alguns pensadores, todavia, procuram trazer um elemento de *design* constitucional para suas teorias, apresentando caminhos e propostas de como viabilizar a participação popular em decisões importantes da esfera pública. Nessa senda, pode-se citar Roberto Mangabeira Unger.

O teórico brasileiro argumenta que há dois grandes impulsos que motivam uma alternativa constitucional democratizante. O primeiro deles é o compromisso de introduzir na prática da democracia representativa elementos de democracia direta. A disputa sobre os usos do poder governamental deve assumir uma forma que evite que a vida imaginativa da nação seja controlada pelos interesses específicos de grupos determinados. Para tanto, é preciso que, ao contrário das formas tradicionais de plebiscitarianismo populista, a auto-organização independente da sociedade civil seja incentivada<sup>456</sup>.

O segundo impulso diz respeito a uma necessidade de aceleração da política, oferecendo soluções rápidas para aquilo que ele chama de impasses inibidores. Esses impasses decorrem dos vetos formais que ramos independentes do governo impõem uns aos outros ou de vetos informais que poderes independentes da sociedade impõem às ambições transformadoras na política. Essas situações devem

---

que a proposta deveria ser levada adiante, as demais assembleias primárias de uma determinada divisão territorial seriam convocadas. Caso a maioria dessas assembleias aprovasse o projeto, as assembleias primárias de toda uma região seriam convocadas. Se a proposta contasse com apoio majoritário também dessas assembleias, o Poder Legislativo deveria analisar a proposta em seu mérito. Caso os legisladores rejeitassem a proposta, ainda seria possível convocar todas as assembleias primárias do país, bem como chamar novas eleições legislativas. Ademais, as assembleias primárias teriam o direito de requisitar aos legisladores a convocação da Convenção Nacional para revisar a Constituição vigente, por meio de um processo semelhante ao narrado acima.

<sup>455</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>456</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracia realizada – a alternativa progressista*. Trad. Carlos Graieb, Marcio Grandchamp e Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999, p. 168.

ser resolvidas pelo engajamento do eleitorado, acelerando a política, portanto, a partir da conjugação da democracia direta e representativa<sup>457</sup>.

Nesse sentido, Mangabeira Unger aduz que uma estrutura constitucional projetada para acelerar a política e favorecer uma prática frequente de reformas básicas de cunho experimentalista pressupõe um forte elemento plebiscitário combinado com uma ampla faixa de canais para a representação política da sociedade. Tais reformas devem contar com prioridade sobre a legislação ordinária e precisam ser aceitas, negociadas ou rejeitadas rapidamente. Se os órgãos representativos como a Presidência ou o Parlamento não estão de acordo quanto ao teor da reforma, o povo pode ser chamado para decidir. Se os poderes políticos do Estado não conseguem chegar a um acordo quanto à realização de plebiscitos e referendos ou se essas consultas não apresentam um resultado conclusivo, eleições simultâneas para todos os setores do governo podem ser convocadas. De acordo com o autor, essa proposta procura acelerar o experimentalismo democrático, facilitando a prática reiterada de reformas radicais por meio da mudança constante das instituições<sup>458</sup>.

De fato, a proposta de Unger é calcada na participação popular como meio de resolução de impasses entre os poderes instituídos, garantindo ao povo, nessas situações, a palavra final por meio da utilização de mecanismos como os plebiscitos e referendos. Inobstante se trate de uma proposição que procura realizar efetivamente a participação popular, verifica-se que ainda conta com algum grau de abstração, na medida em que seria necessário definir que tipos de impasses são esses que legitimam a atuação popular. Ainda, carece de definição qual seria o *status* jurídico do voto popular, isto é, se seria equiparado à emenda constitucional ou cumpriria a função de lei ordinária. Mais importante que tudo isso, no entanto, a proposta desenvolvida pelo professor brasileiro parece deixar aos poderes constituídos a faculdade de convocar a deliberação popular, o que não se adéqua precisamente ao conceito de constitucionalismo fraco, uma vez que, nessa perspectiva, em se tratando de decisões fundamentais da Constituição, não caberia às instituições a decisão sobre chamar ou não o povo ao debate. O povo necessariamente deve decidir sobre esses temas, uma vez que somente ele detém legitimidade democrática para alterar as

---

<sup>457</sup> *Idem*.

<sup>458</sup> *Ibidem*, p. 208.

decisões fundamentais estabelecidas outrora. Sem embargo, a proposta de Mangabeira Unger, da forma como apresentada, parece ser valorosa para a também necessária democratização da democracia de primeiro grau, ou seja, aquela atrelada à governança diária. Ademais, a perspectiva experimentalista, que permite e incentiva constantes reformas na estrutura constitucional, é fundamental para a efetivação do constitucionalismo fraco.

De toda sorte, as teorizações do brasileiro colocam em pauta uma primeira problemática que diz respeito à convocação dos debates públicos. Conforme visto anteriormente, utiliza-se a definição de Yaniv Roznai para caracterizar os assuntos que determinam decisões fundamentais da Constituição. Assim, sempre que algum desses temas entrar na agenda pública, qualquer decisão efetiva sobre eles deverá ocorrer mediante participação popular efetiva. Sempre, portanto, que houver propostas concretas de alteração das decisões fundamentais, é dever dos poderes instituídos conclamarem a deliberação popular. Aqui o Poder Judiciário pode cumprir a importante função de barrar qualquer proposta de modificação fundamental que não tenha sido encaminhada ao debate popular.

Há, no entanto, assuntos que adentram a agenda política da comunidade, mas não contam com propostas efetivas de alteração do texto constitucional, o que isentaria os poderes democráticos constituídos de conclamar o povo à decisão. Nesses casos, contudo, sempre deve remanescer a possibilidade dos cidadãos, por meio de petição pública consignada por um número determinado de pessoas, requererem o chamamento do debate e decisão populares, devendo aos poderes instituídos dar cumprimento ao desígnio popular. Tal possibilidade, consoante se verá adiante, é mecanismo expresso de algumas constituições latino-americanas. Em qualquer hipótese, todavia, a primeira decisão a ser tomada pelo povo diz respeito a sua vontade efetiva ou não de deliberar sobre o assunto em pauta. Tal decisão poderá vir acompanhada, se for o caso, da eleição de uma assembleia extraordinária que guiará o procedimento de escolha popular e informará o debate.

Outros autores que procuram viabilizar a efetiva participação direta do povo nos assuntos públicos da comunidade são Bruce Ackerman e James Fishkin a partir da proposta de “Dia da Deliberação” (*Deliberation Day*). Pensando no contexto estadunidense, os autores imaginam um novo feriado nacional, que ocorreria uma semana antes das eleições majoritárias nacionais, em que os cidadãos seriam

chamados a discutir as questões principais em pauta nas campanhas presidenciais do momento<sup>459</sup>.

Em uma apertada síntese, de acordo com os teóricos, o “dia”, seria dividido em quatro segmentos de deliberação. Primeiramente, os cidadãos seriam randomicamente divididos em grupos de 15 pessoas que, em conjunto, assistiriam a um debate televisivo ao vivo entre os principais candidatos, cujas regras seriam pensadas para permitir que as propostas essenciais de cada um dos concorrentes fossem exploradas<sup>460</sup>. Findado o debate, esse pequeno grupo de cidadãos apresentaria suas conclusões e dúvidas sobre os candidatos e escolheriam um membro que levaria essas sínteses a um grupo maior, formado por 500 cidadãos. Nessa assembleia mais ampla, representantes dos partidos em disputa responderiam aos questionamentos levantados nos grupos menores acerca do debate<sup>461</sup>. Ao fim dessa sessão, os delegados retornariam aos grupos menores e apresentariam as respostas fornecidas pelos representantes dos partidos, instigando os membros do grupo expressarem suas considerações sobre essas respostas<sup>462</sup>. Qualquer eleitor poderia participar desse processo deliberativo, pelo qual receberia 150 dólares como retribuição, condicionado ao comparecimento às urnas na semana subsequente ao dia da deliberação<sup>463</sup>.

A proposta de Ackerman e Fishkin é de todo interessante, uma vez que promove uma atuação ativa do eleitorado na definição dos caminhos políticos da comunidade e lembra, de certa forma, a proposta clássica desenvolvida por Condorcet acerca das assembleias primárias<sup>464</sup>. Apesar disso, tal como a proposta de Unger, a estrutura desenvolvida pelos autores americanos parece se adequar mais à democracia de primeiro grau, que diz respeito ao governo cotidiano. De toda forma, ela traz uma perspectiva extremamente relevante, que diz respeito ao caráter deliberativo que as decisões populares devem assumir, de modo que a participação do povo não se resuma ao preenchimento de uma cédula ou a apertar alguns botões na urna.

---

<sup>459</sup> ACKERMAN, Bruce; FISHKIN, James S. Deliberation Day. *The Journal of Political Philosophy*, v. 10, n. 2, pp. 129-152, 2002, p. 129.

<sup>460</sup> *Ibidem*, p. 135-136.

<sup>461</sup> *Ibidem*, p. 136-137.

<sup>462</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>463</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>464</sup> Ver nota de rodapé nº 454.



Precisamente nesse sentido se mostram relevantes as teorizações de Christopher Zurn. O teórico parte do pressuposto de um constitucionalismo democrático deliberativo, ou seja, os mecanismos para alteração democrática da Constituição devem ser sistematicamente conectados a um debate público que seja aberto, inclusivo, diversificado e deliberativo, de modo a promover uma ampla participação popular que resulte em um processo qualificado de informação da opinião pública<sup>465</sup>.

Para tanto, é preciso que os cidadãos se sintam como coautores da legislação e da Constituição que a eles se aplica e isso somente é possível a partir da noção de igualdade política, segundo a qual todos têm oportunidades significativamente iguais de influenciar o processo de criação legislativa. Essa atuação dos cidadãos como coautores da Constituição, todavia, não pode se encerrar em um momento original e revolucionário. É necessário que se garanta ao povo a possibilidade constante de revisar sua Constituição, mesmo e, sobretudo, em seus princípios mais básicos<sup>466</sup>. Esse processo de debate, por sua vez, deve ser tomado em uma perspectiva deliberativa, trazendo à baila diversas razões e divergências, não para se buscar o falacioso consenso racional de perspectivas diametralmente opostas, mas para informar a opinião pública e disputar o convencimento das maiorias, de modo que a atuação do povo vá além de um papel exclusivamente binário, dizendo sim ou não, isso ou aquilo, a propostas já colocadas<sup>467</sup>.

Zurn, nesse sentido, apresenta algumas ideias de como viabilizar essa participação ativa e direta do povo nos debates acerca dos sentidos da Constituição. Para o autor, a ideia de assembleias populares periódicas abrangeria quase todos os pressupostos do constitucionalismo democrático deliberativo. Com efeito, a ideia de coautoria estaria satisfeita na medida em que todos os cidadãos estariam diretamente envolvidos no processo de criação e recriação constitucional. Igualmente, o pressuposto de igualdade política também estaria contemplado, uma vez que todos os cidadãos teriam a oportunidade de influenciar o processo de produção constitucional a partir de seu voto. Haveria, no entanto, dois problemas: grandes

---

<sup>465</sup> ZURN, Christopher. Democratic constitutional changes: assessing institutional possibilities. In: *Anais do I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política: o futuro do constitucionalismo: perspectivas para a democratização do Direito Constitucional*. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (org.). Belo Horizonte: Initiavia Editora, 2014, p. 3. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2630363>>.

<sup>466</sup> *Ibidem*, p. 4-5.

<sup>467</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. *Weak constitutionalism...* *Op. cit.*, p. 62.

referendos, ao menos a princípio, não parecem privilegiar uma perspectiva deliberativa do debate público, além disso, a operacionalização de um sistema periódico de grandes assembleias populares seria muito complexa e custosa<sup>468</sup>.

Em vista da dificuldade deliberativa, Zurn propõe um sistema de assembleias constituintes extraordinárias. De fato, mais do que igual poder de voto, a perspectiva deliberativa coloca ênfase no acesso de todos ao processo de informação do debate e valoração das propostas em jogo, criando uma responsividade acerca das razões do debate público<sup>469</sup>. Como, portanto, estabelecer um procedimento decisório que não foque exclusivamente no voto de cada cidadão, mas também nas suas razões de decidir? É nesse contexto que o teórico aborda a ideia de assembleias constituintes. Essas assembleias, contudo, não podem ser formadas a partir das legislaturas já existentes. Isso porque o jogo político ordinário costuma ser viciado, de modo que não haveria uma verdadeira deliberação entre os constituintes, que se oporiam uns aos outros em razão de rivalidades políticas e partidárias. Assim, essas assembleias constituintes devem ser eleitas exclusivamente para decidir sobre a proposta de alteração constitucional em tela. Zurn acredita que essa proposta privilegia a deliberação na medida em que representantes eleitos com este fito atuarão de modo mais focado, discutindo os efeitos da alteração constitucional. Além disso, considerando que não serão reeleitos, não há o risco de se tomar posicionamentos com fins exclusivamente eleitoreiros. Por fim, considerando uma sistemática de escolha dos constituintes que homenageie a representação de diversos setores da sociedade, os constituintes serão mais abertos a debater honestamente os diversos pontos de vista que surgirem<sup>470</sup>. As eventuais decisões tomadas por essas assembleias constituintes devem passar por referendo popular de modo a abranger todos os pressupostos do constitucionalismo democrático deliberativo.

Quanto à operacionalidade dessa proposta, cumpre ressaltar que, na perspectiva do constitucionalismo fraco, essa necessidade de discussão ampla e direta pelo povo deve se dar nos debates que envolvam as decisões políticas fundamentais da comunidade. Tais temas não estão constantemente em pauta, ao contrário, costumam ser questionados em momentos excepcionais de política

---

<sup>468</sup> ZURN, Christopher. Democratic constitutional changes... *Op. cit.*, p. 8-9.

<sup>469</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>470</sup> *Ibidem*, p. 117.

constitucional. Em assim sendo, não se sustenta o argumento de inviabilidade prática da proposta, visto que a obrigação de chamar o povo para a deliberação e decisão pública não aconteceria com uma frequência tão grande que impedisse o uso do mecanismo participativo.

Essa noção de assembleias extraordinárias convocadas para deliberar sobre alterações específicas na Constituição encontra esteio na teorização de Colón-Ríos. Para além dos argumentos já analisados a partir de Zurn do porque essas assembleias não podem ser formadas pelas legislaturas já existentes, o autor porto-riquenho traz mais um motivo fundamental: pode ser que uma das mudanças que o povo pretenda realizar diga respeito, justamente, às legislaturas existentes<sup>471</sup>. De fato, a ideia de criação de uma assembleia constituinte a partir de um referendo popular que escolhe os constituintes parece ter muito mais a ver com a manifestação do poder constituinte do que as legislaturas ordinárias atuando em profundas alterações constitucionais<sup>472</sup>.

Aqui se retorna ao tema da convocação dessas assembleias extraordinárias que deliberarão sobre as decisões fundamentais da Constituição. Para além dos próprios cidadãos, não parece haver problema que as instituições existentes como o próprio Parlamento ou a Presidência proponham alterações fundamentais na Constituição, que deverão ser encaminhadas aos cidadãos. Em qualquer hipótese, todavia, a instalação de uma assembleia constituinte extraordinária deverá ser referendada pelo povo, a quem cabe, em primeira análise, decidir se efetivamente quer colocar o tema proposto em discussão<sup>473</sup>. Essa análise de conveniência pode se dar em concomitância com a eleição<sup>474</sup> de eventuais constituintes, se assim for do interesse dos cidadãos. Também, em homenagem ao princípio da participação popular, mostra-se fundamental que, uma vez instalada a assembleia constituinte

---

<sup>471</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. *Weak constitutionalism...* *Op. cit.*, p. 159.

<sup>472</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>473</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>474</sup> Fala-se normalmente em eleição de constituintes, mas existem outras formas de selecionar representantes que atuarão em nome do povo. Uma possibilidade, por exemplo, é a utilização do sorteio. Com efeito, a utilização do método randômico de seleção de representantes era muito comum na Antiguidade clássica e mesmo no Medievo. Mais tarde, o sorteio foi caindo em desuso, sobretudo pelo risco que implicava, afinal o acaso poderia garantir que pessoas de camadas muito mais baixa ascendessem ao governo, o que provavelmente não ocorreria a partir de eleições tradicionais. Para uma análise acurada acerca das relações entre o método aleatório e a democracia, Cf. SINTOMER, Yves. *O poder ao povo: júris de cidadãos, sorteio e democracia participativa*. Trad. André Rubião. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

extraordinária e tendo ela deliberado sobre o tema em específico, qualquer decisão tomada seja levada ao escrutínio popular. Nessa proposta, portanto, ao povo, em sua totalidade, cabe a palavra inicial e a palavra final sobre as propostas de alteração das decisões fundamentais que informam a Constituição.

Importante ressaltar que as assembleias, para além de deliberarem internamente sobre a proposta de alteração da Constituição, devem ter por função informar e qualificar o debate público, de modo que a decisão posterior do povo, referendando ou não a proposta dos constituintes, seja tomada de modo mais consciente possível. Nesse sentido, não apenas é necessário que as discussões da assembleia sejam amplamente divulgadas e esclarecidas, é também fundamental que a assembleia forneça canais constantes de diálogo com o restante dos cidadãos, recebendo sugestões e considerando propostas externas. Desse modo, permite-se que o povo também tome parte na deliberação<sup>475</sup>. Nesse esforço de esclarecimento da opinião pública, poderia se pensar, inclusive, em uma sistemática similar àquela desenvolvida por Ackerman e Fishkin, vista anteriormente, acerca do “Dia da Deliberação”, permitindo ao povo discutir entre si as sugestões de alteração que se colocam na mesa.

De modo semelhante a Zurn, o próprio Colón-Ríos traz uma proposta interessante de viabilização da participação popular. Muito embora a proposta original do autor diga respeito à atuação diante de decisões polêmicas das Supremas Cortes, é possível adaptá-la a um contexto mais amplo. Com efeito, o teórico porto-riquenho apresenta a ideia de uma Assembleia Não-Constituinte, ativada pelo próprio povo ou pela Legislatura, encarregada de deliberar acerca de decisões judiciais controversas e com poderes para apresentar propostas concretas de reforma constitucional ao

---

<sup>475</sup> Um exemplo muito interessante de intenso diálogo entre a assembleia constituinte e o povo se deu no processo constituinte da Islândia em 2011. O Conselho Constitucional Islandês, desde a sua primeira reunião, decidiu por dar ampla divulgação as suas decisões. Todas as reuniões tiveram transmissão simultânea na internet e as deliberações eram diariamente postadas no site do Conselho para o acompanhamento do restante da população. Igualmente, abriram-se canais para que a população enviasse propostas. Neste influxo, por meio do site do Conselho e das redes sociais como o *Facebook* e o *Twitter*, os membros do Conselho Constitucional receberam mais de 3.600 comentários acerca da Constituição e da sua redação, além de mais de 370 sugestões formais de dispositivos constitucionais. Cf. SERENATO, Mauricio Wosniaki. *Evento, poder constituinte e democracia: uma análise a partir do caso islandês*, 2015, UFPR, Trabalho de Conclusão de Curso, 117 f. (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

eleitorado<sup>476</sup>. Não obstante, na proposta original, justamente por se tratar de uma Assembleia Não-Constituinte, não se poderia versar sobre decisões fundamentais.

Para o autor, tanto na hipótese de convocação pelo Parlamento ou pelo povo, mediante petição pública assinada por número determinado de cidadãos, a efetiva instalação da assembleia deveria ser precedida de referendo popular que decidiria sobre a conveniência da deliberação pública sobre o tema.

De modo a impedir que a Assembleia seja dominada por políticos e partidos tradicionais, Colón-Ríos propõe que seja requisito aos delegados da Assembleia não terem exercido cargo público representativo no passado e que não possam ocupar esse tipo de cargo em um futuro próximo<sup>477</sup>. Tal proposta guarda relação com a ideia de Zurn de que as assembleias extraordinárias não podem ser formadas por membros das Legislaturas. Dessa forma, procura-se afastar desse momento político excepcional os vícios comuns da política tradicional, evitando, em alguma medida, as barganhas políticas e disputas de interesses. Ressalte-se, ademais, que mesmo a eleição de membros para compor as Assembleias se configura apenas como um dos mecanismos possíveis de seleção, existindo outros dispositivos, como o sorteio<sup>478</sup>, que também poderiam cumprir importante função na inibição de vícios comuns do meio político tradicional.

Uma vez convocada a Assembleia Não-Constituinte, deliberar-se-ia acerca da decisão judicial em questão, podendo-se alterar o sentido da disposição constitucional pertinente, por meio de uma emenda constitucional, ou confirmar a decisão da Corte. Em todos os casos, o parecer da Assembleia deveria ser ratificado (ou não) por meio de referendo popular. Sublinhe-se, ainda, que desde o referendo para a ratificação da convocação da Assembleia, passando por seu funcionamento interno, até o referendo de ratificação do resultado proposto, todas as decisões devem ser adotadas por maioria simples, afastando qualquer necessidade de supermaiorias<sup>479</sup>.

De fato, a proposta de Colón-Ríos para deliberação popular acerca de decisões controversas adotadas pelas Supremas Cortes, tomada em conjunto com as

---

<sup>476</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. *La Constitución de la democracia*. Op. cit., pos. 3030-3036.

<sup>477</sup> *Ibidem*, pos. 3084.

<sup>478</sup> Ver nota de rodapé nº 474.

<sup>479</sup> *Ibidem*, pos. 3095.

teorizações de Christopher Zurn, pode ser adaptada para um contexto mais amplo que abranja o âmago da ideia de constitucionalismo fraco.

Assim, a convocação do povo poderia se dar pelo mecanismo já explicitado anteriormente, seja por atuação direta dos poderes instituídos quando diante de propostas concretas vindas de seus membros para alteração de decisões fundamentais da Constituição, ou por requisição popular calcada em petição pública. Em todas as situações, a instalação de assembleia extraordinária depende de aprovação popular em referendo ratificador, que pode se dar em concomitância com a escolha dos membros da assembleia. Nesse influxo, o povo poderia escolher entre não instalar a assembleia ou permitir sua instalação e já nesse ato escolher seus membros.

A perspectiva de impedir de concorrer ao posto de constituintes extraordinários pessoas que já tenham exercido cargos eletivos e impedi-las de exercer funções públicas por um período futuro parece de todo interessante e perfeitamente aplicável às assembleias extraordinárias<sup>480</sup>. Note-se que tal medida não representa violação do princípio da participação popular na medida em que os políticos tradicionais não estariam aliçados de participarem do processo constituinte, visto que teriam voto garantido tanto no referendo inicial quanto no final do processo e poderiam, sem dúvida, apresentar propostas à assembleia extraordinária. A medida tem como objetivo, por sua vez, privilegiar um espaço aberto e honesto de deliberação pública, de modo que as divergências, nas palavras de Waldron, sejam de boa-fé e não direcionadas por interesses partidários ou oligárquicos. Assim, procura-se homenagear a deliberação popular efetiva.

Observe-se ainda que a seleção dos constituintes extraordinários poderia seguir alguns parâmetros de modo a garantir a representatividade de setores da comunidade. Tais parâmetros, inclusive, poderiam se amoldar às pautas em

---

<sup>480</sup> Aqui, novamente, o processo constituinte islandês traz um bom exemplo de viabilização da proposta. Para concorrer ao posto de constituinte islandês não era preciso vinculação a qualquer partido político. Bastava que o nome do concorrente fosse referendado por outros 30 cidadãos do país. Embora não houvesse impeditivo formal para a participação de políticos de carreira no processo constituinte, os membros dos partidos da Islândia se afastaram voluntariamente do pleito. Cf. SERENATO, Mauricio Wosniaki. *Evento, poder constituinte e democracia: uma análise a partir do caso islandês*. *Op. cit.* De toda sorte, acredita-se conveniente o impedimento formal de políticos tradicionais de atuarem como constituintes. Não se ignora que mesmo nesse contexto poderia haver influência dos partidos na assembleia extraordinária, de toda forma, uma influência difusa sobre alguns membros da assembleia ainda seria menos nociva que a atuação direta de grupos oligárquicos.

discussão, de modo a garantir que os grupos afetados pela proposta de alteração sejam privilegiadamente ouvidos no debate público que precede a decisão<sup>481</sup>.

Uma vez formada, a assembleia extraordinária teria a função não apenas de deliberar sobre o tema, mas também de informar o restante da população sobre o debate em tela. Assim, caberia à assembleia não apenas formular as propostas que seriam apresentadas ao povo para decisão direta, mas garantir que tais propostas sejam devidamente esclarecidas. Para tanto, a incessante interlocução dos constituintes extraordinários com o povo é fundamental, recebendo sugestões e apresentando respostas às dúvidas da população. Reitera-se, nesse ponto, que *desings* de deliberação como aquele constante na proposta de “Dia da Deliberação” podem ser úteis no esclarecimento da opinião pública.

Aqui, por cautela, é importante ressaltar que a soberania constituinte pertence ao povo como um todo. A assembleia extraordinária recebe uma delegação do poder constituinte para operacionalizar o debate, mas fica adstrita à delegação que recebeu. Nessa toada, o referendo final, que decidirá entre as propostas apresentadas, servirá de controle da atuação da assembleia.

Este último passo, portanto, determinará o fim do processo extraordinário de reforma constitucional. Caso o povo, em referendo final, concorde com a alteração da decisão fundamental, o texto constitucional será alterado nos termos da proposta assembleia extraordinária, para fazer valer a vontade do titular do poder constituinte originário. Note-se que, tal como na proposta de Colón-Ríos sobre as Assembleias Não-Constituintes, nas assembleias constituintes extraordinárias também todas as decisões são tomadas por maioria simples. Em se tratando de manifestação do poder constituinte originário, qualquer maioria qualificada determinaria uma inadmissível preferência por uma das propostas em discussão.

Por certo, a proposta de operacionalização acima delineada é necessariamente um esboço que somente pode se aperfeiçoar diante de um pulsante experimentalismo institucional, tal como preconizado por Mangabeira Unger. Conforme já estabelecido, o foco do presente trabalho está na justificação do

---

<sup>481</sup> Tais parâmetros para a formação da assembleia devem estar dispostos já momento da convocação popular. Pode-se creditar aos poderes instituídos a responsabilidade de estabelecer tais critérios, ou ainda, a petição pública que requer a convocação constituinte poderia também versar sobre os parâmetros para a seleção da assembleia.

constitucionalismo fraco. Inobstante, o esforço de concretização também se mostra relevante, motivo pelo qual, com baliza nas propostas de Zurn e Colón-Ríos, apresentou-se um possível caminho a ser seguido. De toda sorte, a concretização deste roteiro operacional ainda depende de mais algumas reflexões teóricas.

Não se olvida, que, para além de eventuais óbices procedimentais que poderiam se opor, existem limitações materiais ao alcance dessa proposta, mormente em países tão desiguais, seja do ponto de vista econômico ou educacional, quanto o Brasil. De fato, como bem aponta Gilberto Bercovici, as limitações à manifestação plena e popular do poder constituinte muitas vezes são de ordem concreta e estrutural. Ele é limitado pelas condicionantes culturais, históricas e materiais em que se encontra. Nesse contexto, em democracias periféricas como a brasileira há uma soberania bloqueada que impede sua manifestação em plenitude<sup>482</sup>. Sem embargo disso, não parece que a solução adequada seja apostar no elitismo e restringir a participação popular nos momentos de política constitucional. Não se pode esperar que os severos problemas econômicos e sociais do Brasil sejam resolvidos para só então dar ao povo o controle da Constituição. De modo oposto, é somente garantindo poder ao povo que se pode pensar na superação das drásticas adversidades que se enxergam no contexto brasileiro. O desafio é tornar a Constituição acessível para todos, de modo que possam formar sua opinião e tomar o documento constitucional para si. Isso só é possível, ao seu turno, com uma ampliação democrática, jamais com a restrição do debate público por temor daquilo que o povo possa decidir.

Nessa toada, é interessante observar que alguns países latino-americanos, com realidades semelhantes à brasileira, se apresentam como os modelos mais próximos existentes de um constitucionalismo fraco. A Constituição da Colômbia de 1991 é um primeiro exemplo, seja pela forma como surgiu, seja pelos dispositivos que privilegiam a participação popular que trouxe a efeito. Conforme relata Rubén Martínez Dalmau, a Constituição colombiana de 1991, diferentemente das outras, surgiu da ativação direta do poder constituinte, mormente após a agitação social decorrente da movimentação política de professores e alunos no país. Desse processo surgiu uma Constituição que ampliou significativamente os mecanismos de democracia participativa, por exemplo, a partir da adoção da possibilidade de revogação do

---

<sup>482</sup> BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 305-325, 2013, p. 315-316.



mandato para alguns cargos públicos<sup>483</sup>. Em verdade, a Constituição colombiana foi a pioneira desse movimento que ficou conhecido como “novo constitucionalismo latino-americano”.

As Constituições da Venezuela, Equador e Bolívia, no entanto, são aquelas que mais se aproximam do ideal de um constitucionalismo fraco. Com efeito, a Constituição venezuelana adotada em 1999 representou um avanço democrático no país e na região, sobretudo em razão da inclusão de mecanismos de democracia participativa. O artigo 340 e seguintes da Constituição de 1999 determinam a necessidade de realização de referendos em caso de alteração constitucional, seja total ou parcial<sup>484</sup>. Há, inclusive, dispositivo que permite apresentação de proposta de emenda popular que conte com o apoio de 15% da população venezuelana.

De modo semelhante, no caso equatoriano, não só povo pode ativar diretamente o poder constituinte, como a Constituição não pode ser modificada sem aprovação popular em referendo. O poder de reforma, contudo, exercido pelos parlamentares equatorianos, pode incidir sobre os dispositivos da Constituição que não digam respeito a sua estrutura fundamental, ou aos elementos constitutivos do Estado ou ainda de modo que não determine restrições a direitos e garantias fundamentais<sup>485</sup>.

A Constituição da Bolívia talvez seja ainda mais próxima a um modelo de constitucionalismo fraco. Determina seu artigo 411 que a reforma total da Constituição ou aquela que diga respeito a suas bases fundamentais, aos direitos, deveres e garantias fundamentais ou, ainda, à primazia ou reforma da Constituição somente poderá ser adotada por meio de uma Assembleia Constituinte, ativada por vontade popular decorrente de referendo. A convocatória do referendo, por sua vez, se realizará por iniciativa cidadã, com assinatura de pelo menos 20% do eleitorado, ou por iniciativa do Congresso ou da Presidência do Estado. As decisões tomadas pela Assembleia Constituinte deverão ainda passar por referendo constitucional

---

<sup>483</sup> DALMAU, Rubén Martínez. Asembleas constituintes e o novo constitucionalismo em América Latina. *Tempo Exterior*, Galícia (Espanha), n° 17, xullo/dezembro, pp. 5-17, 2008, p. 9-10.

<sup>484</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>485</sup> *Ibidem*, p. 14.

aprobatório. Mesmo reformas parciais que não digam respeito às bases fundamentais da Constituição necessitam de referendo ratificador<sup>486</sup>.

Percebe-se, com efeito, que a Constituição boliviana traz em seu texto a diferenciação entre alterações ordinárias e fundamentais da Constituição, determinando que alterações constitucionais de caráter fundamental não podem ocorrer por meio dos mecanismos ordinários de reforma constitucional<sup>487</sup>. Tal concepção configura um dos elementos centrais do constitucionalismo fraco, conforme analisado, de modo que a Constituição da Bolívia pode ser considerada como aquela que mais se aproxima do ideal estudado nesse trabalho.

De toda sorte, as Constituições latino-americanas analisadas, de modo geral, demonstram que a proposta do constitucionalismo fraco, ainda que possa parecer radical tanto em sua teoria quanto em sua prática, nada tem de infactível. É possível desenvolver um *design* constitucional que permita uma abertura do texto constitucional para a participação popular. Evidentemente isso não significa que as Constituições do Equador, Venezuela e mesmo da Bolívia engendram em plenitude um modelo de constitucionalismo fraco ou que devem necessariamente ser colocadas como padrões a serem seguidos. A possibilidade de constante reinvenção, com avanços e retrocessos, dessas constituições, no entanto, é o que conforma o elemento central da proposta que foi defendida.

O que a realidade desses países latino-americanos revela, contudo, é que é possível democratizar o constitucionalismo e torná-lo mais acessível aos cidadãos, mesmo em contextos periféricos. Para tanto, é preciso abandonar o medo e fazer uma aposta séria e comprometida na capacidade do povo de resolver seus conflitos e manejar sua Constituição.

---

<sup>486</sup> BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado*. Ciudad de El Alto de La Paz: Gaceta Oficial, 2009, 107 p.

<sup>487</sup> COLÓN-RÍOS, Joel. *Weak constitutionalism...* *Op. cit.*, p. 162.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de tudo que foi analisado é possível fazer uma aposta na necessidade e viabilidade do projeto de um constitucionalismo fraco, mormente em contextos como o brasileiro? O presente trabalho procurou demonstrar que, ainda que se discorde do modelo ora apresentado, é preciso repensar a relação do povo com sua Constituição.

De fato, em um paradigma de democracias constitucionais tomadas pelo medo da participação popular, retornar às bases da teoria do poder constituinte, da legitimidade da representação e da soberania popular se mostra como provocação necessária para desestabilizar um consenso elitista cada vez mais imponente de que a política e a Constituição pertencem apenas àqueles que têm título para governar e não a todos.

Precisamente em razão disso, o objetivo principal da pesquisa foi trazer a lume uma justificção da necessidade, se não de um constitucionalismo fraco, ao menos de uma relação mais próxima e direta entre a Constituição e o titular do poder constituinte originário. Se a conclusão geral da obra tem como esteio essa pulsão de aproximação entre aqueles que constituem e aquilo que é constituído, podem-se citar ao menos dez conclusões específicas que procuram demonstrar como e porque isso é importante. Essas conclusões específicas estão elencadas a seguir:

1) As tensões entre constitucionalismo e democracia não podem ser resumidas, tão somente, a uma disputa entre Cortes e Parlamento acerca de qual instituição detém a última palavra acerca da construção de sentidos da Constituição. Inobstante essas instituições cumpram papel inegavelmente relevante, não podem ser consideradas as intérpretes por excelência da Constituição, visto que suas competências interpretativas ou modificativas do texto constitucional são outorgadas pelo poder constituinte originário, este sim, plenamente legitimado para manejar a Constituição do modo que lhe aprouver.

2) A teoria do poder constituinte originário pode se apresentar como boa mediadora para as tensões entre constitucionalismo e democracia na medida em que, garantindo ao povo, titular do poder constituinte, a verdadeira última palavra sobre a Constituição, acaba-se por aprofundar a democracia por meio de uma radicalização positiva, ao mesmo tempo em que se ressignifica o constitucionalismo, fazendo-o não

sinônimo puro e simples de limitação, mas considerando-o como meio de proteção às decisões fundamentais tomadas pelo povo diante de intentos usurpadores de instituições que carecem de legitimidade para tanto. Isso só é possível, todavia, se o poder constituinte for atrelado à ideia de soberania popular, de modo que possa ser exercido a qualquer tempo, sem necessidade de uma justificação moral para sua manifestação.

3) A proposta de constitucionalismo fraco parece tomar com seriedade a perspectiva mediadora do poder constituinte. De fato, a construção teórica do constitucionalismo fraco inclui a manifestação do poder constituinte, com toda sua radicalidade e potência, na vida democrática da comunidade. Tomando por base a ideia de uma democracia multidimensional e, ainda, levando em consideração a ideia de Constituição como núcleo de decisões fundamentais tomadas pela comunidade, torna-se não só possível, mas também necessário, que o povo se manifeste e decida sobre os aspectos mais essenciais que conformam sua identidade política. Com isso, não se pretende domesticar ou neutralizar o poder constituinte, pelo contrário, o princípio da abertura demonstra que não há limitação – exceto aquela própria à manutenção deste mesmo princípio e da ideia de participação popular – à amplitude das mudanças engendradas pelo povo em sua Constituição, ao mesmo tempo em que o princípio da participação popular resgata uma concepção clássica de democracia e soberania popular.

4) A possibilidade constante de atuação do poder constituinte originário na vida democrática da comunidade e a necessidade de sua manifestação quando decisões fundamentais estão em pauta limitam a amplitude do exercício do poder reformador. Isso porque os representantes eleitos, que exercem o poder de reforma, não podem, sobretudo nesses momentos de política constitucional, quando a identidade da Constituição é colocada em discussão, falar genuinamente em nome do povo. Tal como preconizado por Bruce Ackerman, a representação não pode assumir um caráter de sinédoque, quando a parte (representantes) procura se mostrar como o todo (povo). A noção de representação que melhor se adequa à ideia de democracia multidimensional e ao conceito de constitucionalismo fraco, portanto, é a de representação semiótica, em que os representantes sabem que não falam genuinamente em nome do povo. Essa concepção lhes garante legitimidade para atuar nos momentos de política ordinária, no estabelecimento de leis infraconstitucionais ou até mesmo na alteração da Constituição em dispositivos não

atrelados a sua identidade. Nos momentos excepcionais de política constitucional, contudo, quando se decide sobre as características fundamentais da comunidade, é o titular do poder constituinte originário que deve falar de modo direto, de modo que qualquer atuação dos representantes em exercício do poder constituinte derivado deverá ser reputada como democraticamente ilegítima.

5) Não se ignora que, ao menos no contexto brasileiro, a atuação do poder de reforma em temas fundamentais da Constituição já encontra limitação expressa em função das cláusulas pétreas estabelecidas no artigo 60, § 4º, da CF. Em verdade, os dispositivos constitucionais não passíveis de emendamento delimitam, de modo explícito, algumas das decisões fundamentais da comunidade. Justamente nesse sentido, as cláusulas pétreas não podem ser entendidas como mecanismos que procuram refrear as paixões populares, mas sim, como mecanismos que protegem a identidade constitucional afirmada pelo poder constituinte originário. Isso porque é de todo incoerente com a noção de constitucionalismo fraco que se limite a possibilidade do povo alterar suas decisões fundamentais por temor das “paixões populares”. De modo diverso, quando cláusulas pétreas são entendidas como protetoras da identidade constitucional, resguarda-se a legitimidade democrática exclusiva do povo em alterar os elementos mais essenciais de sua Constituição. Ressalte-se, todavia, que não há uma identidade necessária entre o conceito de cláusulas pétreas e decisões fundamentais. É possível que algumas decisões essenciais não estejam explicitamente protegidas por cláusulas que vedam emendas e, mesmo assim, não poderão ser alteradas pelo poder constituinte derivado. As cláusulas pétreas, portanto, exercem um papel mais procedimental que substancial, na medida em que configuram um mecanismo de proteção explícita, o que não significa dizer que não possam existir decisões fundamentais que não foram textualmente abarcadas por esse aparato. Nesse sentido, a proposta de Yaniv Roznai, que identifica como elementos fundantes da identidade constitucional as decisões sobre a forma e sistema de governo, as decisões sobre a estrutura política do Estado, as decisões sobre a “ideologia fundamental do Estado”, as decisões sobre a integridade do Estado, as decisões sobre situações típicas da história e cultura constitucional local e as decisões sobre direitos fundamentais se mostra de todo adequada para a caracterização desses temas que só o povo detém legitimidade democrática para decidir.

6) Todas as decisões que, na proposta de Roznai, dizem respeito, de modo geral, à estrutura e ideologia do Estado podem ser alocadas como pautas

institucionais da Constituição e, como tal, merecem uma justificação em específico dentro do contexto de um constitucionalismo fraco. Isso se dá porque é comum que pautas atreladas ao sistema e forma de governo, modelos de justiça distributiva e demais questões referentes à maquinaria constitucional sejam tratadas como muito complexas para o debate público e deliberação popular. Diferentemente dos direitos, que envolvem concepções morais de vida, a institucionalidade constitucional não costuma despertar o mesmo interesse e reflexão. Assim, entende-se que o povo não tem capacidade para compreender e tomar as “decisões corretas” nessa seara, sendo preferível que tais discussões fiquem a cargo de especialistas. Essa perspectiva ficou evidenciada a partir da análise da discussão brasileira acerca da impossibilidade de alteração de sistema de governo via emenda constitucional. Como visto, não obstante esse debate diga respeito a uma das decisões fundamentais que informam a identidade constitucional e a despeito do povo já ter, por duas vezes, diretamente decidido sobre o tema, as atuais propostas de emenda que visam à instituição do parlamentarismo no Brasil olvidam por completo da participação popular. Se, por um lado, essa perspectiva elitista tem como causa a ação de forças oligárquicas no sentido de manter o controle sobre aquilo que Gargarella chama de casa de máquinas da Constituição, de outro, também decorre do paulatino abandono dos setores mais progressistas da sociedade da disputa da institucionalidade constitucional, concentrando-se exclusivamente na positivação de direitos. A plena efetivação de um constitucionalismo fraco depende, nessa toada, da retomada da discussão pública sobre a arquitetura constitucional e sobre sua ideologia fundante, de modo que o especialista seja apenas mais um, dentre todos, que decidirá quais instituições devem existir e como devem funcionar.

7) A justificação de um constitucionalismo fraco que incida também sobre a temática dos direitos deve refletir, necessariamente, sobre o papel contramajoritário e protetivo que as garantias constitucionais muitas vezes assumem. Essa reflexão, todavia, deve iniciar da premissa de que não existem direitos sem política. Isso significa dizer que a positivação de direitos depende, no mais das vezes, de movimentos políticos que os conquistam, de modo que o debate, na arena pública, é fundamental para que se conformem maiorias que possibilitarão a instituição dessas garantias. É preciso compreender, nesse influxo, que por vezes o governo dos homens se impõe ao governo das leis, de modo que proteções e instituições jurídicas, típicas da ordem policial, parecem inúteis diante da desestabilização causada pela

*Política*, nos termos de Rancière. De fato, não há qualquer garantia de que os resultados desses momentos puramente políticos serão positivos ou progressistas: este é o risco inerente da democracia. Igualmente, contudo, não se pode acreditar que as instituições do constitucionalismo agirão sempre em defesa das minorias. Ainda que a busca por vitórias jurídicas, nesse campo, seja relevante, é fundamental que se garantam vitórias políticas. Para tanto, há dois caminhos importantes a serem traçados: de um lado, lutar contra a privatização do espaço público, permitindo assim que os indivíduos possam participar amplamente da arena pública e serem convencidos por ela e, de outro lado, é necessário prezar para que os conflitos se deem em uma perspectiva agonística, que reconhece os antagonismos insolúveis da sociedade, mas se pauta na legitimidade da posição contrária, sem buscar sua extinção.

8) Quando se reconhece a importância e influência dos movimentos políticos e do espaço público na conformação de direitos, verifica-se também que não há qualquer motivo para se acreditar que Tribunais estejam mais aptos a defender minorias a aplicar e interpretar direitos de modo contramajoritário. De fato, as Cortes e seus juízes compõem o todo social e, como tal, são influenciados pelos debates públicos e integram as maiorias que se formam diante de pautas específicas. Não por acaso, viu-se uma série de decisões, tanto da Suprema Corte estadunidense, quanto do Supremo Tribunal Federal brasileiro que se colocaram de modo diametralmente oposto a uma interpretação contamajoritária da lei. Isso porque o contexto social e político em que essas decisões se inserem dava azo às soluções que foram adotadas. Modificada essa conjuntura, é comum que se modifique igualmente o posicionamento das Cortes. Nesse sentido, conforme analisado, muitas das decisões tidas, tradicionalmente, como exemplo de atuação contramajoritária contavam, em verdade, com amplo apoio popular. Isso demonstra que o medo contumaz da participação popular em matéria de direitos é injustificado e que trazê-los, mesmo aqueles relacionados à autonomia privada dos indivíduos, ao debate público costuma garantir resultados mais protetivos às minorias do que manejá-los exclusivamente na via judicial. Com efeito, violações de direitos podem ocorrer tanto por parte de uma atuação direta do povo, quanto da atuação dos juízes.

9) Sem embargo, o constitucionalismo fraco é compatível com instituições como o *judicial review*, cabendo às Cortes um papel preservacionista das decisões fundamentais tomadas pelo poder constituinte originário, diante de tentativas

ilegítimas de usurpação por parte de instituições representativas. Nos momentos excepcionais de política constitucional, no entanto, em que o povo entende necessário rediscutir seu rol de direitos, o Poder Judiciário não pode apresentar objeções. Isso não significa, contudo, que não exista qualquer limitação. As restrições dizem respeito, no entanto, às próprias condições de existência de um constitucionalismo fraco. Assim, propostas que pretendam esvaziar a ideia de abertura constitucional e participação popular carecem de legitimidade democrática.

10) Por fim, a viabilidade prática da proposta de constitucionalismo fraco requer um pensamento prático acerca do *design* constitucional, não se olvidando uma boa dose de experimentalismo, visto que os meios institucionais capazes de efetivar a medida ainda não estão plenamente consolidados nas democracias modernas. Contextos periféricos como o brasileiro ainda impõem mais desafios à efetivação da teoria analisada, contudo, as experiências latino-americanas do final o século XX e início do século XXI demonstram que uma aproximação maior do povo com sua Constituição não apenas é possível, como é fundamental para a criação de uma cultura democrática que favoreça uma tomada de consciência coletiva acerca das condições de realidade a que as comunidades estão submetidas.

Em verdade, não se desconhecem os desafios que a proposta abordada nesse trabalho determina. O que se pretendeu foi dirimir as principais desconfianças teóricas que poderiam se opor ao modelo de constitucionalismo fraco e, ainda que brevemente, apontar sua possibilidade de efetivação plena como, em alguma medida, já ocorre na maquinaria constitucional de países vizinhos. De toda sorte, se, de um lado, ao se examinar a ideia radical de constitucionalismo fraco é natural e mesmo importante que se pense em seus limites, sobretudo frente ao contexto brasileiro, de outro, é igualmente fundamental que se mire para suas possibilidades. Desse modo pode-se almejar uma democracia constitucional em que constitucionalismo e democracia possam estar, enfim, lado a lado.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge; London: Harvard University Press, 1991.

ACKERMAN, Bruce; FISHKIN, James S. Deliberation Day. *The Journal of Political Philosophy*, v. 10, n. 2, pp. 129-152, 2002.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 7, pp. 1359-1387, may/1997.

AMAR, Akhil Reed. Philadelphia revisited: amending the Constitution outside Article V. *The University of Chicago Law Review*, v. 55, n. 4, pp. 1043-1104, 1988.

ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

ARENDT, Hannah. *O que é política?* Trad. Reinaldo Guarany. 6.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Atas de Plenário*. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, junho de 1988.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Democracia procedimental e jurisdição constitucional. In: *Congresso Nacional do CONPEDI*, 16, 2008, Florianópolis. Anais. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 6745-6765, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 305-325, 2013.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado*. Ciudad de El Alto de La Paz: Gaceta Oficial, 2009, 107 p.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda à Constituição PEC 25/1995. Estabelece o Parlamentarismo, 16 de março de 1995. <Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD28MAR1995.pdf#page=20>>. Acessado em 12 de janeiro de 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda à Constituição PEC 245/2016. Institui o sistema de governo parlamentarista no Brasil e dá outras providências, 16 de junho de 2016. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088445>. Acessado em 12 de janeiro de 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda à Constituição PEC 309/2017. Acrescenta dispositivos aos artigos 84 e 87, e altera o art. 101, todos da Constituição Federal, para propor alterações na organização do Poder Executivo e modificar a forma de composição do Supremo Tribunal Federal, 29 de março de 2017. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2127715>. Acessado em 12 de janeiro de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Emenda à Constituição PEC 32/2015. Institui o Sistema Parlamentar de Governo e dá outras providências, 23 de março de 2015. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120242>. Acessado em 12 de janeiro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4439. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Intimados: Presidente da República, Congresso Nacional e Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 27 de setembro de 2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acessado em 02 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 153. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acessado em 02 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 186. Arguente: Democratas – DEM. Arguidos: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE, Reitor da Universidade de Brasília, Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE/UNB. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 26 de abril de 2012. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acessado em 04 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 126.292. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Autoridade coatora: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acessado em 02 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 22972 DF. Impetrantes: Jaques Wagner, Hélio Pereira Bicudo, Aurélio Chinaglia Júnior, Sandra Meira Starling e Miguel Soldatelli Rosseto. Impetrado: presidente da câmara dos deputados, presidente da comissão de constituição e justiça e de redação e presidente da comissão especial. Relator: Min. NERI DA SILVEIRA. Brasília, 18 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1687717>>. Acesso em: 12 de janeiro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 693.456/RJ. Recorrente: Fundação de Apoio à Escola Técnica – FATEC. Recorrido: Renato Barroso Barnabe e outros. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 27 de outubro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13866341>>. Acessado em 02 de fevereiro de 2019.

CAIXETA, Renato Reis. *Antonio Negri e o poder constituinte: o conceito de uma crise*. Brasília, 2016, 100 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARMO, Marcia. Como a pressão das mulheres abriu caminho para a legalização do aborto na Argentina. *BBC News Brasil*, 14 de junho de 2018. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44485436>>. Acessado em 15 de fevereiro de 2019.

CARNEIRO, Luiz Orlando. STF vai decidir se parlamentarismo pode ser adotado por emenda constitucional. *Jota*. Disponível em <<https://www.jota.info/stf-vai-decidir-se-parlamentarismo-pode-seradotado-por-emenda-constitucional>>. Acessado em 28 de setembro de 2016.

CARVALHO NETO, Melenick; PAIXÃO, Cristiano; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Constituição sem povo e o medo da democracia. *Jota*, 20 de setembro de 2018. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constituicao-sem-povo-e-o-medo-da-democracia-20092018>>. Acessado em 28 de fevereiro de 2019.

CASAGRANDE, Cássio. 'Escola sem partido' é uma forma de macarthismo barato. *Jota*, 2018. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/escola-sem-partido-e-uma-forma-de-macarthismo-barato-26112018>>. Acessado em 02 de fevereiro de 2019.

CASTORIADIS, Cornelius. The greek polis and the creation of democracy. *Graduate Faculty Philosophy Journal*, Nova Iorque, v. 9, n. 2, outono, 1983.

CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição Radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 58, dez. 2013.

CHUEIRI, Vera Karam de. O reencantamento do direito na filosofia e da filosofia no direito: Dworkin e leitura moral da Constituição. In: PERISSINOTTO, Renato Monseff; LACERDA, Gustavo Biscaia de; SZWAKO, José Leon. (Org.). *Curso livre de teoria política: normatividade e empiria*. Curitiba: Appris, 2016.

CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur Castillo de. Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. *Sequência*, Florianópolis, n. 80, pp. 123-150, dez./2018.

COELHO, Thiago de Andrade. *Poder constituinte e devir: sobre o antijuridismo na contemporaneidade*. Niterói: UFF, 2007, 116 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Departamento de Psicologia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2007.

COLÓN-RÍOS, Joel. Five conceptions of constituent power. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, v. 7, nº 31, 2017.

COLÓN-RÍOS, Joel. *La constitución de la democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, versão para Kindle.

COLÓN-RÍOS, Joel. *Living under a Constitution*. Conferência. III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política. Curitiba, Paraná, 24 de outubro de 2017.

COLÓN-RÍOS, Joel. *Weak Constitutionalism: democratic legitimacy and the question of constituent power*. Abingdon: Routledge, 2012.

CORRÊA, Michelle Viviane Godinho. Golpe Militar de 1964. *Infoescola*, 2017. Disponível em <<https://www.infoescola.com/historia/golpe-militar-de-1964/>>. Acessado em 28 de fevereiro de 2019.

COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia*. Trad. Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: Editora UFPR, 2012.

DAHL, Robert Alan. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: EDUSP, 1997.

DALMAU, Rubén Martínez. Asembleas constituintes e o novo constitucionalismo em América Latina. *Tempo Exterior*, Galícia(España), nº 17, xullo/decembro, p. 5-17, 2008.

DONNELLY, Tom. Making Popular Constitutionalism Work. *Wisconsin Law Review*, v. 2012, 159-194, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge & London: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University, 1984.

DWORKIN, Ronald. The Partnership Conception of Democracy. *California Law Review*, v. 86, iss. 3, 453-458, 1998.

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins, São Paulo: Editora UNESP, 2009.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. Does public opinion influence the Supreme Court? Possibly yes (but we're not sure why). *Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper*, Saint Louis, n. 12-05-31, pp. 263-281, mai./2012.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 88, pp. 429-469, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

GARGARELLA, Roberto. Recuperar el lugar del “pueblo” en la consitución. In: GARAGRELLA, R; ORTEGA, R. N. (coord). *Constitucionalismo progressista: retos y perspectivas*. Cidade do México: Univrsidad Nacional Autónoma de México, 2016.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Curitiba: UFPR, 2015, 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015.

HÄBERLE, Peter. The Constitutional State and its reform. *Ratio Juris: an international journal of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford, v. 13, n. 1, pp. 77-94, mar/2000.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Declaração - isto não é um manifesto*. Trad. Carlos Szlak. São Paulo: n-1 edições, 2014.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (org.). *Constitucionalismo y democracia: estudio introductorio de Alejandro Herrera M*. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999.

HUTCHINSON, Allan; COLÓN-RÍOS, Joel. Democracy and Constitutional Change (November 24, 2010). *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, No. 127, 2011; Osgoode CLPE Research Paper No. 48/2010; Victoria University of Wellington Legal Research Paper No. 16/2011.

IBOPE INTELIGÊNCIA. 62% dos brasileiros são favoráveis às cotas em universidades públicas, 2013. Disponível em <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/62-dos-brasileiros-sao-favoraveis-as-cotas-em-universidades-publicas/>>. Acessado em 04 de fevereiro de 2019.

KLARMAN, Michael J. What’s so great about constitutionalism? *Northwestern University Law Review*, n. 93, Chicago, 1998.

KORNIS, Mônica Almeida. *Parlamentarismo: sim ou não?* Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em <[https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/NaPresidenciaRepublica/Parlamentarismo\\_sim\\_ou\\_nao](https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/NaPresidenciaRepublica/Parlamentarismo_sim_ou_nao)>. Acesso em 11 de janeiro de 2019.

KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina v. 7*. Brasília: UnB, 2015.

KOZICKI, Kátya. *Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com as democracias modernas nas sociedades contemporâneas*. Florianópolis: UFSC, 2000, 266 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

KINZO, Maria D’Alva Gil. Burke: a continuidade contra a ruptura. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*, vol. 2. 11. ed. São Paulo: Ática, 2006.

KRAMER, Larry. The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy. *Stanford Public Law Working Paper*, n. 938721, 2006.

KRAMER, Larry. *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

KREUZ, Letícia Regina Camargo. *Domínio do corpo: o aborto entre leis e juízes*. Curitiba: Íthala, 2018.

KUBASKI, Derek. Proposta de barrar voto do Bolsa Família gera indignação. *Gazeta do Povo*, 11 de setembro de 2014. Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/eleicoes/2014/proposta-de-barrar-voto-do-bolsa-familia-gera-indignacao-edhzip9a6itllden6f3427ny/>>. Acessado em 15 de fevereiro de 2019.

LIMA, Jairo. *Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMONGI, Fernando Papaterra. O Federalista: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*, vol. 1. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo*. São Paulo: LeBooks, versão para Kindle.

MARIANO, Cynara Menezes. Emenda constitucional 95/2016 e o teto de gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, pp. 259-281, jan./abr. 2017.

MASCARO, Alysso Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*, vol. 1. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, Nelson Camatta; PEREIRA, Caleb Salomão. Identidade constitucional, história efetual e tensão existencial: escotose e resistência do sujeito pré-constitucional. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, v. 18, n. 7, pp. 30-48, set./dez. 2017.

MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Trad. Joaquim Coelho Rosa. Gradiva: Lisboa, 1996.

MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

MOUNK, Yascha. *The people vs. democracy: why our freedom is in danger and how to save it*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pillati. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

O GLOBO. Quase 60% dos argentinos apoiam legalização do aborto, diz pesquisa, 18 de março de 2018. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/quase-60-dos-argentinos-apoiam-legalizacao-do-aborto-diz-pesquisa-22502231>>. Acessado em 15 de fevereiro de 2019.



PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 54, n. 214, pp. 189-202. abr./jun. 2017.

PLEBISCITO de 1993. *Justiça eleitoral*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-1993/plebiscito-de-1993>>. Acesso em 12 de janeiro de 2019.

POLEWKA, Gabriele. *Liberdade religiosa x autonomia privada: a proteção (judicial) de direitos nas democracias constitucionais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2016.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Trad. Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. *Constitucionalismo brasileiro e o Atlântico Negro: a experiência constituinte de 1823 diante da Revolução Haitiana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RANCIÈRE, Jacques. *O desentendimento: política e filosofia*. Trad. Ângela Leite Lopes. São Paulo: Editora 34, 1996.

RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: princípios do direito político*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: a study of the nature and limits of constitutional amendment powers*. London: The London School of Economics and Political Science, 2014, 363 fl. Thesis (Doctorate in Philosophy) – Department of Law of the London School of Economics, London, 2014.

SAJÓ, András. Constitutional sentiments. *Acta Juridica Hungarica*, Budapest, v. 47, n. 1, pp. 1-13, 2006.

SANTOS, Andressa Regina Bissolotti dos. *O movimento LGBT e o discurso jurídico na construção da família entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas críticas*.

Curitiba: UFPR, 2014, 102 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927.

SERENATO, Mauricio Wosniaki. *Evento, poder constituinte e democracia: uma análise a partir do caso islandês*, 2015, UFPR, Trabalho de Conclusão de Curso, 117 f. (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

SEROTA, Michael. Popular Constitutional Interpretation. *Connecticut Law Review*. Connecticut, v. 44, n. 5, pp. 1635-1673, 2012.

SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Gaziela. A Constituição como auto-restrição ou como restrição ao outro: uma comparação entre as visões de Elster e Buchanan-Tullock. *Revista Argumentum*, Marília, v. 16, pp. 17-36, jan/dez. 2015.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa – que é o Terceiro Estado?* Trad. Norma Azeredo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, André Luiz Nunes da. *Ações afirmativas e cotas raciais na Universidade: uma via de promoção da igualdade material*. Curitiba: UFPR, 2008, 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

SINTOMER, Yves. *O poder ao povo: júris de cidadãos, sorteio e democracia participativa*. Trad. André Rubião. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

SULTANY, Nimer. The state of progressive constitutional theory. The paradox of constitutional democracy and the project of political justification. *Harvard Civil Rights-Civil liberties Law Review* [vol. 47] p. 373-455, 2012.

TINTI, Simone. Aborto de anencéfalos: maioria é a favor do direito de escolha da mãe. *Revista Crescer*, 2008. Disponível em <<http://revistacrescer.globo.com/Revista/Crescer/0,,EMI16639-10577,00-ABORTO+DE+ANENCEFALOS+MAIORIA+E+A+FAVOR+DO+DIREITO+DE+ESCOLHA+DA+MAE.html>>. Acessado em 04 de fevereiro de 2019.

TUROLLO JUNIOR, Reynaldo; CASADO, Letícia. 'Devemos proferir decisão que represente anseio da sociedade', diz Fux. Poder. *Folha de São Paulo*, 02 de outubro de 2018. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/devemos-proferir-decisao-que-represente-anseio-da-sociedade-diz-fux.shtml>>. Acessado em 02 de fevereiro de 2019.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, versão para Kindle.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracia realizada – a alternativa progressista*. Trad. Carlos Graieb, Marcio Grandchamp e Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999, Kindle version.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, 1346-1406, 2006.

WOLIN, Sheldon. S. Fugitive democracy. *Constellations*, Oxford, UK, Cambridge, USA, v. 1, n. 1, pp. 11-25, 1994.

WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2011.

ZURN, Christopher. Democratic constitutional changes: assessing institutional possibilities. In: *Anais do I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política: o futuro do constitucionalismo: perspectivas para a democratização do Direito Constitucional*. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (org.). Belo Horizonte: Initiativa Editora, 2014, p. 3. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2630363>>.