

**ASPECTOS POLÍTICOS E
HISTÓRICOS DO CONSTITUCIONALISMO**

VOLUME III

**COLEÇÃO DESIGUALDADE E A
RECONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA SOCIAL**

ANAIS DO III CONGRESSO INTERNACIONAL DE
DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA

ANDRÉ DEMETRIO ALEXANDRE
GUSTAVO DALPUPO DE LARA
KATYA KOZICKI
MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA
THOMAS BUSTAMANTE
VERA KARAM DE CHUEIRI
(ORGANIZADORES)

ASPECTOS POLÍTICOS E HISTÓRICOS DO CONSTITUCIONALISMO

VOLUME III



Belo Horizonte
2019

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
André Cordeiro Leal	Jorge M. Lasmar
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	José Luiz Quadros de Magalhães
Bernardo G. B. Nogueira	Kiwonghi Bizawu
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Henrique Soares	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clêmeron Merlin Clève	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dirceô Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Emerson Garcia	Martonio Mont’Alverne Barreto Lima
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Nelson Rosendal
Floribal de Souza Del’Olmo	Renato Caram
Frederico Barbosa Gomes	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Gilberto Bercovici	Rodolfo Viana Pereira
Gregório Assagra de Almeida	Rodrigo Almeida Magalhães
Gustavo Corgosinho	Rogério Filippetto de Oliveira
Gustavo Silveira Siqueira	Rubens Beçak
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Vladmir Oliveira da Silveira
Janaína Rigo Santin	Wagner Menezes
Jean Carlos Fernandes	William Eduardo Freire

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2019.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Produção Editorial e Capa: Danilo Jorge da Silva
Imagem de Capa: Pexels (Pixabay.com)
Revisão: Responsabilidade do Autor

321.8 Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia
C749 Política (3. : 2019)
2019 Aspectos políticos e históricos do constitucionalismo/ [Organizado por] André Demétrio Alexandre
v.3 [et al.]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. (Desigualdade e a reconstrução da democracia social, v. 3)
304 p.

ISBN: 978-85-8238-560-9 (v.3)

ISBN: 978-85-8238-554-8 (Coleção)

ISBN: 978-85-8238-561-6 (E-book)

ISBN: 978-85-8238-555-5 (E-book)

1. Democracia social. 2. Direito constitucional. 3. Filosofia política. 4. Política. I. Alexandre, André Demétrio (Org.). II. Lara, Gustavo Dalpupo de (Org.). III. Kozicki, Katya (Org.). IV. Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). V. Bustamante, Thomas (Org.). VI. Chueiri, Vera Karam de (Org.). VII. Título. VIII. Anais do III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, 3.

CDD(23.ed.)– 321.8

CDDir – 341.234

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 – Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2019

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	XII
PARTE I	
TEORIA E HISTÓRIA.....	1
CAPÍTULO 1	
O DESLOCAMENTO DO PODER SOBERANO: ADMINISTRAÇÃO E CONSTITUCIONALISMO NA NOVA ORDEM GLOBAL	
<i>João Pedro Ruppert Krubniki</i>	2
CAPÍTULO 2	
NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO, PLURALISMO HISTÓRICO E PLURALISMO COMUNITÁRIO PARTICIPATIVO: A EXPERIÊNCIA BOLIVIANA	
<i>Karolyne Mendes Mendonça Moreira</i>	19
CAPÍTULO 3	
A ADOÇÃO DA “CEGUEIRA DELIBERADA” PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: SOBRE OS RISCOS DE DISTORÇÃO DAS REGRAS JURÍDICAS PELO MAU USO DO DIREITO COMPARADO	
<i>Guilherme Brenner Lucchesi</i>	37
CAPÍTULO 4	
CONSTITUCIONALISMO E ORIGENS DEMOCRÁTICAS BRASILEIRAS: DIREITOS SOCIAIS E REFORMA TRABALHISTA EM UM CENÁRIO DE CONTINUIDADE (OU RUPTURA?)	
<i>Felipe Rebêlo</i>	55

<p>CAPÍTULO 5 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS ORIGENS DA FIGURA DO PRESIDENTE FORTE PRESENTE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1891 <i>Adamo Dias Alves</i>.....</p>	66
<p>CAPÍTULO 6 CRIAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO NO BRASIL <i>Heloisa Câmara</i></p>	86
<p>PARTE II TEORIAS CONSTITUCIONAIS PROGRESSISTAS</p>	104
<p>CAPÍTULO 7 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA E O PROBLEMA DA SUPREMACIA JUDICIAL NO BRASIL: UMA CRÍTICA E UMA PROPOSTA À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR <i>Luiz Augusto da Silva</i></p>	105
<p>CAPÍTULO 8 UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN BRAZIL AND COLOMBIA <i>Jairo Lima; Yenny Celemin</i></p>	123
<p>CAPÍTULO 9 CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E BACKLASH NO PROCESSO PENAL: UMA RESPOSTA DEMOCRÁTICA AO SIGNIFICADO DA CONSTITUIÇÃO OU UMA AMEAÇA A DIREITOS FUNDAMENTAIS? <i>Maria Teresa Vasconcelos</i>.....</p>	134
<p>CAPÍTULO 10 UMA POTENCIAL CHAVE PARA A “SALA DE MÁQUINAS” DA CONSTITUIÇÃO: CONSTITUINTE EXCLUSIVA ENQUANTO UMA EXPRESSÃO DO CONSTITUCIONALISMO PERFORMATIVO <i>Deivide Júlio; Igor Viana</i></p>	153
<p>CAPÍTULO 11 NÓS, O POVO: CONSTITUCIONALISMO FRACO E DEMOCRACIA FORTE NAS DECISÕES POLÍTICAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO <i>Mauricio Wosniaki Serenato; Katya Kozicki</i></p>	172

<p>CAPÍTULO 12 CONSTITUCIONALISMO PERFORMATIVO: CRÍTICA, PERFORMATIVIDADE E PRECARIIDADE ENQUANTO ELEMENTOS PARA UMA TEORIA CONSTITUCIONAL RADICALMENTE DEMOCRÁTICA <i>Igor Viana</i></p>	187
<p>PARTE III ASPECTOS POLÍTICO-FILOSÓFICOS DA RELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA.....</p>	203
<p>CAPÍTULO 13 PARA UMA CRÍTICA DO DIREITO DE RESISTÊNCIA: O PROBLEMA DA VIOLÊNCIA E O PARADOXO DOS DIREITOS <i>Allan M. Hillani</i></p>	204
<p>CAPÍTULO 14 JUÍZES E O POVO: A LINGUAGEM E O DISCURSO PERSUASIVO COMO DESAFIOS AO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO <i>Gustavo Dalpupo de Lara; Vera Karam de Chueiri</i>.....</p>	222
<p>CAPÍTULO 15 ESTADO DE EXCEÇÃO: O GERME TOTALITÁRIO NAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS <i>Paulo Incott</i></p>	238
<p>CAPÍTULO 16 ASPECTOS METODOLÓGICOS DA TEORIA NORMATIVA DA ADJUDICAÇÃO: O DEBATE ENTRE TEORIAS IDEAIS E NÃO-IDEAIS <i>Lucas Filardi Grecco</i>.....</p>	260
<p>CAPÍTULO 17 NULIFICAÇÃO DO JÚRI E NULIFICAÇÃO JUDICIAL <i>Vinicius Faggion; Lucas Grecco</i>.....</p>	278

CAPÍTULO 11

NÓS, O POVO: CONSTITUCIONALISMO FRACO E DEMOCRACIA FORTE NAS DECISÕES POLÍTICAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO

*Mauricio Wosniaki Serenato
Katya Kozicki*

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo apresentar uma justificação teórica à necessidade de democratização do debate constitucional, dentro da perspectiva de um constitucionalismo fraco. Para tanto, inicialmente, investiga-se as concepções teóricas 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 sociais para tomarem as decisões fundamentais que informam a Constituição, sob o enfoque de uma democracia ao nível das leis fundamentais. Por fim, se analisa a discussão brasileira acerca da (im)possibilidade de alteração de sistema de governo por emenda constitucional, apoiando-se nesse debate para propor um procedimento para a mediação da ideia de constitucionalismo fraco em relação à complexa realidade constitucional e social brasileira.

PALAVRAS CHAVE: Constitucionalismo, democracia, poder constituinte, legitimidade democrática, constitucionalismo fraco.

1. INTRODUÇÃO

“Nós, o povo”. Essa locução que inicia o preâmbulo de diversas Constituições ao redor do mundo traz consigo uma ideia poderosa: uma comunidade política que, a despeito das naturais divergências internas, se une, em uma dada circunstância e num *kairós* sempre irrepetível, para estabelecer um modo de vida política a ser seguido pelos seus membros.

A utilização da primeira pessoa do plural, nesse sentido, não é em vão. Trata-se da efetiva manifestação do povo, titular do poder constituinte, que toma as decisões políticas fundamentais que informam a Constituição nascente. Ou, ao menos, é isso que se espera.

Não é exagerado dizer que a pulsão democrática e participativa que se apresenta no momento constituinte ou mesmo em discussões posteriores sobre temas que envolvem o cerne da Constituição é aprisionada por meio de estruturas de representação pouco representativas. Nessa toada, o “nós, o povo”, acaba, por vezes, se limitando ao “nós, representantes do povo”.

Considerando essa problemática, o presente trabalho abordará, sem pretensão de esgotamento, a temática da legitimidade democrática para a tomada de decisões que envolvem o núcleo da Constituição, sobretudo no contexto da recente discussão, no cenário brasileiro, acerca da (im)possibilidade de alteração do sistema de governo via emenda constitucional e tendo como norte a perspectiva de um constitucionalismo fraco, tal como definido pelo professor porto-riquenho Joel Colón-Ríos.

Para tanto, de início, se analisará a tensão entre constitucionalismo e democracia pelo modo como alguns autores enxergam esse embate. Trar-se-á, ainda, para essa discussão a comumente esquecida figura do titular do poder constituinte originário.

Na sequência será examinada a questão de a quem recai a legitimidade democrática para tomar as decisões fundamentais que informam a Constituição, sob o enfoque de uma democracia ao nível das leis fundamentais.

Por fim, se enveredará, ainda que brevemente, sobre a discussão brasileira acerca da (im)possibilidade de alteração do sistema de governo via emenda constitucional, para que, apoiando-se nesse exemplo, se possa refletir acerca dos limites e possibilidades de um constitucionalismo fraco no sistema constitucional do Brasil, dentro de um esforço de mediação que perpassa por uma necessária justificação e concretização.

Não se pretende apresentar uma resposta final e peremptória a um dos debates mais candentes da teoria constitucional contemporânea, mas, isto sim, propor uma mirada que leve em conta o protagonismo do povo na tomada das decisões que dizem respeito ao modo de vida político de sua comunidade.

2. CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E PODER CONSTITUINTE

Comumente se define democracia constitucional a partir da ideia de um autogoverno limitado, ou seja, um governo “do povo”, calcado em decisões majoritárias, ao mesmo tempo em que permeado pela limitação, no mais das vezes, de um documento constitucional que tem a função de resguardar direitos e assegurar estruturas e instituições.

Para algumas perspectivas teóricas essa relação entre autogoverno e limitação é harmoniosa e livre de embates, ao passo que, para outras, a democracia constitucional traz em seu nome um paradoxo inconciliável entre a pulsão de uma soberania plena, e uma limitação imposta a essa mesma soberania (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 160).

Nesse aspecto, seguindo a proposta de Nimer Sultany, alguns caminhos teóricos se abem na tentativa de lidar com a relação entre constitucionalismo de democracia (SULTANY, 2012, p. 386-387). De um lado há os defensores

de um discurso da união, que acreditam na possibilidade de conceituação harmônica entre os dois polos dessa relação. De outro lado, há quem se filie a um discurso da desunião, que assume a impossibilidade e mesmo a inconveniência de conciliação entre esses dois elementos¹.

Nessa toada, Ronald Dworkin se apresenta como uma das principais referências do discurso da união. Para o autor, a ideia de tensão entre constitucionalismo e democracia decorre de uma má compreensão do significado desta última. Isso porque, para ele, a democracia se conceitua como o governo do povo, mas não se enquadra dentro de uma noção clássica de majoritarismo, na medida em que o peso dos números, por si só, não traz maior valor a uma decisão política (DWORKIN, 2006, p. 143).

Defensor daquilo que chama de *partnership democracy*², Dworkin compreende que a comunidade política se autogoverna de modo valoroso, sendo que a ação política é vista como uma ação coletiva decorrente da “parceria” de cidadãos que participam dos debates de modo livre e igual (DWORKIN, 1998, p. 453). Nesse influxo, a democracia deve estar atrelada à realização de decisões justas e respeitantes dos direitos das minorias. Desse modo, 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 (DWORKIN, 2006, p. 131).

Assim, efetivamente, para Dworkin não se pode falar em uma tensão entre constitucionalismo e democracia, uma vez que a democracia só realmente existe quando respeitados os limites de direitos e garantias veiculados pelo constitucionalismo.

Nesse contexto, ademais, a atuação limitativa do constitucionalismo, tal como no *judicial review* perpetrado pelo Poder Judiciário sobre as decisões majoritárias, com destaque para as decisões tomadas no Parlamento, será sempre legítima quando o exercício do autogoverno não levar em conta os direitos e garantias assentados, sobretudo aqueles decorrentes dos princípios da igualdade e da liberdade.

Em posição diametralmente oposta à de Dworkin, e se apresentando como um dos mais destacados defensores do discurso da desunião, Jeremy Waldron entende que a imunização dos direitos a todo e qualquer debate público torna o regime constitucional antidemocrático (SULTANY, 2012, p. 421).

¹ Importante pontuar que, ainda dentro de cada um desses campos teóricos (“discurso da união” e “discurso da desunião”), Sultany traz uma série de subdivisões, alocando diversos autores em cada um dos enquadramentos teóricos estabelecidos. Para fins desse trabalho, contudo, os autores analisados serão alocados apenas no âmbito dos discursos da união e da desunião, sem traçar as demais subdivisões.

² Tendo em vista a dificuldade de tradução fidedigna do conceito, ele será referenciado neste trabalho em inglês.

De fato, para Waldron, 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 (WALDRON, 1999, p. 213). Nesta senda, sempre que houver desacordo acerca do conteúdo e do alcance dos direitos, a participação popular no debate público será, segundo o autor, o modo mais apropriado de resolução do conflito (p. 232).

É justamente nesse sentido que Waldron tece duras críticas ao *judicial review*, entendendo-o como democraticamente ilegítimo, na medida em que confere a um grupo de juízes não eleitos o poder de derrubar leis aprovadas em procedimentos majoritários por representantes eleitos, retirando dos cidadãos comuns a responsabilidade e possibilidade de participarem com igualdade dos debates políticos (WALDRON, 2006, p. 1353).

Dessa forma, para o autor, sempre que houvesse discordâncias de boa-fé entre os membros da comunidade acerca do alcance de políticas e direitos, mesmo em questões polêmicas atinentes a concepções de justiça e moralidade, o povo, por meio de seus representantes, teria o direito de se autogovernar, uma vez que todos têm o direito de participar de modo igual do debate público. Assim, as discussões sempre deveriam ser levadas para deliberação no âmbito das legislaturas (POLEWKA, 2016, p. 32).

Ainda que para Waldron o autogoverno não possa sofrer limitações decorrentes do constitucionalismo, mormente quando tais óbices são impostos por órgãos não eleitos como o Poder Judiciário, é certo que sua concepção é também, em alguma medida, intrinsecamente limitada. Isto porque o autor subsume a ideia de soberania e autogoverno à atuação do Parlamento, considerando como equivalentes as vontades expressas pelo povo e pelos seus representantes.

É precisamente nesse contexto que se traz ao debate acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia, a figura do titular do poder constituinte originário. Nessa toada, o teórico estadunidense Larry Kramer propõe uma retomada à ideia de constitucionalismo popular, presente nas mais profundas bases do constitucionalismo norte-americano. Trata-se, com efeito, de um sistema baseado na ideia de deliberação, não balizada nos interesses pessoais dos membros da comunidade, mas sim, em um julgamento racional por parte das pessoas que se baseariam em reflexões públicas bem discutidas pelos líderes políticos (KRAMER, 2006, p. 703-704).

Ainda que remanesça um papel importante a ser desempenhado pelos representantes eleitos, precipuamente quanto à tarefa de informar o debate público, e mesmo às Cortes, que teriam relevante função na qualificação do diálogo, é ao povo, em última instância, que cabe o poder de tomar as decisões que envolvem a Constituição (p. 742).

Compartilhando da proposição de Kramer e indo mais além, o professor porto-riquenho Joel Colón-Ríos apresenta ao debate a concepção de um constitucionalismo fraco, que, conforme se verá adiante, se sustenta nos princípios da abertura constitucional e da participação popular. Nessa proposta teórica, que parte do pressuposto negriano de que falar de poder constituinte é falar de democracia (NEGRI, 2002, p. 08), a atuação do poder constituinte por meio de seu titular não é vista como uma ameaça à estabilidade, mas sim como possibilidade de correção de injustiças existentes, por meio de episódios altamente participativos de debate e mudança constitucional (COLÓN-RÍOS, 2012, p. 07).

Colón-Ríos parte da definição schmittiana de Constituição para defender o necessário protagonismo do titular do poder constituinte na relação entre constitucionalismo e democracia. Para Carl Schmitt, 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 (SCHMITT, 1927, p. 24). Assim, serão as decisões políticas fundamentais de uma dada comunidade política, mormente no que diz respeito à estrutura do Estado, que consubstanciarão o cerne daquilo que se tem por 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, não surgindo de si mesma, mas sim da vontade política da comunidade pré-existente, 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, as leis constitucionais decorrem das decisões que foram tomadas e, por isso mesmo, têm nelas o seu fundamento de validade (p. 24). 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.

É, portanto, a partir dessa controversa fonte teórica que Colón-Ríos procura retirar o debate constitucionalismo x democracia do âmbito da pura institucionalidade, que, não raro, resume a tensão em uma disputa de poder entre Cortes e Parlamento. Ao introduzir o elemento do poder constituinte na clássica discussão da teoria constitucional, Colón-Ríos acaba por colocar em xeque a legitimidade democrática das instituições para decidir sobre o cerne da Constituição. É sobre esse aspecto que se debruçará o capítulo seguinte.

3. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E AS DECISÕES FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO

Tal como visto anteriormente, a tensão entre constitucionalismo e democracia traz também à tona a discussão referente a qual ator recai a legitimidade para dar a última palavra sobre a Constituição. Esse debate, no mais das vezes, se restringe a uma disputa entre Cortes e Parlamento, restando ao povo o papel de mero expectador.

Com efeito, parece haver um medo constante da participação popular na definição dos rumos da Constituição. Para quem restringe o debate constitucional à disputa institucional, 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 (HUTCHINSON; COLÓN-RÍOS, 2010, p. 13).

Quando, no entanto, se traz ao cenário a possibilidade de uma participação ativa e direta do titular do poder constituinte no debate constitucional, qual legitimidade resta aos órgãos não eleitos e mesmo àqueles calcados na representação para darem a última palavra sobre a Constituição?

Nesse sentido, a fim de investigar a legitimidade democrática de cada um dos atores no debate constitucional, Colón-Ríos irá propor um conceito de democracia em dois graus.

Em verdade, a proposta do autor tem como base as teorizações de Bruce Ackerman acerca da ideia de democracia dualista. Segundo Ackerman, o modelo dualista de democracia distingue entre as decisões que são tomadas pelo povo e as decisões que são tomadas pelo governo (ACKERMAN, 1991, p. 06).

As decisões tomadas pelo povo ocorrem raramente, em condições constitucionais especiais. Assim, é preciso que um determinado movimento político convença um número extraordinário de pessoas acerca de sua causa, que se permita que os oponentes se organizem e apresentem seus contrapontos e, por fim, que se convença a maioria dos cidadãos acerca da proposta tentada. As decisões tomadas pelo governo, por sua vez, ocorrem diariamente, ainda que também sob condições constitucionais especiais, tais como o dever de prestação de contas aos eleitores e os mecanismos de *accountability*.

Ackerman identifica as decisões tomadas pelo governo com aquilo que chama de “política comum”, ao passo que os raros momentos de tomada de decisão pelo povo serão identificados como momentos de criação constitucional (p. 266).

Tendo em vista a conceituação fornecida por Bruce Ackerman, Colón-Ríos desenvolve seu conceito de democracia em duas dimensões. A primeira

dessas dimensões diz respeito a uma governança democrática diária e se relaciona às leis e instituições que garantem a democracia do dia-a-dia, desde eleições diretas e periódicas, até as liberdades civis mais elementares, como o direito à associação, direito à reunião, liberdade de expressão, etc. No que se refere a essa governança democrática, é comum que as instituições representativas componentes da burocracia estatal ganhem proeminência. A despeito disso, a maior participação popular nesse nível de governança é essencial para a caracterização democrática da Constituição e das próprias instituições (COLÓN-RÍOS, 2012, p. 37-38).

A segunda dimensão da democracia teorizada por Colón-Ríos, contudo, é a que mais interessa para este trabalho. Trata-se, com efeito, da democracia ao nível das leis fundamentais, ou, melhor dizendo, a relação dos cidadãos com sua própria Constituição. Esta segunda dimensão propõe uma mirada sobre dois aspectos fundamentais: i) A Constituição em questão é resultante de um processo democrático? ii) Ela pode ser alterada por meios democráticos? (p. 38) Na esteira desses questionamentos, para o professor porto-riquenho, 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 (p. 39).

Colón-Ríos acrescenta, no entanto, que a democracia em sede de leis fundamentais não se resume à feitura democrática do texto constitucional e a possibilidade de sua alteração. É preciso ir mais fundo nessa questão e responder à pergunta: quem decide sobre a Constituição? O manejo da Constituição simplesmente tomada pelas instituições e representantes eleitos do aparato estatal é insuficiente. Para tanto o autor elenca dois princípios básicos a reger a democracia de segunda dimensão, quais sejam: o princípio da abertura democrática e o princípio da participação popular.

Pelo princípio da abertura, uma sociedade democrática é uma sociedade aberta, na qual as leis constitucionais não apenas estão abertas para discussão, como estão sempre suscetíveis a serem reformuladas. O princípio da abertura democrática acolhe o conflito e o dissenso, sendo incompatível com constituições imutáveis ou com mecanismos que dificultem sua mudança. Parte-se da ideia de que uma verdadeira democracia permite aos cidadãos de uma comunidade política terem a Constituição que quiserem (p. 58).

Por sua vez, pelo princípio da participação popular, o povo deve ocupar espaço de protagonismo na tomada de decisões sobre a Constituição. Assim, se a ideia de democracia parte do pressuposto de um povo se autogovernando e autodeterminando, é certo que os cidadãos devem poder participar, de alguma forma, da tomada de decisão acerca da norma que regerá centralmente a

vida política de sua comunidade (p. 61). É preciso que se tenha nítido, no entanto, que este princípio determina uma participação popular que vai além de simplesmente dizer sim ou não a uma proposta, mas efetivamente concerne ao processo de deliberação acerca do conteúdo e funcionamento da Constituição. Para tanto, e conforme será visto brevemente adiante, é fundamental se pensar em um *desing* constitucional que concretize este princípio.

Retomando-se alguns conceitos vistos anteriormente e colocando-os em relação com os conceitos recém analisados, tem-se o seguinte quadro: Colón-Ríos parte da definição schmittiana de Constituição, entendida como o conjunto de decisões políticas fundamentais tomadas pelo titular do poder constituinte e que conformam os elementos do Estado (SCHMITT, 1927). De igual turno, entende o professor porto-riquenho que a democracia de segunda dimensão, isto é, ao nível das leis fundamentais, depende de como a Constituição em tela foi instituída e se dispõe de mecanismos que viabilizam sua alteração. Por fim, viu-se que a democracia no nível das leis fundamentais pressupõe uma Constituição que seja aberta a discussão e reformulação e que tais atos sejam sempre tomados de modo participativo e deliberativo pelos cidadãos.

Frente a todos os pressupostos teóricos abordados, pode-se concluir que, na perspectiva de Colón-Ríos, a legitimidade democrática para a deliberação e tomada de decisão referente aos temas que dizem respeito ao cerne da Constituição, isto é, as decisões políticas fundamentais, pertence ao titular do poder constituinte originário, na medida em que atende aos princípios da abertura e participação.

Isso não significa dizer, por certo, que toda e qualquer alteração constitucional necessite de ampla mobilização popular para que ocorra. Na esteira do pensamento de Schmitt que distingue Constituição de lei constitucional, Colón-Ríos entende que as normas constitucionais que não dizem respeito às decisões fundamentais que informam a Constituição podem ser alteradas pelos procedimentos comuns de emenda constitucional previstos (COLÓN-RÍOS, 2013, pos. 1000). Seria mesmo inviável, do ponto de vista da concretização da participação política, pressupor uma ampla mobilização política da sociedade a cada mudança do texto constitucional. A atuação protagonista do titular do poder constituinte, nesse sentido, seria essencial nos episódios, não tão frequentes, de rediscussão das decisões fundamentais da Constituição (pos. 1027), isso, claro, desde que o princípio da abertura seja levado a sério, isto é, que Constituição, mesmo em suas decisões fundamentais, esteja sempre aberta à discussão e reformulação sempre que for do interesse do povo.

De modo a dar concretude a discussão teórica ora traçada, no capítulo seguinte se fará a mediação dessa ideia de legitimidade democrática popular ao debate brasileiro acerca da (im)possibilidade de alteração do sistema de governo pela via de emenda constitucional.

4. O DEBATE BRASILEIRO SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DO PARLAMENTARISMO E O ESFORÇO DE MEDIAÇÃO PARA UM CONSTITUCIONALISMO FRACO

A questão concernente a quem recai a legitimidade democrática para decidir sobre os temas fundamentais da Constituição não se encerra em um debate puramente teórico. Com efeito, tal discussão tem profundas implicações práticas na vida democrática da comunidade, determinando a criação de procedimentos, mecanismos e instituições, bem como, servindo de parâmetro de legitimidade do próprio documento constitucional que se analisa.

De modo a ilustrar a importância concreta da definição acerca dos atores legitimados a alterar o cerne da Constituição, é pertinente trazer a este trabalho uma breve contextualização sobre o debate recentemente retomado na política brasileira acerca da (im)possibilidade de alteração de sistema de governo pela via de emenda constitucional.

Sobretudo após o agravamento da crise política no Brasil a partir dos anos de 2015 e 2016, é crescente o reconhecimento das dificuldades de manutenção de um modelo de presidencialismo de coalização. Tal como exposto por Paulo Ricardo Schier, esse modelo de presidencialismo não dispõe de mecanismos que sirvam de “válvula de escape” para momentos de crise institucional, sendo que o chefe do Poder Executivo só pode ser retirado de seu cargo ao fim de seu mandato ou por meio do *impeachment* que, não raro, se configura como processo deveras traumático para a democracia (SCHIER, 2016, p. 255), mormente quando descolado do efetivo pressuposto constitucional de crime de responsabilidade.

Precisamente nesse contexto, o até então esquecido debate acerca da alteração de um sistema presidencialista de governo para o sistema parlamentarista voltou à cena pública, sendo levantado por diversas lideranças políticas que resgataram ou apresentaram Propostas de Emenda à Constituição nesse sentido³.

De toda sorte, mais do que discutir sobre conveniência de cada um dos sistemas em questão (presidencialismo, semipresidencialismo, parlamentarismo

³ Com o intuito do estabelecimento de um sistema de governo parlamentarista no Brasil, tramita na Câmara dos Deputados, desde 1995, a PEC 20/1995, de autoria do então Deputado Eduardo Jorge, que em fevereiro de 2015 contou com Requerimento de Inclusão na Ordem do dia por parte do Deputado Federal Luiz Carlos Hauly. Sobre a mesma temática, no Senado Federal, tramitam a PEC 32/2015, de autoria do Senador Fernando Collor, a PEC 102/2015, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares e a PEC 09/2016, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira. Ainda, em agosto de 2017, o Ministro do Supremo Tribunal Federal e então Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Gilmar Mendes, encaminhou à presidência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal proposta de emenda constitucional também com o objetivo de estabelecimento do sistema parlamentarista de governo, tomando por base a PEC 09/2016, do Senador Aloysio Nunes ferreira.

mo, etc.), o que se propõe é uma breve reflexão sobre a quem recai a legitimidade democrática para decidir sobre esse tema.

O Supremo Tribunal Federal já se deparou com esse questionamento quando da impetração do Mandado de Segurança nº 22.972, pelos então Deputados Federais Jacques Wagner, Hélio Bicudo e Miguel Rosseto, em 1997, “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 na Proposta de Emenda à Constituição nº 20-A/1995, que institui o parlamentarismo no país.” (CARNEIRO, 2016). 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.

Nesse aspecto, cabe uma breve nota histórica. Conforme referencia Paulo Bonavides Paes de Andrade, o Constituinte eleito de 1988 efetivamente decidiu sobre o sistema de governo, em uma das discussões mais contundentes da Assembleia Constituinte. Na votação do primeiro turno da Constituição de 1988, em quórum integral, os constituintes aprovaram por 343 votos contra 213 o sistema presidencialista de governo (ANDRADE, 1991, p. 464).

A despeito da decisão da Assembleia Constituinte, por pressão do então Deputado Federal e Constituinte Antônio Henrique Bittencourt da Cunha Bueno, de viés monarquista, incluiu-se ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988 expressa determinação para a realização de plebiscito para deliberação acerca da forma de governo (República ou Monarquia) e do sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo). 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.

Ironicamente, portanto, por pressão de grupos monarquistas, concedeu-se à população a efetiva decisão fundamental acerca de sua própria forma e sistema de governo, tendo-se escolhido pela maioria de 66% dos votos válidos um governo Republicano e, pela maioria de 59% dos votos válidos, um sistema presidencialista.

Cabe ressaltar, todavia, que o plebiscito de 1993 não ocorreu sem críticas ao seu procedimento e ao debate que lhe precedeu. Como bem indica Colón-Ríos, os referendos e plebiscitos populares não representam o auge democrático, uma vez que permitem aos cidadãos decidirem sobre um conteúdo já previamente proposto, podendo dar uma resposta quase sempre binária (sim ou não, isso ou aquilo). O ideal democrático exige mais que isso, é necessário existir efetiva deliberação, o que pressupõe a democratização de todo o debate em torno da proposta (COLÓN-RÍOS, 2012, p. 62).

Sem embargo desta crítica, fato é que, ainda que por vias tortas, o plebiscito de 1993 representou a decisão política mais efetivamente participativa da Constituição de 1988, uma vez que decorreu da vontade do poder constituinte por excelência, não mediado pela representação.

De toda sorte, independentemente do fator histórico relacionado ao exemplo escolhido, por toda a argumentação traçada anteriormente, é seguro afirmar que é ao povo, titular do poder constituinte originário, que recai a legitimidade democrática para dar a última palavra sobre esse debate, não apenas porque já o fizera antes, mas, sobretudo, porque se trata de um tema que diz respeito à base da Constituição e conforma uma decisão fundamental.

Poderia se argumentar, contudo, que o sistema de governo presidencialista, em não configurando formalmente uma cláusula pétrea da Constituição⁴, conforme disposto no artigo 60, § 4º, poderia ser alterado pelo Parlamento, uma vez que a própria Constituição garante ao Congresso Nacional o poder e a legitimidade para atuar na função de poder constituinte derivado, sendo-lhe lícito alterar toda e qualquer disposição que não esteja protegida pela cláusula de imutabilidade.

Para responder a esse argumento, são percucientes as teorizações de John Rawls. Afirma Rawls, ao analisar a realidade constitucional estadunidense, que nem todas as mudanças introduzidas na Constituição dos EUA por meio do procedimento de emenda disposto no artigo V são legalmente válidas. Para o autor, a adoção de uma Constituição democrática deve ser entendida como a expressão de autogoverno de um povo, que determina seus princípios constitucionais essenciais. Tais princípios se referem à estrutura do governo e ao processo político, bem como aos direitos políticos e liberdades básicas dos indivíduos (RAWLS, 2005, p. 232).

Nesse influxo, para Rawls, uma emenda constitucional intentada pelos representantes eleitos do Congresso somente será válida se não procurar alterar substancialmente esses princípios essenciais decorrentes da vontade de autogoverno do povo (p. 233). O autor admite, contudo, que o poder de emenda atinja os princípios essenciais apenas para lhes corrigir defeitos evidentes ou para ampliar direitos e liberdades, mas jamais para subverter a estrutura do governo ou suprimir garantias (p. 238-239).

⁴ Não se olvida daqueles que defendem estar o sistema presidencialista de governo abrangido pelas cláusulas pétreas em função da ideia de separação dos poderes. Para os defensores dessa corrente de pensamento, o sistema parlamentarista, ao determinar que a função de Chefe de Governo seja exercida por um membro do Parlamento e seu gabinete, acaba por extinguir a separação entre Poder Executivo e Poder Legislativo. Neste trabalho, contudo, adota-se a posição de que, ainda que um sistema parlamentarista traga nova dinâmica à separação dos poderes, dando maior ênfase ao Poder Legislativo, não há extinção da separação entre Executivo e Legislativo, na medida em que o Chefe de Governo (normalmente, Primeiro-Ministro), ainda que proveniente do Parlamento, passa a atuar precipuamente na função Executiva que, seja no presidencialismo (principalmente no presidencialismo de coalizão) ou no parlamentarismo, não exclui uma atuação igualmente legislativa.

Para Rawls, portanto, mesmo que a proposta de emenda constitucional siga com fidedignidade todos os procedimentos dispostos na Constituição, deverá ser invalidada sempre que se imiscuir de modo excessivo nos princípios essenciais estabelecidos pelo povo, sob pena de representar verdadeiro rompimento constitucional (p. 405).

Assim, de modo semelhante à Carl Schmitt, Rawls traça uma diferenciação entre os temas da Constituição que estão ao dispor do poder de emenda do Parlamento, e aqueles outros temas, considerados essenciais, sobre o qual somente o povo, titular do poder constituinte, tem legitimidade para decidir. Não se trata, dessa forma, de negar o poder de emendar a Constituição ao Poder Legislativo, mas sim, de compreender que algumas decisões presentes na Constituição, ainda que não formalmente abarcadas pelas cláusulas de imutabilidade, são de tal maneira fundamentais que necessitam de grande debate público e precisam ser decididas de modo amplo e participativo.

Com efeito, a defesa de uma atuação protagonista do titular do poder constituinte na tomada das decisões fundamentais que envolvem a Constituição – seja no caso específico envolvendo o sistema de governo, ou em outras temáticas essenciais – se insere dentro da perspectiva de um constitucionalismo fraco, pelo qual, a Constituição está sempre aberta à discussão em todos os seus termos e sempre apta a ser reformulada do modo mais participativo possível. Nessa perspectiva, como indica Colón-Ríos, a atuação do poder constituinte não é vista com suspeita, mas sim, como uma oportunidade de melhorar o sistema constitucional vigente (COLÓN-RÍOS, 2012, p. 154).

Por certo, isso não significa dizer que a atuação do poder constituinte sempre resultará em uma Constituição melhor e mais justa (p. 154). Não obstante, bem aponta o autor porto-riquenho, se existem formas de opressão que se consideram impensáveis hoje (a escravidão, por exemplo), não é porque existem leis ou uma Constituição que as proíbam, mas sim, porque não há grupos ou um indivíduo com força política capaz de impô-las (COLÓN-RÍOS, 2013, pos. 579). Assim, a manutenção de uma Constituição aberta à vontade popular não determina maior perigo de retrocesso social, na medida em que é somente a partir de fatores políticos conjunturais que tal possibilidade se coloca, e, em assim sendo, o retrocesso poderá se colocar independentemente do grau de abertura da Constituição.

É preciso finalmente pontuar, contudo, que, conquanto a radicalidade da proposta de um constitucionalismo fraco possa se adequar com maior facilidade a outras realidades constitucionais, pressupõe um necessário movimento de mediação para a realidade brasileira, sobretudo porque, conforme teoriza Gilberto Bercovici, a soberania brasileira se insere no contexto de uma soberania bloqueada de um Estado periférico, de modo que a atuação plena do poder constituinte enfrenta uma série de restrições tanto externas quanto internas

(BERCOVICI, 2013, p. 316). Para tanto, há dois movimentos essenciais nesse esforço de mediação e democratização da Constituição: um de justificação e outro de efetivação.

O movimento de justificação tem como fito a demonstração da necessidade de democratização do debate constitucional. Em verdade, não parece haver consenso de que uma maior participação popular nos rumos da Constituição, mesmo em pautas de caráter institucional, seja algo positivo. Não por acaso, para se utilizar do exemplo analisado, as Propostas de Emenda à Constituição que visam à instauração do parlamentarismo no Brasil prescindem por completo da participação popular, mesmo em um tema que foi alvo de plebiscito. É necessário, portanto, que se justifique em termos teóricos e práticos a necessidade de devolver ao povo sua Constituição.

De outro lado, a tarefa de efetivação procura dar concretude à democracia, repensando o *desing* constitucional, principalmente naquilo que Roberto Gargarella chama de casa de máquinas da Constituição, e os limites e possibilidades de atuação dos poderes constituídos. Trata-se, portanto, de pensar em formas de dar vazão à tomada popular do debate constitucional, levando em consideração a complexa realidade brasileira permeada por desigualdades e contradições.

Em todo o caso, o ponto de partida necessário à democratização do debate constitucional é a criação de um consenso acerca de sua necessidade e foi isso o que se pretendeu fazer, ainda que de modo inicial e breve, nesse trabalho.

CONCLUSÃO

A relação entre Constituição e povo, que já foi de grande proximidade, parece, contemporaneamente, cada dia mais distante. De fato, parece não haver um reconhecimento por parte da comunidade de que este estatuto, que define estruturas e instituições e estabelece direitos e garantias, lhe pertence. Nesse contexto, o debate constitucional é monopolizado pelos poderes constituídos, mormente as Cortes e o Parlamento, sem que o titular do poder constituinte possa tomar parte nessa discussão.

Precisamente nesse sentido, o intuito primordial deste trabalho foi procurar justificar, do ponto de vista teórico, a legitimidade democrática do povo para deliberar e tomar as decisões fundamentais que constituem o cerne de sua Constituição. A partir da análise de diversas concepções sobre a relação entre constitucionalismo e democracia, o exame da questão da legitimidade democrática dos atores constitucionais no âmbito da democracia de segunda dimensão e o olhar sobre a discussão brasileira acerca da (im) possibilidade de alteração do sistema de governo pela via de emenda constitucional, tudo isso sob o enfoque de um constitucionalismo fraco, tal como

definido por Joel Colón-Ríos, chegou-se à conclusão de que cabe ao povo, titular do poder constituinte originário, a legitimidade para decidir sobre os princípios essenciais da Constituição, no que se inclui a questão atinente à mudança de sistema de governo.

Por certo, entretanto, na esteira do esforço de mediação antes referido, este é apenas um primeiro passo rumo a uma realidade de democratização efetiva da Constituição. Impende aprofundar este movimento de justificação e se ater, igualmente, ao desafio da concretização, levando em conta todas as vicissitudes de uma realidade social tão complexa quanto a brasileira.

De toda sorte, sem olvidar dos inúmeros limites e dificuldades da proposta que se apresenta, o que se propõe é a mirada sobre suas possibilidades, de modo que a relação entre povo e Constituição volte a se dar nos termos da relação de um autor com sua obra.

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, Bruce. 1991. *We the people: foundations*. Cambridge: Harvard University Press.
- ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. 1991. *História constitucional do Brasil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- BERCOVICI, Gilberto. 2013. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Revista Lua Nova*, 88: 305-325, São Paulo.
- CARNEIRO, Luiz Orlando. 2016. STF vai decidir se parlamentarismo pode ser adotado por emenda constitucional. *Jota*, 2016. <<http://jota.uol.com.br/stf-vai-decidir-se-parlamentarismo-pode-ser-adotado-por-emenda-constitucional>>.
- CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. 2010. Constitucionalismo e democracia - soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, vol. 6, n. 1, São Paulo.
- COLÓN-RÍOS, Joel. 2013. *La constitución de la democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Kindle.
- _____. 2012. *Weak Constitutionalism: democratic legitimacy and the question of constituent power*. Abingdon: Routledge.
- DWORKIN, Ronald. 2006. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press.
- _____. 1998. The Partnership Conception of Democracy. *California Law Review*, v. 86, iss. 3, 453-458.
- HUTCHINSON, Allan; COLÓN-RÍOS, Joel. 2010. Democracy and Constitutional Change. *Osgoode CLPE Research Paper* n. 48/2010.
- KRAMER, Larry. 2006. The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy. *Stanford Public Law Working Paper*, n. 938721.
- NEGRI, Antonio. 2002. O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Trad. Adriano Pillati. Rio de Janeiro: DP&A.
- POLEWKA, Gabriele. 2016. *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.
- RAWLS, John. 2005. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- SCHIER, Paulo Ricardo. 2016. Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 20, n. 20, p. 253-299, Curitiba.
- SCHMITT, Carl. 1927. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

SULTANY, Nimer. 2012. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, v. 47, n. 2, 371-455.

WALDRON, Jeremy. 1999. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press.

_____. 2006. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, 1346-1406.