

LIMITES E PERSPECTIVAS DO DIÁLOGO ENTRE O CONSTITUCIONALISMO POPULAR E DEMOCRÁTICO E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

**LIMITS AND POSSIBILITIES OF THE DIALOGUE BETWEEN POPULAR AND
DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM AND THE INTERNATIONAL LAW OF
HUMAN RIGHTS**

**LÍMITES Y PERSPECTIVAS DE DIÁLOGO ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO
POPULAR Y DEMOCRÁTICO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS**

Ana Carolina Lopes Olsen¹

Katya Kozicki²

1 Doutoranda em Direito pela PUC/PR; Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Curitiba, PR, Brasil. anac.olsen@gmail.com.

2 Doutora em Direito, Política e Sociedade pela UFSC. Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela UFSC. Professora titular da PUC/PR e professora associada da UFPR, programas de graduação e pós-graduação em Direito. Pesquisadora do CNPq. Curitiba, PR, Brasil. kkozicki@uol.com.br.

Resumo: A partir da análise de teorias que focam na participação do povo na definição do sentido constitucional, quais sejam, o Constitucionalismo fraco de Joel Colón-Ríos, o Constitucionalismo popular de Larry Kramer e Roberto Gargarella, e o Constitucionalismo democrático de Robert Post e Reva Siegel, o presente artigo objetiva verificar perspectivas da sua compatibilidade com um Constitucionalismo aberto ao direito internacional dos direitos humanos, que prevê mecanismos de *accountability* em casos de violação desses direitos. Constatou-se que o povo, como sujeito de sua Constituição, encontra limites para sua atuação nas diretrizes traçadas pelos compromissos internacionais de direitos humanos livremente assumidos.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Democracia. Direitos Humanos.

Abstract: Based on the analysis of theories that focus on people in the definition of constitutional meaning, namely, the weak Constitutionalism of Joel Colón-Ríos, the popular Constitutionalism of Larry Kramer and Roberto Gargarella, and the democratic Constitutionalism of Robert Post and Reva Siegel, this article seeks to verify perspectives of their compatibility with a Constitutionalism that is open to international law of human rights, which stipulates mechanisms of accountability in cases of violation of these rights. It is concluded that the people, as subject of their Constitution, find limits to their action in the freely assumed guidelines outlined by the international commitments of human rights.

Keywords: Constitutionalism. Democracy. Human Rights.

Resumen: A partir del análisis de teorías que se centran en la participación del pueblo en la definición del sentido constitucional, siendo ellos, el Constitucionalismo débil de Joel Colón-Ríos, o el Constitucionalismo popular de Larry Kramer y Roberto Gargarella, y el Constitucionalismo democrático de Robert Post y Reva Siegel, el presente artículo objetiva verificar perspectivas de su compatibilidad con un Constitucionalismo abierto al derecho internacional de los derechos humanos, que percibe mecanismos de *accountability* en casos de violación de esos derechos. Se constató que el pueblo, como sujeto de su Constitución, encuentra límites para su actuación en las directrices trazadas por los compromisos internacionales de derechos humanos libremente asumidos.

Palabras-clave: Constitucionalismo. Democracia. Derechos Humanos.

INTRODUÇÃO

A ideia central do Constitucionalismo diz respeito à existência de uma Constituição como documento jurídico material, que estabelece direitos fundamentais e limita o exercício do poder, consolidando princípios que estabelecem a forma como uma determinada sociedade decide viver, sob uma autoridade legítima³. Inserida em um ambiente democrático, no qual se pressupõe que os cidadãos têm o poder de definir seus próprios rumos, surge a discussão que coloca em cheque o papel destes cidadãos na definição do sentido de sua Constituição. Diante de possíveis dissensos a respeito da interpretação das normas constitucionais, diversas teorias debatem a respeito da tensão entre Constitucionalismo e democracia⁴, discutindo se caberia às cortes constitucionais determinar o sentido da Constituição, ou ao poder legislativo, ou ao povo diretamente.

Este impasse não é exclusivamente teórico nem filosófico, mas diz respeito a situações bastante concretas vividas pela sociedade⁵. Em um momento em que muitas críticas têm se erguido contra o ativismo judicial praticado pelas Cortes Constitucionais, sobretudo a brasileira⁶, a preocupação com um incremento

3 Para Nimer Sultany, é o constitucionalismo o responsável pela determinação de uma base estrutural sobre a qual repousa a legitimidade da autoridade política em uma democracia: “*To be sure, constitutionalism includes an institutional specification, such as separation of powers, to prevent the usurpation of power. But more importantly, constitutionalism lays down the fundamental laws and rules that incorporate the basic principles of justice that govern the political community and secure individual rights*”. (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. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2132397>>. Acesso em: 22 jul 2016, p. 380).

4 A emergência de questões práticas advindas desse conflito geraram ampla discussão doutrinária que foi mapeada por Nimer Sultany, com a ressalva que a tensão entre constitucionalismo e democracia talvez não possa ser resolvida, pois as categorias em si, constitucionalismo e democracia, são muito instáveis (SULTANY, Nimer. *The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification*, p. 374 e 377).

5 Tanto ativismo quanto autocontenção judicial são comportamentos que podem ser ideologicamente informados e avaliados. Pode-se defender o ativismo judicial quando ele significa a proteção da igualdade e da liberdade, porém criticado quando implica redução desses princípios de forma conservadora. A grande dificuldade é justamente compreender o ativismo dentro dessa variação material que tramita entre progressistas e conservadores (SULTANY, Nimer. *The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification*, p. 385). A questão é que, uma vez reconhecida a autoridade final da Corte Constitucional sobre a Constituição, nem sempre será possível prever e controlar se sua atuação será emancipatória ou conservadora.

6 Ao tratar do tema, Luís Roberto Barroso elenca quatro críticas que costumam se erguer contra a expansão do Poder Judiciário: (1) a dificuldade contra-majoritária, já que os membros do Judiciário não são eleitos e tomam decisões que constroem maiorias; (2) crítica ideológica, pois o Judiciário seria (ou deveria ser) um espaço con-

nos procedimentos democráticos de participação ganha espaço. Além disso, o Constitucionalismo latino-americano, desde o final do século XX, tem se mostrado permeável às sugestões de correntes doutrinárias que atribuem ao povo maior responsabilidade na determinação de sentido à Constituição, valorizando a participação democrática⁷.

Nesse sentido, ganham relevância três teorias a serem exploradas nesse estudo, mediante revisão bibliográfica⁸: o Constitucionalismo fraco de Joel Colón-Ríos, o Constitucionalismo popular de Larry Kramer e Roberto Gargarella, e o Constitucionalismo democrático de Robert Post e Reva Siegel. Todas elas, em maior ou menor grau, reconhecem o povo como sujeito constitucional.

A partir do método dedutivo, o presente artigo busca encontrar perspectivas de diálogo entre os embates emergentes das propostas de redução da autoridade judicial na interpretação constitucional proposto por estas teorias, visando a uma maior democratização da deliberação constitucional, e aos limites traçados pelo direito internacional dos direitos humanos, que passaram a integrar também o corpo constitucional doméstico por meio de processos de abertura normativa. Há que se verificar se, diante de tratados internacionais de direitos humanos, pode a soberania popular atentar contra direitos neles previstos, especialmente tendo em vista a existência da *international accountability*.

Diante desse quadro, questiona-se se poderia o povo, como sujeito constitucional e sobrepondo-se à atuação da Corte Constitucional, afastar-se do cumprimento desses compromissos jurídicos internacionais, estabelecidos de direitos humanos, em nome da preservação da democracia como autodeterminação popular. Em contrapartida, seria o caso de compreender se sua liberdade democrática deve ceder em casos cuja interpretação constitucional possa

servador, (3) a falta de capacidade institucional do Judiciário para tomar decisões que repercutam em políticas gerais, e (4) a judicialização diminui o espaço de atuação dos fóruns políticos e sociais de deliberação. A primeira, o autor rebate adotando um conceito de democracia que não seria necessariamente majoritário, mas substancial, a segunda responde com afirmações de que o Supremo Tribunal Federal tem adotado posições emancipatórias, e não conservadoras. Reconhece que ele deve ser deferente às decisões políticas sobre questões de políticas públicas, bem como não deve se substituir ao processo democrático, mas somente atuar “quando a política falha”. BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil**: Crônica de um sucesso imprevisto. 2013. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-Constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2016, p. 16-17.

7 DALMAU, Rubén Martínez. Asembleas constituintes e novo Constitucionalismo en America Latina. *Tempo Exterior*, n. 17. Xullo – dezembro 2008.

8 A análise dessas teorias será feita com base na classificação elaborada por Nimer Sultany.

eventualmente afrontar direitos humanos.

A análise dessa relação entre Constitucionalismo popular e direitos humanos será realizada sem pretensão de resolver definitivamente a questão, mas com o objetivo de lançar luzes sobre um possível diálogo entre a esfera da democracia popular e a proteção internacional dos direitos humanos à luz das teorias que conclamam o povo como sujeito constitucional.

1. O papel do povo na definição do sentido constitucional

O papel que se deve atribuir ao povo em uma democracia, a respeito da definição de sua própria Constituição, decorre necessariamente da noção de democracia em si. O presente trabalho abordará diversas correntes de pensamento que procuram tratar da relação entre o Constitucionalismo e a democracia, tendo por filtro a preocupação com uma maior participação popular na definição das normas constitucionais, tanto no que diz respeito a sua interpretação quanto sua aplicação. Cada uma delas dá maior ou menor ênfase à regra da maioria, ou à proteção de certos direitos e valores em um documento constitucional.

É certo que a análise que se faz parte de uma concepção, de modo que as leituras são compreendidas em vista de uma lente segundo a qual a democracia não corresponde exclusivamente à regra da maioria⁹, mas a uma democracia plural¹⁰ que procura conciliar o ideal de liberdade individual em que cada pessoa é autônoma na condução de sua vida, e participação na definição das regras majoritárias que se aplicarão ao corpo social, implementadas por órgãos dotados de autoridade pública legítima¹¹. É dentro desta perspectiva que se buscará

9 Em uma concepção de democracia radical não populista, ciente da falibilidade dos acordos majoritários, defende que todas as pessoas têm direito de participar da deliberação pública, todavia, elas não podem simplesmente sufocar direitos de grupos minoritários e individuais. (GARGARELLA, Roberto. *La Justicia Frente Al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editorial Ariel AS, 1996, p. 122-123).

10 Esse pluralismo surge na própria ideia de democracia (radical), na medida em que as maiorias não são homogêneas, mas contingenciais, formando-se a cada momento a partir dos diversos grupos heterogêneos que moldam a sociedade. Dentro de uma concepção radical de democracia, o povo não existe como conceito abstrato, mas como um grupo formado histórica e geograficamente a partir das relações intersubjetivas. E os valores democráticos que pautam a organização social (liberdade, igualdade, justiça) encontram-se sempre abertos para novas interpretações e delimitações a partir do diálogo (KOZICKI, Katya. *Conflicto e Estabilização: Comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. 2000. 266 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/files/551/30359907.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2016, p. 113-114; 124-125).

11 TOMUSHAT, Christian. *Necesitamos nuevos conceptos de democracia y soberania em las instituciones de la in-*

verificar as implicações das teorias que fortalecem a atuação do povo como sujeito constitucional, em relação aos compromissos internacionais assumidos pelos Estados mediante a celebração de tratados de direitos humanos.

A fim de sistematizar o estudo do embate entre Constitucionalismo e democracia, Nimer Sultany¹² propôs uma classificação das diversas correntes teóricas que tratam da temática a partir de duas meta-categorias: o discurso de união e o discurso de desunião. O primeiro defende a possibilidade de se conceber racionalmente uma democracia constitucional, de modo que Constituição e Democracia possam encontrar-se em um arranjo institucional. O discurso da desunião, por sua vez, não vislumbra como possível esse arranjo, já que não haveria arranjo institucional capaz de aferir legitimidade ao regime político e ao mesmo tempo justificar o *judicial review*¹³.

Dentro do discurso da união, o foco recairá nas teorias que buscam reconciliar Constitucionalismo e democracia, e reconhecem que a existência de uma tensão entre ambas pode ser solucionada a partir de certas técnicas que legitimem, em algum grau, o *judicial review*¹⁴. É precisamente nas formas de se buscar alinhar essa tensão que surgem propostas de fortalecimento do povo como sujeito constitucional e propaga-se certa deferência das cortes constitucionais. Dentro desse quadro, estuda-se a proposta do Constitucionalismo popular de Larry Kramer e Roberto Gargarella¹⁵, para o qual a última palavra a respeito do sentido constitucional deve ser do povo, e não dos juízes; e o Constitucionalismo democrático proposto por Robert Post e Reva Siegal¹⁶, segundo o qual o sentido

tegración regional? In VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Org.) Estudos Avançados de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 30. No mesmo sentido, Roberto Gargarella analisa que a democracia deve proteger a moral individual, garantindo que o indivíduo seja livre para decidir sua vida privada, e permitir acordos de moral intersubjetiva, que diz respeito à vida comunitária. (GARGARELLA, Roberto. La Justicia Frente Al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, p. 166-168).

12 SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification, p. 386-387.

13 No presente trabalho, em alguns momentos é utilizada a expressão *judicial review* que designa, em um sentido amplo, a possibilidade de as cortes judiciais promoverem controle dos atos normativos praticados pelos demais poderes, o que não será associado a nenhum modelo restrito de controle de constitucionalidade.

14 SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification, p. 387 e 405.

15 Gargarella foi incluído nessa categoria por afinidade de propostas em relação à teoria de Kramer, mas sua obra não foi objeto de análise de Nimer Sultany.

16 Autores que também não foram objeto de análise de Nimer Sultany, mas cuja teoria propõe uma reconciliação entre constitucionalismo e democracia a partir de uma maior permeabilidade do discurso judicial ao clamor popular, bem como reconhecendo que não devem ser as cortes as dotadas de autoridade

da Constituição pode emergir de um diálogo¹⁷ entre as cortes constitucionais e o povo, na definição dos rumos constitucionais, sem última palavra.

Em sentido que antagoniza com os anteriormente propostos, o discurso de desunião entende ser insolúvel a tensão entre democracia e Constitucionalismo. Dentro desta concepção, será abordada a proposta de Joel Colón-Ríos (2009), para quem a democracia exige constante abertura constitucional e efetiva participação do povo na definição de seu sentido, o que o coloca ao lado da corrente daqueles que propõem a dissolução da tensão em uma maior atuação popular, o populismo¹⁸.

Justamente em função da intensa preocupação com a participação popular, o estudo tratará em primeiro lugar da proposta de Colón-Ríos, para então focar nas propostas que buscam conciliar Constitucionalismo e democracia a partir de uma maior deferência a esta última.

1.1 Constitucionalismo fraco e democracia forte

A expressão “Constitucionalismo fraco” foi cunhada por Joel Colón-Ríos em defesa de uma concepção forte e participativa de democracia, mais aberta a mudanças a partir de processos deliberativos. A Constituição, nesse caso, figura como um resultado inconclusivo da deliberação democrática popular, sempre sujeita a reformas que atendam aos interesses legítimos da população. Não serão juízes encastelados em Cortes Constitucionais as autoridades finais a ditar o sentido da norma constitucional, e sim o povo que poderia inclusive alterar radicalmente a Constituição, ou até instituir uma nova ordem – não como uma ameaça a direitos

final em termos de interpretação constitucional.

17 Conrado Hubner Mendes trata das “teorias do diálogo” como um meio termo entre as teorias do constitucionalismo popular (Kramer), bem como daquelas que negam qualquer legitimidade ao *judicial review* (Waldron): “Dois são os seus principais denominadores comuns: a recusa da visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deve ser legitimamente exercida pelos outros poderes; a rejeição da existência de uma última palavra, ou, pelo menos, de que a corte a detenha por meio da revisão judicial”. (MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação (Tese). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. Disponível em: < <http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6 /TES.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2016, p. 105-106). Enquadra nessa categoria Alexander Bickel, Cass Sunstein, que defendem virtudes passivas, e Neal Kumar Katyal, que defende uma atitude conselheira das cortes, ainda preocupada com o diálogo democrático (MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação, p. 126-127).

18 Sobre o populismo, ver Sultany, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification, p. 423-425. O enquadramento de Colón-Ríos nessa categoria é obra das autoras.

conquistados – mas como uma forma de correção de injustiças¹⁹.

Segundo Colón-Ríos, a tensão entre Constitucionalismo e democracia só pode ser compreendida a partir da inclusão de um terceiro ingrediente: a efetiva possibilidade de se emendar a Constituição. Nesse sentido, a Constituição deve estar diuturnamente aberta a novos sentidos e mesmo a mudanças em seu texto, sem que nem mesmo direitos fundamentais ou princípios gerais abstratos pudessem estar a salvo da deliberação popular. E se não há premissa a salvo de discussão, a democracia não poderia representar um risco para si mesma? Defende Colón-Ríos que sim, e vai além: esse risco é inerente ao próprio processo democrático. Entrincheirar valores ou direitos significaria sacrificar a criatividade do povo unido, a qual pode gerar sociedades mais justas²⁰. Para que essa participação se viabilize de forma verdadeiramente igualitária, contudo é preciso pensar em uma sociedade ideal, em que o povo não seja cooptado por personalidades e facilidades de curto prazo.

Essa modalidade de Constitucionalismo não pretende resolver a tensão entre normas constitucionais e vontade majoritária, pois deixa as normas constitucionais completamente abertas à redefinição de sentido pelo exercício do poder democrático popular. Aliás, a atuação democrática nesse caso – e esse é um ponto a ser enfatizado – não se resume ao funcionamento das instituições democráticas, como Congresso, partidos políticos. Estas instituições funcionam na solução das questões cotidianas, mas não na definição dos rumos constitucionais, para os quais o povo deve ser diretamente consultado. O ideal para Colón-Ríos é que essa participação democrática não se resuma a um referendo ou plebiscito em que a população consultada apenas se manifesta sobre propostas já formuladas, mas exige verdadeira deliberação, debate e apresentação de propostas diretamente pelo povo²¹. De qualquer forma, todo e qualquer direito está aberto à discussão, não havendo espaço para supremacia judicial nem parlamentar.

Esta versão de Constitucionalismo fraco proposta por Joel Colón-Ríos só se

19 COLÓN-RÍOS, Joel. *The End of The Constitutionalism-Democracy Debate*. Windsor Review of Legal and Social Issues, V. 28, 2010; CLPE Research Paper n. 3/2009; Victoria University of Wellington Legal Research Paper n. 19/2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1330636>>. Acesso em: 10 jun 2016, p. 19.

20 COLÓN-RÍOS, Joel. *The End of The Constitutionalism-Democracy Debate*, p. 13.

21 COLÓN-RÍOS, Joel. *The End of The Constitutionalism-Democracy Debate*, p. 19-22.

viabiliza a partir de uma cidadania participativa, em que os indivíduos deixam de ser meros expectadores do fenômeno constitucional para serem os verdadeiros autores do processo, mediante mecanismos de autêntica participação – como a proposta de emenda constitucional por meio de iniciativa popular, ou convocação de assembleia constituinte diretamente pelo povo (e não pelos órgãos legislativos)²². Na visão de Colón-Ríos, somente com participação popular pode haver verdadeira democracia, pois é ela que respeita a igualdade de todos os cidadãos ao reconhecer sua capacidade de governarem a si próprios, decidindo questões substanciais para sua existência²³.

É nesse sentido que se torna possível enquadrar a proposta de Colón-Ríos ao populismo mencionado por Sultany, e atribuído a autores como Richard Parker e Mark Tushnet. O principal argumento do populismo é a promoção do processo democrático por meio da atuação direta do povo, questionando medidas que rejeitem a regra da maioria²⁴.

A proposta desse autor vai além, portanto, da teoria proposta por Jeremy Waldron, na medida em que é essencialmente majoritária²⁵, de modo que um povo não pode estar preso a uma Constituição ditada por seus antepassados e interpretada por uma Corte Constitucional dotada de autoridade suprema. Waldron defende que não pode haver solução entre o Constitucionalismo e a democracia, e acaba por se posicionar favoravelmente a uma total abertura da legislação (inclusive constitucional) à deliberação majoritária: se o povo pode ser considerado titular de direitos morais, ele também deve ser considerado como titular da responsabilidade na definição desses direitos²⁶. Todavia, Waldron atribui ao parlamento essa responsabilidade, de modo que não será o povo diretamente

22 COLÓN-RÍOS, Joel. *The End of The Constitutionalism-Democracy Debate*, p. 19-22.

23 COLÓN-RÍOS, Joel. *The End of The Constitutionalism-Democracy Debate*, p. 17.

24 SULTANY, Nimer. *The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification.*, p. 423.

25

26 SULTANY, Nimer. *The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification.*, p. 421: “*Entrenchment of rights means constitutional immunity and corresponds to the disabling of citizens and their representatives, rendering the regime anti-democratic. According to this view, entrenchment is based on a “predatory view” of human nature and sends a message of mistrust that contradicts individual moral autonomy. If the individual is to be trusted as a bearer of rights, then the same individual should be trusted as a bearer of political responsibilities*”.

o intérprete constitucional, mas sim seus representantes eleitos²⁷.

Quando reconhece que o povo pode, ele próprio, convocar assembleia constituinte, bem como iniciativa de emenda constitucional, Colón-Ríos admite que não há limite constitucional para sua atuação como sujeito de sua própria Constituição. E o mesmo se verifica na defesa de propostas de emenda à Constituição pela iniciativa popular. Nesses casos, parece não haver espaço para o *judicial review*, levando em conta que deve ser o povo que deve definir as regras e os princípios que pautarão sua convivência. Nesse caso, o Constitucionalismo acaba por se dissolver integralmente no conceito de democracia.²⁸

A abertura democrática proposta por Colón-Ríos, todavia, não significa que a Constituição pode ser mudada a qualquer tempo, como se fosse legislação ordinária. Significa, porém que, no caso de graves discordâncias sobre a interpretação e a aplicação das normas constitucionais, deve ser o povo o sujeito responsável pela decisão, sendo que não haveria nada sobre o que ele não pudesse se manifestar, nem mesmo direitos humanos oriundos de tratados internacionais.

1.2. Constitucionalismo popular

O Constitucionalismo popular opõe-se ao Constitucionalismo fraco de Colón-Ríos na medida em que entende ser possível conciliar a tensão entre a proteção da Constituição e o exercício da democracia. Aqui, encontram-se argumentos que – embora critiquem arduamente a supremacia judicial – reconhecem como válida certa medida de *judicial review*, desde que a última palavra acerca da Constituição remanesça com o povo.

Um dos principais defensores do Constitucionalismo popular foi Larry Kramer²⁹.

27 COLÓN-RÍOS, Joel. *The End of The Constitutionalism-Democracy Debate*, p. 15.

28 Defendendo uma dupla dimensão de democracia, entende que num primeiro momento a democracia corresponde a um aparato institucional capaz de instrumentalizar a vontade democrática do povo, no caso, os representantes eleitos. Em uma segunda dimensão, a democracia implica a ampla possibilidade de o povo determinar-se a si próprio, o que significa a possibilidade de mudar a Constituição. (COLÓN-RÍOS, Joel. *The End of The Constitutionalism-Democracy Debate*, p. 13-14; SULTANY, Nimer. *The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification*, p. 420.

29 . KRAMER, Larry. “The Interest of The Man”: James Madison, Popular Constitutionalism, and The Theory of Deliberative Democracy. *Valparaiso University Law Review*. V. 41, n. 2, Disponível em: < <http://scholar.valpo.edu/vulr/vol41/iss2/5>>. Acesso em: 28 jul. 2016, p. 700-701. O próprio autor reconhece que não há exatamente uma teoria do constitucionalismo popular, mas uma ideia geral que poderia ser implementada através das mais diversas teorias (KRAMER, Larry. “The Interest of The Man”: James Madison, Popular Constitutionalism, and The Theory of Deliberative Democracy, p. 702).

Sua ideia básica seria que o intérprete final do sentido da Constituição deveria ser o povo, e não um órgão jurisdicional dotado de supremacia, capaz de interpretar normas constitucionais com força vinculante para todos.

Kramer estaria preocupado com processos de deliberação constitucional a serem adotados pelos setores políticos (representativos ou diretos) da sociedade³⁰. Nessa versão do Constitucionalismo popular, Kramer se aproximou de uma democracia deliberativa, espelhando-se na teoria deixada por James Madison, na medida em que o federalista, embora fervoroso defensor da democracia, reconhecia a necessidade de cuidado com maiorias instáveis e volúveis, apenas desejosas do exercício do poder sem pensar nos interesses comuns. Nesse caso, o sistema jurídico e institucional deveria ser guiado pela opinião pública, como sendo a opinião que o povo tinha a respeito de questões concretas da sua existência³¹. Vale ressaltar que a participação do povo, para Kramer, deveria ter supremacia nos temas que envolvessem a interpretação constitucional, mas não para o fim de reformar o texto da Constituição. Para esse mister, ele reconhecia a validade do processo formal de reforma previsto constitucionalmente, pois estaria em questão a existência de normas constitucionais que não mais se aplicavam à realidade do povo.³²

No tocante à interpretação, para que a regra da maioria pudesse prevalecer, abrindo espaço para a deliberação pública a respeito das matérias de grande interesse, ela deveria permitir a manifestação de uma opinião “razoável e justa”, o que significa atribuir certo conteúdo à regra majoritária³³.

Com esse critério, imaginou Kramer que restaria afastado o perigo de o sistema colapsar diante de maiorias formadas de forma ocasional e irrefletida, inflamadas por situações graves. Todavia, na medida em que não propõe concretamente

30 DONNELLY, Tom. Making Popular Constitutionalism Work. *Wisconsin Law Review*. V. 2012; Harvard Public Law Working Paper No. 11-29. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1962580>>. Acesso em: 17 maio 2016, p. 168.

31 KRAMER, Larry. “The Interest of The Man”: James Madison, Popular Constitutionalism, and The Theory of Deliberative Democracy, p. 728.

32 “*Popular constitutionalism was not a blank check for the public to ignore the law it had made. If the Constitution was clear, it had to be changed, not interpreted.*” (KRAMER, Larry. “The Interest of The Man”: James Madison, Popular Constitutionalism, and The Theory of Deliberative Democracy, p. 745).

33 KRAMER, Larry. “The Interest of The Man”: James Madison, Popular Constitutionalism, and The Theory of Deliberative Democracy, p. 729-730.

mecanismos para operacionalizar a deliberação democrática do povo, Kramer se sujeita à crítica da inviabilidade teórica, afinal não aponta critérios que possam identificar, de forma racional e objetiva, quando as majorias devem se manifestar a respeito da interpretação constitucional. Além disso, o próprio processo deliberativo em si poderia ser muito demorado, gerando descrédito em relação ao sistema.

Tom Donnelly procurou precisamente enfrentar essas críticas³⁴, por meio da proposta de um arranjo institucional que operacionalizasse o Constitucionalismo popular. Para tanto, seria necessário que se modificasse o *design* institucional do Estado Americano, a fim de permitir que o povo tivesse a última palavra como intérprete constitucional e, além disso, fomentar e realizar uma educação pública que capacitasse o povo para exercer esse papel³⁵.

Donnelly propõe que o povo seja consultado a respeito do sentido da Constituição em casos bem específicos. Quando a Corte Constitucional decidisse questão constitucional com uma maioria controversa (caso de majorias de 5 a 4 votos), a matéria deveria ser submetida ao Congresso. Caberia a ele então, pelo voto da maioria dos seus membros (uma supermaioria, segundo Donnelly), atribuir a questão à reconsideração popular ou não. Em caso de reconsideração, o povo, por meio de um referendo, decidiria sobre a interpretação constitucional – se seria mantida ou não a decisão da Suprema Corte³⁶.

Para Donnelly³⁷, o problema da tirania da maioria estaria resolvido com essa proposta, na medida em que a população seria convocada para resolver apenas questões constitucionais bastante específicas, decorrentes de um processo judicial, em que tivesse havido importante divergência judicial sobre o mérito. O povo deliberaria o tema a partir dos votos judiciais, das opiniões de líderes populares sobre qual seria a melhor interpretação constitucional.

Roberto Gargarella, por sua vez, defende um Constitucionalismo popular fundado na deliberação democrática, de modo que o povo – e não a Corte – é aquele a ter a última palavra a respeito do sentido constitucional. Nesse panorama, o controle jurisdicional mantém sua autoridade para garantir, por exemplo, a

34 DONNELLY, Tom. Making Popular Constitutionalism Work, p. 165-166.

35 DONNELLY, Tom. Making Popular Constitutionalism Work, p. 167.

36 DONNELLY, Tom. Making Popular Constitutionalism Work, p. 188.

37 DONNELLY, Tom. Making Popular Constitutionalism Work, p. 190-191.

liberdade de expressão, a proibição de discriminação de grupos minoritários, a violação das regras eleitorais e todos os elementos necessários a um diálogo público significativo³⁸. Só não será ele o intérprete final da Constituição.

Gargarella³⁹ se mostra preocupado com um Constitucionalismo elitista que encerra no Poder Judiciário a última palavra sobre a interpretação constitucional e o controle das leis. Em tentativa de acomodar a atuação jurisdicional a um modelo de democracia deliberativa, propõe que se redesenhe o arranjo institucional a fim de permitir, por exemplo, o reenvio das decisões judiciais em que haja grave controvérsia sobre a interpretação constitucional aos órgãos de deliberação democrática, como o próprio Parlamento⁴⁰; a existência de mecanismos institucionais que articulem a deliberação pública a respeito da defesa dos direitos das minorias em litígio, como é o caso do *amicus curiae*⁴¹. Mesmo quando sociedades enfrentam momentos de crise de legitimidade dos poderes políticos representativos, como o Legislativo, Gargarella não reconhece o Judiciário como órgão capaz de suprir esse *deficit* democrático. Crises nos processos democráticos devem ser resolvidas a partir do aperfeiçoamento das regras e das instituições, mas não mediante práticas que isolem o Congresso ainda mais – como o *judicial review* dotado de supremacia judicial. Afinal, salienta o autor, juízes também podem decidir conforme convicções particulares não antenadas com a sociedade ou seguir uma agenda própria⁴².

Todavia, reconhece que mecanismos de implementação de maior diálogo constitucional, bem como empoderamento dos cidadãos na interpretação constitucional, somente poderão surtir um efeito benéfico para a democracia deliberativa se acompanhados de reformas institucionais que afirmem maior legitimidade às esferas políticas, afastando-se dos “*hiper-presidencialismos*”, ou de

38 GARGARELLA, Roberto. La Justicia Frente Al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, p. 162.

39 GARGARELLA, Roberto. La Justicia Frente Al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, p. 166-168.

40 GARGARELLA, Roberto. La Justicia Frente Al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, p. 174-177.

41 GARGARELLA, Roberto. La Justicia Frente Al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, p. 186.

42 GARGARELLA, Roberto. La Justicia Frente Al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, p. 62-63.

“Congressos desvinculados da sociedade”⁴³. Afinal, se são abertos canais de discussão pública nessa seara, mais difícil ainda seria fazê-la para discutir decisões judiciais.

Abordando um Constitucionalismo popular que se realiza na prática, Rubén Martínez Dalmau⁴⁴ trouxe a experiência de constituições latino-americanas desde a Constituição colombiana de 1991 à Constituição do Equador de 2008. Esse novo Constitucionalismo apontado por Dalmau decorre de uma sucessão de processos revolucionários que exigem, para além da transição política, uma nova forma política que estabeleça verdadeira dimensão participativa ao povo.

As assembleias constituintes foram, em alguns casos, convocadas via referendo – tal como idealizado por Colón-Rios, e a entrada em vigor do novo texto constitucional, que também é submetido à aprovação popular⁴⁵. O novo Constitucionalismo que emerge nesses países decorre de uma necessidade especial de seu povo heterogêneo e plural, que não se adaptava aos mecanismos democráticos institucionalizados na Europa e nos Estados Unidos, pois estes estariam corrompidos pelas elites no poder. Todavia, não se trata de um Constitucionalismo descuidado dos direitos fundamentais, tanto que reconhece que em primeiro lugar devem ser reconhecidos os direitos, para então se poder falar em poder popular democrático⁴⁶.

Indo além de um Constitucionalismo popular proposto por Kramer, as mudanças trazidas por esses novos processos constituintes implicam o reconhecimento do povo como titular único e final do poder de reforma constitucional, como se verifica na Constituição da Venezuela de 1999, que prevê que toda proposta de emenda constitucional só pode entrar em vigor se aprovada por referendo popular⁴⁷.

Importa salientar que, nessas vertentes do Constitucionalismo popular, não

43 GARGARELLA, Roberto. La Justicia Frente Al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, p. 05-06.

44 DALMAU, Rubén Martínez. Asembleas constituintes e novo Constitucionalismo en America Latina, p. 05.

45 Seriam referências desse novo constitucionalismo a Constituição da Colômbia de 1991, a da Venezuela de 1999, e do Equador de 2008 (DALMAU, Rubén Martínez. Asembleas constituintes e novo Constitucionalismo en America Latina, p. 6).

46 DALMAU, Rubén Martínez. Asembleas constituintes e novo Constitucionalismo en America Latina, p. 06-07.

47 DALMAU, Rubén Martínez. Asembleas constituintes e novo Constitucionalismo en America Latina, p. 12.

se nega a existência de uma Constituição como documento reitor da vida em sociedade, na qual se inserem direitos fundamentais, nem mesmo a ideia de controle de constitucionalidade das leis, apenas sugere um modelo mínimo de *judicial review* que seja demandado apenas em casos de extrema necessidade. Como coloca Niembro O⁴⁸, *"esto no significa que la Constitución no sea vinculante o que los límites que impone no deban ser cumplidos, sino que los poderes políticos y la comunidad en general también pueden interpretarla"*.

1.3 Constitucionalismo democrático

O Constitucionalismo democrático tem se mostrado como uma vertente mais branda das tentativas de democratização da Constituição, também preocupada com maior legitimidade popular na aplicação das normas constitucionais, mas sem afastar completamente a autoridade das cortes constitucionais nem negar a supremacia judicial. Propõe uma conciliação entre Constitucionalismo e democracia a partir de um constante diálogo entre os intérpretes constitucionais: as cortes, os representantes eleitos, os movimentos sociais e o povo diretamente.

Segundo a proposta de Robert Post e Reva Siegel, o Constitucionalismo democrático reconhece que a autoridade da Constituição depende de sua legitimidade democrática, o que significa que o povo regido por uma Constituição deve nela encontrar um espelho de suas ambições e sua forma de compreensão do mundo. Nessa linha, o povo estaria autorizado a deduzir pretensões relacionadas ao significado dessa Constituição, e exigir dos poderes constituídos que o significado por ele defendido fosse implementado. A realidade constitucional, assim, seria moldada por uma constante troca de significados constitucionais, na qual o povo teria um papel atuante a cumprir, ao lado das demais instituições como a Corte Constitucional⁴⁹.

O papel assumido pela Corte Constitucional é relevante na medida em que, por

48 NIEMBRO O., Roberto. Una Mirada al Constitucionalismo Popular. In Isonomía. N. 38, abril 2013, p. 191-224. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n38/n38a7.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2016, p. 201.

49 POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. In Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007. Yale Law School, Public Law Working Paper n. 131. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=990968>>. Acesso em 05 jun. 2016, p. 02.

designação da própria Constituição, o povo pode nela encontrar a instituição capaz de obrigar o cumprimento dos direitos fundamentais, protegendo assim os valores constitucionalmente definidos, e limitando e constringendo, quando necessário, o exercício do poder pelo governo.

O Constitucionalismo democrático não pretende retirar a Constituição da Corte Constitucional⁵⁰, mas sugere que nas divergências de interpretação da Constituição entre o povo e a Corte haja mecanismos para que as razões do povo sejam consideradas e, quando legítimas, atendidas. Essas razões do povo, contudo, devem ser concernentes à própria interpretação constitucional, e não meramente políticas. É preciso que se esclareça que o Constitucionalismo democrático não significa determinar a deferência da Constituição à vontade política majoritária, mas sim à posição jurídica (vinculada ao Direito como *nomos*⁵¹), defendida pelos movimentos sociais, que interpretam a Constituição atribuindo-lhe sentidos em função de sua experiência de vida, seus valores, suas tradições.⁵²

A tensão entre Constitucionalismo e democracia se resolveria por meio de uma proposta de diálogo, em que o sentido da Constituição emerge de uma negociação jurídica entre o primado do Direito e a autodeterminação democrática, de modo que a interpretação constitucional deve atender à compreensão popular e, ao mesmo tempo, restringir-se à integridade jurídica⁵³. Somente no caso a caso – e não de forma geral e inespecífica – que seria possível verificar o grau de deferência do judiciário às expectativas racionais da população, pois é a ação judicial que pode desencadear o diálogo constitucional entre as cortes e o povo⁵⁴.

50 POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash, p. 02-03 e 07.

51 Segundo Robert Cover, o *nomos* expressa um conjunto no qual direito e narrativa são inseparáveis um do outro. Cada prescrição, cada regra, demanda sua localização no discurso para ser suprida de historicidade e destino, começo e fim, propósito. E, por sua vez, toda narrativa esboça uma dimensão prescritiva, uma moral. (COVER, Robert M. Narrative, violence, and the law: the essays of Robert Cover (editado por Marthe Minow, Michael Ryan, and Austin Sarat). Michigan: The University of Michigan Press, 2004, p. 98-99).

52 “Citizens who invoke the Constitution to criticize courts associate the Constitution with understandings they find normatively compelling and believe to be binding on others”. (POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash, p. 3). Conforme relata Niembro O., reconhecem a importância dos movimentos sociais: “Consideran que los movimientos sociales configuran el sentido constitucional al generar nuevos entendimientos que guían las posturas oficiales. Por ello, proponen superar las descripciones tradicionales de cómo se hacen los cambios constitucionales, por otra más compleja que dé cuenta de la importancia de dichos movimientos.” (NIEMBRO O., Roberto. Una Mirada al Constitucionalismo Popular, p. 207).

53 POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash, p. 04.

54 NIEMBRO O., Roberto. Una Mirada al Constitucionalismo Popular, p. 205. Essa atenção da Corte

Igualmente atento à possibilidade de ver nas decisões judiciais o estopim para a discussão a respeito do sentido constitucional – e não a palavra final, caminha a teoria do Constitucionalismo popular mediado de Barry Friedman⁵⁵. Ainda que a Corte Constitucional declare que sua decisão é final e dotada de autoridade, a deliberação política a respeito do conteúdo decidido continuará, a partir da mobilização dos grupos sociais. Esta realidade se viabiliza a partir da abertura e da flexibilidade do texto constitucional, cujas interpretações são contingentes e cambiáveis, de modo a sugerir um contínuo percurso de atribuição de novos significados. Segundo Mendes, “seria um processo de idas e vindas, em que a corte devolve o tema para a sociedade e para os outros poderes, e vice-versa”.⁵⁶ Uma das formas dessa interação é o *backlash*: um fenômeno a ser compreendido na arena de troca de sentidos constitucionais que determina a legitimidade da Constituição, significando uma reação popular ou mesmo dos representantes eleitos, contrária a certa decisão judicial que versa sobre o sentido da Constituição.⁵⁷ De fato, por vezes a controvérsia na definição de direitos constitucionais é inevitável, pois acaba por atingir grupos sociais que já desfrutam de posições consolidadas no arranjo social. A movimentação social de repulsa à decisão pode surgir. Entretanto, a autoridade da decisão judicial pode ser justificada se

Constitucional ao povo não quer significa transformá-la em órgão representativo político, mas tão somente reconhecer que as decisões judiciais têm, elas próprias, uma dimensão política.

55 MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação, p. 142-143. Ainda, NIEMBRO O., Roberto. Una Mirada al Constitucionalismo Popular, p. 211-212: “Pero tampoco tienen la última palabra sobre la interpretación porque las decisiones judiciales no tienen necesariamente ese efecto. Así, considera que una cosa es lo que digan los jueces [...] y otra es lo que sucede en la realidad, como cuando el Congreso emite leyes contrarias a la interpretación del tribunal y la gente ignora y combate las decisiones judiciales con las que no está de acuerdo. Es más, estima que la definitividad de las interpretaciones judiciales no es deseable porque impide el dinamismo que requiere el proceso de interpretación y restringe el desarrollo de la Constitución”.

56 Em crítica a uma proposta de diálogo de Friedman, Gargarella defende que tendo em vista que Corte e cidadãos estão em posições muito díspares, essa desigualdade impede um diálogo efetivamente livre. Além disso, os juízes (especialmente da Suprema Corte) costumam ser escolhidos a partir dos setores mais ricos e mais bem-educados da sociedade, saindo em posição de vantagem em relação ao público em geral, o que também compromete o diálogo. Finalmente, some-se a isso a imensa dificuldade em se modificar uma decisão das Cortes Constitucionais, o que acaba por lhes garantir a última palavra. Com isso, Gargarella afirma que o diálogo constitucional entre o Judiciário e o povo somente poderia ser efetivo se realizado por meio de canais de efetiva consulta popular, e não por meio do Legislativo, uma vez que reconhece haver um *deficit* de representação democrática entre os parlamentares e os cidadãos (GARGARELLA, Roberto. La Justicia Frente Al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, p. 20 e 25).

57 O *backlash* começou a ser tratado como um fenômeno jurídico-político a partir do movimento pelos direitos civis nos Estados Unidos, em que decisões controversas como *Brown vs. Board of Education* geraram forte rejeição popular. Robert Post e Reva Siegel tratam em seu artigo especialmente do *backlash* desencadeado pela decisão da Suprema Corte sobre o aborto, em *Roe vs. Wade* (POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash, p. 18).

os valores em questão forem suficientemente importantes.⁵⁸

Apontando preocupações com a manifestação popular a respeito das decisões judiciais, Cass Sunstein⁵⁹ alerta para certos perigos na prática desse diálogo entre a Corte Constitucional e o povo. Se por um lado a atenção às consequências sociais e políticas das decisões judiciais pode ser recomendada, Sunstein⁶⁰ afirma que nem sempre os juízes dispõem de instrumentos suficientes para prever o grau e a extensão de um eventual efeito negativo (inclusive o *backlash*) de suas decisões. Ainda, observa que nem sempre a opinião majoritária merece ser levada em consideração, pois ela pode refletir um preconceito generalizado, ou ainda um comportamento de manada induzido por certos líderes políticos, que não necessariamente corresponde a um entendimento refletido a respeito do tema⁶¹.

Mesmo assim, Sunstein reconhece que os juízes são pessoas inseridas na sociedade e que têm condições mínimas de verificar quando suas decisões, ao tocarem questões constitucionais, podem causar graves efeitos negativos. Esses juízes podem concluir que uma visão do público a respeito de dada matéria constitucional, que seja geral e fortemente sustentada, merece ser levada em consideração, especialmente se essa visão se refere a questões de fato ou de valor moral relevantes para a decisão judicial⁶².

Nesse diapasão, Sunstein não se coloca ao lado do Constitucionalismo democrático, pois este defende que os juízes enfrentem questões complexas a respeito da interpretação constitucional, na medida em que assim eles poderiam desencadear o diálogo com o povo que promoveria a interpretação mais adequada. Sunstein é adepto de uma posição mais deferente dos juízes em questões controversas, o que corresponde ao minimalismo: ao decidir questões de alta indagação, os

58 *Idem*, p. 19. No Brasil, verificou-se um intenso *backlash* à decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277), tanto em manifestações de certos setores da sociedade, especialmente ligados a doutrinas religiosas contrárias a esse reconhecimento, quanto no próprio Congresso, através da propositura de projeto de lei (PL 6583/2013) que visa regular a questão em sentido oposto ao definido pela Corte.

59 SUNSTEIN, Cass. If People Would Be Outraged By Their Rulings, Should Judges Care? In John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series, Paper n. 332; Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Paper n. 151. Chicago, fev. 2007. Disponível em <http://ssrn.com/abstract_id=965581>. Acesso em: 5 maio 2016, p. 01).

60 SUNSTEIN, Cass. If People Would Be Outraged By Their Rulings, Should Judges Care?, p. 21-22.

61 SUNSTEIN, Cass. If People Would Be Outraged By Their Rulings, Should Judges Care?, p. 34-37.

62 SUNSTEIN, Cass. If People Would Be Outraged By Their Rulings, Should Judges Care?, p. 60.

juízes devem aplicar o direito constitucional da forma mais pontual, estreita e específica possível para o caso a ser decidido, a fim de não atingir situações que não estejam diretamente ligadas à matéria em exame. Trata-se de uma prática quase omissiva, refratária da Corte às grandes controvérsias, em que se devem evitar tratar de princípios em sua máxima profundidade e abrangência. Assim, a decisão não ultrajaria o público porque certas dimensões de seus valores e tradições, que não estavam em pauta no caso judicial, foram atingidas. Pretende Sunstein, dessa forma, que a esfera judicial de interpretação constitucional deixe mais espaço para a deliberação política e democrática⁶³.

Enquanto o minimalismo de Sunstein condena o conflito, partindo da premissa de que ele corresponde a uma ameaça para a legitimidade da coesão social, o Constitucionalismo democrático de Post e Siegel⁶⁴ entende que é precisamente desse conflito que surgirá consolidada a coesão em condições de heterogeneidade normativa.

Assim, o Constitucionalismo democrático exige mais das decisões judiciais do que pretende oferecer o minimalismo proposto por Sunstein, preso à ideia de que as decisões judiciais retiram do povo a deliberação sobre o sentido da Constituição. Segundo Post e Siegel⁶⁵, nenhuma corte tem o poder de retirar matérias constitucionais da discussão pública, o que a constitucionalização de direitos faz é elevar a discussão da mera política para temperá-la com princípios, exigir a consideração das razões judiciais, eventualmente afastar certas possibilidades legislativas.

Para que o diálogo entre as cortes e o povo se aperfeiçoe (no sentido de que decisões judiciais somem-se à deliberação democrática, e não o contrário), os juízes devem levar em consideração os reflexos sociais de suas decisões, porque a controvérsia não é algo a ser combatido pela estabilidade social, pelo contrário: são as discussões fomentadas no espaço público que fortalecem a Constituição, atribuindo-lhe legitimidade a partir de uma estrutura plural e heterogênea⁶⁶. O que deve ser levado em consideração, contudo, é que as decisões judiciais devem ser proferidas em cuidado a um "respeito mútuo", o que é essencial na democracia⁶⁷.

63 POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, p. 31-32.

64 POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, p. 83.

65 POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, p. 33.

66 POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, p. 34-35.

67 POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, p. 36. Também nesse

2. A abertura do Constitucionalismo ao direito internacional dos direitos humanos

Tratar da tensão entre o Constitucionalismo e a democracia em um cenário de direitos humanos é algo que exige uma nova aproximação do problema. Afinal, as teorias que reclamam uma maior participação do povo focam precisamente no ideal democrático inserido em um contexto nacional, no sentido de que todos e cada um devem estar autorizados a interferir no processo de definição da Constituição.

Só que esta Constituição não é mais um ordenamento jurídico autocentrado, mas sim um documento que ganha novo significado, especialmente no final do século XX e no alvorecer do século XXI. Tem-se falado em um Constitucionalismo global⁶⁸, na medida em que as Constituições, sobretudo ocidentais, e especialmente latino-americanas, estão materialmente comprometidas com a dignidade humana, e com princípios como a igualdade e a liberdade⁶⁹. Trata-se de um Constitucionalismo de forte teor substancial, garantidor de direitos humanos a partir da premissa universal de que toda pessoa é sujeito de direitos⁷⁰. Segundo Cançado Trindade⁷¹, direito interno e direito internacional acabam por formar um conjunto harmônico que aponta para uma mesma direção: a proteção da pessoa humana⁷².

2.1. Constitucionalismo global e Constitucionalismo latino-americano: a integração com os direitos humanos

Desde a formação de organismos internacionais dotados de personalidade no

sentido NIEMBRO O., Roberto. Una Mirada al Constitucionalismo Popular, p.2018: “*Creo que los jueces deben considerar a los ciudadanos como sujetos capaces de interpretar la Constitución y, por tanto, tomar en serio su opinión. Premisa que, de ser aceptada, nos obligaría a diseñar instituciones que incentiven a los jueces a entablar un diálogo con los distintos componentes de la sociedad civil al momento de interpretar la Constitución.*”

68 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In Revista Brasileira de Direito Constitucional. N. 19, jan./jul. 2012, p. 47.

69 “[...] o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições Nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado” (PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições, p. 47).

70 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições, p. 45-46.

71 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos. V. 1. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003, p. 506.

72 O autor se reporta a uma “influência dialógica entre direito internacional e direito constitucional”. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos, p. 508).

plano internacional, gerenciadores de tratados de direitos humanos, a globalização tem favorecido um amplo e crescente diálogo entre o direito internacional e supranacional e o constitucional. Conseqüentemente, surgem estruturas “pós-nacionais” ou “pós-soberanas” de articulação do espaço político. A deliberação política, nesse diapasão, passa por processos fundamentados nos princípios de direitos humanos e democracia, e não mais a partir de estruturas centradas na figura estatal⁷³.

Nesse sentido, Piovesan defende que o paradigma tradicional latino-americano passa por um processo de transformação que implica simultaneamente três fenômenos. O primeiro deles seria a transmutação da pirâmide jurídica kelseniana, tendo em seu ápice a Constituição, para a figura trapezoidal em que a Constituição partilha a extremidade superior do sistema jurídico com os tratados internacionais de direitos humanos⁷⁴. Essa realidade se viabiliza a partir de cláusulas de abertura de diversas constituições latino-americanas, que admitem a integração de seu sistema constitucional com as normas do direito internacional dos direitos humanos.⁷⁵

O segundo fenômeno seria o diálogo entre direito constitucional e direito internacional viabilizando uma permeabilidade do direito interno pelos direitos humanos, a fim de viabilizar inclusive a abertura do diálogo entre Constituição e outros saberes e os cidadãos como atores sociais⁷⁶. É o que se verifica, por exemplo, no instrumento das audiências públicas a que se referia Gargarella, e que se materializam no processo constitucional realizado no Supremo Tribunal Federal do Brasil.⁷⁷

73 MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Org.). Estudos Avançados de Direitos Humanos. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 242.

74 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições, p. 69.

75 É o caso do art. 75, inciso 22, da Constituição da Argentina de 1994; o artigo 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição do Brasil de 1988; a Constituição do Peru, de 1993; o artigo 93 da Constituição da Colômbia de 1991, com a reforma de 1997; e também a Constituição do Chile de 1980, com a reforma de 1989. (PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições, p. 70). A Constituição do Equador de 2008, para Dalmau como emblemática de um constitucionalismo popular, prevê o relacionamento com o plano internacional a partir do respeito aos direitos humanos, adotando, todavia, um viés bastante conservador da autonomia do povo equatoriano, bem como exigindo um processo de democratização dos instrumentos internacionais (Art. 216, 7 e 9). A Constituição da Bolívia de 2009 prevê explicitamente, por sua vez, que os direitos humanos por ela reconhecidos serão interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos dos quais a Bolívia faça parte. (DALMAU, Rubén Martínez. Asembleas constituintes e novo Constitucionalismo en America Latina, p. 12).

76 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições, p. 70.

77 Reguladas pela Lei 9.868 e 9.882 de 1999. A primeira audiência pública se verificou no julgamento da ADI 3510, pelo Supremo Tribunal Federal, em que se admitiu a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias.

Em terceiro lugar, Piovesan trata do *human rights approach*, que passa a informar os conceitos estruturais e fundacionais da soberania popular e da democracia em si, na medida em que a própria cidadania passa a ser conformada pelos direitos humanos⁷⁸, que têm como núcleo o respeito à pessoa como valor ético fundamental e irreduzível⁷⁹. Também a soberania estatal passa por uma significativa mudança, na medida em que os Estados não estão mais autorizados a agir de forma plenamente livre, mas devem atentar ao fundamento jurídico e ético dos direitos humanos (TOMUSCHAT, 2013, p. 31).

Esse fenômeno não quer significar, contudo, que se deve adotar uma premissa universalista autoritária, segundo a qual o mesmo sentido de direitos humanos se aplica a todas as sociedades. Mas representa, isso sim, que todo ser humano merece ser reconhecido como titular de direitos humanos, e que as sociedades devem trazer essa premissa básica de dignidade humana para uma significação conforme suas tradições e sua cultura⁸⁰.

De fato, o direito internacional dos direitos humanos vem encontrar, no século XXI, um Constitucionalismo diferente de suas matrizes originárias. Segundo Figueiredo, trata-se de um Constitucionalismo que protege e viabiliza o pluralismo, a transformação, a diferença e a liberdade, de modo que a democracia passa a ser um instrumento a favor das diferenças culturais. Nessa seara, não se trata necessariamente de afirmar a subordinação do direito interno ao externo; é uma verdadeira simbiose, uma troca de interferências que dá lugar ao Constitucionalismo global⁸¹. Morales Antoniazzi reporta-se a esse fenômeno

78 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições, p. 71.

79 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições, p. 49.

80 Adota-se, portanto, uma versão de universalismo de confluência dos direitos humanos, a partir das lições de Joaquín Hererra Flores, de modo a se compreender que os direitos humanos devem almejar o universalismo, mas não partem dele, pois recebem – e devem receber a fim de se respeitar precisamente a autonomia dos povos e suas concepções de dignidade humana – a influência da intermediação cultural e tradicional de cada povo. (PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições, p. 221-223).

81 Paralelamente ao constitucionalismo global, em que existe uma interação entre o direito constitucional interno e o direito internacional, Marcelo Figueiredo aborda a noção de transconstitucionalidade, na qual as diversas estruturas jurídicas constitucionais dialogam entre si a fim de gerar respostas para os problemas constitucionais que não são mais domésticos. Especialmente em termos de direitos fundamentais (internos) ou humanos (externos), o transconstitucionalismo representa um espaço de argumentação em que decisões e normas constitucionais alienígenas ganham força persuasiva (FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno em clave del derecho constitucional transnacional. In BOGDANDI, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Org.) Estudos Avançados de Direitos Humanos. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 149; 168-169).

a partir do conceito de estatalidade duplamente aberta em um ambiente de América Latina multicultural: aberta a fim de incluir e colocar os Estados como agentes de cooperação internacional, e aberta para reconhecer a submissão a essa mesma ordem internacional, especialmente no tocante aos direitos humanos⁸².

Esta abertura ao direito internacional, no plano passivo, sugere inclusive a submissão dos Estados às decisões da Corte Interamericana dos Direitos Humanos como órgão capaz de determinar, compulsoriamente, o respeito aos direitos humanos. Nesse mesmo sentido, observa Morales Antoniazzi⁸³ que o sistema internacional de proteção de direitos humanos limita o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos. Segundo essa concepção, os direitos humanos se sobressaem em relação à soberania dos Estados.

Fica evidenciado o papel dos Estados latino-americanos como sujeitos ativos na abertura ao plano externo (e não meramente passivos, no sentido de serem determinados por ele): é o direito constitucional interno que comparece espontaneamente no plano internacional para incorporar a si os padrões de direitos humanos e de democracia, de modo que aderir ao Constitucionalismo global é antes de tudo um ato de soberania⁸⁴.

Ao realizarem essa incorporação, as constituições fortalecem o sistema de direitos humanos e promovem sua concretização. Por meio de procedimentos variados – que vão da incorporação pelos critérios formais de emenda constitucional, como é o caso brasileiro⁸⁵, à mera aplicação em conjunto com as normas constitucionais, como sugere a Constituição Boliviana, as normas de direitos humanos acabam por integrar o próprio núcleo de sentido das Constituições. Como normas de direito positivo, se pretendem cogentes. Como observa Figueiredo, o fundamento dessas não está diretamente no poder do povo, mas uma concepção de soberania do

82 MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Org.) Estudos Avançados de Direitos Humanos, p. 181-183.

83 MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Org.) Estudos Avançados de Direitos Humanos, p. 203.

84 FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno em clave del derecho constitucional transnacional, p. 150.

85 Muito ainda se discute na doutrina brasileira a respeito do *status* jurídico das normas de tratados internacionais sobre direitos humanos. Enquanto o Supremo Tribunal Federal encerrou posição afirmando que tratados incorporados pelo critério formal de emenda à constituição, após a EC 45 que acrescentou o parágrafo 3º, ao art. 5º, têm *status* de norma constitucional; e os demais, anteriores à EC 45, têm *status* supranacional, estudiosos como Flávia Piovesan, Antônio Augusto Cançado Trindade e Valério de Oliveira Mazzuolli defendem seu *status* constitucional. (FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno em clave del derecho constitucional transnacional, p. 162-165).

Estado legitimamente constituído: a soberania que aparece no plano internacional das relações entre os Estados igualmente soberanos.⁸⁶

Neste panorama, a soberania deve ser compreendida como uma categoria relativa, segundo a qual serve como um instrumento a serviço do ser humano a fim de justificar o exercício do poder estatal. Esta soberania – teleologicamente qualificada – acaba por autorizar a atuação de órgãos supranacionais em defesa dos direitos humanos, interferindo inclusive na aplicação do direito interno⁸⁷.

É nessa seara que se precisa compreender qual o papel que se pode reservar ao povo na interpretação e na aplicação dessas normas – já que elas integram o próprio sentido da Constituição. Na medida em que o Constitucionalismo fraco de Colón-Ríos parte da premissa de que todas as normas podem ser questionadas e discutidas pelo povo, o Constitucionalismo popular defende que a palavra final da interpretação constitucional deve ser atribuída ao povo e o Constitucionalismo democrático vê a Constituição como um conjunto de normas sujeito às conflituosas narrativas decorrentes da interpretação constitucional, é preciso verificar que compatibilização seria possível com as normas de tratados internacionais de direitos humanos. Antes de enfrentar essa que é a questão central desse estudo, é importante esclarecer que o descumprimento dos tratados internacionais não é apenas matéria interna de geração de vítimas e práticas violentas. É, antes de tudo, uma questão de *international accountability*.

2.2. *International accountability* em casos de descumprimento dos direitos humanos

A fim de operacionalizar a permeabilidade do direito interno dos Estados aos direitos humanos, os sistemas internacionais de direitos humanos, tanto o global quanto os regionais, preveem o instituto da *international accountability*⁸⁸. Para se

86 Figueiredo reconhece que essa igualdade é, antes de tudo, jurídica (FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno em clave del derecho constitucional transnacional, p. 151).

87 FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno em clave del derecho constitucional transnacional, p. 153.

88 No presente texto, a expressão servirá para designar a possibilidade de exigir que os Estados respondam (responsividade) e sejam responsabilizados (responsabilidade) pelos atos violadores de direitos humanos. (DUARTE JUNIOR, Dimas Pereira. Accountability e Relações Internacionais. Ponto-e-Vírgula. Revista de Ciências Sociais. N. 4, segundo semestre 2008. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/viewFile/14152/10400>>. Acesso em: 04 ago. 2016, p. 20).

compreender esse fenômeno, é preciso ter em conta que ao ingressarem no plano internacional dos direitos humanos, os Estados assumem diversas obrigações jurídicas e políticas. Comprometem-se, de um lado, a incorporar as normas de direitos humanos no plano interno⁸⁹, bem como a adotar mecanismos jurídicos, políticos e administrativos capazes de proteger e promover esses direitos.⁹⁰

Nesse sentido laborou a Convenção Mundial de Direitos Humanos de Viena, em 1993, quando determinou que nenhum Estado poderia alegar em seu favor direito interno, para deixar de cumprir obrigações assumidas no plano internacional voltadas para a proteção e promoção de direitos humanos⁹¹.

A *international accountability* se verifica como uma obrigação internacional de reparar danos decorrentes da violação dos direitos humanos previstos em tratados internacionais aos quais um Estado soberanamente aderiu, a ser determinada pelos organismos internacionais autorizados a tanto por esses mesmos tratados⁹². Como defende André de Carvalho Ramos, ela é um ingrediente essencial do sistema jurídico internacional, já que sem a previsão de responsabilização⁹³ por violação das normas, nega-se a própria juridicidade do sistema, que tem por fundamento o princípio da igualdade soberana entre os Estados. Significa reconhecer que, na medida em que os Estados se manifestam livremente na

89 É nesse sentido que se pretende analisar a extensão da soberania popular, já que a questão se volta sobre os limites e as possibilidades do povo como intérprete final de sua Constituição, bem como na possibilidade de criação de leis.

90 Segundo Trindade, os Estados têm responsabilidade internacional pela implementação das normas dos tratados de direitos humanos a que aderirem, o que não pode ser resolvido, na visão do autor, por teses que colocam esses tratados em uma posição jurídica abaixo da Constituição. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos, p. 546-547). No presente artigo, endossa-se posição já defendida por este autor, ao lado de Flávia Piovesan, de que as normas de direitos humanos devem ser interpretadas como normas com o mesmo *status* das normas constitucionais (PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições, p. 153).

91 PINHEIRO, Paulo Sérgio. O controle do arbítrio do Estado e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Disponível em: < egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16102-16103-1-PB.pdf >. Acesso em: 30 jul. 2016, 16; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos, p. 548.

92 A *international accountability* pode se aplicar a outros sujeitos internacionais, como o próprio indivíduo quando viola direitos humanos, podendo ser responsabilizado perante o Tribunal Penal Internacional. Para este artigo, será enfocada a *international accountability* dos Estados, apenas (RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos. R. CEJ, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005. Disponível em: < http://www.cjf.jus.br/ ojs2/index.php/revcej/article/view/663/843 >. Acesso em: 30 jul. 2016, p. 54.).

93 Para o presente artigo, a responsabilidade internacional, um dos elementos da *international accountability*, será o foco central na medida em que pode determinar a aplicação de sanções ou impor atos aos Estados.

celebração dos tratados internacionais, assumem o compromisso de cumpri-los, pois todos têm idêntico dever jurídico com essa implementação. Dessa forma, um Estado não pode reivindicar para si uma condição jurídica que não reconhece os demais⁹⁴.

São elementos essenciais para desencadear a responsabilização do Estado na esfera internacional a existência de um fato internacionalmente tipificado como ilícito, o resultado lesivo para uma vítima ou um grupo de vítimas, e, finalmente, o nexo causal entre o fato e o resultado lesivo. A partir desses elementos, é possível verificar que um Estado viola direitos humanos tanto quando seus agentes o fazem diretamente, seja no exercício de suas atribuições ou não, seja quando cidadãos particulares o fazem, e o Estado deixa de prevenir ou punir essas violações⁹⁵. Nesse aspecto, inserem-se na categoria de agentes estatais todos aqueles que atuam em nome do Estado, sejam do Poder Legislativo, do Poder Executivo, ou até mesmo os juízes no exercício de seu poder jurisdicional⁹⁶.

No tocante à criação de leis, a *international accountability* abrange inclusive o poder legiferante dos Estados, pois institui o controle de convencionalidade das leis, de modo que toda a produção legislativa interna (inclusive a constitucional) deve se adequar aos parâmetros normativos dos tratados de direitos humanos⁹⁷. Esse controle de convencionalidade deveria se desempenhar em dois níveis: no plano interno, por meio da atuação do *judicial review* feito pelas Cortes Constitucionais, e, paralelamente, no plano internacional, pelas Cortes Internacionais, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos. É certo que a eficácia das decisões proferidas pelas duas instâncias não é idêntica, e no plano externo a justiciabilidade

94 RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos, p. 54.

95 RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos, p. 54-55.

96 “[...] cabe, ademais, aos tribunais internos, e outros órgãos dos Estados, assegurar a implementação em nível nacional das normas internacionais, por sua vez, controlam a compatibilidade da interpretação e aplicação do direito interno com as obrigações convencionais” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos, p. 521-522).

97 RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos, p. 56. Nesse sentido, Valério de Oliveira Mazzuoli atesta que o controle de convencionalidade é “a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país”. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In Revista de Informação Legislativa, a. 46, n. 181, Brasília, jan./mar. 2009, p. 114).

dos direitos humanos é um problema à parte⁹⁸. Duarte Junior reconhece a existência de um embate entre Constitucionalismo e internacionalismo, na medida em que ambos têm um poder de coerção profundamente diferenciado. Enquanto o direito constitucional interno goza de uma ampla estrutura de coerção (*hard law*), o direito internacional (*soft law*), por precisar se adequar a uma concepção ainda resistente em diversas searas de soberania, submetendo-se a um sistema global de poderes assimétricos⁹⁹, carece da mesma exequibilidade¹⁰⁰.

Interessa observar que a própria Corte Constitucional doméstica, porque um órgão interno da estrutura estatal, submete-se ao controle das instâncias internacionais, seja quando é demasiadamente tardia na solução de violação de direitos humanos, ou quando se furta a chegar a uma conclusão; seja quando a decisão judicial é, em si, no seu mérito, violadora de direito protegido. Nesse caso, o órgão internacional não assume o papel de um tribunal de apelação ou cassação. Sem reformar a decisão interna violadora de direitos humanos, ele condena o Estado infrator a reparar o dano causado¹⁰¹. Estes organismos – dentre os quais a Corte Interamericana dos Direitos Humanos – têm autoridade sobre os direitos humanos no sentido de determinar sua observância, mas deixam aberto o espaço interno para deliberar e julgar os casos concretos, o que seria feito pela própria jurisdição doméstica.

O que se percebe é que o espaço de deliberação para o qual se conclama o povo não é um espaço de liberdade plena. Diante das perspectivas sugeridas pelo Constitucionalismo fraco, popular e democrático, há que se questionar o papel a ser desempenhado pelo povo como sujeito constitucional, o qual, no contexto apresentado, está vinculado aos direitos humanos.

3. Possíveis acomodações dos direitos humanos nas vertentes do Constitucionalismo popular e democrático: preocupações com a responsabilidade internacional

98 Flávia Piovesan aborda o tema como um dos desafios do constitucionalismo contemporâneo. Citando Richard Bilder, observa que “as Cortes simbolizam e fortalecem a ideia de que o sistema internacional de direitos humanos é, de fato, um sistema de direitos legais, que envolve direitos e obrigações juridicamente vinculantes. Associa-se a ideia de Estado de direito (*rule of law*) com a existência de cortes independentes, capazes de proferir decisões obrigatórias e vinculantes. Isso porque a mais importante ideia do *rule of law* é que *‘power is constrained by mens of law’*”. (PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições, p. 74-75).

99 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições, p. 58-61.

100 DUARTE JUNIOR, Dimas Pereira. Accountability e Relações Internacionais, p. 21.

101 RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos, p. 56-57.

Conforme delineado no item 2 do presente estudo, o relacionamento entre Constitucionalismo e democracia pode partir de um discurso de dissolução do Constitucionalismo na participação democrática (Constitucionalismo fraco), ou em estratégias de conciliação entre os dois fenômenos (Constitucionalismo popular e democrático). Em nenhum deles há um discurso de incompatibilidade total e *a priori* entre direitos humanos e democracia, sendo que é o papel que se atribui ao povo ou ao *judicial review* que acabará por gerar diferentes implicações – em que medida o povo como intérprete constitucional pode também atuar como intérprete do alcance e da aplicação de direitos humanos oriundos de tratados internacionais.

É certo que, em casos concretos, a deliberação majoritária poderá atentar contra direitos humanos. Trata-se do risco que o Constitucionalismo fraco está disposto a assumir em nome da deliberação democrática. Mas não há uma rejeição apriorística aos direitos humanos, pois Joel Colón-Ríos¹⁰² (2009, p. 18) reconhece que essa deliberação pressupõe direitos humanos, os quais incorporam requisitos essenciais da viabilidade democrática (como a liberdade de expressão, o sufrágio universal, o direito à informação). Parece rejeitar, contudo, qualquer imposição internacional de parâmetros que não estejam à disposição da deliberação popular.

Se Colón-Ríos compreende a democracia como a autodeterminação de um povo, e defende que ele poderá sempre rever as normas jurídicas que pautam a vida em comunidade, não parece haver espaço para mecanismos como controle de convencionalidade das leis. Se sequer o controle de constitucionalidade é admitido, em vista da constante abertura do sistema normativo, há que se reconhecer que um povo pode aderir a um tratado internacional e interpretá-lo livremente, sem estar preso a quaisquer parâmetros jurídicos – e mesmo morais. Trata-se de uma leitura da realidade extremamente ciosa da soberania popular que não encontra um diálogo fértil com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Na medida em que a própria Constituição estaria aberta a mudanças convocadas diretamente pelo povo, seria preciso admitir que os tratados internacionais que eventualmente nela se incorporam também estariam postos em discussão. Uma dinâmica como essa não se enquadra em mecanismos de *international*

102 COLÓN-RÍOS, Joel. The End of The Constitutionalism-Democracy Debate, p. 18.

accountability. Trata-se de uma verdadeira opção política em confiar na criatividade política dos cidadãos, no lugar de reconhecer – para Colón-Ríos¹⁰³ – um medo honesto e bem intencionado em conceder poder político desse nível às multidões desorganizadas.

A proteção dos direitos humanos parece exigir, quem sabe, esse medo honesto e bem-intencionado.

Na perspectiva do Constitucionalismo popular, Gargarella¹⁰⁴ reconhece a importância dos direitos humanos fundamentais como necessários à garantia da autonomia de cada indivíduo, sem a qual ele não tem possibilidade de se manifestar livremente na esfera pública. É certo que em sociedades de profunda desigualdade social, em que a pobreza determina as ações sociais meramente endereçadas para a satisfação das necessidades básicas, o povo encontra dificuldades para pensar a Constituição, ou comparecer ao espaço público para deliberação democrática. A democracia efetiva somente pode surgir mediante condições que garantam ao povo efetiva possibilidade de participação. Nesse sentido vale lembrar a crítica de Niembro O.¹⁰⁵, para quem o Constitucionalismo popular teria se descuidado da realização dos direitos fundamentais. É preciso reconhecer que sem direitos humanos não há democracia.

Ademais, assim como a própria democracia admite concepções variadas, também os direitos humanos são categoria em constante processo de definição. Todos os direitos humanos, mesmo os mais elementares à subsistência, se materializam em princípios que demandam processos de interpretação. Na medida em que os Estados – especialmente os latino-americanos integrantes do sistema regional de proteção dos direitos humanos – incorporam referidos princípios ao seu direito constitucional, a discussão sobre a autoridade na sua interpretação ganha corpo. Como visto, o Constitucionalismo popular, em sentido geral, elege o povo como sujeito ativo nessa atuação hermenêutica, de modo que o povo estaria sendo chamado a definir a amplitude dos direitos humanos incorporados ao sistema constitucional. Mas ele também reconhece limites.

103 COLÓN-RÍOS, Joel. The End of The Constitutionalism-Democracy Debate, p. 27.

104 GARGARELLA, Roberto. La Justicia Frente Al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, p. 263-264.

105 NIEMBRO O., Roberto. Una Mirada al Constitucionalismo Popular, p. 224.

Na medida em que a deliberação popular é o processo dotado de autoridade na definição do sentido constitucional, a própria concepção de soberania precisa ser enquadrada. Como visto, em um ambiente de nações abertas ao direito internacional dos direitos humanos, não se pode mais entender a soberania como a total autonomia de um Estado no plano interno, nem total independência no plano externo. Nem se poderia pensar, em última análise, em total autonomia do povo desse Estado, quando ele assume o papel de sujeito constitucional, já que a própria Constituição por ele elaborada, e segundo critérios que o poder constituinte autorizou, está inserida em um contexto supra estatal de promoção e proteção dos direitos humanos. A soberania não pode ser um cheque em branco, para que com ela o povo delibere com amplitude total, mas sim exerce uma função instrumental na garantia da cidadania.

Assim, a partir da concepção de que atribuir ao povo o papel de sujeito constitucional exige que esse povo seja composto por cidadãos livres e autônomos, é certo que a deliberação popular em torno da interpretação constitucional não pode adotar rumos que comprometam precisamente essa liberdade e autonomia. Nessa esfera, seria possível pensar em um direito internacional dos direitos humanos limitador da soberania popular, a fim de bloquear sentidos constitucionais que venham negar a própria viabilidade de uma sociedade democrática, plural e reconhecadora de direitos. Embora o conceito pareça problemático à primeira vista, admite-se que poderiam ser desencadeados mecanismos de *international accountability* a fim de responsabilizar o Estado em caso de deliberações populares que implicassem grave violação de direitos humanos. Para tanto, pode-se adotar como critério definidor de grave violação de direitos humanos a noção de “triângulo fatal” proposta por Pinheiro¹⁰⁶, como aquela que diz respeito à violação em larga escala dos direitos à vida, à liberdade e à segurança.

Nesse sentido, mesmo quando o povo tivesse o poder não só de determinar a interpretação da Constituição, como também de alterá-la (como se verifica em

106 Pinheiro não admite a possibilidade de responsabilização internacional do Estado por ato de particulares, a não ser quando o Estado falha na sua obrigação de puni-los por violações de direitos humanos. Essa noção é aqui alargada para admitir a possibilidade de *international accountability* para casos em que os processos deliberativos levam à violência e à violação de direitos humanos (PINHEIRO, Paulo Sérgio. O controle do arbítrio do Estado e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, p. 09).

algumas constituições latino-americanas), ele encontraria no regime internacional de direitos humanos ao qual tivesse aderido um compromisso limitador. É certo que nessa seara surge a dúvida a respeito da possibilidade de o povo deliberar pela denúncia de um tratado internacional. Se de um lado a democracia como plena autodeterminação de um povo parece radical¹⁰⁷, pois admite abertura total do direito positivo, ela deve se sujeitar a limites estabilizantes, de modo a prevenir o caos. Deverá ser possível chegar a um sentido da Constituição que respeite as condições mínimas de preservação da própria democracia, ainda que esse sentido seja provisório e possa ser rediscutido¹⁰⁸.

Diante da possibilidade de o povo, mediante referendo, poder derrubar uma decisão da Corte Constitucional porque discorda de seu teor, como previsto por Tom Donnelly, pode-se nesse ato interpretar uma possibilidade de fiscalização das decisões quanto à adequação aos tratados internacionais. Mas se o povo pretender adotar soluções majoritárias violadoras de direitos humanos, parece que a atual doutrina internacional autoriza – especialmente em caso de graves violações de direitos humanos – a mitigação da soberania para autorizar a *international accountability*, tendo em vista que a soberania, nesse caso, não estaria sendo utilizada para promover a cidadania livre e autônoma, mas, ao contrário, para atacá-la.

No caso do Constitucionalismo democrático, a compatibilização do papel atribuído ao povo como intérprete constitucional e o comprometimento com os direitos humanos encontra uma locução mais suave. A possibilidade de diálogo entre os atores do *judicial review* e o povo traz como um argumento inafastável a vinculação aos direitos humanos. Significa dizer que esse diálogo encontra nos tratados de direitos humanos um elemento limitador e conformador do sentido da Constituição. A submissão das decisões proferidas pela Corte Constitucional aos direitos humanos é algo que decorre da própria estrutura do direito internacional, na medida em que esta Corte é um órgão estatal e sua atuação gera *international accountability* se violar direitos humanos. Mais que isso, o diálogo travado com a população por meio de diversas formas, como as audiências públicas, o *amicus*

107 KOZICKI, Katya. Conflito e Estabilização: Comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas, p. 204.

108 KOZICKI, Katya. Conflito e Estabilização: Comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas, p. 205 e 212.

curiae, o *backlash* e mesmo a opinião pública devem conduzir a interpretação do sentido constitucional para o respeito e a promoção dos direitos humanos. Nesse sentido, o povo passa a se tornar um agente fiscalizador das decisões proferidas pela Corte, devendo, ele próprio, mostrar o caminho.

Se de um lado os direitos humanos limitam a Corte e têm no povo um fiel escudeiro, a situação também pode se inverter no Constitucionalismo dialógico quando é o povo que, eventualmente cooptado por determinados atores, adota um discurso contrário aos direitos humanos. Nessa perspectiva, a Corte Constitucional poderá ser chamada a intervir no processo deliberativo de modo a impedir a adoção de soluções violentas, discriminatórias ou opressoras.

Indo além, se no Constitucionalismo democrático o sentido da Constituição deve ser, de um lado, conformado pelas normas de direitos humanos, de outro, ele pode ser determinado pelo povo em uma leitura concretizada e culturalmente adequada às suas necessidades e interesses. Nesse sentido, o povo como sujeito ativo de um diálogo constitucional democrático tem a contribuir com a noção cosmopolita dos direitos humanos, densificando suas normas para atender a realidades econômicas, culturais, sociais, antropológicas e históricas que não podem ser estabelecidas de forma abstrata e universal para todos os povos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que nos últimos anos surgiram teorias constitucionais que não mais encastelam o sentido da Constituição em uma corte de notáveis. Preocupadas com decisões judiciais que, ainda que imbuídas de certo heroísmo, possam escorregar para a arbitrariedade, conclama o povo de seu sono democrático para voltar a exercer a cidadania na esfera pública de deliberação constitucional.

De um lado, o Constitucionalismo fraco proposto por Joel Colón-Ríos não vê possibilidade de confluência entre o Constitucionalismo, compreendido este como a garantia de direitos e a separação dos poderes, e a democracia, pois um necessariamente contamina e prejudica o outro. Defensor da criatividade do povo e da assunção de responsabilidade por cada cidadão na definição de seus

rumos, defende que a Constituição é um elemento jurídico constantemente aberto e sujeito a reformas, as quais devem contar com a participação direta do povo. Nesta concepção, o *judicial review* estaria sempre deslegitimado, pois significaria retirar do povo sua autoridade na interpretação constitucional. Ainda que isso não signifique volatilidade normativa, implica que grandes questões jurídicas só podem ser definidas na seara democrática, pela regra da maioria. E nesse âmbito, até direitos humanos não poderiam ser impostos contra a deliberação democrática.

De outro, o Constitucionalismo popular e o Constitucionalismo democrático parecem conviver – melhor o segundo que o primeiro – com limitações substantivas colocadas por direitos humanos advindos de tratados internacionais. Teorias que procuram conciliar Constitucionalismo e democracia reconhecem a necessidade do *judicial review* em determinados casos, inclusive para realizar controle de convencionalidade das leis. Tais concepções, longe de autorizar o engessamento da interpretação/aplicação constitucional, promovem uma reconciliação entre Constituição e povo, na medida em que ele atua como sujeito ativo de sua história e de seu destino.

Esse povo parece ter despertado quando confrontado com decisões judiciais de elevada carga moral e política, definidoras do conteúdo dos direitos fundamentais em sentido que se sobrepôs à atuação dos órgãos essencialmente democráticos, como foi o caso *Roe vs. Wade*, nos Estados Unidos (POST; SIEGEL, 2007, *passim*), o caso do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo¹⁰⁹, e da interrupção da gravidez de feto anencéfalo¹¹⁰, no Brasil, só para citar alguns exemplos.

Mas para que ele recobre seu papel como sujeito constitucional, algumas balizas devem ser observadas. Nesse estudo, verificou-se a vinculação dos Estados ao direito internacional dos direitos humanos, gerando para a soberania popular um efeito condicionante. Admitir o contrário, ou seja, reconhecer que o povo teria irrestrita liberdade na definição de seus rumos, seria confabular com o risco de deliberações polarizadas ideologicamente e que, resolvidas em caráter

109 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF.

110 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Nesse caso, “Foram quatro dias de intenso debate nos quais falaram representantes do governo, especialistas em genética, entidades religiosas e da sociedade civil. De um lado, defensores do direito das mulheres de decidir sobre prosseguir ou não com a gravidez de bebês anencéfalos. Do outro, aqueles que acreditam ser a vida intocável, mesmo em se tratando de feto sem cérebro”. _____. Marco Aurélio Mello: Decisão histórica do STF permite aborto de feto anencéfalo.

definitivo pelo critério majoritário, poderiam se tornar ameaçadoras para os direitos humanos, e ensejadoras, quem sabe, de processos autoritários ou de conflitos armados.

Por outro viés, pode-se reconhecer que uma maior participação popular também pode ser vantajosa para o sistema de direitos humanos, na medida em que permite uma caracterização do sentido e da aplicação desses direitos em conformidade com as particularidades culturais, históricas, econômicas. O corpo de direitos humanos encerra normas de caráter abstrato que carecem, nos casos concretos, de processos hermenêuticos adensadores, particularizantes, o que respeita a própria soberania popular. Enfatiza-se, assim, que o diálogo proposto pelo Constitucionalismo democrático pode fornecer contribuições valiosas para a concretização e implementação dos direitos humanos nas diversas sociedades que a eles aderem. Seja na manifestação direta, seja no diálogo com a Corte Constitucional, o povo certamente tem a contribuir como intérprete dos direitos humanos. Cabe-lhe, efetivamente, despertar para esse papel.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil**: Crônica de um sucesso imprevisto. 2013. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-Constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. V. 1. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.

COLÓN-RÍOS, Joel. The End of The Constitutionalism-Democracy Debate. **Windsor Review of Legal and Social Issues**, V. 28, 2010; **CLPE Research Paper** n. 3/2009; **Victoria University of Wellington Legal Research Paper** n. 19/2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1330636>>. Acesso em: 10 jun 2016.

COVER, Robert M. **Narrative, violence, and the law**: the essays of Robert Cover (editado por Marthe Minow, Michael Ryan, and Austin Sarat). Michigan: The University of Michigan Press, 2004.

DALMAU, Rubén Martínez. Asembleas constituintes e novo Constitucionalismo en America Latina. **Tempo Exterior**, n. 17. Xullo – dezembro 2008.

DONNELLY, Tom. Making Popular Constitutionalism Work. **Wisconsin Law Review**. V. 2012; Harvard Public Law Working Paper No. 11-29. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1962580>>. Acesso em: 17 maio 2016.

DUARTE JUNIOR, Dimas Pereira. Accountability e Relações Internacionais. **Ponto-e-Vírgula**.

Revista de Ciências Sociais. N. 4, segundo semestre 2008. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/viewFile/14152/10400>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

GARGARELLA, Roberto. **La Justicia Frente Al Gobierno**: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Editorial Ariel AS, 1996.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control de las leyes. In: **Isonomia**, n. 6, abril, 1997.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo Constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno em clave del derecho constitucional transnacional. In: BOGDANDI, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Org.). **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 143-177.

KOZICKI, Katya. **Conflicto e Estabilização**: Comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. 2000. 266 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/files/551/30359907.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

KRAMER, Larry. "The Interest of The Man": James Madison, Popular Constitutionalism, and The Theory of Deliberative Democracy. **Valparaiso University Law Review**. V. 41, n. 2, Disponível em: <<http://scholar.valpo.edu/vulr/vol41/iss2/5>>. Acesso: em 28 jul. 2016.

MARCO Aurélio Mello: Decisão histórica do STF permite aborto de feto anencéfalo. **Migalhas**. 15 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI221398,51045>

-Marco+Aurelio+Mello+Decisao+historica+do+STF+permite+aborto+de+feto>. Acesso em: 04 ago. 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**, a. 46, n. 181, Brasília, jan./mar. 2009, p. 113-139.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 267f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

NIEMBRO O., Roberto. Una Mirada al Constitucionalismo Popular. In: **Isonomía**. N. 38, abril 2013, p. 191-224. Disponível em: <[http://www.scielo.org.mx/pdf/is/](http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n38/n38a7.pdf)

n38/n38a7.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. N. 19, jan./jul. 2012, p. 67-93.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **O controle do arbítrio do Estado e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Disponível em: <egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16102-16103-1-PB.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2016.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. In: **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, 2007. Yale Law School, Public Law Working Paper n. 131. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=990968>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos. R. **CEJ**, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/663/843>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

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. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2132397>>. Acesso em: 22 jul 2016.

SUNSTEIN, Cass. If People Would Be Outraged By Their Rulings, Should Judges Care? In: **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series**, Paper n. 332; **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, Paper n. 151. Chicago, fev. 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=965581>. Acesso em: 5 maio 2016.

TOMUSHAT, Christian. Necesitamos nuevos conceptos de democracia y soberania em las instituciones de la integración regional? In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Org.). **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 29-43.

Recebido em: fevereiro/2017

Aprovado em: abril/2017