

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

WE (BELIEVE OR DISTRUST) THE PEOPLE

**O controle de constitucionalidade das Emendas à Constituição e o problema da
autoridade**

Ana Luisa de Navarro Moreira

Belo Horizonte

2014

ANA LUISA DE NAVARRO MOREIRA

WE (BELIEVE OR DISTRUST) THE PEOPLE

**O controle de constitucionalidade das Emendas à Constituição e o problema da
autoridade**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito na Área de Concentração em Direito e Justiça, na Linha de Pesquisa “Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: Fundamentação, Participação e Efetividade”. sob a orientação do Professor Doutor Thomas da Rosa de Bustamante.

Belo Horizonte

2014

Dissertação defendida e aprovada em _____,
pela banca examinadora constituída pelos professores:

Professor Doutor Thomas da Rosa de Bustamante – Orientador

Professor Doutor Bernardo Gonçalves Fernandes

Professor Doutor Conrado Hübner Mendes

Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves – Suplente

“O coração do homem dispõe o seu caminho, mas é o Senhor que dirige seus passos”.

Provérbios 16:9

“A vida de um indivíduo só faz sentido se ajuda a tornar a vida das demais criaturas mais nobre e mais bela”.

Albert Einstein

**Para DEUS e MINHA FAMÍLIA,
sempre.**

— AGRADECIMENTOS —

*Nada era previsível, tudo já estava absolutamente traçado*¹. Há pouco mais de dois anos, a imprevisibilidade circundava o desejo que tinha de construir essa pesquisa. Por outro lado, a poucos dias de sua conclusão, sinto completa gratidão por ter sido este o caminho que me foi traçado. Provérbios 3:13 ensina que *Bem-aventurado o homem que acha sabedoria, e o homem que adquire conhecimento. Bem-aventurado* reflete profunda felicidade, exatamente como a que sinto nesse momento. Não que tenha efetivamente encontrado a sabedoria, mas, com certeza foi um caminho que aprimorou meu conhecimento. Assim, percebo a extensão dessa conquista e posso dizer que foi uma verdadeira aventura, que propiciou tanto meu amadurecimento acadêmico quanto meu amadurecimento pessoal. Como forma de agradecimento gostaria de dedicar essa dissertação a cada um que de perto ou de longe contribuiu para a sua realização.

À Deus que me permite o pensar e o realizar.

Aos meus amados pais, Jackson e Zânia e meu irmão, João, que sempre me apoiam com carinho em todos os meus projetos.

À família Navarro e integrantes, base de todo o cuidado e ensino.

Ao Professor Thomas da Rosa de Bustamante, meu orientador, o maior responsável pela conclusão dessa dissertação. Teve a paciência de corrigir-me os erros e orientar minha pesquisa, sugerindo-me sempre novos caminhos e ideias. Sua confiança tanto nesse trabalho quanto em outras atividades, grupos de estudos e projetos de pesquisa, foi determinante para minha formação.

Aos meus queridos amigos Mirlir e Alex que me incentivaram à docência e Ludmila, Christina, Igor, Renan, Tide e Felipe, que constantemente me ajudaram.

Ao Dr. Reynaldo Ximenes e a Dra. Cláudia que por mim torceram desde o início.

Aos professores Bernardo Gonçalves, Dierle Nunes, Marcelo Milagres e professores do Departamento de Direito e Processo Civil e Comercial, com os quais tive a oportunidade de conviver nesses anos de docência.

Agradeço e dedico, por fim, este trabalho a todos os cidadãos que financiaram minha educação superior. Reconheço o privilégio de poder estudar nessa instituição. Espero, em humildade, contribuir para o enriquecimento social e moral de cada um.

¹ LOPES, Eliane Marta Teixeira. *Querido alguém*. Belo Horizonte. Ed. do Autor. 2014.

*“Dada a inevitabilidade do desacordo (...), uma teoria da justiça e dos direitos deve ser **complementada com uma teoria da autoridade.**”²*

Waldron

*“Por isso os **cidadãos só podem continuar tendo a última palavra se participarem** da formulação dessas ideias a partir de uma perspectiva mais ampla e subjetivamente partilhada, ou seja, se participarem dela sob o ponto de vista moral.”³*

Habermas

*“A moralidade política é intrinsecamente incerta e controversa, assim qualquer sistema de governo que torna esses princípios parte do direito **deve decidir a interpretação e entendimento de quem será dotado de autoridade.**”⁴*

Dworkin

² WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. Waldron, 1993, p. 32.

³ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro (estudos de teoria política)*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002b, p. 113.

⁴ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. N.y. Oxford University Press, 1996, p. 2.

— RESUMO —

Qual a justificativa moral para se atribuir ao povo a autoridade das mudanças constitucionais? Porque é tão importante que o povo participe e delibere na construção discursiva da decisão política? Nessa dissertação, assumimos que o único direito que é capaz de legitimar a autoridade que ele reclama é o direito democrático. A democracia concede a única justificação moral para a autoridade do direito e das obrigações jurídicas. A partir das contribuições da concepção discursiva de democracia de Habermas, tentarei demonstrar que o ideal normativo de cidadania, que reconhece o povo concomitantemente como autor e destinatário das normas, exerce importante influência em uma teoria da autoridade do direito. A legitimidade da autoridade advém do povo, de modo que é o povo quem legitima a autoridade do poder, do direito e da Constituição.

De igual modo, deverá ser o povo quem legitima a mudança constitucional por via de emenda constitucional. Quando a Corte revisa a emenda interfere de modo decisivo no reconhecimento ou não da alteração da Constituição, de modo a decidir o resultado final da mudança constitucional e, assim, estabelecer novas bases para o projeto constituinte que se iniciou na Constituição.

É nosso objeto de investigação nesta Dissertação a revisão judicial de emendas constitucionais, em que uma decisão judicial pode invalidar uma decisão legislativa legitimada pelo constituinte de reforma que altera a Constituição, apesar do profundo desacordo moral sobre os princípios morais abstratos nela contidos. O coração do debate sobre a legitimidade da autoridade de controle jurisdicional compreende duas questões correlatas que serão enfrentadas por esta dissertação: o que a Constituição significa e quem decide este significado. No final, tenho a intenção de mostrar que o Supremo Tribunal Federal não tem autoridade moral e legal para pronunciar a inconstitucionalidade material de Emendas à Constituição, pelo menos enquanto elas são pronunciadas à luz de profundos desacordos morais. Pelo contrário, nesse tipo especial de controle de constitucionalidade forte, a Corte deve agir como um catalisador deliberativo que ajuda a comunidade a melhorar a qualidade das decisões democráticas, a fim de contribuir para a sua racionalidade, fornecendo sólidos argumentos de princípio. A titularidade do poder decisório, no entanto, deve permanecer com o povo, que o exercerá diretamente ou por seus representantes, na medida em que ele é a fonte de legitimidade da autoridade. O fundamento da autoridade da Constituição e da decisão que revisa uma emenda constitucional, portanto, reside na construção de um processo discursivo de justificação das normas que fornece ao povo o poder dele próprio decidir.

Palavras-chaves: Autoridade da Constituição, controle de emendas constitucionais e concepção discursiva de democracia

— ABSTRACT —

What is the moral justification for attributing to the people the authority to make constitutional changes? Why is it so important that the people deliberate and participate in the discursive construction of political decisions? In this Dissertation, it is assumed that the only way to vindicate the law's claim to legitimate authority is by recognizing its democratic character. Democracy provides the sole moral justification for legal authority and legal obligation. On the basis of Habermas' discursive conception of democracy, I will attempt to demonstrate that the normative ideal of citizenship, which recognizes that the people are simultaneously authors and recipients of the laws that govern them, exerts an important influence on a theory of legal authority. The legitimacy of the authority comes from the people, so that is the people who legitimize the authority of the government, the law and the Constitution.

By the same token, it should be the people who provide legitimacy to constitutional change through amendment procedures. When the court adjudicates on the validity of a constitutional amendment it interferes in a decisive way in a constitutional decision on whether or not a constitutional change will produce effects in a given community, and, thereby, provide a new basis for the constituent project that was initiated in the enactment of the Constitution.

It is our object of inquiry in this Dissertation the judicial review of constitutional amendments, in which a judicial decision may invalidate a legislative decision to amend the Constitution despite the deep moral disagreement about the abstract moral principles therein. The heart of the debate about the legitimacy of the authority of judicial review comprises two correlated questions which will be faced by this Dissertation: *what* the constitution means and *who* decides what it means. In the end, I intend to show that the Brazilian Federal Supreme Court lacks moral and legal authority to pronounce the material unconstitutionality of Amendments to the Brazilian Constitution, at least while they are pronounced in the light of deep moral disagreement. On the contrary, in this special form of strong judicial review, the Court must act as a public reasoner that helps the community to enhance the quality of the democratic decisions, in order to contribute to its rationality by providing solid arguments of principle. The entitlement of the decision-power, however, must remain with the people, who shall exert it either directly or by their representatives, inasmuch as they are the source of legitimate authority. The ground of the authority of the constitution and of the decision that revises a constitutional admendment, therefore, lies in the construction of a discursive process of justification of legal norms that provides to the people the power to decide by themselves.

Keywords: Authority of the Constitution, judicial review of amendments and discursive conception of democracy

— SUMÁRIO —

INTRODUÇÃO METODOLÓGICA	11
1. (WE) THE PEOPLE: o Povo e o Estado democrático de Direito.....	17
1.1. Democracia, povo e poder: o povo no exercício do poder	18
1.2. O fundamento da autoridade do poder em Rousseau: a convenção e a lei.....	22
1.3. O fundamento da autoridade do direito em Habermas: a concepção discursiva de democracia.....	26
1.4. CONCLUSÕES PARCIAIS	26
2. PEOPLE’S WILL: reconstruindo o fundamento da autoridade da Constituição	34
2.1. O fundamento da autoridade da Constituição: revisitando a teoria do Poder Constituinte	35
2.2. Seria a soberania do poder constituinte originário fundamento da autoridade da supremacia constitucional?	35
2.3. Nuvem constitucional: haveria um poder constituinte superior com mais autoridade que o outro?	42
2.4. Desvendando a nuvem constitucional: os pré-comprometimentos da Constituição em Waldron	42
2.5. Mudanças constitucionais e o sentido performativo do projeto constituinte em Habermas.....	43
2.6. CONCLUSÕES PARCIAIS	54
3. MUDANÇAS CONSTITUCIONAIS: o controle de emendas e a autoridade da fundamentação racional dos pré-comprometimentos	56
3.1. A atuação do controle de constitucionalidade: a outra face das mudanças constitucionais	56
3.2. A judicialização das questões morais e a usurpação judicial pelo controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.....	61
3.3. A interpretação dos princípios morais entre o direito e a moral: existe uma leitura moral da constituição?	68
3.4. A fundamentação racional em Habermas dos princípios morais no processo discursivo das mudanças constitucionais.....	72
3.5. A autoridade dos pré-comprometimentos em cheque pela instabilidade do pluralismo diante dos desacordos morais das sociedades modernas	72
3.6. CONCLUSÕES PARCIAIS	76

4. WE DISTRUST PEOPLE’S WILL: <i>Strong judicial review</i> e a autoridade da decisão judicial do controle de constitucionalidade	82
4.1. Quando a autoridade da Constituição advém da decisão judicial das Cortes Constitucionais: revisitando a Tese de Marshall.....	83
4.2. Dialogando com Dworkin: somente a decisão judicial cumpre as exigências da leitura moral e, por isso, detém autoridade?	83
4.3. A autoridade da decisão judicial sobre questões morais: a autoridade da fundamentação do <i>fórum</i> de princípio em Dworkin.....	91
4.4. Ainda com Dworkin: a concepção constitucional de democracia e a legitimidade democrática da decisão judicial coletiva comunal.....	91
4.5. CONCLUSÕES PARCIAIS	102
5. WE BELIEVE PEOPLE’S WILL: a dignidade da legislação e a autoridade da decisão legislativa. <i>Rethinking Strong judicial review</i>.....	106
5.1. Dialogando com Waldron, as circunstâncias da política e a autoridade da decisão discursiva legislativa.....	106
5.2. O barco está prestes a virar: uma justificação moral da premissa majoritária.....	106
5.3. Quando a essência do controle de constitucionalidade não justifica a legitimidade democrática da autoridade da decisão judicial	111
6. O PRÉ-COMPROMETIMENTO (precommitment) com o povo e com sua autonomia política: a adequada compreensão das questões do coração do debate constitucional.....	126
6.1. O Controle de constitucionalidade de emendas constitucionais em uma democracia de direitos	126
6.2. A legitimidade democrática da autoridade a partir da inversão errônea das questões do coração do debate constitucional.....	126
6.3. A justificação instrumental em Bustamante diante da concepção discursiva de democracia.....	134
6.4. O controle de constitucionalidade de emendas e a autoridade a partir do discurso institucional imediato: a adequada compreensão das questões do coração do debate constitucional	142
6.5. O forte desacordo entre as instituições sobre a alteração da Constituição e a revisão popular: seria este um momento constitucional?.....	142
CONCLUSÃO.....	168
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	168

— INTRODUÇÃO METODOLÓGICA —

O que esse debate propõe

A análise da autoridade da decisão judicial em sede de controle de constitucionalidade, principalmente de emendas constitucionais, envolve o estudo sobre a autoridade da Constituição e o estudo sobre a autoridade da decisão que a modifica, a qual em nossa concepção deve ser democrática discursiva de titularidade do povo.

O termo autoridade é comumente utilizado para expressar o poder que o direito tem de impor a norma coercitivamente, podendo utilizar a força para viabilizar o seu cumprimento. Sem embargo, quando o direito reivindica autoridade para usar o poder que lhe é inerente, necessita de um fundamento que o justifique e o legitime, a fim de ser, também, normativamente reconhecido. O único direito que é capaz de reivindicar a autoridade que ele reclama é o direito com legitimidade democrática, e é sobre esse pano de fundo que foi desenvolvida essa pesquisa.

A reflexão sobre a autoridade, portanto, envolve o seguinte questionamento. Qual o fundamento para que o povo reconheça a autoridade da decisão que altera a Constituição ou reconheça a autoridade da decisão que revisa essa alteração? Essa pergunta intenta responder o problema do fundamento que legitima a imposição de uma alteração sobre os princípios morais constitucionais por uma decisão que será obrigatória e igualmente exigida de todos, mesmo daqueles que discordam sobre a definição desses princípios.

Logo no início do curso de graduação em direito, estudantes curiosos e ainda com sede incessante de conhecimento escutam em suas aulas de Teoria da Constituição e Direito Constitucional sobre a *supremacia constitucional*. A Constituição é dotada de autoridade sobre as demais normas e, por isso, deve ser protegida. Do reconhecimento dessa autoridade, a Constituição se consolida como a fonte normativa de toda a aplicação do direito. As normas devem ser interpretadas conforme a Constituição, inclusive as próprias emendas constitucionais. Desse modo, aquelas normas que apresentarem com ela alguma incompatibilidade poderão, eventualmente, ser extirpadas do ordenamento jurídico a partir do reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Antes de adentrarmos na disposição dos capítulos pelos quais nossos argumentos serão expostos, iniciaremos com uma breve delimitação metodológica do presente trabalho.

Controle de constitucionalidade é um instituto demasiadamente genérico e que se revestiu das mais diversas formas e características ao redor do mundo. Porquanto seu exercício é distinto dentre os mais variados países. Assim, importante delimitar que o controle de constitucionalidade que se pretende confrontar é aquele exercido de maneira repressiva, e não preventiva, pelo poder judiciário. Além disso, que é exercido sobre uma decisão legislativa⁵, principalmente, quando da manifestação do poder de reforma. Por fim, ressaltamos que ocupa nosso interesse aquele controle sobre questões materiais atinentes aos princípios morais da Constituição que são objeto de profundos desacordos morais.

Desse modo, o objeto desse trabalho é o controle repressivo e judicial de constitucionalidade material de emendas constitucionais, em que uma decisão judicial invalida uma decisão legislativa legitimada pelo constituinte reformador. No caso especial desse tipo de controle, o objeto de análise não será uma simples norma ordinária, mas uma norma fruto do poder de reforma que recebe pela natureza constituinte que a caracterizou o mesmo *status* de norma constitucional.

Waldron classifica o controle de constitucionalidade em forte e fraco. O controle de constitucionalidade forte seria aquele em que as Cortes possuem autoridade para não aplicar a lei que entendem ser inconstitucional, além de possuírem autoridade para modificar os seus efeitos. O controle de constitucionalidade ainda mais forte seria aquele que confere às Cortes autoridade para pronunciar a nulidade de uma norma e retirá-la do ordenamento jurídico. Por outro lado, o controle de constitucionalidade fraco seria aquele em que as Cortes podem analisar a constitucionalidade da norma, mas não possuem autoridade para deixar de aplicá-la, muito menos para extirpá-la do ordenamento⁶.

⁵ Não será analisado o controle de constitucionalidade sobre os atos do Poder Executivo, por mais que se reconheça que alguns dos argumentos aqui utilizados poderiam também se estender em certa medida a essa forma de controle.

⁶ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. 115: 6. *The Yale Law Journal*. HeinOnline. Vol. 115 2005-2006, p. 1353.

A consolidação do modelo extremamente forte de controle de constitucionalidade como hegemônico⁷ contribui cada vez mais para a pressuposição de que as Cortes são as verdadeiras responsáveis pela defesa e guarda da Constituição. Nesse sentido, a *supremacia constitucional* estaria vinculada à *supremacia judicial*.

O controle de constitucionalidade de emendas com as características delimitadas é classificado como um controle de constitucionalidade extremamente forte. Possui, assim, autoridade de derrubar a emenda constitucional e retirá-la da Constituição, definindo os princípios morais subjacentes a esta.

A partir dessa preocupação foram traçados dois objetivos. Primeiro demonstrar que não existe uma relação lógica entre *supremacia constitucional* e *supremacia judicial*. Segundo demonstrar que no caso do controle de constitucionalidade de emendas existe uma forte justificação moral para que seja a decisão de reforma legitimada pelo constituinte-povo, de modo que seja deste a titularidade da decisão dotada de autoridade para a definição dos princípios morais da Constituição, uma vez que os argumentos de princípio não são privilégio das Cortes Constitucionais.

O coração do debate sobre a legitimidade da autoridade da decisão judicial do controle de constitucionalidade envolve não só uma, mas duas questões completamente interligadas: **Q₁** *o que* a Constituição significa quando da aplicação de suas normas, e **Q₂** *quem* decide o que ela significa. É a partir da reflexão sobre essas duas questões que construiremos as bases dos argumentos das respostas a essas duas questões.

Não obstante, para sermos bem sucedidos em alcançar esses dois objetivos dividimos os capítulos que seguem de uma forma clara a propiciar a reflexão sobre estes. O primeiro capítulo irá expor as premissas do marco teórico sobre o qual desenvolvemos a pesquisa, de Rousseau à Habermas. O quarto e quinto capítulos apresentam os conhecidos argumentos sobre o contemporâneo debate sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade, entre Waldron e Dworkin, que provê argumentos imprescindíveis para a desconstrução da relação entre a *supremacia constitucional* e a *supremacia judicial*. O segundo, o terceiro e, por fim, o sexto capítulos construirão os argumentos pelos quais sustentaremos nossa resistência em reconhecer a autoridade da decisão de controle de constitucionalidade que revisa emendas constitucionais.

⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008a, p. 14.

Explicitamos, ainda, que como esta é uma pesquisa de fundamentação filosófica, não será objeto desse estudo a análise de pontos específicos sobre as ações constitucionais ou sobre os procedimentos de elaboração dos projetos de leis e de emendas. Desse modo, analisaremos os dois objetivos a partir desse recorte metodológico.

Para construirmos uma teoria da autoridade do controle de constitucionalidade judicial, com ênfase específica no controle de emendas constitucionais, é necessário revisitarmos os pressupostos teóricos sobre a autoridade do poder e do direito, uma vez que a Constituição, como manifestação máxima do direito, legitima o uso do poder.

O primeiro capítulo, então, aborda as teorias de Rousseau sobre o fundamento da autoridade do poder e de Habermas sobre o fundamento da autoridade do direito. O primeiro autor se justifica por permitir iniciarmos o estudo das bases sobre as quais queremos construir a legitimidade democrática da autoridade da decisão que altera a Constituição. Concentraremos na revisitação das premissas do ideal republicano que conecta o povo à autoridade do poder e à autoridade da Lei. O estudo do segundo autor explicita o fundo teórico normativo que guiou a proposta do presente trabalho. O marco teórico escolhido foi a concepção de Estado Democrático de Direito proposta por Habermas, com base na qual a legitimidade democrática da decisão que altera a Constituição será analisada, no último capítulo, a partir de uma concepção discursiva de democracia. A concepção discursiva de democracia estabelece um procedimento discursivo pautado pelo princípio democrático que preserva o exercício da autonomia política de um projeto constituinte de uma cidadania ativa.

No segundo capítulo, refletiremos sobre a autoridade da própria Constituição. A Constituição é fonte normativa dotada de autoridade. Vincula todo e qualquer processo de aplicação das normas, inclusive daquelas que pretenderem alterá-la, como o poder de reforma. Sob qual justificção teórica foi construída a concepção de que a Constituição é dotada de autoridade? Nesse momento, buscamos, na reconstrução da teoria do poder constituinte, os elementos da autoridade da Constituição. O poder constituinte de titularidade do povo é o poder diretamente ligado à Constituição. Conecta, assim, a natureza constituinte das normas constitucionais à expressão da vontade do povo, sendo que, nesse capítulo pretendemos demonstrar dois pontos.

O primeiro é de que o poder constituinte se legitima pela vontade do povo que se constrói continuamente, e o segundo que uma teoria sobre a autoridade da decisão

que reforma a Constituição somente pode ser estabelecida em consonância com o sentido performativo do projeto constituinte em Habermas. A Constituição como projeto permanentemente aberto encontra-se suscetível a mudanças, as quais denominamos de mudanças constitucionais.

As mudanças constitucionais que a Constituição pode vir a sofrer constituem um ponto muito importante para percebermos as implicações no tempo da autoridade da Constituição e da autoridade da decisão de controle que revisa sua alteração. Reconhecemos a forte atuação das Cortes nessas mudanças. Quando a Corte revisa a emenda por meio do controle interfere diretamente na mudança constitucional decorrente da emenda. Assim, a atuação judicial interfere diretamente no reconhecimento ou não da alteração da Constituição, e com isso influencia decisivamente no resultado final da mudança constitucional. Nesse sentido, a Corte, nos casos de controle da constitucionalidade material de emendas à Constituição, exerce uma influência tão grande no reconhecimento ou não da mudança constitucional que resultou da emenda que, também, seria um agente responsável pela mudança da Constituição.

Nesse capítulo, pretendemos defender que a hipótese de controle de constitucionalidade de emendas, na forma como ele vem sendo realizado contemporaneamente e com as características que delimitamos na introdução, principalmente no Brasil, constitui uma usurpação judicial, de modo que nós aderimos a uma espécie forte de deferência judicial em que a Corte não deve decidir com autoridade final questões controversas sobre os seus princípios morais. Além disso, nesse capítulo, será abordada a leitura moral da Constituição e a fundamentação racional dos princípios morais constitucionais com suas implicações no controle de constitucionalidade ante o reconhecimento dos pré-comprometimento da Constituição.

No quarto capítulo revisitaremos as premissas da Tese de Marshall que propõe, como pano de fundo, a existência da relação lógica entre *supremacia da Constituição* e *supremacia judicial*. A partir dessa decisão vem se entendendo que a leitura judicial da Corte em relação às mudanças constitucionais prevalece sobre qualquer outra, seja do legislativo, do executivo, ou, ainda, dos atores sociais que incorporam o povo. Demonstraremos que a autoridade da Constituição e sua consequente superioridade perante as demais leis nem sempre foi protegida por uma decisão judicial. A questão central que perpassará esse capítulo é se o modelo defendido por Dworkin, que

reconhece a autoridade final na decisão judicial, realmente é o que cumpre com as exigências de seu ideal de leitura moral ou se não haveria o favorecimento de uma leitura judicial. Para isso, é analisada a sua concepção constitucional de democracia, que se sustenta em três argumentos centrais: a decisão coletiva comunal, a filiação moral à decisão tomada e noção de que a Corte atua como *fórum* apto a preservar o direito com integridade, vinculando-se a argumentos de princípio. Desse modo, nesse capítulo serão apresentados os argumentos desenvolvidos por Dworkin a fim de analisarmos se eles são fortes o suficiente para estabelecer e manter a supremacia judicial.

Após revisitarmos as suas premissas teóricas, o capítulo quinto irá contrabalancear a reflexão com a apresentação dos argumentos que reconhecidamente compõem as críticas ao exercício do controle de constitucionalidade pelas Cortes constitucionais. A partir das considerações de Waldron, que se posiciona contra modelos fortes de controle de constitucionalidade, como é o caso do controle brasileiro de emendas constitucionais, prosseguiremos em nosso questionamento sobre a (não) legitimidade da supremacia judicial.

Waldron reconhece que a teoria democrática reivindica uma teoria da autoridade e, assim, constrói a sua teoria preocupado com a questão de *quem* legitime democraticamente a autoridade – Q₂, pois é a partir de uma teoria da autoridade que se torna possível a imposição a todos do dever de aceitarem a decisão tomada, mesmo que dela discordem substancialmente. Abordaremos, ainda, a reconstrução da premissa majoritária, a fim de demonstrar que esta preserva o princípio de igual respeito e consideração e, além disso, insere a reflexão sobre as circunstâncias da política, que demonstram a necessidade de uma ação comum mesmo diante dos profundos desacordos, pois questões de direito precisam ser resolvidas.

Por fim, conforme veremos no último capítulo uma teoria democrática da autoridade do controle de constitucionalidade prioriza critérios de legitimidade política, que são reconstruídos a partir da concepção discursiva de democracia. Retornaremos, inicialmente, à Tese de Marshall para demonstrar que o controle de constitucionalidade tal como se configura atualmente, principalmente o controle de constitucionalidade brasileiro de emendas constitucionais, é substancialmente diferente do americano quando da consolidação da decisão da Corte. Reconstruindo as características do controle de constitucionalidade, demonstraremos como as duas questões do debate constitucional são compreendidas de forma inadequadas quando se reconhece que a

Corte deve manter sua decisão com autoridade – Q_2 porque é ela quem melhor decide melhor o que ela significa – Q_2 . Abordaremos a concepção de democracia de direitos que valoriza a responsabilidade de todas as instituições na proteção de direitos morais e problematizaremos a justificação de que as Cortes representam argumentativamente o povo e, por isso, detém autoridade. A partir das contribuições de Bustamante demonstraremos o déficit desse argumento para uma teoria da autoridade, redefinido o papel da Corte no que concerne à legitimidade para decidir sobre a validade das emendas à Constituição. Com fundamento na concepção discursiva de democracia, demonstraremos que o ideal normativo de que os cidadãos que integram o povo sintam-se, concomitantemente, como autores e destinatários das normas, implica um olhar diferenciado para essa correlação entre Q_1 e Q_2 . Q_1 dependerá intrinsecamente de Q_2 , ante a valorização da autonomia política dos cidadãos no processo discursivo de alteração da Constituição, principalmente, por causa da natureza constituinte que se manifesta nessa forma de mudança constitucional.

Utilizaremos o exemplo de modelos institucionais de outros países para sustentar nossa proposta de um discurso institucional imediato, com a possibilidade da construção de argumentos melhores para a fundamentação racional da decisão sobre as mudanças constitucionais. Inseriremos a importância da deliberação nesse processo discursivo a fim de demonstrar a justificação instrumental da Corte nesse tipo especial de controle. Por fim, refletiremos sobre a PEC 33 e a possibilidade de ser esta um momento constitucional a exigir a valorização de uma legitimidade democrática diferenciada para a definição da mudança constitucional por emenda.

No final, tenho a intenção de demonstrar que a justificação da autoridade da decisão judicial de controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais *exige razões muito mais robustas* do que as que são normalmente invocadas para justificar essa autoridade no sistema jurídico brasileiro. Pretendo, nesse sentido, evidenciar que o Supremo Tribunal Federal não tem autoridade moral e legal para pronunciar a inconstitucionalidade material de Emendas à Constituição, pelo menos enquanto elas são pronunciadas à luz de profundos desacordos morais. Nesse tipo especial de controle forte, a Corte atuaria como um catalisador deliberativo que maximiza a qualidade democrática da decisão quando levanta argumentos sobre questões de princípio subjacentes à mudança constitucional pela emenda à Constituição.

1. (WE) THE PEOPLE: O POVO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A análise da autoridade do controle de constitucionalidade judicial, principalmente, de emendas constitucionais, relaciona-se diretamente com os pressupostos teóricos da autoridade do poder e do direito. A Constituição, como manifestação máxima do direito (*higher law*), legitima o uso do poder, inclusive, o uso do poder no controle de constitucionalidade.

O primeiro capítulo, nesse sentido, aborda as teorias de Rousseau sobre o fundamento da autoridade do poder e de Habermas sobre o fundamento da autoridade do direito. O primeiro autor se justifica por permitir iniciarmos o estudo das bases sobre as quais queremos construir a legitimidade democrática da decisão que altera a Constituição. Concentraremos na revisitação das premissas do ideal republicano que conecta o povo à autoridade do poder e da lei, entendida esta como expressão da manifestação de sua vontade.

O estudo do segundo autor explicita o fundo teórico normativo que guiou a proposta do presente trabalho. A concepção discursiva de democracia, proposta por Habermas, estabelece um procedimento discursivo pautado pelo princípio democrático que preserva o exercício da autonomia política de um projeto constituinte de uma cidadania ativa. O objetivo é alcançar ao máximo o ideal de que os indivíduos sejam autores e destinatários das normas que eles mesmos instituem, principalmente das normas de *status* constitucional como as emendas que modificam o projeto normativo da Constituição.

1.1. Democracia, povo e poder: o povo no exercício do poder

A natureza democrática do Estado Democrático de Direito perpassa necessariamente pela análise do sentido do que se considera efetivamente por democracia e de que forma esse sentido se relaciona com o Estado de Direito. O que

realmente se entende por democracia?⁸ O que distingue um governo democrático de outro não democrático?

Uma resposta intuitiva relaciona democracia diretamente ao povo, noção de senso comum que remete, mesmo que inconscientemente, ao Discurso de Gettysburg, em que Lincoln exaltou os princípios da igualdade e liberdade e declarou o seu desejo de que um *governo do povo, pelo povo e para o povo* jamais desaparecesse. Esta frase, que ficou extremamente conhecida, remete à própria origem grega do termo: “demo”, *povo*, “cracia”, *poder*.

Inicialmente, poderíamos, então, considerar na democracia a existência de uma intrínseca relação entre povo e poder, ideia que compõe decisivamente as teorias democráticas. Assim, a “democracia interliga de forma aparentemente não problemática seus dois componentes, povo e dominação”⁹, dominação que ocorre por meio da institucionalização do poder.

Mas mesmo com esse núcleo aparentemente comum a fundamentação filosófica que a democracia exige envolve questões muito mais complexas, de modo que foram construídas diferentes concepções sobre democracia entre os teóricos do direito¹⁰, desde aqueles de tradição filosófica, sociológica, política ou eminentemente jurídico-dogmática.

Assim, partindo-se desse ponto inicial, que é superficial como se demonstrará no desenvolvimento desse trabalho, não de ser delimitadas as implicações que decorrem da forte relação existente entre povo e poder em uma democracia.

Rememorando brevemente uma parte da história do continente europeu, foi a partir da ascensão da burguesia ao poder, no século XVIII, que a Europa presenciou, por meio das revoluções burguesas (inglesa e, de principal destaque, francesa), o deslocamento do ideal democrático (o povo) para o centro do pensamento político.

Transformações sociais ocorreram devido à grande insatisfação popular que estimulou uma forte mudança na legitimidade da autoridade do poder instituído, o qual era centralizado e caracterizado pelo absolutismo/feudalismo. Progressivamente as

⁸ DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília. Editora da Universidade de Brasília. 2001, p. 12.

⁹ CHSTISTENSEN, Ralph. Introdução MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 37.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

estruturas institucionais foram rompidas em busca do esvaziamento do poder do monarca. O poder anteriormente concentrado começou, assim, a se dissolver diante da resistência do povo burguês. Constituindo um movimento, para Dahl, de nítido “impulso para a participação democrática, que se desenvolve a partir do que poderíamos chamar de lógica da igualdade”¹¹.

A ideia de participação do povo no poder em *status* de igualdade nas decisões que deveriam tomar enquanto grupo nos remete a períodos ainda mais antigos, da Grécia Clássica, caracterizada por uma *democracia participante*, e da Roma Antiga, marcada pela *inclusão popular* de cidadãos nas assembleias¹². Nesse sentido, há quem afirme que a democracia é discutida e existe há mais de 2.500 (dois mil e quinhentos) anos¹³.

Na verdade, é difícil encontrar com precisão quando, como e onde ocorreu o surgimento da democracia, assim como quando, como e onde ocorreu a difusão de seus pressupostos teóricos e sua incorporação ao Estado de Direito. A democracia na realidade foi sendo construída e se consolidando por um processo de constante desenvolvimento, que abarca em si “um sentido normativo que aponta além do aspecto jurídico – isto é, conserva de uma só vez poder explosivo e formador – como projeto histórico”.¹⁴ Uma coisa é certa, a democracia cresce como valor universal.¹⁵

Sua gênese, no entanto, não é nosso objeto de análise, pois para nós o importante é perceber que, com a ampla difusão desses novos pensamentos, o mundo testemunhou uma enorme alteração política. Importantes regimes antidemocráticos como o fascismo e nazismo se enfraqueceram e os antigos regimes de monarquia centralizada, aristocracia hereditária e oligarquia de sufrágio limitado perderam sua legitimidade e a adesão do povo, se é que a possuíram.

Não obstante, com essa difusão de pensamentos a democracia foi utilizada para os mais diversos propósitos, de modo que ao se tornar uma bandeira universal vazia, perdeu, como qualquer outro ideal, o sentido que lhe era próprio. E qual era esse sentido? A inquietude para descobri-lo não é recente. Como afirmado antes, perpassa tantos séculos na história que talvez esse seja o motivo para tamanha discordância entre

¹¹ DAHL, Robert. A. 2001, p. 20.

¹² Ibidem, 2001, p. 22-27.

¹³ Ibidem, 2001, p. 17.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento. Um conceito normativo de espaço público. Tradução Márcio Suzuki. Revista Alemã Merkur. *Novos Estudos*. CEBRAP. 1990a, p. 2.

¹⁵ ROSENFELD, Dennis. *Justiça, Democracia e Capitalismo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 65.

teóricos, já que se revestiu de diferentes significados entre sociedades de lugares e tempos distintos.

Além da natural correlação com o discurso de Lincoln, a democracia frequentemente é relacionada a regimes políticos, em remissão às formas de governo da clássica divisão em monarquia, aristocracia e democracia. Estas se diferenciam quanto à composição das instituições políticas governamentais no exercício do poder no processo de tomada de decisões, governo de um, de alguns ou de todos.

Nesse aspecto, envolveria inicialmente uma concepção mais formal de nítida relação com o processo legislativo eleitoral. Da consolidação do direito ao voto e da participação política de cada indivíduo na tomada de decisões, garantindo-se a todos os cidadãos o direito de manifestar a sua vontade nas questões políticas através da manifestação do seu voto¹⁶.

O direito de participação é elemento essencial a um sistema democrático. De origens gregas, remete principalmente a Atenas, quando os cidadãos participavam ativamente da vida pública e opinavam de forma direta sobre a vida na *polis*. Mas essa efetiva manifestação de cada um dos indivíduos somente era possível devido ao conceito restrito que se tinha de cidadão. Cidadão era somente aquele que era homem (excluía-se mulheres e crianças), nacional (excluía-se estrangeiros) e livre (excluía-se escravos, os quais compunham parte extensa da população).

Com a consolidação de direitos essenciais como o da igualdade e da liberdade, difundiu-se o reconhecimento de que qualquer indivíduo é substancialmente livre e igual. Todos, conforme reconhece Rawls, são dotados de racionalidade e possuem as mesmas faculdades racionais, pelo menos em um grau mínimo (igualdade), e por meio da razão exercem as faculdades de julgamento, pensamento e desenvolvimento de suas capacidades morais e das escolhas a elas inerentes (liberdade)¹⁷.

O conceito de cidadão, então, se amplia consideravelmente de modo a abarcar a extensão e a complexidade da diversidade de indivíduos que compõem realmente o povo, concepção que foi “aos poucos sendo reconstruída para abarcar uma noção pluralista”¹⁸.

¹⁶ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

¹⁷ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília/São Paulo: Instituto Teotônio Vilella e Ática, 2000.

¹⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. Revisada, ampliada e atualizada. Editora Juspodivm. 2014, p. 122.

Dentro dessa perspectiva, o sentido da democracia envolve que o povo, “todas as pessoas no seu âmbito de “demos”, de categorias distintas”¹⁹, em sua integralidade, deveria, como ideal normativo, participar do exercício do poder.

1.2. O fundamento da autoridade do poder em Rousseau: a convenção e a lei

O povo em uma democracia deve participar. Estamos, agora, diante da questão da titularidade do poder e da autoridade. “Sabemos perfeitamente que é necessário um poder, ou vários, sabemos que é preciso obedecer. Mas não a qualquer um, não a qualquer preço.”²⁰. Como o poder emana do povo, conforme consagrado no parágrafo único do art. 1º da Constituição da República de 1988, é pelo povo que o uso do poder se legitima.

Apesar da noção de povo carregar em si um alto índice de abstração, que comporta diversas faces de quem poderia integrá-lo²¹, duas importantes mudanças sobre sua concepção podem ser percebidas com a conquista das lutas políticas ao longo da história. Primeiro, sua ampliação numérica e progressiva com a inclusão de um maior número de pessoas, antes excluídas, com a consolidação do sufrágio universal. Segundo, um ganho de qualidade em sua concepção. Grupos sociais adquirem cada vez mais consciência de seus interesses, lutam pelo reconhecimento de suas diversidades e se inserem proativamente nos debates públicos com a exigência de direito de voz. Conforme elucida Müller “em consequência das lutas políticas o conceito de povo se amplia cada vez mais. Uma multiplicidade de grupos sociais adquire consciência de seus interesses introduzindo-os no processo político democrático”²².

A democracia, então, passa a apresentar um caráter distinto do que tinha no passado, quando parte da concepção da universalidade do conceito de homem (todos são iguais) e da universalidade da participação e autodeterminação de cada um deles (todos são livres).

¹⁹ MÜLLER, Friedrich, 2003, p. 76.

²⁰ SPONVILLE, Andre Comte. *Apresentação da filosofia*. Tradução Eduardo Brandão. Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 28-29.

²¹ MULLER, Friedrich. p. 2003.

²² CHSTISTENSEN, Ralph. Introdução MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 38.

Ao indivíduo é reconhecido o livre exercício de sua autonomia e esta deve ser protegida em iguais condições de autodeterminação, compreendendo a possibilidade de ele próprio dar leis a si mesmo, o que se conecta diretamente à prática de autogoverno. O primeiro ponto de reflexão, portanto, refere-se à instituição das leis e de sua autoridade, reconhecida historicamente ao poder legislativo, que segundo Rousseau “é o coração do Estado”²³.

O legislativo, a partir da teoria da separação dos poderes, constitui por excelência aquele poder que exerce o ato de legislar, de determinar os padrões normativos abstratos de comportamento que serão dotados de autoridade e, portanto, coercibilidade. Se ao povo deve ser preservada a prática de autogoverno, poder-se-ia afirmar, inicialmente, que o poder que decorre da lei cabe apenas à vontade soberana do povo. Nesse sentido, “a democracia se apropriou do parlamento para ecoar e concretizar a soberania popular, seu principal fundamento ideológico”²⁴.

A Lei, então, seguindo a princípio a proposta do pensamento de Rousseau, é o registro de um ato da vontade geral do povo, que é associado e vinculado contratualmente. Pelo pacto social – primeira convenção voluntária realizada entre livres e iguais – estabelece-se o poder estatal e cria-se um corpo moral e coletivo que compõe o corpo político da comunidade. Como “nenhum homem possui uma autoridade natural sobre seu semelhante e uma vez que a força não produz nenhum direito, restam, pois, as convenções como base de toda autoridade legítima entre os homens”²⁵.

Assim, nenhum indivíduo detém autoridade sobre outro e, nesse aspecto, o pacto tem como premissa a equidade. Ele é a fonte do corpo político, que é constituído pela união de cada cidadão que detém igual parcela da soberania. Dessa forma, o pacto apresenta uma única cláusula, pressupostamente adotada, de que cada um em sua unidade se coloque sob o poder da coletividade. A vontade geral, então, nada mais é do que a expressão de reconhecimento destas mesmas unidades. “Cada membro” deve ser reconhecido como “parte indivisível do todo”.

²³ ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O Contrato Social* (Trad. Ciro Mioranza). São Paulo: Editora Escala. Col. “Grandes obras do pensamento universal”. 1978, p. 180.

²⁴ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 11.

²⁵ ROUSSEAU, Jean-Jaques. 1978, p. 20.

Desse modo, o corpo político se encontra intrinsecamente ligado a seus membros, de tal forma que ao se ofender a um deles, a ofensa atinge o próprio corpo²⁶. O fundamento do corpo é a convenção, a qual o institui como agente vivificado que abarca em si movimento e vontade. Os cidadãos, individualmente considerados, integram, assim, o povo como associados que se unem por laços reconhecidos mutuamente como comuns.

Mas de que forma esse corpo manifesta sua vontade? Através da lei, de uma decisão legislativa. A lei é o ato pelo qual a vontade do corpo político se concretiza. Uma vontade de caráter universal, sempre geral, que considera abstratamente as ações dos indivíduos e por isso busca o bem comum²⁷.

A universalidade da lei caracteriza a sua soberania, que por sua vez implica na sujeição de todos de forma indiscriminada, pois o soberano pode constranger a qualquer indivíduo a se submeter à vontade geral²⁸. O corpo age *por meio do* povo, enquanto cidadão que participa do exercício da autoridade, e *para todo o* povo, enquanto súdito ao reconhecer a obrigatoriedade à lei. Nessa perspectiva, portanto, os indivíduos são autores e destinatários das normas que eles mesmos instituem. A lei parte de todos para se aplicar a todos, concretizando a ideia de igual tratamento, na mesma lógica de equidade do pacto.

O pacto envolve, portanto, não só um compromisso jurídico de respeitar as leis com o estabelecimento de vínculos de direitos²⁹, mas também um compromisso moral. Como a lei é expressão da soberania popular e, assim, preserva a participação do povo na sua consolidação, ninguém poderá a ela se sobrepor. Trata-se de justificar a autoridade no compromisso do reconhecimento da soberania. “A obrigação não implica de modo algum que exista uma autoridade externa e superior aos indivíduos, uma autoridade que impõe respeito. Ela tem seu fundamento no próprio indivíduo, no compromisso que ele assumiu de submeter-se”³⁰.

Se a lei é soberana, investe-se de poder sobre todos os membros. Qualquer lei é legítima no uso do poder soberano? Não, somente aquela que expressar a vontade geral. É a vontade geral que é a responsável por legitimar o poder e lhe conferir movimento e

²⁶ ROUSSEAU, Jean-Jaques, 1978, p. 30.

²⁷ Ibidem, 1978, p. 50.

²⁸ DERATHÉ, Robert. *Jean-Jacques Rousseau e a ciência política de seu tempo*. Tradução Natalia Maruyama. Discurso Editorial. FrançaBr, 2009, p. 334.

²⁹ DERATHE, Robert, 2009, p. 501

³⁰ Ibidem, 2009, p. 351.

direção. Além disso, ela é substancialmente diversa da vontade de todos. Enquanto esta atende à soma das vontades particulares e individuais de cada um, aquela ao contrário se constrói mediante a orientação de cada indivíduo ao bem comum.

Os interesses pessoais que decorrem das suas vontades individualmente consideradas se prejudiciais são desconsiderados, ou seja, “tirem-se, porém, dessas mesmas vontades as que em maior ou menor grau se destroem reciprocamente e resta como soma das diferenças a vontade geral”³¹. Mas isso não significa que o indivíduo se sacrifique pela coletividade. Ao contrário, na formação da vontade geral há a compreensão de que o interesse de cada cidadão está fortemente ligado ao interesse de todos os demais membros. Assim, quando se institui o bem comum, mesmo que inicialmente pareça uma vontade contrária, “consagrando-se o bem público, cada um só age finalmente para o seu próprio bem”³².

O fundamento da autoridade da lei, então, é ser esta a expressão da vontade geral do corpo político, em face da qual todos se comprometem a se submeter desde quando da constituição do pacto. A vontade que é soberana em relação às demais envolve o dever de obediência decorrente do compromisso que cada um assumiu, “formalmente pelo pacto social”³³, de se submeter somente a uma lei que fosse expressão da vontade geral e abstrata. A essência do corpo político está nesse acordo entre a obediência e a liberdade³⁴, realizado para a instituição de leis.

A vontade unificada dos membros, que exclui os interesses que não forem universalizáveis e que não garantam as mesmas liberdades³⁵, orienta-se ao bem comum e obriga a todos de maneira equitativa sem concessão de privilégios, sendo esta uma proposta de igualdade de condições que constituiu a garantia dos direitos de cada um³⁶.

Nesse sentido, o legislador exerce papel de extrema importância, pois será o porta-voz da vontade geral do corpo político. Assim, sua atuação quando da manifestação do ato de vontade da lei é determinante porque auxilia na compreensão dessa vontade e das implicações desta para a comunidade.

³¹ ROUSSEAU, Jean-Jaques, 1978, p. 41.

³² DERATHÉ, Robert, 2009, p. 349.

³³ Ibidem, p. 351.

³⁴ ROUSSEAU, Jean-Jaques, 1978, p. 107.

³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático derecho em términos de teoría del discurso*. Cuarta edición. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Trotta, 2005, p. 166/167.

³⁶ DERATHÉ, Robert, 2009, p. 508.

A teoria de Rousseau, portanto, é uma teoria sobre o fundamento do poder com destaque para o papel do legislador e da decisão legislativa. A partir do pacto, a vontade geral do corpo político, que se expressa pelo legislador, legitima a autoridade do poder pelo ato da emissão dessa vontade, que é a lei.

1.3. O fundamento da autoridade do direito em Habermas: a concepção discursiva de democracia

Muito se falou sobre povo e poder, restando claro que um dos pontos que permeou todo o desenvolvimento teórico de Rousseau foi o da importância que este autor concedeu à necessidade de participação ativa do povo no exercício do poder através da emissão da vontade do corpo político consubstanciada na lei. Conforme destaca Derathé, ao analisar a obra de Rousseau, a “autoridade política tem seu fundamento no ato pelo qual o indivíduo se engaja em obedecer à vontade geral”³⁷, de forma que a “fonte primária da soberania é o próprio indivíduo”³⁸.

Mas qual a justificativa moral para se atribuir ao povo, no sentido de se atribuir de forma equânime a cada indivíduo, a autoridade do poder? Porque é tão importante que o povo participe, delibere e ele próprio emita a decisão política? Nesse ponto, abordaremos a questão da normatividade da democracia.

A ideia de identidade entre autoridade e vontade, e não qualquer vontade, mas a vontade geral do povo, advém da tradição republicana de autogoverno na qual Rousseau³⁹ se insere, em que cada indivíduo é tido como seu próprio governante. Habermas também se identifica com esse ideal, mas se aparta em certa medida de Rousseau quando constrói sua concepção de autonomia política, que apela não apenas para o ideal rousseauiano de soberania do povo, mas também para o ideal kantiano de direitos humanos.

A proposta habermasiana, de uma teoria crítica da sociedade e da legitimidade democrática da autoridade do direito, intenta a consolidação de um projeto civilizatório

³⁷ DERATHÉ, Robert, 2009, p. 351.

³⁸ Ibidem, p. 351.

³⁹ O cidadão participa diretamente das Assembleias, de forma que numa cidade bem dirigida todos socorrem às Assembleias. O autor se posiciona contrariamente à ideia de representantes, uma vez que a soberania não pode ser representada assim como não pode ser alienada. ROUSSEAU, Jean-Jaques, 1978, p. 109-111.

em que a autonomia política do indivíduo concretiza sua emancipação por meio do exercício da cidadania. A participação na esfera pública viabiliza a inclusão de cada cidadão no processo de tomada de decisão. Desse modo, constitui uma proposta de engajamento popular na deliberação sobre os interesses públicos. Assim, para que isso seja possível é preciso que a concepção de Estado de Direito se encontre diretamente ligada à sua concepção de democracia.

Habermas, então, propõe que determinadas condições são indispensáveis à institucionalização de um Estado de Direito. Para ele a existência do Estado de Direito está condicionada à sua natureza democrática. Existe uma relação interna entre direito e democracia, no sentido de que “do ponto de vista normativo, não há Estado de Direito sem democracia”⁴⁰.

Direito legítimo e dotado de autoridade, portanto, é o direito democrático. O poder político se transforma em direito legítimo por meio da aplicação do princípio da democracia. Se o direito estipula normas que são dotadas de coercibilidade, com a possibilidade de impor sanções, então a decisão que determina esses padrões abstratos de comportamento deve se legitimar pelo princípio democrático. Percebe-se, assim, que há uma tensão interna ao direito entre a sua facticidade (as normas são seguidas como fatos sociais dotados de coerção) e a sua validade (as normas são legítimas e, assim, são seguidas por obediência), diante da qual o autor propõe a legitimidade da autoridade a partir da legalidade decorrente do processo legislativo democrático⁴¹.

O direito exige a adesão dos indivíduos às normas que impõe, sendo que essa adesão pode se expressar de duas formas. Primeiro quando os indivíduos aderem ao direito por ser o sistema de direitos um sistema capaz de vincular ações. O processo político o dota de coerção para os casos de descumprimento, de modo que a concordância ao juridicamente vigente e ao juridicamente instituído⁴² decorre da perspectiva da legalidade. A legalidade reflete a facticidade da positividade do direito quando implica uma imposição coercitiva da norma no meio social. Segundo, quando da perspectiva da validade. Os indivíduos aderem ao direito por obediência à norma legítima decorrente do processo legislativo democrático, que impõe um discurso fundamentado racionalmente pautado pela institucionalização do princípio da

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. 2002b, p. 243.

⁴¹ Ibidem, 2002b, p. 148.

⁴² MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 42-43.

democracia. Nesse sentido, nem toda norma será necessariamente válida e legítima, pois só será legítima quando for resultante do processo legislativo democrático.

O único direito que é capaz de reivindicar a autoridade que ele reclama, então, é o direito estabelecido com legitimidade democrática. Uma norma somente é válida e dotada de autoridade quando produzida por um procedimento discursivo que assegura condições democráticas para a formação da vontade. A autoridade do direito não é mais metafísica, pautada em dogmas e tradições. Pelo contrário, é a fundamentação discursiva que viabiliza a integração social e legitima a autoridade do direito. Assim, para assegurar de forma equânime a autonomia política dos indivíduos⁴³ nesse procedimento discursivo o autor propõe o princípio da democracia.

O Princípio da democracia decorre da institucionalização do princípio do discurso e se insere como núcleo do sistema de direitos⁴⁴, de forma que o direito constitui a outra face do próprio princípio democrático⁴⁵. Somente serão válidas as normas jurídicas que obtiverem a concordância daqueles que podem ser afetados por elas. É indispensável que o indivíduo se expresse discursivamente e racionalmente no âmbito político de produção dessas normas (princípio do discurso)⁴⁶ quando da decisão coletiva. A teoria do discurso, portanto, determina que a validade das normas seja estabelecida por meio de um discurso pautado pela racionalidade.

A partir deste princípio, são institucionalizadas juridicamente as condições indispensáveis para o exercício discursivo da autonomia política na consolidação do sistema de direitos⁴⁷. O exercício do poder políticos será, então, “concretizado através de procedimentos comunicativos de uma formação institucionalmente diferenciada da opinião e vontade”⁴⁸ do povo. O sistema de direitos é composto por determinados direitos que devem ser reconhecidos reciprocamente pelos indivíduos, porque são condições *sine qua non* para a legitimidade da legalidade. São direitos que preservam e possibilitam aos indivíduos o *status* de destinatários e autores das normas. Quais seriam esses direitos? Inicialmente não que ser reconhecidos os direitos de iguais oportunidades de participação nos processos de formação da vontade da decisão,

⁴³ HABERMAS, Jürgen. 2002b, p. 286.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 187.

⁴⁵ Ibidem, 2005, p. 159.

⁴⁶ Ibidem, 2005, p. 172

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 187.

⁴⁸ Ibidem, 2005, p. 202-203.

direitos estes que se referem à perspectiva do exercício da autonomia pública do indivíduo, em seu papel de autor das normas.

Por outro lado, também devem ser reconhecidos direitos que se referem à perspectiva do exercício da autonomia privada, em seu papel de destinatário. Tanto o direito de serem reconhecidos igualmente como membros, o direito de possuírem a maior medida de iguais liberdades individuais possíveis e o direito de que estas liberdades possam ser protegidas judicialmente⁴⁹. Ao final, Habermas elenca, ainda, um quinto grupo de direitos que seriam aqueles direitos sobre as condições necessárias de vida que permitem iguais oportunidades nos direitos elencados anteriormente. Esses cinco grupos de direitos representam *pressupostos normativos contrafáticos*⁵⁰ que constituem exigência interna ao próprio sistema de direito.

Por isso, tal princípio (o princípio da democracia), além de estabelecer um procedimento legítimo para a produção do direito, orienta, ainda, essa mesma produção⁵¹, na medida em que estabelece diretrizes para os direitos que satisfazem adequadamente o exercício da autonomia política.

Nesse sentido, temos que a concepção discursiva de democracia exige um padrão normativo de procedimento pautado pelo princípio democrático. O objetivo é alcançar ao máximo o ideal de que os indivíduos sejam autores e destinatários das normas que eles mesmos instituem, principalmente das normas de *status* constitucional, quando do poder de reforma. O princípio democrático preserva o exercício da autonomia política consoante um projeto de cidadania ativa. Propõe, assim, uma nova leitura para o exercício do poder constituinte na modificação das normas constitucionais, como ficará claro no desenvolvimento desse trabalho.

A partir dessa concepção, modifica-se a natureza do exercício de cidadania. Antes, no período liberal, os direitos políticos refletiam um caráter negativo de liberdade e um caráter negativo de direitos subjetivos. Os indivíduos exerciam a cidadania em busca da concretização dos seus próprios interesses no âmbito do Estado. O Estado, então, manifestava o seu poder exatamente no interesse particular desses mesmos indivíduos. Já no período social/republicano, o cidadão se torna autor político

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 188-189.

⁵⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LOPES, David Francisco. Contribuições para uma reflexão sobre o poder Constituinte e a legitimidade do Direito na Modernidade no debate jusfilosófico e teórico-constitucional contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG - Belo Horizonte - n.º.49 / Jul. – Dez., 2006*, p. 168.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 146.

responsável por uma comunidade de pessoas livres e iguais. O Estado, assim, assume uma postura proativa na consolidação do bem comum. A cidadania, nesse paradigma, reflete uma identificação do interesse individual com o próprio interesse comum, o que sobrecarrega o corpo político⁵². No primeiro caso, há o predomínio da autonomia privada (de direitos fundamentais) enquanto que no segundo da autonomia pública (de predomínio da soberania popular).

Habermas, a partir do paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, demonstra que a autonomia pública somente é exercida adequadamente quando o indivíduo é suficientemente independente em sua autonomia privada, a qual deve estar igualmente assegurada, conciliando-se, portanto, a perspectiva liberal e republicana. A autonomia pública e autonomia privada, desse modo, pressupõem-se mutuamente, e somente por meio do direito é que estas interagem adequadamente entre si, de forma que essa interação constitui a denominada autonomia política⁵³. É a partir do exercício de uma cidadania reflexa da autonomia política que o povo tem a possibilidade de ser ao mesmo tempo autor e destinatário das normas que institucionaliza pelo processo discursivo democrático.

A concepção discursiva de democracia, nesse aspecto, concebe uma nova forma de compreensão do direito. Não reconhece uma forte contradição entre direitos fundamentais (autonomia privada) e soberania popular (autonomia pública). Pelo contrário, compreende a tensão constante que existe entre estes, conjugando de forma complementar o paradigma liberal e o paradigma social.

Apesar de “procedimental” remeter pela própria semântica do termo a procedimentos, que serão institucionalizados no discurso, existem condições mínimas que Habermas entende estarem integradas ao sistema de direitos, no sentido de que “a expectativa normativa da criação legítima do direito vincula-se sim ao arranjo comunicativo”⁵⁴. O arranjo comunicativo será composto por determinados direitos, os quais são condições necessárias ao exercício da autonomia política⁵⁵, ou seja, “esse

⁵² HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 136.

⁵³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A coesão interna entre Estado De Direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*, v. 1, 2006a, p. 85.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. 2002b, p. 302.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 194.

modo de criação do direito, ao qual cabe assegurar a todos igual autonomia mantém para si um forte teor normativo”⁵⁶.

A autoridade do direito decorre de um procedimento, que entendemos, então, não ser meramente formal. A teoria do discurso impõe o reconhecimento do princípio da democracia, que por sua vez implica na “institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política”⁵⁷. Afirma Habermas, portanto, que “o código do direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário”⁵⁸. É nesse sentido que afirmamos que o princípio da democracia compõe o núcleo do sistema de direitos.

Determinados direitos fundamentais, por estarem contidos no sistema de direitos, deixam de ser meros elementos procedimentais para se tornarem limites substanciais. A “substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica”⁵⁹. Nesse sentido, Neves afirma que “direitos fundamentais são requisitos da legitimação procedimental no Estado Democrático de Direito. Apresentam-se como regras preliminares à realização do jogo. Sem os direitos fundamentais referentes à liberdade e igualdade não se construiria esfera pública pluralista”⁶⁰.

Portanto, apesar de Habermas continuar a reconhecer a titularidade do poder ao povo como em Rousseau, o faz em uma concepção mais robusta de cidadania de direta relação com o exercício da autonomia política. Reconhece no sistema de direitos (direitos fundamentais) os pressupostos para o desenvolvimento da deliberação (da manifestação da soberania popular).

Assim, a normatividade da democracia, então, implica a participação no processo discursivo democrático. Participação de todos aqueles que tiverem condições de fazê-lo. Para, além de Rousseau, há, ainda, em Habermas, o reconhecimento do discurso como elemento decisório indispensável. Percebemos, com este autor, a importância da dimensão deliberativa proveniente do discurso institucionalizado. A

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. 2002b, p. 302.

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 187.

⁵⁸ *Ibidem*, 2005, p. 187.

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen, 2005, p. 169.

⁶⁰ NEVES, Marcelo. “Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas”. IN SOUSA, Jessé (Org.). *Democracia hoje – novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001, p. 152.

participação do povo enquanto sociedade civil é resgatada pelo discurso no exercício do poder político que institucionaliza o direito.

A concepção discursiva de democracia consolidada, nesse sentido, as condições pragmáticas dos direitos dos participantes, sob os quais se forma a decisão da vontade política do povo. Neste ponto reside o conteúdo normativo do exercício da autonomia política que legitima a autoridade do direito, por ser a sua proteção (da autonomia política) uma exigência da democracia. Sustenta Habermas de forma correta que “o direito não consegue seu sentido normativo *per se* através de sua forma, ou através de um conteúdo moral dado *a priori*, mas através de um procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade”⁶¹.

1.4. CONCLUSÕES PARCIAIS

Podemos concluir até o momento, sintetizando as principais considerações deste capítulo, que o povo em uma democracia deve participar do exercício do poder. Ao indivíduo, que integra o povo, é reconhecido o livre exercício de sua autonomia para o reconhecimento da possibilidade de ele próprio dar leis a si mesmo. A lei, então, é dotada de autoridade por resultar de uma decisão legislativa que manifesta a vontade do corpo político do povo.

A autoridade da lei, nesse sentido, tem seu fundamento no próprio indivíduo, no compromisso que ele assumiu de submeter-se à decisão legislativa tomada. Como a lei é expressão da soberania popular e preserva a participação do povo na sua consolidação, ninguém poderá a ela se sobrepor. Assim, o corpo age *por meio do* povo, enquanto cidadão que participa do exercício da autoridade, e *para todo o* povo, enquanto súdito ao reconhecer a obrigatoriedade à lei. Nessa perspectiva, os indivíduos são autores e destinatários das normas que eles mesmos instituem.

O ideal republicano de autogoverno, de que cada indivíduo é tido como seu próprio governante, é reconstruído, por sua vez, na concepção de autonomia política de Habermas, que sustenta que esta autonomia é exercida por meio do princípio da democracia dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito. O único direito que

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 202.

é capaz de reivindicar a autoridade que ele reclama é o direito com legitimidade democrática. Uma norma é dotada de autoridade quando produzida por um procedimento discursivo que assegura condições democráticas para a formação da vontade do povo. Assim, o poder político se transforma em direito legítimo por meio da aplicação do princípio da democracia, que é a fonte de legitimidade do processo discursivo e a fonte da autoridade da decisão que dela resulta.

Sem embargo, a concepção discursiva de democracia, reconhece no sistema de direitos (direitos fundamentais) os pressupostos para o desenvolvimento da deliberação (da manifestação da soberania popular). Percebemos, ainda com este autor, a importância da dimensão deliberativa proveniente do discurso institucionalizado. A participação do povo enquanto sociedade civil é resgatada pelo discurso no exercício do poder político que institucionaliza o direito. A teoria do discurso impõe, nesse sentido, a institucionalização jurídica de procedimento discursivo⁶² da mudança constitucional. Apesar de continuarmos a reconhecer em Rousseau a titularidade do poder ao povo, entendemos que Habermas apresenta uma concepção mais robusta de cidadania que incorpora uma dimensão discursiva ao processo legislativo democrático capaz de reivindicar a autoridade do direito.

⁶² HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 187.

2. PEOPLE'S WILL: RECONSTRUINDO O FUNDAMENTO DA AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO

A análise da autoridade da decisão judicial no controle de constitucionalidade envolve o estudo sobre a autoridade da Constituição. A Constituição é fonte normativa das demais normas, de tal forma que aquelas que apresentarem com ela alguma incompatibilidade poderão, eventualmente, ser extirpadas do ordenamento jurídico a partir do reconhecimento de sua inconstitucionalidade. Desse modo a autoridade da decisão do controle se relaciona diretamente com a preservação da autoridade da Constituição.

Assim, neste segundo capítulo, refletiremos sobre a autoridade da própria Constituição, que vincula todo e qualquer processo de aplicação das normas, inclusive daquelas que pretenderem alterá-la, como o poder de reforma.

Sob qual justificação teórica foi construída a concepção de que a Constituição é dotada de autoridade? Nesse momento, buscamos na reconstrução da teoria do poder constituinte os elementos da autoridade da Constituição.

O poder constituinte de titularidade do povo é o poder diretamente ligado à *supremacia constitucional* que através de pré-comprometimentos limita a manifestação do poder de reforma. Com o reconhecimento da autoridade da Constituição e de sua supremacia, a manifestação da vontade do povo – inclusive o denominado “poder constituinte de reformador” – é limitada pela própria Constituição.

No entanto, a natureza constituinte das normas constitucionais que preservam a sua autoridade deve ser reconectada como de titularidade do povo. A partir da reflexão dessa relação entre povo e poder constituinte, pretendemos demonstrar dois pontos.

O primeiro é de que o poder constituinte se legitima pela vontade do povo que se constrói continuamente, e o segundo de que uma teoria sobre a autoridade da decisão que reforma a Constituição somente pode ser vista em consonância com o sentido performativo do projeto constituinte em Habermas.

2.1. O fundamento da autoridade da Constituição: revisitando a teoria do Poder Constituinte

O único direito que é capaz de reivindicar a autoridade que ele reclama, como demonstrado, é o direito democrático. A autoridade do direito, então, decorre da produção discursiva das normas. Os direitos fundamentais (autonomia privada) fundam condições iguais de participação nos processos discursivos democráticos (autonomia pública) e, assim, compõem o sistema de direitos. O sistema de direitos se concretiza na Constituição, que se torna condição para o exercício da autonomia política. Ao institucionalizar o sistema de direitos, a Constituição preserva tanto a autonomia pública quanto a privada na determinação do conjunto normativo que os cidadãos se atribuem reciprocamente por meio do discurso, quando decidem regular de forma legítima a sua convivência.

As Constituições, também, possuem uma forte relação com o povo⁶³, de modo que frequentemente o invocam em seu texto como fundamento de sua autoridade. A razão pela qual invocam essa correlação se assenta no fato de que, assim como o poder e assim como o direito, as Constituições também precisam se legitimar e, principalmente, legitimar a sua superioridade (*supremacia constitucional*). Destaca Christensen “a palavra povo não é utilizada por vocês para dizer quem seria esse povo, afinal de contas. O povo é pressuposto para que vocês possam falar de outra coisa mais importante: nós somos legítimos”⁶⁴. Em que sentido a autoridade da Constituição se relaciona com o povo? “Se uma constituição recorre ao poder constituinte do povo ou se ela atribui todo o poder do Estado ao povo será que ela então formula um enunciado sobre a realidade?”⁶⁵ O real papel do povo no processo político muitas vezes é negligenciado.

O debate sobre essa relação, entre povo e Constituição, nos remete, primeiramente, à teoria do poder constituinte, que por sua vez envolve não apenas a

⁶³ CHRISTENSEN, Ralph. Introdução MULLER, Friedrich, 2003, p. 33.

⁶⁴ Ibidem, 2003, p. 44.

⁶⁵ MULLER, Friedrich, 2003, p. 50

reflexão sobre a autoridade do poder⁶⁶, mas, principalmente, a reflexão sobre o poder que decorre da autoridade da Constituição.

A teoria do poder constituinte explícita que esse é o poder diretamente ligado à Constituição. O poder de criar, reformar ou complementar⁶⁷ o texto constitucional. Em uma abordagem dogmática sobre este poder, podemos perceber três momentos distintos em seu desenvolvimento teórico: o clássico, o moderno e o contemporâneo⁶⁸.

O Poder constituinte em sua perspectiva clássica, de raízes iluministas da França revolucionária em luta contra a monarquia absolutista, foi protagonizado por Sièyes. Para este autor, nenhuma autoridade divina detém o poder. O poder pertence aos indivíduos, personificados na figura da nação. “A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei”⁶⁹. A nação, o terceiro estado composto pelo conjunto dos cidadãos que pertencem à ordem comum⁷⁰, no caso a burguesia, é o titular desse poder. Além disso, constitui este um poder totalmente distinto daqueles que possa posteriormente instituir. Não tem limites ou condições preexistentes e pode manifestar sua vontade de duas formas, pelo poder constituinte originário e pelo poder constituinte de reforma.

O poder originário é incondicionado e ilimitado para manifestar “a vontade da Constituição”⁷¹. É um poder simultaneamente desconstituinte e constituinte, uma vez que rompe com o poder anterior e instaura uma nova ordem que reconstrói a sociedade juridicamente e politicamente. Sua manifestação ocorre por meio de uma Assembleia Constituinte, uma convenção que implica na identidade entre mandante e mandatários⁷². A Assembleia, que seria de representação extraordinária⁷³ para o ato da criação da Constituição, institui uma nova ordem constitucional, com o rompimento da ordem anterior. Por isso, abarca em si um impulso tradicionalmente revolucionário de ruptura,

⁶⁶DYZENHAUS, David, The politics of the question of constituent power. In *The paradox of constitutionalism. Constituent Power and constitutional form*. Edited by Martin Loughlin & Neil Walker. Oxford University Press. 2008, p 129.

⁶⁷FERNANDES, Bernardo Gonçalves, 2014, p. 119.

⁶⁸PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões para uma nova teoria sobre o poder constituinte: a tese do patriotismo constitucional como superação das antigas tradições. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIII, n. 44, p. 53-64, jan./mar. 2009.

⁶⁹SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o terceiro Estado?* Trad. de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1986, p.117.

⁷⁰Ibidem. 1986, p.72.

⁷¹Ibidem, 1986, p.77.

⁷²SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Poder constituinte e patriotismo constitucional. *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*. 2006, p. 11.

⁷³SIEYÈS, Emmanuel Joseph. 1986, p.128.

sendo, portanto, inicialmente, reconhecido como um poder de fato. Poder de força político-social e natureza extrajurídica, motivo pelo qual não se questionavam a sua legitimidade⁷⁴.

Quanto ao poder de reforma lhe foi reconhecido o mesmo titular, a nação. Entendimento reflexo do raciocínio lógico de que aquele que detém o poder para criar tem, também, o poder para alterar e complementar. No entanto, o poder de reforma é condicionado pelo primeiro. Como foi instituído pela Constituição, não poderia a ela se sobrepor, já que é a própria Constituição que determina os mecanismos legítimos para alterá-la.

A abordagem moderna sobre o poder constituinte, por sua vez, inicia-se com o questionamento da titularidade deste pela nação. A nação era caracterizada pela homogeneidade cultural da tradição dos cidadãos que a compunham, de forte identificação dos indivíduos com seus representantes, através do compartilhamento de valores éticos e culturais existente entre eles, que os unia em torno de um projeto comum.

A proposta da abordagem moderna é que o povo passe a ser o seu verdadeiro titular e, assim, que a manifestação da vontade do povo seja o fundamento da autoridade da Constituição. O poder constituinte, ao ser interpretado a partir de marcos democráticos, vincula uma noção pluralista para a sua titularidade⁷⁵, que somente pode ser resguardada pela concepção heterogênea de povo. Portanto, a proposta é quebrar a homogeneidade anterior, indo-se além do exercício de uma Assembleia Constituinte de identidade entre mandante e mandatários, principalmente diante do pluralismo que é uma característica intrínseca das sociedades modernas.

Müller, que também percebeu o emprego da concepção povo nas Constituições⁷⁶, buscou compreender melhor esse termo de carga tão complexa e, para tanto, analisou quatro categorias do que o povo poderia significar.

A primeira categoria propõe a concepção de povo ativo, que envolve aqueles indivíduos que participam efetivamente do processo eleitoral. São os eleitores reconhecidos pelo direito estabelecido como titulares da nacionalidade. Nesse sentido, os estrangeiros que vivem permanentemente em determinada comunidade estariam

⁷⁴ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de, 2006, p. 12.

⁷⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves, 2014, p. 126.

⁷⁶ CHRISTENSEN, Ralph. Introdução MULLER, Friedrich, 2003, p. 33.

excluídos do povo, o que “restringe a amplitude e a coerência da justificação democrática”⁷⁷, sendo este um conceito fechado ao sistema eleitoral. A segunda categoria, povo como ícone, não existiria realmente, ou seja, seria o povo uma imagem abstrata, indivisível e intocável, que em determinados momentos é invocado por grupos de forma mistificada. Nesse ponto, mesmo os excluídos que não participam do processo democrático se inserem como unificados em seu conceito. O povo ideal, da terceira categoria, seria o povo que se institui como destinatário das prestações positivas do Estado, ou seja, seria o conjunto de indivíduos que são diretamente protegidos pelo direito constitucional no reconhecimento jurídico de sua dignidade humana. Por fim, na quarta categoria temos povo como instância global de legitimidade que se relaciona diretamente com o povo ativo. A partir do momento que o povo ativo elege representantes, estes por sua vez elaboram as normas que atingem potencialmente a todos de maneira igual. À medida que este povo como destinatário das prescrições normativas não se revolta contra o ordenamento instituído e, assim, o aceita globalmente, reconhece-lhe o caráter democrático em uma estrutura de legitimação, o que “forma uma espécie de ciclo de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido”⁷⁸.

Apesar do ganho de reflexão teórica que a análise das quatro categorias proporciona, o ponto principal, como percebe Müller, é que a normatividade da democracia e a legitimidade da autoridade do direito e da Constituição não se vinculam a uma conceituação fechada jurídica-política de povo. Ao encontro do que desenvolvemos com Habermas, o povo precisa ser levado a sério, como realidade viva no mundo, de preservação do exercício da autonomia política. Assim, “na teoria política constitucional, o povo não é um conceito descritivo, mas claramente operacional”⁷⁹. Somente a partir de uma concepção operacional e integrada, e, como veremos, discursiva, que será possível que o povo seja mais realidade do que símbolo para que “o poder constituinte do povo torne-se práxis efetiva”⁸⁰. Ao invés do que acontece na prática constitucional em que figura sendo “mais símbolo do que realidade”⁸¹,

O poder constituinte, então, nesse sentido, conecta-se diretamente com o povo, a partir de uma reconstrução da ligação entre este e a Constituição. No entanto, muitas

⁷⁷ MÜLLER, Friedrich, 2003, p. 56.

⁷⁸ Ibdem, 2003, p. 60.

⁷⁹ Ibdem, 2003, p. 13.

⁸⁰ Ibdem, 2003, p. 35.

⁸¹ CHRISTENSEN, Ralph. Introdução MULLER, Friedrich, 2003, p. 33

vezes “a concepção da identidade constitucional de um povo, e particularmente sua relação com o poder constituinte de titularidade do povo, é desconcertante”⁸², haja vista a desconfiança contínua e implícita das teorias constitucionais que, apesar de reconhecerem o povo como fundamento da autoridade da Constituição, não reconhecem esse mesmo povo como o seu real intérprete final. O ponto que precisamos sedimentar é que o fundamento da autoridade da Constituição é o povo e é exatamente essa relação que precisamos reconstruir quando da autoridade da decisão do controle que revisa uma emenda que altera a Constituição.

Por fim, ainda dentro da perspectiva moderna, além desse desenvolvimento da titularidade do poder constituinte da nação para o povo, lhe é reconhecida uma natureza jurídica. A partir desta ganha relevo a reflexão sobre a sua legitimidade, momento no qual também, são lhe reconhecidos alguns limites, deixando de ser um poder absoluto e irrestrito como era anteriormente.

2.2. Seria a soberania do poder constituinte originário fundamento da autoridade da *supremacia constitucional*?

Como o poder constituinte se liga diretamente à Constituição, está, também, diretamente ligado ao movimento do constitucionalismo. O movimento do constitucionalismo moderno traz consigo dois objetivos que fundam a ordem constitucional. A limitação do poder com a necessária organização e estruturação do Estado e a consecução e reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. Seus temas centrais são, portanto, a autoridade do poder político e a constitucionalização de direitos⁸³. Ambos objetivos remetem a um fato “interessante da evolução do constitucionalismo: a unificação do direito em uma lei fundamental (a constituição)”⁸⁴.

Acontece que o reconhecimento da Constituição como lei fundamental está diretamente conectado ao fato de ser ela obra do poder constituinte originário. No

⁸² LOUGHLIN, Martin, WALKER, Neil. Introduction. *The paradox of constitutionalism. Constituent Power and constitutional form*. Edited by Martin Loughlin & Neil Walker. Oxford University Press.2008, p 1.

⁸³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves, 2014, p. 32-33.

⁸⁴ SALDANHA, Nelson. Teologia e política. Liberalismo e conservadorismo no pensamento constitucional moderno. In: PELAYO, Manuel García. *Constitucion y constitucionalismo hoy. Cinguentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García Pelayo*. 2001, p. 674.

entanto, somente por ser este, anteriormente, reconhecido como um poder constituinte soberano, de manifestação da soberania da vontade do povo, é que a Constituição era dotada de supremacia e autoridade. Em Rousseau é exatamente a vontade soberana que legitima a lei suprema.

Sem embargo, como a própria vontade soberana constitui o fundamento da supremacia da lei, poderia modificá-la quando achasse necessário, uma vez que “a autoridade que as dita também pode aboli-las”⁸⁵. Assim, “quando Rousseau afirma que não podemos limitar a soberania sem destruí-la, ele quer dizer que o poder soberano não poder ser limitado pelas leis fundamentais ou pela Constituição do Estado”⁸⁶. A defesa de uma não-limitação buscava no fundo olhar para o elemento central da legitimação da autoridade da lei, a manifestação soberana da vontade do povo, que, em sua proposta teórica, exerce uma influência real e constante, por meio da participação nas Assembleias, as quais deveriam ser periódicas. Assim, o povo continuaria a se pronunciar constantemente “sobre a manutenção, a supressão ou revisão da constituição do Estado”⁸⁷. Desse modo, não haveria limites constitucionais pré-estabelecidos para limitar a soberania da sua vontade⁸⁸, que constantemente se renovaria. No entanto, apesar de afirmar que a soberania conferiria um poder absoluto, o próprio Rousseau afirma que este teria um limite, o limite da utilidade pública⁸⁹, o qual não desenvolve muito profundamente.

A despeito de inicialmente ser soberana, com o desenvolvimento teórico do constitucionalismo, foram sendo reconhecidos limites à manifestação da vontade do povo pela própria Constituição. Nesse sentido, consolidou-se o entendimento de que o poder originário também seria um poder limitado, em oposição à tese anterior em que figurava de modo irrestrito e soberano⁹⁰.

Assim, estaríamos diante do que Loughlin e Walker denominaram de paradoxo do constitucionalismo, o “soberano que não pode exercer a soberania”⁹¹. No entanto, era a ideia da existência de um poder constituinte soberano que sustentava a supremacia

⁸⁵ DERATHE, Robert, 2009, p. 483.

⁸⁶ Ibidem, 2009, p. 491.

⁸⁷ Ibidem, 2009, p. 484.

⁸⁸ DERATHE, 2009, p. 489.

⁸⁹ ROUSSEAU, Jean-Jaques. 1978.

⁹⁰ PEDRON, Flávio Quinaud. 2009, p. 55.

⁹¹ LOUGHLIN, Martin, WALKER, Neil. 2008, p 1.

da Constituição e justificava a sua autoridade, uma vez que, sendo obra dele, não poderia ser modificada por quaisquer dos poderes constituídos⁹².

Se o poder constituinte originário não é mais soberano, em que se sustenta a soberania ou autoridade da Constituição? A Constituição, nesse sentido, parece ser autônoma do próprio poder constituinte, seja originário, seja de reforma, uma vez que passa a exercer contra ambos restrições e limites ao seu exercício.

Uma das grandes reflexões do constitucionalismo se assenta exatamente nesse ponto. Como manter a natureza democrática da Constituição que advém da manifestação da vontade do povo ante a autoridade que esta exerce sobre a própria vontade do povo? Ao ser o poder que cria a Constituição o poder diretamente relacionado à vontade do povo, não poderia esta se caracterizar por usurpar essa vontade, muito pelo contrário, deveria respeitá-la⁹³.

A Constituição como pode limitar toda e qualquer manifestação de vontade posterior, parece, então, deter em si uma autoridade distinta que a sustenta sem uma inter-relação com a vontade que a instituiu ou, ainda, com a vontade que a modificaria quando necessário pelo poder de reforma.

Seria como se ela fosse independente do seu próprio titular, o povo, e conservasse em si um “resíduo teológico”⁹⁴ de superioridade incontestável e de matrizes schmittianas⁹⁵. Sepúlveda Pertence, entende, no mesmo sentido, que a supremacia da Constituição é um dogma do constitucionalismo moderno⁹⁶ que se consolidou devido às evidentes raízes jusnaturalistas⁹⁷ de seu desenvolvimento histórico.

À força que decorre dessa autoridade aparentemente intrínseca à Constituição e que exige sua proteção como núcleo fechado, denominaremos de *nuvem constitucional*. Com o reconhecimento da autoridade da Constituição e de sua supremacia, a manifestação da vontade do povo, inclusive constituinte, tornou-se, então, limitada por essa nuvem constitucional. A nuvem constitucional paria sobre a vontade do povo toda vez que esta se manifestar impondo a ela restrições ao seu próprio exercício.

⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

⁹³ PEDRON, Flávio Quinaud, 2009, p. 56.

⁹⁴ SALDANHA, 2001, p. 674.

⁹⁵ SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução. Ines Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 15-17.

⁹⁶ PERTENCE, Sepúlveda. “O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência” in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº. 09, 2007, Salvador, p. 2.

⁹⁷ *Ibidem*, 2007, Salvador, p. 2.

2.3. Nuvem constitucional: haveria um poder constituinte superior com mais autoridade que o outro?

A fim de facilitar a compreensão vamos pensar no seguinte exemplo. Existe um povo **A_P**, povo-pretérito, que, em determinada comunidade, de forma legítima por meio de um processo discursivo democrático, promulgou uma Constituição há alguns anos. O texto constitucional promulgado é intrinsecamente incompleto, aberto e, mais, repleto de normas de “textura aberta”⁹⁸, assim como ocorre com o texto constitucional da nossa Constituição de 1988. A abertura das normas é reflexo tanto da inviabilidade de se prever todas as situações que idealmente pudessem existir quanto da não possibilidade de se abarcar de forma exaustiva a previsão de todas estas⁹⁹. A incompletude da Constituição, portanto, é inerente à sua estrutura textual, o que implica que necessariamente um processo complexo sobre a aplicação de suas normas ocorrerá.

O povo **A_P**, que promulgou a Constituição, já não é mais o mesmo no momento presente em que a constitucionalidade de uma emenda será questionada por meio do controle de constitucionalidade, de modo que teremos um povo-atual **B**, **B_A**¹⁰⁰. Então, temos que o povo dessa comunidade não é mais o mesmo. Assim como não será o mesmo em um momento futuro, seja nos próximos 30 (trinta), 60 (sessenta) ou 100 (cem) anos. Dessa forma, as normas da Constituição promulgada por **A_P** incidirá normativamente sobre **B_A**, que pode apresentar uma vontade diversa sobre as normas constitucionais determinadas por **A_P**.

Caso sua vontade seja diversa, **B_A** poderia, se quisesse, manifestar-se pelo poder de reforma e alterar ou completar a Constituição promulgada por **A_P**.

No entanto, caso assim procedesse estaria sua vontade limitada pela vontade de **A_P**, constituinte originário? Se a resposta for afirmativa, como acredita a doutrina

⁹⁸ HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. 2ª Ed. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes. 2009, p. 116 e 166.

⁹⁹ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*, Trd. Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 18.

¹⁰⁰ Basta pensarmos na realidade atual brasileira para percebermos que esta se encontra extremamente modificada em termos de pluralidade e de composição de seu povo, o qual tem se reconstruído continuamente nesses mais de 26 (vinte e seis) anos após o processo de consolidação da mudança do paradigma democrático.

dominante¹⁰¹, seria, então, a vontade de **A_P** que fundamenta a autoridade da Constituição perante a vontade dos demais povos que virão. A vontade de **A_P** seria a nuvem constitucional que sobrevoaria a vontade de **B_A** toda vez que esta se manifestasse, impondo a ela restrições. Nesse sentido, parece que existe outro paradoxo, a relação de superioridade de um poder perante o outro, superioridade da vontade de **A_P**, originário, sobre **B_A**, de reforma.

Souza Cruz nos relembra que Jefferson¹⁰², em um entendimento semelhante a Rousseau, acreditava que a Constituição não poderia, como se dotada de autoridade independente, ser um instrumento autônomo como uma nuvem capaz de limitar a vontade do povo que se manifesta em determinado momento histórico. No mesmo sentido, é o pensamento de Canotilho: “se o povo delega certas partes do seu poder às diversas autoridades constituintes, ele conserva, no entanto, o poder constituinte. Conservando em suas mãos o poder constituinte, o povo não está vinculado à Constituição”.¹⁰³ A Constituição, nesse entendimento, poderia ser modificada, quando **B_A** achasse necessário e do modo que achasse necessário.

Por outro lado, o contrário pensava Madison, que temia veementemente uma ausência de qualquer espécie de controle dessa vontade¹⁰⁴.

Se a Constituição, manifestação da vontade de **A_P**, limita a manifestação de **B_A**, seria realmente a vontade de **A_P** o fundamento de sua autoridade que a sustenta como nuvem ao longo do tempo? De onde a Constituição deriva sua própria legitimidade?¹⁰⁵.

2.4. Desvendando a nuvem constitucional: os compromissos prévios da Constituição em Waldron

O fortalecimento da *supremacia constitucional* consolidou a compreensão de que a Constituição se encontra em um patamar diferenciado das demais normas do ordenamento jurídico. Um patamar de lei suprema (*higher law*) pelo qual exerce

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹⁰² SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo, 2006, p. 50/51.

¹⁰³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina. 1999, p. 96.

¹⁰⁴ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo, 2006, p. 50/51.

¹⁰⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LOPES, David Francisco, 2006, p. 162.

autoridade ante a sua superioridade. A partir do reconhecimento da Constituição como lei suprema (*higher law*) duas são as consequências que resultam da sua autoridade: (1) a Constituição é a fonte da qual decorrem todas as outras normas e (2) devem ser anuladas as normas que lhe forem contrárias, pelo mecanismo do controle de constitucionalidade.

A Constituição, então, compõe o ápice do ordenamento jurídico,¹⁰⁶ de modo que todas as demais normas devem ser elaboradas em conformidade com os seus princípios. Constitui, por conseguinte, o fundamento de validade das normas infraconstitucionais¹⁰⁷ que “confirmam ou pressupõem a sua autoridade independente e total sobre o que elas constituem”¹⁰⁸. Assim, mantém-se como a fonte legitimadora de todas aquelas que são elaboradas a partir dela¹⁰⁹.

A partir desse raciocínio que o controle de constitucionalidade se sustenta, uma vez que é a violação aos princípios morais da Constituição que fundamentam, por ser ela superior, a declaração de inconstitucionalidade de normas com sua, consequente, retirada do ordenamento jurídico.

Desse modo, o controle de constitucionalidade é um mecanismo de garantia e de defesa das normas constitucionais, partindo-se da premissa de que a Constituição é dotada de *status* diferenciado em relação às demais normas produzidas pela decisão legislativa, do legislador ordinário. A Constituição detém uma natureza distinta das demais normas por ser obra do poder constituinte originário, de modo que a manifestação de vontade do povo por meio desse poder deve ser preservada, inclusive dificultando-se os mecanismos para a sua alteração, pelo poder de reforma.

Nesse sentido, a “Constituição é, em certo sentido, um sistema de controle”¹¹⁰. Como reconhece que “a soberania popular não pode ser absoluta”¹¹¹, impõe limites a mudanças constitucionais. “Criar uma ordem constitucional implica sempre controlar a

¹⁰⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 216-217.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 161-163.

¹⁰⁸ WALKER, Neil, *After the Constitutional Moment* (November 2003). The Federal Trust Constitutional Online Paper Series No. 32/03. Available at SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=516783.

¹⁰⁹ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 9-10.

¹¹⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático. Controle e participação como elementos fundantes e garantidores da Constitucionalidade*. Apresentação José Joaquim Gomes Canotilho. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010, p. 37.

¹¹¹ COMPARATO, Fabio Konder. Prefácio em MULLER, Friedrich, 2003, p. 27

possibilidade do *ser* e do *vir-a-ser* de uma determinada comunidade política”¹¹², como no caso de **A_P** controlando **B_A**.

Elser explicita de forma muito clara o paradoxo do constitucionalismo quando afirma que se é **X** a vontade do povo que dá origem à **Y**, Constituição, então a vontade do povo detém superioridade sobre Constituição. Desse modo, **X** exerce supremacia e autoridade sobre **Y**. Por outro lado se **Y**, Constituição, é criada com a finalidade de regular entre outras coisas a própria manifestação de **X**, a vontade do povo, então, quem parece ser dotado de superioridade seria a Constituição. Assim, ao contrário, **Y** exerce supremacia e autoridade sobre **X**¹¹³.

Se Loughlin e Walker denominam esse o paradoxo do constitucionalismo, no mesmo sentido vislumbrava Jefferson, quando afirmou ser o paradoxo da democracia. O paradoxo ocorre porque o poder constituinte originário condiciona no momento presente o poder constituinte de amanhã, como se fosse uma imposição de limites decorrentes da “autoridade dos mortos”¹¹⁴. Retornamos, então, à nuvem constitucional que paira sobre a manifestação da vontade do povo. Inicialmente poderíamos pensar que um poder constituinte, originário **A_P**, seria superior ao outro, de reforma **B_A**, quando a Constituição por **A_P** é criada com a finalidade de regular **B_A**.

No entanto, a nuvem constitucional que paira sobre as mudanças constitucionais se manifestaria na realidade, conforme elucida Waldron, pelos pré-comprometimentos (*pre-commitments*) presentes na Constituição. Com o reconhecimento da autoridade da Constituição e de sua supremacia, a manifestação da vontade do povo, inclusive constituinte, é limitada pela própria Constituição. A Constituição, dessa forma, impõe restrições que derivam de pré-comprometimentos ao próprio exercício do constituinte, da democracia e da premissa majoritária.

Existe um pré-comprometimento com as restrições constitucionais¹¹⁵ e, a nosso ver, também, pré-comprometimento com a autoridade da Constituição, o que nos remete a famosa metáfora de Ulisses e o canto das sereias¹¹⁶.

¹¹² PEREIRA, Rodolfo Viana. 2010, p. 37.

¹¹³ ELSTER, Jon. Constitutional bootstrapping in Philadelphia and Paris. *Cardozo Law Review*, 1992/1993. p.559.

¹¹⁴ BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 126.

¹¹⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 257.

¹¹⁶ ELSTER, Jon. 1992/1993. p. 559.

Ulisses ao realizar uma viagem tinha consciência de que seria atraído pelo canto da melodia das sereias que ficam no meio da travessia, por isso deu ordens à sua tripulação para que o amarrasse ao mastro de seu navio e não o soltasse, mesmo se ele próprio pedisse, pretendendo modificar a sua ordem original. Diante do risco da atração, Ulisses reconhece que existem fortes razões para não confiar em seu julgamento quando próximo delas. Conseqüentemente, exige de seus companheiros que o prendam e não o soltem mesmo se solicitar ser solto no futuro.

Da mesma forma ocorre com os pré-comprometimentos da Constituição. O povo deliberadamente e por acreditar ter boas razões decide impor a si próprio mecanismos que limitem a sua futura manifestação de vontade, os quais são “restrições que titulares responsáveis de direitos determinaram contra suas próprias imperfeições”¹¹⁷. Assim, os compromissos resultam de um “comprometimento racional e compartilhado entre cidadãos soberanos iguais e livres quando da escolha constitucional”¹¹⁸.

A essência dessa limitação advém do ponto central de que a Constituição visaria proteger direitos e princípios fundamentais de uma possível modificação inconsequente do poder político. Por isso, primeiro, é retirada a possibilidade de alterar a Constituição por mecanismos ordinários do processo legislativo democrático¹¹⁹ e, segundo, são impostas restrições que limitam toda e qualquer alteração. O constituinte originário teria determinado expressamente os mecanismos de reforma do texto constitucional, notadamente em razão da falibilidade humana¹²⁰.

Inicialmente, como nos demonstra Waldron, a concepção do pré-comprometimento pode nos ser atrativa. Como exemplifica o autor, o fumante conscientemente quer parar de fumar, apesar de em momentos não conseguir. De igual modo um alcoólatra racionalmente não quer mais beber¹²¹. No entanto, a tentação do cigarro e da bebida leva o indivíduo a uma ação irracional, e por isso é que o povo em seu momento de lucidez submete a si próprio a essas restrições constitucionais.

¹¹⁷ WALDRON, Jeremy, 1999, p. 258.

¹¹⁸ FREEMAN, Constitutional Democracy and the Legitimacy of judicial Review. *Law and Philosophy*, 1990, p. 353.

¹¹⁹ MARMOR, Andrei. Are Constitutions legitimate? In: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Disponível em www.juridicas.unam.mx, 2007, p. 83.

¹²⁰ LUTZ, Donald. Toward a Theory of Constitutional Amendment. In: LEVINSON, Sandford. *Responding to Imperfection – The theory and Practice of Constitutional Amendment*. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 239-240.

¹²¹ WALDRON, Jeremy, 1999, p. 259.

A estratégia de Ulisses, portanto, é utilizada normalmente como o fundamento racional do constitucionalismo, para limitar a reforma da Constituição em relação a determinadas matérias com a exigência de um procedimento mais robusto do que como seria possível pelo processo legislativo democrático ordinário. Sem embargo, essa limitação atinge não só o processo legislativo democrático ordinário, como também o próprio processo legislativo democrático constitucional, do poder constituinte de reforma por emendas.

Teríamos, então, a partir da reflexão sobre essas restrições dois problemas morais apresentados pela estratégia de Ulisses. O primeiro é que a Constituição amarra não apenas o próprio Ulisses que lhe requisitou ser preso, povo A_P – aquele que estipulou o conteúdo substantivo da Constituição com a definição dos princípios morais –, mas também os seus sucessores, ou seja, o povo B_A . O segundo é que quem reconheceu que o canto das sereias contempla um perigo e uma tentação fatal foi o próprio Ulisses, e isso não acontece nas democracias contemporâneas. Em questões constitucionais não há certezas sobre a tentação, havendo ao contrário profundo desacordo sobre tais questões. Enquanto o primeiro problema aborda questões intergeracionais (*inter-generational problems*), das diferenças entre gerações P_1 , o segundo relaciona-se ao pluralismo inerente às sociedades sobre a identificação do perigo das sereias P_2 ¹²². Estes são dois problemas sobre os quais devemos refletir.

Qual o fundamento para que a Constituição limite com autoridade a vontade de B_A e lhe imponha concepções sobre direitos, principalmente quando essas concepções são pautadas em profundos desacordos morais? Como fundamentar a *supremacia constitucional* que reconhece a Constituição como lei suprema (*higher law*) para que assim ela imponha limites às demais normas?

Os defensores do constitucionalismo precisam explicar o que torna legítima a autoridade dessas restrições para a modificação de importantes questões sobre moralidade política¹²³, pois este ponto ainda permanece obscuro. Trata-se, no entanto, de uma questão que influencia diretamente no reconhecimento ou não da autoridade da decisão judicial de controle de constitucionalidade. A decisão judicial no controle de constitucionalidade reconhece a autoridade desses limites para avaliar a partir deles a constitucionalidade das decisões legislativas. A única justificativa para a sua existência parece ser a de que é “prudente desconfiar dos poderes e prever mecanismos para

¹²² MARMOR, Andrei. 2007, p. 85.

¹²³ Ibidem, 2007, p. 85.

controlá-los”¹²⁴, porque é prudente esperar uma ação irracional e se precaver contra ela (como no caso do alcoólatra e do fumante). **A_P** percebendo o risco e ante a ciência de que eles próprios ou, ainda, **B_A** poderiam, eventualmente, em algum momento histórico, violar direitos e assim desrespeitar princípios morais, imporiam a si mesmos determinadas restrições constitucionais, limites ao seu próprio agir coletivo, como forma de precaução.

Os compromissos constitucionais são, portanto, escolhas racionais que resultam do reconhecimento dessas imperfeições, de modo que o povo decide limitar a sua autonomia, com fundamento em sua própria autonomia, uma vez que a “autonomia da vontade é a propriedade que a vontade tem de ser norma para si mesma”¹²⁵.

Mas existe no argumento da autonomia uma incoerência. Apesar de o ato em si do pré-comprometimento ser, naquele momento em que o **A_P** o realiza, um ato próprio de autonomia, de expressão da sua vontade na determinação das restrições, a continuidade dessas restrições não constitui uma valorização da sua autonomia na medida em que a ordem para que Ulisses seja preso ou solto dependerá do julgamento de outra pessoa¹²⁶. Não dependerá mais de **A_P**, de **B_A**, ou no exemplo imaginado, do próprio Ulisses, mas, de um terceiro agente, a Corte em uma decisão de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, o pré-comprometimento (*pre-commitment*) constituiria uma contradição à ideia de autonomia.

Quando vislumbrado o perigo das sereias, são outras pessoas que amarram Ulisses e não ele próprio que define o momento e a forma de amarrá-lo. *Somente* não seria uma contradição à ideia de autonomia se a limitação¹²⁷, estabelecida livremente em uma decisão por **A_P** (Ulisses), em determinado momento **T₁**, fosse aplicada de *modo causal* em um momento posterior **T₂** quando verificadas as circunstâncias previstas para a restrição em **T₁**. Desse modo, apenas poderíamos ter um pré-comprometimento verdadeiramente respeitoso à autonomia se as restrições delimitadas em **T₁** fossem aplicadas automaticamente em **T₂**¹²⁸.

No entanto, não há como se identificar de *modo causal* as circunstâncias em que incidem as limitações, as condicionantes do reconhecimento da constitucionalidade das emendas, as cláusulas pétreas. A identificação das limitações depende de um

¹²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão prática. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 250, p. 197-227. 2009, p. 202.

¹²⁵ WALDRON, Jeremy, 1999, p. 260.

¹²⁶ *Ibidem*, 1999, p. 262.

¹²⁷ *Ibidem*, 1999, p. 270.

¹²⁸ *Ibidem*, 1999, p. 261.

processo interpretativo constitucional que irá alterar a Constituição, ou seja, depende de se conferir a um determinado agente o poder de definir quais são as restrições que se aplicam e como essas restrições serão entendidas.

Assim, não obstante A_P tenha se limitado autonomamente em T_1 , submeterá a si mesmo ou, ainda, a B_A em T_2 ao julgamento de um terceiro agente, que no caso do controle de constitucionalidade é a Corte Constitucional. Há, portanto, o reconhecimento da autoridade da decisão de um *terceiro agente* que detém o poder de decisão de determinar se uma norma em T_2 viola uma restrição delimitada em T_1 ¹²⁹.

O argumento que reconhece a autoridade da decisão judicial do controle de constitucionalidade reside no fato de que o terceiro agente não pode ser o próprio povo A_P que institui as restrições, por não ser adequado que o povo “seja juiz em causa própria”¹³⁰ na identificação dos limites que ele próprio instituiu.

Assim, os pré-comprometimentos não preservariam a autonomia do povo, pois somente a preservariam se a pessoa que sofresse a limitação fosse a mesma que julgasse o modo e a extensão das limitações que viesse a sofrer, o que não acontece¹³¹.

O segundo problema se refere ao pluralismo inerente às sociedades sobre a identificação do perigo das sereias. Ante a existência de profundos desacordos morais, a autoridade das restrições é colocada em cheque pela instabilidade do pluralismo, problema que retomaremos no final do próximo capítulo.

2.5. Mudanças constitucionais e o sentido performativo do projeto constituinte em Habermas

Os pré-comprometimentos, como vimos, são restrições que impõem limites às mudanças que a Constituição pode vir a sofrer, como no caso do poder de reforma. Um ponto subjacente à reflexão sobre esses compromissos é que mudanças indiscutivelmente ocorrerão, motivo pelo qual a Constituição prevê as restrições para as realizações dessas mudanças. “As leis, inclusive as leis constitucionais, não são imutáveis: elas podem ser modificadas ou, ainda, revogadas e substituídas por

¹²⁹ WALDRON, Jeremy. Precommitment and disagreement. In: L. Alexander, (org.). *Constitutionalism. Philosophical foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 271-99, p. 278.

¹³⁰ WALDRON, Jeremy, 1999, p. 265.

¹³¹ WALDRON, Jeremy, 1999, p. 263.

outras”¹³². O direito é reconstruído ao longo do seu desenvolvimento histórico, de modo que surgem situações jurídicas que impulsionam a criação de novas normas ou alteração das normas já existentes. Nesse sentido, a Constituição é “apenas o ponto de partida”¹³³, ou seja, mantém-se aberta a mudanças constitucionais, que são fenômenos que interferem na Constituição. Conrado Mendes explicita que o processo de produção das normas constitucionais (*constitutional lawmaking*) compreende cinco amplos e resistentes fenômenos políticos¹³⁴:

F₁. Interpretação constitucional, que preenche o vazio semântico do texto constitucional.

F₂. Transformação constitucional, que muda o sentido consolidado anteriormente.

F₃. Inovação constitucional, que cria um sentido que está fora dos limites semânticos do texto, mas que não abala o núcleo da estrutura constitucional.

F₄. Emenda constitucional, que reforma o próprio texto constitucional (e nesse ponto, apesar de o autor não a mencionar, incluímos também a revisão constitucional, que é mecanismo de reforma do texto constitucional).

F₅. E, por fim, refundação constitucional, que inaugura uma nova forma de organização política.

Todos os cinco fenômenos afetam de alguma forma a Constituição e, por isso, os compreendemos como as *mudanças constitucionais* que esta pode vir a sofrer pelo processo de aplicação, interpretação e alteração de suas normas.

Importante destacar que entendemos que tanto o procedimento de proposta de emenda assim como de revisão judicial desta pelo controle se incluem na concepção de interpretação constitucional, uma vez que a definição dos princípios morais subjacentes à emenda resulta do processo interpretativo sobre a Constituição. Nesse sentido, o primeiro fenômeno de mudança constitucional **F₁** da interpretação constitucional, foi utilizada em um sentido mais restrito, já que, por uma perspectiva hermenêutica, todos os cinco fenômenos se caracterizariam pela prática discursiva construtiva.

¹³² DERATHÉ, Robert, 2009, p. 515.

¹³³ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, Apresentação, XXIV.

¹³⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxhord. University Press. 2013, p. 79.

Ao encontro do que pensa Dworkin, o fenômeno jurídico constitucional – que podemos subdividir nos cinco subfenômenos –, além de extremamente complexo e dinâmico é eminentemente interpretativo. Dworkin apresenta seu conceito de direito como um “conceito interpretativo”¹³⁵, no sentido de que ele promove uma reflexão sobre o que é exigido ou que normativamente será definido. Essa reflexão resulta de uma prática social argumentativa¹³⁶, através de um discurso reflexivo dotado de uma pretensão de racionalidade de nítida dimensão pragmática.

A dimensão lógico-semântica da estrutura dos argumentos e dos enunciados do texto constitucional se conecta diretamente à dimensão pragmática do processo interpretativo desses mesmos argumentos e enunciados¹³⁷. Assim, o conteúdo que preenche o vazio semântico **F**₁, muda o sentido consolidado **F**₂, cria um sentido que está fora **F**₃, reforma o próprio texto **F**₄ ou inaugura uma nova forma **F**₅, resulta de uma interpretação construtiva no sentido de Dworkin, a qual constitui um processo hermenêutico caracterizado pela prática discursiva argumentativa.

Feita essa ressalva, percebemos que a Constituição não está imune a *mudanças constitucionais*, dentre as quais analisaremos o fenômeno de reforma do próprio texto por emenda **F**₄ e sua revisão judicial. Uma das alterações que a Constituição pode sofrer, portanto, ocorre tipicamente pela via legislativa sob duas formas, revisão (ou reforma global) do texto constitucional e emendas constitucionais, através da manifestação do poder de reforma. Em ambos os casos o poder constituinte originário manifestado pela vontade do povo expressa na Constituição de 1988, **A**_P, limita a manifestação da vontade do poder de reforma, **B**_A, seja por revisão, seja por emenda Constitucional e, assim, retornamos aos pré-comprometimentos.

Quem define o reconhecimento das restrições sobre os princípios morais estabelecidas em **T**₁ em um momento **T**₂ será um agente, que no caso do controle de constitucionalidade judicial é a Corte Constitucional. No entanto, a Corte deve buscar a autoridade da Constituição na vontade de **A**_P, povo que instituiu as limitações, e a partir desta restringir a vontade de **B**_A?

Um dos principais motivos do desenvolvimento da teoria do poder constituinte no movimento do constitucionalismo foi desenvolver fundamentos que legitimassem democraticamente o exercício da autoridade da Constituição que não fossem mais

¹³⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 2ª Ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 488.

¹³⁶ DWORKIN, Ronald. 2007, p. 60.

¹³⁷ HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 297.

pautados em justificações transcendentais¹³⁸, como o resíduo teológico de uma superioridade incontentável.

A teoria do poder constituinte em sua concepção moderna carece de um desenvolvimento teórico mais sofisticado, o qual parece ser oferecido pelas contribuições da teoria habermasiana, que contribui para uma compreensão adequada da legitimidade da autoridade da Constituição e pode contribuir para uma melhor abordagem contemporânea do poder constituinte, quando da reforma da Constituição.

A vontade de **B_A**, emitida no poder de reforma, não é a de um tempo passado de engessamento com aquela vontade de **A_P**, como se ainda existisse a vontade deste povo consubstanciada na norma. Pelo contrário, a vontade de **B_A** que compõe o mundo da vida compartilhado no momento presente, que integrará o pano de fundo interpretativo para a delimitação dos compromissos e de reconhecimento da autoridade da Constituição.

Derathé expressa com clareza esse ponto quando afirma que “as leis só podem receber sua autoridade de sua vontade atual”¹³⁹. Isso significa que a alteração da Constituição recebe sua autoridade da manifestação da vontade do povo do momento histórico em que foi editada a emenda. A Constituição, nesse sentido, “significa apenas uma fixação relativa do conteúdo das normas constitucionais”¹⁴⁰. Toda Constituição é um projeto que possui consistência e autoridade pela interpretação sustentada continuamente, desencadeada em todos os planos de produção de normas¹⁴¹. Em outras palavras, há um sentido performativo no exercício do poder constituinte. A autoridade da Constituição se mantém pelo exercício contínuo e legítimo do poder pelas instituições¹⁴², e, ainda, pelo próprio povo.

Ao encontro de Bustamante, a Constituição, então, não legitima a sua autoridade por tê-la recebido de um poder constituinte ilimitado e soberano. Pelo

¹³⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LOPES, David Francisco, 2006, p. 162.

¹³⁹ DERATHÉ, Robert, p. 486.

¹⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 166. (português)

¹⁴¹ HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 195.

¹⁴² DYZENHAUS, David. 2008, p. 140.

contrário, a “Constituição se auto valida”¹⁴³, ou seja, a sua autoridade é constantemente renovada pela “aceitação prática dos membros da comunidade política”¹⁴⁴.

O reconhecimento dos pré-comprometimentos, nesse sentido, não advém de uma vontade anterior, de **A_P**, mas da constante reinterpretação da própria produção normativa por **B_A** e, eventualmente, pelo terceiro agente. Trata-se de uma legitimidade por-vir¹⁴⁵ da autoridade constitucional. Existe um compromisso com a autoridade da Constituição que inclusive se manifesta na presunção de constitucionalidade das normas, mas que é reflexivamente revista.

Quando Rousseau afirmou que a vontade geral que dirigia os indivíduos não era a de um tempo passado, mas sim do momento presente percebeu, mesmo de forma muito incipiente, as implicações do necessário reconhecimento constante da autoridade da lei, uma legitimidade em seu operar e funcionamento¹⁴⁶. Apesar de o autor não as ter desenvolvido nos moldes da concepção discursiva de democracia que é construtiva, como propõe esse trabalho, suas palavras complementam nosso entendimento:

“é verdade que, num Estado bem regado, pode-se sempre inferir a duração de um ato da vontade do povo à medida que esta não o destrói por um ato contrário. É sempre em virtude de um consentimento presente e tácito que o ato anterior pode continuar a ter seu efeito”¹⁴⁷.

Assim, o consentimento presente e tácito de **B_A** do pré-comprometimento reafirma a autoridade da Constituição.

No mesmo sentido, a teoria Habermasiana, ao encontro do que defendemos com Bustamante, apresenta um enfoque reconstrutivo da teoria do poder constituinte de “deslocamento temporal do fundamento do direito, do passado para o futuro, em razão do caráter de abertura ao futuro das constituições democráticas”¹⁴⁸. O projeto

¹⁴³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. The Ongoing Search for Legitimacy: Can a ‘Pragmatic yet Principled’ Deliberative Model justify the Authority of Constitutional Courts? *Modern Law Review*, Londres, vol 78, issue 2, 2015 (no prelo).

¹⁴⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2015.

¹⁴⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. Notas programáticas para uma nova história do processo de constitucionalização brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008, p. 50

¹⁴⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. *Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão*, n.º 9, jan./dez. de 2002, p. 5-50, p.41-42.

¹⁴⁷ ROUSSEAU apud DERATHE, Robert. 2009, p. 486.

¹⁴⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade, 2008, p. 52.

constituente consoante um Estado democrático de Direito, portanto, envolve um aprendizado permanente na consolidação da autoridade da Constituição diante das gerações históricas, de cada um dos povos que constrói determinada comunidade, povo **A_P**, **B_A** e demais povos futuros. O projeto constituinte se abre a um processo em que a Constituição exerce sua autoridade continuamente, inclusive com a capacidade de corrigir a si mesma no exercício do seu poder¹⁴⁹. O fundamento da autoridade da Constituição, nesse sentido, assenta-se na construção do processo discursivo de suas normas de titularidade do povo.

2.6. CONCLUSÕES PARCIAIS

Após refletirmos sobre a legitimidade da autoridade do poder e do direito, foi necessário o aprofundamento sobre a legitimidade da autoridade da Constituição.

A partir da teoria do poder constituinte e suas distinções entre originário e de reforma, percebemos que a construção da autoridade da Constituição e de sua *supremacia constitucional*, relaciona-se, inicialmente, à manifestação da vontade soberana do povo como poder originário ilimitado. No entanto, com o seu desenvolvimento teórico, a manifestação da vontade do próprio se torna limitada pela própria Constituição, como se esta detivesse em si uma autoridade distinta e autônoma do próprio poder constituinte, seja originário, seja de reforma.

A partir da reflexão sobre a nuvem constitucional que se manifesta pelos pré-comprometimentos da Constituição, abordamos a problematização dos limites impostos à vontade do povo. Concluimos que o poder constituinte deve ser relido dentro de uma perspectiva constitucional reconstitutiva a partir da concepção discursiva de democracia. A Constituição se conecta diretamente ao povo. Assim, o ponto que precisamos sedimentar é que o fundamento da autoridade da Constituição é o povo e é exatamente essa relação que precisamos reconstruir quando da autoridade da decisão do controle que revisa uma emenda que altera a Constituição.

A vontade do povo se constrói continuamente, não sendo mais a expressão de uma vontade soberana de um povo pretérito que institui a Constituição. Assim,

¹⁴⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder constituinte e patriotismo constitucional: o projeto constituinte no Estado democrático de Direito na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte. Mandamentos. 2006b. 35.

afirmar que a vontade do povo é soberana não é o mesmo que afirmar que a vontade do povo se manifesta com soberania. A autoridade da Constituição, então, não resulta e não se mantém pelo simples fato de ter sido concedida por um constituinte originário. Sua reflexão é mais profunda.

Ultrapassada uma concepção de resquícios teológicos da Constituição, a sua autoridade se mantém por meio de um processo discursivo que a sustenta continuamente, em todos os planos de produção de normas institucionais, e, ainda, dos planos que essas normas incidem, da esfera pública.

Assim, a autoridade da Constituição é constantemente renovada, sendo reconhecida na prática social pelo próprio povo, que é o fundamento da natureza constituinte desse poder. Existe, então, um compromisso com a sua autoridade que inclusive se manifesta na presunção de constitucionalidade das normas, mas que é reflexivamente revista. O titular do poder constituinte, o povo, legitima a autoridade continuamente pelo processo discursivo da Constituição quando a reconhece como dotada de autoridade em cada momento histórico.

3. MUDANÇAS CONSTITUCIONAIS: O CONTROLE DE EMENDAS E A AUTORIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DOS PRÉ-COMPROMETIMENTOS

As mudanças constitucionais que a Constituição pode vir a sofrer constituem um ponto muito importante para percebermos as implicações no tempo¹⁵⁰ da autoridade da Constituição e dos seus efeitos sobre o controle de constitucionalidade que revisa sua alteração. Sustentamos, nos capítulos anteriores, que a Constituição se mantém aberta a mudanças constitucionais que ocorrem através de cinco fenômenos, dentre os quais analisamos o fenômeno **F₄**, que compreende o poder de reforma.¹⁵¹ O poder de reforma frequentemente é conceituado como aquele poder responsável pela alteração da Constituição, para que esta se adapte a novas necessidades e novas forças, sem que para tanto fosse preciso recorrer ao poder constituinte originário. Não estariam essas mesmas características também presente no controle judicial de constitucionalidade? E, mais, não poderiam ser essas, inclusive, características, dos outros quatro fenômenos que listamos?

Quando por uma mudança constitucional se preenche determinado vazio semântico (**F₁**), muda-se o sentido consolidado (**F₂**), cria-se um sentido que está fora do âmbito da norma (**F₃**), reforma-se o próprio texto (**F₄**), ou inaugura-se uma nova forma (**F₅**). temos exatamente alterações que adaptam a Constituição a novas necessidades e forças.

Na verdade quando Conrado Mendes nos propôs o estudo sobre esses cinco fenômenos, visava responder à seguinte pergunta: “Como podem as Cortes constitucionais, por meio da criação normativa constitucional, mudar a Constituição?”¹⁵²

Reconhece o autor que a jurisprudência constitucional está repleta de casos dos fenômenos **F₁**, **F₂** e **F₃**. No entanto, aparentemente, não reconhece que, por meio do controle de constitucionalidade, haja os fenômenos **F₄** e **F₅**, uma vez que a “Corte não derruba a decisão política fundante do texto constitucional” e “tampouco emenda o texto constitucional”¹⁵³. Reconhecemos com ele que o controle não emenda o texto

¹⁵⁰ WALKER, Neil, 2003.

¹⁵¹ Ver *supra*, Capítulo II, seção 2.5.

¹⁵² MENDES, Conrado Hübner. 2013, p. 79.

¹⁵³ *Ibidem*, 2013, p. 79.

constitucional. No entanto, quando revisa a emenda por meio do controle interfere diretamente na mudança constitucional decorrente da emenda. Assim, a atuação judicial interfere diretamente no reconhecimento ou não da alteração da Constituição, e com isso influencia no resultado final da mudança constitucional. Nesse sentido, a Corte nos casos de controle da constitucionalidade material de emendas à Constituição, exerce uma influência tão grande no reconhecimento ou não da mudança constitucional que decorre da emenda que, também, seria a Corte precursora do fenômeno **F₄** e, conseqüentemente, de uma mudança constitucional.

Neste terceiro capítulo, então, aborda-se a influencia do controle de constitucionalidade nas mudanças constitucionais.

O argumento que pretendemos defender para a hipótese de controle de constitucionalidade de emendas é de que esta atuação constitui uma usurpação judicial, e portanto a Corte não deve decidir com autoridade final questões controversas sobre os princípios morais subjacentes à proposta de emenda constitucional. Existem boas e fortes razões para aderirmos a uma espécie forte de deferência judicial, de reconhecimento da autoridade da decisão do legislativo, de modo que o Supremo Tribunal Federal não possui a autoridade e competência para declarar a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição.

Além disso, ainda nesse capítulo, será abordada também a leitura moral da Constituição e a fundamentação racional dos princípios morais constitucionais, a fim de preparar o terreno para retornarmos, ao final, ao segundo problema da metáfora de Ulisses sobre os pré-comprometimentos, que deixamos em aberto no capítulo anterior: o problema do pluralismo inerente às sociedades modernas. Quem reconhece que o canto das sereias contempla um perigo e uma tentação fatal para Ulisses? Ou, melhor, quem reconhece o sentido da Constituição que fundamentou racionalmente a aplicação dos princípios morais contidos nos pré-comprometimentos?

Entender que a decisão judicial é a decisão dotada de autoridade para fundamentar os princípios morais que decorrem dos compromissos da Constituição implica reconhecer que é ela quem detém autoridade para decidir e fundamentar o que significa a Constituição. Finalizamos esse capítulo com a reflexão sobre como devemos repensar a ideia de pré-comprometimentos a partir da concepção dos cidadãos como agentes morais autônomos (*right-baeres*), a fim de confrontar essa autoridade concedida às Cortes.

3.1. A atuação do controle de constitucionalidade: a outra face das mudanças constitucionais

Analisada a autoridade da Constituição, é necessário analisarmos a legitimidade democrática da autoridade da decisão judicial de controle que a preserva ou que reconhece a sua alteração ao não declarar inconstitucional uma emenda.

Chemerinsky, quando analisa o controle, problematiza-o a partir da indagação de *quem* deve realizar a interpretação constitucional¹⁵⁴. Essa é a mesma indagação que nos guiou a reconstruir a legitimidade democrática do poder, do direito e da Constituição, a partir da reconstrução da legitimidade da *autoridade* com o povo. Sem embargo, outra questão tem fomentado constantemente esse debate sobre a atuação das Cortes Constitucionais.

O coração do debate sobre a legitimidade da autoridade da decisão judicial do controle de constitucionalidade envolve não só uma, mas duas questões completamente interligadas: **Q₁** *o que* a Constituição significa quando da aplicação de suas normas, e **Q₂** *quem* decide o que ela significa.

Nossa Constituição da República de 1988, em seu artigo 102¹⁵⁵, quando torna o Supremo Tribunal Federal guardião da Constituição¹⁵⁶, arroga-lhe competência para definir o que ela significa. No entanto, nossa proposta é de uma reflexão filosófica para além do reconhecimento dogmático dessa concessão textual de competência institucional, adstrita ao seu reconhecimento formal. Nosso debate envolve a reflexão sobre o fundamento da autoridade da decisão que modifica a Constituição, ou seja, partimos de uma proposta normativa de teoria da autoridade.

¹⁵⁴CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. New York: Aspen publishers, 2006, p. 28.

¹⁵⁵ Art. 102, CR/88 “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”

¹⁵⁶ Convém mencionar o entendimento de Repolês, de que o Supremo Tribunal Federal herdou a autoridade do Poder Moderador, sendo até hoje o protetor das instituições e da Constituição. REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da constituição? Do poder moderador ao Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 86-87.

Quem, então, deve dizer o que significa a Constituição? Que decisão será dotada de autoridade? Os tópicos anteriores demonstraram que a Constituição sofre mudanças constitucionais, dentre estas a mudança pelo poder de reforma. No entanto, o controle de constitucionalidade complementa substancialmente esse fenômeno político de mudança. Como percebe Marmor, na maioria das democracias constitucionais, a mudança da Constituição está diretamente relacionada à presença de uma Corte Constitucional¹⁵⁷. Nesse sentido, acreditamos que o controle de constitucionalidade contribui diretamente para as mudanças constitucionais, tanto na revisão do controle de emendas, quanto nos três primeiros fenômenos como afirma Conrado Mendes.

Se o controle de constitucionalidade contribui diretamente para as mudanças constitucionais, poderia constituir uma manifestação do poder constituinte? Apesar da distinção clássica entre poder originário e poder de reforma, Burdeau desenvolve a concepção de um poder constituinte difuso¹⁵⁸. Se a Constituição é um “organismo vivo, em íntimo vínculo dialético com o meio circundante de forças presentes na sociedade”¹⁵⁹ sofrerá mudanças que não virão necessariamente pelos mecanismos formais do poder de reforma. Descreve o autor que “se o poder constituinte é um poder que faz ou transforma as constituições, deve-se admitir que sua atuação não se limita às modalidades juridicamente disciplinadas de seu exercício”¹⁶⁰.

A teoria do poder difuso¹⁶¹ foi adotada na dogmática constitucional brasileira com a denominação de mutação constitucional informal¹⁶², que remeteria ao processo de modificação da Constituição pela via interpretativa, sem alteração do seu texto. Seria, então, este o poder responsável pelas alterações de sentido das normas constitucionais que ocorrem no processo de interpretação destas¹⁶³, semelhantemente aos fenômenos **F₁**,

¹⁵⁷ MARMOR, Andrei. *Constitutional Interpretation*. USC Public Policy Research Paper No. 04-4. *University of Southern California Law School, Los Angeles*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=506302>.

¹⁵⁸ BURDEAU, Georges. *Tratado de Ciência Política*, vol. 4, 1969, p.246.

¹⁵⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 1-2.

¹⁶⁰ BURDEAU, Georges. 1969, p.247.

¹⁶¹ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 20, n. 58, p. 105, enero-abril 2000.

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª ed., 2010, p. 128.

¹⁶³ Como se fossem alterações tácitas ou silenciosas. QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 160.

F₂ e **F₃**. Apesar de ser um poder permanente e de mecanismos informais não previstos pela Constituição, sua mudança de sentido é claramente perceptível¹⁶⁴.

Se essa atuação é semelhante aos fenômenos **F₁**, **F₂** e **F₃**, estaria a Corte atuando como poder difuso quando profere uma decisão judicial no controle de constitucionalidade? A resposta parece ser negativa. O poder difuso é reconhecido ante a ineficácia do controle, que não seria efetivo o suficiente para abarcar todas as mudanças de sentidos. Assim, é um poder distinto por ser responsável pelas mudanças essencialmente informais, caracterizado pelo desenvolvimento não organizado ou, melhor, não institucionalizado, da opinião pública sobre o sentido das normas da Constituição.

No entanto, todo e qualquer processo interpretativo é uma reconstrução de sentido das normas constitucionais, seja pelo exercício do poder originário, de reforma, pelo controle de constitucionalidade, ou ainda, pela esfera pública Habermasiana. O ato interpretativo da norma constitucional é propriamente uma nova compreensão do seu sentido reconstruído a partir de sua dimensão pragmática. Então, o ponto que distinguiria a mutação seria a não institucionalização dessa mudança de sentido.

Acreditamos, por outro lado, que toda mudança constitucional está diretamente relacionada ao fenômeno político que determinada comunidade vivencia tanto nos meios formais, quanto informais durante a mudança. A mudança pelos meios institucionalizados influencia na esfera pública que por sua vez influencia nas instituições em um ciclo constante de reconstrução da Constituição.

A reflexão sobre as mutações, nesse sentido, nos relembra de que todos somos intérpretes da Constituição¹⁶⁵, seja por meios formais institucionalizados, ou informais da esfera pública. Todos somos legitimados a aplicá-la e protegê-la, o que retoma a origem da fundamentação democrática do poder constituinte, de que a legitimidade da autoridade da decisão que modifica a Constituição se conecta diretamente ao povo. No entanto, no Brasil o controle de constitucionalidade exerce forte papel de protagonista na consolidação dessas mudanças.

¹⁶⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.

¹⁶⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

Acreditamos que somente por meio do sentido performativo do projeto constituinte podemos conciliar a responsabilidade dos diversos atores que estão envolvidos no processo de mudança da Constituição. A sua proteção é de responsabilidade tanto do povo, na consolidação de uma cidadania ativa que emancipa o indivíduo, quanto de “todos os órgãos oficiais e instituições que estão igualmente comprometidos”¹⁶⁶ com esse projeto.

3.2. A judicialização das questões morais e a usurpação judicial pelo controle de constitucionalidade de emendas constitucionais

As mudanças constitucionais, devido à complexidade dos seus fenômenos políticos, proporcionam diversas reflexões, tanto no campo da dogmática jurídica quanto no campo da filosofia do direito. Seus debates ultrapassam o âmbito das discussões jurídicas, envolvendo diretamente aspectos econômicos, políticos e, principalmente, morais. Como o questionamento sobre os princípios morais da Constituição tem sido repetidas vezes objeto de demandas judiciais, as questões sobre o que a Constituição significa, em último grau, são decididas por uma decisão de controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

A sociedade presencia a ascensão institucional da esfera jurídica com a consequente valorização da responsabilidade do juiz¹⁶⁷ para a efetivação de direitos, com uma nítida “fusão do direito constitucional e da teoria moral”¹⁶⁸.

Nesse contexto, a decisão judicial se torna a principal responsável pela definição e solução de temas complexos. Pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); a contribuição de inativos na reforma da previdência (ADI 3105); a restrição ao uso de algemas (Súmula Vinculante nº 11 e HC 91952/SP); o reconhecimento das ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADPF 130), o debate sobre ações afirmativas e quotas raciais (ADI 3330); a extradição do italiano Cesare Battisti (MS 27875/DF); o reconhecimento da união estável homoafetiva (ADI 4277 e ADPF 132); o aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54/DF); a não-recepção da Lei de

¹⁶⁶ CHEMERINSKY, Erwin. 2006, p. 28-33

¹⁶⁷ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 43

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio*. 3ª ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 233

Imprensa (ADPF 130/DF); o confronto entre a liberdade de expressão e a criminalização do racismo debatidas no Caso Ellwanger (HC 82424), entre inúmeros outros temas, pois basta um olhar curioso que os casos serão infundáveis.

Em consequência, vislumbramos uma forte atuação do Supremo Tribunal Federal ao longo desses 26 (vinte e seis) anos que se seguiram à promulgação da Constituição da República de 1988. Trata-se de uma atuação típica de um controle de constitucionalidade forte e crescente. Utilizamos o termo judicialização, no sentido dessa ampla expansão da atuação da decisão judicial nas mudanças constitucionais, em que a Corte atua como arena moral e política de forma definitiva na definição de princípios morais.

O marco constitucional da Constituinte de 1988 é importante na compreensão dessa expansão, uma vez que viabilizou e promoveu um movimento generalizado de busca por um sistema processual igualmente acessível a todos¹⁶⁹. O acesso à justiça se tornou requisito basilar de um sistema jurídico moderno, foi reconhecido como direito fundamental e, assim, atuou como importante vetor para a promoção do acesso jurisdicional à garantia dos demais direitos previstos constitucionalmente.

Desse modo, a influência das Cortes na definição dos princípios morais cresceu consideravelmente na construção do significado da Constituição, principalmente, em questões que são profundamente impregnadas de conteúdo moral. As discordâncias sobre direitos e princípios morais inscritos nas normas constitucionais se consolidaram em um “universo de pretensões judicializáveis”¹⁷⁰. Nesse sentido, encontraram na decisão judicial o *locus* para seu discurso final, uma vez que a decisão judicial fixa substancialmente essas questões de modo a se sobrepor com autoridade à decisão legislativa, substituindo-a¹⁷¹. Dessa forma, quando a decisão judicial analisa a constitucionalidade de normas, e, conseqüentemente, das emendas, transfere para a demanda judicializável as questões morais complexas que permeiam o seu pano de fundo. Assim, os “conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça”¹⁷².

¹⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. 1988.

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. 2010, p. 5.

¹⁷¹ Vieira, 2008, p. 445) VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4(2), p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2014.

¹⁷² DWORKIN, *Uma questão de princípio*. Trad. De Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 101.

Não obstante o reconhecimento de alguns aspectos positivos na expansão dessa atuação – principalmente para a consolidação de fortes ideais democráticos em nosso país que se reestruturava, e ainda se reestrutura, de cicatrizes deixadas pelo período da ditadura, quando garantiu direitos fundamentais indispensáveis ao indivíduo –, acreditamos que precisamos refletir sobre o seu desenvolvimento nos moldes em que têm ocorrido atualmente.

O controle de constitucionalidade brasileiro se amplia em uma expansão desenfreada da judicialização, o que pode prejudicar o sentido performativo do projeto constituinte democrático almejado de emancipação do cidadão.

Ao encontro do que pensa Perry, entendemos que “afirmar que tem havido uma judicialização da política não é o mesmo de afirmar a existência de usurpação judicial da política”¹⁷³. A usurpação judicial se caracteriza, no entanto, pela possibilidade de controle de constitucionalidade forte realizado sobre uma decisão legislativa legitimada pelo constituinte de reforma. Quando o Supremo Tribunal Federal reconhece a si próprio a autoridade para realizar o controle de emenda e *definir* as questões substanciais dos princípios morais da Constituição que são objeto de profundos *desacordos* acaba *usurpando* judicialmente da política. Assim, é contra esse modelo de usurpação que pretendemos nos posicionar.

Apesar de as Constituições serem promulgadas com o intuito de durarem ao longo do tempo e terem, assim, certa estabilidade normativa, no caso brasileiro a Constituição de 1988, em um período de 26 (vinte e seis) anos, já conta com mais de 80 (oitenta) emendas constitucionais, precisamente 83 (oitenta e três)¹⁷⁴. O número de emendas aprovadas cresce consideravelmente ao longo dos anos, o que demonstra a existência de um espírito reformador em nossa sociedade em prol de cada vez mais mudanças constitucionais realizadas pelo fenômeno **F4**.

Acontece que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro permite a análise e, conseqüentemente, a declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais, possibilidade há muito tempo reconhecida como legítima pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Conforme trecho do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 1.946-5/DF, de Relatoria do Min. Sydney Sanches, cujo objeto foi a inconstitucionalidade de dispositivos normativos da emenda de n. 20/98:

¹⁷³ PERRY, Michael. Protection human right in a democracy: what role for the courts? *Wake forest Law Review*. Vol. 38, Iss. 2. Summer, 2003, p. 635-696, p. 636-637.

¹⁷⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm.

“O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que é admissível a Ação Direita de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, §4, da C. F.” (Data do Julgamento 24/04/99)¹⁷⁵

O entendimento a que se refere esse trecho foi o entendimento emanado no acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 939-7/DF, de julgamento anterior na data de 15/12/1993, cujo objeto foi a inconstitucionalidade de dispositivos normativos da Emenda Constitucional de n. 3/93. Assentou o Supremo Tribunal Federal que:

“Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto de constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a guarda da Constituição (art. 102, I, *a*, da CF/88)”¹⁷⁶

No julgamento da ADI 830/DF não foi outro o entendimento¹⁷⁷. Inclusive, no AI (MC) n. 918, o Supremo Tribunal Federal firmou que, também, as normas de revisão constitucional estariam sujeitas ao controle de constitucionalidade judicial¹⁷⁸.

Desde então, o Supremo Tribunal Federal realiza controle de constitucionalidade de emendas, seja em uma análise formal, do processo legislativo democrático, ou material, de violação às cláusulas pétreas (art. 60, §4, da CR/88). Na ADI nº 2.135-4/DF, o Supremo declarou a inconstitucionalidade formal da aprovação da Emenda nº 19/98 da reforma administrativa; na ADI nº 1.946-5; julgou parcialmente procedente para atribuir à Emenda Constitucional nº 20/98, da reforma da Previdência Social, interpretação conforme a Constituição; nos autos da ADI nº 3.128-7/DF e da ADI nº 3.105-8/DF, declarou inconstitucional parte da Emenda Constitucional nº 41/03, que, ao alterar as regras de seguridade social, impôs base de cálculo diferenciadas aos servidores e pensionistas da União, de um lado, e dos Estados, Distrito Federal e

¹⁷⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 1.946-5/DF. Relator: Ministro Min. Sydney Sanches. DJ de 24/04/99

¹⁷⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 939-7/DF. Relator: Ministro Min. Sydney Sanches. DJ de 15/12/1993

¹⁷⁷ “Emendas à Constituição podem, assim, incidir, também elas, no vício da inconstitucionalidade, configurado pela inobservância de limitações superiormente estabelecidas no texto constitucional por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias”. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 830. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 14.04.93. DJ de 16.09.94.

¹⁷⁸ “As mudanças na constituição, decorrentes da ‘revisão’ do art. 3º do ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das ‘clausulas pétreas’ consignadas no art. 60, § 4º e seus incisos, da Lei Magna de 1988.” (ADI 981-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 17-12-1994, Plenário, DJ de 5-8-1994).

Municípios, de outro; na ADI 3.685-8/DF, conferiu interpretação conforme à Constituição para que as regras constitucionais de coligação partidária para as eleições que foram alteradas pela Emenda Constitucional nº 52/06 somente fossem aplicadas após decorrido um ano da data de sua vigência (e não, portanto, às eleições marcadas poucos meses após a publicação da Emenda). Caso ainda mais recente foi a ADI de n. 2.356/DF, cujo objeto foi a inconstitucionalidade de dispositivos normativos da Emenda Constitucional de n. 30/2000, sobre liquidação de precatórios¹⁷⁹. Vários são os exemplos.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal ter mudado o seu entendimento acerca das cláusulas pétreas e da extensão de sua aplicação, o entendimento de que possuem autoridade para reconhecer a inconstitucionalidade de emendas sequer sofreu questionamentos.

Uma ressalva a ser feita é que, apesar de em nosso sistema ser possível o controle de emendas – possibilidade não contestada – não são passíveis de controle as normas constitucionais originárias, não se reconhecendo como possível a inconstitucionalidade de normas integrantes da própria Constituição desde a sua fundação.

A tese sustentada a partir de decisões alemãs e fundamentada na proposta teórica de Bachof¹⁸⁰ de que existiriam normas constitucionais inconstitucionais, normas do originário de significado secundário e materialmente inconstitucionais, não foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal, na ocasião da ação direta de inconstitucionalidade de n. 815/DF¹⁸¹. Assim, em nosso sistema, o controle de constitucionalidade não permite a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, mas por

¹⁷⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 2.356/DF.

¹⁸⁰ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Tradução: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 38-39.

¹⁸¹“Na atual Carta Magna ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (artigo 102, ‘caput’), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. (...) É irrelevante, portanto, ao controle de constitucionalidade, a distinção entre normas formal e materialmente constitucionais, por possuírem o mesmo valor, a mesma força, não se podendo, desse modo, sustentar a existência de normas constitucionais inconstitucionais. (...) Portanto, não tendo o Supremo Tribunal Federal, como já se salientou, jurisdição para fiscalizar o Poder Constituinte originário (...). Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido”. (data de julgamento 28/03/1996”. Relatoria do Ministro Moreira Alves, assentou que:).BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 815. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 28.03.96. DJ de 10.05.96.

outro lado não possui qualquer restrição ou reserva ao controle de constitucionalidade de emendas, do constituinte derivado¹⁸².

Como o número de projetos de emendas aprovadas aumentou progressivamente, os casos em que estas são objeto de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, conseqüentemente, também, aumentam. A tendência inclusive tem sido de que, após a sua aprovação, o grupo político vencido no seu discurso de elaboração pleiteie o reconhecimento de sua inconstitucionalidade via ação direta de inconstitucionalidade. Um exemplo muito claro foi a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.099/DF em que o Partido Democrático Trabalhista arguiu como pretensão em sua inicial de ação direta de inconstitucionalidade os exatos mesmos argumentos proferidos no debate discursivo legislativo quando da elaboração da Emenda Constitucional n. 41, promulgada pelo Congresso Nacional em 2003¹⁸³. Evidenciada, então, a importância do estudo sobre o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

O argumento que pretendemos defender para a hipótese de controle de constitucionalidade de emendas é de que esta atuação, com as regras e as práticas atualmente em vigor no Supremo Tribunal Federal, constitui uma usurpação judicial. A Corte não deve decidir com *autoridade final* questões controversas sobre os princípios morais subjacentes à proposta de emenda constitucional. Demonstraremos que existem boas e fortes razões para aderirmos a uma espécie forte de deferência judicial, de reconhecimento da autoridade da decisão do legislativo, de modo que o Supremo Tribunal Federal não deveria possuir a autoridade – ao menos no sentido moral de legitimidade para decidir, que vem sendo empregado nessa Dissertação – para declarar a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição.

O argumento da deferência, conforme explicita Dworkin pode ser apresentado de duas formas:

“No primeiro caso, podemos afirmar que a deferência judicial é exigida porque na verdade instituições democráticas, como poderes legislativos, tendem a **tomar decisões mais bem fundadas** que os tribunais quando se trata dos problemas subjacentes que os casos constitucionais colocam, ou seja, relativos à natureza dos direitos morais. No segundo caso, podemos

¹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 96.

¹⁸³ Petição disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2192024>.

afirmar que, por alguma razão, **é mais justo que uma instituição democrática**, e não um tribunal, decida essas questões, ainda que nada nos leve a crer que a instituição possa tomar uma decisão mais bem fundada”¹⁸⁴.

Duas, então, são as linhas argumentativas que justificam ou não o reconhecimento da deferência judicial. A primeira linha refere-se à fundamentação da decisão para a definição do sentido da Constituição e de seus princípios – **Q₁**. A segunda linha refere-se à justa instituição democrática a quem será reconhecida a titularidade para realizar essa definição – **Q₂**. As duas linhas argumentativas remetem, portanto, às duas questões do coração do debate constitucional que iniciamos nossa argumentação: o que a Constituição significa, e quem decide esse significado. Demonstraremos que, em ambas as linhas argumentativas, o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais encontra sérias dificuldades para se sustentar.

Ao encontro de Habermas, o debate em torno da autoridade da decisão do controle de emendas é um debate sobre qual decisão responde melhor a essas duas questões, **Q₁** e **Q₂**, de forma a propiciar a melhor legitimidade democrática da autoridade da mudança sobre os “princípios constitucionais, que estão em constante modificação”¹⁸⁵.

Nosso argumento, então, caminha na direção de que quando a decisão define os princípios morais de uma mudança constitucional de natureza eminentemente constituinte, como ocorre no caso da revisão judicial do poder de reforma, “instituições políticas, outras que os tribunais, são responsáveis pela decisão sobre quais direitos haverão de ser reconhecidos”¹⁸⁶. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que arroga para si a autoridade do controle de emendas sem uma norma específica que lhe reconhecesse essa autoridade caracteriza, então, uma usurpação da política que deve ser combatida, uma vez que a sua atuação nessa hipótese de controle é ilegítima.

Um ponto que precisamos esclarecer é que, diferentemente de uma teoria cética, a teoria da deferência que pretendemos sustentar reconhece a existência de direitos morais dos cidadãos, que, para além daqueles expressamente previstos, são reconhecidos a partir da moralidade política da comunidade. Desse modo são posturas

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. 2010, p. 222.

¹⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. On Law and disagreement. Some comments on ‘interpretative pluralism’ *Ratio Juris*: Vol. 16, n. 2, June, 2003b, p. 188.

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald. 2010, p 217.

teóricas que “diferem drasticamente quanto ao tipo de justificação que supõem, como também quanto às implicações para as teorias morais”¹⁸⁷. Assim, como não somos céticos quanto à existência de princípios morais da Constituição, relevante delimitarmos melhor a forma como a moral interfere nas mudanças constitucionais que ela pode vir a sofrer.

3.3. A interpretação dos princípios morais entre o direito e a moral: existe uma leitura moral da constituição?

Com a consolidação da expansão da atuação da Corte nas mudanças constitucionais sobre os princípios morais da Constituição, estes têm sido repetidas vezes objeto de demandas judiciais. Assim, forte foi a aproximação entre o direito e a moral, de modo que se torna necessária uma delimitação mais apurada desses campos.

Normalmente, os usos ordinários dos termos direito e moral confundem e impossibilitam uma compreensão adequada desses dois fenômenos normativos e, principalmente, de suas características. Um ponto aparentemente comum é que ambos se relacionam com a existência de normas de ação, no sentido de que se referem a padrões de comportamento que determinam condutas a serem seguidas.

Dworkin, ao reconhecer a influência da moral no direito, insere a discussão da moral dentro do cerne do debate jurídico, no sentido de que, em seu pensamento, há uma relação entre ambos, que se manifesta tanto no âmbito da teoria quanto no âmbito da prática jurídica¹⁸⁸. Para o autor, existe uma forte reaproximação destes fenômenos normativos, de modo que propõe “uma maneira particular de leitura e fortalecimento da constituição”¹⁸⁹, denominada de leitura moral da Constituição.

Duas questões surgem diante de sua proposta. As mudanças constitucionais abordam questões morais? Em que medida a proposta de leitura moral interfere na mudança da Constituição em temas, como os anteriormente citados, que são impregnados de conteúdo moral? Essa reflexão discute principalmente até que ponto quem define o que a Constituição significa está autorizado a recorrer a princípios de

¹⁸⁷ Ibidem. 2010, p 217.

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 2010b. Tradução: Jefferson Luiz Camargo, pg. 31.

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald . 1996, p. 2.

moralidade quando do reconhecimento da mudança constitucional. De três formas podemos interpretar esse apelo aos princípios morais¹⁹⁰. 1) Juízes não conseguem evitar julgamentos morais controversos quando diante da Constituição; 2) Normas abstratas da Constituição devem ser interpretadas como princípios morais, portanto, o intérprete decide a melhor compreensão de um princípio moral, moralmente falando; e 3) Juízes necessariamente devem dar peso total ao que eles próprios entendem como a melhor leitura moral da constituição.

A primeira tese é uma tese negativa, que rejeita a possibilidade de uma postura neutra na interpretação da Constituição, enquanto que a segunda e a terceira teses são positivas e se referem ao modo como os princípios morais interferem na mudança constitucional¹⁹¹. Gyorfi, ao analisar a leitura moral de Dworkin, pressupõe que a primeira tese é uma tese verdadeira e desenvolve críticas em relação às outras duas, defendendo em contrapartida que o “formalismo é a melhor forma de interpretação para os juízes”¹⁹².

Contra a primeira tese não fazemos nenhuma objeção. A partir da concepção de direito como construção interpretativa, sua aplicação pressupõe necessariamente uma interpretação. Como fenômeno complexo que é, está impregnada de discordâncias sobre direitos e princípios morais decorrentes das normas constitucionais, de modo que os intérpretes inevitavelmente realizarão juízos controversos. As outras duas teses, por outro lado, necessitam ser reformuladas. A segunda precisa ser em parte contestada e a terceira sequer poderia ser atribuída a Dworkin¹⁹³.

As normas constitucionais pressupõem necessariamente uma interpretação e uma fundamentação, de modo que as convicções morais do intérprete estarão presentes tanto na decisão legislativa quanto na decisão judicial que decide sobre a modificação da Constituição. “Consciente ou inconscientemente, convicções morais desempenham papel incontornável na interpretação dos direitos”¹⁹⁴, sejam estas convicções morais de um juiz, de um legislador ou de qualquer indivíduo. Não há como as evitar, de modo

¹⁹⁰ GYORFI, Tamas, 'In Search of a First-person Plural, Second-best Theory of Constitutional Interpretation'. *German Law Journal*, vol. 14, n. 08, p. 1.077-1.108, 2013, p. 1.078.

¹⁹¹ BUSTAMANTE, Thomas. "Dworkin, Vermeule and Dworkin on Constitutional Interpretation: Remarks on a Meta-Interpretive Disagreement", *German Law Journal*, vol. 14, n. 08, p. 1.109-1146, 2013, p. 1.111.

¹⁹² GYORFI, Tamas, 2013, p. 1.103.

¹⁹³ BUSTAMANTE, Thomas. 2013, p. 1.110.

¹⁹⁴ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 29

que não é mais possível a defesa de uma postura neutra pura e descritiva¹⁹⁵ como durante determinado tempo se defendeu. A decisão sobre a mudança da Constituição se caracterizará por “uma racionalidade moral¹⁹⁶, ou seja, “terá sido uma boa decisão se puder ser justificado no interior de uma teoria moral consistente”¹⁹⁷.

Sem embargo, isso não significa que quem decide sobre o princípio moral abstrato, o pode fazer solitariamente. Quem decide sobre a mudança da Constituição participa e “argumenta com o resto da comunidade, tentando convencê-la de que sua leitura de fato atinge o objetivo de trazer o direito ao caso à sua melhor luz”¹⁹⁸. Assim:

“Juizes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer (...) Têm de considerar que fazem um trabalho em equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente, e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras”¹⁹⁹.

Portanto, a decisão sobre mudanças constitucionais, seja judicial ou legislativa não pode ocorrer de forma solista. Os princípios morais envolvidos na mudança constitucional “apoiam-se na moralidade de uma determinada comunidade política e surgem e transformam-se no processo histórico”²⁰⁰ desta comunidade. Assim, excluimos por completo a terceira tese apresentada. Segundo Dworkin, não há essa “abertura” para decidirem conforme suas próprias convicções morais. A leitura moral não permite que se “sigam os sussurros de suas próprias consciências e tradições”²⁰¹.

A proposta de leitura moral da constituição sustentada por Dworkin, desse modo, *não* implica uma atribuição de poderes ao juiz para julgar segundo a sua própria concepção moral ou, como sustentam alguns, a sua “consciência”. Pelo contrário, por

¹⁹⁵ KELSEN, Hans. 1998, p. 216-217.

¹⁹⁶ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 38

¹⁹⁷ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 39.

¹⁹⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Os Passos da Hermenêutica: Da Hermenêutica à Hermenêutica Filosófica, da Hermenêutica Jurídica à Hermenêutica Constitucional e da Hermenêutica Constitucional à Hermenêutica Constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). *Interpretação Constitucional: Reflexões sobre (a nova) Hermenêutica*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 1, p. 92.

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição Norte-Americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15.

²⁰⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2010, p. 64.

²⁰¹ DWORKIN, 1996, p. 11. GYORFI, Tamas. 2013, p. 1.108.

meio da construção teórica do direito como integridade a leitura moral se relaciona diretamente com a ideia de moralidade política e, ainda, com a comunidade de princípios. A integridade, que é uma virtude que se apresenta ao lado da justiça (*justice*) e da equidade (*fairness*), deve direcionar toda e qualquer aplicação da Constituição, uma vez que somente por ela é possível chegar à melhor definição dos princípios morais presentes em um determinado momento histórico²⁰².

“A integridade é, então, compreendida como um ideal aceito de maneira geral e, por isso mesmo, mostra-se como um compromisso de pessoas, ainda que estejam, em desacordo sobre a moral política”²⁰³

O direito como integridade pressupõe uma comunidade de princípios, na qual todos os indivíduos se inserem e pela qual compartilham compreensões acerca da moral e dos fundamentos de convivência entre eles. Além disso, relaciona-se intensamente com a ideia de moralidade política²⁰⁴. A moralidade política proposta por Dworkin implica em correção política, no sentido de que impõe uma responsabilidade àquele que aplica o direito, tendo o intérprete o dever de buscar a melhor definição possível para a prática jurídica dentro de determinada comunidade a partir da sua história institucional. A moralidade política²⁰⁵, desse modo, implica em coerência, mas não uma simples coerência pela coerência, mas o “máximo de coerência que pudermos obter”²⁰⁶.

Então, a leitura moral sobre as mudanças constitucionais respeita as convicções de moralidade política que são compartilhadas pela sociedade. Reflete, assim, tanto o compromisso de preservar igualmente ao máximo as opções morais de cada um quanto o compromisso de aplicar o direito com responsabilidade no dever de buscar a melhor definição dos princípios morais.

Concordamos, portanto, que os princípios morais são intrínsecos ao processo político de mudanças constitucionais, sendo, de igual modo, intrínsecos ao controle de

²⁰² DWORKIN, Ronald. 2007, p. 203.

²⁰³ FERNANDES, 2007, p. 221. FERNANDES, Bernardo Gonçalves; Pedron, Flávio Quinaud . *O Poder Judiciário e(m) Crise*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

²⁰⁴ Moralidade política se distingue profundamente das noções de moral, como fenômeno normativo, e, principalmente, moralismo, como manifestação pessoal e particular de padrões.

²⁰⁵ Dessa forma, é importante que fique clara a distinção que existe entre moralidade pessoal e moralidade política. A primeira expressa o conjunto de opiniões de âmbito particular do ser humano sobre padrões morais de conduta, enquanto a segunda envolve o conjunto de princípios morais que devem ser racionalmente e moralmente justificados perante a sociedade, proporcionando coerência e preservando a equidade e a justiça do sistema jurídico.

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. 2010, p. 229.

constitucionalidade, inclusive de emendas. Surge, no entanto, um questionamento final. Podem os princípios morais ser racionalmente fundamentados por meio de discursos? Fica o convite à leitura do próximo tópico.

3.4. A fundamentação racional em Habermas dos princípios morais no processo discursivo das mudanças constitucionais

Dworkin entende que as decisões devem ser racionalmente fundamentadas também do ponto de vista moral, porquanto os argumentos de princípio são argumentos baseados em convicções morais da comunidade que são preservados pela moralidade política. Nesse ponto, sua posição vai ao encontro de Habermas, uma vez que ambos reconhecem a possibilidade de se fundamentar racionalmente a pretensão de determinado sentido dos princípios morais que se quer sustentar.

A autoridade da decisão sobre a mudança constitucional permeou constantemente a reflexão desse trabalho. Sem embargo, uma ressalva se torna necessária, já que nos remetemos à autoridade de um processo discursivo que exigirá uma fundamentação racional argumentativa, o que nos remete à primeira questão, sobre o que significa a Constituição.

A aplicação da Constituição, no âmbito da hermenêutica constitucional, limitou-se por muito tempo ao debate entre duas correntes, o interpretativismo e o não-interpretativismo. A primeira corrente defende que o significado da Constituição se limita ao sentido expresso ou implícito nas normas constitucionais. A moldura constitucional²⁰⁷ é o – e especificamente “o” e não “um” – limite da atividade interpretativa, ou seja, caso se ultrapassasse essa moldura o princípio democrático estaria violado. Para essa corrente, o momento constituinte é um momento de importância distinta ante a “santificação da Constituição”²⁰⁸ e ante a manifestação do poder constituinte originário de expressão da vontade do legislador que foi legitimado pelo povo. Desse modo, a Corte deveria ter por essa vontade um respeito quase que

²⁰⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Teoria da Interpretação Judicial para além do interpretativismo e do não-interpretativismo. In: *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU*, 2012, Uberlândia. Sistema Jurídico e Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012., 2012. v. 1. p. 236.

²⁰⁸ GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de La constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 138.

incontestável, não ultrapassando os limites textuais da Constituição no controle de constitucionalidade²⁰⁹. A corrente do não-interpretativismo, por outro lado, permitiria à Corte a aplicação de princípios morais que não estivessem expressamente contidos na Constituição. Assim, a Corte teria uma atuação mais real e ampla para uma maior garantia e concretização de direitos²¹⁰.

Percebemos, por esse debate, que já existia como pano de fundo uma preocupação com a legitimidade democrática da autoridade da decisão, que define o sentido das normas constitucionais. No entanto, essas correntes buscam respostas em um “método correto” de se definir o que significa a Constituição.

Ocorre que ambas se equivocam em querer estabelecer um método correto e, assim, desconsideram a dimensão pragmática das mudanças constitucionais. Ao encontro de Habermas, a decisão do controle de constitucionalidade não se limita à dimensão lógico-semântica do seu texto. Pelo contrário, as mudanças devem ser reconstruídas a partir de um processo que integra duas dimensões, “a dimensão lógico-semântica da estrutura dos argumentos e da ligação entre os enunciados, mas também a dimensão pragmática do processo de fundamentação dos mesmos”²¹¹. Exatamente porque se reconhece uma dimensão pragmática, é que a Constituição se mantém constantemente aberta aos influxos comunicativos da participação deliberativa dos cidadãos através da esfera pública.

Aproximamo-nos, então, de Habermas, quando o autor defende a possibilidade de se avaliar racionalmente a moralidade, e, conseqüentemente, a eventual inconstitucionalidade de uma norma de emenda constitucional. O autor propõe o princípio do discurso, que será o princípio pelo qual se tornará possível decidir de forma racional uma questão constitucional de profundo conteúdo moral. Os juízos deônticos formulados levantarão pretensões de validade e de universalidade que serão tensionados argumentativamente.

Nesta perspectiva, a pressuposição de que o sentido dos princípios morais da Constituição não pode ser racionalmente fundamentado configura uma contradição²¹²

²⁰⁹ SCALIA, Antonin. Common Law in a Civil Law system: the role of United States federal courts in interpreting the Constitution and the laws. In: *A matter of interpretation: Federal Courts and the Law* (Ed Amy Gutmann). New Jersey: Princeton, 1997, p. 3-47. p. 25-29.

²¹⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves, 2012, p. 234-253.

²¹¹ HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 297.

²¹² Uma contradição é fruto de duas proposições incompatíveis entre si. Ana afirma para João é surdo desde o acidente de carro que sofreu na infância e, logo depois, afirma que João escutou o último

performativa²¹³. Quando alguém afirma a impossibilidade de serem estes fundamentados racionalmente, levanta, por sua vez, uma pretensão universal que depende da sua própria fundamentação racional, configurando, assim, uma contradição performativa. Todo indivíduo que participa de um discurso ingressa neste por lhe reconhecer o *locus* deliberativo em que pretensões são justificadas de forma racional. Se assim não fosse não participaria do discurso ou, caso participasse, ficaria calado não levantando nenhuma pretensão. Há a premissa de que existe a possibilidade de se convencer o outro com argumentos e fundamentos justificados racionalmente, de forma que o “recurso que temos para fazer valer nossa posição é o convencimento”²¹⁴.

Seja uma afirmação, seja uma refutação, a inserção no discurso pressupõe a possibilidade da construção de uma fundamentação racional que objetiva o entendimento e ainda, mesmo que não seja alcançado, o convencimento. É por meio do agir comunicativo, com seu sentido performativo de construir o que a Constituição significa que a fundamentação racional se torna possível. Habermas acredita no poder do entendimento e do convencimento, acreditando ser possível que aqueles que inicialmente discordavam sobre as razões proferidas sejam racionalmente inclinados a aceitá-las. Assim, adota essa postura cognitivista de que o discurso é o meio que utilizamos para “entendermo-nos com outrem a respeito de algo”²¹⁵.

No mesmo sentido, ocorre com a revisão judicial de emendas. A emenda constitucional tem o sentido ilocucionário de uma norma dotada de constitucionalidade e que, portanto, adquire *status* constitucional. Sua autoridade como norma constitucional deriva do fato de ser faticamente aceita ao ser racionalmente justificada²¹⁶, na perspectiva da legitimidade do processo legislativo democrático. Caso a justificação não seja suficiente poderá ser contestada eventualmente no controle de constitucionalidade. A decisão judicial que revisa a mudança constitucional pelo poder de reforma, deve, então, ser resgatada de modo discursivo pelo uso deliberativo dos

concerto de ópera na cidade. As duas proposições apresentam uma incompatibilidade de forma clara e simples no sentido clássico de contradição. Ou João é surdo por causa do dano que lhe foi causado no acidente de carro ou João não é e escutou o concerto da ópera.

²¹³ Apresenta incompatibilidade entre a proposição que se afirma e os pressupostos necessários para o ato inserido na proposição afirmada. Se Ana afirma para João que não acredita na sua própria existência, constitui essa proposição uma contradição performativa, uma vez que a existência de Ana é um pressuposto para que Ana afirme à João essa proposição. De igual modo ocorre com a fundamentação racional dos princípios morais.

²¹⁴ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, Apresentação, XXIV.

²¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 122.

²¹⁶ HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 223.

argumentos que a fundamentam e que são apresentados na decisão, tanto no âmbito institucional, perante as demais instituições presentes que com ela dialogam, quanto no âmbito não institucional, de apresentação na esfera pública.

A concepção discursiva de democracia propõe uma construção intersubjetiva do processo de reconhecimento da autoridade da Constituição, no qual diferentes sentidos dos princípios morais são tensionados constantemente pelos influxos que compõem o pano de fundo do mundo da vida. O discurso deliberativo da decisão que modifica a Constituição deve, assim, ser cognitivo, ao possibilitar uma fundamentação racional das pretensões levantadas, e ser, ainda, pragmático, quando permite a possibilidade do entendimento e do convencimento²¹⁷. Nesse sentido, é possível que os princípios morais decorrentes das mudanças constitucionais sejam fundamentados e afirmados racionalmente por proposições reconhecidas como moralmente válidas.

Habermas encerra sua proposta teórica com a viabilidade de que no final do processo discursivo exista um consenso. No entanto, mesmo após a deliberação e fundamentação racional da decisão, o discurso poderá não ser suficiente para consolidar um acordo substancial de convencimento e adesão às razões que foram apresentadas. Assim, diante do constante desacordo sobre as pretensões que forem levantadas discursivamente, como definir qual dentre as fundamentações racionais dos princípios morais da Constituição deverá ser reconhecida como moralmente válida?

Nesse ponto, nosso debate busca alcançar planos mais altos em termos de sofisticação para revelar sua outra dimensão, a dimensão institucional, que conecta toda a construção habermasiana sobre o que significa a Constituição, à verificação de a quem deve ser dada a autoridade para reconhecer esse seu significado.

A partir da reflexão sobre as restrições impostas pelos pré-comprometimentos da Constituição, deixamos em aberto o segundo problema moral apresentado pela estratégia de Ulisses. Quem reconhece que o canto das sereias contempla um perigo e uma tentação fatal para Ulisses? Ou, melhor, quem reconhece o sentido da Constituição que fundamentou racionalmente a aplicação dos princípios morais dos pré-comprometimentos? Este segundo problema relaciona-se ao pluralismo inerente às sociedades sobre a identificação do perigo das sereias²¹⁸ e sobre esse refletiremos agora.

²¹⁷ HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 218.

²¹⁸ MARMOR, Andrei. 2007, p. 85.

3.5. A autoridade dos pré-comprometimentos em cheque pela instabilidade do pluralismo diante dos desacordos morais das sociedades modernas

Antigamente, a homogeneidade da sociedade, ou sua aparente homogeneidade, promovia certa estabilidade à instauração da democracia. No entanto, a partir de um crescente movimento de diversidade cultural e moral, ampliaram-se as diferenças entre os cidadãos que constituem o povo, de forma que as relações interpessoais tornaram-se complexas e difusas. Fenômenos como a globalização, o estabelecimento de uma modernidade líquida e a crise do paradigma da ciência com o reconhecimento da falibilidade do conhecimento, cooperaram para a ampliação dessa complexidade.

Devido à globalização, as diversas transformações culturais, políticas, econômicas e morais vivenciadas proporcionaram a emergência de uma sociedade extremamente aberta, com grande capacidade de integrar e desassociar interpretações e opiniões que antes eram consolidadas consensualmente ou que eram tidas como verdades²¹⁹. O fenômeno da globalização, por sua vez, impulsionou a construção de uma modernidade líquida, que em contraposição a uma modernidade sólida tem como característica a fluidez do entendimento, dos valores e das concepções de vida²²⁰.

O desenvolvimento dos indivíduos é complexo assim como o são as relações interpessoais entre eles. Nesse sentido, o ser humano, de acordo com a metáfora da liquidez, apesar de sempre pronto, constantemente muda de forma e continua inacabado. A liquidez reflete, por sua vez, na crise da ciência moderna, de perda de uma certeza em uma verdade absoluta e da crença em respostas fechadas. É o reconhecimento da falibilidade do conhecimento, o qual se torna um processo intersubjetivo de construção de sentidos.

As compreensões de mundo, que anteriormente possuíam uma relativa estabilidade quanto às concepções de bem desses indivíduos e, assim, poderiam conduzir a um consenso sobre princípios morais, sofrem intensos questionamentos. As

²¹⁹FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Globalização, Direito Constitucional, Democracia e sociedade: uma breve reflexão no pano de fundo da modernidade ou da pós-modernidade? Do Estado Nacional ou pós-Nacional? In: *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 56, jan./jun. 2010, p. 64.

²²⁰BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro. Ed: Jorge Zahar, 1999.

convergências existentes se afunilam, de forma que não há mais uma “certeza pré-moderna”²²¹. Desacordos, anteriormente singelos, emergem cada vez mais dos panos de fundo do mundo da vida quebrando a homogeneidade antes fundamentada em princípios de unidade (Deus, ser, natureza).

Todo esse contexto conjectura a construção de um povo plural, que por sua vez torna instável a integração social²²² decorrente do reconhecimento da autoridade do direito como um todo. A identificação da vontade do povo, nesse contexto, não é mais facilmente identificável diante das controvérsias duradouras em matéria constitucional. Como, então, legitimar a autoridade da decisão que altera a Constituição ou, ainda, da decisão que revisa a sua alteração perante tamanha diversidade de formas de vida?

Em Rousseau, a construção da vontade geral pressupunha uma identificação muito forte entre o interesse do próprio indivíduo com o bem comum, no sentido de que ele reconheceria como própria a vontade geral. A partir dessa perspectiva, a constituição do corpo político somente parece funcionar se todos os indivíduos estiverem em perfeita harmonia²²³, como se houvesse uma substituição de razões do interesse individual pelo interesse comum, em uma alta carga de reconhecimento unânime da vontade geral.

Habermas, quando problematiza a homogeneidade da sociedade, observa que quanto mais complexa for a sociedade, maior a intensidade em que se reproduz a diversidade das formas de vida, de modo que os profundos desacordos morais, como propõe Waldron, são intrínsecos às sociedades complexas²²⁴.

Então, como identificar o perigo das sereias diante dos profundos desacordos morais sobre esse perigo e, assim, legitimar a autoridade das restrições dos pré-comprometimentos? Quando diante do pluralismo inerente às sociedades, os pré-comprometimentos são difíceis de serem efetivamente reconhecidos.

Dessa forma, o primeiro problema – do conflito entre as gerações de **A_P** e **B_A** – agrava-se diante do fato de que o julgamento realizado pelo terceiro agente, a Corte, no momento **T₂** é inevitavelmente envolto por controvérsias e repleto de discordâncias sobre quais limites devem restringir tanto **A_P** quanto **B_A**. A teoria sobre os pré-

²²¹ HABERMAS, Jürgen. *Postmetaphysical thinking: philosophical essays*. Cambridge. The MIT Press. 1992, p. 240.

²²² HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 105-109.

²²³ ROUSSEAU, Jean-Jaques. 1978, p. 124.

²²⁴ WALDRON, Jeremy. 1999, p. 266.

comprometimentos sofre o questionamento do seguinte paradoxo da democracia: “cada geração deseja ser livre para obrigar seus sucessores, mas não quer ser obrigada pelos seus predecessores”²²⁵ e, mais, irão razoavelmente divergir a respeito de como serão reconhecidas as obrigações que lhe foram impostas.

O julgamento que ocorre em T_2 possui como pano de fundo a constante tensão entre mundos da vida e o sentido dos princípios morais da Constituição, de modo que inevitavelmente ocorrerão desacordos sobre a fundamentação racional das escolhas das restrições constitucionais que resultam desses princípios abstratos. O caráter de desacordo dos pré-comprometimentos firmados desconstrói o alicerce que sustenta a decisão judicial do controle de constitucionalidade²²⁶ como uma atuação legítima de um terceiro agente que respeita verdadeiramente esses compromissos por seu um fórum diferenciado de argumentação.

Na realidade, não é possível auferir com certeza se houve um real respeito aos compromissos; o que se reconhece é a *predominância da visão do terceiro sujeito* que toma a decisão em T_2 . Entender que a decisão judicial é a decisão dotada de autoridade para fundamentar os princípios morais que decorrem dos compromissos da Constituição, implica em reconhecer que *ela* quem decide e fundamenta o que significa a Constituição. No entanto, reconhecer a ela, Corte, a autoridade de ser o terceiro agente que decide, pode, ao contrário, criar uma *dificuldade* ante a exigência de que a leitura moral considere a moralidade política da *comunidade* como um todo. Acaba-se, na verdade, favorecendo uma *leitura judicial* – não necessariamente conectada com a sociedade – dos princípios morais constantes na Constituição.

A aplicação das restrições, nesse sentido, resultaria no reconhecimento da superioridade de uma fundamentação racional, da *leitura judicial*, em relação às outras, legislativa ou popular, a respeito dos princípios morais da Constituição.

A decisão de se atribuir supremacia à decisão judicial não elide os desacordos que inevitavelmente estarão presentes sobre os próprios pré-comprometimentos assumidos pelo constituinte²²⁷. Esses desacordos reaparecem quando os indivíduos “tentam aplicar esses direitos, independentemente de como tenham sido definidos”²²⁸. “Mesmo homens razoáveis, dotados de boa vontade, discordam quando tentam

²²⁵ ELSTER, Jon. 1992/1993, p. 159.

²²⁶ WALDRON, Jeremy. 1999, p. 266.

²²⁷ WALDRON, Jeremy. 1999, p. 269.

²²⁸ DWORKIN, Ronald. 2010, p. 209.

especificar, por exemplo, os direitos morais²²⁹, o que significa que identificá-los é tomar posição a respeito da melhor interpretação sobre eles²³⁰.

Diante dessa constatação, Waldron afirma que devemos repensar a ideia de pré-comprometimentos. A Constituição deve ser um mecanismo que confere poder ao “povo em uma democracia e permite a ele controlar as fontes do direito”²³¹.

O equívoco quanto aos pré-comprometimentos é que ambos os exemplos utilizados para justificá-lo, do bêbado e do fumante, partem da premissa de que o indivíduo inevitavelmente agirá de forma irracional. Por isso, compromissos são essencialmente limitações, porque o povo precisa necessariamente de tutela. Quando a irracionalidade se torna a regra e não a exceção para a determinação das restrições, percebemos de forma muito clara a *profunda desconfiança sobre a capacidade reflexiva do povo* para tomar decisões diante de desacordos sobre princípios morais. Por essa lógica criaram “um sistema de governo baseado na noção de que o poder legislativo é juridicamente limitado e, em seguida, concederam poder aos tribunais para aplicar tais limites”²³².

A consequência dessa desconfiança, portanto, é a retirada dos princípios morais do debate político de acesso do povo para o fórum de princípios, com o intuito de protegê-lo da irracionalidade resultante do canto das sereias. No entanto, a proposta do autor é que tais restrições sejam vistas com outro olhar, como compromissos com a estruturação da deliberação e não meramente como um modo de frear a atuação do povo, por reconhecer como inferior a sua escolha ou fundamentação racional.

A democracia assume verdadeiramente os desacordos, de modo que a Constituição fortalece a democracia quando não os restringe, mas, ao contrário, promove uma ampla deliberação sobre estes na esfera pública consoante o entendimento de que, também, os “cidadãos comuns e seus representantes têm a autoridade e a

²²⁹ DWORKIN, Ronald. 2010, p. 209.

²³⁰ WALDRON, Jeremy. 1999, p. 271.

²³¹ WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). *Contemporary debates on political philosophy*. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 267-82, p. 279.

²³² GARDBAUM, Stephen. O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luis (Org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 164.

responsabilidade de avaliar a constitucionalidade das leis”²³³. Concordamos com Waldron, portanto, quando ele afirma: “é precisamente porque eu vejo cada pessoa como um potencial agente moral, dotado de dignidade e autonomia, que estou disposto a confiar ao povo o encargo do autogoverno”²³⁴.

Apesar de serem os indivíduos reconhecidos como pessoas moralmente responsáveis, persiste a “desconfiança do indivíduo como ator político responsável”²³⁵. Conferir a um terceiro – como o Judiciário – a possibilidade de decidir, com a palavra final, sobre as questões objeto de desacordos, seria exatamente recusar essa concepção dos cidadãos como agentes morais autônomos (*right-baeres*) e, assim, infelizmente manter a perspectiva limitativa e não inclusiva dos pré-comprometimentos²³⁶.

3.6. CONCLUSÕES PARCIAIS

Delimitamos nesse capítulo que duas são as questões do coração do debate sobre a legitimidade da autoridade da decisão judicial do controle de constitucionalidade. Duas questões completamente interligadas: (Q₁) *o que* a Constituição significa quando da aplicação de suas normas, e (Q₂) *quem* decide o que ela significa.

A partir do crescimento da judicialização da política a atuação da Corte na definição dos princípios morais cresceu consideravelmente, interferindo de forma direta na construção do significado da Constituição. Consequentemente, forte foi a aproximação entre o direito e a moral, de modo que tornou-se necessária uma delimitação mais apurada desses campos.

Os princípios morais são intrínsecos ao processo político de mudanças constitucionais, sendo, de igual modo, intrínsecos ao controle de constitucionalidade, inclusive de emendas. Reconhecida a influencia da moral no direito, identificamos em que sentido existe uma leitura moral da Constituição, a qual interferirá no controle de constitucionalidade. A leitura moral se relaciona diretamente com a ideia de moralidade

²³³ TUSHNET, Mark. *Marbury v. Madison and the Theory of Judicial Supremacy*. In: *Great cases in constitutional law*. Edited by Robert P. George. Princeton University Press. Princeton, New Jersey. 2000, p. 17.

²³⁴ WALDRON, Jeremy. 1999, p. 223.

²³⁵ HÜBNER MENDES, Conrado. 2008a, p. 110.

²³⁶ WALDRON, Jeremy. 1999, p. 264.

política e reflete o compromisso de uma aplicação do direito com responsabilidade, com o dever de se buscar a melhor definição dos princípios morais.

A decisão judicial que revisa a mudança da Constituição se caracterizará por uma racionalidade moral de fundamentação discursiva dos princípios decorrentes da emenda constitucional. A emenda constitucional tem o sentido ilocucionário de uma norma dotada de constitucionalidade e que, portanto, adquire *status* constitucional. Caso sua fundamentação racional não seja suficiente para que se mantenha o reconhecimento de sua constitucionalidade, a emenda será invalidada quando da análise do controle.

A decisão judicial do controle, também, apresenta razões pelas quais reconhece a inconstitucionalidade da emenda. Assim, percebemos um embate entre as pretensões que são levantadas discursivamente na decisão legislativa da emenda e na decisão judicial do controle. Como definir qual dentre as fundamentações racionais dos princípios morais da Constituição deverá ser reconhecida como moralmente válida e dotada de autoridade?

Nesse ponto, retornamos à reflexão dos pré-comprometimentos da Constituição para a reflexão da dimensão institucional, conectando toda a construção habermasiana sobre o que significa a Constituição, **Q₁**, à verificação de a quem, **Q₂**, deve ser dada a autoridade para reconhecer esse seu significado. Quem reconhece o sentido da Constituição que fundamentou racionalmente a aplicação dos princípios morais dos pré-comprometimentos? O controle de constitucionalidade forte de emendas confere a um terceiro – a Corte – a autoridade para decidir sobre essas questões objeto de desacordos.

Assim, nos próximos dois capítulos serão analisados os argumentos a favor e contra o controle de constitucionalidade, do debate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. A compreensão desses argumentos consolida o entendimento de que existem boas e fortes razões para o reconhecimento da autoridade da decisão legislativa. Esperamos demonstrar que o Supremo Tribunal Federal não deveria possuir o tipo de autoridade que ele atualmente detém para declarar a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição.

4. WE DISTRUST PEOPLE’S WILL: *STRONG JUDICIAL REVIEW* E A AUTORIDADE DA DECISÃO JUDICIAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A partir do caso paradigmático de *Marbury v. Madison*, difundiu-se ao longo do mundo a concretização de um modelo de controle de constitucionalidade exercido fortemente pelas Cortes Constitucionais. Reconhecido como “modelo global para a democratização”²³⁷, consolidou o entendimento de que as Cortes são as verdadeiras responsáveis pela defesa e guarda da Constituição. Destaca Rui Barbosa:

“Quem dá às Constituições realidade, não é nem (...) a inteligência que as concebe, nem o pensamento que as estampa: é a magistratura que as defende. (...) Se os juízes brasileiros abdicarem dessa autoridade (a de controlar a constitucionalidade dos atos do Congresso e do Executivo), a Constituição Republicana ruirá lamentavelmente num esboroamento irreparável”²³⁸.

A “lógica da Tese de Marshal”, como ficaram conhecidas as premissas teóricas do controle de constitucionalidade, propõe, como pano de fundo, a existência de uma implausível relação lógica entre *supremacia da Constituição* e *supremacia judicial* que pretendemos contestar nesse capítulo. A partir dessa decisão vem se entendendo erroneamente que a leitura judicial da Corte em relação às mudanças constitucionais prevalece sobre qualquer outra, seja do legislativo, do executivo, ou, ainda, dos atores sociais que incorporam o povo.

A autoridade da Constituição e sua conseqüente superioridade perante as demais leis ordinárias nem sempre foi protegida por uma decisão judicial. Assim, é necessário refletirmos sobre a legitimidade da autoridade da decisão judicial de controle de constitucionalidade e sobre o seu reconhecimento como um mecanismo de defesa da Constituição.

Apesar de termos tanto historicamente quanto doutrinariamente uma dupla paternidade²³⁹ para a construção dos pressupostos teóricos sobre o exercício do controle,

²³⁷ WALDRON, Jeremy. “Judicial review and the conditions of democracy”, *The Journal of Political Philosophy*, nº 4, vol. 6, 1998, p. 335.

²³⁸ BARBOSA, Rui. *A Constituição e os inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, em 31 de março de 1893.

²³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. 2009, p. 199-200.

das conhecidas figuras paternas de Marshall e Kelsen²⁴⁰, o primeiro em relação ao controle de constitucionalidade difuso e o segundo em relação ao controle concentrado, focaremos no contexto americano, por duas razões. Primeiro por ser pioneiro historicamente²⁴¹ na consolidação de um modelo de controle de constitucionalidade e segundo porque propõe, como pano de fundo, a existência de uma relação lógica entre supremacia da Constituição e supremacia judicial.

A decisão *Marbury v. Madison* foi extremamente importante, pois, pela primeira vez uma Corte afirmou sua autoridade para decidir questões constitucionais com fundamento na Constituição. Desse modo, foi uma decisão essencial para a consolidação tanto da supremacia constitucional quanto de que esta supremacia é protegida por meio de uma decisão judicial de controle. Como o próprio Marshall afirmou no julgamento do caso “entre essas alternativas não há meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior e suprema, não sujeita a alteração pelos meios ordinários, ou se encontra no mesmo nível das leis ordinárias, e, como qualquer outra lei, pode ser alterada quando o legislativo bem entender”²⁴².

Assim, revisitaremos as premissas da Tese de Marshall para contrapô-las, inicialmente, às premissas teóricas de Dworkin, uma vez que, apesar de ele não reconhecer essa relação lógica, é um dos grandes defensores do controle de constitucionalidade. Desse modo, nesse capítulo serão apresentados os argumentos desenvolvidos por Dworkin e que são utilizados para justificar a autoridade da decisão do controle de constitucionalidade.

4.1. Quando a autoridade da Constituição advém da decisão judicial das Cortes Constitucionais: revisitando a Tese de Marshall

No ano de 1803, os EUA vivenciaram um momento decisivo da atuação de sua Corte Constitucional. A Corte, em sede de recurso, proferiu uma decisão de extrema

²⁴⁰ KELSEN, Hans. *La garantía constitucional de la constitucion*. Disponível em www.direitodoestado.com.br/bibliotecavirtual/413/.

²⁴¹ Caráter pioneiro do direito norte-americano. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992, p. 46-48.

²⁴² GARDBAUM, Stephen. 2010, p. 160.

importância e que modificou no país a base normativa do direito constitucional²⁴³. O objeto material do caso continha a pretensão individual da nomeação de William Marbury como juiz de paz do Distrito da Colômbia, Estados Unidos; tal pretensão à tutela jurisdicional emergiu em meio a um contexto das mudanças políticas que ocorreriam no Congresso.

John Adams ocupava a cadeira de presidente do Congresso e pelos poderes que lhe foram conferidos nomeou para Secretário de Estado John Marshall, o qual havia, ainda, sido indicado para o cargo de juiz da Suprema Corte. Como Adams vivenciou a derrota de seu partido federalista, perdeu a maioria no Congresso e teve, então, que ceder a sua cadeira de presidente, a qual seria ocupada posteriormente por Thomas Jefferson.

Ocorre que na iminência da perda de sua cadeira de presidente, nomeou Adams rapidamente vários colegas federalistas ao cargo de juízes, conhecidos este como os “midnight judges”²⁴⁴ (juízes da meia noite).

Marshall, ainda secretário, era o responsável pelo envio dos selos de nomeação, sendo que um destes, o selo referente à nomeação de William Marbury, não foi enviado devido à acelerada confusão das inúmeras nomeações sucessivas. Ante a ausência do selo, Marbury teve sua posse inabilitada. Jefferson, já ocupando a presidência e indignado com a prática da nomeação em massa de Adams, ordenou ao seu Secretário de Estado James Madison que não expedisse o documento necessário para a nomeação de Marbury. Em meio a esse quadro de alteração política do Congresso foi instaurado o conflito da ação judicial de Marbury v. Madison.

O primeiro ponto analisado pela Corte foi se Marbury tinha ou não direito à posse para, então, ser nomeado. A resposta foi positiva, sim ele tinha direito. Se havia direito reconhecido era passível a proteção por meio de tutela jurisdicional para que cessasse a violação. O segundo ponto analisado, então, foi se o instrumento utilizado por Marbury era o instrumento processual adequado para garantia desse seu direito. Novamente a resposta foi positiva. Nesse momento que a Corte vislumbrou o grande impasse do caso analisado. Teria ela competência para reconhecer o pedido e, assim,

²⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. 2009, p. 197.

²⁴⁴ ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the founding Fathers: Jefferson, Marshal and the Rise of Presidential Democracy*. Cambridge, Massachusetts, London, England: The Belknap Press of Harvard University Press. 2005, p. 130.

determinar a nomeação? Ou melhor, teria a decisão judicial da Corte autoridade para sobrepor o seu discurso à decisão politico-legislativa?

O *Judiciary Act* de 1789 conferia à Corte essa competência. No entanto, o juiz Marshall interpretou que as atribuições previstas no *Act*, entre as quais a de conferir a nomeação, encontravam-se em desacordo com as atribuições previstas de forma taxativa na Constituição Americana de 1787, uma vez esta em seu texto não previa a possibilidade de revisão de decisões políticas. Diante dessa incompatibilidade, a Corte declarou o *Judiciary Act* de 1789 inconstitucional ante o reconhecimento da *supremacia da Constituição*. Afirmou a decisão que “entre essas alternativas não há meio termo. A Constituição ou é lei superior, lei fundamental, imutável por meios ordinários, ou ela está no mesmo nível dos atos legislativos ordinários, e como outros atos, é alterável quando a legislatura quiser”²⁴⁵.

Percebemos que o fato crucial foi que a decisão da Corte, ao declarar a inconstitucionalidade, atraiu para si a autoridade de não só reavaliar as decisões dos demais poderes como, detectando uma incompatibilidade com a Constituição, declará-las inconstitucionais. Ao atrair essa competência reconheceu à decisão judicial da Corte a autoridade necessária para se sobrepor sobre outras decisões, nesse caso legislativa.

A premissa que atribui às Cortes a autoridade final para a mudança da Constituição²⁴⁶ e que compõe a Lógica da Tese de Marshall²⁴⁷, modificou toda a aplicação do direito constitucional por parte dos tribunais americanos, assim como de todo o mundo quando vários países aderiram a essa tradição.

Santiago Nino reconstrói a estrutura da denomina Lógica da Tese de Marshall a partir de sete premissas. O Judiciário tem o dever de aplicar a lei, **SN₁**, sendo que, caso existam duas leis contraditórias, a aplicação de uma delas exclui a outra **SN₂**. A Constituição é dotada de supremacia, de modo que dela decorrem todas as outras normas **SN₃**, o que implica no reconhecimento da invalidade de normas que contra ela entrarem em conflito **SN₄**. Além disso, sendo a premissa **SN₄** verdadeira, a modificação da Constituição não pode ocorrer pelo mesmo procedimento de modificação de leis

²⁴⁵ “Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it”. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>.

²⁴⁶ FREEMAN, Samuel. 1990, p. 358.

²⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdicional constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2004, p. 31.

ordinárias **SN**₅. Por fim, a lei é limitada pela Constituição **SN**₆ e se a norma não é válida não terá força obrigatória **SN**₇. Conclui, ao final, que se a norma infraconstitucional for contrária à Constituição não é vinculante em relação ao Judiciário (*it is not binding upon the judiciary*)²⁴⁸.

Freeman²⁴⁹, que também reflete a respeito dessa Tese, interpreta-a com sete premissas um pouco diversas. Nenhuma norma contrária à Constituição pode ser válida **F**₁, validade esta que, a partir da separação de poderes **F**₂, será analisada pelo Judiciário, por ser este a autoridade institucional **F**₃. A Constituição é lei fundamental e como tal deve ser protegida **F**₄. A partir da separação dos poderes, então, é a Corte quem definirá o seu sentido **F**₅, declarando a inconstitucionalidade das normas que com a Constituição estiverem em conflito **F**₆, de modo que a Corte possui a autoridade de interpretar a Constituição de forma final **F**₅²⁵⁰.

A Tese Marshall reconheceu de forma clara a supremacia da autoridade da Constituição perante as demais normas, estabelecendo, ainda, que aquelas normas que forem incompatíveis com ela poderão ser extirpadas do ordenamento jurídico. Quando a Corte emitiu uma decisão judicial de forma definitiva, arrogou para si a autoridade de ser o *porta-voz* que protege a Constituição, característica esta que consolidou e fortaleceu o crescimento do denominado mecanismo de controle de constitucionalidade judicial como é percebido atualmente.

Desse modo, consolidou, como pano de fundo, a tese de que haveria uma relação lógica entre supremacia da Constituição e supremacia judicial. A decisão judicial se institucionalizou como a decisão de *autoridade* para garantir a supremacia constitucional. Nesse sentido, “é enfaticamente dever do Judiciário dizer o que é o direito”²⁵¹, uma vez que atua em defesa das normas constitucionais. A defesa de uma relação ontológica foi amplamente abraçada pela doutrina e jurisprudência.

²⁴⁸ NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven & London: Yale University Press. 1996, p. 190.

²⁴⁹ FREEMAN, Samuel. 1990, p. 538.

²⁵⁰ Poderíamos relacionar a premissa (**F**₄) de Freeman a (**SN**₃) de Nino. A premissa (**F**₁) a (**SN**₄). As premissas (**F**₃), (**F**₅), e (**F**₇) à Conclusão de Nino.

²⁵¹ CHEMERINSKY, Erwin. 2006, p. 31

“O controle de constitucionalidade é a garantia sine qua non da imperatividade da Constituição. Onde ele inexistente ou é ineficaz, a Constituição perde no fundo o caráter de norma jurídica, para se tornar um conjunto de meras recomendações”²⁵²

“O direito é uma prudência, no âmbito da qual não se encontra respostas exatas, senão uma multiplicidade de respostas (...). A Constituição diz o que nós, juízes desta Corte, dizemos que ela diz. Nós transformamos em normas o texto escrito da Constituição... Nós, aqui neste Tribunal, nós produzimos as normas que compõem a Constituição do Brasil hoje, agora. Nós é que, em derradeira instância, damos vida à Constituição, vivificamos a Constituição. E ela será do tamanho que a ela atribuímos na amplitude dos nossos juízos”. (ADI 4219/SP, rel. Min Joaquim Barbosa, 7.3.2007).²⁵³

Assim, “nós vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem o que ela é”²⁵⁴. No entanto, Nino, ao analisar a conclusão de Marshall, rejeitou a ideia de que haveria uma “implicação lógica” do controle de constitucionalidade, como se este fosse necessariamente uma resultante da ideia de supremacia da Constituição. Entende o autor que não é verdadeira a pressuposição de que uma norma que é contrária à Constituição não deva necessariamente ser aplicada pelo Judiciário ante o reconhecimento de sua invalidade²⁵⁵. Mesmo se for aceita a tese **SN₃** (supremacia da constituição), não se infere automaticamente daí que as normas contrárias a ela perdem automaticamente a sua validade, como disposto na tese **SN₄**. Na mesma linha de raciocínio, mesmo se for aceita a tese **SN₄** (tese da invalidade das leis inconstitucionais), não há nenhuma inferência lógica entre ela e a tese de que a palavra final sobre a mudança da constituição deve ser dada pelos juízes. Freeman, de igual modo, não reconhece a existência dessa relação lógica entre supremacia constitucional e controle de constitucionalidade e para sustentar seu entendimento desconstrói a conclusão de que a separação dos poderes confere a autoridade final sobre a Constituição ao Judiciário, ou seja, é um “erro interpretar o controle de constitucionalidade como implícito na separação dos poderes”²⁵⁶.

Assim, ao encontro dessas ponderações, refletiremos sobre as seguintes questões: reconhecer a supremacia da Constituição perante as demais normas implica necessariamente reconhecer a supremacia judicial, no sentido de que é a decisão judicial

²⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Inovações no Controle de Constitucionalidade. In: *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, p. 218-245, 2009, p. 219

²⁵³ Voto do Ministro Eros Grau na ADI 4219/SP, rel. Min Joaquim Barbosa, 7.3.2007

²⁵⁴ MICHELMAN, Frank. Living with judicial supremacy. *Wake Forest Law Review*. Vol. 38, Iss, 2, Summer, 2003, p. 579-613. p. 579.

²⁵⁵ NINO, Carlos Santiago. 1996, p. 195.

²⁵⁶ FREEMAN, Samuel. 1990-1991, p. 359.

da Corte que detém autoridade final sobre as mudanças da Constituição? “Por que pensar que a supremacia judicial é a forma correta de entender e interpretar a Constituição?”²⁵⁷

O que realmente estava em jogo no caso *Marbury*, como nos orienta Tushnet, era a reflexão sobre uma *teoria da autoridade judicial*²⁵⁸.

Ao encontro de Nino e Freeman, parece-nos que realmente não há uma relação lógica entre supremacia constitucional e supremacia judicial, com o reconhecimento da autoridade da Corte, uma vez que o controle de constitucionalidade é “analiticamente distinto da supremacia judicial”²⁵⁹. Assim, para que a Tese de Marshall seja totalmente superada, analisaremos essa relação para identificarmos as respostas que construiremos para as questões delimitadas anteriormente, sobre o que a Constituição significa – **Q₁**, e quem decide esse significado – **Q₂**.

Nesse sentido, refletiremos sobre os argumentos de Dworkin, que mesmo sem defender a implausível tese de que haveria uma implicação entre a supremacia da constituição e a supremacia judicial, provê alguns argumentos importantes em defesa do controle de constitucionalidade. Analisaremos seus pressupostos teóricos a fim de analisarmos se eles são fortes o suficiente para estabelecer e manter essa supremacia judicial.

4.2. Dialogando com Dworkin: somente a decisão judicial cumpre as exigências da leitura moral e, por isso, detém autoridade?

Se o conteúdo moral está impregnado na Constituição e nas ações interpostas judicialmente que interferem nas mudanças constitucionais, devemos decidir “quem terá a autoridade suprema para compreender e interpretar”²⁶⁰ os princípios morais da Constituição. Dworkin, ao encontro de nossas inquietações, busca identificar qual decisão que modifica a Constituição deve possuir essa autoridade. Mas a sua perspectiva da leitura moral e do reconhecimento do significado dos princípios morais

²⁵⁷ TUSHNET, Mark. 2000, p. 22.

²⁵⁸ Ibidem, 2000, p. 17.

²⁵⁹ GRIFFIN, Stephen M, 2002, p. 8.

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. 2006, p. 2.

“com base em fundamentos de moralidade política”²⁶¹ de determinada comunidade aparentemente resulta em uma resposta que difere da que objetivamos em nossa reflexão.

A Constituição expressa direitos morais dos indivíduos que são determinados através de um processo discursivo constitucional de profunda correlação com a moralidade política, de forma que “segundo Dworkin, a determinação de direitos jurídicos sem considerar princípios morais não é possível”²⁶².

Inicialmente, importante reconhecer que Dworkin contribuiu de forma decisiva ao aduzir que as decisões políticas devem respeitar princípios, sendo estes princípios morais. O ordenamento jurídico não é composto somente de regras, mas, também, por princípios, os quais são normas dotadas do mesmo *status* de exigibilidade normativa que as regras. Sem embargo, isso não responde à nossa pergunta original. Qual decisão deve ser dotada de autoridade final na mudança constitucional que identifica esses princípios morais da Constituição?

Dworkin entende que os princípios morais serão melhor definidos por juízes, “pois o ideal de prestação jurisdicional é que, na medida do possível, os direitos morais sejam acessíveis nos tribunais”²⁶³. Assim, “a dimensão dos aplicadores é fundamental”²⁶⁴, de forma que a decisão judicial deve ser dotada de autoridade para decidir sobre a mudança da Constituição, sendo, ainda, o controle de constitucionalidade justificado democraticamente ante sua concepção de democracia constitucional.

A concepção de direito de Dworkin é uma concepção complexa de um modelo substancialista que compreende princípios morais que atribuem direitos e deveres e que são reconhecidos conforme a leitura moral da Constituição. Estes princípios morais são reconhecidamente normativos apesar de não estarem previstos expressamente ou positivados no ordenamento jurídico, sendo que o juiz será o responsável para descobri-los quando da exigência do cidadão²⁶⁵.

²⁶¹ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 36

²⁶² MAUS, Ingeborg. *O Direito e a política: Teoria da democracia*. Trad. De Elisete Antoniuk e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 290-291.

²⁶³ DWORKIN, Ronald. 2001, p. 15.

²⁶⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 88, p. 101/102, dez. 2003.

²⁶⁵ DWORKIN, Ronald. 2001, p. 7.

A leitura moral da Constituição é bastante exigente em termos de integridade, como vimos no capítulo anterior. Ela respeita a prática social, a história institucional, e, o mais importante, protege princípios morais²⁶⁶. A decisão judicial de controle de constitucionalidade, então, deve necessariamente ser fundamentada por meio de princípios de moralidade política, de forma que a mudança constitucional revele a sua melhor fundamentação racional discursiva através de argumentos de princípio. Assim, a Corte “assume o encargo de enfrentar tais questões de moralidade política e de isolar esses direitos morais”²⁶⁷. No entanto, quando são impregnados por profundos desacordos, o reconhecimento destes se torna intrinsecamente complexo. Como consequência, teremos “discordâncias sobre a maneira correta pela qual os princípios morais abstratos devem ser reenunciados a fim de tornar o seu sentido mais claro para nós e nos ajudar a aplicá-los a controvérsias políticas concretas”²⁶⁸. Assim, como “Waldron não contesta a teoria da interpretação moral da Constituição de Dworkin”²⁶⁹, precisamos esclarecer que, também, nada temos a objetar à proposta sobre a interpretação dos princípios morais abstratos previstos na Constituição.

Não obstante, Dworkin adota uma divisão de trabalho entre juízes e Cortes constitucionais que talvez possa dificultar a própria leitura moral da constituição que ele propõe, na medida em que atribui aos juízes a prerrogativa de dar a palavra final sobre a identificação do sentido desses princípios morais abstratos da Constituição.

O problema, aqui, não está no fato de Dworkin sustentar que os juízes estariam autorizados a decidir com base no que “eles próprios” consideram a melhor interpretação possível da Constituição, como sustenta Gyorfí, mas no fato de Dworkin presumir que, por integrarem o *fórum de princípio*, eles estariam mais capacitados a decidir sobre os argumentos de princípio do que o legislador, ou ainda, do que o próprio povo.

A interpretação constitucional para Dworkin está ancorada na premissa empírica não demonstrada de que será mais legítima uma decisão judicial dotada de autoridade para dar a última palavra sobre questões constitucionais. São os juízes quem devem “descobrir quais são os direitos das partes”²⁷⁰, ao “decidir o que é direito

²⁶⁶DWORKIN, Ronald. 1996, p. 11.

²⁶⁷MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 40.

²⁶⁸DWORKIN, Ronald. 2006, p. 11.

²⁶⁹MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 29

²⁷⁰DWORKIN, Ronald. 2010, p. 127.

interpretando”²⁷¹. Desse modo, os princípios morais serão reconhecidos quando da interpretação da Constituição na análise do caso judicial. Será a decisão judicial no controle de constitucionalidade que definirá com autoridade a fundamentação do sentido dos princípios morais. No entanto, ao entender que a decisão judicial é a decisão dotada de autoridade, sua resposta à questão de quem diz o que a Constituição significa – **Q₂** –, como veremos, cria uma *dificuldade* para se cumprir a sua exigência de que a leitura moral da Constituição deve tomar em conta a moralidade da *comunidade* como um todo, ou melhor, a moralidade constitucional.

A reflexão que perpassará esse capítulo é se o modelo institucional defendido por Dworkin, que reconhece a autoridade final na decisão judicial, realmente é a única decisão que cumpre com as exigências de seu ideal de leitura moral da Constituição. O modelo que vê a Corte como *fórum de princípio* acaba favorecendo uma *leitura judicial* – não necessariamente conectada com a sociedade – dos princípios morais constantes na moralidade política. Nesse ponto, outro argumento de sua proposta teórica precisa ser explicado, a distinção entre argumentos de princípio (*principles*) e argumentos de política (*policies*).

4.3. A autoridade da decisão judicial sobre questões morais: a autoridade da fundamentação do *fórum de princípio* em Dworkin

Dworkin, partindo da ideia de que a decisão judicial difere da decisão legislativa, percebe uma diferença no âmbito do discurso de cada uma dessas decisões quando da definição dos princípios morais em sede de controle de constitucionalidade. Propõe o autor uma classificação argumentativa que separa argumentos de princípio de argumentos de política. Essa distinção delimita, então, as fronteiras entre a função do juiz e do legislador, ou melhor, do discurso da decisão judicial e do discurso da decisão legislativa.

Os argumentos de princípio se diferem diametralmente dos argumentos de política (*policies*), sendo que esta é uma distinção importante para que haja o reconhecimento da autoridade da decisão judicial para dar a palavra final, uma vez que

²⁷¹ DWORKIN, Ronald. 2007, p.488.

os argumentos de princípio são argumentos baseados em convicções morais e, por respeitarem um direito moral do indivíduo, devem prevalecer. Afirma o autor:

“Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (...) Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”²⁷².

Os argumentos de princípio visam à preservação de direitos individuais decorrentes dos princípios morais, são proposições sobre direitos. Os argumentos de política, no entanto, visam um fim comum coletivo, são proposições sobre objetivos voltados para o bem estar da comunidade²⁷³. Assim, a fundamentação de uma decisão pautada em argumentos de política protege os fins que a comunidade preza como dignos de proteção. Por outro lado, a fundamentação de uma decisão pautada em argumentos de princípios “respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”²⁷⁴; essas decisões, portanto, são fundamentadas em “princípios que justificam a decisão política mostrando que essa respeita um direito moral do indivíduo”²⁷⁵.

A decisão legislativa, então, por basear-se, ao menos em parte, em considerações de política, é produzida em um fórum de concessões, em clara contraposição ao fórum de princípios instituído nas cortes constitucionais. A decisão judicial se fundamenta somente em princípios, e não em políticas. Nesse sentido, no fórum de concessões legislativas nem sempre seriam respeitados os princípios morais dos indivíduos, pois a proteção destes estaria em risco pela possibilidade de serem submetidos a cálculos de custos e benefícios. Por esse motivo, Dworkin reluta em reconhecer à decisão legislativa a autoridade final sobre as mudanças da Constituição.

A separação argumentativa de Dworkin entre argumentos de princípio e política poderia, assim, nos indicar a existência de uma separação do modo *como* o discurso da decisão deve ser construído para a mudança da Constituição, em cada âmbito institucional, em que se definirá o sentido dos princípios morais. No caso da decisão legislativa, prevaleceria um discurso de fundamentação racional de argumentos

²⁷² DWORKIN, Ronald, 2002, p. 36.

²⁷³ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 37

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald, 2002, p. 129.

²⁷⁵ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 36

de política, enquanto no caso da decisão judicial só haveria lugar para um discurso de fundamentação racional de argumentos de princípio. Clara, portanto, em sua proposta de uma distinção de padrões argumentativos.

Portanto, para cada decisão em cada âmbito de suas instituições, judiciário e legislativo, teríamos como válidos tipos de argumentos diferentes. Diante dessa diferença de fundamentação da decisão, quem reconhece o sentido da Constituição e fundamenta racionalmente a aplicação dos princípios morais estabelecidos nos pré-comprometimentos da Constituição é a Corte constitucional.

Quando Dworkin elabora sua teoria da integridade e sua concepção de direito alicerçada na tese dos direitos, o que o autor pretende é exatamente demonstrar que a tese dos direitos exige que os juízes não decidam os casos com base em argumentos de política. Se assim for, está excluído da fundamentação do discurso da decisão judicial qualquer argumento que não for argumento de princípio, impermeabilizando a decisão contra considerações estratégicas e contra interesses políticos majoritários capazes de violar os direitos das minorias. Percebemos que com base nessa separação de diferenciação dos padrões argumentativos que serão dominantes em para cada decisão, que Dworkin justificaria a supremacia judicial no âmbito das mudanças da Constituição.

Concordemos momentaneamente com essa premissa de que a decisão judicial se fundamenta exclusivamente em argumentos de princípio e que este é fundamento da autoridade da decisão, ser a decisão fundamentada racionalmente em princípios. Para que se sustente uma supremacia da decisão judicial nesses moldes, teríamos que comprovar que a decisão legislativa claramente é mais propícia a violar princípios morais que integram a moralidade política de determinada sociedade. Somente se assim for é que tais princípios serão suficientemente protegidos pela decisão proferida no fórum de *princípios*, que é por excelência a Corte.

Além disso, devemos ingadard: existe uma relação lógica entre a Corte e a proteção de princípios morais resguardados por argumentos de princípio?²⁷⁶

Dworkin acredita que a decisão judicial é impermeável contra a influência de componentes estratégicos e compromissos políticos que subordinam direitos morais e argumentos de princípio²⁷⁷. A decisão legislativa apesar de, também, ser fundamentada

²⁷⁶ GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*: n. 6, abril, 1997, p. 63-65.

²⁷⁷ DWORKIN, Ronald. 2007, p. 490.

em argumentos de princípio, não o é com exclusividade, de modo que estes argumentos se misturam com os argumentos de política, prejudicando a prioridade destes sobre aqueles.

A virtude da decisão judicial, assim, é ser fundamentada *apenas* em princípios, na medida em que juízes não fazem – e para Dworkin não deveriam fazer – apreciações com base em argumentos de política. Dessa forma, a decisão judicial proferida no controle de constitucionalidade justificaria a sua autoridade final no modo de fundamentação racional que sustenta a decisão. Ao ser reconhecidamente fundamentada em princípios, protegeria os direitos morais dos indivíduos que tivessem sido subordinados por argumentos de política na decisão legislativa. Os argumentos de princípio, portanto, atuariam como trunfos ante ao choque entre a decisão judicial e decisão legislativa, concedendo autoridade para a supremacia do discurso da decisão judicial. É nesse sentido que Dworkin reconhece que “os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm”²⁷⁸, sendo que os argumentos que os protegem – os argumentos de princípio – revestem-se de prioridade sobre os argumentos de política²⁷⁹.

A decisão judicial, então, não possui outro fundamento de legitimidade democrática que não seja o de sua fundamentação racional, uma argumentação específica que é aquela pautada exclusivamente em princípios. Destaca Dworkin: “o único fundamento de sua legitimidade – o único fundamento – é a disciplina do argumento”²⁸⁰, ou seja, somente pelo discurso do “bom argumento de princípio”²⁸¹ que a decisão judicial poderia se revestir de autoridade. Nesse sentido, nos adverte, ainda, o autor que “devemos abandonar a busca inútil por restrições mecânicas ou semânticas e procurar restrições genuínas no único lugar onde podem ser encontradas: na boa argumentação”²⁸².

A revisão judicial de emendas que interfere diretamente na mudança da Constituição derivaria a sua autoridade, assim, do compromisso argumentativo com princípios morais, sendo uma decisão em que os princípios fundamentais de justiça e

²⁷⁸ DWORKIN, Ronald, 2002.

²⁷⁹ ZURN, Christopher. F. *Deliberative democracy and constitutional review*. In. *Law and Philosophy*, 21, 2002, p. 497.

²⁸⁰ DWORKIN, *A Badly Flawed Election*. New York: New Press. 2002, p. 54.

²⁸¹ MENDES, Conrado Hübner, 2008a, p. 44

²⁸² DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 202

decência são necessariamente respeitados. Sob esse fundamento que a decisão judicial do controle de constitucionalidade prevalece sobre a decisão legislativa, ante a possibilidade da decisão legislativa se fundamentar em outros argumentos. Como o legislativo se sente “juridicamente livre para desconsiderar princípios fundamentais de justiça e decência”²⁸³, não poderia ser reconhecida a essa decisão a autoridade final.

Para complementar essa distinção argumentativa, Dworkin estabelece para o judiciário um modelo ideal de juiz que denomina de Hércules, que é visto como um juiz com capacidades intelectuais ilimitadas e dotado da “responsabilidade de encontrar a melhor resposta possível à luz de uma interpretação construtiva”²⁸⁴. Quando começa a sua explanação sobre a atuação do juiz Hércules, nos fornece o seguinte exemplo. A Constituição de uma comunidade expressamente estipula que não será válida a lei que estabelecer determinada religião. O processo legislativo democrático, por sua vez, promulga uma lei que reconhece como gratuito o transporte de crianças a uma escola católica. A lei institucionalizou a religião católica? Seria, então, incompatível com a Constituição?

Dworkin afirma que “os termos do dispositivo constitucional poderiam corroborar tanto um ponto de vista quanto o outro”²⁸⁵. Se a norma, então, está sujeita “a interpretações conflitantes, então é correto perguntar qual das duas questões possíveis no caso melhor se ajusta aos direitos morais de fundo das partes”²⁸⁶. Nesse sentido, o juiz Hércules diante do caso concreto em que um garoto pleiteia o transporte gratuito deve construir uma teoria constitucional, “uma teoria política completa, que justifique a Constituição como um todo”²⁸⁷. A partir da reconstrução argumentativa dos princípios morais é que Hércules decidirá qual concepção de liberdade religiosa é a mais satisfatória²⁸⁸. Não possui ele a faculdade de “escolher impunemente entre diferentes alternativas igualmente válidas”²⁸⁹, devendo fundamentar racionalmente a sua escolha a partir de uma visão densa de argumentos²⁹⁰.

²⁸³ DWORKIN, Ronald. 2009, p. 172.

²⁸⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese apresentada para o departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008b, p. 35

²⁸⁵ DWORKIN, Ronald, 2002, p. 166.

²⁸⁶ DWORKIN, Ronald, 2001, p. 15.

²⁸⁷ DWORKIN, Ronald, 2002, p. 166.

²⁸⁸ DWORKIN, Ronald, 2002, p. 167.

²⁸⁹ Ibidem, 2002, p. 212.

²⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Translated by William Rehg. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996b.

“Ele (Hércules) deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneçam uma justificação coerente para todos os precedentes e para as provisões constitucionais e legais, na medida em que estas devam ser justificadas por princípios”²⁹¹. Assim, é a argumentação da fundamentação racional da decisão que justifica a autoridade da decisão judicial como final.

Mesmo que inicialmente a fundamentação da criação da norma fosse proveniente de argumentos de política, quando questionada pelo cidadão, o Judiciário passaria a considerar argumentos de princípio para justificá-la. Imaginemos outro exemplo, referente ao caso de leis criadas para subsídios de indústrias. Se um proprietário de determinada indústria mover uma ação judicial para receber esse subsídio previsto em lei, no momento em que esse industrial aduz uma pretensão judicial não serão abordados os argumento de política e sim os argumentos de princípio. Não se discute se a lei deveria ou não existir ou que por “razões políticas, deveria ter sido revogada já há muito tempo”²⁹², e sim que há um direito ao subsídio que deve ser reconhecido ao pleiteante. Nesse sentido, a lei transformou o argumento de política em argumento de princípio²⁹³.

A partir desses casos, o autor conclui sua defesa de que a decisão judicial deve ser fundamentada em argumentos de princípio e não em argumentos de política. O fundamento da autoridade da decisão judicial de controle de constitucionalidade são os argumentos de princípio da moralidade política. Portanto a autoridade está diretamente ligada à argumentação e ao discurso da decisão que define os princípios morais, discurso este que parte da diferenciação exposta.

4.4. Ainda com Dworkin: a concepção constitucional de democracia e a legitimidade democrática da decisão judicial coletiva comunal

Outra concepção decisiva para a defesa da autoridade da decisão judicial do controle de constitucionalidade em Dworkin é a da democracia centrada em direitos (*rights conception*), que o autor denomina de concepção constitucional de democracia. A construção teórica que defende essa concepção percorre um caminho que perpassa

²⁹¹ DWORKIN, Ronald, 2010, p. 116-117.

²⁹² DWORKIN, Ronald, 2002, p. 131.

²⁹³ DWORKIN, Ronald, 2002, p. 131.

três argumentos centrais: a decisão coletiva comunal, a filiação moral à decisão tomada e a noção da Corte como *fórum* apto a preservar o direito com integridade, vinculando-se a argumentos de princípio. A decisão judicial do *fórum* de argumentos de princípio foi analisada anteriormente. Agora nos preocuparemos com os outros dois argumentos.

No início de nossa reflexão afirmamos que democracia significa governo do povo. Mas o que isso verdadeiramente significa?²⁹⁴ Quando nós “dizemos que democracia é o governo do povo, queremos dizer que o povo coletivamente faz as coisas”²⁹⁵. Quando o povo coletivamente faz coisas ele precisa de uma decisão que seja coletiva²⁹⁶ e abstrata para determinar quais são efetivamente essas coisas que ele faz ou pretende fazer. Assim, é necessário que exista uma decisão que determine a ação comum, diante da qual todos os envolvidos que integram o conceito de povo irão pautar o seu agir coletivamente.

Primeiramente, concordamos com Dworkin que o povo age coletivamente e, por isso, precisa de uma decisão coletiva, de modo que a ação da decisão será decidida coletivamente. Para entendermos melhor as bases da decisão coletiva nos valeremos da sua distinção entre duas formas de ação coletiva: a estatística e a comunal.

A ação estatística é aquela caracterizada pela atuação individual de cada cidadão, de modo que seria composta pela soma de ações particulares, semelhantemente ao que expusemos em Rousseau sobre a vontade de todos. Os cidadãos agem de forma apartada, como se não integrassem a comunidade em que se inserem e não reconhecessem os demais cidadãos como membros que igualmente a integram. Na ação comunal pelo contrário o cidadão se associa verdadeiramente à comunidade a ponto de se reconhecer como participante ativo que integra o seu corpo. Na ação comunal, temos que as ações de cada indivíduo não são independentes das demais ações dos outros indivíduos. Pelo contrário, são “ações interconectadas e cooperativas que produzem um resultado desejado por todos”²⁹⁷, se aproximando, em muito, ao que Rousseau pretendeu identificar na constituição da vontade geral.

Ambas são ações coletivas, mas são ações muito distintas entre si. Para clarificar o entendimento, nos apropriamos dos exemplos concedidos pelo próprio Dworkin para demonstrar esses dois tipos de ação.

²⁹⁴ DWORKIN, Ronald. 1996, p. 15.

²⁹⁵ DWORKIN, Ronald. 1996, p. 19.

²⁹⁶ DWORKIN, Ronald. 2006, p. 29.

²⁹⁷ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 54.

A ação da orquestra, em que cada instrumentista atua como parte de um resultado maior, que é a reprodução da peça musical que foi composta pela e para a orquestra²⁹⁸, seria um exemplo de ação coletiva comunal. O músico reconhece que não conseguiria produzir um som tão belo sozinho, porque a execução da peça “pressupõe um agente coletivo especial e distinto”²⁹⁹. A ação comunal “acontece quando indivíduos agem de forma que fundam suas ações separadas num ulterior unificado que, encarado em seu conjunto, é um ato deles”³⁰⁰.

“Se sou membro real de uma comunidade política, o ato dessa comunidade é, num sentido, pertinente, um ato meu, mesmo que eu tenha defendido o contrário e votado contra ele (...) Essa é a única concepção que nos permite pensar que, na qualidade de membros de uma democracia plena, nos governamos a nós mesmos”³⁰¹.

Por outro lado, a atividade de comerciantes na bolsa de investimento de ações no mercado financeiro seria um exemplo de ação estatística, em que temos uma ação coletiva de alteração da bolsa, mas que deriva da conjunção de atos totalmente isolados. Nesta os indivíduos agem sem pensar que agem enquanto grupo. As ações estatísticas são “operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração”³⁰², de modo que expressam a conjunção de interesses particulares.

A concepção de democracia se modifica consideravelmente a depender da concepção de ação coletiva adotada. Quando a ação coletiva é estatística, a decisão política considerada democrática se compõe pela contabilização de cada voto que se manifesta independentemente dos demais. Nesse sentido, a decisão é fruto da escolha dos indivíduos e se consolida pelo somatório dos votos individuais em uma versão fraca da premissa majoritária. Quando a ação for comunal a decisão se consolida pela combinação cooperativa dos indivíduos. Estes se reconhecem como membros que compartilham certos ideais³⁰³ e, assim, agem como ente distinto, o povo.

²⁹⁸ DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*. 1989, p. 326, ou, ainda, DWORKIN, Ronald. 1996, p. 20.

²⁹⁹ DWORKIN, Ronald. 2006, p. 29.

³⁰⁰ Ibidem, 2006, p. 29.

³⁰¹ Ibidem, 2006, p. 35.

³⁰² DWORKIN, Ronald, 2002, p. 133.

³⁰³ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 55.

São duas leituras do que significaria afirmar que a democracia é governo do povo³⁰⁴. A primeira de um governo do povo pautado pela visão fraca da premissa majoritária e a segunda de um governo do povo pautado pela concepção constitucional de democracia, também denominada de *comunal conception* ou *partnership conception*³⁰⁵. Somente por meio da concepção constitucional de democracia é que os indivíduos se filiam moralmente na preservação dos princípios morais substantivos compartilhados, de modo que esses princípios morais substantivos não seriam atendidos pela premissa majoritária da decisão estatística.

Para Dworkin, a decisão comunal é única decisão coletiva capaz de preservar o vínculo moral de pertencimento dos indivíduos que constituem o povo. “Sem essa filiação não há democracia comunal”. A filiação moral, por sua vez, conjuga três subprincípios: os princípios da participação, da igualdade de consideração e da integração. O cidadão tem a garantia de desempenhar um papel de influencia na decisão e, assim, dela participar. O cidadão tem a garantia de que todos possuam o mesmo grau de consideração por cada um, porque todos devem ser reconhecidos como membros iguais. Por fim, o cidadão deve identificar a decisão como sua no sentido de que é responsável por ela, ou seja, a sua participação e reconhecimento como membro integram a sua atuação na decisão de tal forma que se sente por ela responsável.

Assim, a concepção constitucional de democracia reconhece os indivíduos como agentes dotados de capacidade moral lhes reconhecendo, ainda, igual consideração e respeito. Como se sentem como verdadeiros membros vinculam-se à decisão coletiva mesmo que esta não reflita aquilo que almejassem que ela fosse ou mesmo que se manifestassem totalmente contrários a ela³⁰⁶. Por isso, em certa medida, acreditamos na identificação da decisão comunal com o ideal Rousseauiano. A legitimidade democrática da autoridade da decisão comunal tem seu fundamento no próprio indivíduo e no compromisso que ele assume de submeter-se a essa decisão por se sentir a ela moralmente vinculado. Os indivíduos estão comprometidos com o juízo moral segundo o qual devem aderir moralmente à decisão. O fundamento da autoridade é o próprio indivíduo que pela filiação moral se compromete como membro em obedecer à decisão coletiva.

³⁰⁴ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 55.

³⁰⁵ MENDES, Conrado Hübner. 2008b, p. 20.

³⁰⁶ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 57.

Com essas características, então, estaria preservada a autoridade da decisão coletiva.

Uma correlação subjacente a essa distinção de decisões coletivas que pode ser feita é que a decisão judicial seria uma decisão comunal enquanto que a decisão legislativa seria uma decisão estatística. Um dos argumentos que Dworkin levanta contra a autoridade da decisão legislativa é ser essa decisão pautada pelo princípio majoritário, em face do qual se posiciona de forma contrária.

A insuficiência da regra da maioria decorre de dois fatores. Primeiramente, ela não preserva ao indivíduo a filiação moral que é indispensável à decisão coletiva e, em segundo lugar, ela não é um procedimento adequado de tomada de decisão para a definição dos princípios morais dos indivíduos. Conforme destaca o próprio autor “as decisões a respeito dos direitos contra a maioria não são questões que devam, por razões de equidade, ser deixadas a cargo da maioria”³⁰⁷.

A concepção constitucional de democracia conjuga o procedimento (*input*) com o conteúdo (*output*), ou seja, a vinculação moral na tomada de decisão com a preservação dos princípios morais que são compartilhados. A premissa majoritária, por sua vez, insiste que “procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que pelo menos nos assuntos importantes, a decisão a que se chega seja a decisão favorecida pela maioria dos cidadãos ou por muitos deles”³⁰⁸. Assim, como esta premissa determina que a decisão coletiva seja resultado da soma de ações individuais, os cursos de ação que forem nessa decisão definidos são ao final aprovados pela maioria dos cidadãos³⁰⁹, independentemente do resultado.

Dworkin, portanto, rejeita diretamente esse processo de tomada de decisão, posicionamento que envolve o conhecido argumento da “dificuldade contramajoritária”³¹⁰. Afirma o autor que “temos de deixar de lado a premissa majoritária e, com ela, a concepção majoritária de democracia. Ela não é uma concepção coerente de o que é a verdadeira democracia”³¹¹. A dificuldade contramajoritária advém do fato de que quando a decisão judicial do controle de constitucionalidade se sobrepõe à decisão legislativa estaria confrontando a vontade do

³⁰⁷ DWORKIN, Ronald, 2002, p. 222.

³⁰⁸ DWORKIN, Ronald. 2006, p.24

³⁰⁹ Ibidem, 2006. p. 24.

³¹⁰ BICKEL, Alexander. M. *The least dangerous branch*. 1986, p. 16-17.

³¹¹ DWORKIN, Ronald. 2006, p 48.

legislador. Nesse sentido, toda interferência da corte na atuação do legislativo constituiria uma ação desviante da democracia³¹². No entanto, para Dworkin não há que se falar em violação à democracia quando a decisão judicial preserva e garante princípios morais que foram violados na decisão legislativa.

A democracia constitucional tem requisitos morais substantivos que não são garantidos pelo princípio majoritário, mas pela resposta correta sobre direitos fundamentais, sendo que “a aplicação correta desses princípios depende de avaliação moral”³¹³. Barroso e Binbenojm, de igual modo, entendem que a legitimidade da autoridade da decisão do controle de constitucionalidade está na proteção de direitos morais contra a premissa majoritária.

“A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização, de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento da legitimidade da jurisdição constitucional”³¹⁴

“Princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados são na verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático: assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional”³¹⁵.

O procedimento decisório, então, não recebe muito destaque para a legitimidade da decisão. Ao contrário é resposta certa inspirada pelo ideal de igual consideração e respeito que promove a filiação moral dos indivíduos com a comunidade política e fornece autoridade para a decisão. É o sentido da decisão que fundamenta sua autoridade. A Constituição significa a preservação de direitos morais – Q_1 – e estes somente são preservados pela decisão comunal da decisão judicial.

Assim, as decisões tomadas por maioria não têm valor moral intrínseco, por ser este um procedimento que não protege uma concepção ideal de democracia, da democracia constitucional.

³¹² BICKEL, Alexander. 1986, p. 17-18.

³¹³ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 43

³¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p 80.

³¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. 2004, p. 246.

Percebemos que a defesa da autoridade da decisão judicial da Corte reflete uma *desconfiança* em destinar às instituições políticas a interpretação final da Constituição. Destinar a estas a autoridade da decisão final é incompatível com o “pressuposto de um sistema constitucional, ou porque permite que a maioria julgue em causa própria, ou porque se baseiam em um ceticismo sobre os direitos morais, que nem a maioria dos políticos norte-americanos podem adotar de forma consistente”³¹⁶. Mas por que essa desconfiança? Waldron explicita que

“As pessoas convenceram-se de que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e de princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno de questões mais graves e sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter”³¹⁷.

O que a Constituição significa – **Q₁** – antecipa e vincula o desenho institucional, sobre quem define esse significado – **Q₂**. É a fundamentação racional da leitura moral do fórum de princípios em uma decisão coletiva comunal com filiação moral que faz com que a autoridade seja concedida às Cortes. Ante a clara desconfiança de que as instituições políticas não são capazes de definir da melhor forma, como exige a integridade da leitura moral, o significado dos princípios morais da Constituição e, em nosso caso, de emendas, legitimada está a decisão judicial de anular a decisão legislativa.

4.5. CONCLUSÕES PARCIAIS

A construção teórica de Dworkin de sua concepção constitucional de democracia percorre o caminho dos três argumentos apresentados: a decisão coletiva comunal, a filiação moral à decisão tomada e a noção da Corte como *fórum* apto a preservar o direito como integridade com a vinculação a argumentos de princípio. Como a conjunção desses três elementos preserva uma decisão conforme a leitura moral

³¹⁶ DWORKIN, Ronald, 2002, p. 231.

³¹⁷ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 5.

da Constituição, a decisão da corte em matéria de direitos seria uma decisão democrática e dotada de autoridade.

No entanto, seria a decisão legislativa, necessariamente, uma decisão estatística, sem filiação moral e sem aptidão de ser fundamentada em argumentos de princípio? E, mais, seria a decisão do constituinte de reforma que institui uma emenda constitucional necessariamente uma decisão com essas características?

Aparentemente, a leitura moral seria uma exclusividade da decisão judicial, de modo que tanto a decisão legislativa quanto a premissa majoritária não respeitariam esses elementos e, por isso estaria justificada uma desconfiança quanto a essa decisão. A premissa seria que se entende ser menos perigoso confiar a um órgão de juízes a função de conservar os direitos morais do que delegá-la aos cidadãos e seus representantes³¹⁸.

A concepção de democracia constitucional, concepção de uma verdadeira de democracia, conjuga a forma (*input*) com a substância (*output*). Desse modo, desconfia de uma concepção democrática puramente procedimental, de vínculo à premissa majoritária que não preserve os elementos que integram a leitura moral. A autoridade da decisão judicial, então, viria da leitura moral da Constituição e dos seus elementos constitutivos (decisão comunal, dotada de filiação moral que, principalmente, preserva os princípios morais dos indivíduos por ser fundamentada em argumentos de princípio).

Sem embargo, é importante que realizemos a seguinte reflexão. Afirma o autor que “a leitura moral é uma teoria acerca de o que a Constituição significa, e não acerca de quem deve nos dizer o que ela significa”³¹⁹. Nesse sentido, sua proposta teórica estaria mais preocupada com nossa primeira questão, qual a melhor definição sobre o que a Constituição significa – **Q₁**.

Certo é que uma boa decisão será a decisão que puder ser “justificada no interior de uma teoria moral consistente”³²⁰, e que, assim, respeite a leitura moral da Constituição. Quando surgem controversas constitucionais, há que se decidir “*como* o princípio moral abstrato deve ser entendido”³²¹ e, nesse ponto, a leitura moral coloca a

³¹⁸ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 11

³¹⁹ DWORKIN, Ronald. 1996, p. 18.

³²⁰ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 39.

³²¹ DWORKIN, Ronald. 1996, p. 2.

“moralidade política no coração do direito constitucional”³²², ao incorporar na aplicação do direito princípios morais que resultam da moralidade política da comunidade.

Se a norma está sujeita a interpretações distintas importa então descobrir qual delas que melhor se ajusta aos direitos morais dos indivíduos. Assim, a decisão judicial deve fundamentar racionalmente a sua escolha a partir de uma visão densa de argumentos de princípio. Assim, é a argumentação da fundamentação racional do *fórum* de princípio da leitura moral da Constituição que justifica a autoridade da decisão judicial como final.

No entanto, como a moralidade política é profundamente controversa, a integridade da leitura moral da Constituição não necessariamente preserva a certeza da melhor definição sobre princípios morais e que necessariamente os protegerão de determinadas situações, mesmo quando realizada pelo juiz que apresenta as virtudes do juiz Hércules.

“Sem dúvida, nem mesmo a mais escrupulosa atenção à integridade, por parte de todos os juizes de todos os tribunais, irá produzir sentenças judiciais uniformes, assegurar decisões que você aprove ou protegê-lo daquelas que odeia. Nada poderá fazer tal coisa. O ponto central da integridade é o princípio, não a uniformidade: somos governados não por uma lista *ad hoc* de regras detalhadas, mas sim por um ideal, razão pela qual a controvérsia se encontra no cerne de nossa história”³²³

Dworkin reconhece, então, a existência de controvérsia razoável sobre a maneira correta pela qual os princípios morais abstratos serão reenunciados³²⁴, de modo que Hércules deve fundamentar sua escolha e demonstrar qual concepção dos princípios morais é a mais satisfatória. Assim, se a leitura moral eventualmente leva à existência um desacordo razoável sobre a resposta correta para o caso e se o próprio Hércules também ficaria entre essas respostas razoáveis existentes, por que não entregar a leitura moral aos representantes, na decisão do legislador constituinte de reforma, ou até mesmo ao povo? Retomamos a pergunta de Tushnet: “por que pensar que a supremacia judicial é a forma correta de entender e interpretar a Constituição?”³²⁵

Nesse sentido, o reconhecimento da decisão judicial como a decisão de autoridade final na definição dos princípios morais em mudanças constitucionais carece de um esforço argumentativo maior, que a mera aceitação da leitura moral não é capaz

³²² DWORKIN, Ronald. 1996, p. 2.

³²³ Dworkin, Ronald. 2009, p. 204-205.

³²⁴ DWORKIN, Ronald. 2006, p. 11.

³²⁵ TUSHNET, Mark. 2000, p. 22.

de fornecer. Isso se dá principalmente quando se está diante de uma decisão de emenda legitimada pelo constituinte de reforma que recebe pela natureza constituinte que a caracterizou o mesmo *status* de norma constitucional.

Na verdade, reconhecer a Corte como *fórum de princípio* por excelência, de modo a desconsiderar a capacidade do legislador constituinte de reforma de fundamentar a sua decisão com integridade em argumentos de princípios, acabaria favorecendo uma *leitura judicial* dos princípios morais constantes na moralidade política.

Assim como não defendemos a existência de uma relação lógica entre autoridade da Constituição e autoridade da decisão judicial do controle, de igual modo, não defendemos essa supremacia da *leitura judicial*, com base na premissa de que as cortes constitucionais são necessariamente mais qualificadas para decidir questões de princípios. Acreditamos que esse argumento aristocrático não é apto a sustentar que a decisão judicial da Corte deva ser a decisão que necessariamente detém autoridade final sobre as mudanças da Constituição.

“No mundo real, mesmo após a deliberação, as pessoas continuarão a discordar de boa fé sobre o bem comum, e sobre questões de políticas, princípios, justiça, e direitos sobre os quais nós esperamos que em uma legislatura se delibere”³²⁶. Assim, é exatamente por nos depararmos com decisões e interpretações conflitantes que a teoria democrática constitucional precisa ser complementada com uma teoria da autoridade. “Qualquer sistema de governo que torna esses princípios parte do direito deve decidir a interpretação e entendimento de *quem* será dotado de autoridade”³²⁷. “Se não há certeza quanto as respostas morais verdadeiras, o sistema político deve também indicar quem tomará a decisão dotada de autoridade”³²⁸. Nesse ponto, percebemos que sua teoria peca na reflexão sobre a nossa segunda questão, que se refere a quem deve decidir esse significado – Q₂. Com a reflexão dessa segunda questão em mente, abordaremos no próximo capítulo os argumentos de Jeremy Waldron contra o controle de constitucionalidade forte e que, assim, solidificam nossas objeções ao controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, ao menos na forma como ele é realizado no Brasil.

³²⁶ WALDRON, Jeremy. 1999, p. 93.

³²⁷ DWORKIN, Ronald. 1996, p. 2.

³²⁸ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 41

5. WE BELIEVE PEOPLE'S WILL: A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO E A AUTORIDADE DA DECISÃO LEGISLATIVA. *RETHINKING STRONG JUDICIAL REVIEW*

Após revisitarmos as premissas teóricas de Dworkin, o presente capítulo contrabalança a reflexão com a apresentação dos argumentos que reconhecidamente compõem as críticas ao exercício do controle de constitucionalidade pelas Cortes constitucionais. Assim, a partir das considerações de Waldron, autor que se posiciona contra modelos fortes de controle de constitucionalidade ou *judicial review*³²⁹, analisaremos de forma crítica os mais robustos argumentos que este autor emprega contra a jurisdição constitucional, com o fito de verificar em que medida eles podem contribuir para a crítica ao controle da constitucionalidade de emendas realizada no capítulo final

5.1. Dialogando com Waldron, as circunstâncias da política e a autoridade da decisão discursiva legislativa

A defesa que Waldron faz da premissa majoritária como procedimento de tomada de decisão moralmente respeitável é reflexo da sua percepção sobre os profundos desacordos presentes nas sociedades complexas³³⁰. Assim, antes de apresentarmos a justificção moral dessa premissa, precisamos esclarecer alguns dos seus pressupostos teóricos.

O desacordo moral para Waldron é intrínseco às sociedades contemporâneas extremamente plurais. As sociedades contemporâneas são complexas, sendo que há um profundo desacordo sobre os princípios morais que envolvem as questões de direito da Constituição.

³²⁹ Conforme destacamos na introdução para Waldron o controle de constitucionalidade forte é aquele em que as Cortes possuem autoridade para não aplicar uma lei constitucional em um caso particular e modificar os efeitos de uma lei constitucional para tornar a sua aplicação conforme o direito individual. Um controle de constitucionalidade ainda mais forte seria aquele que confere autoridade às Cortes para derrubar uma norma e retirá-la do ordenamento jurídico. WALDRON, Jeremy. 2005-2006, p. 1346

³³⁰ WALDRON, Jeremy. 2002, p. 8.

Transformações culturais, políticas, econômicas e, ainda, morais, contribuíram para a consolidação de uma sociedade aberta e capaz de integrar e dissociar opiniões que antes eram consolidadas aparentemente de forma consensual. Como consequência, um desacordo profundo é esperado diante das relações sociais e jurídicas que envolvem os indivíduos. Assim, vivemos diante da inevitabilidade desses desacordos³³¹ por causa do pluralismo presente na sociedade que, de igual modo, é inevitável, a ponto do “constitucionalismo depender do pluralismo”³³².

A postura filosófica de Waldron difere da de Dworkin porque, enquanto este se preocupa em construir uma teoria da decisão que identifica uma concepção adequada de justiça, que reivindica uma concepção como a “resposta correta”³³³ sem olhar a fundo os desacordos por detrás dessa resposta, aquele olha diretamente para os desacordos para construir seus pressupostos teóricos. O importante é reconhecer os desacordos como ponto nevrálgico para a construção de uma teoria da autoridade de uma decisão coletiva.

Sabemos que há uma importância filosófica em refletir sobre a definição das concepções dos princípios morais – **Q₁**, mas se olharmos por esse ângulo proposto por Waldron é de uma importância ainda maior refletir teoricamente sobre quem realiza a escolha de determinada concepção – **Q₂**. Se o profundo desacordo é a premissa inicial, como definir qual concepção dentre as que se manifestam nesse profundo desacordo é a mais justa? Ou, ainda, como escolher entre as fundamentações racionais apresentadas?

O problema das teorias que defendem um controle de constitucionalidade forte é que elas se limitam a pensar na primeira perspectiva, sem levar a sério os profundos desacordos, e partem da superioridade de uma concepção sobre a outra. Por implicação, em nosso caso, sustentam a superioridade da decisão judicial sobre princípios morais da Constituição sobre a decisão legislativa que, também, define princípios morais da Constituição. A construção teórica da supremacia da decisão judicial no controle de constitucionalidade, nesse sentido, não considera com a devida atenção a seguinte questão: por que devemos admitir que a leitura judicial verdadeiramente protege os direitos morais do indivíduo?

³³¹ WALDRON, Jeremy. 1999, p. 106.

³³² ROSENFELD, Michel. 2003, p. 36. E, mais, afirma Rosenfeld que “O constitucionalismo não faz sentido na ausência de qualquer pluralismo. Em uma comunidade completamente homogênea, com um objetivo coletivo único e sem uma concepção de que o indivíduo tem algum direito legítimo ou interesse distinto daqueles da comunidade como um todo, o constitucionalismo [...] seria supérfluo” (ROSENFELD, 2003, p. 21, nota 13).

³³³ DWORKIN, Ronald. 2001, p. 175.

O mais interessante nesse argumento é que apesar de Waldron não desconhecer a importância das teorias de justiça e da busca pela melhor concepção de justiça, ele realiza uma crítica à supremacia judicial sem ter de se comprometer com um ceticismo moral ou com o relativismo. No mesmo sentido, é nossa postura teórica. Não somos céticos quanto à existência de princípios morais da Constituição, pelo contrário reconhecemos a existência destes, que, para além daqueles expressamente previstos, são reconhecidos a partir da moralidade política da comunidade.

Quanto Waldron reflete sobre a segunda questão, sobre quem realiza a escolha de determinada concepção dos princípios morais – **Q₂** busca refletir sobre o ponto principal de uma teorização sobre a política, que decisões coletivas exercem autoridade sobre todos os indivíduos de determinada comunidade. A partir dessa reflexão nos faz indagar sobre as premissas pelas quais a autoridade dessa decisão será uma autoridade com legitimidade democrática. Afirma o autor:

“(…) dada a inevitabilidade do desacordo (…), uma teoria da justiça e dos direitos deve ser complementada por uma teoria da autoridade. Uma vez que pessoas discordam sobre o que a justiça requer e quais direitos temos, precisamos perguntar: quem deve ter poder para tomar decisões (…)? Saber o que conta como uma boa decisão é uma questão que não desaparece no momento em que respondemos à questão “quem decide?”. Pelo contrário, a função de uma teoria da justiça e dos direitos é aconselhar seja lá quem for identificado (pela teoria da autoridade) como a pessoa para tomar a decisão”³³⁴.

Nossa proposta de teoria da autoridade é desenvolver as premissas necessárias para reconhecer quem – **Q₂** emite as decisões coletivas sobre a definição – **Q₁** dos princípios morais da Constituição diante da inafastabilidade dos *profundos desacordos*, uma vez que essa decisão exerce papel central³³⁵ para manter a integração dos indivíduos que continuaram a discordar mesmo depois que a decisão coletiva defina determinada interpretação como a devida. “Sem dúvida nenhuma, é inevitável que alguma instância do governo tenha a última palavra sobre que leis serão efetivamente implementadas”³³⁶. Assim, sem nenhuma dúvida precisamos refletir sobre quem detém essa palavra e exerce, portanto, autoridade.

³³⁴ WALDRON, Jeremy, 1993, p. 32.

³³⁵ WALDRON, Jeremy, 1999, p. 7.

³³⁶ DWORKIN, Ronald, 2010, p. 286.

Como o próprio Dworkin reconhece “os membros da comunidade têm diferentes concepções de justiça (fairness)”³³⁷, e, assim, necessariamente irão divergir sobre a definição dos princípios morais decorrentes da Constituição. O profundo desacordo, então, determina desse modo como pensamos sobre os princípios morais da Constituição³³⁸. No entanto, mesmo diante desses desacordos, “a maioria das questões de direito precisa ser resolvida”³³⁹. Precisamos de soluções, não porque temos o intuito de extirpar e solucionar de forma definitiva os conflitos, uma vez que isso não é sequer possível em sociedades complexas e plurais. Precisamos de soluções porque o direito, ao se impor normativamente, precisa definir a base de ação comum necessária que deve ser seguida como norma de agir. “A necessidade de conciliação não faz evaporar o fato de existirem discordâncias; antes, significa que uma base comum para ação precisa ser forjada diante de nossas discordância”³⁴⁰.

Acreditamos, portanto, na persistência e durabilidade desses desacordos, os quais são intrínsecos à interpretação das normas constitucionais. Mas, mesmo diante da inafastabilidade desses desacordos, precisamos agir coletivamente, precisamos de uma decisão coletiva. Günther diria ser essa a “necessidade fática de decidir”³⁴¹.

No entanto, as questões de direito e justiça não são fáceis de lidar e muito menos de decidir, sendo que, de igual modo, não será fácil a definição do sentido dos princípios morais quando diante de mudanças constitucionais, seja por uma decisão legislativa, seja por uma decisão judicial.

A necessidade de definirmos a ação comum a ser tomada mesmo diante do reconhecimento das controvérsias sobre direitos deve, então, ser reconhecida. Estabelecer em uma decisão coletiva as bases que definem as normas de *dever ser* que serão exigidas como discursos de justificação perante todos se torna uma premissa indispensável para o desenvolvimento de qualquer sociedade. Assim, reconhecemos a exigência de definirmos uma ação comum mesmo diante das controvérsias sobre direitos.

³³⁷ DWORKIN, Ronald, 2002, p. 212.

³³⁸ WALDRON, Jeremy, 2003, p. 43.

³³⁹ WALDRON, Jeremy, 2005-2006, p. 1369.

³⁴⁰ Ibidem, 2005-2006, p. 1370.

³⁴¹ GUNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para una teoria de La argumentación jurídica. Trad. Juan Velasco Arroyo. *Doxa (Cuaderno de Filosofía Del Derecho)*. Alicante: n. 17-18, 1995, p. 296-297.

São esses, portanto, os dois grandes elementos que constituem as “circunstâncias da política”³⁴², que parecem caracterizar todas as sociedades democráticas do nosso tempo: a necessidade de uma *decisão comum* para definir o curso de ação sobre algum assunto (1), e (2) o profundo *desacordo razoável* existente sobre o que essa decisão ou ação deva realmente ser.

Um ponto que merece atenção é que a questão central não é a persistência desses profundos desacordos na sociedade, mas a noção de que uma decisão coletiva sobre eles é imprescindível. Waldron complementa que é melhor termos uma decisão coletiva controversa do que não termos nenhuma³⁴³.

As divergências razoáveis, tal como explicado, são inevitáveis. Não é natural pensar que pessoas em uma sociedade tão complexa não discordem razoavelmente sobre vários assuntos³⁴⁴. Pessoas de boa fé constantemente opõem as suas opiniões e valores perante os outros, mesmo após a deliberação³⁴⁵, uma vez que “para que o direito possa reclamar autoridade, aqueles que participam de sua construção devem fazer o melhor de boa fé”³⁴⁶.

Nesse sentido, se os indivíduos discordam sobre vários assuntos, naturalmente irão discordar sobre questões políticas substanciais que envolvem a interpretação dos princípios morais da Constituição, tornando-se mais difícil ainda a decisão coletiva para que ajam em conjunto.

Por isso, uma vez que é inegável que existe grande dificuldade em se estabelecer as bases da ação sobre as quais as pessoas irão agir em conjunto, sendo ainda mais difícil que o estabelecimento dessas bases se realize por um acordo sobre os desacordos, as circunstâncias da política clarificam e demonstram a importância da necessidade do estabelecimento de uma política específica por uma decisão coletiva, apesar da existência de todas essas divergências.

A necessidade da decisão coletiva para estabelecimento da ação comum decorre da conclusão de que é melhor ter uma decisão coletiva do que não se ter nenhuma. Inclusive, acreditamos não ser possível manter a sociedade integrada sem que ao menos exista uma decisão coletiva. O direito, como nos ensina Habermas, possui a

³⁴² WALDRON, Jeremy, 1999, p. 102.

³⁴³ Ibidem, 1999, p. 106.

³⁴⁴ Ibidem, 1999, p. 225.

³⁴⁵ Ibidem, 1999, p. 112.

³⁴⁶ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 85.

função de promover a integração social dos indivíduos; assim, não há como continuarmos concordando em constantemente discordar sobre tudo³⁴⁷, principalmente sobre a questão dos fundamentos da interpretação dos princípios morais.

Mas não é qualquer decisão coletiva que será capaz de manter essa função de integrar todos os indivíduos, principalmente aqueles que se submeteram a uma decisão coletiva que determine normas de ação contrárias às que determinaria como normas de ação para si próprio.

As instituições devem ser desenhadas de modo que permitam o estabelecimento de decisões coletivas para a definição sobre esses profundos desacordos. No entanto, a premissa sobre a qual essa decisão coletiva deve ser normativamente construída é a da exigência de que seja uma decisão que preserve a cada indivíduo igual consideração e respeito, ou seja, que essa decisão coletiva seja possível e, ainda, atribua autoridade ao procedimento pelo qual essa decisão é tomada. Este procedimento, para viabilizar essas exigências de igual respeito e consideração, deve ter algumas características, uma vez que “os direitos, em outras palavras, não são uma exceção à necessidade geral de autoridade na política”³⁴⁸.

Por isso que Habermas afirma que “em coisas práticas, apesar do dissenso permanente, é preciso que se decida; mas as decisões devem ser tomadas de tal modo que elas possam valer como sendo legítimas”³⁴⁹.

5.2. O barco está prestes a virar: uma justificação moral da premissa majoritária

Tradicionalmente o argumento que recorrentemente reivindica a autoridade do controle jurisdicional de constitucionalidade é o de que “a democracia exigiria a proteção de seus direitos constitutivos, como salvaguarda às decisões majoritárias”³⁵⁰, no sentido de que a Corte seria a protetora dos “direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria”³⁵¹.

³⁴⁷ WALDRON, Jeremy. 2002, p. 6.

³⁴⁸ WALDRON, Jeremy. 2004, 243/244

³⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. 2002b, p. 326.

³⁵⁰ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 10.

³⁵¹ DWORKIN, Ronald, 2002, p. 209.

Waldron, diante dessa reivindicação, reconstrói a premissa majoritária, tão frequentemente utilizada para justificar democraticamente a autoridade da decisão judicial, quando problematiza em que sentido as maiorias desrespeitam e/ou desconsideram os direitos das minorias. Parece que existiria uma relação entre a premissa majoritária e a tirania da maioria, a qual o autor pretende desconstruir. A premissa majoritária não nega a exigência normativa de se respeitar e garantir direitos. Nesse sentido, “a teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias”³⁵². Além disso, “toda maioria política, obtida eleitoralmente, é tão transitória como qualquer processo eleitoral. A maioria de hoje não é necessariamente a maioria de amanhã”; são “maiorias mutáveis, que regularmente se manifestam”³⁵³.

Quando as minorias são vencidas no discurso deliberativo que compõe a decisão legislativa sobre o que a Constituição significa, não necessariamente tiveram seus direitos violados, ou seja, não há uma violação de direitos fundamentais pelos simples fato de que foram vencidas e que, portanto, possuem discursos de fundamentação racional em uma posição de dissidência. O argumento que sustenta a legitimidade democrática da autoridade do controle de constitucionalidade com base no receio de que a decisão legislativa seja, na verdade, uma imposição da tirania da maioria desconsidera, ou melhor, não reconhece com profundidade a complexidade dos desacordos morais.

Se é natural entrarmos em desacordo, é necessário que exista um procedimento para que cheguemos a uma decisão coletiva sobre esses desacordos, o qual deve ser regido pelo princípio da igualdade política³⁵⁴. Vimos que Dworkin rejeita a premissa majoritária, e que o controle de constitucionalidade poderia justificar a autoridade da decisão judicial caso fosse uma decisão que protegesse as minorias que tiverem seus direitos morais violados. A segurança da minoria seria a supremacia da decisão judicial em sede de controle de constitucionalidade, a qual define com autoridade final a interpretação da Constituição. Essa defesa da supremacia judicial dá azo a uma série de reflexões críticas.

³⁵² DWORKIN, Ronald, 2002, p. 208.

³⁵³ ROSENFELD, Denis. Democracia e liberdade de escolha. *Revista Opinião Filosófica*. N. 01, v. 01, ano de 2010, p.20.

³⁵⁴ WALDRON, Jeremy. *Can there be a democratic jurisprudence?* HeinOnline, 2008-2009. Disponível em: <http://heinonline.org>, p. 680.

Como primeira reflexão, poderíamos indagar: em que sentido podemos falar em tirania da maioria? Se entendermos que a tirania se institui quando direitos são negados, sempre teremos tirania, uma vez que como sempre estão em jogo desacordos sobre direitos, eventualmente alguns deles serão limitados ou até mesmo negados³⁵⁵. Como segunda reflexão, temos a seguinte pergunta: a tirania de uma decisão coletiva é instituída por ter sido esta decisão imposta pela maioria? Novamente, Waldron acredita que não, pois não há como inferir logicamente que a decisão majoritária é uma decisão tirânica; pelo contrário, foi uma decisão que não excluiu tiranicamente os indivíduos de participarem como livres e iguais.

Para compreendermos melhor temos que analisar o que significa ter a minoria “perdida” no discurso da decisão coletiva. Não há nada tirânico no fato de que sempre existirão minorias vencidas no discurso deliberativo da decisão, uma vez que o discurso da minoria foi preservado como qualquer outro discurso. Assim, essa contraposição entre minorias e majorias faz parte do próprio jogo democrático, sendo que estas se renovam continuamente.

A filiação moral ao procedimento majoritário, também, parte da concepção de que os membros da comunidade levam os outros interesses a sério. Como próprio Dworkin afirma, os procedimentos democráticos só são legítimos se as pessoas respeitarem os direitos umas das outras. Levar a sério o direito umas das outras pode ter dois sentidos. De acordo com o primeiro sentido, somente são legítimos quando as pessoas interpretam corretamente e agem conforme a visão correta ou substancial dos direitos uns dos outros (o que se aproximaria da tese da decisão correta³⁵⁶). Para o segundo, por sua vez, somente são legítimos quando levam a sério a discordância entre os direitos e de boa-fé tentam descobrir quais são os princípios morais. Ao encontro de Waldron, acreditamos que a primeira proposta é, na maioria das vezes, inconclusiva e enxergamos na segunda a mais bem sucedida legitimidade democrática da autoridade da decisão.

O procedimento majoritário não é simples técnica de contagem de votos, mas pode ser reconhecido como moralmente aceitável, sendo esta uma maioria substancialmente qualificada³⁵⁷. Assim, esse procedimento seria moralmente aceitável

³⁵⁵ WALDRON, Jeremy, 2005-2006, p.1395.

³⁵⁶ DWORKIN, Ronald. 2001, p. 175.

³⁵⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2015, p. 19.

por respeitar os indivíduos em dois sentidos³⁵⁸. Primeiro porque não desconsidera ou desvaloriza os profundos desacordos sobre os princípios morais da Constituição, de modo que não há necessidade de se desconsiderar a opinião de alguém em prol da importância de um suposto consenso. Segundo, a decisão coletiva pautada nesse procedimento, além de ser realizada ante as circunstâncias da política, apresenta o princípio de igual consideração e respeito a cada indivíduo como intrínseco ao próprio procedimento, já que seria um procedimento justo (fair) por considerar de forma igual o discurso de cada um na formação da vontade coletiva³⁵⁹.

É importante que fique claro que Waldron não sustenta que o princípio de igual respeito e consideração exige inexoravelmente a premissa majoritária. Mas, como precisamos de uma decisão coletiva e esta decisão coletiva que define o curso de ação deve ser livre em relação à substância desse curso de ação, já que estamos diante do dissenso, seria o procedimento majoritário o que mais respeitaria os constantes desacordos³⁶⁰.

A premissa majoritária, portanto, não se sustenta por si só como mera técnica de contagem de votos individuais para conferir autoridade à decisão coletiva. Essa é uma visão fraca da premissa. Entendemos a premissa majoritária em uma visão de forte respeito e consideração com os direitos dos demais indivíduos, de forma que, diante da necessidade da ação comum e da urgência dessa decisão coletiva, que por nós deve ser realizada, a decisão majoritária seria a que melhor poderia estabelecer um curso comum de ação e, ao mesmo tempo, respeitar os princípios morais de igual respeito e consideração³⁶¹.

Portanto, se assim for, se partimos dessas considerações, a decisão coletiva pautada pela premissa majoritária pode prevalecer com autoridade, pois seria outra forma de decisão comunal e não estatística, uma vez que os indivíduos se reconhecem e cooperam de boa-fé na decisão final, inclusive resguardando a filiação moral das minorias vencidas, quando a decisão é tomada por procedimentos que respeitam os seus direitos.

Sem embargo, precisamos, sim, nos preocupar com eventual forma de tirania da maioria, que pela decisão coletiva se equivoca e efetivamente desconsidera por

³⁵⁸ WALDRON, Jeremy, 1999, p. 109.

³⁵⁹ WALDRON, Jeremy, 1999, p. 114.

³⁶⁰ WALDRON, Jeremy, 1999, p. 116.

³⁶¹ *Ibidem*, 1999, p. 118.

completo os direitos de minorias. Nesse ponto Waldron e Dworkin constroem suas propostas teóricas em um diálogo sobre um exemplo hipotético de um grupo de náufragos em um bote salva vidas. O exemplo hipotético imagina que temos um bote salva vidas, mas o mesmo está afundando de modo que é preciso jogar um dos indivíduos ao mar para que os demais possam sobreviver. Dworkin percebe que nessa situação pela aplicação da premissa majoritária poderia ser jogado ao mar o menos popular entre os seus integrantes, ou seja, aquele indivíduo que, em minoria, é claramente identificado como odiado.

A reflexão sobre esse embate filosófico constantemente permeia nossos pensamentos. Imaginemos exemplo o caso dos exploradores da caverna, elaborado por Lon L. Fuller, que é comumente estudado nos primeiros períodos do curso de graduação em Direito. O livro narra a situação em que cinco escavadores de caverna, por uma fatalidade, são soterrados em uma expedição, sendo que um deles acaba sendo sacrificado pela sobrevivência dos demais³⁶². No mesmo sentido, no bote, uma minoria é completamente prejudicada.

A reflexão de Dworkin é que nem sempre a premissa majoritária seria justa quando o procedimento em si já determinasse um resultado e esse resultado suprimisse por completo a minoria, como nos casos citados. A grande questão que deve ficar clara a partir desses dois exemplos é a profunda e grave violação de direitos das minorias e, nesses casos, pelo menos, o princípio majoritário se mostra incapaz de prover uma decisão justa e dotada de igual respeito e consideração. Além disso, relevante observar que são situações emergenciais em que a vida dos indivíduos se encontra em risco latente, não sendo, portanto, uma situação de normalidade para a tomada de decisão.

É possível, nesse caso, pensar na possibilidade de que o princípio majoritário não seja sempre justo (fair) como Waldron o tentou construir. Mas, para que isso ocorra, visualizamos que o princípio de igual consideração e respeito a cada indivíduo não foi respeitado como elemento intrínseco ao próprio procedimento, de modo que será essa uma decisão manifestamente equivocada, tanto quanto ao resultado quanto ao próprio meio. Nesse sentido, Dworkin tem razão ao reconhecer que eventualmente a decisão coletiva estará suscetível a erro, e é possível imaginar ao menos algumas situações em que o princípio majoritário não seja intrinsecamente justo e respeitoso.

³⁶² FULLER, Lon. *O Caso dos Exploradores de Cavernas*. Tradução de Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

Não obstante, para substituí-lo por um processo de decisão alternativo, devem ser estes erros facilmente perceptíveis, como ocorre nas situações limítrofes desses dois exemplos.

Ao encontro de Thayer, somente diante de um erro extremamente claro (*clear mistake*), que dispensa qualquer questionamento racional para o percebermos, é que a atuação corretiva do controle de constitucionalidade se torna necessária, ou seja, “só se pode desconsiderar a Lei quando aqueles que têm o direito de fazê-la não apenas cometeram um erro, mas cometeram um erro muito claro – tão claro que não está aberto a qualquer pergunta racional”³⁶³. Esse raciocínio de Thayer nos levaria a admitir a legitimidade o controle de constitucionalidade apenas nos casos de inexistência de desacordos razoáveis sobre a inadmissibilidade da decisão legislativa em consideração.

Nesse ponto, reconhecemos que o controle de constitucionalidade pode exercer um importante papel diante de graves e drásticas patologias legislativas; no entanto, esse argumento não é suficiente para justificar a autoridade da decisão judicial como um todo por não abordar o problema central³⁶⁴ da sua legitimidade democrática, principalmente do controle de Emendas Constitucionais. Seria, ao contrário, um argumento para justificar a excepcionalidade da atuação do controle de constitucionalidade, ou, para justificar um controle frágil de constitucionalidade, na medida em que este poderia atuar excepcionalmente nos casos de erros extremamente claros ou casos de graves violações de minorias como nos exemplos citados.

Relevante destacar que quando Waldron questiona “como podem estar seguros direitos que estão à mercê de uma decisão majoritária?”³⁶⁵, argumenta o autor que o processo majoritário pode ser, ainda, complexo e trabalhoso, com mecanismos que dificultariam, de várias maneiras e por determinado tempo, a revisitação ou a possibilidade de violação de princípios morais que tivessem sido estabelecidos anteriormente, principalmente para que erros tão claros sejam evitados. Seriam estes mecanismos denominados de mecanismos de desaceleração (*slowing-down devices*)³⁶⁶ e que, assim, seriam importantes para inviabilizar tiranias reais em situações limítrofes que desconsiderariam por completo os direitos de minorias. Assim, percebermos ser

³⁶³ THAYER, James B. *The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law*. Cambridge. HeinOnline, 1893-1894. Disponível em: <http://heinonline.org>.

³⁶⁴ Ibidem, p. 1398.

³⁶⁵ WALDRON, Jeremy. 1999, p. 303.

³⁶⁶ WALDRON, Jeremy. 1999, p. 306.

possível uma justificação moral para o princípio majoritário, ao menos em casos em que não há um “erro evidente” (*clear mistake*) do legislador,

Ademais, os defensores da supremacia da decisão judicial devem lidar ainda com o problema de que o próprio processo de deliberação no interior das cortes constitucionais não consegue oferecer nada melhor do que o próprio princípio majoritário para superar as controvérsias entre os próprios juízes. A própria decisão judicial também se utiliza da regra da maioria ao final do seu processo deliberativo para a definição dos princípios morais. Desse modo, a decisão judicial também encerra o processo interpretativo da Constituição com a aplicação da premissa majoritária. Como ocorre no Supremo Tribunal Federal, a decisão de 6 (seis) ministros definiu o sentido dos princípios morais no caso *sub judice* em prol da definição manifestada pelos demais 5 (cinco) ministros. Nesse sentido, se existem críticas à arbitrariedade da premissa majoritária, e possibilidade de uma tirania da maioria, seriam estas igualmente direcionadas tanto para a decisão legislativa quanto para a decisão judicial.

5.3. Quando a essência do controle de constitucionalidade não justifica a legitimidade democrática da autoridade da decisão judicial

Waldron, em um de seus escritos, afirma que precisamos reconstruir as premissas sobre as quais o controle de constitucionalidade se fundamenta³⁶⁷ e identificar qual seria o núcleo do argumento contra ele ou, em nossa visão, o núcleo do argumento que desconstrói a autoridade da decisão judicial que se sobrepõe discursivamente sobre a decisão legislativa. Para o autor o núcleo central é que o argumento tem que ser puro, independentemente das manifestações históricas sobre a ocorrência de um controle benéfico ou maléfico. Precisamos avaliar a normatividade do argumento para identificar o que o controle de constitucionalidade realmente é e se realmente detém legitimidade para ser a decisão judicial dotada de autoridade final.

Dois seriam, então, os argumentos centrais em face dos quais a autoridade da decisão judicial não se sustentaria. Em primeiro lugar, a decisão judicial seria “uma”, e não a única, decisão dotada de integridade, uma vez que não só esta enfoca verdadeiramente “as questões reais em jogo quando cidadãos discordam sobre

³⁶⁷ WALDRON, Jeremy. 2005-2006, p. 1351.

direitos³⁶⁸. No contexto de desacordos razoáveis sobre os direitos fundamentais, é muito pouco provável sustentar a existência de uma única resposta correta acessível a todos e capaz de prover uma resposta coerente e fundada em razões dotadas de integridade – **Q₁**. Em segundo lugar, a decisão judicial, mesmo se fundada em uma interpretação razoável, é *politicamente ilegítima*, pois não privilegia valores democráticos como os da representação, do *accountability*, da igualdade política e do exercício da autonomia política, uma vez que um grupo de juízes não eleitos e não imputáveis de responsabilização privam dos cidadãos a prerrogativa de eles próprios decidirem sobre essas questões reais em jogo – **Q₂**

O primeiro argumento central em defesa da decisão judicial em sede de controle de constitucionalidade é de que seria essa a decisão que preserva e garante a melhor interpretação sobre princípios morais. O argumento da proteção dos princípios morais se relaciona às razões relacionadas a resultados para que a decisão coletiva possua *autoridade*. O discurso da decisão é institucionalizado de modo a garantir determinado resultado, uma decisão boa, justa ou certa³⁶⁹, ou seja, uma decisão em que há uma clara responsabilidade com os direitos morais dos indivíduos. A preocupação, portanto, é com o resultado da não violação a direitos morais, de forma que a defesa central da decisão judicial e das Cortes é ser uma defesa dos direitos fundamentais (fórum de *princípios*).

Os resultados são sim importantes, de modo que não os podemos desconsiderar por completo. Não obstante, argumentos fundados apenas nos resultados são, muitas vezes, inconclusivos. Ademais, existem outras razões tão importantes quanto estas, que Waldron denomina de razões relacionadas a procedimentos (*process-related reasons*). Ao contrário das razões de resultado (*outcome-related reasons*), as razões relacionadas a procedimentos se preocupam com a participação do indivíduo na construção e interpretação da Constituição quando da decisão coletiva, uma participação política substancial de igualdade política.

O centro do argumento de Waldron é que seja por razões de resultado, seja por razões relacionadas a procedimentos a decisão do controle de constitucionalidade não possuiria autoridade. Normalmente as razões de resultado fundamentam a decisão judicial enquanto que as razões de procedimentos fundamentam a decisão legislativa,

³⁶⁸ WALDRON, Jeremy. 2005-2006, p. 1351.

³⁶⁹ WALDRON, Jeremy. 2005-2006, p. 1353.

mas Waldron propõe a quebra dessa dicotomia, ao argumentar que independentemente das razões a decisão legislativa será a decisão com autoridade.

Os princípios morais preservam direitos aos indivíduos, direitos estes que devem ser reconhecidos e protegidos. A pressuposição de que a decisão judicial envolve o discurso que lida melhor com a reivindicação desses direitos dialoga com a diferenciação de argumentos que vimos em Dworkin, que o leva a sustentar que a decisão judicial constitui o *fórum* adequado para reivindicações de direitos por se fundamentar apenas em argumentos de princípios. A pressuposição é de que é o melhor *fórum* para garantia desses princípios por ser um fórum de magistrados, como se estes fossem agentes moralmente capazes em maior grau do que os demais indivíduos, legisladores ou o próprio povo.

Poderíamos pensar na desmitificação que, segundo Hart, Bentham realiza sobre a teoria do direito³⁷⁰. Com efeito, Bentham se insurge contra dois mitos presentes no conhecimento jurídico convencional no seu tempo: o mito da linguagem incompreensível dos juristas e a o mito da aparência de serem estes – principalmente os juízes – maiores do que verdadeiramente são. Assim, a Corte é percebida como um oráculo e os juízes descritos como seres dotados de um conhecimento superior e exclusivo. Nesse sentido, esqueceríamos do fato de serem eles simplesmente tão humanos quanto qualquer outro indivíduo.

Mesmo se aplicássemos a metáfora do juiz Hércules – que imagina um magistrado com capacidades diferenciadas para reconstruir a historia institucional do princípio em jogo e interpretá-lo invariavelmente na sua melhor luz –, esta é uma metáfora que não se restringe somente aos juízes. Afirma Dworkin que o juiz “Hércules se tornará semelhante a qualquer membro da comunidade disposto a discutir o que a equidade, a igualdade ou a liberdade exigem em determinadas ocasiões”³⁷¹. Como se vê, o *juiz Hércules* atua *como qualquer membro da comunidade* disposto a discutir bom base na equidade, igualdade e liberdade, ou seja, *qualquer cidadão* pode ser Hércules, sendo esta uma premissa contrafactual aplicável também aos legisladores e ao próprio povo.

³⁷⁰ Hart, H. L. A. A desmistificação do Direito, cap. 1. *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford. Clarendon. 1982.

³⁷¹ DWORKIN, Ronald, 2002, p. 200.

Para nós o estudo de Waldron sobre a essência do controle de constitucionalidade objetivou responder à mesma pergunta que incessantemente nos perseguiu. “Os juízes deveriam ter autoridade para revogar leis quando estiverem convencidos de que elas violam direitos fundamentais?”³⁷² A inquietação de Waldron é semelhante à nossa e à de Dworkin, apesar de que, como já mencionamos, o caminho percorrido por este autor o levou a uma conclusão diversa da que intentamos.

Nesse contexto, parece extremamente difícil sustentar a supremacia judicial apenas com base na premissa aristocrática de que os juízes tenham capacidades morais superiores e estejam em melhor posição para decidir com autoridade as controvérsias morais razoáveis existentes na sociedade.

Ainda assim, no entanto, pode-se imaginar um argumento para a supremacia judicial. A decisão judicial, muitas vezes, é reconhecida como a decisão que verdadeiramente enfrenta de forma direta a proteção de direitos e garantias fundamentais³⁷³. Esse é o fundo da defesa de Dworkin da autoridade da Corte, por ser a decisão judicial da Corte uma decisão fundamentada em argumentos de princípio.

A atribuição de autoridade final à decisão judicial se encontra constantemente relacionada à pressuposição, errônea em nosso ponto de vista, de que a decisão legislativa seria uma simples contagem individual de posições e interesses conflitantes e que, portanto, não desconsidera esses argumentos. Tal pressuposição entende que a decisão legislativa seria falha por natureza por não ser proferida por uma instituição que atue de modo responsável, como ocorreria no *fórum* de princípio. A instituição do legislativo é vista como irresponsável e constantemente vulnerável arisco da tirania da maioria, em que os direitos morais das minorias seriam claramente violados. É contra essa precompreensão que nos posicionamos nesse trabalho.

A impressão que temos é que parece existir a premissa implícita de que à decisão judicial é reconhecida uma habilidade diferenciada e particular para lidar, resolver e interpretar os princípios morais existentes na Constituição, como na mitificação do pensamento jurídico contra a qual Bentham se insurgia no Século XVIII. Nesse sentido, a supremacia da decisão judicial decorre da clara desconfiança com a instituição do legislativo e sua decisão, uma vez que, aparentemente, para Dworkin o

³⁷² WALDRON, Jeremy. 2005-2006, p. 1348.

³⁷³ WALDRON, Jeremy. 2005-2006, p. 1353.

processo legislativo democrático se resumiria à premissa majoritária em sua versão fraca.

No entanto, seja na decisão judicial, seja na decisão legislativa, a interpretação sobre os princípios morais deve respeitar as exigências da integridade, sendo que podemos:

“dividir as exigências da integridade em outros dois princípios práticos. O primeiro é princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito pela legislação que o mantenham coerente em seus princípios. O segundo é princípio da integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é o direito, que o vejam e o apliquem como sendo coerente nesse sentido”³⁷⁴.

Além disso, no controle de constitucionalidade norte-americano, a discussão sobre direitos ocorre em contextos específicos de casos concretos. Assim, os juízes se envolvem pelos fatos particulares que decorrem das circunstâncias particulares do caso atual (“the flesh and blood of an actual case”)³⁷⁵. Os argumentos que verdadeiramente são levados em consideração pela decisão judicial são aqueles levantados pelas partes³⁷⁶, o que limitaria a amplitude de serem outros ou mais argumentos apreciados, de modo que é objetável que a Corte tenha poderes para decidir em termos gerais³⁷⁷.

Nesse sentido, a decisão legislativa promove um discurso mais amplo para lidar com as questões morais que afetarão a milhões de indivíduos. Além disso, apesar de Dworkin afirmar que “ao admitir que a interpretação constitucional exige um juízo moral, de modo explícito e assumido, (e que) o juiz se abri(ria) para o confronto de argumentos, em vez de disfarçar esse juízo sob a roupagem tecnicista que o texto constitucional definitivamente não comporta”³⁷⁸, não é isso que realmente acontece.

Assim, mesmo que seja reconhecida a possibilidade de os juízes interpretarem os direitos morais da Constituição de modo explícito, como Dworkin gostaria, ainda é forte a tradição no direito de que a decisão judicial se fundamente somente por argumentos jurídicos e técnicos. Argumentos que estão preocupados com os artigos da

³⁷⁴ DWORKIN, Ronald. 2007. p.203.

³⁷⁵ GRIFFIN, Stephen . The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights. In: TUSHNET, Mark (Ed.). *Arguing Marbury v. Madison*. Stanford: Stanford University Press, 2005, p. 122.

³⁷⁶ Os argumentos da participação do *amicus curiae* sequer vinculam o princípio constitucional da fundamentação das decisões.

³⁷⁷ WALDRON, Jeremy. Despotism in some form: Marbury v. Madison. In: *Great cases in constitutional law*. Edited by Robert P. George. Princeton University Press. Princeton, New Jersey. 2000, p. 58.

³⁷⁸ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 43

Constituição, com os precedentes de outros tribunais, com a linguagem técnica-jurídica, com a doutrina majoritária sobre o assunto, os quais restringiriam o discurso e, principalmente, afastariam, da decisão judicial a questão central sobre a interpretação dos princípios morais: a de que a interpretação sobre estes envolve vários assuntos importantes que são reflexos dos profundos desacordos morais sobre eles.

A decisão judicial, nesse sentido, dificulta a deliberação e participação do indivíduo no exercício da autonomia política por causa dessas questões que Waldron denomina de questões secundárias. Inclusive, muitas vezes a decisão judicial abusa da linguagem jurídica, com a utilização de termos incompreensíveis³⁷⁹, o que prejudica ainda mais a construção do discurso democrático. Assim, o discurso da decisão judicial em sede de controle de constitucionalidade não viabiliza a amplitude discursiva necessária para que o povo identifique claramente as questões que estão em jogo na interpretação dos princípios morais. Pelo contrário, foca em outras questões, como as citadas, que afastam do debate os elementos centrais dos desacordos morais.

Demonstramos a preocupação de Habermas no exercício da autonomia política, de que o indivíduo seja reconhecido ao mesmo tempo como autor e destinatário das normas constitucionais. No entanto, para além do que o próprio Habermas sustenta sobre a decisão judicial, entendemos, como Waldron, que para que isso ocorra a decisão coletiva proferida deverá ser racionalmente justificada, permitindo-se a todos que possam ser por ela atingidos dela participem. Nesse contexto, os indivíduos interessados na decisão somente conseguirão participar se a entenderem, ou seja, se o discurso proferido pela decisão for passível de ser alcançado.

O direito de participação é considerado por Waldron o direito dos direitos, de modo que a sua defesa teórica parte do reconhecimento da garantia desse direito como a melhor forma de direito, e, conseqüentemente, será este o fundamento de autoridade da decisão que interpreta a Constituição, a decisão participativa que se legitima democraticamente.

Conforme observamos, nas circunstâncias da política a aplicação das normas constitucionais é marcada por profundos desacordos morais. No entanto, Waldron não enxerga com maus olhos esses profundos desacordos. Pelo contrário, acredita que estes são inerentes às comunidades complexas. Nesse sentido, não devemos buscar formas de

³⁷⁹ Hart, H. L. A. 1982.

extirpá-los, como se fossem um obstáculo passível de ser transposto pela fundamentação racional da decisão discursiva que interpreta a Constituição. Ao desenvolver sua concepção de profundos desacordos morais, o autor recorre à noção de fardos do juízo (*burdens of judgment*) de Rawls³⁸⁰ a fim de justificar que as diferenças que desses desacordos resultam podem ocorrer de boa-fé.

Portanto, ao reconhecermos a intrínseca existência nas comunidades plurais desses desacordos – uma vez que são inevitáveis, mas, destacamos, de boa fé –, devemos estabelecer formas de ampliar cada vez mais a participação dos indivíduos quando da delimitação da interpretação sobre estes. Os indivíduos como portadores de direitos e, assim, reconhecidos como cidadãos morais autônomos (*right-baeres*), são plenamente capazes de integrar o discurso deliberativo de interpretação sobre os princípios morais inerentes à Constituição.

Apesar de a integridade parecer “demandar do juiz a decisão moralmente mais aceitável”³⁸¹, por ser o foco da teoria de Dworkin, uma teoria da decisão, exige coerência na interpretação do direito como um todo, seja decisão judicial, seja decisão legislativa, seja decisão eminentemente popular. A integridade se relaciona à moralidade política que implica em correção política, no sentido de que impõe uma responsabilidade àquele que interpreta o direito de emitir uma decisão pautado na coerência, alias, no “máximo de coerência que pudermos obter”³⁸². Assim, indiscutível que o Legislativo, também, emite sua decisão sobre essa responsabilidade.

Se entendermos o direito como integridade em sua totalidade, a:

“A integridade expande e aprofunda o papel que os cidadãos podem desempenhar individualmente para desenvolver as normas públicas de sua comunidade, pois exige que tratem as relações entre si mesmos como se estas fossem regidas de modo característico, e não espasmódicos por essas normas. (...) A integridade (...) insiste que cada cidadão deve aceitar as exigências que lhe são feitas e pode fazer exigências aos outros, que compartilham e ampliam a dimensão moral de quaisquer decisões políticas explícitas. A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entrarem em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania”³⁸³.

³⁸⁰ WALDRON, Jeremy. 1999, p. 112.

³⁸¹ MENDES, Conrado Hübner, 2008a, p. 38

³⁸² DWORKIN, Ronald, 2010, p. 229.

³⁸³ DWORKIN, Ronald, 2007, p. 230.

Os cidadãos, então, devem participar da decisão coletiva na qualidade de agentes morais³⁸⁴. Se todos possuem as mesmas capacidades como agentes morais, não há como presumir que a decisão judicial é melhor moralmente ou intelectualmente. Dworkin propõe que “a revisão judicial das normas pode ser um modo superior de deliberação republicana sobre alguns assuntos”³⁸⁵, o que insistimos em não reconhecer. Para Dworkin a qualidade da discussão e inclusive a participação do cidadão em um debate público é de índices mais elevados quando decorre da preeminência de uma decisão judicial do que de uma disputa política com posterior votação³⁸⁶. Mas isso não pode ser inferido como premissa sempre presente.

A nosso ver parece existir uma incoerência na defesa da supremacia da decisão judicial que se fundamenta nesse argumento. Os indivíduos são reconhecidos como agentes morais, e como tal possuem a capacidade e a responsabilidade de escolherem os rumos de suas próprias vidas. No entanto, não seriam agentes morais capazes de decidirem responsabilmente quando da tomada da decisão legislativa sobre a interpretação dos princípios morais. Nesse sentido, não há como se falar em superioridade na deliberação e discurso da decisão judicial *a priori*, de forma que a decisão judicial não possui supremacia discursiva à decisão legislativa.

Conforme veremos no último capítulo, que se segue, uma teoria democrática da autoridade do controle de constitucionalidade prioriza critérios de legitimidade política. Uma teoria desse tipo parte do princípio de que todos devem ter o direito de participar da decisão coletiva que determina normas de ação, preservando-se o *direito dos direitos*. A partir dessa premissa a sociedade deve ter instituições³⁸⁷ que envolvam esse princípio de tal forma que caso assim não operem devem ser reformadas. A legitimidade democrática se importa, nesse sentido, com a questão de *quem* detém a autoridade, quem decide o que a Constituição significa – **Q₂**, preocupando-se “com as fontes institucionais de normas – de onde veem as leis putativas, quem as realiza – como chave para saber se uma determinada norma é reconhecida como direito”³⁸⁸.

Quando a tradição constitucional percebe nas Cortes o melhor espaço para a interpretação da Constituição, porque esse seria o espaço da melhor definição sobre o

³⁸⁴ DWORKIN, Ronald, 2006, p. 45.

³⁸⁵ Ibidem, 2006, p. 47.

³⁸⁶ Ibidem, 2006, p.46.

³⁸⁷ Waldron não desenvolve como essas instituições seriam (se com legislaturas representativas, arranjos com plebiscitos, etc). Os próprios democratas não estariam de acordo sobre essas instituições.

³⁸⁸ “WALDRON, Jeremy. 2008-2009, p. 683.

que a Constituição significa – **Q₁**, desconsidera e desvaloriza essa capacidade dos indivíduos, os quais são os verdadeiros titulares da autoridade para interpretar os princípios morais. Essa posição de prevalência e supremacia da decisão judicial vem acompanhada de uma clara desconfiança com a capacidade do próprio indivíduo, no exercício de sua autonomia política, para definir o que a Constituição significa, desconfiança que buscamos desconstruir desde o início.

6. O PRÉ-COMPROMETIMENTO (PRECOMMITMENT) COM O POVO E COM SUA AUTONOMIA POLÍTICA: A ADEQUADA COMPREENSÃO DAS QUESTÕES DO CORAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL

6.1. O Controle de constitucionalidade de emendas constitucionais em uma democracia de direitos

Há uma terceira razão para revisitarmos o caso paradigmático de *Marbury v. Madison*. Vimos que o caso *Marbury v. Madison* é relevante primeiro porque foi historicamente o modelo pioneiro na consolidação do controle de constitucionalidade e, segundo, porque propôs, como pano de fundo, a existência de uma relação lógica entre supremacia constitucional e supremacia judicial. A terceira razão é que o controle de constitucionalidade tal como se configura atualmente não apresenta as mesmas características de quando foi reconhecido pela Suprema Corte Americana. Pelo contrário, era este diferente³⁸⁹. Nesse sentido, é importante analisarmos essas características não apenas para sedimentarmos conclusão de inexistência de uma relação lógica entre supremacia da Constituição e supremacia judicial, mas também, principalmente, para demonstrarmos a ilegitimidade da decisão judicial que define com autoridade final os princípios morais no controle de constitucionalidade de emendas.

Griffin – ao realizar um estudo sobre o controle de constitucionalidade desde o caso *Marbury v. Madison* o comparando com o controle de constitucionalidade dos dias atuais – faz a seguinte constatação: “o tempo de *Marbury* é o nosso próprio tempo, um tempo da supremacia judicial incontestável”³⁹⁰.

A pressuposição da supremacia da decisão judicial do controle como dotada de autoridade e legitimidade democrática está tão enraizada em nossa tradição dogmática constitucional que as Cortes sequer sentem mais a necessidade de justificarem a sua atuação. O esforço argumentativo tem sido, ao contrário, em justificar uma postura passiva, uma vez que se parte da premissa de que as Cortes devem efetivamente atuar. “A revisão judicial é uma instituição que, ainda que sofra ataques teóricos, está

³⁸⁹ GRIFFIN, Stephen M. 2005, p. 6.

³⁹⁰ *Ibidem*. 2005, p. 10.

consolidada pela história e impregnada na política americana. É quase uma derivação de seu mito fundador, a Constituição”³⁹¹.

Para criticar essa constatação o autor divide as características do controle em três grupos, a) o grupo dos elementos que estavam presentes no caso *Marbury v. Madison* e permanecem até hoje, b) o grupo dos elementos que existiam e não existem mais e c) o grupo dos elementos que foram incorporados no seu desenvolvimento histórico³⁹². A reestruturação desses elementos é relevante para nossa análise da legitimidade democrática da autoridade da decisão final que modifica a Constituição quando do controle de emendas, uma vez que demonstra a expansão ilegítima da atuação do controle pela Corte.

O controle de constitucionalidade atual se caracteriza pelo poder de declarar a invalidade de normas (*the voiding Power*) – **G₁**, pela independência judicial – **G₂**³⁹³, pela vitaliciedade dos juízes (*life tenure*) – **G₃** e pela supremacia judicial, que constitui o poder de ser a decisão judicial do controle a decisão com autoridade final para questões referentes à proteção da Constituição – **G₄**³⁹⁴. Apesar de serem estes os elementos que compõem atualmente o controle, inclusive o brasileiro, somente os três primeiros estavam presentes desde o caso *Marbury v. Madison*, que por outro lado apresentava outros elementos além dos três primeiros.

Dois são os elementos que, segundo Griffin, foram esquecidos e estavam presentes quando da decisão proferida pela Corte Americana: a regra do caso duvidoso (*the doubtful case rule*) – **E₁** e a forma da relação entre direito e política, muito distinta da atual – **E₂**. A regra do caso duvidoso ou, ainda, regra do caso questionável constituía uma importante limitação para a atuação judicial. Somente diante de um erro extremamente claro (*clear mistake*), que dispensa qualquer questionamento racional para o percebermos, é que a atuação corretiva judicial do controle se tornava necessária³⁹⁵. A lei somente seria anulada quando não houvesse dúvida sobre a sua

³⁹¹ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 31.

³⁹² GRIFFIN, Stephen M. 2005, p. p. 8-9.

³⁹³ A independência judicial é reflexa da não eletividade dos seus membros, que são aprovados via concurso público. De certo modo esse elemento é visto como positivo na medida em que o desvincula de pressões políticas, o que não é bem o que ocorre com o Supremo Tribunal Federal que demonstra ser cada vez mais uma instituição sensível às pressões políticas. É por causa de independência judicial que se espera que a decisão judicial seja imparcial, resultante de um processo de deliberação livre e sem essas pressões. No entanto, exatamente pelo fato de não serem os juízes eleitos que sua atuação é vista como ilegítima, tanto que é problematizada a possibilidade da participação popular na escolha dos ministros.

³⁹⁴ GRIFFIN, Stephen M. Judicial 2005, p. 7-8.

³⁹⁵ Semelhante ao entendimento de Thayer. THAYER, James B. 1893-1894.

inconstitucionalidade. Nesse sentido, *the voiding Power*, o poder no controle de declarar a invalidade de normas – **G₁**, era condicionado ao erro extremamente claro – **E₁**. O controle, então, somente poderia se manifestar se a norma fosse contrária de forma inquestionável ao “sentido da Constituição”³⁹⁶.

O elemento do erro extremamente claro – **E₁** – que justificaria uma atuação excepcional do controle de constitucionalidade – não constitui mais um elemento que compõe a sua concepção atual. Atualmente, pelo contrário, vislumbramos uma Corte fortemente atuante, que na dúvida em vez de ter uma postura passiva, do reconhecimento da norma como constitucional, declara a sua inconstitucionalidade, justificando sua postura de protetora de direitos fundamentais.

O segundo elemento se refere à forma pela qual a relação entre o direito e política era percebida, uma relação de não intervenção direta do Judiciário em assuntos políticos – **E₂**. Os casos levados à Suprema Corte eram casos concretos, de modo que a decisão judicial tinha autoridade para analisar a constitucionalidade que envolvia controvérsias especificamente particulares. Como o próprio Marshall admitiu em seu discurso “nunca se entendeu que a Constituição conferisse àquele poder (o judiciário) qualquer poder político que fosse”³⁹⁷. Implícito nesse discurso está a “ideia de que há alguma espécie de limite adicional quanto aos tipos de casos que o judiciário poderia apreciar”³⁹⁸, de forma que não haveria uma intervenção da Corte em questões eminentemente políticas que interferissem de forma geral na vida social da comunidade como um todo.

Assim, os elementos do erro extremamente claro – **E₁** e da não intervenção direta em assuntos políticos – **E₂** pertencem ao segundo grupo, das características que constituíam o controle no caso *Marbury v. Madison* e que não se encontram mais presentes. Interessante ressaltar que no Brasil o segundo elemento esteve presente em nosso controle de constitucionalidade durante a vigência das Constituições de 1934 e 1937³⁹⁹.

Quanto ao elemento incorporado pelo desenvolvimento histórico do controle, do terceiro grupo, teríamos a supremacia judicial – **G₄**. Este elemento, como

³⁹⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; Jay, John. *The Federalist*. Jacob E. Cooke. 1961, p. 524.

³⁹⁷ HOBSON, Charles F. *The papers of Kohn Marshall*. N. 4, 95, 1990.

³⁹⁸ GRIFFIN, Stephen M, 2002, p. 8

³⁹⁹ “Art. 68 é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas³⁹⁹” (Constituição de 1934); “Art. 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” (Constituição de 1937).

procuramos desconstruir no capítulo quarto, não constitui uma consequência lógica da supremacia constitucional a ponto de termos uma preeminência da leitura judicial sobre os princípios morais. O ponto principal da decisão foi reconhecer a supremacia constitucional que seria inerente à proteção da Constituição.

Nesse sentido, a relação entre o controle de constitucionalidade e a supremacia judicial foi, então, construída ao longo do tempo, de modo que nem sempre o controle teve seu exercício relacionado à atuação das Cortes Constitucionais. No próprio sistema brasileiro não era tão forte essa relação. A Constituição do Império, por influência do direito francês, não concedia ao Poder Judiciário a autoridade para zelar pela sua guarda, como o faz nossa atual Constituição. O controle de constitucionalidade das leis pertencia ao Poder Legislativo (art. 15)⁴⁰⁰.

“Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse”⁴⁰¹.

Com a Constituição de 1891 houve uma grande mudança no que diz respeito ao nosso desenho institucional, momento em que importamos do modelo constitucional americano, por causa da influência da Constituição de 1878 e da decisão *Marbury v. Madison*, o sistema de controle de constitucionalidade difuso⁴⁰². Assim, o Supremo Tribunal Federal passou a ter a autoridade para rever em última instância a constitucionalidade da lei de casos concretos.

A Constituição de 1934, além de estipular a cláusula de reserva de plenário, valorizou por outro lado a atuação do Senado. Apesar da adesão ao modelo difuso, a decisão judicial que declarava a inconstitucionalidade de uma lei mantinha sua eficácia entre as partes envolvidas, de modo que a eficácia geral da decisão somente ocorreria

⁴⁰⁰ “Art. 15. E' da atribuição da Assembleia Geral. IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação”.

⁴⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2008, p. 1194.

⁴⁰² “Art. 59 - A Justiça Federal compete: - Ao Supremo Tribunal Federal: II - julgar em grau de recurso as questões excedentes da alçada legal resolvidas pelos juizes e tribunaes federaes; Art 60 - Aos juizes e Tribunaes Federaes: processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal”.

com a suspensão da lei por uma decisão legislativa⁴⁰³. Além disso, reconheceu-se ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para efeitos de intervenção federal⁴⁰⁴, instituindo-se por meio da “representação interventiva o controle abstrato de normas estaduais e federais”⁴⁰⁵.

A Constituição de 1937, por sua vez, limitou em certa medida a autoridade do controle quando dispôs sobre a possibilidade de o Presidente da República submeter novamente ao Parlamento a decisão que declarasse a inconstitucionalidade de lei, se essa fosse necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional⁴⁰⁶. Caso fosse reconhecida, em posição contrária à adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade da lei em questão por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras, prevaleceria a decisão legislativa diante da decisão judicial, de modo que a autoridade final seria da decisão legislativa.

A Constituição de 1946, por fim, retomou as características da Constituição de 1934, não dispondo mais sobre a possibilidade de retorno ao Congresso para que este decidisse sobre eventual inconstitucionalidade e, ainda, limitou a atuação da representação interventiva, que passou a depender de uma declaração de inconstitucionalidade anterior com decisão do Supremo Tribunal Federal⁴⁰⁷. Além disso, a decisão judicial que declarava a inconstitucionalidade de uma lei continuou a ter a sua eficácia geral condicionada a um ato de suspensão pelo Senado⁴⁰⁸. Com a Emenda Constitucional n. 16/1965 se concretiza o controle abstrato com a instituição da ação direta de inconstitucionalidade genérica. Por sua vez, a Constituição de 1967 não

⁴⁰³ “Art. 91 - Compete ao Senado Federal IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”;

⁴⁰⁴ Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h , do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais;

⁴⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., 2008, p. 1202.

⁴⁰⁶ “Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”. Tal limitação foi revogada pela Lei Constitucional nº 18, de 1945.

⁴⁰⁷ Art 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nº s VI e VII do artigo anterior. Parágrafo único - No caso do nº VII, o ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.

⁴⁰⁸ “Art 64 - Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

apresentou modificações. Por fim, com a Constituição de 1988 ampliou-se o número de ações e o número de legitimados de ambos os tipos de controle e, principalmente, reconheceu-se expressamente o Supremo Tribunal Federal como a instituição guardiã da Constituição.

Portanto, a relação entre o controle de constitucionalidade, supremacia constitucional e a supremacia judicial não foi uma relação estável ao longo do desenvolvimento constitucional, fortalecendo-se no Brasil praticamente nos últimos 25 (vinte e cinco) anos, com notória expansão da autoridade de sua atuação. “Um acúmulo de poderes e atribuições, até então inimagináveis, foram até agora concedidos ao Supremo Tribunal Federal, levando (...), no fundo, o nosso direito constitucional (a ser) o que o Supremo Tribunal Federal diz que ele realmente é”⁴⁰⁹. A primeira observação é que podemos, então, perceber gradativamente a forte consolidação do quarto elemento, supremacia judicial – **G4**.

A atuação do Supremo Tribunal Federal no sistema brasileiro foi se fortalecendo de tal forma que, além de não reconhecer mais a aplicabilidade do *doubtful case rule* – **E1** e de permitir questões eminentemente políticas em seus julgamentos – **E2**, encorpou ao *voiding Power* a possibilidade de declarar com autoridade final a inconstitucionalidade de Emendas Constitucionais, quando o próprio Supremo reconheceu a sua autoridade para rever atos do poder constituinte de reforma. Quando a decisão legislativa de reforma violasse os “princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas”⁴¹⁰, teria o Supremo autoridade para não reconhecer essa mudança constitucional, uma vez que sua “função precípua como Corte é a guarda da Constituição”⁴¹¹. No entanto, o “que esse arranjo institucional assegurou não foi a supremacia da Constituição – de seus valores substantivos”⁴¹², Pelo contrário, assegurou tanto a supremacia da decisão judicial sobre a decisão legislativa quanto a mudança constitucional que a Corte entender como devida à Constituição a partir de seus princípios morais.

⁴⁰⁹ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 19.

⁴¹⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 1.946-5/DF. Relator: Ministro Min. Sydney Sanches. DJ de 24/04/99.

⁴¹¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 939-7/DF. Relator: Ministro Min. Sydney Sanches. DJ de 15/12/1993.

⁴¹² MENDES, Conrado Hübner. 2008a, Prefácio, XVI

Entendemos que a abertura normativa para a supremacia do controle de constitucionalidade judicial de emendas, definitivamente, não constitui um elemento desde a decisão *Marbury v. Madison*, sendo, portanto, um elemento incorporado e que precisa ser revisto. Se não há como se afirmar uma relação entre supremacia constitucional e supremacia judicial, menos ainda podemos afirmar a relação entre supremacia constitucional e supremacia judicial em face de normas de natureza constituinte. O modelo de controle de constitucionalidade de emendas caracterizado pela supremacia judicial apresenta graves déficits de legitimidade democrática por seu uma forma diferenciada de controle e de mudança constitucional. Nesse sentido, somos contrários a qualquer interpretação que pretenda preservar essa possibilidade de controle em face de emendas.

A mudança constitucional realizada pela criação de uma Emenda – **F₄** altera o texto da Constituição, de modo a redefinir os padrões normativos que haviam sido consolidados inicialmente no projeto político constitucional de manifestação do poder constituinte originário. Quando a emenda constitucional se torna objeto de uma ação declaratória de inconstitucionalidade teremos com a decisão judicial outra mudança no padrão normativo estipulado, e que definirá com autoridade final os princípios morais diretamente vinculados ao texto constitucional.

O controle de constitucionalidade de emendas deve ser visto a partir da concepção de *democracia de direitos*⁴¹³ de Griffin, a qual reconhece a importância dos direitos constitucionais e dos princípios morais, mas reconhece também que todos os poderes, de igual modo, estão empenhados e conseguem em maior ou menor medida proteger esses direitos morais⁴¹⁴.

Apesar de o controle de constitucionalidade judicial ter desempenhado papel relevante na consolidação de princípios democráticos, não deve estar mais no centro do debate constitucional como única instituição que preserva direitos fundamentais. A decisão judicial “não pode (continuar a) assumir o papel de um regente que toma o lugar de um sucessor menor de idade ao trono”⁴¹⁵. A partir de uma democracia de direitos o Judiciário deve deixar de ter uma posição de vantagem em relação aos demais

⁴¹³ GRIFFIN, Stephen M. Supremacy and equal protection in a democracy of rights. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 4, 2002, p. 281.

⁴¹⁴ Apesar de Dworkin construir seu argumento em uma democracia centrada em direitos (*rights conception*) que semanticamente parece similar à *democracia de direitos*, apresenta uma proposta teórica distinta de Griffin.

⁴¹⁵ HABERMAS, Jürgen. 2005, p.354.

poderes⁴¹⁶, uma vez que os três poderes são igualmente relevantes e simultaneamente responsáveis pela preservação da supremacia constitucional e garantia dos princípios morais a ela inerentes.

Todas as instituições devem buscar, como um objetivo constante, a criação e a proteção de direitos fundamentais. Nesse ponto, o debate sobre o controle de constitucionalidade se modifica, porque vai muito além do debate que envolve a objeção contramajoritária. O debate sobre a justificação democrática do controle não se restringe à discussão sobre a simples regra da maioria, mas se relaciona com o compromisso de todas as instituições em tratar os cidadãos de forma igualitária, com igual consideração e respeito.

Waldron, assim como Dworkin, apresenta seus argumentos contrários ao controle de constitucionalidade não a partir de um confronto entre democracia e direitos constitucionais. Ao contrário, a proposta teórica de objeção democrática ao controle, também, constitui uma objeção fundamentada em direitos⁴¹⁷, sendo que no caso de Waldron, fundamenta-se em especial no *direito dos direitos* da participação de modo igualitário⁴¹⁸.

A partir dessa perspectiva de responsabilidade de todas as instituições, o olhar sobre a arena legislativa não deve continuar a ser um olhar de constante receio de que as decisões violarão os princípios morais. Muda-se a perspectiva para “a compreensão da legislação democrática como fonte digna de direitos”⁴¹⁹, tanto quando o judiciário. A partir da democracia de direitos, então, a decisão judicial não é vista como a principal responsável pela proteção de direitos, mas como uma instituição adicional nesse mesmo propósito⁴²⁰. Nesse sentido, a justificação do controle de constitucionalidade ultrapassa o debate sobre a objeção contra majoritária, que desconsidera esse compromisso conjunto das instituições e inclusive do povo na proteção dos princípios morais inerentes às mudanças constitucionais. O legislativo, assim como os próprios cidadãos, deve assumir a responsabilidade e o papel que também possui na proteção da Constituição durante suas mudanças. Inclusive, além das instituições, entendemos que

⁴¹⁶ Tal posição de vantagem se sustentou por um tempo historicamente por causa da crise de representatividade do legislativo que proporcionou tanto um enfraquecimento quanto uma desconfiança em relação as instituição republicana.

⁴¹⁷ WALDRON, Jeremy. 1999, p. 282

⁴¹⁸ WALDRON, Jeremy. 1999, p. 282

⁴¹⁹ WALDRON, Jeremy. 2003, p.2

⁴²⁰ Griffin, Stephen M. 2002, p. 299.

o *povo* também possui esse compromisso e responsabilidade com os direitos e assim, também, são um “agente de responsabilidade e controle”⁴²¹.

Assim, a discussão se concentra segundo Griffin em determinar qual modelo de desenho institucional de controle de constitucionalidade se justifica⁴²², ou ainda, qual arranjo que limita o autogoverno do povo pode ser justificado⁴²³ quando diante de uma democracia de direitos. Reconhecido que todas as instituições devem possuir esse compromisso com direitos morais, a Corte não se sustentaria mais por uma capacidade superior a qualquer cidadão⁴²⁴ para definir o que a Constituição significa – **Q₁**. Com esse pano de fundo, convidamos à leitura do próximo tópico.

6.2. A legitimidade democrática da autoridade a partir da inversão errônea das questões do coração do debate constitucional

Vimos que o coração do debate constitucional sobre a legitimidade do controle envolve duas questões interligadas: o que a Constituição significa nas mudanças constitucionais – **Q₁** e quem decide esse significado – **Q₂**.

Em relação ao que a Constituição significa, a leitura judicial sobre os princípios morais constitucionais tem exercido forte papel de protagonista. No entanto, a leitura judicial não deve se sobrepor às demais leituras que são realizadas, principalmente à leitura legislativa do constituinte de reforma. O grande ponto sobre **Q₁** é que podem existir vários significados, alguns deles profundamente distintos entre si, uma vez que vivemos em uma sociedade marcada pelo pluralismo de profundos desacordos morais. Assim, é exatamente por nos depararmos com decisões e interpretações conflitantes que a teoria democrática constitucional precisa, conforme afirma Waldron, ser complementada com uma teoria da autoridade. Em suas palavras “dada a inevitabilidade do desacordo (...), uma teoria da justiça e dos direitos deve ser complementada com uma teoria da autoridade”⁴²⁵.

⁴²¹ MULLER, Friedrich, p. 73

⁴²² GRIFFIN, Stephen M. Has the hour of democracy come round last? The new critique of judicial review. *Constitutional Commentary*: Vol. 17, 2000, p. 683-701, p. 683-684.

⁴²³ TUSHNET, Mark. Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism. *Law and Philosophy*: Vol. 22, n. 3-4, July, 2003, p. 353.

⁴²⁴ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, Apresentação, XXV

⁴²⁵ WALDRON, Jeremy. 1993, p. 20.

“Quem deve decidir essas questões controversas de teoria moral e política? Deveria ser uma maioria de um tribunal em Washington, cujos membros são vitalícios e não podem ser responsabilizados politicamente perante o público cuja vida será afetada pela decisão? Ou deveriam ser os legisladores estaduais ou nacionais, que foram eleitos e têm essa atribuição? Um democrata, como pressupõe esse argumento, só pode aceitar a segunda resposta”⁴²⁶

É a partir de uma teoria da autoridade que se torna possível a imposição a todos do dever de aceitarem a decisão tomada, mesmo que dela discordem substancialmente. Precisamos, portanto, determinar quem detém o poder de decidir o que a Constituição significa em um momento constitucional e quais devem ser os procedimentos democráticos que resguardam esse poder àquele a quem foi conferida a autoridade, de modo que Q_1 depende intrinsecamente de Q_2 .

No entanto, a autoridade concedida às Cortes se associa constantemente à pressuposição de que a decisão judicial é a melhor decisão sobre o que a Constituição significa. Duas são as convicções que atuam como pano de fundo dessa pressuposição: 1) a desconfiança dos juristas em relação à fundamentação racional da decisão legislativa, por ser proferida em meio às lutas pelo poder e às opiniões majoritárias cambiantes⁴²⁷; e 2) a confiança sobre a infalibilidade das Cortes (*judicial infallibility*⁴²⁸). A partir dessas duas convicções, manteria a Corte para si a autoridade de decidir.

Ambas se referem a uma *tese epistemológica* de que magistrados detêm conhecimento superior para resolverem conflitos sobre princípios morais, como se a Corte fosse “a” instituição destinada a proteger direitos e resguardar a democracia e os princípios democráticos. Inclusive, a objeção contramajoritária se apoia no fato de que a decisão da maioria tende a violar os direitos da minoria, ou seja, não seria uma decisão que melhor decide o que a Constituição significa porque não protege direitos. Nesse sentido, a tese epistemológica inverte a correlação entre as duas questões. A Corte detém a autoridade – Q_2 porque é ela quem saberia melhor o que a Constituição significa – Q_1 .

No entanto, como proposto por Griffin, todas as instituições possuem o mesmo poder e compromisso de proteger a Constituição e, assim, definir o que ela significa nas

⁴²⁶ DWORKIN, Ronald. 2010, p. 146.

⁴²⁷ HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 339.

⁴²⁸ MICHELMAN, Frank. 2003, p. 601.

mudanças constitucionais, uma vez que supremacia constitucional não pressupõe supremacia judicial.

A supremacia constitucional, então, deve ser compreendida para além da decisão judicial, a partir de uma relação de responsabilidade de todas as instituições inclusive, do próprio povo. Preservar a Constituição, proteger direitos e resguardar a democracia e seus princípios não são prerrogativas exclusivas do Judiciário, como nos induz a erro a dicção do art. 102, I, “a”, da CF/88, dispositivo que sedimentou o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal é o seu guardião exclusivo.

A concepção discursiva de democracia prioriza o ideal normativo de que os cidadãos que integram o povo sintam-se, concomitantemente, na condição de autores e destinatários das normas, principalmente daquelas normas que modificam, quando da reforma por emendas, o projeto constitucional de manifestação do poder constituinte originário. Seria possível justificar o controle da constitucionalidade de emendas mantendo-se preservada a autonomia política em que os cidadãos são autores e destinatários das normas?

Através da deliberação, prevalece com autoridade a vontade política que é construída discursivamente. O indivíduo no exercício de sua autonomia pública busca a preservação dos direitos que compõem tanto sua autonomia privada quanto a dos demais cidadãos que integram a comunidade. Dessa forma, a autonomia política (pública e privada) se manifesta através do processo de formação discursiva dos princípios morais da Constituição. Quando a Corte arroga para a sua decisão a autoridade para decidir sobre o que a Constituição significa, estaria ela a determinar qual a vontade a ser construída discursivamente naquele momento sobre os princípios da moralidade política da comunidade. Não obstante, as Cortes não integram o sistema representativo da vontade política do povo.

A instituição do sistema representativo consolidou a representação política do povo no parlamento, o qual seria de fato *responsável* no sentido defendido pela teoria democrática⁴²⁹. O povo no seu livre exercício de escolha seleciona, então, indivíduos que se tornarão representantes daqueles que os escolheram. Os representantes seriam um *porta-voz* de seus representados⁴³⁰, e, assim, a decisão se revestiria de *legitimidade democrática*. No entanto, juízes não são eleitos e, assim, precisariam justificar a sua

⁴²⁹ DWORKIN, Ronald. 2010, p. 146.

⁴³⁰ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. 1986. p.134.

autoridade de outra forma. Alexy, para resolver esse impasse, propôs uma concepção de representação para além da representação política do sistema eleitoral. Sua concepção de representação admite uma representação de argumentos e razões para que assim a Corte justifique a autoridade de sua decisão argumentativamente. A sustentação desse argumento se relaciona a outro, o de que em uma “democracia deliberativa existem dois tipos de representação: uma ‘volitiva’ e outra ‘argumentativa’”⁴³¹. Explicita o autor que

“A chave para a resolução é a distinção entre a representação política e a argumentativa. O princípio fundamental ‘todo poder estatal origina-se do povo’ exige compreender não só o Parlamento, mas também o Tribunal Constitucional como representante do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O Parlamento representa o cidadão politicamente, o Tribunal constitucional argumentativamente”⁴³².

*Assim, ambas as instituições representariam o povo, mas de formas distintas. A partir do momento em que a representação, além de política, seria também argumentativa*⁴³³, estaria legitimada a decisão judicial do controle de constitucionalidade que invalidasse uma decisão legislativa.

A representação discursiva pode ser percebida em Dworkin pelo fato do autor diferenciar argumentos de princípio e argumentos de política. A partir dessa diferenciação, defende o autor a existência de um fórum qualificado para as questões de princípio, o qual seria a corte e o discurso da decisão judicial, ou seja, somente pelo discurso do “bom argumento de princípio”⁴³⁴ é que a decisão judicial poderia se revestir de autoridade.

A grande questão sobre representação é que esta implica necessariamente *responsabilidade política* daqueles que a exercem perante os que lhes concederem esse poder de buscar a compreensão do que seja a vontade política do povo de uma comunidade. Mas, seguido a concepção alexyana de representação, “os juízes como qualquer autoridade política estariam sujeitos à doutrina da responsabilidade

⁴³¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. On the authority of constitutional courts: can strong judicial review be morally justified? (Working paper). *University of California, Los Angeles – Legal Theory Workshop*, 2014-2015b. Disponível em: <https://www.law.ucla.edu/~media/Assets/Law%20and%20Philosophy/Documents/10-09-2014Bustamantepaper.ashx>.

⁴³² ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Trad. Luiz Afonso Heck, 1999, p. 55.

⁴³³ ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*: Vol. 3, n. 4, 2005, p. 578.

⁴³⁴ MENDES, Conrado Hübner, 2008a, p. 44.

política”⁴³⁵. A responsabilidade da Corte decorreria da “prestação de contas de natureza intelectual”⁴³⁶ referente aos argumentos e à fundamentação racional que sustenta a decisão e visa demonstrar que aquela seria a vontade política do povo.

A dimensão argumentativa da Corte⁴³⁷ subjacente à sua deliberação seria, então, o ponto para a legitimidade democrática de sua autoridade⁴³⁸. No entanto, desse argumento, não decorre o argumento que o tribunal decida de forma definitiva, pelo contrário, apenas reconhece o seu papel em fornecer argumentos e razões.

Nesse ponto, a legitimidade pela argumentação seria, para Alexy, vinculada à sua proposta de pretensão de correção, uma vez que como “a representação do povo por um tribunal constitucional é, ao contrário, puramente argumentativa (...) a representação estabelece necessariamente a pretensão de correção”⁴³⁹. Se assim for, o déficit da legitimidade democrática da autoridade da decisão da Corte é superado pela existência de pessoas capazes, que seriam os magistrados, de avaliarem essa pretensão de correção das normas a partir de um discurso jurídico-constitucional racional⁴⁴⁰.

Sem embargo, dessa forma voltamos à tese de que a decisão judicial é a melhor decisão sobre o que a Constituição significa, por serem os seus argumentos aqueles mais aptos a preservar a vontade política do povo sobre direitos a partir de uma pretensão de correção das normas por meio do controle de constitucionalidade. Continuaríamos, então, com a inversão das questões. A Corte deve manter sua decisão com autoridade – **Q₂** porque é ela quem melhor decide o que ela significa – **Q₂**.

Mas, se retirarmos o argumento de que a decisão judicial de controle é a decisão capaz de proteger direitos fundamentais por ser o fórum de princípios com representação argumentativa, restaria algum fundamento que continuaria legitimando a sua atuação?

O foco parece ser constantemente a capacidade dos sujeitos de decidir e fundamentar racionalmente os princípios morais da Constituição. No entanto, a racionalidade, como propõe Habermas, não se encontra nos sujeitos e em sua capacidade, mas no procedimento de tomada de decisão. Nesse ponto percebemos que a

⁴³⁵ DWORKIN, Ronald. 2010, p. 137.

⁴³⁶ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 45.

⁴³⁷ Ibidem. 2008a, p. 33.

⁴³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. 2009, p. 199.

⁴³⁹ ALEXY, Robert. 2005, p. 579.

⁴⁴⁰ ALEXY, Robert. 1999, p. 55.

justificativa de que a Corte Constitucional legitima a sua autoridade pela argumentação é uma justificativa que peca por desconsiderar a complexidade que envolve o processo legislativo democrático.

“Na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos”⁴⁴¹. Nesse sentido, a formação da vontade que consolida a decisão é estruturada discursivamente. Assim, temos um discurso que determina as bases da ação comum de uma comunidade, sendo que o que legitima a autoridade desse discurso é o processo democrático que dele decorre. Duas distinções devem ser levadas em consideração para a consolidação de uma teoria da autoridade da decisão sobre a Constituição. A distinção da igualdade de participação e a distinção das duas fases da decisão do processo discursivo democrático⁴⁴².

6.3. A justificação instrumental em Bustamante diante da concepção discursiva de democracia

Seguindo a análise de Marmor, existem no procedimento político de decisão duas fases: uma fase de deliberação e uma fase de decisão propriamente dita⁴⁴³. A deliberação é extremamente importante, porque melhora a qualidade da legislação e aperfeiçoa a compreensão dos cidadãos⁴⁴⁴.

Conforme Bustamante nos ensina, além dessa distinção, outra que deve ser levada em consideração é aquela referente à participação política do povo na formação racional da vontade da decisão nessas duas fases. Dworkin faz a distinção entre igualdade de *impacto* e igualdade de *influência*. A igualdade de *impacto* se refere ao voto igualitário, que abstratamente considera de forma igual a participação de cada um dos indivíduos na deliberação coletiva e na tomada de decisão. A igualdade de *influência* por outro lado considera de forma concreta a efetiva capacidade de cada indivíduo influenciar outras pessoas com suas pretensões e influenciar a definição da decisão final.

⁴⁴¹ HABERMAS, Jürgen. 2005. p. 213

⁴⁴² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. 2014-2015.

⁴⁴³ MARMOR, Andrei. Authority, Equality and Democracy. *USC Public Policy Research. Paper No. 03-15. University of Southern California Law School Los Angeles*, 2003, p. 17. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=424612>.

⁴⁴⁴ CHRISTIANO, Thomas. The authority of democracy. *The Journal of political Philosophy*. 2004.

Na fase de deliberação, nos momentos que antecedem a decisão pela manifestação dos votos, a legitimidade democrática estaria satisfeita com a igualdade de *influência*. No entanto, na fase de decisão, a autoridade desta não se satisfaria com essa forma de igualdade, exigindo ao contrário uma igualdade de *impacto*⁴⁴⁵, de forte relação com o *direito dos direitos* em Waldron do cidadão participar no processo discursivo democrático. Temos, então, que a participação política do povo é distinta em cada fase, com uma diferença de profundidade do exercício da cidadania quando da autonomia política na esfera pública. Mantendo essa distinção, o princípio do discurso tem um sentido cognitivo e um sentido prático. Aquele filtra os argumentos que serão reconhecidos como válidos, a fim de conquistarem a aceitabilidade racional enquanto este é responsável pela produção das relações de entendimento que influenciam na etapa final da decisão. Nesse sentido, temos um entrelaçamento entre produção discursiva do direito e formação comunicativa do poder⁴⁴⁶.

A igualdade de *impacto* da participação política não seria levada a sério pela justificação de que as Cortes representam argumentativamente o povo. Nesse sentido, Bustamante afirma que “para que uma decisão política seja legítima, não é suficiente que se justifique no suposto interesse do povo, essa decisão deve também respeitar o autônomo julgamento das pessoas sobre essas razões”⁴⁴⁷.

A representação argumentativa se restringiria à primeira fase, a da deliberação. Na fase da decisão, por sua vez, continuariam sendo os magistrados quem decidem diante dos argumentos apresentados, uma vez que nessa fase não haveria uma distribuição equânime concreta do poder real de decidir⁴⁴⁸.

Assim a tentativa de legitimar a decisão judicial com base em uma representação de razões e argumentos é insuficiente como justificativa moral da autoridade do controle de constitucionalidade. A representação argumentativa contribuiria apenas para ampliar a participação do povo na fase da deliberação e não para conceder a esse mesmo povo poder decisório.

Não seria, portanto, uma justificação “intrínseca” para a autoridade das cortes constitucionais, suficiente para garantir de maneira incondicional a legitimidade da autoridade da decisão do controle. Pelo contrário, ela se apresenta como uma justificativa instrumental e não representativa. Ao encontro de Bustamante, o controle

⁴⁴⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. 2014-2015.

⁴⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 218

⁴⁴⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. 2014-2015. p. 28.

⁴⁴⁸ Ibidem, 2014-201, p. 29.

de constitucionalidade se justificaria exclusivamente para a promoção de certas “condições democráticas”, e somente na medida suficiente para protegê-las.

Como o processo de tomada de decisão deve ser fundamentado em um procedimento substantivo de deliberação pública, que aborde e enfrente as objeções dos argumentos de princípio, a decisão judicial em sede de controle poderia encontrar a sua justificação no fato de que ela obriga a inclusão destes argumentos no discurso que se forma democraticamente. Nesse sentido, sua atuação poderia ser justificada como mecanismo que permite atrair a atenção do povo sobre as questões de princípio que, eventualmente, não tenham sido consideradas na decisão do legislador de reforma.

Sem embargo, a responsabilidade pela decisão sobre esses princípios continuaria a ser do poder legislativo ou, no caso das emendas à constituição, em particular, do constituinte reformador. Apenas esta última decisão preservaria o sentido performativo da concepção discursiva da democracia de exigir a *participação política ativa* dos cidadãos com igualdade de *impacto* no momento da decisão propriamente dita, a qual também se realiza através dos representantes do povo.

Nesse sentido, a Corte pode exercer um papel não de decisão final ante os desacordos sobre os princípios morais, mas de ampliação da deliberação, que melhoraria a qualidade do discurso sobre a legislação e aperfeiçoaria a compreensão dos cidadãos, que constituem elementos do poder comunicativo que dela resulta em democracia deliberativa⁴⁴⁹. A decisão judicial, assim, complementaria o discurso a respeito das questões de princípios subjacentes ao debate que se iniciou no processo legislativo.

No caso específico do tema objeto de análise nesta Dissertação, que concerne à legitimidade para decidir sobre a validade das emendas à Constituição, a decisão judicial poderia, no máximo, contribuir por meio da canalização dos discursos para os argumentos de princípio. Portanto, o *judicial review* contribuiria para o aprimoramento do debate público sobre os princípios morais em questão, o que nos leva à proposta de um modelo de constitucionalidade fraco para o controle de emendas constitucionais.

⁴⁴⁹ HOECKE, Mark Von. Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation. *Ratio Juris*. Vol. 14, n. 4, December, 2001, p. 415-423, p. 420-423.

6.4. O controle de constitucionalidade de emendas e a autoridade a partir do discurso institucional imediato: a adequada compreensão das questões do coração do debate constitucional

Em nosso controle de constitucionalidade coexistem o controle difuso, de matriz norte-americana, e o concentrado, de matriz-austríaca, sendo aquele dotado de decisões de efeitos *ex tunc* e *inter partes* e este de efeitos *ex nunc* e *erga omnes*. Em relação ao controle de constitucionalidade difuso, como este envolve um caso concreto com partes especificadas (autor e réu), o entendimento atual é de que seus efeitos atingem somente as partes envolvidas no conflito e de forma retroativa. O artigo 52, X, da Constituição⁴⁵⁰, por sua vez, permite que nesses casos seus efeitos se tornem *erga omnes* a partir da edição de uma resolução do Senado Federal.

Apesar dessa disposição expressa na Constituição, que se mantém presente desde a Constituição de 1934, há uma tendência na jurisprudência em estender automaticamente os efeitos das decisões de controle de constitucionalidade difuso para além das partes sem a necessidade de edição de uma Resolução por parte do Senado Federal, por meio da denominada de Tese da Abstrativização do controle difuso. O tema, que foi reconhecido em liminar favorável na Recl 4335/AC, surgiu na ação do HC 82959, a qual versava sobre a inconstitucionalidade da progressão de regime dos crimes hediondos, que reconheceu somente ao impetrante os benefícios da progressão.

A nova interpretação jurisprudencial propõe que a competência do Senado Federal prevista no art. 52, X, da Constituição, se limite a dar publicidade à suspensão do ato normativo declarado inconstitucional e não de que seja a sua decisão a decisão responsável por suspender efetivamente sua validade da norma. Alega o Min. Gilmar Mendes, favoravelmente a tese da abstrativização que:

“esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um

⁴⁵⁰ Art. 52, X, CF/88: “Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988⁴⁵¹.

A mudança constitucional nesse caso seria conferir nova interpretação ao artigo 52, inciso X, mudança que entendemos ser uma inovação constitucional, uma vez que cria um sentido que está fora dos limites semânticos do texto – F₃. No entanto, essa tese ainda não foi efetivamente reconhecida, mantendo-se assim a exigência da resolução do Senado Federal⁴⁵².

Surpreendente pensar que a tendência do controle jurisdicional brasileiro é de cada vez mais reduzir o papel da instituição do legislativo na proteção de direitos da Constituição, direção totalmente contrária à proposta da democracia de direitos. Além de seu papel ser extremamente reduzido no controle concentrado, ainda querem retirar-lhe a única participação no controle difuso.

Ao encontro da democracia de direitos, a atuação da instituição do legislativo não deve ser reduzida à simples concessão de publicidade da decisão da Corte, pelo contrário. Nosso intuito é, inclusive, ampliar a interpretação desse artigo promovendo uma mudança constitucional em sentido diverso do anteriormente definido na jurisprudência.

A proposta é reconhecer a autoridade da decisão legislativa quando na hipótese de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. Assim, queremos não apenas reconhecer a sua atuação com a edição de resolução no controle difuso, mas definir que é a sua decisão que detém autoridade para decidir questões de princípios morais adjacentes à reforma da Constituição.

Como entendemos que a jurisprudência que reconhece o próprio poder de realizar o controle de constitucionalidade da validade material de emendas quando presentes profundos desacordos morais representa uma usurpação judicial, deve ser revista. Além disso, maior usurpação ainda é a tentativa de retirar por completo a participação dessa instituição no reconhecimento de normas declaradas inconstitucionais.

⁴⁵¹ Disponível em <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>.

⁴⁵² O debate sobre a abstrativização do controle difuso perdeu um pouco de espaço diante do surgimento das súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional n. 45/04, instituto que reconhece a partir de casos concretos a eficácia geral da decisão.

De acordo com uma teoria da autoridade precisamos determinar quem detém o poder de decidir o que a Constituição significa. Quando a Corte atraiu para si essa autoridade, o fez com uma inversão inadequada das duas questões que se situam no coração do debate constitucional sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade. A Corte deteria a autoridade **Q₂** porque seria ela quem saberia melhor o que a Constituição significa **Q₁**.

No entanto, como em **Q₁** podem existir vários significados – uma vez que vivemos em uma sociedade marcada pelo pluralismo de profundos desacordos morais –, precisamos primeiro determinar quem detém o poder de decidir o que ela significa. Nesse sentido, a adequada compreensão dessas questões modifica o foco anteriormente atribuído para justificar a autoridade das Cortes.

Se ambas as instituições possuem um compromisso com os direitos morais em uma democracia de direitos não há como justificar a inversão das questões de que a Corte deve manter sua decisão com autoridade – **Q₂** porque é ela quem melhor decide o que ela significa – **Q₂**. Ambas as instituições, legislativo e judiciário, possuem o mesmo compromisso de construir o melhor significado para a Constituição que puderem. A melhor definição do significado da Constituição será, assim, aquela construída a partir de um processo discursivo de formação racional da vontade que anseia pela participação do cidadão, valoriza a deliberação e, principalmente, reconhece o povo como agente moral autônomo no exercício de sua autonomia política.

Ambas as instituições sofrem das mesmas questões que, ao final, implicam e envolve a definição do que a Constituição significa. Tushnet, inclusive, lembra-nos que todas as instituições estão suscetíveis a erro⁴⁵³, não só a decisão legislativa, mas também a decisão judicial, porque estamos todos inseridos em um processo reflexivo e contínuo de aprendizado⁴⁵⁴. Há, nesse sentido, falta de simetria na abordagem filosófica sobre a supremacia de uma decisão, a judicial, sobre outra, a legislativa. Se em ambos os contextos discursivos as mesmas questões sobre a definição do que a Constituição significa estão em jogo, o argumento da supremacia judicial não se sustenta.

A concepção discursiva de democracia desconsidera essa superioridade da decisão judicial e prioriza o ideal normativo de que os cidadãos que integram o povo

⁴⁵³ TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University, 1999, p. 57.

⁴⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 398.

sintam-se, concomitantemente, como autores e destinatários das normas, o que implica um olhar diferenciado para essa correlação entre Q_1 e Q_2 . Entendemos, portanto, que Q_1 depende intrinsecamente de Q_2 , ante a valorização da autonomia política dos cidadãos no processo discursivo de reforma da Constituição, principalmente, por causa da natureza constituinte que se manifesta nessa forma de mudança constitucional.

Nesse contexto, a questão acerca da autoridade para decidir de maneira final sobre as nossas mais profundas desavenças constitucionais há que ser respondida de modo a atribuir tal competência diretamente ao “povo”⁴⁵⁵, de modo a se evitar o “paternalismo político”, isto é, “a supressão da autonomia e a presunção de que há indivíduos menos competentes que outros para participar das decisões coletivas”⁴⁵⁶. Retirar a responsabilidade pela decisão final do legislativo e do próprio povo enfraquece a capacidade política destes ⁴⁵⁷. A Constituição é nossa, como um projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos livres e iguais. Levar os direitos a sério significa levar cada indivíduo a sério enquanto detentor de compreensões acerca dos direitos⁴⁵⁸.

Nesse sentido, nossa premissa fundante é a ideia do povo como poder constituinte constante, como agente ativo criador e responsável pelas mudanças da ordem constitucional⁴⁵⁹, a fim de que “o poder constituinte do povo tornar-se práxis efetiva”⁴⁶⁰. Nesse sentido, o poder constituinte não se esgota na elaboração da Constituição, pois continua a atuar constantemente e ativamente quando da reforma do texto constitucional. A legitimidade do poder constituinte advém do povo, de modo que é o povo quem legitima a autoridade do poder, do direito e da constituição. De igual modo, será o povo quem legitima a mudança constitucional por via de emenda.

Assim, acreditamos com Ackerman a resposta a Q_1 só pode ser construída sob a premissa de que “o povo é a autoridade final”⁴⁶¹, de modo que Q_2 deve considerar as implicações normativas de se reconhecer essa autoridade ao povo e não o contrário.

⁴⁵⁵ MULLER, Friedrich, 2003, p. 112.

⁴⁵⁶ MENDES, Conrado Hübner. 2008b. 165.

⁴⁵⁷ GARDBAUM, Stephen, 2010, p. 197.

⁴⁵⁸ WALDRON, Jeremy. 1999, p. 312.

⁴⁵⁹ GRIFFIN, Stephen. M. *Constituent Power and Constitutional Change in American Constitutionalism*. In: *The paradox of constitutionalism. Constituent Power and constitutional form*. Edited by Martin Loughlin & Neil Walker. Oxford University Press. 2008, p. 49.

⁴⁶⁰ CHSTISTENSEN, Ralph. Introdução MULLER, Friedrich, p. 35.

⁴⁶¹ ACKERMAN, Bruce. *We the People: foundations*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1993, p. 10.

Nossa proposta é de mudança do desenho institucional brasileiro, porque atualmente “a decisão judicial não é somente uma fase a mais no processo de interlocução institucional rumo a uma decisão coletiva. É a derradeira, a que encerra o processo. Emite o veredicto sobre o alcance de nossos valores políticos mais sensíveis”⁴⁶².

Diante disso, ao invés de uma inovação constitucional – **F**₃, defendemos uma transformação constitucional – **F**₂ em relação ao art. 52, inciso X, da Constituição Brasileira de 1988. Nossa proposta busca mudar o sentido consolidado anteriormente para que essa norma seja sempre exigida no controle de constitucionalidade de Emendas, seja ele realizado pela via concentrada ou difusa. A exigência da promulgação de resolução do Senado Federal para suspender a eficácia da legislação declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na sistemática atual, se restringe ao controle de constitucionalidade difuso, tendo-se em vista que o controle de constitucionalidade concentrado possui por natureza eficácia geral.

No entanto, entendemos que deve ser essa uma exigência normativa de qualquer tipo de controle que declarar a inconstitucionalidade de emendas constitucionais, uma vez que a decisão judicial nessa hipótese de controle não possui autoridade para ser a decisão final que altera a Constituição em relação aos seus princípios morais.

Poder-se-ia pensar que um instituto como o *apelo ao legislador*, existente no sistema jurídico alemão e endossado por Mendes⁴⁶³, constituiria uma solução plausível para o problema do déficit de legitimidade democrática da corte constitucional para dar a última palavra sobre questões objeto de desavença razoável sobre moralidade política. O *apelo ao legislador* resulta em uma “decisão judicial que reconhece a situação jurídica como ‘ainda constitucional’, anunciando a eventual conversão desse estado de constitucionalidade imperfeita numa situação de completa inconstitucionalidade”⁴⁶⁴. Gilmar Mendes defende o modelo alemão, em que a corte alertaria o legislador sobre uma situação “ainda constitucional”, mas em trânsito para a inconstitucionalidade. A corte não pronunciaria a inconstitucionalidade de um determinado ato, mas faria um

⁴⁶² MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 23.

⁴⁶³ MENDES, Gilmar. Apelo ao legislador na Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista de Direito Público*. N. 10. 1992, P. 38.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, 1992, p. 38.

apelo ao legislador para que ele próprio solucionasse uma potencial violação à constituição detectada ou eminente.

Por meio dessa técnica, o legislador, ele próprio, estaria obrigado a solucionar o problema de constitucionalidade apontado pela corte, uma vez que constitui o apelo um requerimento ao legislador de conteúdo preventivo que “opera no campo preliminar da patologia constitucional”⁴⁶⁵ para que este aperfeiçoe e apresente argumentos sobre a norma.

Sem embargo, esse sistema não resolve, satisfatoriamente, o problema da autoridade para decidir de maneira final sobre as questões mais controvertidas no âmbito da moralidade política. O *apelo ao legislador* não decorre de um desenho institucional ou de uma decisão institucional sobre a autoridade das cortes para dar a última palavra sobre o conteúdo da constituição. Trata-se apenas de uma prática interpretativa adotada pela Corte, isto é, uma forma de decidir que deixa intacta a supremacia judicial e apenas faculta ao legislador adotar critérios próprios para sanear a inconstitucionalidade apontada pela corte. No apelo ao legislador, portanto, a corte resolve adotar uma atitude deferente em relação ao legislador quando *ela própria* julga que seria melhor que o legislador estabelecesse a forma de solucionar a inconstitucionalidade, permanecendo com a autoridade da decisão e podendo, a qualquer tempo, em uma nova ação constitucional, julgar se a política ou a nova legislação adotada pelo parlamento foi satisfatória.

Não há nenhum mecanismo institucional que impeça a corte de decidir e de ela própria estabelecer monoliticamente qual o conteúdo da Constituição ou predeterminar quais serão as opções de interpretação da Constituição que estarão abertas para o legislador. Por fim, não existe a possibilidade, nesse sistema, de o legislador contrariar a decisão da Corte ou sustentar, publicamente, uma decisão sobre a mudança da Constituição diversa daquela estabelecida pela corte constitucional.

Defendemos que a decisão judicial não detenha a autoridade com eficácia geral para declarar a inconstitucionalidade da norma no sentido de invalidá-la, ou seja, o *voiding power* (**G₁**) não pode se conectar à supremacia judicial (**G₄**)⁴⁶⁶. A matéria

⁴⁶⁵ MENDES, Gilmar, 1992, p. 39.

⁴⁶⁶ GRIFFIN, Stephen M, 2002, p. 8.

constitucional apreciada pela Corte deve necessariamente ficar em aberto⁴⁶⁷ para a deliberação a partir das novas razões expostas por ela. O discurso de fundamentação racional sobre a inconstitucionalidade da emenda deve retornar ao legislativo para que ele enfrente os argumentos levantados e se posicione por manter ou não a constitucionalidade da norma, sendo a sua decisão a decisão que definirá essa questão com autoridade.

Ao encontro de nossa proposta, que se diferencia do *apelo ao legislador* pelos motivos expostos, é o entendimento de Garbbaum, que defende modelos institucionais que fixam procedimentos diferentes para estabelecer o conteúdo dos direitos, desassociando a noção de supremacia dos direitos da noção de supremacia judicial.

O autor reconhece que com o advento do constitucionalismo duas tradições se consolidaram, a tradição da supremacia legislativa e a supremacia judicial. Constatamos que o sistema de controle norte-americano apesar de não ter estabelecido em sua origem uma relação lógica entre supremacia constitucional e supremacia judicial, difundiu esse modelo, o qual foi adotado em vários países, inclusive no Brasil. A fim de quebrar essa dicotomia no modo de olhar o problema da legitimidade democrática do controle, o autor propõe um modelo de compartilhamento, entre o legislativo e o judiciário, da responsabilidade pela decisão sobre os direitos fundamentais em uma democracia constitucional, tendo como base os modelos de *judicial review* fraco de países como Canadá, Reino Unido e Nova Zelândia, que retiram das cortes o poder para dar a última palavra sobre o conteúdo dos direitos fundamentais⁴⁶⁸.

Focaremos no modelo do Reino Unido. A tradição inglesa reconhecia no parlamento uma forte identificação com o povo, tanto que limitá-lo implicava em limitar o próprio povo inglês e isso não era aceitável⁴⁶⁹. A promulgação, ao final do século XX, da Lei de Direitos Humanos (*Human Rights Act* de 1988) reascendeu a atuação do judiciário para a proteção desses direitos. A HRA determinava que a Corte interpretasse e aplicasse todas as normas de forma compatível com os direitos previstos na HRA. No entanto, manteve na instituição do Parlamento a autoridade para dar a palavra final sobre quaisquer dessas questões constitucionais. Assim, caso a Corte

⁴⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 307.

⁴⁶⁸ GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth model of Constitutionalism: theory and practice*. Cambridge University Press. 2013, p. 95 e ss.

⁴⁶⁹ GARDBAUM, Stephen. 2010, p. 198-199.

vislumbrasse a contrariedade entre um preceito legislativo e um direito fundamental previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, à qual é reconhecida supremacia sobre a legislação ordinária, poderia promover uma “declaração de incompatibilidade”, com vistas a reabrir o debate no Parlamento sobre essa violação aos direitos humanos, ao invés de simplesmente substituir um ato de autoridade legislativo por um ato de autoridade judicial. A decisão judicial, nesse sistema, portanto, não tem o poder de invalidar a norma⁴⁷⁰, cuja autoridade se mantém com o poder legislativo. A partir da declaração de incompatibilidade, a Corte pode submeter ao parlamento uma proposta de solução para apreciação e aprovação de ambas as casas do parlamento, objetivando, assim, uma ordem de reparação sobre a eventual violação a direitos fundamentais constatada.

Assim, a Corte poderia rever a decisão legislativa no sentido não de declarar sua invalidade, mas de que detém a atribuição de emitir uma “declaração de incompatibilidade” da norma com fundamento no HRA. Fica a corte impossibilitada, portanto, de proferir uma declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade, já que não tem a autoridade para retirar a norma do ordenamento jurídico. Além disso, não pode a Corte deixar de aplica-la ao caso concreto. O modelo britânico, que uma espécie do denominado de *weak-form judicial review*, propõe, assim, uma valorização da decisão legislativa com o reconhecimento da autoridade desta no que diz respeito à proteção da *supremacia constitucional*.

Nossa proposta para o Brasil é, no que concerne ao controle de constitucionalidade de emendas à constituição, seja este um modelo de controle de constitucionalidade fraco, o qual assegura uma proteção de direitos fundamentais sem uma interferência ilegítima na titularidade do poder constituinte do povo de alterar formalmente a Constituição. As emendas constitucionais são normas primárias que alteram o texto da Constituição e que devem ser aprovadas em um procedimento rigoroso de quórum especial⁴⁷¹. Caso aprovadas, adquirem o mesmo *status* de norma constitucional. A justificativa de ser este procedimento distinto da política ordinária

⁴⁷⁰ GARDBAUM, Stephen. 2013, p. 157-158.

⁴⁷¹ Procedimento composto por três fases. A fase iniciativa de apresentação da PEC na casa que será casa iniciadora (legitimados do art. 60, I, II e III da CR/88), com quórum de 1/3 dos membros da casa. A fase constitutiva de apreciação pela CCJ e comissão especial, de votação com aprovação de 3/5 na Casa iniciadora em dois turnos, de revisão, quando encaminhada para a outra casa, em que também há apreciação pela CCJ, com deliberação e a votação com aprovação de 3/5 na Casa revisora, de igual modo, em dois turnos. Por fim, fase complementar, posterior à aprovação em dois turnos nas duas casas, há a sua promulgação pelas respectivas casas. GONÇALVES, Bernardo Fernandes. 2014, p. 884-885.

advém do fato de que a Constituição aborda as grandes questões constitucionais de moralidade política. Assim, nada mais razoável de que a decisão sobre sua alteração exija procedimentos mais rigorosos⁴⁷². Inclusive, esses procedimentos visam a estabelecer mecanismos que desacelerem (funcionando como *slowing-down devices*)⁴⁷³ e resguardem a deliberação da decisão constituinte, para assim, inviabilizar ou dificultar eventual supressão da minoria pela maioria. Exatamente por ser um procedimento mais robusto de decisão legislativa que “é difícil considerar que as emendas aprovadas reflitam os anseios de maiorias ocasionais”⁴⁷⁴.

No entanto, com a sistemática atual de controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, a mudança constitucional que modifica o projeto constitucional de manifestação do poder constituinte originário, quando do poder de reforma, sofrerá novamente mudanças quando se tornam objeto do controle de constitucionalidade. Ao final, a leitura judicial tem supremacia sobre a leitura legislativa constituinte acerca da moralidade política da comunidade que envolve a mudança constitucional, de modo que é esta decisão que definirá as questões sobre os princípios morais da Constituição. Como essa mudança constitucional por decisão judicial da alteração da Constituição do poder constituinte de reforma em nosso olhar afronta completamente o ideal de autogoverno, deve ser essa espécie de controle um controle de constitucionalidade fraco.

É a decisão legislativa constituinte que deve ser a decisão que detém a autoridade final para determinar o sentido dos princípios morais e apresentar a solução nesse tipo específico de mudança constitucional de uma determinada comunidade política. A declaração de incompatibilidade, sem pronúncia de nulidade, tal como ocorre no modelo britânico, é um exemplo de instituto que permite a continuidade do discurso – **A₁** e atribui à decisão legislativa a autoridade para dar a palavra final sobre as controvérsias constitucionais – **A₂**, que são duas características que reconhecemos como indispensáveis para atribuir legitimidade ao instituto jurídico exótico do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

As normas constitucionais e, conseqüentemente, as emendas envolvem intrincadas questões de moralidade política, ou seja, descrevem padrões de

⁴⁷² MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 23.

⁴⁷³ WALDRON, Jeremy. 1999, p. 306.

⁴⁷⁴ MENDES, Conrado Hübner. 2008a, p. 25.

comportamentos pautados em princípios morais abstratos. Dessa forma, devem ser capazes de oferecer um discurso de fundamentação racional para que esse padrão de comportamento abstrato imposto seja considerado válido e legítimo para todos. Assim, a fundamentação discursiva sustenta o *dever-ser* enunciado abstratamente na emenda.

É importante “em termos democráticos, portanto, permitir que a questão não se feche, isto é, assegurar-se à minoria a possibilidade de dar continuidade ao discurso interrompido ou modificar a opinião da maioria com base em argumentos melhores”⁴⁷⁵. Nesse sentido, é razoável se sustentar que, em uma constituição analítica como a nossa, a corte continue com a possibilidade de enfrentar as questões sobre projetos de emendas constitucionais, mas que essas questões sejam enfrentadas dentro da mesma rodada procedimental de reflexão sobre elas. Nesse sentido, a corte reivindicaria para si uma atuação discursiva de ampliação da deliberação durante o mesmo momento histórico sobre a construção dos sentidos dos direitos morais em questão, sendo que esta deliberação apresentaria cinco benefícios:

- a) abordar o problema da debilitação legislativa e popular que preocupou muitos observadores do judicial review tradicional;
- b) fazer com que o discurso sobre direitos constitucionais se transforme, passando de um monólogo judicial para um diálogo institucional mais rico e mais equilibrado;
- c) aprimorar a legitimidade do papel dos tribunais por intermédio da criação de uma divisão de trabalho parcial a respeito da tarefa comum, e talvez inevitável, de se equilibrar, na jurisdição constitucional, direitos individuais e imperativos de política pública e
- d) reduzir a tensão entre a tutela judicial dos direitos fundamentais e a tomada da decisão democrática⁴⁷⁶.

A ampliação deliberativa por esse discurso que será construído por ambas as decisões, legislativa, judiciária, e, novamente legislativa, é determinante para a construção da fundamentação racional da vontade do povo sobre a inconstitucionalidade da emenda que foi objeto do controle. “Devemos conceber nossas instituições para reduzir o risco de erro, tanto quanto possível”⁴⁷⁷, principalmente para que não sejam proferidas decisões de grave violação aos direitos morais dos indivíduos. Nesse sentido, estabelecer que a decisão volte para o legislativo com a obrigação de que ele se vincule

⁴⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. 2002b, p. 317.

⁴⁷⁶ GARDBAUM, Stephen. 2010, p. 204.

⁴⁷⁷ DWORKIN, Ronald. 2010, p. 233.

ao discurso realizado pelo judiciário é uma forma de desenho institucional que reduz esse erro tanto quanto possível.

O discurso da decisão judicial sobre a Constituição e a definição dos princípios morais da decisão não recebe assim um *status* diferenciado e superior ao discurso legislativo para que se fundamente sua autoridade. Existe uma complementação entre eles a fim de aprimorar a deliberação, ou seja, não se sustenta mais a pressuposição de que uma instituição é mais capacitada para a proteção dos direitos do que a outra. O fato de os juízes serem responsáveis pela constante aplicação das leis e, conseqüentemente, da Constituição, não significa uma superioridade do discurso do judiciário sobre o Legislativo.

Desse modo, o discurso institucional imediato entre a decisão legislativa e a decisão judicial, materializado em um modelo decisório em que a decisão judicial não detém a palavra final – ao menos sobre as questões que foram objeto de uma emenda constitucional – contribui para a construção do discurso que sedimentará o significado das limitações constitucionais sobre o poder de reforma à constituição, e principalmente sobre os princípios morais que os estabelecem.

O controle de constitucionalidade deve atuar, portanto, como um *catalisador deliberativo*, que maximizaria a qualidade democrática da decisão⁴⁷⁸ e contribuiria para a construção de boas respostas para as questões coletivas⁴⁷⁹. Seria a decisão judicial uma decisão sem autoridade final, ou seja, sua atuação não promoveria o encerramento do discurso, mas a sua complementação dentro da mesma rodada procedimental para que a partir dele o legislativo decidisse. Apesar de se permitir a análise argumentativa sobre a inconstitucionalidade da emenda constitucional, não se reconheceria, assim, à Corte a autoridade para invalidá-la, de modo que não ela não pode deixar de aplicá-la no caso. A autoridade final estaria na decisão legislativa que viria posteriormente à decisão judicial do controle, o que demonstra que estamos na mesma direção de uma das sugestões da Proposta de Emenda Constitucional n. 33, que se refere à necessária aprovação do Congresso no caso de controle sobre emendas constitucionais. Este é o objeto da nossa última reflexão.

⁴⁷⁸ MENDES, Conrado Hübner. 2011, p. 212.

⁴⁷⁹ MENDES, Conrado Hübner. 2008b, p. 15.

6.5. O forte desacordo entre as instituições sobre a alteração da Constituição e a revisão popular: seria este um momento constitucional?

A proposta de Emenda Constitucional 33/2011 ganha destaque por pretender realizar três alterações no texto da Constituição. A primeira se refere à alteração do *quorum* para declaração de inconstitucionalidade do artigo 97 da CR/88, que passará a ser de no mínimo quatro quintos dos votos, sendo ampliado para nove ministros, ao invés dos seis exigidos atualmente⁴⁸⁰. A segunda é referente ao art. 103-A da CR/88, e passa a submeter o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação do Poder Legislativo. A terceira mudança, sobre a qual refletiremos, refere-se ao § 2º do art. 102 da Constituição, ao qual seriam acrescentadas três modificações:

§ 2º-A. As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia a consulta popular.

§ 2º-B. A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deveser ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

§2º-C. É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.

Propõe a emenda, portanto, a necessária aprovação do Congresso em caso de controle sobre emendas constitucionais. A decisão judicial nessa espécie de controle não teria mais efeito imediato, sendo que a decisão legislativa teria a autoridade final, somente prevalecendo a decisão da Corte se o Congresso continuasse omissivo. Além disso, caso depois de avaliar a argumentação da decisão judicial o Congresso se manifestar contrariamente a esta, a questão constitucional deverá ser submetida à consulta popular. A participação popular no exercício do poder, apesar de ser uma

⁴⁸⁰ Apesar de o nosso trabalho abordar emendas constitucionais, não é nossa pretensão analisar seu procedimento de criação e elaboração e sim refletir sobre o impacto que a proposta de emenda possui quando se torna objeto de controle de constitucionalidade e quais as inferências desse controle sobre a autoridade democrática dessa decisão de controle.

possibilidade prevista no parágrafo único do art. 1º da CR/88, raramente foi utilizada, de modo que o povo foi consultado pouquíssimas vezes. A última consulta se referiu à aprovação da Lei de n. 10.826/2003, estatuto do desarmamento, momento em que o povo rejeitou com 64% a proibição do comércio de armas de fogo⁴⁸¹.

A proposta de Emenda de n. 33 contém, nesse sentido, uma regra de competência que, embora mantenha no Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de pronunciar a inconstitucionalidade material de uma emenda à constituição, confere ao Legislativo a prerrogativa de revisar as decisões da corte e, na persistência de um desacordo entre os Poderes, convocar o povo para tomar a decisão final sobre a controvérsia constitucional.

Duas questões filosóficas pairam como pano de fundo da PEC 33/2011. A primeira refere-se ao reconhecimento da autoridade do Legislador para se pronunciar sobre a declaração de inconstitucionalidade das emendas, permitindo-se, após a decisão judicial que declara a inconstitucionalidade, o retorno do discurso sobre a controvérsia constitucional a este fórum. A segunda refere-se ao reconhecimento de que é o próprio povo quem detém autoridade final para decidir a questão caso a controvérsia sobre o significado da Constituição e dos princípios morais constantes na emenda perdurar mesmo após o diálogo entre as instituições. Analisemos a seguir cada uma delas.

Conforme aduzimos previamente no tópico anterior, benéfica será a proposta de reforma das instituições que vislumbre no discurso institucional imediato o procedimento adequado à resolução de profundos desacordos morais de emendas constitucionais que são objeto de revisão por controle. “Seria uma imposição da lógica elementar da autoridade: se não há acordo sobre determinado tema coletivo, algum procedimento decisório precisaria resolvê-lo”⁴⁸², devendo ser este procedimento o melhor possível. O melhor procedimento, nesse caso, é o processo discursivo democrático em que o poder político se transforma em direito legítimo por meio da aplicação do princípio da democracia, que é a fonte de legitimidade do processo legislativo e a fonte da autoridade da decisão final sobre a Constituição. O princípio da democracia visa a preservar o exercício da autonomia política, em um projeto de cidadania ativa. Como o povo é reconhecido como “portador de direitos, deve-se supor,

⁴⁸¹ Disponível em:

http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/09/140916_salasocial_eleicoes2014_controle_armas_jf_c

⁴⁸² MENDES, Conrado Hubner. 2011, p. 207.

por consequência, uma confiança na capacidade moral do indivíduo – sua capacidade de ser responsável quando há uma relação moral entre seus interesses e os interesses de outro(s)⁴⁸³. Assim, devemos fixar um procedimento em que o “quem” decide valoriza ao final o próprio povo – **Q₂**.

No caso especial do controle de emendas constitucionais, o objeto de análise da leitura judicial não será somente uma norma ordinária, mas uma norma fruto do poder de reforma que recebe pela natureza constituinte que a criou o mesmo *status* de norma constitucional. A natureza constituinte da norma não deveria exigir, então, uma legitimidade democrática maior para aquele que será o responsável por definir o que a Constituição e os princípios morais decorrentes da emenda significam?

A emenda modifica o texto da Constituição, mudando o projeto constitucional do constituinte originário. No entanto, caso o Supremo Tribunal Federal entenda que a emenda viola esse projeto constitucional de natureza constituinte, reconhecerá a sua inconstitucionalidade e estabelecerá novas bases para aquele projeto que se iniciou na Constituição. Assim, haveria um forte desacordo moral entre a leitura judicial e a leitura do legislador constituinte de reforma sobre as bases desse projeto constitucional. Como as instituições discordam sobre o que a Constituição significa, no que se refere à proposta da emenda, o que estaria em confronto seria “a melhor interpretação dos mesmos direitos e princípios fundamentais”⁴⁸⁴, ou seja, a melhor interpretação que reflita a leitura moral daquela comunidade de princípios em que se inserem.

No entanto, a decisão sobre a melhor definição do que seja a leitura moral da Constituição não é apenas uma questão que se relaciona ao seu conteúdo substantivo, de determinar que uma leitura é moralmente superior à outra, como na tentativa de justificação da autoridade das Cortes em seu conhecimento superior ou em seu alegado “notório saber jurídico”. Pelo contrário, somente por um processo discursivo em que a discussão pública se abre a todas as vozes potencialmente envolvidas e considera a todos como livres e iguais é que pode ser uma determinada leitura reconhecida como a melhor definição do que a Constituição significa. O melhor significado, portanto, é aquele que valoriza o povo em sua formação democrática – **Q₂**, que reconhece a legitimidade da sua autoridade (do próprio povo, nem de seus representantes e nem de

⁴⁸³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. VILLANI, André Almeida. Diálogos institucionais: a PEC/33 e o discurso jurídico no Legislativo e no Judiciário. In: Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI, 2013, Universidade Nove de Julho, São Paulo, p. 179-202.

⁴⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. 2002b, p. 254.

uma corte não-representativa) manifestada pela sua mobilização nas questões constitucionais. Noutras palavras, melhor é o significado – Q_1 que é construído pelo povo, em um momento em que a dimensão pragmática é imprescindível.

A importância da participação do povo na atribuição da autoridade da decisão ao constitucionalismo não é estranha à teoria constitucional. Ackerman, que valoriza a mobilização do povo, propõe uma concepção dualista de democracia, para distinguir os momentos em que essa mobilização seria realmente exigida. É por causa da mobilização do povo e da capacidade que este detém de atribuir legitimidade às instituições políticas que se reconhece, segundo Ackerman, a própria legitimidade da constituição. A partir de sua concepção dualista, o autor descreve, com base em sua análise da Constituição americana, a existência de duas classes distintas de decisões coletivas, uma decisão coletiva realizada pelo próprio povo – efetivamente tomada pelo povo – e uma decisão coletiva realizada pelos representantes do povo – pelo governo desse mesmo povo⁴⁸⁵.

A decisão coletiva efetivamente democrática é a do próprio povo, mas que é extremamente rara, somente acontecendo em momentos únicos e fundantes⁴⁸⁶ denominados por ele de *momentos constitucionais*. Estes momentos se caracterizam pela presença de condições específicas que integram um movimento político constitucional especial. O movimento constitucional precisaria, portanto, satisfazer três condições, enumeradas nas seguintes proposições:

- (1) Convencer, com seriedade distinta da normalmente requerida, um número extraordinário de pessoas da proposta normativa que a decisão abarca, ou seja, esse extraordinário número de cidadãos está “seguro da seriedade do assunto que se discute, uma seriedade maior do que das decisões políticas normais”⁴⁸⁷.
- (2) Proporcionar uma discussão deliberativa ampla que permite justas oportunidades a todos de expressarem a forma com a qual vislumbram a proposta, inclusive oportunidades para que os oponentes organizem suas forças e apresentem suas razões contrárias.

⁴⁸⁵ ACKERMAN, Bruce; ROSENKRANTZ, Carlos F. Tres concepciones de la democracia constitucional. In: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Investigación colectiva Del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 16.

⁴⁸⁶ WALKER, Neil. 2003, p. 3.

⁴⁸⁷ Ibidem, 1991, p. 16

(3) Por fim, convencer, assim, a maioria dos cidadãos a apoiar o mérito da proposta que foi discutido nas “instancias deliberativas previstas para a criação de uma norma de *status superior*”⁴⁸⁸.

Somente quando a decisão coletiva resultar dessas três condições especiais poderemos reconhecer a “mais alta legitimidade que se outorga às decisões tomadas pelo próprio povo”⁴⁸⁹. A decisão constitucional do *momento constitucional* se reveste de autoridade e cria uma norma de *status superior* (*higher lawmaking*⁴⁹⁰) porque “o poder do povo de estabelecer a Constituição é superior aos poderes legislativo e judiciário”⁴⁹¹.

Assim, a norma de *status superior* detém uma legitimidade democrática diferenciada, porque conseguiu vencer os obstáculos do curso oneroso e especial de sua elaboração, os quais são impostos pela democracia dualista⁴⁹².

A decisão coletiva do povo resulta, assim, de uma forte mobilização dos cidadãos com o reconhecimento da decisão pelo próprio povo, após serem apresentadas todas as razões, principalmente as contrárias. Para além da escolha dos seus representantes a mobilização do *momento constitucional* constitui o reconhecimento da autonomia dos próprios cidadãos, em que os reconhecem como autores do direito que dão a si mesmos, semelhante ao ideal habermasiano.

Somente quando ultrapassados esses obstáculos a decisão coletiva, com essa legitimidade mais expressiva, “ganha a autoridade para proclamar que o povo mudou de ideia e que está concedendo novas bases para a atuação dos seus governantes”⁴⁹³. Assim, a partir desses momentos o povo “altera legitimamente seus compromissos políticos e normativos”⁴⁹⁴.

Decisões coletivas dos governantes do povo para o povo, por sua vez, são diárias caracterizadas pelos períodos de política usual da democracia representativa. Denominados de *momentos atuais*, estes se diferenciam em muito dos *momentos constitucionais*. Não se caracterizam pelo amplo debate e mobilização popular e são legitimados por outras condições:

⁴⁸⁸ ACKERMAN, Bruce. *We the people. Foundations*. Cambridge, Massachusetts, London, England. 1993, p. 6.

⁴⁸⁹ ACKERMAN, Bruce; ROSENKRANTZ, Carlos F., 1991, p. 16

⁴⁹⁰ ACKERMAN, Bruce. 1993, p. 6.

⁴⁹¹ GRIFFIN, Stephen M, 2002, p. 10.

⁴⁹² ACKERMAN, Bruce. 1993, p. 6.

⁴⁹³ ACKERMAN, Bruce. 1993, p. 7.

⁴⁹⁴ ACKERMAN, Bruce. *La politica del dialogo liberal*. Tradução Castelhana de Gabriela L. Alonso Barcelona: Gedisa, 1999. p. 147.

- (1) São decisões tomadas por representantes que prestam contas, que são regularmente fiscalizados e que são responsabilizados por suas ações.
- (2) Que são obrigados, pela estrutura institucional, a terem uma visão ampla do interesse público, sem sofrerem a influência indevida e direta de grupos de interesses, que, inclusive são impedidos por lei de usarem do governo para obterem vantagens.
- (3) Por fim, representantes com mandato concedido pela vitória eleitoral, mas o qual não permite uma usurpação que derrube a decisão coletiva do povo realizada nos “momentos constitucionais” reconhecidos, a fim de não usurparem dessa autoridade delegada.

Portanto, a sua concepção dualista diferencia a norma constitucional superior das demais normas ordinárias. São dois caminhos legislativos distintos com exigências distintas de legitimidade. A Corte, então, teria autoridade de invalidar normas aprovadas pelos representantes quando estas não protegessem ou preservassem as grandes decisões que ocorrem nesses momentos, por não terem legitimidade para alterar o que foi consolidado pelo próprio povo na Constituição.

“Isso porque, nenhum representante do povo, em tempos de política ordinária, possui autoridade suficiente para falar integralmente em nome do povo; logo, não tem legitimidade para criar normas constitucionais, tampouco para alterar ou revogar a Constituição: esse papel é atribuído tão somente ao povo mobilizado (ideia de soberania popular)”⁴⁹⁵ (nosso grifo).

Quando a Corte declara inconstitucional uma norma ordinária inferior à Constituição, ou seja, de política ordinária dos momentos atuais, para Ackerman, o que se está a proteger é exatamente a vontade do povo do momento constitucional que legitimou a Constituição. No entanto, quando a Corte invalida uma emenda constitucional, também, estaria a proteger o *momento constitucional* anterior?

Alguns pontos sobre a proposta teórica de Ackerman precisam ser esclarecidos. A sua teoria se propõe a descrever a realidade norte-americana. No entanto, em sua descrição reconhece como *momentos constitucionais* somente três episódios históricos, a fundação da Constituição e a adoção do *Bill of Rights*, a reconstrução pós a Guerra

⁴⁹⁵ ACKERMAN, Bruce. 1993, p. 371-407.

Civil e o *New Deal*. O ponto principal é que nestes períodos a Constituição seria alterada sem a necessidade de utilização de meios formais, como o processo de emendas constitucionais. Apesar de terem sido aprovadas emendas posteriores a dois desses episódios, elas apenas integrariam a concretização desses momentos, não constituindo em si *momentos constitucionais*. Afirma o autor “por exemplo, na história estadunidense o dualismo reconhece as emendas constitucionais posteriores à guerra civil e ao New Deal do Presidente Rossevelt, como claros expoentes dos momentos constitucionais, em que o povo e não meramente o governo tomou as decisões políticas⁴⁹⁶”.

No entanto, seu diagnóstico nos parece muito restritivo, de que somente nesses casos teríamos uma produção legítima de uma norma superior (*higher lawmaking*). Griffin se posiciona inclusive nesse sentido, de que outros períodos de política constitucional importantes da história americana, também, teriam ocasionado mudanças fundamentais no sistema constitucional, e não somente esses três⁴⁹⁷. Assim, empiricamente, outros momentos seriam constitutivos de política constitucional.

Além disso, a dualidade que ele propõe, de igual modo, seria muito restritiva. Parece-nos ser um erro de diagnóstico em sua descrição a distinção tão categórica de política constitucional e política ordinária que, ainda, vincula a política constitucional somente a esses raríssimos momentos. No direito brasileiro, essa dualidade não é facilmente perceptível. Conforme expõe Gargarella, existem outros níveis de tomada de decisão, pois no mesmo âmbito da política constitucional ou ordinária, estas se distinguem por apresentarem planos diversos de comprometimento ou mobilização popular⁴⁹⁸.

Além disso, diferentemente de Ackerman, os sistemas jurídicos, inclusive o direito brasileiro, tendem a reconhecer as emendas constitucionais como política constitucional no sentido de que são reconhecidas com o mesmo *status* das normas da Constituição. Seriam, em certo sentido normas superiores (*higher lawmaking*) às demais normas ordinárias, mas sem se caracterizarem pelos elementos que constituem os momentos constitucionais. Podemos, então, responder à pergunta anterior. Quando a

⁴⁹⁶ ACKERMAN, Bruce. 1993, p. 2.

⁴⁹⁷ GRIFFIN, Stephen. M.2008, p. 60.

⁴⁹⁸ GARGARELA, Roberto. *La Justicia Frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Pensamento jurídico contemporâneo*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 158 e ss.

Corte invalida uma emenda, também, estaria a proteger o momento constitucional anterior?

Se essa fosse uma hipótese de controle de constitucionalidade possível para Ackerman, acreditamos que sua resposta seria no sentido de que a emenda, quando não embasada por um momento constitucional histórico, como nos casos citados, seria uma norma de política ordinária. Nesse sentido, não estaria a corte a decidir sobre momentos fundantes como o são os momentos constitucionais. Assim, se a sua leitura judicial da Corte sobre a emenda demonstrasse que esta viola o momento constitucional da Constituição, teria autoridade para lhe declarar a inconstitucionalidade.

Retornamos, novamente, ao ponto que refletimos no tópico anterior, quando concluímos que a leitura judicial sobre a moralidade política da comunidade não detém supremacia sobre a leitura do legislador constituinte de reforma, uma vez que, como Garbbaum propõe, a decisão judicial não se deve sobrepor a decisão razoável do legislador⁴⁹⁹. No mesmo sentido, a leitura judicial sobre o *momento constitucional* não deve ser reconhecida como dotada de supremacia sobre a leitura do legislador constituinte de reforma.

Apesar de entendermos, então, que a emenda constitucional não seria um momento constitucional, devido aos exigentes elementos que o constituem para Ackerman, acreditamos que a emenda não pode ser reconhecida como simples decisão de política ordinária. A emenda é um ato de política constitucional que aborda importantes questões de moralidade política da comunidade e, por isso, exige um potencial deliberativo maior no processo de reforma da Constituição, tanto que seu procedimento é mais rigoroso. Sendo assim, não poderia a Corte declarar a sua inconstitucionalidade de forma final sob o fundamento de proteção do *momento constitucional*, por cair esse argumento no mesmo problema anterior. Reconhecer que a emenda viola ou não o momento constitucional é uma questão de definir o que significa a Constituição – **Q₁**. Assim, não é um argumento apto a sustentar a autoridade da decisão judicial – **Q₂**. A decisão que deve definir com autoridade as questões morais da Constituição, nos casos em que houver explícita desavença entre os poderes (no caso, entre o constituinte reformador e a corte constitucional) deve ser a decisão legislativa.

⁴⁹⁹ GARDBAUM, Stephen. 2013.

Assim, após a reflexão sobre o primeiro ponto de fundo filosófico da proposta da PEC 33, encerramos nosso trabalho com a análise do segundo ponto.

Caso a controvérsia sobre o que significa a Constituição e os princípios morais constantes na emenda perdure no discurso imediato entre as instituições, a proposta da PEC determina que o próprio povo detenha autoridade final para decidir sobre essa controvérsia. Nesse caso, mesmo após grande e profunda discussão deliberativa continuará a existir um forte desacordo entre as instituições sobre a alteração por emenda da Constituição. Não seria esse um momento de forte embate sobre o que a Constituição significa apto a exigir uma legitimidade maior para a definição da alteração da norma constitucional? Poderíamos antecipar as características que definem o *momento constitucional* e assim exigir a legitimidade pura que este exige?

Como a proposta de Ackerman foi descrever a realidade americana, o autor analisou períodos que já se passaram e consolidaram as mudanças no sistema constitucional. Assim, saber se um momento é um *momento constitucional* depende do seu desfecho histórico. “Tudo depende de ‘esperar para ver’, o que pode ser uma resposta insatisfatória”⁵⁰⁰ para uma teoria normativa que pretende analisar se um momento constituirá ou não um *momento constitucional*.

No caso do discursivo institucional imediato entre a decisão legislativa e judicial teremos uma hipótese de convencimento com seriedade distinta da normalmente requerida. Diante da controvérsia sobre os profundos desacordos morais, a decisão legislativa que desafia uma decisão judicial (por exemplo, no caso da PEC 33, a decisão legislativa de submeter o conteúdo de uma decisão da corte a uma revisão por referendo popular) tem o ônus argumentativo maior de enfrentar as questões de princípio que foram levantadas deliberativamente pela decisão judicial. O próprio debate oficial entre as instituições, promovido nas sessões legislativa ou de julgamento da Corte, consolida a deliberação e estimula algum tipo de constrangimento pelos argumentos que não encarem as questões de princípios. O legislativo, então, irá fundamentar a sua decisão com maiores cautelas do que teria diante de decisões políticas normais.

A corte passa, então, a desempenhar na máxima medida o seu papel de *interlocutor* no debate político como “fórum de princípio”, no sentido de Dworkin⁵⁰¹, devido à fundamentação racional que for capaz de prover. Estaríamos, portanto, num

⁵⁰⁰ WALKER, Neil. 2003, p. 8.

⁵⁰¹ DWORKIN, Ronald, 2002, p. 36.

cenário institucional o mais próximo possível da ideia habermasiana de que na ação comunicativa prevalece a “força sem coerção dos melhores argumentos”⁵⁰². Além disso, a deliberação resultante do discurso institucional imediato será consideravelmente ampla, de modo a garantir amplas e justas oportunidades, nas duas instituições, inclusive para aqueles que se posicionem de forma contrária aos posicionamentos levantados.

Estariam, então, satisfeitas as duas primeiras condições do movimento político diferenciado que constitui os *momentos constitucionais*. Teríamos uma discussão com seriedade distinta da normalmente utilizada em política ordinária, no sentido da construção de um discurso de fundamentação racional sobre os princípios morais com um nível de comprometimento maior e teríamos uma discussão deliberativa ampla com justas oportunidades a todos para expressarem suas razões. A terceira condição foi assim redigida: “Convencer, assim, a maioria dos cidadãos a apoiar o mérito da proposta que foi discutido nas ’instancias deliberativas previstas para a criação de uma norma de *status superior*”⁵⁰³.

Nesse ponto, caso a PEC 33/2011 seja aprovada, a sua aplicação se aproxima em importante medida os princípios que Ackerman quis proteger por meio da sua noção de momentos constitucional. O mérito da emenda terá sido discutido em ambas as instituições, tanto legislativa quanto judiciária e novamente, em réplica, no legislativo. Com essa ampla deliberação, por meio da concepção discursiva de democracia, se tornará possível a avaliação racional da moralidade política subjacente à proposta de emenda.

Os discursos que fundamentam as decisões, judicial e legislativa, permitirão, assim, que os argumentos levantados sejam tensionados deliberativamente na esfera pública, acessível a todos. A pretensão de universalidade dos argumentos será igualmente e intersubjetivamente criticável. O discurso racional que perpassa a construção da decisão sobre a inconstitucionalidade da emenda permitirá, desse modo, o entendimento e o convencimento sobre esta.

Diante da inafastabilidade dos desacordos, a decisão sobre a emenda pode não ser, e provavelmente não será, resultado de um acordo propriamente dito a gerar pleno convencimento. Sem embargo, encontrará mais chances de ser uma decisão que resulte

⁵⁰² HABERMAS, Jürgen. 2005, p. 202-203.

⁵⁰³ ACKERMAN, Bruce. 1993, p. 6.

do entendimento entre os que dela participam. Entendimento este que decorre da ampla deliberação que compôs o discurso institucional, por meio do qual o indivíduo poderá “assumir uma posição refletida e deliberada quanto às próprias crenças, desejos, valores e princípios”⁵⁰⁴.

O discurso na esfera pública se tornará o meio pelo qual a emenda será construída intersubjetivamente, tornando possível um convencimento de grande impacto, apesar de não ser pleno. A deliberação nesse espaço se torna um correlato da participação no processo legislativo democrático, ou seja, nossa proposta é pela compreensão da existência de uma esfera pública densa que parte exatamente do dissenso existente⁵⁰⁵. Como afirma Muller “não existe nenhuma democracia viva sem espaço público. Ele é o espaço do povo”⁵⁰⁶. Acrescenta

“Nele oscilam os processos informais da sua participação política, na qual podem apoiar-se aqueles formais de participação: para tornar o povo identificável, abrindo-lhe espaço para que ele se crie – atuando em situações concretas, diante de problemas concretos”⁵⁰⁷.

A esfera pública, portanto, é elemento estrutural da legitimidade democrática do exercício do poder constituinte de reforma integrado à sua avaliação instrumental pelo controle de constitucionalidade. Ela é responsável por estabelecer “uma dimensão com a qual a autoridade constituída é sempre obrigada a confrontar-se”⁵⁰⁸, uma vez que a crítica pública obriga a questionar a maneira pela qual se fundamentará a alteração da Constituição.

O povo, portanto, como poder constituinte constante, como agente ativo criador e responsável pelas mudanças constitucionais⁵⁰⁹, continua a atuar ativamente quando da reforma do texto constitucional. O cidadão insere-se na esfera pública e através dela busca atingir um entendimento sobre as questões controversas através de uma cultura do discurso (*culture of discourse*)⁵¹⁰.

⁵⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Org.de Patrick Savidan e tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.15.

⁵⁰⁵ NEVES, Marcelo. 2001, p. 132.

⁵⁰⁶ MULLER, Friedrich. 2000, p. 132

⁵⁰⁷ Ibidem. 2000, p. 132.

⁵⁰⁸ DUSO, Giuseppe (Org.). *O poder*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 255.

⁵⁰⁹ GRIFFIN, Stephen. M. 2008, p. 49.

⁵¹⁰ MARMOR, Andrei. 2007, p. 85.

Assim, teríamos a hipótese de uma cidadania fortemente mobilizada, como descreveria Ackerman que se relaciona diretamente como “aspecto performativo do princípio da democracia que permite transformar os destinatários das normas jurídicas em seus atores”⁵¹¹. Diante do impasse do desacordo o povo seria chamado a se mobilizar para decidir sobre a controvérsia da política constitucional referente a eventual inconstitucionalidade de emenda.

Por esses motivos, conseguimos ver certa semelhança com a caracterização do momento que a PEC33 procura regulamentar como um *momento constitucional*, por ser este um momento específico e distinto, em que duas instituições continuam a apresentar fortes desacordos sobre a alteração da Constituição por emenda. Exigiria, assim, uma legitimidade maior para a sua produção normativa, uma vez “que a última autoridade constitucional é do povo e que o povo tem a autoridade para mudar os princípios mais substanciais da Constituição”⁵¹².

Seguindo novamente a análise de Marmor⁵¹³, na primeira fase do processo decisório, a deliberação terá sido a mais substantiva possível, de forma a melhorar a qualidade da legislação, mas, principalmente, de forma a aperfeiçoar a compreensão dos cidadãos. A deliberação que resulta desse discurso institucional viabiliza um processo de entendimento e convencimento em grande escala, capaz de consolidar profundamente que o povo mudou de opinião.

A PEC 33, portanto, reconhece como relevante a atuação de ambas as instituições e, principalmente, do povo no reconhecimento pela esfera pública da mudança constitucional que sofrerá a Constituição, por isso propõe a consulta popular. Na fase de deliberação, teríamos uma forte atuação das instituições, enquanto que na fase de decisão propriamente dita, teríamos uma participação política direta do povo. É o, povo, então quem “determina a base sobre a qual ele será governado, e (...) o conteúdo geral de suas leis. O povo faz tudo isso ao agir, votar e deliberar como iguais”⁵¹⁴. Os cidadãos exercem melhor a sua responsabilidade moral de cidadania quando as questões relativas aos princípios morais da Constituição são inseridas na esfera pública, e não quando desta são retiradas para serem atribuídas à Corte, como se

⁵¹¹ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. 2006, p. 67.

⁵¹² ACKERMAN, Bruce; ROSENKRANTZ, Carlos F. 1991, p. 22.

⁵¹³ MARMOR, Andrei. 2003, p. 17.

⁵¹⁴ WALDRON, Jeremy. 2008, p. 680.

elas fossem intérpretes privilegiados para decidir questões de princípio⁵¹⁵. A “desculpa da incapacidade dos cidadãos brasileiros de exercerem a sua cidadania”⁵¹⁶ não deve continuar a sustentar o seu afastamento das questões constitucionais importantes pelas quais passam a sociedade brasileira. A alteração por meio de emenda dos princípios morais da Constituição “pertence ao povo, de modo suficientemente robusto para levantar questões sobre a doutrina do controle de constitucionalidade”⁵¹⁷.

Por fim, o texto da proposta não esclarece qual seria o procedimento para a consulta popular, se o previamente previsto, no caso o referendo (art. 14, CF/88), já que posterior à promulgação e debate da emenda, ou se seria necessária a criação de outro procedimento mais adequado. Apesar de não estarmos tão seguros quanto ao procedimento do referendo, a reflexão de pano de fundo sobre a sua regulamentação é que percebemos a grande necessidade da criação de instâncias participativas para esse caso especial de controle de constitucionalidade de emendas. O que se defende é uma maior interação entre as instituições e destas com o povo por meio da esfera pública. Aparentemente, mesmo que não seja totalmente satisfatório, o referendo permitiria que cada cidadão exercesse a sua responsabilidade moral de cidadania quanto às questões relativas aos princípios morais da Constituição.

A ampla e vasta gama de argumentos que foi ofertada durante o discurso institucional imediato integra abertamente a esfera pública para que cada cidadão reflita sobre eles, antes de realizar uma escolha. A deliberação do discurso imediato entre as instituições promove, assim, uma base substancial profunda para que a decisão sobre a constitucionalidade da emenda seja reflexivamente revista pelo próprio povo antes deste manifestar o seu “sim” ou o seu “não” pelo referendo.

Ao encontro do sentido performativo do projeto constituinte de Habermas, a Constituição se abre a um processo em que exerce sua autoridade continuamente, reconhecendo a capacidade do povo de corrigir a si próprio no exercício do poder. O titular do poder constituinte é o povo e este legitima a autoridade continuamente pelo processo discursivo da Constituição quando a reconhece como dotada de autoridade em cada momento histórico. De igual modo ocorrerá no caso do referendo. Por meio desse

⁵¹⁵ DWORKIN, Ronald. 1996, p. 344.

⁵¹⁶ CATTONI de OLIVEIRA Marcelo de Andrade. *Uma reflexão sobre o sentido do projeto constituinte no Estado Democrático de Direito no marco da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. Apresentação de Trabalho/Comunicação, CONPEDI Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/marcelo_andrade_cattoni_de_oliveira.pdf, p. 7011.

⁵¹⁷ WALDRON, Jeremy. 2000, p. 55.

procedimento o povo legitimará com sua decisão a constitucionalidade ou não da emenda constitucional diante de profundos desacordos morais. “As pretensões de validade constituem o ponto de convergência para o reconhecimento intersubjetivo por parte de todos os participantes no ato de comunicação, desempenhando uma função pragmática na dinâmica da oferta dos atos de fala e da tomada de posição do ouvinte através do seu “sim” ou “não”⁵¹⁸. Dessa forma, a fundamentação racional dos argumentos levantados sobre a eventual inconstitucionalidade da emenda são reconhecidos intersubjetivamente pelo povo, que em sua integralidade deve participar desse debate. O discurso institucional imediato promoveria uma forte mobilização dos cidadãos para que o povo refletisse sobre as pretensões de validade levantadas. Assim, a partir de uma postura reflexiva sobre estes argumentos, o povo terá condições suficientes para decidir e encerrar o discurso institucional realizado. Ao final, por causa das circunstâncias da política, ante a necessidade pragmática de se decidir, o povo oferta uma tomada de posição através do seu “sim” ou do seu “não”.

Desse modo, na primeira fase da decisão, na fase de deliberação que antecede a manifestação dos votos, teríamos a igualdade de *influência* e a justificação instrumental da Corte. Enquanto que na segunda fase, na fase da decisão propriamente dita, haveria uma distribuição equânime concreta do poder real de decidir para o povo. Nesse sentido, o povo, e não os juízes ou os legisladores, que, diante dos argumentos vastamente apresentados, decidirão com autoridade final. O retorno ao povo satisfaria a igualdade de *impacto* e a forte legitimidade democrática que se exige quando da construção desse *momento constitucional*, para que assim seja legítima a alteração realizada na Constituição em seus compromissos normativos.

O ponto principal é que seja instituído um procedimento participativo com o reconhecimento real de que os indivíduos são agentes morais autônomos e que, portanto, estes podem exercer concretamente o poder decisório. O autônomo julgamento das pessoas sobre os argumentos disponibilizadas pela deliberação do discurso institucional imediato deve prevalecer ao final da discussão sobre a emenda constitucional como a decisão dotada de autoridade dentro dessa mesma rodada procedimental.

Nesse tópico final, então, procuramos contextualizar, ainda mais, o debate travado sobre a legitimidade da autoridade da decisão judicial no controle de

⁵¹⁸ HABERMAS, Jürgen. 1996, p. 121.

constitucionalidade e demonstrar que a PEC 33, também, apresenta importantes reflexões filosóficas sobre a forma como deve ser compreendida a supremacia constitucional ante o exercício da autonomia política de um projeto constituinte de uma cidadania ativa do povo.

— CONCLUSÃO —

A ideia da permanência e estabilidade de uma Constituição constituída pelo povo fundador, constituinte, diante da possibilidade de mudanças constitucionais pelo povo atual que a reinterpreta e a reconstitui, tanto por meio de reformas em seu texto quanto por via de controle, pode conduzir a grandes impasses quanto à legitimidade da autoridade das decisões responsáveis por essas mudanças.

Com esses impasses em mente, a primeira reflexão que tivemos foi que em uma democracia o povo deve participar do exercício do poder. Ao indivíduo, que integra o povo, é reconhecido o livre exercício de sua autonomia para o reconhecimento da possibilidade de ele próprio dar leis a si mesmo. A lei, então, é dotada de autoridade por resultar de uma decisão legislativa que manifesta a vontade do corpo político do povo. O fundamento da autoridade está no próprio indivíduo, no compromisso que ele assumiu de submeter-se à decisão legislativa tomada. Nessa perspectiva, os indivíduos são autores e destinatários das normas que eles mesmos instituem.

O ideal republicano de autogoverno, segundo o qual cada indivíduo é tido como seu próprio governante, é reconstruído, por sua vez, na concepção de autonomia política de Habermas, por meio do princípio da democracia dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito. O único direito que é capaz de reivindicar a autoridade que ele reclama é o direito com legitimidade democrática. Uma norma é dotada de autoridade quando produzida por um procedimento discursivo que assegura condições democráticas para a formação da vontade do povo em que o próprio povo é levado a sério para participar da decisão.

A concepção discursiva de democracia reconhece no sistema de direitos (direitos fundamentais) os pressupostos para o reconhecimento do direito (da manifestação da soberania popular) e reafirma a importância da dimensão deliberativa proveniente do discurso institucionalizado. A teoria do discurso impõe, nesse sentido, a institucionalização jurídica de procedimentos discursivos para mudanças constitucionais. Apesar de continuarmos a reconhecer em Rousseau a titularidade do poder ao povo, em Habermas percebemos uma concepção mais robusta de cidadania que incorpora uma dimensão discursiva ao processo legislativo democrático de reconhecimento da titularidade do povo.

Após refletirmos sobre a legitimidade da autoridade do poder e do direito, aprofundamos o estudo sobre a legitimidade da autoridade da Constituição. A partir da reflexão sobre a nuvem constitucional, que se manifesta pelos pré-comprometimentos da Constituição, abordamos a problematização dos limites impostos à vontade do povo. Concluimos que o poder constituinte deve ser relido dentro de uma perspectiva constitucional reconstrutiva a partir da concepção discursiva de democracia. Consequentemente, o fundamento da autoridade da Constituição é a vontade do povo, que se constrói continuamente. Assim, a autoridade da Constituição é constantemente renovada, sendo reconhecida na prática social pelo próprio povo, que é o fundamento da natureza constituinte desse poder. Existe, então, um pré-comprometimento com a sua autoridade que inclusive se manifesta na presunção de constitucionalidade das normas, mas que é reflexivamente revista. O titular do poder constituinte, o povo, legitima a autoridade continuamente pelo processo discursivo da Constituição quando a reconhece como dotada de autoridade em cada momento histórico. É exatamente essa relação entre povo e supremacia constitucional que buscamos reconstruir ao longo do trabalho para fundamentarmos o não reconhecimento da autoridade da decisão judicial que revisa uma emenda que altera a Constituição mesmo diante de profundos desacordos morais.

Delimitamos duas questões como sendo as questões do coração do debate sobre a legitimidade da autoridade da decisão judicial do controle de constitucionalidade: o que a Constituição significa quando das mudanças constitucionais – **Q₁** e quem decide esse significado – **Q₂**.

A partir do crescimento da judicialização da política, a atuação da Corte na definição dos princípios morais cresceu consideravelmente, interferindo de forma direta na construção do significado da Constituição – **Q₁**. Consequentemente, forte foi a aproximação entre os campos do direito e da moral, uma vez que os princípios morais são intrínsecos ao processo político de mudanças constitucionais e, assim, de igual modo, intrínsecos ao controle de constitucionalidade de emendas que se realiza no sistema jurídico brasileiro.

Reconhecida a influencia da moral no direito, determinamos que a leitura moral da Constituição se relaciona diretamente com as ideias de integridade e moralidade política, refletindo o compromisso de uma aplicação do direito com responsabilidade, com o dever de se buscar a melhor definição desses princípios morais.

Essa situação ganha contornos dramáticos nas ocasiões em que surgem desavenças irreconciliáveis entre o Parlamento e o Judiciário sobre a interpretação dos princípios fundamentais da Constituição, como ocorre nos casos de declaração de inconstitucionalidade material de emendas constitucionais.

A decisão judicial que revisa a mudança da Constituição se caracterizará por erigir uma pretensão de fundamentação discursiva que inclui uma pretensão de racionalidade moral, isto é, de estar fundada na melhor interpretação possível dos princípios constantes na Constituição e aduzidos como fundamento da emenda constitucional. A emenda constitucional, por outro lado, tem o sentido ilocucionário de uma norma que adquire *status* constitucional com a sua promulgação. O legislador constituinte reformador, ao promulgá-la pelo laborioso processo legislativo estabelecido pela Constituição, erige o mesmo tipo de pretensão de correção e fundamentabilidade para a emenda que ele põe em vigência.

Caso a fundamentação racional apresentada pelo legislador constituinte reformador não seja considerada pela Corte suficiente para que se mantenha o reconhecimento de sua constitucionalidade, a emenda será invalidada quando da análise do controle de constitucionalidade.

Assim, tanto a decisão legislativa como a decisão judicial que realiza esse controle apresentam um discurso de fundamentação racional. No entanto, nos casos de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, que constituem o cenário mais forte que se pode imaginar de *judicial review*, teremos um *embate* entre as pretensões que são levantadas discursivamente na decisão legislativa que realiza a emenda e na decisão judicial que realiza o controle. A questão de autoridade para estabelecer o que a Constituição significa se manifesta de forma ainda mais grave, e leva à seguinte indagação: como definir qual dentre estas deverá ser reconhecida como dotada de autoridade?

De acordo com o senso comum existente entre os juristas brasileiros e com a maioria da doutrina constitucional em nosso país, a leitura moral seria uma exclusividade da decisão judicial, de modo que tanto a decisão legislativa quanto a premissa majoritária não respeitariam os elementos que a constituem e, por isso estaria justificada uma desconfiança quanto a essa decisão. Parte-se da premissa de que seria menos perigoso confiar a um órgão de juízes a função de conservar os direitos morais do que delegá-la aos cidadãos e seus representantes.

Embora Dworkin jamais tenha ousado imaginar um sistema de controle de constitucionalidade de emendas à Constituição, os principais argumentos em favor dessa posição podem ser extraídos da defesa que ele provê para que o Judiciário detenha a última palavra para interpretar a Constituição. A leitura moral da Constituição, para Dworkin, relaciona-se à sua concepção constitucional de democracia, que se fundamenta em três elementos: (1) a decisão coletiva comunal; (2) a filiação moral dos indivíduos à decisão tomada e (3) a ideia de que a Corte seria o *fórum* apto a preservar o direito como integridade com a vinculação a argumentos de princípio.

No entanto, a leitura moral proposta por Dworkin dá a supremacia judicial como “assentada” e se preocupa apenas em estabelecer uma postura interpretativa para determinar o que a Constituição significa, e não em problematizar sobre quem deve nos dizer o que ela significa. Nesse sentido, sua proposta teórica estaria preocupada apenas com a nossa primeira questão, sobre qual a melhor definição acerca do que a Constituição significa – Q₁. Em relação a essa primeira questão, vimos que os princípios morais subjacentes à mudança constitucional por emenda podem ser racionalmente fundamentados por meio de discursos em que se erigem pretensões de correção no sentido de Habermas. Se a norma está sujeita a interpretações distintas importa, então, estabelecer qual delas melhor se ajusta aos direitos morais dos indivíduos. Assim, a decisão judicial deve fundamentar racionalmente a sua escolha a partir de uma visão densa de argumentos de princípio. Nesse sentido, segundo essa proposta de leitura moral da Constituição, é a argumentação com vistas à fundamentação racional no *fórum* de princípio que justifica a autoridade *final* da decisão judicial.

No entanto, não é incontroverso que a Corte Constitucional deva ter esse tipo de autoridade para estabelecer a palavra final sobre o conteúdo da Constituição por meio do controle de constitucionalidade de emendas. Por que não entregar a leitura moral aos representantes, na decisão do legislador constituinte de reforma, ou até mesmo ao povo? Por que pensar que a única ou a “melhor” leitura moral da Constituição é sempre a decisão judicial? A supremacia judicial, mesmo em sede de Emendas à Constituição, é a forma correta de proteger a Constituição?

O reconhecimento da Corte como *fórum de princípio* por excelência, portador da melhor leitura moral da Constituição, desconsidera a capacidade do legislador constituinte reformador de fundamentar sua decisão, também, com integridade e com

argumentos de princípio e, ainda, acaba favorecendo uma *leitura judicial* dos princípios morais constantes na moralidade política.

Essa situação se agrava mais ainda quando, no Brasil, os argumentos de Dworkin são percebidos como uma verdade incontestável capaz de vindicar o tipo de controle de constitucionalidade mais forte e invasivo que se pode imaginar: o controle de constitucionalidade das próprias emendas à Constituição. Em nome de uma “concepção constitucional de democracia”, que em seus efeitos vai muito além do que Dworkin sonhou imaginar, defende-se uma aristocracia de toga que tem muito pouco respeito pelos desacordos razoáveis que existem em qualquer democracia.

Como não defendemos a existência de uma relação lógica entre a autoridade da Constituição e a autoridade da decisão judicial em sede de controle de constitucionalidade, de igual modo não defendemos a supremacia da *leitura judicial* da Constituição que é viabilizada pelas práticas jurídicas existentes em nosso sistema, as quais estão baseadas na premissa de que as cortes constitucionais são necessariamente mais qualificadas para decidir questões de princípios. Acreditamos que esse não é um argumento apto a sustentar que a decisão judicial da Corte deva ser a decisão que necessariamente detém autoridade final sobre as mudanças da Constituição.

Sem embargo, como a moralidade política é profundamente controversa, há que se conceder, ao menos para efeito de argumentação, que mesmo se o legislador fundamentar racionalmente a sua decisão o discurso da leitura moral da Constituição poderá não ser suficiente para consolidar um acordo substancial de convencimento e adesão às razões que foram apresentadas por ele ou, até mesmo, pela decisão judicial. A leitura moral eventualmente leva à existência de um *desacordo razoável* sobre a resposta correta para o caso, sendo que o próprio Hércules também ficaria entre essas respostas razoáveis existentes.

Ao encontro de Habermas, observamos que quanto mais complexa a sociedade, maior a intensidade em que se reproduz a diversidade das formas de vida, de modo que profundos desacordos morais se tornam intrínsecos às sociedades complexas, o que faz com que surja esse desacordo razoável sobre a resposta correta. Assim, diante do constante desacordo sobre as pretensões que forem levantadas discursivamente, como definir qual dentre as fundamentações racionais dos princípios morais da Constituição deverá ser reconhecida como moralmente válida ou como fundamentada em argumentos de princípio?

O grande ponto é que mesmo diante da persistência, durabilidade e inafastabilidade desses desacordos, os quais são intrínsecos às mudanças constitucionais, precisamos agir coletivamente e precisamos de uma decisão coletiva que defina as bases de nossa ação comum, assim como os princípios morais que regem essas bases. Exatamente por nos depararmos com decisões conflitantes sobre quais serão essas bases é que a teoria democrática constitucional precisa ser complementada com uma teoria da autoridade. É a partir de uma teoria da autoridade que se torna possível a imposição a todos do dever de aceitarem a decisão tomada, mesmo que dela discordem substancialmente. Precisamos, portanto, determinar quem detém o poder de decidir o que a Constituição significa em uma mudança constitucional e quais devem ser os procedimentos democráticos que resguardam esse poder àquele a quem foi conferida a autoridade.

Nesse ponto, abordamos a reflexão acerca dos pré-comprometimentos contidos na Constituição, que nos remete à reflexão sobre a dimensão institucional das Democracias Constitucionais contemporâneas, que concedem a um terceiro agente (as Cortes) o poder para reconhecer os limites desses compromissos. Assim, conectamos toda a construção habermasiana da teoria do discurso para a definição do que significa a Constituição (**Q₁**) à verificação de quem deve ser o agente a receber com autoridade esse seu significado (**Q₂**). Quem deve reconhecer o sentido da Constituição que fundamentou racionalmente a aplicação dos princípios morais objeto dos pré-comprometimentos do povo?

No caso do controle de constitucionalidade de emendas à Constituição, essa pergunta ganha contornos específicos que a fazem ainda mais relevante. A emenda modifica o texto da Constituição, mudando o projeto constitucional do constituinte originário. No entanto, caso o Supremo Tribunal Federal entenda que a emenda viola esse projeto constitucional de natureza constituinte, reconhecerá a sua inconstitucionalidade e estabelecerá novas bases para aquele projeto que se iniciou na Constituição. Assim, haveria um forte *desacordo moral* entre a leitura judicial e a leitura do legislador constituinte de reforma sobre as *bases* desse projeto constitucional, de modo que as instituições manifestariam seu desacordo sobre o que a Constituição significa. Como não defendemos a supremacia da *leitura judicial*, acreditamos que esse não é um argumento apto a sustentar que a decisão da Corte deva ser a decisão que

necessariamente detém autoridade final sobre as mudanças da Constituição por emendas.

Constantemente ligamos o povo à autoridade da decisão sobre a Constituição. Mas, qual a justificativa moral para se atribuir ao povo, no sentido de se atribuir de forma equânime a cada indivíduo, a autoridade do poder? Porque é tão importante que o povo participe e delibere sobre a decisão política?

A vontade do povo estava na raiz da legitimidade da autoridade da Constituição e da ordem constitucional que dela emanava. Por isso, estamos inseridos na tradição republicana de autogoverno, de uma visão normativa de democracia segundo a qual cada indivíduo deve ser tido como seu próprio governante. Uma norma somente é válida e dotada de autoridade quando produzida por um procedimento discursivo que assegure condições democráticas para a formação da vontade e reconheça a titularidade da autoridade do direito e da Constituição no próprio povo. A proposta habermasiana da legitimidade democrática da autoridade do direito intenta a consolidação de um projeto civilizatório em que a autonomia política do indivíduo concretiza a sua emancipação por meio do exercício da cidadania. A participação na esfera pública viabiliza a inclusão de cada cidadão no processo de tomada de decisão. Desse modo, constitui uma proposta de engajamento popular na deliberação sobre os interesses públicos e, conseqüentemente, sobre os desacordos morais da mudança constitucional por emenda.

Essa dissertação apresentou, assim, a seguinte proposta normativa para uma teoria sobre a autoridade da decisão judicial que realiza a revisão de emenda constitucional que integra o processo político de mudança da Constituição: há não apenas a necessidade, mas um *fundamento moral* para a *ampliação discursiva e participativa* do povo na decisão final sobre a mudança constitucional em sede de reforma por emenda, que é crucial para que essa decisão seja dotada da autoridade moral que o direito reivindica para si.

Apenas se se tomar esse princípio a sério é que o poder constituinte passará a se conectar diretamente com o povo, a partir de uma reconstrução da ligação entre este e a Constituição. Essa reconstrução somente é possível se a concepção de Estado de Direito se encontrar diretamente ligada à sua concepção de democracia. No entanto, muitas vezes o reconhecimento da titularidade do poder constituinte ao povo é desconcertante, haja vista a *desconfiança contínua e implícita das teorias*

constitucionais que, apesar de retoricamente reconhecerem o povo como fundamento da autoridade do poder, do direito e da Constituição, *não reconhecem esse mesmo povo como o seu real intérprete final*. Assim, o risco democrático de que não haja poder constituinte do povo no controle de constitucionalidade de emendas é evidente.

A concepção discursiva de democracia aqui oferecida, portanto, pretende reconsiderar essa superioridade da decisão judicial e priorizar o ideal normativo de que os cidadãos que integram o povo sintam-se, concomitantemente, como autores e destinatários das normas, o que implica um olhar diferenciado para essa correlação entre Q_1 e Q_2 . Q_1 depende intrinsecamente de Q_2 , ante à valorização da autonomia política dos cidadãos no processo discursivo de reforma da Constituição, principalmente, por causa da natureza constituinte que se manifesta nessa forma de mudança constitucional. Acreditamos com Ackerman, que a resposta a Q_1 só pode ser construída sob a premissa de que o *povo* é a *autoridade final*, de modo que a resposta a ser engendrada para Q_2 deve considerar as *implicações normativas* de se reconhecer essa autoridade ao *povo* e não o contrário.

Ao final, defendemos que o controle de constitucionalidade de emendas deve ser visto a partir da concepção de *democracia de direitos* de Griffin, a qual reconhece a importância dos direitos constitucionais e dos princípios morais, mas reconhece também que *todos os Poderes*, de igual modo, estão empenhados e conseguem em maior ou menor medida proteger esses direitos morais. A concepção de *democracia de direitos* objetiva *desconstruir* a pressuposição indemonstrada de que a decisão judicial é a melhor decisão sobre o que a Constituição significa, no sentido de que a Corte detém a autoridade (Q_2) porque é ela quem saberia melhor o que a Constituição significa (Q_1).

Levar os direitos a sério significa levar cada indivíduo a sério enquanto detentor de compreensões acerca dos direitos, de modo que retirar a *responsabilidade* pela decisão final do legislativo e do próprio povo enfraquece a capacidade política destes. Nesse sentido, nossa premissa fundante é a ideia do *povo* como poder constituinte constante, como agente ativo criador e responsável pelas mudanças da ordem constitucional. A legitimidade do poder constituinte advém do povo, de modo que realmente é o povo quem legitima a autoridade do poder, do direito e da Constituição. De igual modo, será o povo quem legitima a mudança constitucional por via de emenda.

Para a construção dessa defesa nos espelhamos no modelo do Reino Unido, com seu modelo de *judicial review* que prevê para as cortes o poder de emitir uma declaração de incompatibilidade com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas reserva para o Parlamento a palavra final sobre a validade dos atos jurídicos incompatíveis. A declaração de incompatibilidade, sem pronúncia de nulidade, é um exemplo de instituto que permitiria a continuidade do discurso e atribuiria à decisão legislativa a autoridade para dar a palavra final sobre as controvérsias constitucionais. É um exemplo bem-sucedido de que é possível, ao menos do ponto de vista normativo, desassociar as ideias de “supremacia dos direitos” (ou, idealmente, da Constituição) e “supremacia judicial”, defendendo a primeira e criticando a segunda.

Defendemos a ampliação deliberativa para a construção de um discurso por ambas as decisões, legislativa, judiciária, e, novamente legislativa, por acreditarmos que o discurso institucional imediato é determinante para a construção da fundamentação racional da vontade do povo sobre a inconstitucionalidade da emenda que foi objeto do controle. Não nos parece desarrazoado, portanto, reconhecer para a decisão judicial, mesmo em sede de emendas à Constituição, um importante papel no contexto de um Estado Democrático de Direito. Justifica-se o poder de revisão judicial de emendas para levantar argumentos sobre essas questões de princípio subjacentes à reforma constitucional, assim como para chamar o povo à sua reflexão, uma vez que a publicidade da decisão judicial em sede de controle faz com que as questões controversas levantadas sejam trazidas para a esfera pública a fim de serem problematizadas e tematizadas. Essa tarefa, no entanto, pode perfeitamente ser desempenhada sem a supremacia judicial e sem a autoridade para dar a última palavra sobre a validade das emendas constitucionais.

É perfeitamente possível e desejável um sistema de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais que submeta a decisão judicial que pronuncia a inconstitucionalidade da emenda a uma revisão legislativa e, se possível, a uma instância de democracia direta para prolatar a decisão final.

Desse modo, o diálogo discursivo imediato entre a decisão legislativa e a decisão judicial, materializado em um modelo decisório em que a decisão judicial não detenha a palavra final – ao menos sobre as questões que foram objeto de uma emenda constitucional – contribuirá para a construção do discurso que sedimentará o significado

das limitações constitucionais sobre o poder de reforma à constituição, e principalmente sobre os princípios morais que a estabelecem.

O controle de constitucionalidade deverá atuar, portanto, como um catalisador deliberativo, que maximiza a qualidade democrática da decisão e contribui para a construção de boas respostas para as questões coletivas. A autoridade final para estabelecer o significado da Constituição, nos casos de desavenças razoáveis sobre as decisões do povo (e seus representantes) que *reformam* a Constituição, não estaria mais no Supremo Tribunal Federal, mas na decisão legislativa que viria posteriormente à decisão judicial do controle, ou em eventual plebiscito ou referendo instituído para solucionar a desavença.

Defendemos, portanto, uma das proposições contidas na Proposta de Emenda Constitucional n. 33, que se refere à necessária aprovação do Congresso no caso de controle sobre emendas constitucionais, sendo facultado ao povo decidir, por mecanismos de democracia direta, as desavenças constitucionais persistentes entre os dois Poderes.

As duas questões filosóficas que pairam como pano de fundo a PEC 33/2011 são (1) o *reconhecimento da autoridade do Legislador* para se pronunciar sobre a declaração de inconstitucionalidade das emendas, e (2) o reconhecimento de que *é o próprio povo* quem detém autoridade final para decidir a questão caso a controvérsia sobre o significado da Constituição (e dos princípios morais constantes na emenda) perdure mesmo após o discurso institucional imediato entre os dois Poderes. Abordamos, ainda, a PEC 33 a partir da perspectiva de uma teoria normativa que pretendia analisar se o tipo de embate entre as instituições previsto na PEC poderia constituir um *momento constitucional*, nos termos de Ackerman. Embora não entendamos que os mecanismos de participação direta para solucionar desacordos razoáveis sobre emendas à Constituição sejam, necessariamente, “momentos constitucionais” no sentido de Ackerman, acreditamos que a exigência de consulta popular prevista na PEC 33/2011 como instrumento para dar a *última palavra* no caso de persistentes desacordos sobre uma reforma constitucional somente ocorreria em casos que compartilham as mais importantes características dos “momentos constitucionais”.

A PEC 33/2011, portanto, é capaz de aliviar em importante medida os graves problemas de legitimidade democrática que assolam o sistema de controle de

constitucionalidade de emendas à Constituição no sistema jurídico brasileiro por dois motivos. Primeiro porque reconhece, ao final, a titularidade da decisão ao povo e segundo porque estabelece um processo de decisão em que o povo nem atua apenas no estágio deliberativo da decisão e nem figura como mero expectador de um processo decisório realizado por indivíduos com “notório saber jurídico” que reivindicam uma maior capacidade para decidir sobre as questões mais importantes do Pacto Constitucional de uma comunidade política.

Buscamos, portanto, construir uma legitimação da autoridade que decorra da incidência do *princípio democrático* sobre o controle de constitucionalidade de emendas e nos centramos no controle de constitucionalidade material de emendas diante de profundos desacordos morais quanto às mudanças constitucionais. Essa pesquisa se preocupou, portanto, com a legitimidade democrática das mudanças ocorridas no direito constitucional, principalmente na Constituição. Preocupamo-nos, ainda, com a autoridade do processo decisório que a constitui (é dizer, do poder constituinte originário), do processo decisório que a modifica (ou poder constituinte de reforma de Emendas Constitucionais), e do processo decisório que a modifica novamente quando da interpretação constitucional no controle de constitucionalidade das Emendas. Acreditamos que a justificação da autoridade da decisão judicial de controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais *exige razões muito mais robustas* do que as que são normalmente invocadas para justificar essa autoridade no sistema jurídico brasileiro e que o *custo moral* de se defender um controle de constitucionalidade forte no caso delimitado de emendas constitucionais é o de prejudicar o projeto constituinte de emancipação do indivíduo de uma concepção forte de cidadania.

— REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS —

ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the founding Fathers: Jefferson, Marshal and the Rise of Presidential Democracy*. Cambridge, Massachusetts, London, England: The Belknap Press of Harvard University Press. 2005.

ACKERMAN, Bruce. *La política del diálogo liberal*. Tradução Castelhana de Gabriela L. Alonso Barcelona: Gedisa, 1999.

ACKERMAN, Bruce. *We the People: foundations*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

ACKERMAN, Bruce; ROSENKRANTZ, Carlos F. Tres concepciones de la democracia constitucional. In: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Investigación coletiva Del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*: Vol. 3, n. 4, 2005.

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Trad. Luiz Afonso Heck, 1999.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Tradução: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARBOSA, Rui. *A Constituição e os inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, em 31 de março de 1893.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª ed., 2010, p. 128. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro. Ed: Jorge Zahar, 1999.

BICKEL, Alexander. M. *The least dangerous branch*. 1986.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2004.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 1.946-5/DF. Relator: Ministro Min. Sydney Sanches. DJ de 24/04/1999

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 815. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 28.03.96. DJ de 10.05.96

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 830. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 14.04.93. DJ de 16.09.94.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 939-7/DF. Relator: Ministro Min. Sydney Sanches. DJ de 15/12/1993.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 2.356/DF.

BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2000.

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BURDEAU, Georges. *Tratado de Ciência Política*, vol. 4, 1969.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. The Ongoing Search for Legitimacy: Can a 'Pragmatic yet Principled' Deliberative Model justify the Authority of Constitutional Courts? *Modern Law Review*, Londres, vol 78, issue 2, 2015 (no prelo).
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. On the authority of constitutional courts: can strong judicial review be morally justified? (Working paper). *University of California, Los Angeles – Legal Theory Workshop*, 2014-2015b
Disponível em:
<https://www.law.ucla.edu/~media/Assets/Law%20and%20Philosophy/Documents/10-09-2014Bustamantepaper.ashx>.
- BUSTAMANTE, Thomas. "Dworkin, Vermeule and Dworkin on Constitutional Interpretation: Remarks on a Meta-Interpretive Disagreement", *German Law Journal*, vol. 14, n. 08, p. 1.109-1146, 2013.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. VILLANI, André Almeida. Diálogos institucionais: a PEC/33 e o discurso jurídico no Legislativo e no Judiciário. In: Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI, 2013, Universidade Nove de Julho, São Paulo, p. 179-202.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina. 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. *Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão*, n.º 9, jan./dez. de 2002..
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. Notas programáticas para uma nova história do processo de constitucionalização brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A coesão interna entre Estado De Direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*, v. 1, 2006a.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder constituinte e patriotismo constitucional: o projeto constituinte no Estado democrático de Direito na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte. Mandamentos. 2006b.
- CATTONI de OLIVEIRA Marcelo de Andrade. *Uma reflexão sobre o sentido do projeto constituinte no Estado Democrático de Direito no marco da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*. Apresentação de Trabalho/Comunicação, CONPEDI Disponível em:
http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/marcelo_andrade_cattoni_de_oliveira.pdf
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LOPES, David Francisco. Contribuições para uma reflexão sobre o poder Constituinte e a legitimidade do Direito na Modernidade no debate jusfilosófico e teórico-constitucional contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG - Belo Horizonte - n.º.49 / Jul. – Dez., 2006*, p. 161-180.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. 1988.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 88, p. 101/102, dez. 2003.

- CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. New York: Aspen publishers. 2006.
- CHRISTIANO, Thomas. The authority of democracy. *The Journal of political Philosophy*. 2004.
- DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília. Editora da Universidade de Brasília. 2001.
- DYZENHAUS, David, The politics of the question of constituent power. In: *The paradox of constitutionalism. Constituent Power and constitutional form*. Edited by Martin Loughlin & Neil Walker. Oxford University Press. 2008.
- DERATHÉ, Robert. *Jean-Jacques Rousseau e a ciência política de seu tempo*. Tradução Natalia Maruyama. Discurso Editorial. FrançaBr, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.
- DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 2010b. Tradução: Jefferson Luiz Camargo.
- DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 2ª Ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição Norte-Americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, *A Badly Flawed Election*. New York: New Press. 2002.
- DWORKIN, *Uma questão de princípio*. Trad. De Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. N.y. Oxford University Press, 1996.
- DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*. 1989.
- DUSO, Giuseppe (Org.). *O poder*. Petrópolis: Vozes, 2005.
- ELSTER, Jon. Constitutional bootstrapping in Philadelphia and Paris. *Cardozo Law Review*, 1992/1993.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. Revisada, ampliada e atualizada. Editora Juspodivm. 2014.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Teoria da Interpretação Judicial para além do interpretativismo e do não-interpretativismo. In: *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU*, 2012, Uberlândia. Sistema Jurídico e Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012., 2012. v. 1. p. 236.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Os Passos da Hermenêutica: Da Hermenêutica à Hermenêutica Filosófica, da Hermenêutica Jurídica à Hermenêutica Constitucional e da Hermenêutica Constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). *Interpretação Constitucional: Reflexões sobre (a nova) Hermenêutica*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2010a. v. 1.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Globalização, Direito Constitucional, Democracia e sociedade: uma breve reflexão no pano de fundo da modernidade ou da pós-modernidade? Do Estado Nacional ou pós-Nacional? In: *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 56, jan./jun. 2010b.

FERNANDES, 2007, p. 221. FERNANDES, Bernardo Gonçalves; Pedron, Flávio Quinaud . *O Poder Judiciário e(m) Crise*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Inovações no Controle de Constitucionalidade. In: *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, p. 218-245, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13

FREEMAN. Constitutional Democracy and the Legitimacy of judicial Reviewn. *Law and Philosophy*. 1990.

FULLER, Lon. *O Caso dos Exploradores de Cavernas*. Tradução de Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de La constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth model of Constitutionalism: theory and practice*. Cambridge University Press. 2013

GARDBAUM, Stephen. O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luis (Org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*: n. 6, abril, 1997.

GARGARELA, Roberto. *La Justicia Frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Pensamento jurídico contemporâneo*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GRIFFIN, Stephen. M. Constituent Power and Constitutional Change in American Constitutionalism. In: *The paradox of constitutionalism. Constituent Power and constitutional form*. Edited by Martin Loughlin & Neil Walker. Oxford University Press. 2008.

GRIFFIN, Stephen . The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights. In: TUSHNET, Mark (Ed.). *Arguing Marbury v. Madison*. Stanford: Stanford University Press, 2005.

GRIFFIN, Stephen M. Supremacy and equal protection in a democracy of rights. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 4, 2002.

GRIFFIN, Stephen M. Has the hour of democracy come round last? The new critique of judicial review. *Constitutional Commentary*: Vol. 17, 2000, p. 683-701.

GUNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de La argumentación jurídica. Trad. Juan Velasco Arroyo. *Doxa (Cuaderno de Filosofía Del Derecho)*. Alicante: n. 17-18, 1995.

GYORFI, Tamas, 'In Search of a First-person Plural, Second-best Theory of Constitutional Interpretation'. *German Law Journal*, vol. 14, n. 08, p. 1.077-1.108, 2013.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*". Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático derecho em términos de teoría del discurso*. Cuarta edición. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Trotta, 2005, p. 166/167.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Org.de Patrick Savidan e tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. On Law and disagreement. Some comments on 'interpretative pluralism' *Ratio Juris*: Vol. 16, n. 2, June, 2003b.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro (estudos de teoria política)*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002b.

HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1996a.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Translated by William Rehg. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996b.

HABERMAS, Jürgen. *Postmetaphysical thinking: philosophical essays*. Cambridge. The MIT Press. 1992.

HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento. Um conceito normativo de espaço público. Tradução Márcio Suzuki. Revista Alemã Merkur. *Novos Estudos*. CEBRAP. 1990a.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; Jay, John. *The Federalist*. Jacob E. Cooke. 1961.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. 2ª Ed. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes. 2009.

HART, H. L. A. A desmistificação do Direito, cap. 1. *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford. Clarendon. 1982.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *La garantía constitucional de la constitucion*. Disponível em www.direitodoestado.com.br/bibliotecavirtual/413/.

HOBSON, Charles F. *The papers of Kohn Marshall*. N. 4, 95, 1990.

HOECKE, Mark Von. Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation. *Ratio Juris*. Vol. 14, n. 4, December, 2001.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª Ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2001.

LOPES, Eliane Marta Teixeira. *Querido alguém*. Belo Horizonte. Ed. do Autor. 2014.

LOUGHLIN, Martin, WALKER, Neil. Introduction. *The paradox of constitutionalism. Constituent Power and constitutional form*. Edited by Martin Loughlin & Neil Walker. Oxford University Press.2008.

LUTZ, Donald. Toward a Theory of Constitutional Amendment. In: LEVINSON, Sanford. *Responding to Imperfection – The theory and Practice of Constitutional Amendment*. Princeton: Princeton University Press, 1995.

MARMOR, Andrei. Are Constitutions legitimate? In: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Disponível em www.juridicas.unam.mx, 2007.

MARMOR, Andrei. Constitutional Interpretation. USC Public Policy Research Paper No. 04-4. *University of Southern California Law School, Los Angeles*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=506302>.

MARMOR, Andrei. Authority, Equality and Democracy. *USC Public Policy Research. Paper No. 03-15. University of Southern California Law School Los Angeles*, 2003, p. 17. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=424612>.

MAUS, Ingeborg. *O Direito e a política: Teoria da democracia*. Trad. De Elisete Antoniuk e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxhord. University Press. 2013.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008a.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese apresentada para o departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar. Apelo ao legislador na Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista de Direito Público*. N. 10. 1992.

MICHELMAN, Frank. Living with judicial supremacy. *Wake Forest Law Review*. Vol. 38, Iss, 2, Summer, 2003, p. 579-613.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2010.

NEVES, Marcelo. "Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas". IN SOUSA, Jessé (Org.). *Democracia hoje – novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001.

NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven & London: Yale University Press. 1996.

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões para uma nova teoria sobre o poder constituinte: a tese do patriotismo constitucional como superação das antigas tradições. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIII, n. 44, p. 53-64, jan./mar. 2009.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático. Controle e participação como elementos fundantes e garantidores da Constitucionalidade*. Apresentação José Joaquim Gomes Canotilho. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010.

- PERRY, Michael. Protection human right in a democracy: what role for the courts? *Wake forest Law Review*. Vol. 38, Iss. 2. Summer, 2003, p. 635-696.
- PERTENCE, Sepúlveda. “O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência” in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº. 09, 2007, Salvador.
- QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília/São Paulo: Instituto Teotônio Vilella e Ática, 2000.
- REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da constituição? Do poder moderador ao Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O Contrato Social* (Trad. Ciro Mioranza). São Paulo: Editora Escala. Col. “Grandes obras do pensamento universal”. 1978.
- ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*, Trd. Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ROSENFELD, Dennis. *Justiça, Democracia e Capitalismo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010a.
- ROSENFELD, Denis. Democracia e liberdade de escolha. *Revista Opinião Filosófica*. N. 01, v. 01, ano de 2010b.
- SALDANHA, Nelson. Teologia e política. Liberalismo e conservadorismo no pensamento constitucional moderno. In: PELAYO, Manuel García. *Constitucion y constitucionalismo hoy. Cinguentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García Pelayo*. 2001.
- SCALIA, Antonin. Common Law in a Civil Law system: the role of United States federal courts in interpreting the Constitution and the laws. In: *A matter of interpretation: Federal Courts and the Law* (Ed Amy Gutmann). New Jersey: Princeton, 1997.
- SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução. Ines Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o terceiro Estado?* Trad. de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1986.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão prática. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 250, p. 197-227. 2009.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Poder constituinte e patriotismo constitucional. *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*. 2006.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SPONVILLE, Andre Comte. *Apresentação da filosofia*. Tradução Eduardo Brandão. Martins Fontes, São Paulo, 2002.
- THAYER, James B. *The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law*. Cambridge. HeinOnline, 1893-1894. Disponível em: <http://heinonline.org>.
- TUSHNET, Mark. Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism. *Law and Philosophy*: Vol. 22, n. 3-4, July, 2003, p. 353–379.
- TUSHNET, Mark. Marbury v. Madison and the Theory of Judicial Supremacy. In: *Great cases in constitutional law*. Edited by Robert P. George. Princeton University Press. Princeton, New Jersey. 2000.

- TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University, 1999.
- URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 20, n. 58, p. 105, enero-abril 2000.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4(2), p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>.
- WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). *Contemporary debates on political philosophy*. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 267-82.
- WALDRON, Jeremy. *Can there be a democratic jurisprudence?* HeinOnline, 2008-2009. Disponível em: <http://heinonline.org>,
- WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. 115: 6. *The Yale Law Journal*. HeinOnline. Vol. 115 2005-2006.
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Malheiros. 2003.
- WALDRON, Jeremy. Despotism in some form: *Marbury v. Madison*. In: *Great cases in constitutional law*. Edited by Robert P. George. Princeton University Press. Princeton, New Jersey. 2000.
- WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.
- WALDRON, Jeremy. “Judicial review and the conditions of democracy”, *The Journal of Political Philosophy*, nº 4, vol. 6, 1998a.
- WALDRON, Jeremy. “Precommitment and disagreement”. In: L. Alexander, (org.). *Constitutionalism. Philosophical foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998b, p. 271-299.
- WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 1993.
- WALKER, Neil, *After the Constitutional Moment* (November 2003). The Federal Trust Constitutional Online Paper Series No. 32/03. Available at SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=516783.
- ZURN, Christopher. F. *Deliberative democracy and constitutional review*. In. *Law and Philosophy*, 21, p. 467/542. 2002.