

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA NO BRASIL: A LIBERTAÇÃO DA MAIORIA DO DOMÍNIO DE UMA MINORIA POR MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY IN BRAZIL: THE LIBERATION OF A MAJORITY FROM THE DOMINATION OF A MINORITY BY CONSTITUCIONAL MECHANISM OF POPULAR PARTICIPATION

DANIEL FERNANDO PASTRE¹

RESUMO: Os modelos de constitucionalismo e democracia podem ser conflitantes, atribuindo maior poder à Constituição ou ao povo, este representado na maioria das vezes por uma classe política eleita para defender seus interesses. É preciso, então, como se fez no estudo, partir para um novo modelo ou para adaptações de um modelo onde mecanismos de participação popular possam inibir, impossibilitar ou diminuir a dominação sofrida pela maioria (povo) por uma minoria (legislativo e/ou judiciário), resgatando os pressupostos para uma verdadeira soberania popular.

Palavras-chave: Constituição, Constitucionalismo, Democracia, Dominação, Soberania Popular.

ABSTRACT: The models of constitutionalism and democracy may be in conflict, giving greater power to the Constitution or to the people, represented mostly by politicians elected to defend their interests. It should, then, as was done in the study, beginning from a new model or a model where adaptations of popular participation mechanisms may inhibit, preclude or decrease the domination suffered by the people by a minority (legislative and/or judicial), rescuing the conditions for a genuine popular sovereignty.

Keywords: Constitution, Constitutionalism, Democracy, Domination, Popular Sovereignty.

Sumário: Introdução - 1 Conceito e pressupostos do constitucionalismo e da democracia: um paralelo ao sistema constitucional brasileiro - 2 Os sistemas de dominação da maioria pela minoria - 3 A PEC 80/2003 e os mecanismos constitucionais de participação popular - 4 Conclusão - Referências bibliográficas.

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR, bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, e mestre em Direito. daniel.pastre@gmail.com

INTRODUÇÃO

As teorias acerca do constitucionalismo e da democracia estabelecem, por vezes, conceitos antagônicos, incompatíveis e inconciliáveis. Para o constitucionalismo, reforça-se a premissa constitucional, a defesa da constituição por órgãos do poder judiciário ou mesmo pelo poder legislativo, suposto representante da vontade popular; para a democracia, estabelece-se um preceito de representatividade do povo pelo legislativo e, em última análise, igualmente se estabelece um problema, considerando-se a atuação do legislativo contrária à vontade popular.

Para tentar resolver o aparente conflito entre constitucionalismo e democracia ou mesmo para se estabelecer uma nova teoria (ou uma adaptação de outras teorias), é preciso conciliar a força da Constituição e a noção de que esta força advém do próprio povo, como consta, inclusive, na Constituição nacional. Daí que imprescindível a existência de mecanismos de participação popular direta para além dos previstos naquela Constituição (alvo da análise concreta proposta), posto que somente assim o povo poderia libertar-se da dominação das elites econômicas, políticas e judiciárias (aqui entendidas como uma minoria sob o aspecto quantitativo, que será o empregado na seqüência do texto).

Para compreender a proposta inicial, a opção metodológica foi dividir o presente artigo em três capítulos: o primeiro, onde se estudará as teorias e conceitos de constitucionalismo e democracia, estabelecendo-se um novo plano diretor; o segundo, onde o foco será avaliar as formas de dominação da maioria pela minoria (pelas elites econômicas, políticas e judiciárias); e o terceiro, onde constarão as formas de participação popular e quais são (ou deveriam ser) aplicadas ao caso brasileiro, a fim de reforçar o viés democrático (a participação direta do povo).

Por fim, espera-se deste artigo uma resposta ou uma proposta para resolução da pergunta inicial, no sentido de esclarecer qual foi ou é o melhor regime para o Brasil, qual são as soluções para a crise de dominação e quais são (ou deveriam ser) os mecanismos de participação do povo na esfera política, na condução e evolução dos preceitos estabelecidos na própria Constituição nacional (e como esses mecanismos reforçam o regime existente).

1 CONCEITO E PRESSUSPOSTOS DO CONSTITUCIONALISMO E DA DEMOCRACIA: UM PARALELO AO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A noção inicial, antes de entrar no mérito sobre os conceitos de constitucionalismo e democracia (e sua relação), é de que os regimes atuais, incluindo o brasileiro, nasceram a partir de uma ideia de liberalismo presente na criação do Estado de Direito (ou Estado de Direito Liberal ou Legislativo, onde impera o princípio da legalidade), este se transformando posteriormente em Estado de Direito Constitucional (onde a base do poder, das restrições ao poder e das garantias individuais estão descritas em uma Constituição). (ZEGREBELSLY, 1995, p. 21-46)

O Estado de Direito tem origem na contraposição ao poder absoluto, “como resposta ao desafio do absolutismo absoluto” (ZIPPELIUS, 1997, p. 384). A relação entre Estado e liberdade é uma relação de restrições e de controle do poder estatal. Para garantir as liberdades individuais e também prevenir o arbítrio ou a discricionariedade estatal, foi necessário garantir um conjunto de regras básicas (as regras do jogo), distribuir papéis, organizar funções, além de instaurar um sistema de separação e controle de poderes dentro do Estado. (ZIPPELIUS, 1997, p. 385)

Uma vez garantidos os direitos e liberdades individuais, assim como consolidados os regimes liberais após o século XIX, especialmente nos Estados Unidos e na Europa pós-revolução, a ideia de Estado Constitucional ganhou força para contrapor o contratualismo e a soberania popular. A Constituição foi utilizada para evitar os excessos, tanto da monarquia, limitando seus poderes quando de sua redução a órgão do Estado, como também da soberania popular, porque o povo passa a ser incluído como um dos elementos do Estado. (BERCOVICI, 2004, p. 5-24)

Sendo assim, iniciou-se um período de discussões entre o constitucionalismo (e a função de existência de garantias básicas) e sua relação com a democracia (e as limitações impostas ao poder da maioria, ao poder do povo). Do mesmo modo, a imposição de uma ou outra sistemática, ou mesmo a criação de uma intermediária, está presente na maioria dos conflitos entre a doutrina atual, ponto que será discutido no tópico seguinte.

1.1 OS CONCEITOS DE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

A doutrina classifica a democracia em não representativa (a democracia direta) e representativa (a democracia indireta e semidireta). A Grécia foi o berço da democracia não representativa, a democracia direta, porque o próprio povo, reunido no Ágora, exercia direta, pessoal e imediatamente o poder político, tornando a praça pública em grande recinto da nação (BONAVIDES, 2000, p. 318). E não fica maculado o conceito de democracia, ao menos em sua vertente mais ampla, em função da existência de restrições à participação popular, como as conhecidas em desfavor de mulheres, pobres, escravos ou os menores. (ELSTER, 2001, p. 33)

A democracia não representativa (direta), nada obstante ser impossível em grandes centros em virtude do tamanho da população, somente era factível na antiguidade, na lição de Hannah Arendt, porque para o homem grego havia uma distinção significativa entre as esferas pública e privada: a primeira abrangia a atividade política e a segunda o que não era relevante. Para eles, a acumulação de riqueza não tinha outro propósito que não tornar possível ao homem ascender à esfera pública, desenvolvendo atividade política. O homem que se desvirtuasse desse princípio era considerado um escravo (o rico não político era escravo de si mesmo). E, citando Bodin, finaliza a autora dizendo que “os reis governam e os súditos são proprietários.” (ARENDR, 2003, p. 77-78)

A inversão desses valores e a consolidação do capitalismo afastaram o homem moderno da vida política, fazendo crescer de forma uniforme para todos os grandes centros uma forma de democracia representativa (indireta ou semidireta). Nela, “o poder é do povo, mas o governo é dos representantes, em nome do povo” (BONAVIDES, 2000, p. 330). Desta maneira, a democracia atual, incluindo a brasileira, pode ser resumida em um sistema de governo onde o poder é exercido pelo povo, através de uma maioria (quantitativamente falando), mediante participação de representantes democraticamente eleitos (eleitos por uma maioria) (FERRAJOLI, 2014, p. 5), onde cada homem possui um único voto (há igualdade nesse sentido). (ELSTER, 2001, p. 33)

O constitucionalismo, por outro lado, tem origem nos Estados Unidos a partir da ideia do *rule of law*, no sentido de que é necessária a preservação de determinadas regras jurídicas fundamentais, limitadoras do poder estatal (e limitadoras, em última análise, do poder do próprio povo). O governo, além de se

encontrar com limitações, está adstrito a normas (regras e princípios) jurídico-constitucionais, daí a necessidade de existência de uma Constituição que expressa não apenas o mundo do ser, mas também do dever-ser, e por isso essa Constituição deve ser protegida por mecanismos complexos de eventual modificação (CHUEIRI; GODOY, 2010, 159-174). Na síntese de Leonardo Avritzer e Marjorie Corrêa:

[...] a tradição liberal relaciona o constitucionalismo à estabilidade. Nesses termos, o constitucionalismo expressa aquele conjunto de regras elaborado contra a discricionariedade, a negociação de interesses, que é típica da política. A pressuposição óbvia é a que opõe o reino da política, das paixões, dos particularismos, ao do direito, da razão, dos princípios. Uma das funções mais importantes daqueles limites de inspiração constitucional é, portanto, constituir obstáculos à construção de decisões majoritárias futuras. (AVRITZER; MARONA, 2014, p. 71)

No Brasil, a proposta constitucional não foi capaz de consolidar o suposto Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

[...] o constitucionalismo, por si só, não é capaz de derrotar algumas das vicissitudes que têm adiado a plena democratização da sociedade brasileira. Tais desvios envolvem, em primeiro lugar, a ideologia da desigualdade. Desigualdade econômica, que se materializa no abismo entre os que têm e os que não têm, com a conseqüente dificuldade de se estabelecer um projeto comum de sociedade. Desigualdade política, que faz com que importantes opções de políticas públicas atendam prioritariamente aos setores que detêm força eleitoral e parlamentar, mesmo quando já sejam os mais favorecidos. Desigualdade filosófica: o vício nacional de buscar o privilégio em vez do direito, aliado à incapacidade de perceber o outro, o próximo. Em segundo lugar, enfraquece e adia o projeto da democratização mais profunda da sociedade brasileira: a corrupção disseminada e institucionalizada. Nem sempre a do dinheiro, mas também a do favor político e a da amizade. No sistema eleitoral, a maldição dos financiamentos eleitorais e as relações promíscuas que engendram. No sistema orçamentário, o estigma insuperado do fisiologismo e das negociações de balcão nas votações no âmbito do Congresso. No sistema tributário, a cultura da sonegação, estipulada pela voracidade fiscal e por esquemas quase formais de extorsão e composição. No sistema de segurança pública, profissionais mal pagos, mal treinados, vizinhos de porta daqueles a quem deviam policiar, envolvem-se endemicamente com a criminalidade e a venda de proteção. A exemplificação é extensa e desanimadora. A superação dos ciclos do atraso e o amadurecimento dos povos inserem-se em um processo de longo prazo, que exige o engajamento e o ideal. O novo direito constitucional brasileiro tem sido um aliado valioso e eficaz na busca desses desideratos. Mas o aprofundamento democrático impõe, também, o resgate dos valores éticos, o exercício da cidadania e um projeto de país inclusive de toda a gente. (BARROSO, 2006, p. 63-64)

Desta forma, para que o projeto constitucional de uma verdadeira democracia (com efetiva participação popular) torne-se realidade, imprescindível compatibilizar esse projeto à vontade da população brasileira, incentivando a

discussão e a participação do povo por mecanismos previstos na Constituição ou que possam ser nela incluídos, como será visto posteriormente.

1.2 RECONCILIANDO O CONSTITUCIONALISMO À VONTADE POPULAR: UMA PROPOSTA A PARTIR DO MODELO BRASILEIRO

No Brasil, é possível dizer, como visto de forma antecedente, que vigora um constitucionalismo criado a partir de bases democráticas, já que todo o poder emana do povo, nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.² Porém, esse projeto constitucional necessita de efetiva concretização e constante atualização, a fim de que reflita a real vontade popular. É necessário, portanto, compatibilizar a base constitucional à democrática.

Um dos primeiros obstáculos àquela compatibilização diz respeito a própria existência de cláusulas pétreas, direitos e garantias individuais imodificáveis pelo poder constituinte derivado (por emendas à Constituição, portanto), ainda que oriundos da vontade popular; ainda, em como essa vontade dos antepassados pode manter-se incólume sem afetar a vontade das gerações futuras (como e por que um compromisso feito no passado pode vincular as gerações seguintes).

Jon Elster, tentando resolver o dilema, entende que existe uma espécie de auto-obrigação do povo. Como em um relacionamento, as instituições políticas exigem estabilidade duradoura para que possam funcionar; exigem, do mesmo modo, um planejamento de longo prazo sem o qual é impossível manter-se qualquer tipo de estabilidade. A partir dessa premissa, a aceitação de obrigações pretéritas interessa ao Estado e também aos cidadãos, não só para proteção do direito adquirido e para segurança jurídica, mas também para impossibilitar a revogação de direitos duramente conquistados (é a proibição do retrocesso, princípio constitucional vigente no Estado brasileiro). (ELSTER, 2001, p. 40-45)

Isso quer dizer que os limites impostos pelo constitucionalismo são autoimpostos e que, quando os cidadãos decidem colocar impedimentos (proibições) ou obstáculos (dificuldades ou procedimentos morosos) à atuação (pública ou privada) ou à modificação do texto constitucional, a intenção não é macular a

² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

decisão da maioria ou vontade das gerações futuras, mas sim resguardar a possibilidade e a existência dessa mesma decisão e dessa geração futura, a fim de manter a integridade da própria democracia. (ELSTER, 2001, p. 34-35)

Os freios constitucionais, portanto, antes de serem antidemocráticos, reforçam a democracia (AVRITZER; MARONA, 2014, p. 71). A Constituição, por seu caráter normativo, faz com que seus princípios apliquem-se em todas as demais espécies de normas (normas infraconstitucionais), especialmente pela interpretação que fazem os órgãos públicos legais e o povo. Porém, isso é insuficiente frente à necessária contrapartida democrática, porque o papel da democracia, nesse sentido, é de não acomodar o constitucionalismo em suas conquistas. Não acomodar o próprio povo em suas conquistas. Muito ao contrário, a democracia pressiona, provoca e renova o constitucionalismo através da aplicação e reaplicação das normas constitucionais. (CHUERI; GODOY, 2010, p. 159-174)

Dessa relação interativa entre constitucionalismo e democracia surgem outros modelos, como o neoconstitucionalismo e um modelo de democracia deliberativa, e a combinação deles pode derivar um modelo mais adequado ao caso brasileiro: um constitucionalismo democrático deliberativo. Para melhor entender o caso, necessária uma breve digressão sobre o neoconstitucionalismo, o constitucionalismo democrático e a democracia deliberativa.

O neoconstitucionalismo deve ser visto como conhecimento (sobre o modelo constitucional a ser adotado) e prática constitucional (funcionamento das instituições e sistemas políticos), tendo como características: uma Constituição dirigente e invasora (normas imperativas), a positivação de direitos fundamentais, a distinção entre princípios e regras (e a Constituição deve ter ambas), e peculiaridades sobre a forma de interpretação constitucional (que deve levar em consideração a histórica e a cultura popular, por exemplo). (MÉDICI, s/d, p. 109-110)

O constitucionalismo democrático, em outra vertente, pretende a reconciliação entre a Constituição e o povo. Nele, os tomadores de decisões (que no caso podem ser o Judiciário - o que agora se rejeita - ou o próprio povo) preocupam-se com os impactos sociais daquelas decisões, assim como é estabelecido um diálogo entre as instituições e exercida uma interação construtiva.

Os defensores da tese entendem o constitucionalismo democrático como derivado do diálogo, dos consensos locais, da percepção da opinião pública, das tendências dos movimentos políticos e das organizações civis, focado nas seguintes

premissas: máximo reconhecimento dos direitos fundamentais e dos princípios morais (como da igualdade material, justiça social, pluralismo, dignidade humana e solidariedade), respeito à regra eleitoral, alternância de poder, além de um sistema de freios e contrapesos (controle interinstitucional). (POST; SIEGEL, 2013, p. 11-39)

Por último, a democracia deliberativa, que promete ser um dos caminhos mais confiáveis para transformação dos interesses das pessoas em uma realidade constitucional, parte de três elementos essenciais: a inclusão de todos os interessados e potenciais afetados no processo de tomada de decisão (e na deliberação final), a deliberação como forma de diálogo e correção de argumentos que servirão à tomada daquela decisão, e a igualdade como pressuposto lógico da deliberação, porque sem ela eventuais decisões não terão valor. (GARGARELLA, 2008, p. 167)

E, finalizando, de posse dos esclarecimentos acima, é factível dizer que esse novo modelo, o constitucionalismo democrático deliberativo, deve ser considerado aquele onde há uma Constituição dirigente e invasora, com normas (regras e princípios) imperativas e o resguardo a direitos fundamentais, onde há respeito à regra eleitoral (alternância de poder, eleições livres e um sistema de freios e contrapesos), e, por último, onde exista diálogo entre as instituições e o povo, onde exista ampla discussão e deliberação lastreadas na igualdade, na liberdade e na autodeterminação, lembrando que o povo, para esse propósito, deve ser considerado a partir de sua própria história e cultura (é um povo concreto, não abstrato). (MÉDICI, s/d, p. 99-100)

Este é o modelo que, espera-se, possa suplantar e impossibilitar a dominação da maioria pela minoria, tal como será proposto no último tópico do ensaio, um problema que afeta tanto os atuais modelos de constitucionalismo como os democráticos, como será visto sequencialmente.

2 OS SISTEMAS DE DOMINAÇÃO DA MAIORIA PELA MINORIA

No tópico anterior foram analisados os conceitos de constitucionalismo e democracia, assim como os pontos de encontros e as assimetrias entre os sistemas para o desenvolvimento de um novo modelo: o constitucionalismo democrático deliberativo. A partir de agora o estudo voltar-se-á as formas de dominação da maioria pela minoria nos sistemas inicialmente vistos para que, no item seguinte,

seja possível por à prova o constitucionalismo democrático deliberativo e verificar se ele é imune à dominação ou, no mínimo, se esta é de difícil concretização.

É de se ter em mente que no constitucionalismo, especialmente em sistemas representativos (direto e semidireto), existindo conflito entre a pretensão da maioria e as normas basilares postas na Constituição, duas formas de resolver o conflito surgem: a primeira, transferindo a decisão final ao judiciário, o que pode ser caracterizado como *judicial review*; a segunda, concedendo poder ao legislativo, o que é conhecido como supremacia parlamentar. (TUSHNET, 2009, p. 19-20)

Nos sistemas democráticos (e aqui se fala igualmente em democracia representativa), a avaliação na norma e a interpretação da vontade popular é realizada pelo legislativo, composto por representantes do povo eleitos democraticamente; ou seja, a palavra final sobre uma lei, sobre a forma de interpretação dessa lei ou mesmo sobre a constitucionalidade dela deve ser conferida, tal como fez-se possível no item anterior, ao parlamento, posto que é ele o mandatário dos ideais defendidos pelo povo que representa. Isso não quer dizer que não há atuação do judiciário quando da avaliação sobre a constitucionalidade de uma lei, por exemplo, mas sim que a palavra final será do legislativo.

Uma e outra posições (a supremacia do judiciário ou do parlamento) apresentam problemas e possibilitam, direta ou indiretamente, o exercício de dominação por uma elite jurídica, política ou econômica (uma minoria) sobre a população como um todo (a maioria distante dessas elites). Isso, porque a principal ameaça à liberdade é a concentração de poder nas mãos de poucos (FRIEDMAN, 1975, p. 15), sejam juízes ou legisladores, o que acaba por incentivar uma processo de descentralização do poder para o (re)surgimento de uma soberania popular.

Para melhor esclarecer a questão, a supremacia do judiciário entende-se por equivocada, porque apesar de reconhecer-se que tanto o judiciário como o legislativo possam atuar como *law-makers*, o primeiro diferencia-se do segundo pelo modo ou procedimento de criação do direito (fala-se aqui no ponto de vista procedimental, não substancial). O judiciário deve ser processualmente passivo, o que importa dizer que: a) a atividade decisória deve estar vinculada as partes que litigam e em casos concretos (não pode ser geral e abstrata); b) a imparcialidade impõe um dever de ouvir as partes (*fair hearing*); c) ele deve estar distante de pressões externas e especialmente de pressões políticas. (CAPPELLETTI, 1993, p. 74-75)

Mas, se este é o caso, um judiciário inerte, imparcial e distante da vontade popular é um judiciário que, em última análise, sempre tomará decisões contramajoritárias e antidemocráticas, algo incompatível com constitucionalismo democrático deliberativo defendido até agora. E mais, juízes, ao deixarem de julgar com base na vontade pré-estabelecida na Constituição (da vontade popular que imbui o constituinte originário) ou mesmo a atual, exerceriam forte papel criativo e integrativo, fato que potencializaria a indeterminação sobre os significados do texto constitucional (geraria insegurança jurídico-constitucional e romperia com a estabilidade necessária ao desenvolvimento do sistema constitucional), e essa atribuição (de dizer o que a Constituição significa), por sua grandeza e importância, deve ser atribuída ao próprio povo. (GARGARELLA, 1997, p. 1-16)

Não se ignora o entendimento de que os juízes, seja por sua formação ou seu distanciamento das influências externas, principalmente as políticas, possam ser supostamente melhores para decidir determinada questão (MORDECAI, s/d, p. 14-16). Contudo, pensamento contrário a essa ideia parte do pressuposto que a formação dos juízes não é focada na avaliação, por exemplo, de políticas públicas ou de gestão da coisa pública, e, assim, o judiciário poderia interferir diretamente nas políticas públicas pensadas pelo legislativo (e em teoria pelo povo), colocando em cheque a própria manutenção do Estado, um ideal de autogoverno ou autodeterminação do povo, maculando, em última análise, a base democrática inerente à soberania popular. (TUSHNET, 2009, p. 20)

Além do mais, as estatísticas presentes no censo do poder judiciário (BRASIL, CNJ, 2014), revelam que 82,8% dos magistrados são brancos (89,9% nos Tribunais Superiores), 78,4% estão casados (em relacionamento heteroafetivo), 88,9% possuem formação exclusiva em Direito, realizada em instituição privada na maioria das vezes, 51,2%, 47,4% possuem pós-graduação, 12,1% possuem mestrado e 3,3% possuem doutorado, e somente 14,1% acumulam atividade docente; ou seja, os membros do poder judiciário formam uma nova minoria dentro das elites, despreocupada com a própria formação acadêmica, fato inconciliável com a alegação de melhor formação ou capacidade técnica para decisão final.

E mais, alegar-se que o judiciário é imparcial e está distante de influências políticas, ao menos no Brasil, é ignorar a forma de escolha dos membros do

Supremo Tribunal Federal, prevista no artigo 101 da Constituição.³ O referido dispositivo permitiu e ainda permite que cidadãos vinculados aos partidos políticos (ex-advogados dos partidos da situação, por exemplo) ou parentes de políticos sejam nomeados, permanecendo por longos anos no cargo sem qualquer risco ou responsabilidade perante o próprio povo, como será visto abaixo.

Isso tudo (a nomeação imparcial, a formação deficiente e a despreocupação com o povo em virtude de que o judiciário é em si uma elite) pode acarretar um problema a mais, o *backlash*. Cass R. Sunstein esclarece que o fenômeno é caracterizado por uma intensa e sustentada desaprovação pública de uma decisão judicial, acompanhada por uma agressiva tentativa de resistir à decisão e remover a sua força legal (SUNSTEIN, 2007, p. 3), ou seja, o *backlash* é um verdadeiro ato de resistência popular contra a decisão proferida pelo judiciário e decorre, dentre outras coisas, dessa desconexão que tem aquele com a vontade popular, fato que torna incompatível a supremacia judicial com o constitucionalismo democrático deliberativo defendido.

Frise-se, como último fundamento à impossibilidade de soberania do judiciário, que Ran Hirschl, lastreado nos sistemas constitucionais de Israel, Canadá e Nova Zelândia, e na forma em que se desenvolveu o empoderamento das Cortes Constitucionais, comprovou, ao menos naqueles países, que as revoluções constitucionais e a soberania do judiciário nasceram em virtude de crises econômicas e políticas. Nestas crises, as elites políticas, econômicas e judiciárias buscaram a manutenção de sua hegemonia (=dominação) com um modelo institucional onde poderiam atuar mais facilmente (o constitucionalismo, para estes casos, foi uma estratégia consciente dessas elites para manutenção e, quiçá, ampliação de seu próprio poder), existindo o engessamento da vontade do povo, rompendo com a defendida ideia de soberania popular. (HIRSCHL, 2007, p. 50-99)

A supremacia parlamentar ou legislativa, por outro lado, igualmente não é adequada ao sistema brasileiro. E são muitos os motivos. Um deles pode ser extraído a partir da análise do *Marbury vs Madison*, conforme narrado por Alexander Morcecai Bickel. Nele, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que, existindo conflito entre duas leis, a decisão sobre a aplicabilidade de uma ou outra,

³ Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

ou o alcance ou validade delas, não poderia ser deixado ao arbítrio do legislativo, tendo em vista que a autoridade criadora da norma não poderia limitar um ato por ela mesma emanado (não poderia o legislativo ser instância criadora e revisora de suas criações) (BICKEL, s/d, p. 1-33). Mas, ao contrário do que pensa o doutrinador, a limitação do legislativo deve partir de um sistema de freios e contrapesos (não uma autolimitação legislativa) que tem como base a vontade popular, tal como esclarecido como base do constitucionalismo democrático deliberativo.

Poder-se-ia argumentar que os políticos (o legislativo) democraticamente eleitos são a voz do povo e que esse mesmo povo deve escolher bem seus representantes ou arcar com suas escolhas. O processo de escolha e a imputação de responsabilidades pelas escolhas fortaleceria o viés democrático e a própria decisão do povo, restando ao mesmo, caso insatisfeito, aguardar as próximas eleições. Isso autorizaria, em tese, a supremacia parlamentar.

Contudo, a premissa somente é verdadeira em um regime de democracia monista, tal como esclarecido por Bruce Ackerman, onde inexiste contradição entre a essência da democracia e a vontade popular (onde não há diferença entre a vontade popular e a vontade política) (ACKERMAN, 2006, p. 9-12). Do mesmo modo, é preciso dizer que, no Brasil, os partidos políticos transformaram-se em grupos de pressão que calculam seus interesses e oportunidades de alcançar e/ou manter o próprio poder (MOUFFE, 1996, p. 159), totalmente desconectados da vontade popular (dos interesses do povo).

Há, nos dias atuais, uma verdadeira crise de representatividade, que no modelo brasileiro tem lastro no clientelismo; ou seja, relações entre os partidos e os principais atores da política que envolvem, na perspectiva acima, benefícios públicos, trocas de apoio político, isenções das mais diversas (CARVALHO, 1997, p. 233), o que, justamente para o povo interessado na manutenção do sistema democrático, acaba por gerar decepção (e desinteresse pela esfera política) em função da deformação do sistema, desconectado de seus propósitos originais. (HIRSCHMAN, 1983, p. 108)

Isso ocorre, é bom lembrar, pela própria característica do mandato político no Brasil (o que vale também para o dever-poder concedido aos juízes). O mandato político, aqui, não obriga o mandatário a guiar-se pelos anseios de seus eleitores, mas sim em tomar decisões em prol do povo. O político tem, nesse caso, total autonomia e independência, podendo praticar todos os atos dentro de sua esfera de

competência, não tendo, a rigor, que explicar as suas motivações, suas ações ou sua orientação (ele é irresponsável perante os seus eleitores). E o mesmo vale para os juízes. (DALLARI, 2014, p. 160)

Daí que, no final das contas, porque o sufrágio não é suficiente para expurgar as máculas do sistema instaurado atualmente no Brasil, já que o mesmo encerrou a grande era de revoluções (HIRSCHMAN, 1983, p. 122), o povo perde o interesse pelo sistema político, o que macula e contraria a ideia de constitucionalismo democrático deliberativo proposta nos itens antecedentes.

Forte nessa exposição, somente a partir do modelo de constitucionalismo democrático deliberativo, onde há efetiva soberania popular, garantir-se-á, no modelo constitucional brasileiro, que a Constituição oriunda da vontade popular (materializada pelo poder constituinte originário) possa ser aplicada e atualizada, protegendo-se, para além dos interesses das elites econômicas, políticas ou jurídicas, os interesses da maioria, os interesses do povo. Para isso, mecanismos de participação direta devem ser criados e melhorados, libertando o povo (a maioria) da dominação de uma minoria que vem corroborada, atualmente, pela defesa de uma supremacia judiciária ou parlamentar.

3 A PEC 80/2003 E OS MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

No constitucionalismo democrático deliberativo, como proposto anteriormente, as questões importantes devem passar pela avaliação ou pelo crivo popular (somente assim se garantirá a soberania popular). Para que o povo tenha a última palavra, nem a supremacia judiciária nem a parlamentar poderão ser aplicadas. É preciso a criação de mecanismos constitucionais de participação popular, a descentralização do poder (a concessão do poder à maioria), admitindo-se, todavia, para exercício do diálogo entre as instituições, a participação do legislativo e do judiciário, este em um modelo fraco de revisão judicial (*a weak form of judicial review*), onde a palavra final permanece com o povo (não com o judiciário). (TUSHNET, 2009, p. 19-20)

Para isso, o sistema constitucional brasileiro possui alguns desses mecanismos, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, previstos no artigo

14, I, II e III, da Constituição Federal,⁴ e pormenorizados na Lei 9.709 de 1998. A referida lei descreve, logo no *caput* do artigo primeiro, que esses são mecanismo que possibilitam o exercício da soberania popular.⁵ Contudo, esses mecanismos, atualmente, são insuficientes para a manutenção da soberania do povo, especialmente pela ausência de força obrigatória ou vinculante em relação à decisão popular, em alguns casos, e pela dificuldade de, por exemplo, reunir as assinaturas necessárias, conforme o artigo 13º daquela Lei.⁶

A Proposta de Emenda Constitucional 80 de 2003 estabelece alguns novos mecanismos que podem consolidar o sistema brasileiro como sendo esse novo constitucionalismo democrático deliberativo. Dentre eles, estão: o veto popular e a revogação (*recall*), sendo que esta última poderá, ainda segundo a Proposta, ser individual ou coletiva. Nada obstante, uma Proposta deve incluir, além da possibilidade de revogação do mandato legislativo, a possibilidade de revogação de decisões do judiciário (decisões sobre a constitucionalidade ou não de uma determinada legislação), a fim manter, como dito, a real soberania popular, evitando inclusive a ocorrência do *backlash*.

Para melhor entender a questão, tem-se que o veto popular, para Dalmo de Abreu Dallari, é um instituto que guarda semelhanças com o *referendum* (*mandatory referendum*, para os americanos). Pelo veto popular, possibilita-se ao povo (aos eleitores) a aprovação ou não de um determinado projeto criado pelo legislativo. A legislação não entra em vigor antes de decorrido o prazo concedido para manifestação popular e, a pedido dos eleitores, pode ser suspensa a manifestação até a próxima eleição, quando então haverá decisão sobre a entrada (ou não) em vigor daquela lei. (DALLARI, 2014, p. 155)

O *recall*, por outro lado, é um instituto de origem estadunidense que tem dois propósitos: revogar a eleição de um legislador ou funcionário eletivo, e reformar

⁴ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

⁵ Art. 1. A soberania popular é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos desta Lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

⁶ Art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

decisão judicial sobre a constitucionalidade de lei. No primeiro caso, um determinado percentual de eleitores requer uma consulta ao eleitorado sobre a manutenção ou revogação do mandato conferido ao legislador ou funcionário (o procedimento pode exigir depósito em dinheiro e acarretar, eventualmente, a perda do depósito em prol do impugnado quando não formalizada a revogação). O segundo, preconizado por Theodore Roosevelt, torna possível que as decisões judiciais que entendem pela inconstitucionalidade de determinada lei possam ser revistas pelo povo. A decisão judicial, assim, seria anulada a partir do voto na maioria dos eleitores, tornando constitucional a inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal. (DALLARI, 2014, p. 155-156)

Para simplificar a questão: o veto popular concede ao povo o poder de ratificar ou vetar um projeto de lei do legislativo; o recall permite tanto a revogação do mandato do legislativo (independente de crime de responsabilidade) e a ratificação ou não de decisões sobre a (in)constitucionalidade da legislação criada. Ambos, portanto, descentralizam o poder (enfraquecem os conceitos de supremacia judiciária ou parlamentar) e fortalecem a participação popular, trazendo o povo para a frente das decisões que interessa ninguém menos que o próprio povo (porque, afinal, todo o poder emana desse mesmo povo).

Ora, se o constitucionalismo democrático deliberativo tem bases em uma Constituição, garante direitos individuais e regras eleitorais, incentiva o diálogo e concede poder final de decisão ao povo (igual, livre e que se autodetermina), parece certo dizer que a inserção na Constituição desses mecanismos (veto popular e revogação), ao passo em que enfraquecem a visão isolada de constitucionalismo, de constitucionalismo democrático e de democracia deliberativa, fortalecem o conceito de constitucionalismo democrático deliberativo, mantendo íntegro, visível e aplicável ao caso brasileiro.

Pelo exposto, esse modelo diminui significativamente e reduz o atual estágio de dominação da maioria pela minoria ao prever que as decisões importantes sejam tomadas diretamente pela maioria afetada, retirando poder das elites (da minoria); ou seja, dentro do cenário contemporâneo, é melhor deixar que as decisões que afetem a maioria sejam tomadas pela própria maioria, descentralizando-se o poder decisórios e mantidos os limites constitucionais, posto que somente assim poderá ela libertar-se da dominação existente, especialmente no modelo brasileiro.

4 CONCLUSÃO

A proposta inicial do presente artigo era estudar as teorias sobre a constitucionalismo e sobre a democracia, verificando a aplicação das mesmas em relação ao panorama brasileiro atual. Viu-se, a partir daí, que nenhuma delas responde bem aos pressupostos constitucionais, sendo necessário estabelecer-se um novo modelo: o constitucionalismo democrático deliberativo.

Nesse regime, está presente a Constituição dirigente e invasora, com normas (regras e princípios) imperativos e o resguardo a direitos fundamentais, o respeito à regra eleitoral e o diálogo entre as instituições lastreado na igualdade, liberdade e autodeterminação do povo. Aqui, nem a supremacia do judiciário nem a parlamentar devem ser aplicadas. O diálogo, a discussão e a deliberação final pertencem exclusivamente ao povo, reforçando a diretriz constitucional e concedendo verdadeiro poder à manifestação popular.

Ao final e somente a partir disso, o povo, chamado a atuar e responder sobre seu próprio destino, poderá libertar-se do atual domínio das instituições econômicas, políticas e judiciárias, da atual supremacia judiciária ou parlamentar. E isso somente é possível a partir de mecanismos de efetiva participação, tais como o veto popular e o recall (incluindo-se o recall de decisões judiciais em matéria constitucional, algo não previsto na PEC 80/2003).

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.
- ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 15, p. 71, dez. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro - Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (org). **Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 63-64.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 61, 2004.

- BICKEL, Alexander Mordecai. **The Least Dangerous Branch: the supreme court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: uma discussão conceitual. **DADOS - Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 40, n. 02, 1997.
- CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-174, jun. 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ELSTER, JON. **Constitucionalismo y Democracia**. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. La Democrazia Costituzionale. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart Cademartori; DUARTE, Francisco Carlos (org.). **Constitucionalismo em Debate: uma homenagem aos 30 anos de pesquisa e docência de Sérgio Cademartori**. vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and Freedom**. 14. ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1975.
- GARGARELLA, Roberto. La Dificuldade de Defender el Control Judicial de las Leyes. **Revista Isonomía**, n. 6, p. 1-16, abril 1997.
- GARGARELLA, Roberto. **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- HIRSCHMAN, Alberto O. **De Consumidor a Cidadão: atividades privadas e participação na vida pública**. Trad. Marcelo M. Levy. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Constitutional theocracy. Cambridge and London: Harvard University Press, 2007.
- MÉDICI, Alejandro. **La Constitución Horizontal: teoria constitucional y giro decolonial**. Centro de estudios jurídicos y sociales Mispát, A.C., Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de San Luis Potosí; Educación para las Ciencias em Chiapas, A.C.
- MOUFFE, Chantal. **O Regresso Político**. Trad. Joaquim Coelho Rosa. Lisboa: Gradiva, 1996.
- MORDECAI, Alexander. **The Least Dangerous Branch: the supreme court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, p. 14-16.

POST, Richard e SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo Democrático: por una reconciliación entre Constitución y Pueblo**. Buenos Aires: Siglo Veinteuno Editores, 2013.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**. Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2009.

ZEGREBELSLY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 1995.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

Artigo recebido em: Fevereiro/2015

Aceito em: Junho/2015