



PARA ALÉM DO PODER CONSTITUINTE: O SISTEMA DEMOCRÁTICO COMO FUNDAMENTO DE UM NÚCLEO IMUTÁVEL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

BEYOND THE CONSTITUENT POWER: THE DEMOCRATIC SYSTEM AS THE FOUNDATION OF AN IMMUTABLE CORE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Vinícius Gomes Casalino

Pós-Doutor pelo Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA-USP) (2022). Doutor (2013) e Mestre (2006) pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco-USP). Professor titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCamp) em regime de tempo integral e dedicação exclusiva. Orientador de mestrado, está vinculado à linha de pesquisa Direitos Humanos e Políticas Públicas, do Programa de Mestrado em Direitos Humanos e Desenvolvimento Social, com pesquisas sobre mudanças estruturais da economia capitalista e políticas públicas, e análise crítico-positiva dos direitos humanos.

Danilo Luchetta Prado

Mestre em Direito (2020) na área de concentração: Direitos Humanos e Desenvolvimento Social. Especialista em processo civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2019). Integra o grupo de pesquisa Direito e Realidade Social da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Graduado em Direito pela Faculdades de Campinas.

RESUMO

O trabalho pretende questionar a dicotomia entre poder constituinte e de reforma como fundamento das cláusulas pétreas do ordenamento constitucional. Para isso, foram revisitadas as obras de Emmanuel Joseph Sieyès e Carl Schmitt, juntamente com a análise de obras contemporâneas, das quais se destacam os trabalhos de Monika Polzin, Ulrich Preuss, Norberto Bobbio e Luigi Ferrajoli. O objetivo consiste em demonstrar que uma suposta hierarquia do poder constituinte, como “representante da nação”, não é suficiente para fundamentar a imutabilidade de normas constitucionais. A conclusão desse artigo é de que esse fundamento é insuficiente, mas que isso não implica a

inexistência de um núcleo imutável, oportunidade em que o trabalho conclui pela existência de um núcleo essencial de direitos fundamentais inalterável, cujo fundamento deriva do próprio sistema democrático.

Palavras-chave: Poder constituinte. Poder de reforma. Cláusulas pétreas. Direitos fundamentais. Democracia.

ABSTRACT

This paper intends to question the dichotomy between the constituent power and the reform power as the foundation of the eternity clauses of the constitutional system. For this, the works of Emmanuel Joseph Sieyès and Carl Schmitt were revisited, along with the analysis of contemporary pieces, especially the works of Monika Polzin, Ulrich Press, Norberto Bobbio and Luigi Ferrajoli. The aim is to demonstrate that a supposed hierarchy of the constituent power, as "representative of the nation," is not sufficient to substantiate the immutability of constitutional norms. The conclusion of this article is that this reasoning is inadequate, but that does not imply that there is not an immutable core, as this paper concludes that there is an unalterable core of fundamental rights, whose foundation derives from the democratic system itself.

Keywords: Constituent power. Reform power. Eternity clauses. Fundamental rights. Democracy.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em que pese a Constituição ser a lei básica de um Estado e legitimar todo o seu ordenamento jurídico, é evidente a necessidade de que seu texto esteja aberto à possibilidade de modificações com o passar do tempo. Qualquer que seja o órgão constituinte responsável por elaborar a Carta Magna, fará essa tarefa com o intuito de atender às necessidades da época em que é promulgada, de modo que é incapaz de prever todas as mudanças que ocorrerão na sociedade que pretende reger.

É nesse contexto que surgem os processos de elaboração de emendas à Constituição, pelo qual o poder de reforma constitucional, na condição de representante do povo, modifica o texto constitucional para melhor atender a sua realidade, conforme procedimento estipulado pela própria Constituição.

Entretanto, conforme é amplamente replicado em toda a doutrina, a reforma da Constituição deve estar sujeita a limites. Em geral, os principais limites podem ser classificados em formais e materiais. Enquanto os primeiros dizem respeito à adequação de procedimentos para a reforma, as limitações de caráter material estão relacionadas à proteção de um núcleo essencial de normas. Por tal noção, existem elementos tão essenciais ao texto constitucional que a sua alteração formaria uma nova Constituição, implicando no fim do regime vigente. Na Constituição da República Brasileira de 1988 tal

núcleo fica evidenciado pelo que veio a ser cunhado como *cláusulas pétreas*.

Comumente, declara-se que a existência de um “núcleo duro” que represente a ideia de uma identidade constitucional funda-se em especial na distinção feita entre o poder constituinte (originário) e o de reforma (ou constituído/derivado). O argumento central para tal dicotomia reside na premissa de que o poder originário representa a verdadeira soberania nacional e que, portanto, legitima toda a Constituição e todo o ordenamento jurídico, ao passo que o poder derivado apenas tem o condão de reformar a Constituição nos termos estabelecidos pelo constituinte, devendo respeitar tanto as vedações formais (processo de emenda), quanto as materiais.

O presente artigo tem por objetivo contestar essa suposta hierarquia entre o poder constituinte originário e o de reforma. Nesse sentido, parte da seguinte hipótese: as limitações materiais registradas em uma Constituição, e direcionadas ao poder de reforma, não podem ser fundamentadas apenas na noção de prevalência da vontade do poder constituinte. Ademais, superada essa questão, o trabalho argumenta pela existência de um núcleo imutável de normas referente à proteção dos direitos fundamentais, cujo fundamento deriva do próprio sistema democrático.

Assim, adotou-se como premissa teórica a necessidade de se questionar os *fundamentos* atribuídos ao núcleo imutável da constituição. Desse modo, para o desenvolvimento do trabalho foi necessário revisitar as obras de Emmanuel Joseph Sieyès e Carl Schmitt, a fim de compreender o surgimento e refinamento do conceito de poder constituinte. Com o intuito de descaracterizar essa noção como fundamento das cláusulas pétreas, o presente trabalho se apoiou especialmente nas obras de Monika Polzin e Ulrich Preuss. Ademais, para demonstrar a essencialidade dos direitos fundamentais a um regime democrático, e a consequente vedação à supressão destes, os referenciais bibliográficos adotados foram as obras de Norberto Bobbio e Luigi Ferrajoli.

Por fim, com o intuito de perseguir os objetivos aqui elencados, o caminho proposto consiste no desenvolvimento de quatro seções: a primeira seção tem por finalidade a investigação de como surge a distinção entre o poder constituinte originário e derivado; a segunda seção se propõe a tecer críticas a essa dicotomia, oportunidade em que argumenta-se pela inexistência de vinculação do poder derivado à vontade do poder constituinte; a terceira seção tem por objetivo a apresentação da proposta de existência de núcleo imutável de direitos humanos, como elemento necessário para a caracterização de um sistema democrático, o qual não poderia ser suprimido nem mesmo pela vontade

do povo; por fim, pretende-se ainda a exposição de algumas conclusões sobre o trabalho.

2. O PODER ORIGINÁRIO COMO FUNDAMENTO DO NÚCLEO ESSENCIAL DA CONSTITUIÇÃO

Para que seja possível compreender a noção segundo a qual as determinações introduzidas pelo poder constituinte originário no seio da Constituição significam o fundamento dos limites materiais intransponíveis¹ (ROZNAI; CAMARGO KREUZ, 2018, p. 41; FERREIRA FILHO, 1995, p. 11; MENDES, 1997, p. 17), faz-se necessária uma análise cuidadosa da distinção entre este poder, chamado de *constituinte*, e o denominado poder *de reforma*, como diferentes expressões da soberania nacional.

Desse modo, é imperativa a análise dos estudos de Emmanuel Joseph Sieyès, responsável por conceber a noção de um poder constituinte representante da soberania do povo², assim como é necessária a análise da obra de Carl Schmitt, que, a partir das lições de Sieyès, moldou a relação entre poder constituinte originário e reformador utilizada como fundamento para os limites materiais³.

2.1. SIEYÈS – NASCE O PODER CONSTITUINTE

A origem do poder constituinte remonta ao século XVIII, época em que o desenvolvimento do ideário iluminista serviu de base para que o padre Emmanuel Joseph Sieyès questionasse, em consonância com a agenda dos revolucionários, a divisão “estratificada” da França em primeiro, segundo e terceiro estados. Por meio de panfletos, Sieyès constrói uma série de ideias, as quais viriam a ser consolidadas na obra “O que é o terceiro Estado?”, trabalho em que se pretende responder, naquele contexto histórico, as famosas três perguntas: o que tem sido o terceiro estado; o que é o terceiro estado; e o que pretende ser o terceiro estado (FERREIRA FILHO, 2007, p. 12).

O terceiro estado, que consiste no restante da população excluída a nobreza e o

¹ A Constituição Federal elenca uma série de limites que impedem a sua reforma, como limites formais, temporais, circunstanciais e materiais. Os limites de caráter material versam sobre normas que o poder de reforma não pode alterar, isto é, as matérias tratadas pelo artigo 60, §4º, oportunidade em que se convencionou chama-las de cláusulas pétreas (SARLET, 2003, p. 80).

² A obra a ser analisada para a compreensão das contribuições oferecidas por Sieyès é a *A constituinte burguesa (qu'est-ce que le tiers état?)*.

³ Para as contribuições de Schmitt, a principal obra analisada foi a *Teoria constitucional [Constitutional theory]*. Adiante, quando da análise dos órgãos responsáveis pela proteção da Constituição, também será utilizada a obra *O guardião da constituição*.

clero, não era *nada*, uma vez que eram cidadãos comuns apequenados perante todos os privilégios e prerrogativas dos demais estados, de sorte que não gozavam de qualquer representação política (SIEYÈS, 2009, p. 10). Ainda que a parte da população que formava o terceiro estado estivesse sujeita aos abusos de uma minoria privilegiada, o autor argumenta que o terceiro estado era *tudo*, já que é este o responsável pelo efetivo sustento e manutenção da sociedade (SIEYÈS, 2009, p. 03).

Nesse cenário, em que grande parte da população é efetivamente responsável pelo desenvolvimento da sociedade, enquanto uma elite minoritária gozava de privilégios e prerrogativas, surge o questionamento do que o terceiro estado *pretende ser*. A resposta é singela: a população que tudo representa queria ser *alguma coisa*. Essa demanda ilustra o programa de reivindicações da revolução francesa (DINIZ CAMPOS, 2014, p. 159), o qual Sieyès divide em três petições: a primeira se refere à exigência de que o terceiro estado possa exercer sua liberdade política para eleger representantes que venham do mesmo estrato com o intuito de serem de fato representados; a segunda de que o número de representantes do povo seja igual ao número de representantes do clero e da nobreza; por fim, a terceira demanda da população é que o voto não seja por ordem (por estrato/estado), mas sim por cabeça (SIEYÈS, 2009, p. 13, 16 e 20).

Para que tais anseios possam ser atendidos, o autor argumenta pela necessidade da ruptura do sistema atual por meio da elaboração de uma nova Constituição que reflita as demandas do terceiro estado. Desse modo, dentro do cenário da Revolução Francesa, torna-se evidente que a proposta da criação de uma Constituição diz respeito ao estabelecimento de um *novo modelo de governo e organização da sociedade* (DINIZ CAMPOS, 2014, p. 167). Tal Constituição, como norma base do Estado, deve ser feita pela nação e para a nação. Somente por meio desse instrumento é possível o fim das desigualdades e somente a nação tem o direito de criá-lo (SIEYÈS, 2009, p. 37).

É justamente por meio desse argumento que surge a noção de *poder constituinte*. Conforme enuncia o autor, o conceito de nação, que deve ser interpretado como a expressão dos interesses da comunidade, é o que fundamenta a Constituição; é o seu suporte: “A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei” (SIEYÈS, 2009, p. 40). Dessa maneira, o poder constituinte é de titularidade da nação, a qual lhe dá forma institucional por meio da positivação de uma Constituição, cujo conteúdo reflete a manifestação de seus interesses e as instituições responsáveis por executá-los (SÁ, 2011, p. 05).

Assim, por meio desse raciocínio, surgem as características do poder constituinte apontadas pela doutrina contemporânea, a qual retrata um poder inicial, ilimitado e incondicionado (GAMA, 2000, p. 195). O poder constituinte é inicial pois é a manifestação de vontade que efetivamente cria a Constituição⁴. A não-limitação refere-se à noção de que o poder constituinte, justamente por ser inicial, não está preso a convenções preestabelecidas, de maneira que não precisa se adequar ao direito previamente positivado, criando, efetivamente, uma nova ordem jurídica. Entretanto, faz-se mister salientar que ainda que não haja vinculação anterior de caráter legal, Sieyès, adepto das ideias jusnaturalistas predominantes à época, afirma que os direitos naturais estariam acima da própria nação e devem ser resguardados pelo poder constituinte⁵.

Quanto ao caráter incondicionado, este significa que não existe forma prescrita para sua manifestação; a nação não está vinculada a um procedimento obrigatório a ser seguido (SIEYÈS, 2009, p. 42). Ainda assim, Sieyès (2009, p. 43) considera como forma correta de elaboração da constituição a convocação de uma assembleia constituinte com representantes extraordinários, método muito comum nos Estados modernos.

Por fim, ainda sobre a obra de Sieyès, merece destaque duas últimas noções a fim de que fique plenamente esclarecido o pensamento do autor. A primeira diz respeito à noção de *superioridade da lei constitucional*, pela qual a Constituição, como instrumento de delegação de competências, deve sempre estar em grau de hierarquia superior aos poderes constituídos. A segunda refere-se a ideia de que o poder constituinte é permanente, de sorte que sua missão não se encerra com a promulgação da constituição. Como o poder constituinte é expressão da nação, a qual existe antes de tudo, esta não está vinculada à Constituição, podendo, portanto, alterá-la a qualquer momento⁶.

2.2. SCHMITT – A VONTADE POLÍTICA DA NAÇÃO

As lições desenvolvidas por Sieyès surtiram um grande impacto na teoria do direito constitucional, as quais foram retomadas por Carl Schmitt, em especial no que toca

⁴ Importante ressaltar a noção de que apenas o poder constituinte é inicial. Como já salientado, a nação precede qualquer texto constitucional, de sorte que pode existir um Estado por anos a fio sem que haja qualquer constituição formal.

⁵ Sieyès (2009, p. 40) retrata expressamente que, em que pese a nação existir antes da constituição, os direitos naturais estão acima desta.

⁶ Sieyès (2009, p. 41) é incisivo ao argumentar que o Estado é o responsável por promulgar a Constituição e que, por consequente, não se encontra vinculado eternamente ao seu conteúdo, oportunidade em que se cita a seguinte passagem “Seria ridículo supor que a nação ligada, ela própria, pelas formalidades ou pela Constituição que ela sujeitou seus mandatários”.

à noção de um poder constituinte como fundamento da constituição (SCHMITT, 2007a, p. 126). Em que pese ambos os autores concordarem com o argumento de que o poder constituinte representa a nação⁷, Schmitt (2007a, p. 125) sustenta que a manifestação desse poder se centra na decisão política expressada por meio da soberania nacional, de modo que se trata da “vontade política, cujo poder ou autoridade é capaz de concretizar a decisão sobre o tipo e a forma de governo de sua existência política”⁸.

Tais considerações refletem na construção do conceito de Constituição para Schmitt, em que o autor procura atribuir a esta um sentido *politico*⁹, de sorte que defende a noção de que a Constituição é a expressão da decisão política do poder constituinte, determinando o todo político que regerá a administração pública e a sociedade como um todo. Nesse sentido, fica evidente o dissenso do autor em relação aos posicionamentos normativistas da época¹⁰, uma vez que afirma com todo o vigor a importância da *decisão política* para o fundamento da Constituição ao sustentar que esta não é baseada em uma *norma*, cuja justeza seria o fundamento de sua validade. O seu sustento se encontraria somente na decisão da nação quanto ao tipo e forma que pretende adotar, a qual emana de seu ser político (SCHMITT, 2007a, p. 125)¹¹.

É justamente por meio desse raciocínio, de que a Constituição representa a concretização da decisão fundamental manifestada pelo poder constituinte, que Schmitt (2007a, p. 75) desenvolve a diferença entre os conceitos de Constituição e de leis constitucionais. A decisão fundamental, responsável por delimitar a essência da ordem política (forma de governo, estruturação dos poderes, proteção de direitos humanos) seria de fato a Constituição; ao passo que as demais normas contidas na constituição

⁷ Entretanto, importante salientar que Schmitt (2007a, p. 129) também vislumbrava a possibilidade de o rei ou até mesmo uma minoria (oligarquias) serem as titulares do poder constituinte.

⁸ “The constitution-making power is the political will, whose power or authority is capable of making the concrete, comprehensive decision over the type and form of its own political existence”.

⁹ Nesse sentido, confira as distinções entre Constituição nos sentidos político, sociológico e normativo no trabalho de José Afonso da Silva (2013, p. 40-41).

¹⁰ Panu Minkkinen (2013, p. 590-591) argumenta que o posicionamento de Schmitt surge em resposta aos ideais desenvolvidos por Kelsen, enquanto Schmitt procura confeccionar um conteúdo para a constituição, lhe atribuindo um caráter eminentemente político. Kelsen, por outro lado, procura desenvolver o conceito de constituição dentro da ciência jurídica de um ponto de vista estrutural.

¹¹ Conforme já salientado em nota imediatamente anterior, muitas das ideias desenvolvidas por Schmitt são fruto de diálogo com as obras de Kelsen. Desse modo, cumpre ressaltar que para este autor, a Constituição é a norma material regente de todo o ordenamento jurídico; é a norma responsável pela regulamentação de todo o sistema de atribuição de competências e procedimentos para a criação de outras normas. Kelsen, de maneira diversa da acepção política adotada por Schmitt, afirma que a Constituição, como norma jurídico-positivo (lei posta), assim como todas as outras normas do ordenamento, extrai sua validade de uma outra norma. O autor argumenta que essa norma é a chamada *norma fundamental*, que se trata de uma norma pressuposta, lógico-transcendental, pela qual “devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve” (KELSEN, 2009, p. 222, 225 e 246-247).

positivada seriam apenas leis constitucionais (POLZIN, 2016, p. 419). Desse modo, a Constituição positivada seria constituída por duas seções diversas, uma representando a decisão fundamental, expressão da soberania nacional, e, portanto, a verdadeira Constituição; ao passo que uma segunda conteria apenas provisões menos importantes.

Dessa distinção surge a noção de um *núcleo imutável* da Constituição, em razão do poder constituinte. Em que pese Schmitt não elencar expressamente partes imutáveis da Constituição de Weimar¹², argumenta que os elementos essenciais de uma Constituição, a Constituição “verdadeira”, não estão sujeitos a modificações pelo poder de reforma (constituído), uma vez que são o centro da unidade política do sistema (sua identidade) (BACHOF, 2007, p. 65). Em verdade, tal núcleo essencial, segundo Schmitt, não necessita ser explicitado como imutável, pois, são as normas mais essenciais da Constituição. Uma vez que a decisão fundamental é o reflexo da vontade do povo, e, portanto, o fundamento da Constituição, não é possível que sejam alteradas provisões tão essenciais. Desse modo, apenas seria possível a alteração das leis constitucionais (provisões menos importantes) e desde que seguido o procedimento formal estipulado na constituição positivada (POLZIN, 2016, p. 419).

Sobre a modificação da Constituição, Schmitt (2007a, p. 147) diferencia as espécies de alteração a serem feitas pelo poder revisor em aniquilação, eliminação e revisão constitucional. A primeira retrata uma situação de retirada simultânea dos elementos essenciais e da vontade do poder constituinte da constituição; a segunda refere-se à abolição da ordem constitucional existente, mas com o estabelecimento de uma nova decisão fundamental (revolução) e, portanto, de um novo conteúdo essencial; já a terceira representa a mudança das leis constitucionais, a qual pressupõe a eliminação de normas específicas para a entrada de novas, desde que não haja alteração do núcleo essencial da constituição¹³.

De qualquer maneira, o fato de Schmitt reconhecer um poder revisor, capaz de produzir emendas, reforça a ideia de continuidade e maleabilidade da Constituição ao longo dos anos (BARAK, 2011, p. 328), desde que se reconheça sua vinculação aos ditames do poder constituinte. Nesse sentido, semelhante ao que ensina Sieyès, destaca o autor que o poder constituinte não desaparece quando da positivação de uma

¹² Constituição alemã de 1919 analisada por Schmitt. Monika Polzin (2016, p. 420) ressalta que Schmitt apenas dá exemplos do que deveria ser imutável em uma Constituição, como a preservação do sistema democrático.

¹³ Sobre essa divisão, merece destaque a explanação feita por Ulrich Press (2011, p. 438-439) em que ressalta a pouca diferença prática entre a aniquilação e a eliminação constitucional.

Constituição, ele apenas é iniciado nesse ato, de sorte que sua vontade permanece juntamente a verdadeira Constituição, garantindo sua continuidade e impedindo a sua mudança (SCHMITT, 2007a, p. 140-141).

3. CRÍTICA AO PODER CONSTITUINTE COMO FUNDAMENTO DE UM NÚCLEO IMUTÁVEL DA CONSTITUIÇÃO

Como já demonstrado, a noção do poder constituinte como limitador do poder de reforma constitucional é o argumento utilizado para fundamentar a inalterabilidade do núcleo essencial (ou cláusulas pétreas) de uma Constituição, as quais, no Brasil, vêm expressamente estipuladas no artigo 60, §4º, da Constituição Federal. É o argumento encontrado em uma série de julgamentos do Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que se destaca o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.105 (BRASIL, 2004, p. 293-295), no qual faz referência expressa às noções colocadas por Schmitt, de preservação da identidade constitucional e continuidade da ordem constitucional como elementos impeditivos da supressão de cláusulas pétreas¹⁴.

Essa noção fica ainda mais clara quando se analisa o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2004, p. 374), oportunidade em que fica nítida a influência de Schmitt. Com o intuito de defender a impossibilidade de redução do conteúdo de uma cláusula pétrea (direitos fundamentais), atribui ao Congresso Nacional, no exercício de sua prerrogativa do procedimento de reforma da constituição, a condição de papel de constituinte secundário, função que julga ser:

(...) Essencialmente limitada e juridicamente subordinada a padrões normativos, que ostentando grau de irrecusável supremacia no contexto da Carta Federal, visam a tornar intangíveis determinadas decisões políticas fundamentais consagradas pelo legislador constituinte primário (BRASIL, 2004, p. 374)

Em que pese toda essa argumentação, é necessário ressaltar os evidentes questionamentos à noção do poder originário vincular/limitar o poder derivado por meio das cláusulas pétreas¹⁵. No presente momento, não se pretende questionar a existência de um conjunto imutável de matérias na Constituição, mas apenas a ideia de que o seu fundamento seja essa vontade primária do poder constituinte.

¹⁴ Na ação discutia-se a possibilidade de reconhecimento do direito adquirido ser tratado como cláusula pétrea, com fundamento no artigo 60, §4º, IV, da CF. Por maioria de votos, o STF decidiu por uma interpretação relativa do artigo, de modo que o objeto do caso não significaria a abolição de um direito fundamental, mas apenas uma mitigação.

¹⁵ Ou, como colocado por Schmitt, pelo núcleo essencial da Constituição.

3.1. ARGUMENTO DE HIERARQUIZAÇÃO MATERIAL ENTRE PODER CONSTITUINTE E DE REFORMA

Sobre a questão das cláusulas pétreas, a doutrina parece se dividir em três correntes interpretativas (MIRANDA, 2004, p. 190; BRASIL, 2004, p. 293): a primeira, já muito abordada, aceita completamente a sua validade (das cláusulas pétreas), com fulcro na ideia de que o poder de revisão, por ser um poder constituído, está subordinado ao poder constituinte e não pode questionar os limites por este impostos; a segunda rejeita completamente qualquer limitação de cunho material, negando qualquer possibilidade de vinculação a ser atribuída pelo poder constituinte. Finalmente, a terceira relativiza as proibições de cunho material, de maneira que propõe o respeito a limitações formais, demandando que sejam realizadas duas emendas: a primeira destinada a suprir a proteção e a segunda efetivamente alterando aquele conteúdo anteriormente protegido.

Assim, o cerne da questão reside na discussão sobre a existência ou não de uma superioridade hierárquica do poder constituinte, o qual, ao decidir pelas formas a serem adotadas para o regimento da sociedade, estabelece limites formais e materiais ao poder reformador. Os limites formais versam sobre condições procedimentais e a sua existência se verifica pela necessidade de atribuir maior estabilidade e rigidez à Constituição¹⁶. Entretanto, a noção de que o poder constituinte tem a vocação de impor limites de caráter substancial aos poderes de reforma da sociedade suscita uma série de questionamentos.

Como muito bem resume Monika Polzin (2016, p. 419), toda a problemática advém dessa dicotomia entre poder constituinte e constituído formulada por Sieyès, a qual, nas obras de Schmitt, assumiu um caráter absoluto: “Schmitt usou essa distinção fora de seu contexto histórico e dentro de uma Constituição democrática já existente, realizando uma distinção absoluta”¹⁷. Ao criar esse poder irregular e absoluto, permite-se que as normas constitucionais atuais permaneçam vinculando gerações sem fim, somente em respeito à vontade do legislador original.

Schmitt atribui ao poder constituinte a força legitimadora da Constituição por representar a nação, mas não estipula como esta deve exercer tal poder (POLZIN, 2016, p. 419). Nesta senda, ressalta a característica da incondicionalidade estipulada por

¹⁶ Segundo Loewenstein (1979, p. 163), somente quando o processo político de reforma está subordinado a um processo formal de normas é que se reconhece um Estado de direito.

¹⁷ “Schmitt used this distinction outside of its historical context and within an existing democratic constitution, making the distinction absolute”.

Sieyès, afirmando que não há um processo regulamentar que vincule o poder constituinte no estabelecimento de uma Constituição (SCHMITT, 2007a, p. 138-139)¹⁸. A construção feita pelo autor estabelece uma ficção pela qual há um poder absoluto, ilimitado e não regulamentado que serve como representante do povo e que fundamenta todo o ordenamento constitucional (POLZIN, 2016, p. 421). O conceito de uma identidade constitucional, fundada na vontade do corpo legislativo que a elaborou, é tão estático quanto genérico.

Embora tal ficção seja utilizada como fundamento para a vinculação do poder constituinte derivado, são muitas as críticas a serem tecidas. É o poder constituinte inicial mais representante da nação do que o poder de reforma? O processo de representação do passado tem mais força que a representação atual? A assembleia constituinte é dotada de algum poder que a diferencia dos chamados poderes constituídos?

Inclusive, sobre a convocação de uma assembleia constituinte com representantes extraordinários como a forma de representação da nação, é importante destacar que o próprio Schmitt rejeita tal noção, originalmente apresentada por Sieyès. O autor argumenta que tal opção mostra-se antidemocrática, de sorte que não há qualquer participação por parte do povo. A Constituição positivada por uma assembleia representa os seus ideais, os quais podem não refletir aqueles que seriam o do povo propriamente (SCHMITT, 2007a, p. 128)¹⁹.

Assim, o argumento de que os elementos essenciais da Constituição advêm da decisão política original e que, portanto, não podem ser modificados, mostra-se falho. O mítico poder constituinte originário não tem o condão de vincular os poderes de reforma da Constituição das gerações futuras (VANOSSI, 2002, p. 255-256; MIRANDA, 2004, p. 191). A noção de um poder de reforma tem justamente o objetivo de promover a manutenção da Constituição sem que se necessite a manifestação de um novo poder constituinte todas as vezes em que for necessário a reforma do texto constitucional (VANOSSI, 2002, p. 255).

Em verdade, ao se adotar a premissa estabelecida de que não é possível hierarquizar a vontade do povo em constituinte e constituída, a própria decisão fundamental pode ser questionada. Porque não caberia ao poder constituído, dentro das

¹⁸ Schmitt (2007a, p. 132-135) apenas cita algumas maneiras pelas quais as constituições vêm a nascer nas democracias modernas.

¹⁹ Schmitt questiona a opção por uma assembleia, frisando que ao se adotar tal abordagem, a constituição positivada não é nem do povo, nem do rei, mas somente da assembleia.

próprias estruturas estabelecidas pelo constituinte, alterar a decisão fundamental? Uma vez que a Constituição seria fruto de um fato político (a decisão inicial do povo) por que não seria possível sua alteração por meio de outro fato político (a decisão posterior), igualmente fundado na vontade da nação, dentro do ordenamento constitucional vigente, por meio de emenda constitucional? A noção de permanência do poder constituinte, como um eterno vigia dos elementos da Constituição não pode ser fundamento para a sua vinculação (PREUSS²⁰, 2011, p. 434).

Nesse sentido, é imperativo tecer ponderações sobre o próprio caso brasileiro. Como bem se sabe, o texto da Constituição de 1988 foi formulado por uma assembleia constituinte nacional formada por membros do Congresso Nacional, os quais foram convocados pelo próprio Congresso Nacional por meio da emenda constitucional nº 26/85 à Constituição de 1967²¹. Logo, os representantes dessa mística força inabalável e ilimitada que é o poder originário são indivíduos convocados por meio de um poder constituído dentro do que, com muito eufemismo, pode ser considerado como um regime de exceção²². Não se pretende questionar a legitimidade da Assembleia Constituinte, mas são necessárias reflexões se é de fato possível atribuir a vontade da nação a um tão pequeno grupo de indivíduos.

Desse modo, partindo da premissa que tal dicotomia não é absoluta, uma vez que ambos os poderes, de constituir e de reformar, gozam de uma mesma hierarquia (PREUSS, 2011, p. 432), não há como negar a força do terceiro posicionamento acima elencado, pelo qual seria possível a reforma de qualquer aspecto de uma Constituição desde que respeitados os próprios parâmetros por esta elencados (BERNAL, 2013, p. 348). É o que se convencionou chamar de teoria da “dupla revisão”, tão bem retratada por Jorge Miranda (2004, p. 209-210)²³.

Os defensores de tal corrente partem da premissa de que as cláusulas de vedação material são válidas e é necessário que sejam cumpridas. Porém, como qualquer

²⁰ Nessa passagem, Preuss aponta que as Constituições são leis nas quais o seu autor (o poder constituinte) “desaparece” após o cumprimento de sua missão, uma vez que há o esgotamento de sua vontade com o estabelecimento da Carta Magna. Diante de tal situação, a população somente consegue expressar a sua vontade por meio dos poderes constituídos, os quais deverão ter o mesmo *status* do poder originário.

²¹ 1969 a depender do interprete.

²² Faz-se mister destacar ainda que parte do Congresso Nacional em 1985 era composta pelos chamados “senadores biônicos”, políticos apontados diretamente pelos militares, de maneira que se questiona ainda mais a noção de representação do povo.

²³ Jorge Miranda é um dos grandes doutrinadores a defenderem de maneira coesa, ainda que não irrestrita, a possibilidade de uma dupla revisão.

outra norma da constituição, é possível que sejam revistas por meio do processo de revisão estipulado pela própria Constituição²⁴. Uma vez que os poderes constituintes e constituídos, na condição de representantes do povo, estão no mesmo plano, é forçoso admitir que os limites textuais impostos na constituição são autolimitações do legislador constitucional inicial e que devem ser cumpridas somente até que sua proteção seja substituída por nova força constitucional, o poder reformador (MIRANDA, 2004, p. 194).

Portanto, fosse a vontade da nação o único fundamento do núcleo essencial, a teoria da dupla revisão seria plenamente aceitável, uma vez que propõe abolir primeiramente a vedação, para depois alterar o seu conteúdo. Seguindo tal procedimento, há o respeito ao mosaico processual construído pelo poder constituinte e a consagração da vontade atual da nação em reformar a Constituição para melhor atender as suas atuais necessidades.

3.2 FOSSE A VONTADE DO POVO O FUNDAMENTO DA IMUTABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO, QUAL SERIA O PAPEL DO JUDICIÁRIO?

Caso optássemos por desconsiderar tudo o que foi até aqui elencado e assumíssemos como certa a hipótese de que o poder constituinte é o verdadeiro poder representante da soberania nacional, seria preciso levantar alguns questionamentos sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal como julgador da constitucionalidade de emendas constitucionais em razão de cláusulas pétreas.

Se é a vontade da nação o fundamento da Constituição e de seu núcleo imutável, como se pode sustentar a competência de um único órgão, cuja função é contramajoritária, composto de onze ministros, de definir o que atenta ou não contra essa vontade? Se a Constituição foi criada pelo povo e é essa vontade que a legitima, não deveria caber ao povo escolher o que é ou não constitucional, de forma definitiva (BERNAL, 2013, p. 347)? Parece que não haveria espaço para o judiciário decidir a respeito da inconstitucionalidade de emendas constitucionais.

Sobre esse ponto, haverá o argumento de que a suprema corte deve atuar como protetora da constituição, de sorte que está nas suas funções interpretar o que seja seu núcleo essencial e impedir reformas que atentem contra este. Porém, esse papel é questionado por autores que utilizam o poder constituinte como fundamento para imutabilidade da constituição, dos quais se destaca o próprio Schmitt (POLZIN, 2016, p.

²⁴ Ulrich Preuss (2011, p. 434) destaca que a única diferença entre o poder constituinte e o de reforma é que o segundo está limitado formalmente ao que foi estabelecido pelo primeiro, mas nunca em razão de matéria.

432).

Nesse ponto, mais uma vez, o posicionamento de Schmitt deriva dos embates com seu contemporâneo Hans Kelsen (VINX, 2015, p. 05), de modo que é interessante uma breve análise do posicionamento de ambos²⁵.

Kelsen (2003, p. 329) sustenta a necessidade de um verdadeiro controle de constitucionalidade como condição para a existência de um Estado de Direito, uma vez que tal mecanismo satisfaz o chamado *princípio da legalidade da função estatal*, no sentido da garantia de que deverão ser respeitados os limites impostos pela Constituição (KELSEN, 2003, p. 240). Embora o autor teça vários questionamentos a propósito do termo “guardião” da Constituição, ponderando sobre o seu sentido, ressalta que o ente responsável pelo exercício da jurisdição de cunho constitucional deve ser o Tribunal Constitucional²⁶, pois este, ao negar vigência às normas inconstitucionais, age, inegavelmente, como garante da Constituição (KELSEN, 2003, p. 249-250).

Schmitt (2007b, p. 194-95), por outro lado, constrói sua teoria sobre o guardião da Constituição a partir dos ensinamentos de Benjamin Constant, de que o ente responsável pela defesa da Carta Magna deve ter como principal atributo ser um “pouvoir neutre, intermédiaire e régulateur”²⁷. Deve ser um ente não superior aos demais órgãos, mas que convive *ao lado* destes, coordenando as suas atuações a fim de “assegurar o funcionamento constitucional dos diversos poderes e salvaguardar a Constituição” (SCHMITT, 2007b, p. 193). Tal poder é *não contínuo*, no sentido que sua atuação pela defesa da Constituição somente seria possível em casos de emergência (SCHMITT, 2007b, p. 200). Schmitt (2007b, p. 198-199) sustenta que tal neutralidade refere-se especialmente a uma não vinculação político partidária, de sorte que aponta que o ente capaz de preencher essa função é o chefe de Estado (no caso, o Presidente do Reich), uma vez que este representa a “continuidade e permanência” de toda a unidade estatal, bem como de seu correto funcionamento (2007b, p. 199).

²⁵ Em que pese a obra de Schmitt, “O guardião da constituição”, preceder “A jurisdição constitucional” de Kelsen, por o entendimento deste ser mais comumente adotado, optou-se iniciar por essa obra.

²⁶ No caso da Constituição de Weimar (ALEMANHA, 1919), o autor faz diversas referências ao artigo 19: “Regarding constitution disputes within a state, where no court is responsible to deal with, as well as in disputes of non-private matter between various states or between a state and the Reich, the Reich state court, at the request of one party, decides in the name of the Reich, unless another Reich court is responsible. The Reich president executes decisions of the Reich state court”.

²⁷ Um poder neutro, intermediário e regulamentar. Schmitt retrata que a noção de um poder neutro, intermediário e regulamentar surge nas obras de Benjamin Constant referente as discussões pós-revolução francesa, envolvendo o bonapartismo e a restauração monárquica.

Segundo o autor (SCHMITT, 2007b, p. 201), a Constituição de Weimar²⁸ confere uma série de atribuições ao presidente, o qual representa a unidade política por ter sido eleito pelo todo, que só podem ser entendidas por meio da adoção dessa teoria de que esta figura seria esse poder neutro intermediário, regulador e preservador. Os poderes atribuídos por essa Constituição, dos quais se destaca literalmente a proteção da Constituição, nos termos de seu artigo 48²⁹, demonstram que o presidente é uma instituição com certa independência do Parlamento, mas, que ao mesmo tempo, não se encontra totalmente desvinculada deste, uma vez que o seu artigo 50 exige a aquiescência do chefe parlamentar para certos atos³⁰. Essa relação só poderia ser explicada, segundo Schmitt, pela compreensão de que o presidente deve exercer tal função regulamentadora e de defesa da Constituição, coordenando a atuação dos poderes do Estado.

Assim, o presidente, na concepção de Schmitt (2007b, p. 232), é a figura central de todo o sistema político e representa “neutralidade e independência político partidária”. O ordenamento dependeria dele como elemento unificador, levando em conta que “as tendências do sistema pluralista dificultam, ou até mesmo impossibilitam, um funcionamento normal do Estado legiferante” (SCHMITT, 2007b, p. 232), justificando a centralização do poder nessa figura, nos termos do que se coloca no artigo 48.

Em que pese os méritos das colocações de Schmitt, é plenamente questionável a sua defesa de independência e neutralidade do cargo de presidente. Nesse sentido, é pertinente o destaque as ponderações efetuadas por Kelsen (2003, p. 286), que, embora reconheça que o presidente também atue para defesa da Constituição juntamente com o tribunal constitucional, desafia as ideias de Schmitt em várias instâncias ao longo de sua obra, oportunidade em que se destaca a seguinte passagem: “A eleição do chefe de

²⁸ Reitera-se nota feita anteriormente que os estudos políticos de Kelsen se fundaram especialmente sobre as disposições da Constituição Alemã de 1919, ou Constituição de Weimar.

²⁹ “Article 48: If a state (8) does not fulfil the obligations laid upon it by the Reich constitution or the Reich laws, the Reich President may use armed force to cause it to oblige.

In case public safety is seriously threatened or disturbed, the Reich President may take the measures necessary to reestablish law and order, if necessary using armed force. In the pursuit of this aim he may suspend the civil rights described in articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 and 154, partially or entirely.

The Reich President has to inform Reichstag immediately about all measures undertaken which are based on paragraphs 1 and 2 of this article. The measures have to be suspended immediately if Reichstag demands so.

If danger is imminent, the state government may, for their specific territory, implement steps as described in paragraph 2. These steps have to be suspended if so demanded by the Reich President or the Reichstag. Further details are provided by Reich law” (ALEMANHA, 1919).

³⁰ “Article 50: All orders and edicts by the Reich President, including such pertaining the armed force, in order to gain validity, require the countersignature of the Reich Chancellor or the responsible Reich ministers. The countersignatory assumes responsibility” (ALEMANHA, 1919).

Estado, que se dá inevitavelmente sob a alta pressão de ações político-partidárias, pode ser um método democrático de nomeação, mas não lhe garante particularmente a independência” (KELSEN, 2003, p. 283)³¹.

De fato, são inegáveis as relações entre o chefe do executivo e os partidos políticos, porquanto parece idealista a noção de que haveria uma verdadeira neutralidade no atuar do chefe do executivo. Ademais, todo esse poder nas mãos de apenas uma autoridade, e seu posicionamento como representante absoluto da vontade da nação, sem dúvida podem causar grandes impactos na sociedade (como de fato causaram)³².

De toda forma, causa estranheza que o próprio judiciário utilize expressamente os ideais elaborados por Schmitt, levando em conta que o autor era, de certo modo, contrário ao procedimento de revisão judicial. De qualquer maneira, todas essas considerações demonstram os muitos problemas decorrentes da adoção da perspectiva segundo a qual o poder constituinte, a “vontade original da nação”, deve funcionar como fundamento de todo o ordenamento jurídico constitucional, tendo, ainda, o condão de vincular as futuras gerações.

4. DA INTERDEPENDÊNCIA ENTRE O SISTEMA DEMOCRÁTICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM FUNDAMENTO PARA UM NÚCLEO IMUTÁVEL DE DIREITOS

Como se procurou demonstrar até aqui, a proposta de uma posição hierarquicamente superior do poder constituinte sobre o poder de reforma não é fundamento suficiente para o engessamento de valores previstos na Constituição. Entretanto, a ineficiência desse fundamento não significa necessariamente que não exista um conjunto de valores que devam ser resguardados até mesmo contra a vontade da população. Tal núcleo versaria sobre o conjunto de direitos fundamentais garantidos pelo texto constitucional, uma vez que a própria noção de Constituição se confunde com a de tais direitos.

Nesse sentido, é de suma importância ressaltar que todo o movimento

³¹ Kelsen (2003, p. 243), inclusive, dialoga diretamente com a obra de Schmitt, fazendo referência expressa a obra *O guardião da constituição*. Dentre as várias críticas construídas contra essa noção, destaca-se somente a indignação geral de Kelsen: “mais surpreendente ainda, porém, é que esse escrito tire do rebotalho do teatro constitucional a sua mais antiga peça, qual seja, a tese de que o chefe do Estado, e nenhum outro órgão, seria o competente guardião da Constituição, a fim de utilizar novamente esse já bem empoeirado adereço cênico na república democrática em geral e na Constituição de Weimar em particular”.

³² O artigo 48 da Constituição de Weimar foi muito utilizado na história alemã. Dentre suas utilizações, destacam-se a dissolução do parlamento alemão [*reichstag*] em 1930 e a suspensão de liberdades fundamentais de expressão, reunião e opinião, em 1933, no início do regime nazista. (FEUCHTWANGER, 1993, p. 42 e 314).

constitucionalista culmina na necessidade de compreender os direitos fundamentais como elementos essenciais para o reconhecimento da legitimidade de uma Constituição. É ideal tão essencial que se encontra elencado entre os dispositivos da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual, em seu artigo 16, determina: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (FRANÇA, 1789).

Embora tal disposição já devesse ser o suficiente para a garantia dos direitos fundamentais, se pretende argumentar que a proteção de um núcleo de direitos na Constituição também se encontra protegida pelo sistema democrático, uma vez que tal conjunto seria essencial para a configuração de tal regime.

A hipótese que se sustenta, portanto, consiste em afirmar que os direitos fundamentais constituem um núcleo necessário para a legitimidade de um sistema democrático e que não podem ser suprimidos por meio de um processo de revisão, ainda que “democrático” (popular), uma vez que constituem elemento necessário à própria definição de *democracia*. Em outras palavras, a vedação de medidas com vistas à supressão de direitos fundamentais constitui o núcleo essencial do sistema democrático, de sorte que mesmo o poder de revisão não tem capacidade para implementar tais revisões.

Assim, vislumbra-se novo fundamento a justificar a imutabilidade de um conjunto de direitos e garantias fundamentais: a adoção e manutenção do sistema democrático.

Com o intuito de atender esse objetivo, propõe-se a análise de dois aspectos do sistema democrático que ilustram a essencialidade dos direitos fundamentais como forma de distinguir a democracia de outros sistemas de governo. O primeiro diz respeito à necessidade de se garantir os direitos fundamentais para o exercício de um autêntico processo democrático; o segundo versa sobre os direitos fundamentais como meio de coibir a chamada “ditadura da maioria”, a qual consiste em um governo representativo, mas que não pode ser confundido com um regime democrático.

Em resumo, o que se pretende demonstrar é que a existência de um conjunto de direitos fundamentais é tão essencial ao regime democrático que se confunde com sua identidade. Assim, a defesa do sistema democrático se revela como um fundamento muito mais poderoso para a proteção do núcleo de direitos humanos do que o argumento construído da “vontade do povo”.

4.1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SÃO FUNDAMENTO DA IDENTIDADE DO SISTEMA DEMOCRÁTICO

A premissa inicial desse argumento reside no debate acerca da distinção a ser feita entre democracia formal e substancial. Uma democracia formal é aquela em que, embora reunidos elementos caracterizadores de um sistema político democrático (MELLO, 1998, p. 58)³³, não se vislumbra um significado além da forma de governo. Neste caso, é possível verificar um sistema de sufrágio e separação entre os poderes estatais, entretanto, não há qualquer proposta para o efetivo engajamento do povo no direcionamento do Estado (MELLO, 1998, p. 59).

Por outro lado, para que uma democracia seja substancial é necessário que o Estado busque a realização de valores que garantam não apenas as esferas individuais de direitos e garantias fundamentais, como as liberdades clássicas, mas também as vias de acesso a posições socioeconômicas sustentáveis, viabilizadoras de espaços de igualdade material, que assegurem a efetiva participação política da população e de todos os seus estratos. Nas palavras de Bobbio (1998, p. 329), tal modelo democrático indica “um certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independente dos meios adotados para alcançá-lo”.

Ainda que as duas noções sejam diferentes, é importante notar que tanto a democracia de cunho formal, quanto a de cunho substancial, necessitam, como seu fundamento mais básico, a garantia de direitos fundamentais. Mesmo em um cenário em que apenas se adota uma forma política de governo com participação da população por meio de representantes, é necessário que haja a existência de liberdades básicas desde a igualdade (ao menos jurídica) até liberdade de expressão, reunião, associação e filiação (BOBBIO, 1986, p. 20)³⁴.

Nesse sentido, é importante destacar as lições de Norberto Bobbio (1987, p. 157), que, mesmo reconhecendo a distinção entre os modelos de democracia formal e

³³ Nessa passagem, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao realizar a distinção aqui estudada, destaca que os elementos políticos básicos de uma democracia, ao menos formal, são os seguintes: a investidura de governantes por meio do sufrágio; a distinção entre as funções executiva, legislativa e judicial do Estado; e, por fim, o acolhimento dos princípios da legalidade e da independência dos órgãos jurisdicionais.

³⁴ Interessante ainda destacar que nessa mesma passagem o autor estabelece os direitos fundamentais como mecanismos inerentes ao funcionamento de um sistema democrático, porém abstrai dos fundamentos filosóficos desse direito. Desse modo, observa-se, desde já, que a democracia em sentido formal não é o suficiente, de modo que não estaríamos tratando apenas dos chamados direitos liberais, mas também dos sociais. Esse ponto será retomado adiante.

substancial, afirma, comentando sobre o Estado liberal, que há uma relação de interdependência entre um sistema democrático e a garantia dos direitos fundamentais, de maneira que um depende do outro:

Existem, em suma, boas razões para crer: a) que hoje o método democrático seja necessário para a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa, que estão na base do Estado liberal; b) que a salvaguarda desses direitos seja necessária para o correto funcionamento do método democrático” (BOBBIO, 1990, p. 43).

A abordagem dessa divisão tem por objetivo destacar que qualquer que seja a interpretação do que se entende por *regime democrático* - seja como mero sistema representativo, seja como sistema que, além da participação da população demanda também a adoção de valores democráticos -, está presente, em sua essência, a *exigência da garantia de direitos humanos*.

Entretanto, superado esse primeiro ponto, é necessário refletir acerca da importância de tal debate quando o Estado em que se pretende aplicar um sistema democrático é um Estado de Direito. Nesse sentido, é preciso que se questione se basta a garantia de um direito formal à participação para que se cumpra o processo democrático. Tal igualdade jurídica é suficiente para que se afirme a existência de uma democracia? Há necessidade de uma participação substancial para além do voto?

Luigi Ferrajoli, ao se debruçar sobre a questão relativa à democracia em sentido formal ou material, rejeitou tal distinção, oportunidade em que formulou a hipótese de que um sistema político apenas formalmente representativo não poderia ser reconhecido como democracia, mas tão somente como um sistema de “Estado político representativo” (FERRAJOLI, 2002, p. 694). Para que o Estado deixe de ser meramente representativo é necessário que adote a defesa dos direitos fundamentais, políticos e sociais, de sorte que o autor equipara o Estado de direito ao que tratamos até aqui como democracia substancial: “Chamarei democracia substancial ou social o ‘Estado de direito’ dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais” (FERRAJOLI, 2002, p. 694).

Em verdade, parece que para que se atinja um modelo democrático não basta a mera igualdade jurídica. É também necessário que um sistema democrático busque a realização da cidadania de sua população. Assim, o meio para a efetivação de um real processo democrático passa pelo desenvolvimento da população, o qual tem como base, em última instância, a consecução dos direitos fundamentais (BOBBIO, 1986, p. 31; MELLO, 1998, p. 58). A participação de uma população faminta e deixada a mercê da ignorância não pode ser considerada como verdadeira participação democrática (CENCI;

BEDIN, 2013, p. 243), sendo necessário o reconhecimento da chamada democracia “substancial” como único regime autenticamente democrático.

Cabe, inclusive, a lembrança das lições colocadas por Benjamin Constant (1985, p. 07), que mesmo não citando expressamente questões relativas às condições sociais, retrata que as instituições públicas têm o dever de incentivar uma participação engajada e consciente de toda a população, destacando o dever de chama-la para o processo político, “garantindo-lhes o direito de controle e vigilância pela manifestação de suas opiniões e, preparando-os desse modo, pela prática, para essas funções elevadas, dar-lhes ao mesmo tempo o desejo e a faculdade de executá-las”.

Sobre a efetiva participação no processo democrático, vale a pena uma última reflexão. Em “O futuro da democracia”, obra aqui já citada, Bobbio (1986, p. 20) faz o seguinte relato: “Nas democracias mais consolidadas assistimos impotentes ao fenômeno da apatia política, que frequentemente chega a envolver cerca da metade dos que têm direito ao voto”. Destaca ainda que estas “são as pessoas que não estão orientadas nem para os *outputs* nem para os *inputs*”³⁵.

Em que pese a apatia política ainda existir em peso atualmente, em especial nas populações mais carentes, o cenário político atual, talvez em razão da maior facilidade na disseminação de informação, mostra um processo de maior engajamento por parte de alguns estratos da sociedade. Entretanto, há dificuldade em defender que tal participação seja uma efetiva evolução no processo democrático, de sorte que a intolerância e abordagens pela redução (ou mesmo supressão) de direitos fundamentais passa a ganhar força³⁶. De qualquer modo, tal discussão exige aprofundamento, tarefa que demanda trabalho próprio.

Em suma, o que se procurou demonstrar é que a garantia dos direitos fundamentais é parte essencial de uma democracia, uma vez que para que um Estado possa assim ser considerado, sua construção passa pelo exercício e desenvolvimento destes. Há uma relação de interdependência entre esses dois temas. Não se nega que esperar uma participação completa e totalmente desenvolvida de toda a população seja uma perspectiva utópica. Entretanto, ainda que nunca ocorra tal cenário, não pode um

³⁵ *Output* são os benefícios que o eleitor espera receber do sistema político, ao passo que o *input* é aquela participação do eleitor ativa para a formação de demandas e auxílio na articulação de decisões.

³⁶ Interessante destacar o complemento feito por Bobbio (1986, p. 33) à noção de apatia política, quando retrata o cenário italiano em que registra uma queda do voto de opinião (de caráter ideológico) em favor do voto de permuta, aquele que é orientado apenas pelos ganhos pessoais, sem que haja qualquer consideração pela coisa pública.

sistema democrático se orientar no sentido contrário, visando a diminuição dos direitos da população, já que significaria a desconstrução de seu próprio modelo.

4.2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO IMPEDITIVO DA TRANSFORMAÇÃO DA DEMOCRACIA EM UMA DITADURA DA MAIORIA

Uma das maiores preocupações de diversos pensadores acerca da condução de um regime democrático reside justamente em um aspecto inerente da diferenciação acima. Caso a democracia seja compreendida como um regime político caracterizado tão somente pela representação política, o que impede que tal Estado venha a se tornar um regime autocrático em que, ao invés da figura única do ditador, há uma maioria com poderes absolutos subjugando as demais classes (FERRAJOLI, 2002, p. 689-690)? Essa noção é o que veio a ser cunhada como a “tirania da maioria” (BOBBIO, 1990, p. 57) e não pode ser confundida com o regime democrático.

Uma vez que o sistema representativo é inerente à democracia, é da essência que a maioria tenha uma maior força política na condução da sociedade (ATALIBA, 1987, p. 190; PREUSS, 2011, p. 434-435), o que não pode significar um poder absoluto de comandar o destino do Estado.

Alexis de Tocqueville (1977, p. 194), já na primeira metade do século XIX, se preocupava claramente com esse cenário, oportunidade em que tece as seguintes ponderações acerca da condução de um regime representativo por meio de uma maioria: “Os homens, ao se reunirem, terão mudado de caráter? (...) Para mim, não seria possível acreditar nisso; e o poder de tudo fazer, que recuso a um só de meus semelhantes, eu não o atribuiria nunca a vários deles”.

Nesse sentido, é possível observar que Tocqueville não é o único a expressar esses temores, conforme se vê das reflexões de seu contemporâneo, John Stuart Mill (1981, p. 72): “Homem por homem, eles seriam tão bem representados quanto a maioria. Se não o fossem, não haveria um governo igual, mas sim um governo de desigualdade e privilégio – uma parte do povo dominando o resto”.

Um governo vinculado apenas à vontade da maioria promove uma série de efeitos nefastos à sociedade, dos quais se indicam os seguintes: a arbitrariedade dos poderes públicos, que, legitimados pela maioria esmagadora, agem da maneira que bem entendem; a homogeneização de opiniões, com exclusão dos diferentes; e, por fim, a diminuição de líderes políticos representantes de minorias (BOBBIO, 1990, p. 58).

Revestir uma ditadura da maioria por uma máscara de democrática é algo que não pode ser tolerado, ao menos não no interior da tradição liberal inaugurada pelas chamadas “revoluções burguesas”. Nem mesmo por unanimidade pode um povo, por exemplo, decidir que um indivíduo seja condenado à morte, ou que tenha tal e qual trabalho, ou que possa ser proibido de se expressar (FERRAJOLI, 2002, p. 694), sob pena de retrocesso a paradigmas políticos anteriores ao constitucionalismo moderno³⁷.

É justamente nesse aspecto que novamente se encontra a necessidade de o regime democrático garantir os direitos fundamentais, em especial as liberdades de expressão, associação, imprensa, mas também de fornecer direitos prestacionais, de caráter social, pois é através desse conjunto que se garante a proteção e o desenvolvimento não somente das minorias, mas do próprio indivíduo considerado fora da coletividade, com vistas à construção de um real sistema democrático, formado não somente pelo voto, mas também por valores democráticos.

É importante notar que o argumento da proteção de direitos fundamentais como uma proteção da minoria e a consequente busca de um verdadeiro sistema democrático, confere ao judiciário uma legitimação muito mais adequada para julgar eventuais inconstitucionalidades de emendas à Constituição, uma vez que estaria cumprindo o seu papel contramajoritário - e não como suposto protetor de uma vontade inicial. Esse é o papel a ser desempenhado pelos órgãos judiciários, afinal é o único corpo do governo que não deve estar atrelado à maioria.

Nesse sentido, destaca-se a lição oferecida por Geraldo Ataliba (1987, p. 190): “As minorias não têm força. Não fazem leis, nem designam agentes públicos, políticos ou administrativos. Sua única defesa está no Judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. Não precisa agradá-la, nem cortejá-la”.

Desse modo, os direitos fundamentais se mostram novamente essenciais à consecução de um verdadeiro regime democrático, de modo que uma sociedade que não tenha entre os seus objetivos a proteção dessas garantias, está sujeita à possibilidade da ascensão de um regime de tirania da maioria.

³⁷ Nesse sentido, reitera-se o destaque feito anteriormente à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pela qual não há Constituição sem a garantia dos direitos fundamentais.

4.3. REFLEXOS DA ADOÇÃO E MANUTENÇÃO DE UM REGIME DEMOCRÁTICO PARA O PODER CONSTITUINTE E O DE REFORMA

A adoção de um regime democrático implica restrições claras ao poder de reforma a ser exercido em face de uma Constituição existente. Conforme amplamente demonstrado, a proteção dos direitos fundamentais é característica essencial de um regime democrático, de maneira que não pode ser admitido na vigência desse sistema a supressão de tais cláusulas.

É nesse sentido que vale a pena o destaque às lições de Luigi Ferrajoli (2002, p. 689) no que toca ao que “deve e não deve ser decidido”, argumentando que as vedações à supressão de direitos fundamentais devem ser respeitadas no estado de direito democrático, bem como que tal regime tem o dever de remover as desigualdades sociais com o intuito de possibilitar o processo democrático, nos termos até aqui elaborados.

Tal raciocínio justifica a existência de um núcleo essencial para uma Constituição, de maneira que é um argumento muito mais sólido para a sua legitimidade do que uma mística “vontade política” da nação.

A nação não pode destruir uma característica essencial da própria democracia, ainda que pretenda fazê-lo por meio de um processo representativo, isto é, pela promulgação de emendas à Constituição. Permitir tal atuação, significaria desconfigurar o sistema democrático, o despindo completamente de seus valores. Assim, verifica-se um fundamento muito mais razoável a permitir que o judiciário julgue inconstitucionais as emendas constitucionais para a abolição de direitos fundamentais, uma vez que estará, como demonstrado, agindo verdadeiramente em sua função contramajoritária.

É importante ressaltar que o conceito de democracia aqui estipulado não se confunde com o de poder constituinte. Não é o poder constituinte que escolhe o que vem a ser um regime democrático, uma vez que este tem características próprias aqui já ressaltadas, das quais se incluem a proteção aos direitos fundamentais.

Tal conclusão é uma crítica à noção de não limitação do poder constituinte³⁸. Caso a “vontade política” da nação seja pela adoção de um regime democrático, será mandatório a proteção dos direitos fundamentais. A destruição de tal núcleo significaria a destruição do próprio sistema. Não há como desvincular um do outro, a não ser que se

³⁸ Uma noção semelhante de limitação do poder constituinte no momento de promulgação da Constituição no que toca a proteção de direitos fundamentais vem sendo trabalhada por parte da doutrina com base em obrigações firmadas em tratados internacionais. (SALDANHA, 1986. p. 90-92).

pretenda um regime que escape à tradição inaugurada pelo constitucionalismo moderno. Não há democracia sem a garantia dos direitos fundamentais (LOEWENSTEIN, 1937, p. 430-431).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vontade do povo não pode ser dividida. O fato de uma assembleia ter se reunido em 1987 com o propósito de criar uma Constituição não implica que a vontade ali manifestada seja a verdadeira expressão da soberania popular ou que seja mais importante do que a vontade manifestada pelos representantes da população vinte ou trinta anos depois. Assim, fosse o fundamento de existência das normas constitucionais somente a “vontade do povo”, nada poderia impedir que o povo as alterasse da maneira que quisesse, dentro dos próprios mecanismos oferecidos pela Constituição.

Entretanto, é preciso ressaltar que a insuficiência de tal fundamentação não implica na inexistência de um conjunto de direitos fundamentais inalterável. Não somente o voto e a separação dos poderes são elementos essenciais à democracia, mas a esse patamar também são alçados os direitos fundamentais, de maneira que não é possível a existência de um processo democrático sem estes, como foi amplamente pontuado.

O que se pretendeu esclarecer é que a defesa do sistema democrático é fundamento suficiente para a proteção de um núcleo de direitos essenciais conforme se observa das seguintes premissas: (i) a ausência de direitos fundamentais básicos garante tão somente um governo representativo e não um regime democrático; (ii) os direitos fundamentais, como demonstrado por Bobbio, são melhor resguardados em uma democracia; (iii) a ausência de direitos fundamentais básicos permite a deformação do sistema democrático em uma “ditadura da maioria”. É dessas premissas que se extrai o argumento de que um núcleo de direitos fundamentais é essencial ao sistema democrático, devendo ser protegido para que haja a sua manutenção.

Portanto, uma Estado que permitisse a desconstrução total do corpo de direitos garantidos à população estaria em aderência a um movimento de desmembramento do próprio sistema democrático, o qual, como demonstrado, vai muito além de mera representação popular. O regime democrático não pode abdicar da defesa de seus próprios valores.

Em suma, a adoção de uma justificativa de defesa dos direitos fundamentais pela proteção do sistema democrático é uma saída mais razoável do que alegações de

manutenção vontade soberana. Ademais, o uso de tal justificativa permite ao judiciário que atue na sua função designada de órgão contramajoritário, ao invés de transvestir-se de guardião da vontade na nação, papel que nem mesmo Schmitt lhe atribuía.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Constituição do Reich Alemão**, 1919. Disponível em http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php. Acesso em: 15 jun. 2019.

ATALIBA, Geraldo. Judiciário e minorias. **Revista de informação legislativa**, v. 24, n. 96, out./dez, 1987. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181799>. Acesso em: 13 junho de 2019.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

BARAK, Aharon. Unconstitutional constitutional amendments. **Israeli Law Review**, 44(3), 321-341, 2011.

BERNAL, Carlos. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: As analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. **ICON**, Vol. 11 No. 3, 339-357, 2013. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/11/2/339/753642?searchresult=1>. Acesso em: 23 julho 2019.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário da política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 3ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense S.A., 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI/DF nº 3.105**. Min. Rel. Ellen Gracie. Julgado 18 de agosto de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>. Acesso em: 13 de agosto de 2019.

CENCI, Ana Righi; BEDIN, Gilmar Antônio. Para além da liberdade dos antigos e da liberdade dos modernos: a democracia como regime dos direitos humanos. **Revista Direito Em Debate**, 23(41), 229-246, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/134>. Acesso em: 16 de junho de 2019.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**, nº 2, 1985. Disponível em: <http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>. Acesso em: 22 de julho 2019

DINIZ CAMPOS, Juliana Cristine. As origens da teoria do poder constituinte: um resgate da obra de Sieyès e suas múltiplas releituras pela doutrina publicista continental. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 25, p. 153-174, jun, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/8032>. Acesso em: 12 junho 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das "cláusulas pétreas". **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 11-17, out. 1995. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46613>. Acesso em: 08 junho 2019.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FEUCHTWANGER, E. J. From **Weimar to Hitler**. 2ª ed. Londres: Macmillan Press Ltda., 1993.

FRANÇA, **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 23 jul. 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. As alterações constitucionais e os limites do poder de reforma. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 221, p. 189-237, jul. 2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47589>

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. **The American Political Science Review**, vol 31, n. 03, p. 417-432, jun. 1937. Disponível em: https://warwick.ac.uk/fac/arts/history/students/modules/hi290/seminars/revolution/lowenste_in_militant_democracy_i.pdf. Acesso em: 24 de julho de 2019.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2ª ed. reimpressão. Barcelona: Editora Ariel, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 57-70, abr. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4716>. Acesso

em: 08 de junho de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 5, p. 69-91, 1997.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

MINKKINEN, Panu. Political constitutionalism versus political constitutional theory: Law, power, and politics. *ICON*, Vol. 11 No. 3, 585–610, 2013. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/11/3/585/789372?searchresult=1>. Acesso em 23 de julho 2019.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, tomo II**. 3ª Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

POLZIN, Monika. Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in german constitutional law. *ICON*, v. 14, n. 2, p. 411-438, 2016. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/14/2/411/2526810?searchresult=1>. Acesso em: 22 de julho 2019.

PREUSS, Ulrich. The implications of “eternity clauses”: the german experience. *Israeli Law Review*, 44(3), 429-448, 2011.

ROZNAI, Yaniv; CAMARGO KREUZ, Leticia Regina. Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment. *Revista de investigações constitucionais*, v. 5, p. 35-56, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/57577/35885>. Acesso em: 09 de junho de 2019.

SÁ, Ana Paula Barbosa de. O poder constituinte originário e sua limitação material pelos tratados internacionais de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, [S.l.], n. 18, abr. 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1351/1140>. Acesso em: 12 junho de 2019.

SALDANHA, Nelson. **O poder constituinte**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

SARLET, I. W.. Os Direitos Fundamentais Sociais como Cláusulas Pétreas, in: *Direitos Fundamentais: Crises e Contr(a)ções. Cadernos do Curso de Mestrado Em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, Piracicaba, v. 3, n.5, p. 78-97, 2003. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/828>. Acesso em: 12 de agosto de 2019.

SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Durham: Duke University Press, 2007a.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)**. Organização e introdução analítica de Aurélio Wander Bastos. Trad. Norma Azevedo. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. 2.^a ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1977.

VANOSI, Jorge Reinaldo. **Estudios de teoria constitucional**. 1.^a ed. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma De México, 2002.

VINX, Lars. The guardian of the constitution: **Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Recebido em 15/08/2019.

Aprovado em 19/05/2020.

Received in 15/08/2019.

Approved in 19/05/2020.