

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

ESTADO E INSTITUIÇÃO

Organizadores:
José Ribas Vieira
Cecília Caballero Lois
Ranieri Lima Resende

**Estado e instituições: VI
congresso internacional
constitucionalismo e
democracia: o novo
constitucionalismo latino-
americano**

1ª edição

Santa Catarina

2017



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

ESTADO E INSTITUIÇÃO

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, na abordagem da relação entre o Estado e suas instituições jurídicas e sociais.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Estado. Instituições. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Ranieri Lima Resende – UFRJ

"O POVO COMO SUJEITO COMO SUJEITO CONSTITUCIONAL E O COMPROMISSO COM DIREITOS HUMANOS"

THE PEOPLE AS THE CONSTITUTIONAL SUBJECT AND THE COMMITMENT TO HUMAN RIGHTS

Ana Carolina Lopes Olsen ¹

Katya Kozicki ²

Resumo

Em virtude do fortalecimento do judicial review em diversas democracias, ganhou corpo a discussão sobre a tensão entre constitucionalismo e democracia, questionando qual o papel que se pode atribuir ao povo como sujeito de sua própria constituição. O presente artigo procura, pelo método dedutivo e mediante revisão bibliográfica, analisar duas teorias que abordam essa tensão: o constitucionalismo fraco de Joel Colón-Ríos, e o constitucionalismo popular de Larry Kramer e Roberto Gargarella. Diante dessa análise, procura verificar como se daria a compatibilidade dessas teorias com um constitucionalismo aberto ao direito internacional dos direitos humanos, que prevê mecanismos de accountability em casos de violação de direitos humanos, seja se praticada diretamente pelo Estado, seja pelos cidadãos em casos de omissão da necessária repressão estatal. Constatou-se que o povo, na qualidade de sujeito de sua constituição, encontra limites para sua atuação nas diretrizes traçadas pelos compromissos internacionais de direitos humanos livremente assumidos.

Palavras-chave: Constitucionalismo popular, Democracia, Direitos humanos, Accountability

Abstract/Resumen/Résumé

Due to the strengthening of judicial review in many democracies, the discussion about the tension between constitutionalism and democracy has escalated, questioning what is the role to be played by the people as a subject of its own constitution. It is the intention of this article, using the deductive method and bibliographic research, to analyze two theories that face this tension: the weak constitutionalism of Joel Colón-Ríos, and the popular constitutionalism of Larry Kramer and Roberto Gargarella. Afterwards, this study tries to verify how these theories comply with a constitutionalism that is open to human rights international law, which establishes mechanisms of accountability in case of human rights violations, either those perpetrated by the state, or those by the citizens in face of omission of necessary state repression. The study concludes that the people, when it acts as the

¹ Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná; Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Linha de Pesquisa Justiça, Democracia e Direitos Humanos; bolsista da CAPES.

² Doutorado em Direito, Política e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Visiting Research Scholar, Benjamin N. Cardozo School of Law, Nova York, 2012-2013. Pesquisadora do CNPq, nível 2.

interpreter of the constitution, finds limits established by international commitments, specially, when human rights are at stake.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Popular constitutionalism, Democracy, Human rights, Accountability

1. Introdução

A ideia central do constitucionalismo diz respeito à existência de uma Constituição enquanto documento jurídico material, que estabelece direitos fundamentais e limita o exercício do poder, consolidando princípios que estabelecem a forma como uma determinada sociedade decide viver, sob uma autoridade legítima (SULTANY, 2012, p. 380). Inserida em um ambiente democrático, no qual se pressupõe que os cidadãos têm o poder de definir seus próprios rumos, surge a discussão que coloca em cheque o papel destes cidadãos na definição do sentido de sua Constituição. Diante de possíveis dissensos a respeito da interpretação das normas constitucionais, diversas teorias debatem a respeito da tensão entre constitucionalismo e democracia, discutindo se caberia às cortes constitucionais determinar o sentido da Constituição, ou ao poder legislativo, ou ao povo diretamente.

Este impasse não é exclusivamente teórico nem filosófico, mas diz respeito a situações bastante concretas vividas pela sociedade¹. Em um momento em que muitas críticas têm se erguido contra o ativismo judicial praticado pelas Cortes Constitucionais, sobretudo a brasileira², a preocupação com um incremento nos procedimentos democráticos de participação ganha espaço. Além disso, o constitucionalismo latino-americano, desde o final do século XX, tem se mostrado permeável às sugestões de correntes doutrinárias que atribuem ao povo maior responsabilidade na determinação de sentido à Constituição, valorizando a participação democrática.

Nesse sentido, ganham relevância duas teorias a serem exploradas nesse estudo, mediante revisão bibliográfica: o constitucionalismo fraco de Joel Colón-Ríos, e o constitucionalismo popular de Larry Kramer e Roberto Gargarella. Ambas reconhecem o povo como sujeito constitucional.

¹ Tanto ativismo quanto autocontenção judicial são comportamentos que podem ser ideologicamente informados e avaliados. Pode-se defender o ativismo judicial quando ele significa a proteção da igualdade e da liberdade, porém criticado quando implica redução desses princípios de forma conservadora. A grande dificuldade é justamente compreender o ativismo dentro dessa variação material que tramita entre progressistas e conservadores. SULTANY, 2012, p. 385. A questão é que, uma vez reconhecida a autoridade final da Corte Constitucional sobre a Constituição, nem sempre será possível prever e controlar se sua atuação será emancipatória ou conservadora.

² Ao tratar do tema, Luís Roberto Barroso elenca quatro críticas que costumam se erguer contra a expansão do Poder Judiciário: (1) a dificuldade contra-majoritária, já que os membros do Judiciário não são eleitos e tomam decisões que constroem maiorias; (2) crítica ideológica, pois o Judiciário seria (ou deveria ser) um espaço conservador, (3) a falta de capacidade institucional do Judiciário para tomar decisões que repercutam em políticas gerais, e (4) a judicialização diminui o espaço de atuação dos fóruns políticos e sociais de deliberação. A primeira, o autor rebate adotando um conceito de democracia que não seria necessariamente majoritário, mas substancial, a segunda responde com afirmações de que o Supremo Tribunal Federal tem adotado posições emancipatórias, e não conservadoras. Reconhece que ele deve ser deferente às decisões políticas sobre questões de políticas públicas, bem como não deve se substituir ao processo democrático, mas somente atuar “quando a política falha”. BARROSO, 2013, p. 16-17.

A partir do método dedutivo, o presente artigo busca encontrar perspectivas de diálogo entre os embates emergentes das propostas de valorização da participação popular na interpretação constitucional, visando uma maior democratização da deliberação constitucional, e os limites traçados pelo direito internacional dos direitos humanos, que passaram a integrar também o corpo constitucional doméstico através de processos de abertura normativa. Há que se verificar se, diante de tratados internacionais de direitos humanos, pode a soberania popular atentar contra direitos neles previstos.

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

2. O papel do povo na definição do sentido constitucional

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

É certo que essa análise parte de uma concepção, segundo a qual a democracia não corresponde exclusivamente à regra da maioria, mas a uma democracia plural³ que procura conciliar o ideal de liberdade individual em que cada pessoa é autônoma na condução de sua vida, e participação na definição das regras majoritárias que se aplicarão ao corpo social, implementadas por órgãos dotados de autoridade pública legítima (TOMUSHAT, 2013, p. 30). É dentro desta perspectiva que se buscará verificar as implicações das teorias que fortalecem a

³ Esse pluralismo surge na própria ideia de democracia (radical) na medida em que as maiorias não são homogêneas, mas contingenciais, formando-se a cada momento a partir dos diversos grupos heterogêneos que moldam a sociedade. Dentro de uma concepção radical de democracia, o povo não existe enquanto conceito abstrato, mas como um grupo formado histórica e geograficamente a partir das relações intersubjetivas. E os valores democráticos que pautam a organização social (liberdade, igualdade, justiça) encontram-se sempre abertos para novas interpretações e delimitações a partir do diálogo. KOZICKI, 2000, p. 113-114; 124-125

atuação do povo enquanto sujeito constitucional, em relação aos compromissos internacionais assumidos pelos Estados mediante a celebração de tratados de direitos humanos.

Em uma primeira perspectiva, verifica-se que a teoria proposta por Joel Colón-Ríos (2009), reconhece uma tensão inconciliável entre democracia e constitucionalismo, já que a democracia exige constante abertura constitucional e efetiva participação do povo na definição de seu sentido.⁴

Em sentido praticamente oposto, o constitucionalismo popular representa uma tentativa de conciliação entre constitucionalismo e democracia, reconhecendo que a existência de uma tensão entre ambas pode ser solucionada a partir de certas técnicas que legitimem, em algum grau, o *judicial review* (SULTANY, 2012, p. 387, 405). Dentro desse quadro pode-se enquadrar o constitucionalismo popular ou democrático de Larry Kramer e Roberto Gargarella, para o qual a última palavra a respeito do sentido constitucional deve ser do povo, e não dos juízes.

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

2.1 Constitucionalismo fraco e democracia forte

A expressão “constitucionalismo fraco” foi cunhada por Joel Colón-Ríos em defesa de uma concepção forte e participativa de democracia, mais aberta a mudanças a partir de processos deliberativos. A Constituição, nesse caso, figura como um resultado inconclusivo da deliberação democrática popular, sempre sujeita a reformas que atendam aos interesses legítimos da população. Não serão juízes encastelados em Cortes Constitucionais as autoridades finais a ditar o sentido da norma constitucional, e sim o povo que poderia inclusive alterar radicalmente a Constituição, ou até instituir uma nova ordem – não como uma ameaça a direitos conquistados – mas como uma forma de correção de injustiças (COLÓN-RÍOS, 2009, p. 19).

Segundo Colón-Ríos, a tensão entre constitucionalismo e democracia só pode ser compreendida a partir da inclusão de um terceiro ingrediente: a efetiva possibilidade de se emendar a constituição. Nesse sentido, a constituição deve estar diuturnamente aberta a novos sentidos e mesmo a mudanças em seu texto, sem que nem mesmo direitos fundamentais ou

⁴ Essa perspectiva o coloca ao lado da corrente daqueles que propõe a dissolução da tensão em uma maior atuação popular, o populismo (SULTANY, 2012, p. 423-425).

princípios gerais abstratos pudessem estar a salvo da deliberação popular. E se não há premissa a salvo de discussão, a democracia não poderia representar um risco para si mesma? Defende Colón-Ríos que sim, e vai além: esse risco é inerente ao próprio processo democrático. Entrincheirar valores ou direitos significaria sacrificar a criatividade do povo unido, a qual pode gerar sociedades mais justas (COLÓN-RÍOS, 2009, p. 13). Para que essa participação se viabilize de forma verdadeiramente igualitária, contudo, é preciso pensar em uma sociedade ideal, em que o povo não seja cooptado por personalidades e facilidades de curto prazo.

Essa modalidade de constitucionalismo não pretende resolver a tensão entre normas constitucionais e vontade majoritária, pois deixa as normas constitucionais completamente abertas à redefinição de sentido pelo exercício do poder democrático popular. Aliás, a atuação democrática nesse caso – e esse é um ponto a ser enfatizado – não se resume ao funcionamento das instituições democráticas, como Congresso, partidos políticos. Estas instituições funcionam na solução das questões cotidianas, mas não na definição dos rumos constitucionais, para os quais o povo deve ser diretamente consultado. O ideal para Colón-Ríos (2009, p. 20; 25) é que essa participação democrática não se resuma a um referendo ou plebiscito em que a população consultada apenas se manifesta sobre propostas já formuladas, mas exige verdadeira deliberação, debate e apresentação de propostas diretamente pelo povo. De qualquer forma, todo e qualquer direito está aberto a discussão, não havendo espaço para supremacia judicial nem parlamentar.

Esta versão de constitucionalismo fraco proposta por Joel Colón-Ríos só se viabiliza a partir de uma cidadania participativa, em que os indivíduos deixam de ser meros expectadores do fenômeno constitucional para serem os verdadeiros autores do processo, mediante mecanismos de autêntica participação – como a proposta de emenda constitucional através de iniciativa popular, ou convocação de assembleia constituinte diretamente pelo povo (e não pelos órgãos legislativos) (COLÓN-RÍOS, 2009, p. 19-22). Na visão de Colón-Ríos, somente com participação popular pode haver verdadeira democracia, pois é ela que respeita a igualdade de todos os cidadãos ao reconhecer sua capacidade de governarem a si próprios, decidindo questões substanciais para sua existência (2009, p. 17).

É nesse sentido que se torna possível enquadrar a proposta de Colón-Ríos ao populismo mencionado por Sultany, e atribuído a autores como Richard Parker e Mark Tushnet. O principal argumento do populismo é a promoção do processo democrático através da atuação direta do povo, questionando medidas que rejeitem a regra da maioria (SULTANY, 2012, p. 423).

Quando reconhece que o povo pode, ele próprio, convocar assembleia constituinte, bem como iniciativa de emenda constitucional, Colón-Ríos admite que não há limite constitucional para sua atuação enquanto sujeito de sua própria Constituição. E o mesmo se verifica na defesa de propostas de emenda à Constituição pela iniciativa popular. Nesses casos, parece não haver espaço para o *judicial review*, levando em conta que deve ser o povo que deve definir as regras e os princípios que pautarão sua convivência. Nesse caso, o constitucionalismo acaba por se dissolver integralmente no conceito de democracia.⁵

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

2.2 Constitucionalismo popular

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

Um dos principais defensores do constitucionalismo popular foi Larry Kramer. Sua ideia básica seria que o intérprete final do sentido da Constituição deveria ser o povo, e não um órgão jurisdicional dotado de supremacia, capaz de interpretar normas constitucionais com força vinculante para todos (KRAMER, 2007, p. 701-702).

Kramer estaria preocupado com processos de deliberação constitucional a serem adotados pelos setores políticos (representativos ou diretos) da sociedade (DONELLY, 2012, p. 168). Nessa versão do constitucionalismo popular, Kramer se aproximou de uma democracia deliberativa, espelhando-se na teoria deixada por James Madison, na medida em que o federalista, embora fervoroso defensor da democracia, reconhecia a necessidade de cuidado com maiorias instáveis e volúveis, apenas desejosas do exercício do poder sem pensar nos

⁵ Defendendo uma dupla dimensão de democracia, entende que num primeiro momento a democracia corresponde a um aparato institucional capaz de instrumentalizar a vontade democrática do povo, no caso, os representantes eleitos. Em uma segunda dimensão, a democracia implica a ampla possibilidade de o povo determinar-se a si próprio, o que significa a possibilidade de mudar a Constituição. COLÓN-RÍOS, 2009, p. p. 13-14. SULTANY, 2012, p. 420.

interesses comuns. Nesse caso, o sistema jurídico e institucional deveria ser guiado pela opinião pública, como sendo a opinião que o povo tinha a respeito de questões concretas da sua existência. Vale ressaltar que a participação do povo, para Kramer, deveria ter supremacia nos temas que envolvessem a interpretação constitucional, mas não para o fim de reformar o texto da Constituição. Como coloca Kramer (2007, p. 745), o constitucionalismo popular não seria “*a blank check for the public to ignore the law it had made*”. Para esse mister, ele reconhecia a validade do processo formal de reforma previsto constitucionalmente, pois estaria em questão a existência de normas constitucionais que não mais se aplicavam à realidade do povo (KRAMER, 2007, p. 703-704; 728).

No tocante à interpretação, para que a regra da maioria pudesse prevalecer, abrindo espaço para a deliberação pública a respeito das matérias de grande interesse, ela deveria permitir a manifestação de uma opinião “razoável e justa”, o que significa atribuir um certo conteúdo à regra majoritária (KRAMER, 2007, p. 729-730).

Com esse critério, imaginou Kramer que restaria afastado o perigo de o sistema colapsar diante de maiorias formadas de forma ocasional e irrefletida, inflamadas por situações graves. Todavia, na medida em que não propõe concretamente mecanismos para operacionalizar a deliberação democrática do povo, Kramer se sujeita à crítica da inviabilidade teórica, afinal não aponta critérios que possam identificar, de forma racional e objetiva, quando as maiorias devem se manifestar a respeito da interpretação constitucional. Além disso, o próprio processo deliberativo em si poderia ser muito demorado, gerando descrédito em relação ao sistema.

Tom Donnelly (2012, p. 165-167) procurou precisamente enfrentar essas críticas, através da proposta de um arranjo institucional que operacionalizasse o constitucionalismo popular. Para tanto, seria necessário que se modificasse o design institucional do Estado Americano, a fim de permitir que o povo tivesse a última palavra como intérprete constitucional, e, além disso, fomentar e realizar uma educação pública que capacitasse o povo para exercer esse papel.

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

constitucional – se seria mantida ou não a decisão da Suprema Corte (DONNELLY, 2012, p. 188).

Para Donnelly (2012, p. 190-191), o problema da tirania da maioria estaria resolvido com essa proposta, na medida em que a população seria convocada para resolver apenas questões constitucionais bastante específicas, decorrentes de um processo judicial, em que tivesse havido importante divergência judicial sobre o mérito. O povo deliberaria o tema a partir dos votos judiciais, das opiniões de líderes populares sobre qual seria a melhor interpretação constitucional.

Roberto Gargarella (1996, p. 162), por sua vez, defende um constitucionalismo popular fundado na deliberação democrática, de modo que o povo – e não a Corte – é aquele a ter a última palavra a respeito do sentido constitucional. Nesse panorama, o controle jurisdicional mantém sua autoridade para garantir, por exemplo, a liberdade de expressão, a proibição de discriminação de grupos minoritários, a violação das regras eleitorais e todos os elementos necessários a um diálogo público significativo. Só não será ele o intérprete final da Constituição.

Gargarella se mostra preocupado com um constitucionalismo elitista que encerra no Poder Judiciário a última palavra sobre a interpretação constitucional e o controle das leis (1996, p. 166-168). Em tentativa de acomodar a atuação jurisdicional a um modelo de democracia deliberativa, propõe que se redesenhe o arranjo institucional a fim de permitir, por exemplo, o reenvio das decisões judiciais em que haja grave controvérsia sobre a interpretação constitucional aos órgãos de deliberação democrática, como o próprio Parlamento (GARGARELLA, 1996, p. 174-177); a existência de mecanismos institucionais que articulem a deliberação pública a respeito da defesa dos direitos das minorias em litígio, como é o caso do *amicus curiae* (1996, p. 186). Mesmo quando sociedades enfrentam momentos de crise de legitimidade dos poderes políticos representativos, como o Legislativo, Gargarella não reconhece o Judiciário como órgão capaz de suprir esse *déficit* democrático. Crises nos processos democráticos devem ser resolvidas a partir do aperfeiçoamento das regras e das instituições, mas não mediante práticas que isolem o Congresso ainda mais – como o *judicial review* dotado de supremacia judicial. Afinal, salienta o autor, juízes também podem decidir conforme convicções particulares não antenadas com a sociedade ou seguir uma agenda própria (GARGARELLA, 1997, p. 62-63).

Todavia, reconhece que mecanismos de implementação de maior diálogo constitucional, bem como empoderamento dos cidadãos na interpretação constitucional, somente poderão surtir um efeito benéfico para a democracia deliberativa se acompanhados de

reformas institucionais que afirmam maior legitimidade às esferas políticas, afastando-se dos “*hiper-presidencialismos*”, ou de “Congressos desvinculados da sociedade” (GARGARELLA, 2014, p. 5-6). Afinal, se esses são abertos canais de discussão pública nessa seara, mais difícil ainda seria fazê-lo para discutir decisões judiciais.

Abordando um constitucionalismo popular que se realiza na prática, Rubén Martínez Dalmau (2008, p. 5) trouxe a experiência de constituições latino-americanas desde a constituição colombiana de 1991 à constituição do equador de 2008. Esse novo constitucionalismo apontado por Dalmau decorre de uma sucessão de processos revolucionários que exigem, para além da transição política, uma nova forma política que estabeleça verdadeira dimensão participativa ao povo.

As assembleias constituintes foram, em alguns casos, convocadas via referendo – tal como idealizado por Colón-Rios, e a entrada em vigor do novo texto constitucional também é submetido à aprovação popular (DALMAU, 2008, p. 6). O novo constitucionalismo que emerge nesses países decorre de uma necessidade especial de seu povo heterogêneo e plural, que não se adaptava aos mecanismos democráticos institucionalizados na Europa e nos Estados Unidos, pois estes estariam corrompidos pelas elites no poder. Todavia, não se trata de um constitucionalismo descuidado dos direitos fundamentais, tanto que reconhece que em primeiro lugar devem ser reconhecidos os direitos, para então se poder falar em poder popular democrático (2008, p. 6-7).

Indo além de um constitucionalismo popular proposto por Kramer, as mudanças trazidas por esses novos processos constituintes implicam o reconhecimento do povo como titular único e final do poder de reforma constitucional, como se verifica na Constituição da Venezuela de 1999, que prevê que toda proposta de emenda constitucional só pode entrar em vigor se aprovada por referendo popular (DALMAU, 2008, p. 12).

Importa salientar que nessas vertentes do constitucionalismo popular, não se nega a existência de uma Constituição como documento reitor da vida em sociedade, na qual se inserem direitos fundamentais, nem mesmo a ideia de controle de constitucionalidade das leis, apenas sugere um modelo mínimo de *judicial review* que seja demandado apenas em casos de extrema necessidade. Como coloca Niembro O, “*esto no significa que la Constitución no sea vinculante o que los límites que impone no deban ser cumplidos, sino que los poderes políticos y la comunidad en general también pueden interpretarla*” (2013, p. 201).

3. A abertura do constitucionalismo ao direito internacional dos direitos humanos

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

Só que esta Constituição não é mais um ordenamento jurídico autocentrado, mas sim um documento que ganha novo significado, especialmente no final do século XX e no alvorecer do século XXI. Tem-se falado em um constitucionalismo global, na medida em que as Constituições, sobretudo ocidentais, e especialmente latino-americanas, estão materialmente comprometidas com a dignidade humana, e com princípios como a igualdade e a liberdade PIOVESAN, 2015, p. 47)⁶. Trata-se de um constitucionalismo de forte teor substancial, garantidor de direitos humanos a partir da premissa universal de que toda pessoa é sujeito de direitos. Segundo Cançado Trindade, direito interno e direito internacional acabam por formar um conjunto harmônico que aponta para uma mesma direção: a proteção da pessoa humana (TRINDADE, 2003, p. 506-508).

3.1 Constitucionalismo global e constitucionalismo latino-americano: a integração com os direitos humanos

Desde a formação de organismos internacionais dotados de personalidade no plano internacional, gerenciadores de tratados de direitos humanos, a globalização tem favorecido um amplo e crescente diálogo entre o direito internacional e supranacional e o constitucional. Conseqüentemente, surgem estruturas “pós-nacionais” ou “pós-soberanas” de articulação do espaço político. A deliberação política, nesse diapasão, passa por processos fundamentados nos princípios de direitos humanos e democracia, e não mais a partir de estruturas centradas na figura estatal (MORALES ANTONIAZZI, 2012, p. 242).

Nesse sentido, Piovesan defende que o paradigma tradicional latino-americano passa por um processo de transformação que implica simultaneamente três fenômenos. O primeiro deles seria a transmutação da pirâmide jurídica kelseniana, tendo em seu ápice a Constituição, para a figura trapezoidal em que a Constituição partilha a extremidade superior do sistema

⁶ Segundo Piovesan “[...] o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições Nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado” (2015, p. 47).

jurídico com os tratados internacionais de direitos humanos (PIOVESAN, 2012, p. 69). Essa realidade se viabiliza a partir de cláusulas de abertura de diversas constituições latino-americanas, que admitem a integração de seu sistema constitucional com as normas do direito internacional dos direitos humanos.⁷

O segundo fenômeno seria o diálogo entre direito constitucional e direito internacional viabilizando uma permeabilidade do direito interno pelos direitos humanos, a fim de viabilizar inclusive a abertura do diálogo entre Constituição e outros saberes e os cidadãos enquanto atores sociais (PIOVESAN, 2012, P. 70). É o que se verifica, por exemplo, no instrumento das audiências públicas a que se referia Gargarella, e que se materializam no processo constitucional realizado no Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Em terceiro lugar, Piovesan trata do *human rights approach*, que passa a informar os conceitos estruturais e fundacionais da soberania popular e da democracia em si, na medida em que a própria cidadania passa a ser conformada pelos direitos humanos, que têm como núcleo o respeito à pessoa como valor ético fundamental e irredutível (PIOVESAN, 2012, p. 71; 2015, p. 49). Também a soberania estatal passa por uma significativa mudança, na medida em que os Estados não estão mais autorizados a agir de forma plenamente livre, mas devem atentar ao fundamento jurídico e ético dos direitos humanos (TOMUSCHAT, 2013, p. 31).

Esse fenômeno não quer significar, contudo, que se deve adotar uma premissa universalista autoritária, segundo a qual o mesmo sentido de direitos humanos se aplica a todas as sociedades. Mas representa, isso sim, que todo ser humano merece ser reconhecido como titular de direitos humanos, e que as sociedades devem trazer essa premissa básica de dignidade humana para uma significação conforme suas tradições e sua cultura⁸.

De fato, o direito internacional dos direitos humanos vem encontrar, no século XXI, um constitucionalismo diferente de suas matrizes originárias. Segundo Figueiredo, trata-se de um constitucionalismo que protege e viabiliza o pluralismo, a transformação, a diferença e a liberdade, de modo que a democracia passa a ser um instrumento a favor das diferenças culturais. Nessa seara, não se trata necessariamente de afirmar a subordinação do direito interno

⁷ É o caso do artigo 75, inciso 22, da Constituição da Argentina de 1994; o artigo 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição do Brasil de 1988; a Constituição do Peru, de 1993; o artigo 93 da Constituição da Colômbia de 1991, com a reforma de 1997; e também a Constituição do Chile de 1980, com a reforma de 1989. PIOVESAN, 2012, p. 70. A Constituição do Equador de 2008, para Dalmau como emblemática de um constitucionalismo popular, prevê o relacionamento com o plano internacional a partir do respeito aos direitos humanos, adotando, todavia, um viés bastante conservador da autonomia do povo equatoriano, bem como exigindo um processo de democratização dos instrumentos internacionais (Art. 216, 7 e 9). A Constituição da Bolívia de 2009 prevê explicitamente, por sua vez, que os direitos humanos por ela reconhecidos serão interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos dos quais a Bolívia faça parte. DALMAU, 2008.

⁸ Adota-se, portanto, uma versão de universalismo de confluência dos direitos humanos, a partir das lições de Joaquín Hererra Flores, de modo a se compreender que os direitos humanos devem almejar o universalismo, mas não partem dele, pois recebem – e devem receber a fim de se respeitar precisamente a autonomia dos povos e suas concepções de dignidade humana – a influência da intermediação cultural e tradicional de cada povo. PIOVESAN, 2012b, p. 221-223.

ao externo; é uma verdadeira simbiose, uma troca de interferências que dá lugar ao constitucionalismo global (FIGUEIREDO, 2013, p. 149). Morales Antoniazzi reporta-se a esse fenômeno a partir do conceito de estatalidade duplamente aberta em um ambiente de América Latina multicultural: aberta a fim de incluir e colocar os Estados como agentes de cooperação internacional, e aberta para reconhecer a submissão a essa mesma ordem internacional, especialmente no tocante aos direitos humanos (MORALES ANTONIAZZI, 2013, p. 181-183).

Esta abertura ao direito internacional, no plano passivo, sugere inclusive a submissão dos Estados às decisões da Corte Interamericana dos Direitos Humanos como órgão capaz de determinar, compulsoriamente o respeito aos direitos humanos. Nesse mesmo sentido, observa Morales Antoniazzi (2013, p. 206) que o sistema internacional de proteção de direitos humanos limita o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos. Segundo essa concepção, os direitos humanos se sobressaem em relação à soberania dos Estados.

Fica evidenciado o papel dos Estados latino-americanos como sujeitos ativos na abertura ao plano externo (e não meramente passivos, no sentido de serem determinados por ele): é o direito constitucional interno que comparece espontaneamente no plano internacional para incorporar a si os padrões de direitos humanos e de democracia, de modo que aderir ao constitucionalismo global é antes de tudo um ato de soberania (FIGUEIREDO, 2013, p. 150).

Ao realizarem essa incorporação, as constituições fortalecem o sistema de direitos humanos e promovem sua concretização. Através de procedimentos variados – que vão da incorporação pelos critérios formais de emenda constitucional, como é o caso brasileiro⁹, à mera aplicação em conjunto com as normas constitucionais, como sugere a Constituição Boliviana, as normas de direitos humanos acabam por integrar o próprio núcleo de sentido das Constituições. Enquanto normas de direito positivo, se pretendem cogentes. Como observa Figueiredo, o fundamento dessas não está diretamente no poder do povo, mas uma concepção de soberania do Estado legitimamente constituído: a soberania que aparece no plano internacional das relações entre os Estados igualmente soberanos (FIGUEIREDO, 2013, p. 151).

Neste panorama, a soberania deve ser compreendida enquanto uma categoria relativa, segundo a qual serve como um instrumento a serviço do ser humano a fim de justificar o

⁹ Muito ainda se discute na doutrina brasileira a respeito do *status* jurídico das normas de tratados internacionais sobre direitos humanos. Enquanto o Supremo Tribunal Federal encerrou posição afirmando que tratados incorporados pelo critério formal de emenda à constituição, após a EC 45 que acrescentou o parágrafo 3º, ao artigo 5º, têm *status* de norma constitucional; e os demais, anteriores à EC 45, têm *status* supranacional, estudiosos como Flávia Piovesan, Antônio Augusto Cançado Trindade e Valério de Oliveira Mazzuoli defendem seu *status* constitucional. FIGUEIREDO, 2013, p. 162-165.

exercício do poder estatal. Esta soberania – teleologicamente qualificada – acaba por autorizar a atuação de órgãos supranacionais em defesa dos direitos humanos, interferindo inclusive na aplicação do direito interno (FIGUEIREDO, 2013, p. 153).

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

3.2 *International accountability* em casos de descumprimento dos direitos humanos

A fim de operacionalizar a permeabilidade do direito interno dos Estados aos direitos humanos, os sistemas internacionais de direitos humanos, tanto o global quanto os regionais, preveem o instituto da *international accountability*¹⁰. Para se compreender esse fenômeno, é preciso ter em conta que ao ingressarem no plano internacional dos direitos humanos, os Estados assumem diversas obrigações jurídicas e políticas. Comprometem-se, de um lado, a incorporar as normas de direitos humanos no plano interno¹¹, bem como a adotar mecanismos jurídicos, políticos e administrativos capazes de proteger e promover esses direitos.¹²

Nesse sentido laborou a Convenção Mundial de Direitos Humanos de Viena, em 1993, quando determinou que nenhum Estado poderia alegar em seu favor direito interno, para deixar de cumprir obrigações assumidas no plano internacional voltadas para a proteção e promoção de direitos humanos (PINHEIRO, p. 16; TRINDADE, 2003, p. 548).

¹⁰ No presente texto, a expressão servirá para designar a possibilidade de exigir que os Estados respondam (responsividade) e sejam responsabilizados (responsabilidade) pelos atos violadores de direitos humanos. DUARTE JUNIOR, 2008, p. 20.

¹¹ É nesse sentido que se pretende analisar a extensão da soberania popular, já que a questão se volta sobre os limites e possibilidades do povo como intérprete final de sua Constituição, bem como na possibilidade de criação de leis.

¹² Segundo Trindade, os Estados têm responsabilidade internacional pela implementação das normas dos tratados de direitos humanos a que aderirem, o que não pode ser resolvido, na visão do autor, por teses que colocam esses tratados em uma posição jurídica abaixo da Constituição. TRINDADE, 2003, p. 546-547. No presente artigo, endossa-se posição já defendida por este autor, ao lado de Flávia Piovesan, de que as normas de direitos humanos devem ser interpretadas como normas com o mesmo *status* das normas constitucionais. PIOVESAN, 2012b, p. 153.

A *international accountability* se verifica enquanto uma obrigação internacional de reparar danos decorrentes da violação dos direitos humanos previstos em tratados internacionais aos quais um Estado soberanamente aderiu, a ser determinada pelos organismos internacionais autorizados a tanto por esses mesmos tratados (RAMOS, 2005, p. 54). Como defende André de Carvalho Ramos, ela é um ingrediente essencial do sistema jurídico internacional, já que sem a previsão de responsabilização¹³ por violação das normas, nega-se a própria juridicidade do sistema, que tem por fundamento o princípio da igualdade soberana entre os Estados. Significa reconhecer que, na medida em que os Estados se manifestam livremente na celebração dos tratados internacionais, assumem o compromisso de cumpri-los, pois todos têm idêntico dever jurídico com essa implementação. Dessa forma, um Estado não pode reivindicar para si uma condição jurídica que não reconhece os demais (RAMOS, 2005, p. 54).

São elementos essenciais para desencadear a responsabilização do Estado na esfera internacional a existência de um fato internacionalmente tipificado como ilícito, o resultado lesivo para uma vítima ou um grupo de vítimas, e, finalmente, o nexo causal entre o fato e o resultado lesivo. A partir desses elementos, é possível verificar que um Estado viola direitos humanos tanto quando seus agentes o fazem diretamente, seja no exercício de suas atribuições ou não, seja quando cidadãos particulares o fazem, e o Estado deixa de prevenir ou punir essas violações (RAMOS, 2005, p. 54-55). Nesse aspecto, inserem-se na categoria de agentes estatais todos aqueles que atuam em nome do Estado, sejam do Poder Legislativo, do Poder Executivo, ou até mesmo os juízes no exercício de seu poder jurisdicional.¹⁴

No tocante à criação de leis, a *international accountability* abrange inclusive o poder legiferante dos Estados, pois institui o controle de convencionalidade das leis, de modo que toda a produção legislativa interna (inclusive a constitucional) deve se adequar aos parâmetros normativos dos tratados de direitos humanos (RAMOS, 2005, p. 56; MAZZUOLI, 2009, p. 114). Esse controle de convencionalidade deveria se desempenhar em dois níveis: no plano interno, através da atuação do *judicial review* feito pelas Cortes Constitucionais, e, paralelamente, no plano internacional, pelas Cortes Internacionais, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos. É certo que a eficácia das decisões proferidas pelas duas instâncias não é idêntica, e no plano externo a justiciabilidade dos direitos humanos é um

¹³ Para o presente artigo, a responsabilidade internacional, um dos elementos da *international accountability* será o foco central na medida em que pode determinar a aplicação de sanções ou impor atos aos Estados.

¹⁴ Segundo Cançado Trindade, “[...] cabe, ademais, aos tribunais internos, e outros órgãos dos Estados, assegurar a implementação em nível nacional das normas internacionais, por sua vez, controlam a compatibilidade da interpretação e aplicação do direito interno com as obrigações convencionais” (2003, p. 521-522).

problema à parte.¹⁵ Duarte Junior reconhece a existência de um embate entre constitucionalismo e internacionalismo, na medida em que ambos têm um poder de coerção profundamente diferenciado. Enquanto o direito constitucional interno goza de uma ampla estrutura de coerção (*hard law*), o direito internacional (*soft law*), por precisar se adequar a uma concepção ainda resistente em diversas searas de soberania, submetendo-se a um sistema global de poderes assimétricos, carece da mesma exequibilidade (PIOVESAN, 2015, p. 58-61; DUARTE JUNIOR, 2008, p.21)

Interessa observar que a própria Corte Constitucional doméstica, porque um órgão interno da estrutura estatal, se submete ao controle das instâncias internacionais, seja quando é demasiadamente tardia na solução de violação de direitos humanos, ou quando se furta a chegar a uma conclusão; seja quando a decisão judicial é, em si, no seu mérito, violadora de direito protegido. Nesse caso, o órgão internacional não assume o papel de um tribunal de apelação ou cassação. Sem reformar a decisão interna violadora de direitos humanos, ele condena o Estado infrator a reparar o dano causado (RAMOS, 2005, p. 56-57). Estes organismos – dentre os quais a Corte Interamericana dos Direitos Humanos – têm autoridade sobre os direitos humanos no sentido de determinar sua observância, mas deixam aberto o espaço interno para deliberar e julgar os casos concretos, o que seria feito pela própria jurisdição doméstica.

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

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

Conforme delineado no item 2 do presente estudo, o relacionamento entre constitucionalismo e democracia pode partir de um discurso de dissolução do constitucionalismo na participação democrática (constitucionalismo fraco), ou em estratégias de conciliação entre os dois fenômenos (constitucionalismo popular). Em nenhum deles há um discurso de incompatibilidade total e *a priori* entre direitos humanos e democracia, sendo que

¹⁵ Flávia Piovesan aborda o tema como um dos desafios do constitucionalismo contemporâneo. Citando Richard Bilder, observa que “as Cortes simbolizam e fortalecem a ideia de que o sistema internacional de direitos humanos é, de fato, um sistema de direitos legais, que envolve direitos e obrigações juridicamente vinculantes. Associa-se a ideia de Estado de direito (*rule of law*) com a existência de cortes independentes, capazes de proferir decisões obrigatórias e vinculantes. Isso porque a mais importante ideia do *rule of law* é que ‘*power is constrained by mens of law*’”. PIOVESAN, 2015, p. 74-75.

é o papel que se atribui ao povo ou ao *judicial review* que acabará por gerar diferentes implicações – em que medida o povo como intérprete constitucional pode também atuar como intérprete do alcance e da aplicação de direitos humanos oriundos de tratados internacionais.

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

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

Na medida em que a própria constituição estaria aberta a mudanças convocadas diretamente pelo povo, seria preciso admitir que os tratados internacionais que eventualmente nela se incorporam também estariam postos em discussão. Uma dinâmica como essa não se enquadra em mecanismos de *international accountability*. Trata-se de uma verdadeira opção política em confiar na criatividade política dos cidadãos, no lugar de reconhecer – para Colón-Ríos (2009, p. 27) – um medo honesto e bem intencionado em conceder poder político desse nível às multidões desorganizadas.

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

Na perspectiva do constitucionalismo popular, Gargarella (1996, p. 263-264) reconhece a importância dos direitos humanos fundamentais como necessários à garantia da autonomia de cada indivíduo, sem a qual ele não tem possibilidade de se manifestar livremente na esfera pública. É certo que em sociedades de profunda desigualdade social, em que a pobreza determina as ações sociais meramente endereçadas para a satisfação das necessidades básicas, o povo encontra dificuldades para pensar a Constituição, ou comparecer ao espaço público para deliberação democrática. A democracia efetiva somente pode surgir mediante condições que

garantam ao povo efetiva possibilidade de participação. Nesse sentido vale lembrar a crítica de Niembro O. (2013, p. 224) para quem o constitucionalismo popular teria se descuidado da realização dos direitos fundamentais. É preciso reconhecer que sem direitos humanos, não há democracia.

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

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

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

direitos humanos a noção de “triângulo fatal” proposta por Pinheiro¹⁶, como aquela que diz respeito à violação em larga escala dos direitos à vida, à liberdade e à segurança.

Nesse sentido, mesmo quando o povo tivesse o poder não só de determinar a interpretação da Constituição, como também de alterá-la (como se verifica em algumas constituições latino-americanas), ele encontraria no regime internacional de direitos humanos ao qual tivesse aderido, um compromisso limitador. É certo que nessa seara surge a dúvida a respeito da possibilidade de o povo deliberar pela denúncia de um tratado internacional. Se de um lado a democracia enquanto plena autodeterminação de um povo parece radical, pois admite abertura total do direito positivo, ela deve se sujeitar a limites estabilizantes, de modo a prevenir o caos. Deverá ser possível chegar a um sentido da Constituição que respeite as condições mínimas de preservação da própria democracia, ainda que esse sentido seja provisório e possa ser rediscutido (KOZICKI, 2000, p. 204-205; 212).

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

5. Considerações finais

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

De um lado, o constitucionalismo fraco proposto por Joel Colón-Ríos não vê possibilidade de confluência entre o constitucionalismo, compreendido este como a garantia de direitos e a separação dos poderes, e a democracia pois um necessariamente contamina e

¹⁶ Pinheiro não admite a possibilidade de responsabilização internacional do Estado por ato de particulares, a não ser quando o Estado falha na sua obrigação de puni-los por violações de direitos humanos. Essa noção é aqui alargada para admitir a possibilidade de *international accountability* para casos em que os processos deliberativos levam à violência e à violação de direitos humanos. PINHEIRO, p. 9.

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

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

Mas para que o povo recobre seu papel como sujeito constitucional, algumas balizas devem ser observadas. Nesse estudo, verificou-se que a vinculação dos Estados ao direito internacional dos direitos humanos, gerando para a soberania popular um efeito condicionante. Admitir o contrário, ou seja, reconhecer que o povo teria irrestrita liberdade na definição de seus rumos, seria confabular com o risco de deliberações polarizadas ideologicamente e que, resolvidas em caráter definitivo pelo critério majoritário poderiam se tornar ameaçadoras para os direitos humanos, e ensejadoras, quem sabe, de processos autoritários ou de conflitos armados.

Por outro viés, pode-se reconhecer que uma maior participação popular também pode ser vantajosa para o sistema de direitos humanos, na medida em que permite uma caracterização do sentido e da aplicação desses direitos em conformidade com as particularidades culturais, históricas, econômicas. O corpo de direitos humanos encerra normas de caráter abstrato que carecem, nos casos concretos, de processos hermenêuticos adensadores, particularizantes, o que respeita a própria soberania popular. Enfatiza-se, assim, que o diálogo proposto pelo constitucionalismo democrático pode fornecer contribuições valiosas para a concretização e implementação dos direitos humanos nas diversas sociedades que a eles aderem. Seja na manifestação direta, seja na possibilidade de revisão via legislativo das decisões constitucionais, o povo certamente tem a contribuir enquanto intérprete dos direitos humanos.

Cabe-lhe, efetivamente, despertar para esse papel.

6. Referências bibliográficas

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

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

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

DUARTE JUNIOR, Dimas Pereira. *Accountability e Relações Internacionais*. **Ponto-e-Vírgula**. Revista de Ciências Sociais. N. 4, segundo semestre 2008. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/viewFile/14152/10400>>. Acesso em 04 ago. 2016.

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

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

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

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

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

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

Marco Aurélio Mello: Decisão histórica do STF permite aborto de feto anencéfalo. **Migalhas**. 15 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI221398,51045-Marco+Aurelio+Mello+Decisao+historica+do+STF+permite+aborto+de+feto>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

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

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

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

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

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

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

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

SULTANY, Nimer. *The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 47. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2132397>>. Acesso em: 22 jul 2016.

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

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