

Emilio Peluso Neder Meyer
(Org.)

Direito Constitucional Comparado

Perspectivas
Contemporâneas



A obra que ora se introduz, "Direito Constitucional Comparado: Perspectivas Contemporâneas", é mais um resultado do contínuo esforço das universidades públicas brasileiras de desenvolver pesquisas de ponta em diálogo constante com outras instituições nacionais e estrangeiras. Ela é fruto dos debates e investigações ocorridas no segundo semestre de 2017 e no primeiro semestre de 2018, bem como de desenvolvimentos posteriores, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD/UFGM). São pesquisas decorrentes do Projeto Coletivo "Centro de Estudos sobre Justiça de Transição", da Linha de Pesquisa "História, Poder e Liberdade". Os autores dessa obra, entretanto, advêm de diversas linhas do referido programa, o que aponta para o seu constante diálogo e organicidade. A obra vem tentar renovar e contribuir para um debate fundamental no Brasil atual. Trabalhos voltados especificamente para estudar metodologias e desenvolver pesquisas sobre casos paradigmáticos pouco enfrentados no constitucionalismo comparado são raros em língua portuguesa. Daí o objetivo desse livro: partir para comparações feitas com rigor de situações que são tradicionalmente pouco exploradas. De fato, no mais das vezes, voltamos nossos olhos apenas para Estados Unidos, Alemanha e outras jurisdições (para o usar o termo anglo-saxão) que pouco compartilham com o sul global. É curioso, entretanto, que o momento em que vivemos tenha empurrado, infelizmente, contextos constitucionais diversos para uma questão semelhante: como o constitucionalismo, em geral, pode contribuir para enfrentar o ressurgimento de uma onda autoritária de proporções globais? Ou, melhor dizendo, como o constitucionalismo pode evitar sua própria subversão?



Direito Constitucional Comparado

Direito Constitucional Comparado

Perspectivas contemporâneas

Organizador:

Emilio Peluso Neder Meyer



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

Fotografia de Capa: Fernando @dearferdo

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



A publicação desta obra foi financiada com recursos da CAPES/PROEX 502/2018, processo 23038.001810/2018-99

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

MEYER, Emilio Peluso Neder (Org.)

Direito Constitucional Comparado: perspectivas contemporâneas [recurso eletrônico] / Emilio Peluso Neder Meyer (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

440 p.

ISBN - 978-65-81512-55-2

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Constituição; 2. Brasil; 3. Direito internacional; 4. jurisdição; 5. universidade; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Este trabalho, por ser fruto delas, é dedicado às universidades públicas brasileiras e, especialmente, à Universidade Federal de Minas Gerais.

Sumário

Introdução geral da obra.....	11
Emilio Peluso Neder Meyer	
Capítulo I.....	16
Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil	
Emilio Peluso Neder Meyer	
Capítulo II.....	45
A articulação constitucional diante dos novos paradigmas do constitucionalismo	
Ana Carolina Rezende Oliveira	
Capítulo III.....	73
Da distopia à realidade: o avanço do autoritarismo e o necessário reforço da cultura democrática em perspectiva comparada	
Nathalia Brito de Carvalho	
Capítulo IV.....	98
A terceira via entre cortes e parlamentos: a desvinculação do controle de constitucionalidade da supremacia judicial no Canadá, na Nova Zelândia e no Reino Unido	
Lucas Azevedo Paulino	
Capítulo V.....	125
A teoria do poder constituinte na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano	
Deivide Júlio Ribeiro	
Igor Campos Viana	
Capítulo VI.....	146
Emendas constitucionais em perspectiva comparada: uma análise da Emenda Constitucional 95/2016 à luz da teoria do desmembramento constitucional	
Almir Megali Neto	
Capítulo VII.....	194
O reconhecimento da natureza como sujeito de direitos pelas cortes constitucionais: estudo dos casos do Equador e da Colômbia	
Andiara Cristine Mercini Fausto	

Capítulo VIII	226
O Estado de Coisas Inconstitucional do deslocamento forçado na Colômbia a partir da perspectiva de um constitucionalismo feminista	
Jessica Holl	
Capítulo IX	252
Dissolução de partidos políticos por cortes constitucionais e o constitucionalismo abusivo: uma comparação dos casos turco e alemão	
Mariana Tormin Tanos Lopes	
Capítulo X	281
A impossibilidade conceitual de um constitucionalismo autoritário ou abusivo: a experiência constitucional de Singapura em perspectiva comparada	
Rodrigo Dornas de Oliveira	
Capítulo XI	309
A jurisdição na comunicação política eleitoral no Brasil e no México: a assunção do protagonismo judicial na limitação da propaganda eleitoral	
Felipe Gallo da Franca	
Capítulo XII	336
O pêndulo constitucional: constitucionalismo instável e federalismo como laboratórios de democracia a partir das experiências políticas do Sri Lanka e do Nepal	
Gabriel Cruz	
Capítulo XIII	357
A tensão entre a continuidade do poder constituinte e a operacionalidade da constituição a partir das emendas constitucionais: um estudo do caso russo	
Jessica Holl	
Capítulo XIV	385
Da revolução à constituição: constitucionalismo feminista no processo constituinte da Tunísia	
Mariana Rezende Oliveira	
Capítulo XV	413
Reforma constitucional mexicana e a proteção aos direitos humanos: Corte Interamericana de Direitos Humanos e Suprema Corte Nacional de Justiça	
Raquel Cristina Possolo Gonçalves	
Philippe Rodrigues da Silva	

Introdução geral da obra

*Emilio Peluso Neder Meyer*¹

A obra que ora se introduz, “Direito Constitucional Comparado: Perspectivas Contemporâneas”, é mais um resultado do contínuo esforço das universidades públicas brasileiras de desenvolver pesquisas de ponta em diálogo constante com outras instituições nacionais e estrangeiras. Ela é fruto dos debates e investigações ocorridas no segundo semestre de 2017 e no primeiro semestre de 2018, bem como de desenvolvimentos posteriores, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD/UFMG). São pesquisas decorrentes do Projeto Coletivo “Centro de Estudos sobre Justiça de Transição”, da Linha de Pesquisa “História, Poder e Liberdade”. Os autores dessa obra, entretanto, advêm de diversas linhas do referido programa, o que aponta para o seu constante diálogo e organicidade.

A obra cumpre com a finalidade de concretizar objetivos de pesquisa desenvolvidos em rede, especialmente no caminho propiciado por pesquisadores vinculados à *ICON-S, The International Society of Public Law*. Tendo tido a honra de integrar o conjunto de pesquisadores brasileiros que fundaram o *Brazilian Chapter* da *ICON-S* (<https://www.icon-society.org/chapters/brazil/>), é relevante destacar que os autores da presente obra, em suas contribuições, “bebem na fonte” (criticamente, é claro) de trabalhos de autores como Richard Albert, David Landau, Ran Hirschl, Tom Ginsburg, Juliano Benvindo, entre vários outros. Isto sempre

¹ Professor Adjunto de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG (Graduação e Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado). Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Visiting Researcher no King’s College Brazil Institute (2014-2015). Pesquisador Residente no Instituto de Estudos Avançados Transdisciplinares da UFMG – IEAT/UFMG (2018-2019). Pesquisador em Produtividade do CNPQ (304158/2018-6).

em face do que é produzido por pesquisadores do próprio PPGD/UFMG: Marcelo Cattoni, Bernardo Gonçalves, Thomas Bustamante, entre outros. Mais um sinal da importância da internacionalização, que já é uma preocupação antiga do PPGD/UFMG.

As disciplinas “Temas de Direito Constitucional – Constitucionalismo, estabilidade e autoritarismo: há constitucionalismo na América Latina?” e “Temas de Direito Constitucional Comparado – Novas formas de constitucionalismo?” foram por mim ofertadas naqueles períodos e contaram com contributos fundamentais de pesquisadores de nível de mestrado e doutorado extremamente engajados e produtivos. As perguntas centrais feitas naquele período são respondidas afirmativamente (pelo menos em parte) e encontram suas respostas, em grande parte, expostas ao longo dos capítulos que se seguem.

A obra vem tentar renovar e contribuir para um debate fundamental no Brasil atual. Trabalhos voltados especificamente para estudar metodologias e desenvolver pesquisas sobre casos paradigmáticos pouco enfrentados no constitucionalismo comparado são raros em língua portuguesa. Daí o objetivo desse livro: partir para comparações feitas com rigor de situações que são tradicionalmente pouco exploradas. De fato, no mais das vezes, voltamos nossos olhos apenas para Estados Unidos, Alemanha e outras jurisdições (para o usar o termo anglo-saxão) que pouco compartilham com o sul global.

É curioso, entretanto, que o momento em que vivemos tenha empurrado, infelizmente, contextos constitucionais diversos para uma questão semelhante: como o constitucionalismo, em geral, pode contribuir para enfrentar o ressurgimento de uma onda autoritária de proporções globais? Ou, melhor dizendo, como o constitucionalismo pode evitar sua própria subversão?

Essas são perguntas que guiam toda a obra. Ela começa com um capítulo escrito por mim, “Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil”, que levanta alguns dos problemas de um comparativismo metodologicamente frouxo. No Capítulo II, “A articulação constitucional

diante dos novos paradigmas do constitucionalismo”, Ana Carolina Rezende Oliveira explora as relações entre Direito Constitucional e Direito Internacional. Nathalia Brito de Carvalho, no Capítulo III, “Da distopia à realidade: o avanço do autoritarismo e o necessário reforço da cultura democrática em perspectiva comparada”, discute casos como o dos Estados Unidos, da Venezuela, do Equador e do próprio Brasil, que enfrentam problemas de autoritarismo. No Capítulo IV, “A terceira via entre cortes e parlamentos: a desvinculação do controle de constitucionalidade da supremacia judicial no Canadá, na Nova Zelândia e no Reino Unido”, Lucas Azevedo Paulino questiona comparativamente sistemas de controle de constitucionalidade em países de forte tradição parlamentar.

Devide Júlio Ribeiro e Igor Campos Viana, no Capítulo V, “A teoria do poder constituinte na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano”, exploram as bases desse novo modelo definido regionalmente. O Capítulo VI, de Almir Megali Neto, intitulado “Emendas constitucionais em perspectiva comparada: uma análise da Emenda Constitucional 95/2016 à luz da teoria do desmembramento constitucional”, debate o interessante fenômeno teorizado por Richard Albert para questionar emendas constitucionais que desnaturam uma constituição. O Capítulo VII, “O reconhecimento da natureza como sujeito de direitos pelas cortes constitucionais: estudo dos casos do Equador e da Colômbia”, de Andiará Fausto, usa do comparativismo para enfrentar um recente fenômeno de personalização jurídica.

O Capítulo VIII, “O Estado de Coisas Inconstitucional do deslocamento forçado na Colômbia a partir da perspectiva de um constitucionalismo feminista”, de Jessica Holl, debate um fenômeno decisional várias vezes repetido no Brasil, ainda que sem o necessário aporte crítico. Já o Capítulo IX, “Dissolução de partidos políticos por cortes constitucionais e o constitucionalismo abusivo: uma comparação dos casos turco e alemão”, da Mariana Tormin Tanos Lopes, se volta para uma comparação pouco usual e enfrenta uma jurisdição também pouco discutida no Brasil, a Turquia. No Capítulo X, “A impossibilidade conceitual de um

constitucionalismo autoritário ou abusivo: a experiência constitucional de Singapura em perspectiva comparada”, Rodrigo Dornas de Oliveira enfrenta novas conceituações discutidas no Direito Constitucional Comparado a partir da análise do sistema de Singapura.

O Capítulo XI, “A jurisdição na comunicação política eleitoral no Brasil e no México: a assunção do protagonismo judicial na limitação da propaganda eleitoral”, de Felipe Gallo da Franca, enfrenta uma temática eleitoral de relevo constitucional a partir do debate mexicano. Gabriel Cruz, no Capítulo XII, “O pêndulo constitucional: constitucionalismo instável e federalismo como laboratórios de democracia a partir das experiências políticas do Sri Lanka e do Nepal”, parte para uma discussão federativa na Ásia, tratando de problemas identitários para o constitucionalismo. O Capítulo XIII, “A tensão entre a continuidade do poder constituinte e a operacionalidade da constituição a partir das emendas constitucionais: um estudo do caso russo”, é mais uma contribuição de Jessica Holl, também aprofundando em um caso pouco discutido no Brasil. No Capítulo XIV, “Da revolução à constituição: constitucionalismo feminista no processo constituinte da Tunísia”, Mariana Rezende Oliveira debate uma interessante transição constitucional sob a perspectiva do que se tem conceituado como constitucionalismo feminista. Por fim, no Capítulo XV, “Reforma constitucional mexicana e a proteção aos direitos humanos: Corte Interamericana de Direitos Humanos e Suprema Corte Nacional de Justiça”, Raquel Cristina Possolo Gonçalves e Philippe Rodrigues da Silva se voltam, novamente, para o México, para debater a relação entre cortes regionais e reformas constitucionais.

Destaco, por fim, que os resultados de pesquisa aqui encontrados são fruto dos seguintes projetos de pesquisa: Fapemig Demanda Universal APQ-02471-15 e Pesquisa em Produtividade CNPQ 304158/2018-6. A publicação foi financiada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, por meio de recursos CAPES-PROEX (projeto 502/2018; processo 23038.001810/2018-99).

Esperamos que a obra possa ajudar a aprofundar o debate sobre o manejo do Direito Constitucional Comparado no Brasil, seja academicamente, seja a partir do uso que juízes e tribunais fazem do mesmo.

Belo Horizonte, outubro de 2019.

Capítulo I

Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil ¹

Emilio Peluso Neder Meyer ²

1. Introdução

O renascimento do Direito Constitucional Comparado tem sido objeto de ampla discussão. Países acostumados a se autorreferenciar em termos de constitucionalismo, como os Estados Unidos, têm dirigido boa parte de sua atenção para o que acontece em outras jurisdições. Esse movimento remonta a meados dos anos 1990. Hirschl (2014, p. 1) narra as dificuldades iniciais apresentadas por obstáculos como “internet discada” (*dial-up internet access*) para se ter acesso a bancos de dados jurisprudenciais de cortes estrangeiras mesmo em universidades como Yale, para além dos enormes estoques de coleções antigas que traziam material de julgados. Imagine-se a dificuldade em estruturas universitárias do sul global. A situação é hoje contrastada com a construção cada vez mais ampla de bancos de dados sobre decisões judiciais por parte de inúmeras cortes, mas também de fontes bibliográficas constitucionais vastas, como os projetos *Constitute*, ³ do

¹ Publicado originalmente na Revista de Investigações Constitucionais, v. 6, n. 2, p. 479-502.

² Professor Adjunto de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG (Graduação e Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado). Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. *Visiting Researcher* no *King's College Brazil Institute* (2014-2015). *Fellow* no *King's College Transnational Law Summer Institute* (2016). Pesquisador Residente no Instituto de Estudos Avançados Transdisciplinares da UFMG - IEAT/UFMG (2018-2019). Pesquisador Mineiro da FAPEMIG (00272-17). Pesquisador em Produtividade do CNPQ (304158/2018-6). Coordenador da Secretaria Executiva da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (2016-2017). Coordenador do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (<http://cjt.ufmg.br>).

³ Disponível em <<https://www.constituteproject.org>> Acesso em 9 mai 2017.

Comparative Constitutions Project,⁴ *World Constitutions Illustrated*,⁵ mantido pela gigantesca base de dados *Hein Online*, além de inúmeras publicações no campo de conhecimento.⁶

Ao lado da expansão instrumental que a internet permitiu, verifica-se um crescente e robusto interesse em outras jurisdições impulsionado não só por objetivos acadêmicos, mas também por demandas de tribunais (que, não raro, usam mal o Direito Constitucional Comparado) e mesmo de participantes de processos constituintes. Ao mesmo tempo, pouco se tem avançado em proposições metodológicas mais robustas. No caso brasileiro, a questão é agravada também pela ausência de interesse por regiões e países do sul global: por que não investir em estudos de sistemas constitucionais mais parecidos com o brasileiro (por exemplo, México), ao invés de olhar apenas para os Estados Unidos e a Europa ocidental? É curioso que este não é um problema apenas nosso. Hirschl (2014, p. 9) menciona que a Suprema Corte de Israel, talvez em busca do “título” de democracia liberal ocidental, privilegia a referência a casos decididos nos Estados Unidos, no Reino Unido, na Alemanha e no Canadá. Prejudica-se, senão anula-se, contextos de divergência étnica similar ao de Israel, como Índia, Turquia ou Malásia.

Desse modo, o capítulo que se segue visa apontar algumas questões metodológicas importantes. O objetivo geral é o de, ainda que à guisa de considerações mais gerais, provocar o pesquisador, o acadêmico, o proponente de políticas públicas, o promotor e o juiz para que compreenda a necessidade de repensar o significado do Direito Constitucional Comparado. Para tanto, recorreremos, com o uso de um método exploratório, aos principais referenciais teóricos que tanto introduzem o estado da arte

⁴ Coordenado por Zachary Elkins, Tom Ginsburg e James Melton. Disponível em <<http://comparativeconstitutionsproject.org>> Acesso em 9 mai 2017.

⁵ Disponível em <http://heinonline.org/HOL/Index?collection=cow&set_as_cursor=clear> Acesso em 9 mai 2017.

⁶ Apenas para ficar em dois exemplos mais ambiciosos, cf. a *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law* (Disponível em <<http://oxcon.ouplaw.com/page/590>> Acesso 9 mai 2017) e a coleção *Constitutional Systems of the World*, da editora *Hart Publishing*, que publica volumes sobre análises contextuais de diversas ordens constitucionais como Israel, Chile, Singapura, Espanha, África do Sul, entre muitas outras (Disponível em <<http://www.bloomsburyprofessional.com/series/constitutional-systems-of-the-world/>> Acesso 9 mai 2017), sendo editada pelos Professores Peter Leyland, Andrew Harding, Benjamin Berger, Rosalind Dixon e Heinz Klug.

quanto avançam na tentativa de muda-lo. A metodologia também se socorre de dois exemplos de usos equivocados do Direito Constitucional Comparado, via uma *análise jurisdicional* e uma *análise acadêmica*. Destaque-se que não se supõe um amplo hiato entre esses campos, apesar de tribunais, especialmente no Brasil, assim indicarem. Os resultados de pesquisa apontam que há, de um lado, uma verdadeira inquietação que tanto move a academia a olhar mais além do chamado norte global e das antigas referências tidas como canônicas, quanto a de adequadamente indagar qual é o modo adequado de enxergar o campo.

2. Uma definição do estado da arte do Direito Constitucional Comparado

Uma marcante reconstrução histórica do Direito Constitucional Comparado é feita no recente trabalho de Ran Hirschl (2014, p. 112 e ss). Ele retoma três obras fundamentais produzidas no campo do Direito Público nos séculos XVI, XVII e XVIII: Jean Bodin e seus “Os seis livros da república” (1576); Jon Selden e seu “De jure naturali et gentium juxta disciplinam ebraorum” (1640); e, Montesquieu, tanto em “Cartas persas” (1721) quanto em “O espírito das leis” (1748). Mais recentemente, seria possível observar o predomínio de uma quase fusão entre comparativismo político e comparativismo governamental no início do século XX (HIRSCHL, 2014, p. 157). É o que seria possível depreender de Georg Jellinek, em “The Declaration of the Rights of Man and of Citizens: A Contribution to Modern Constitutional History” (1895), e de James Bryce, em “The American Commonwealth” (1888).

Avançando sobre o século XX, o “Derecho constitucional comparado”, de Manuel García-Pelayo (1993), publicado pela primeira vez em 1950, divide o empreendimento comparativo em uma primeira parte, dedicada a instituições e institutos que podem ser colhidos de diversas ordens constitucionais (inclusive propondo-se uma teoria da constituição), e uma segunda parte, em sistemas constitucionais específicos que são mais detidamente

analisados: Reino Unido, Estados Unidos, França, Suíça e União Soviética. Note-se a ênfase no ocidente, aparecendo a União Soviética mais como um inevitável caso de comparação *a contrario sensu*. De qualquer forma, o espanhol que lutara na Guerra Civil daquele país e viria a presidir o Tribunal Constitucional espanhol, apesar de seu conhecimento também em ciência política, não deixa de enfatizar a perspectiva do jurista: o Direito Constitucional Comparado teria como “(...) misión el estudio teórico de las normas jurídico-constitucionales positivas (pero no necesariamente vigentes) de varios Estados, preocupándose de destacar las singularidades y los contrastes entre ellos o entre grupos de ellos” (GARCÍA-PELAYO, 1993, p. 20).

Os anos 1960 e 1970 marcariam uma mudança de interesse, dirigida a definir os termos comparados de uma *engenharia* ou *deseño constitucional*. Em uma parte significativa dos casos, isto envolveria aprofundar no conhecimento comparado de forma a permitir sólidas transições de situações de conflito ou de regimes autoritários para regimes democráticos.⁷ E aqui ganharam proeminência os trabalhos de autores muitos mais vinculados à Ciência Política, como Arend Liphart, Juan Linz e Alfred Stepan. Mais recentemente, estudos sobre as relações entre ordens domésticas, internacionais e transnacionais vão também depender de avanços no campo da Sociologia (veja-se, por exemplo, a influência de Niklas Luhmann ou de Günther Teubner no trabalho de Marcelo Neves). De modo semelhante, mesmo debates sobre legitimidade ou a relação entre direito e democracia redimensionaram o significado do Direito Constitucional Comparado e sua relação com a Filosofia Política.⁸ Mesmo para analisar o papel de interesses de setores específicos da arena política no desenho constitucional demandaram investigações para além do olhar do jurista, como fizeram o próprio Hirschl (2004) e Tom Ginsburg (2003).

Nas décadas de 1980 e 1990, algumas obras tornar-se-iam referências, ao menos em países de *civil law* (ainda que se deva ter cautela com a

⁷ Para uma discussão sobre *constitucionalismo transicional*, ver MEYER (2018, p. 755), e, em um sentido diverso, mais próximo de uma leitura de ponderação de valores constitucionais, BERNAL-PULIDO (2014).

⁸ Pense-se, no caso brasileiro, na produção científica de autores como Lênio Streck (2018) ou Cattoni de Oliveira (2017).

pertinência atual dessa distinção). Curiosamente, algumas delas permaneceram com um olhar atento à organização, ainda que não assumissem a perspectiva de uma maior transdisciplinariedade. A “Introduzione al diritto costituzionale comparato”, de Biscaretti de Ruffia, publicada originalmente em 1988, foca excessivamente no dualismo *forma de Estado e forma de governo*, para, entretanto, explicitamente assumir um ponto de vista jurídico, vez que o Direito Constitucional comparado seria uma ciência jurídica. O autor não deixa, contudo, de assinalar a preferência de autores de *common law* pela ausência de cisão do campo do Direito Constitucional Comparado com o *comparative government* (BISCARETTI DE RUFFIÀ, 1996, p. 84).

No caso brasileiro, obras exclusivamente dedicadas ao Direito Constitucional Comparado e preocupadas com questões metodológicas são encontradas com menor facilidade. Ricardo Malheiros Fiuza (2004) procurou realizar um estudo mais centrado no Poder Judiciário (mas não exclusivamente), sem estabelecer bases rigorosas para a escolha dos sistemas constitucionais. Há elementos do constitucionalismo de Luxemburgo e do Timor-Leste, mas sem uma clara determinação de como trata-los e o que os une e os separa. Ivo Dantas (2010, p. 43) buscou expor o problema da ausência de preocupação com uma “epistemologia” do Direito Constitucional Comparado no Brasil, não sem destacar que discussões prévias sobre o status do Direito Comparado estiveram presentes, mas de modo esparso.

Trabalhos mais recentes procuraram explorar os diversos caminhos seguidos após as mudanças no Direito Constitucional Comparado fora do Brasil. Alonso Freire (2016) discutiu critérios de comparabilidade no campo da interpretação judicial voluntária de direitos fundamentais. De forma mais próxima à deste artigo, Ribas e Dutra (2017) trataram do renascimento do Direito Constitucional Comparado em um caminho próximo ao de Hirschl, propondo balizas para o que ele chama de “Estudos Constitucionais Comparados”. Ainda assim, sobram questões urgentes em termos de comparativismo no Brasil.

3. Contra o imperialismo no Direito Comparado

Uma importante advertência inicial deve guiar qualquer empreendimento de Direito Constitucional Comparado ou o que aqui chamaríamos de um *constitucionalismo comparado*. Esta advertência está fundada em uma contraposição a um certo tipo de *imperialismo* que acompanha a estrutura do constitucionalismo que vem, há pelo menos três séculos, tentando se consolidar globalmente. Como destaca James Tully (in LOUGHLIN e WALKER, 2007, p. 328), ao menos três formas de ação tornaram a “democracia constitucional” ocidental e de perfil estadunidense/europeu parte de um “direito imperial” (*imperial right*), abrangente de um “direito” dos Estados europeus e suas empresas de participar livremente do mercado de sociedades não europeias e de dois deveres correlatos: o dos Estado europeus de “civilizar” outras sociedades e o de estas sociedades de hospedar práticas europeias.

Por três métodos o “direito imperial” se implementou no último milênio. O primeiro deles consistia o assentamento de colônias europeias nas Américas, na Austrália e na Nova Zelândia. O segundo método partiu de uma “imperialização” via governo colonial indireto, reorganizando governos locais, “civilizando” e ocidentalizando elites locais, dividindo oposições etc. O terceiro método aceita um certo grau de autonomia governamental local desde que sob uma zona de influência ou hegemonia, impondo formas políticas e jurídicas específicas para atender ao livre comércio objetivado por norte-americanos e europeus. A base de projetos como esses é uma palavra bastante recorrente no vocabulário jurídico brasileiro: “civilização”. O alcance de um padrão de civilização deve ser o objetivo de Estados que não compartilham os aspectos centrais do constitucionalismo como estabelecido no final do século XIX na Europa e nos Estados Unidos: cabe a esses países conduzir o “dever de civilizar”.⁹

⁹ “Como recurso resultante, ricas petroirranias, ditaduras complacentes com condições péssimas de trabalho em indústrias de roupas e dependências regionais estrategicamente importantes permanecem como ‘Estados falidos’ instáveis, sendo um resultado direto de sua continua sujeição à manipulação informal imperial: as elites dependentes

Em uma perspectiva crítica próxima daquela de Tully, Pierre Legrand (2017, p. 2) apresenta duas grandes correntes do direito comparado atual: a) uma tradicional, que ele identifica com o positivismo científico, ainda tributária da relação sujeito/objeto e visando cumprir o objetivo de isolar um objeto de questões culturais e históricas que podem cerca-lo; b) uma corrente mais viva, preocupada com o estudo contextual de normas jurídicas, aberta à atividade interpretativa e ao engajamento transdisciplinar. O direito comparado deveria se aproximar do segundo empreendimento: é isto que possibilitaria que, ao lidar com o estrangeiro e o não familiar, o “comparativismo” suspendesse a normalidade autocentrada e satisfeita consigo mesma. Mais do que isso, ele poderia promover uma prática de reposicionar o jurista perante o mundo e a história.

Para enfrentar o positivismo filosófico que assola o “comparativismo”, Legrand (2017, p. 21) sugere que dois processos sejam empreendidos cumulativamente: “enculturação” (*enculturation*) e “interpretação”. Conhecer e confrontar as diversas interpretações que se colocam sobre um determinado texto legal demonstra que a tarefa do “comparativismo” é muito mais complexa do que se imagina e demanda muito mais do que opor estruturas vazias de conteúdo. Ao traçar um paralelo com a teoria literária comparada, Sherally Munshi (2017, p. 212) irá destacar que não é a justaposição que define o Direito Comparado, mas uma orientação que, além de intelectual, é ética. Isto pode revelar a amplitude da tarefa comparativa que, talvez, muito mais do que ser um ramo didático isolado, pode demandar que todo estudo seja comparativo. Nos Estados Unidos, a orientação ainda permanecerá eurocêntrica e é contra isto que se deve lutar.¹⁰

são constringidas por sua dependência para suprimir as aspirações democráticas do povo de controle seus próprios recursos e condições de trabalho; pessoas são levadas à violência para autodefesa; isto é chamado de falha e terrorismo; e - como Locke previu - a intervenção é a consequência”. Tradução livre de: “The resulting unstable rich petrotyrannies, sweatshop dictatorships, and strategically important regional dependencies remain unstable ‘failed states’ as a direct result of their continuing subjection to informal imperial manipulation: the dependent elites are constrained by their dependency to suppress the democratic aspirations of their people to control their own resources and work conditions; the people are driven to violence in self-defence; this is called failure and terrorism; and—as Locke predicted—intervention follows” (TULLY in LOUGHLIN e WALKER, 2007, p. 333).

¹⁰ “O Eurocentrismo pode descrever modelos convencionais de pesquisa nos quais o Ocidente é moldado como agente da história universal e o restante é medido em termos de sua semelhança com o mesmo. Ou pode se referir à

O caminho pode ser o de praticar um comparativismo que compreenda o caráter estrangeiro não só daqueles além da fronteira, mas dos que fazem parte do mesmo e tradicional “Estado-nação”: ele pode ser útil em identificar um pano-de-fundo jurídico que continuamente destaca o papel das instituições em prejuízo dos sujeitos minoritários que atuam politicamente. Não será à toa que Munshi tomará como referência o trabalho de Manisha Sinha (2016), “The Slave’s Cause: A History of Abolition”, para destacar que foi a resistência escrava, e não o liberalismo burguês, o principal fator no movimento de libertação contra a escravidão.

4. Comparativismo e judicialização

Nos Estados Unidos, um arquétipo de um certo “isolacionismo” constitucional, o debate sobre o comparativismo não deixou de chegar, ainda que muito mais tarde do que em outros países. Não se trata de supor que o Direito Comparado fosse desconhecido: a questão é que ele era muito mais uma disciplina de curiosidade acadêmica do que uma fonte recorrente de decisões judiciais e políticas públicas. Foram as decisões seminais da Suprema Corte nos casos *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) e *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), que forneceram os primeiros elementos para a inauguração de um debate judicial e acadêmico (em um sentido mais transversal).¹¹ Os *Justices* da Suprema Corte Anthony Scalia e Stephen Breyer travaram um verdadeiro confronto a respeito da possibilidade de fundamentar decisões

confiança de que o Ocidente é a última fonte do iluminismo no mundo moderno, de ideias como liberdade e igualdade. Mas, no sentido mais amplo, o Eurocentrismo se refere ao hábito geral de atribuir autoridade apenas a certas formas de conhecimento – enquanto se despreza e se deprecia outras”. Tradução livre de: “Eurocentrism may describe conventional research models in which the West is cast as the agent of universal history and the rest are measured in term of their resemblance to it. Or it may refer to the confidence that the West is the ultimate source of enlightenment in the modern world, of ideas like freedom and equality. But in the broadest sense, Eurocentrism refers to the general habit of attributing authority to only certain forms of knowledge—what we might generally refer to as western rationality— while disregarding and disparaging others” (MUNSHI, 2017, p. 224).

¹¹ Os casos discutiam, respectivamente, a aplicação de pena de morte a pessoas com deficiências mentais, a criminalização de condutas homoafetivas pelos Estados e a aplicação de pena de morte a menores. Para uma recuperação desses e outros casos, assim como de negativas de *certiorari* (impedindo, pois, que um caso deságuo na Suprema Corte dos Estados Unidos), ver CHOUDHRY (in CHOUDHRY, 2006, p. 2).

judiciais estadunidenses em fontes estrangeiras.¹² É necessário destacar que esta tem sido uma das principais vertentes de discussão sobre as possibilidades de interseções entre ordens constitucionais estrangeiras e entre ordens nacionais e supranacionais, povoando um amplo debate na doutrina e teoria constitucionais atuais.¹³ Sobre o por quê de se recorrer ao Direito Constitucional Comparado, contudo, não se pode aderir apenas a uma justificativa como a do *Justice* Stephen Breyer de que uma “sensibilidade cosmopolita” é sempre melhor (CHOUDHRY in CHOUDHRY, 2006, p. 6). É claro que é preciso ir além.

Cheryl Saunders (2006, p. 49), ao percorrer o caminho de possibilidades do Direito Constitucional Comparado pela via da judicialização australiana, sustenta que duas eram as temáticas principais contra o uso de experiências estrangeiras em decisões judiciais: a) uma de cunho originalista, atribuível a Scalia, segundo a qual as fontes estrangeiras podem não ter sido objeto de deliberação nos processos constituintes que levaram à constituição de um determinado contexto; b) a segunda, levantada por Richard Posner, concerne a dificuldades metodológicas insuperáveis, como a impossibilidade de total conhecimento do contexto constitucional no qual se desenvolveram os elementos referidos.¹⁴

No que concerne à crítica sobre a legitimidade, é preciso referenciar que ela pressupõe uma leitura bastante restrita das diversas nuances percorridas por esta que poderíamos chamar de uma “judicialização comparada”: um uso leve das práticas, exemplificado por referências a experiências internacionais, pelas menções a dados empíricos a respeito da prática de princípios em outras ordens ou menção a contextos estrangeiros para direcionar uma determinada decisão da corte que, contudo, se funda em argumentos domésticos. Há, contudo, também um uso mais profundo em que são *emprestados* argumentos de cortes estrangeiras,

¹² Ver DORSEN (2005, p. 519-541).

¹³ Para tanto, com formas bastante diversas de abordagem, ver NEVES (2008); JACKSON (2010); WATERS (2008, p. 635-646).

¹⁴ Ver POSNER (2004, p. 40).

recorre-se ao direito estrangeiro para embasar a interpretação de um dispositivo constitucional ou, ainda, o direito estrangeiro aparece como elemento empírico que justifica o transplante de direito ou instituto estrangeiro (SAUNDERS, 2006, p. 50).

A discussão é ainda sofisticada na direção de se apartar um uso *constutivo* do direito estrangeiro, que passa a agir como guia em direções que poderiam ser julgadas como positivas ou negativas, de um uso *reflexivo*, permitindo que o mesmo direito estrangeiro sirva para direcionar os juízes para as potencialidades dos seus próprios sistemas jurídicos – é dizer, passa a ser necessário explorar as vantagens e desvantagens de uma decisão ou instituto no seu próprio espaço de nascimento. Pode-se ainda discutir se o recurso ao direito comparado significa um “método interpretativo” ou mesmo um valor ideológico; e, mesmo, se há que se falar em um *diálogo*.

É assim, por exemplo, que Saunders (2006, p. 56) enxergará o modo como a Suprema Corte da Austrália fundamentou sua decisão em *Australian Capital Television Pty. Ltd. v. Commonwealth*, (1992) 177 C.L.R. 106, um caso em que estava em jogo a validade de uma lei da *Commonwealth* que proibia propaganda política televisionada no período anterior a eleições gerais, regionais ou locais. Por não haver uma declaração de direitos australiana, colocou-se em discussão a possibilidade de se falar em uma liberdade política derivada do sistema representativo institucionalizado constitucionalmente.¹⁵ Ao rechaçar uma vinculação ao sistema constitucional estadunidense e afirmar uma filiação ao sistema representativo britânico – qualificando a Constituição australiana como parte de um “direito estatutário” (*statutory law*) de especial dignidade diferente daquele norte-americano –, a Suprema Corte faria um trabalho comparativo dialógico.

A oposição à busca judicial pelo direito estrangeiro funda-se também em problemas de ordem metodológica. Em verdade, seria preciso separar

¹⁵ A Constituição australiana data de 1901.

de modo mais analítico a dimensão da argumentação judicial e a metodologia do Direito Comparado. Saunders (2006, p. 66) destaca que uma questão diz respeito à qual seria a relação adequada entre direito nacional e estrangeiro quando de um julgamento perante uma corte. A segunda questão apontada liga-se ao potencial uso manipulativo do direito estrangeiro (uso esse que pode ser doméstico também, mas que, nesse caso, se curva a padrões mais assentados dentro do contexto), concretizada na expressão *cherry-picking*: decisões e institutos estrangeiros interessariam apenas para justificar uma posição de antemão já estabelecida.¹⁶

Em termos propriamente metodológicos, o Direito Comparado pode apresentar limitações bastante intuitivas, como o acesso, manejo e compreensão de fontes estrangeiras, como também um desafio mais significativo: como conhecer adequadamente o contexto em que se deu produziu a fonte. Todos esses obstáculos podem produzir o que é chamado de um “mau uso” do direito comparado por meio do qual juízes e cortes limitam arbitrariamente as jurisdições a que se referem, não justificando o resultado da seleção. Para tentar orientar e evitar dito “mau uso”, Saunders aponta cinco pautas, das quais traremos à discussão apenas quatro, em vista do contexto eminentemente de *Commonwealth* da última.¹⁷ A uma, se a corte se propõe a um maior diálogo, diminui-se a necessidade de um profundo conhecimento contextual da fonte. A duas, a metodologia aparece como um embaraço se o judiciário visa apenas “transplantar” a solução jurídica de outro contexto, guiando-se por razões funcionais e segundo uma lógica não reflexiva, mas construtiva (em um mal sentido). A três, quanto maior o alcance do uso do direito estrangeiro, mais

¹⁶ Nas audiências de confirmação de sua indicação perante o Senado estadunidense, o atual *Chief Justice* John Roberts afirmou que essa justificativa transnacional pós-decisão equivaleria a olhar uma multidão e escolher seus amigos (CHOUDHRY in CHOUDHRY, 2006, p. 7).

¹⁷ Saunders (2006, p. 65) refere-se à *English Practice Direction on the Citation of Authorities*, que requer que advogados perante cortes do Reino Unido justifiquem o recurso ao direito estrangeiro. Apesar de ser esta uma demanda para as partes e seus advogados, ela acredita que a normativa coopera para um uso mais refletido do direito comparado. Ver *Practice Direction (Citation of Authorities)*, (2001) 1 W.L.R. 1001 (Eng.). Disponível em <<http://www.hmcourts-service.gov.uk/cms/814.htm>> Acesso em 18 fev 2019).

importante que direcionamentos metodológicos sejam apontados pela própria corte.

Por estar imerso em uma tradição de *common law* (no que ainda a distinção com ordens de *civil law* tem pertinência), o trabalho de Saunders (2006, p. 74) aponta que o uso do Direito Comparado interage com o procedimento judicial do *common law* – esta sua quarta pauta. Por exemplo: a obrigatoriedade de que os advogados das partes cite certas autoridades; erros e omissões de uma parte podem ser explorados pela parte adversa; defeitos argumentativos podem ser explorados por votos minoritários, comentaristas e pela própria esfera pública. Estes instrumentos são também úteis se trazidos para o campo do manejo do Direito Comparado.

Não menos influente foi o estudo apresentado por Vicki Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Ela apresentou três modelos de relação de decisões de juízes e tribunais domésticos com corte estrangeiras e transnacionais. A relação pode ser, em primeiro lugar, de *resistência*: cortes assumiriam uma posição em relação às constituições de afirmação auto-identitária que não permitiria a referência a precedentes e fontes alienígenas. *Justices* da Suprema Corte Estadunidense como John Roberts e Samuel Alito seguiriam uma posição desse tipo, além, é claro, do que já o fizera Scalia. Em segundo lugar, pode-se estar diante de posições de *convergência*. Haveria uma predisposição a aceitar normas, por exemplo, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como informativas da interpretação de normas constitucionais; ao lado desse motivo, situações como o pertencimento à União Europeia ou à *Commonwealth* dirigiriam decisões judiciais. Jackson (2010, p. 43) cita os casos dos arts. 93 da Constituição Colombiana, de 1991, 75, inc. 22, da Constituição Argentina e 4º das disposições provisórias da Constituição Peruana de 1993.

O modelo decisional de *engajamento*, de seu turno, apresenta um posicionamento de maior abertura, em que elementos de autorreflexão desempenham um papel significativo. De um lado, o *engajamento deliberativo* assume que há uma permissibilidade ou abertura do sistema ao

Direito Internacional e ao direito estrangeiro: seria o caso do voto da *Justice* Sandra Day O'Connor em *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), que declarou inconstitucional a pena de morte para adolescentes. Houve uma refutação explícita de uma divisão estanque entre o direito estadunidense e tendências globais, não sem antes exigir um exame detalhado de normas e práticas dos Estados da federação. De outro lado, o *engajamento relacional* pressupõe que, necessariamente, o Direito Internacional e o direito estrangeiro sejam verificados, cabendo ao juiz ou à corte decidir por sua incidência efetiva no caso concreto. Na África do Sul, por exemplo, “[...] a demanda [constitucional] é procedimental, não substantiva: as cortes *devem considerar* o direito internacional, mas a constituição não requer conformidade”.¹⁸ Nota-se, portanto, que a discussão sobre o papel do Direito Constitucional Comparado passa também pelo enfrentamento dos limites e possibilidades da atuação jurisdicional.

5. Empréstimos constitucionais, transplantes jurídicos, migração de ideias constitucionais: qual metáfora?

Desde o final dos anos 1990, a teoria constitucional tem procurado lidar com o fenômeno de retorno do comparativismo recorrendo a metáforas diversas. Choudhry (in CHOUDHRY, 2006, p. 17) alude ao precursor estudo de Alan Watson, “Legal Transplants: An Approach to Comparative Law”, que inauguraria o debate sobre a pertinência de “transplantes jurídicos” ou *legal transplants*. Choudhry recupera o debate travado entre aqueles que, como Pierre Legrand, sustentariam a impossibilidade do transplante, uma vez que normas jurídicas seriam tão cultural e socialmente embebidas que a transposição deveria ser não só do resultado, mas também de todo o processo que nelas (normas jurídicas) culmina; ao passo que James Whitman e David Nelken fariam importantes advertências no

¹⁸ Tradução livre de: “The requirement is procedural, not substantive: the courts *must consider* international law, but the constitution does not require conformance” (JACKSON, 2010, p. 78). Para um debate a respeito da relação entre as categorias de Jackson e a justiça transicional no Brasil, ver Torelly (2016), Patrus (2016) e Tirado (2018).

sentido de que há processos efetivos que ocorrem transculturalmente e que não podem ser ignorados por um impulso pela convergência.¹⁹

É assim que uma recorrente metáfora no Direito Constitucional Comparado também não seria imune a críticas: “empréstimos constitucionais” ou *constitutional borrowing*. Kim Lane Scheppele (2003, p. 296) relembra que pensar em um empréstimo (ou um comodato) constitucional envolveria a necessidade de um futuro retorno do objeto emprestado; e mais, deveria haver permissão inicial para o empréstimo e até eventual melhora no objeto após sua devolução. Isto não acontece no modo como convencionalmente se usou a expressão “empréstimo constitucional”. Daí ela propor a ideia de uma “influência constitucional cruzada” ou *cross constitutional influence*.²⁰ Esse termo seria mais abrangente, envolvendo influências positivas e negativas, diretas e indiretas. Scheppele faz a percutiente afirmação de que, principalmente em momentos constituintes, pode ser mais importante negar o que um sujeito constitucional não é, ou não pode ser, do que fazer difíceis ilações sobre o que o futuro pode aguardar.

Isto permitiria distinguir entre um *constitucionalismo aspiracional*, em que tanto no processo constituinte como na interpretação importa mais olhar para o futuro e definir quais objetivos devem estar em jogo, e um *constitucionalismo aversivo*, no qual há uma definição clara do que se quer evitar, fazendo-se uma rejeição de uma possibilidade constitucional. Nesse último sentido, o preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, ao invocar uma consciência da responsabilidade perante Deus e os homens do povo alemão, teria feito uma clara rejeição do passado nacional-

¹⁹ Não se deve, contudo, deixar de considerar o que se segue: “Como têm sublinhado alguns teóricos do Direito Constitucional Comparado, a prática da citação não pode se transformar num mero “transplante” de fontes jurídicas estrangeiras; ela deve ser feita conforme pautas metodológicas claras e pré-definidas, que auxiliem os juízes a utilizá-las apenas como um complemento da motivação da decisão” (VALE, 2014, p. 1).

²⁰ O termo remete à tipologia proposta por Anne-Marie Slaughter (1994, p. 99) sobre a comunicação judicial, que envolveria: comunicação horizontal, comunicação vertical; comunicação vertical-horizontal mista; diálogo direto; monólogo; diálogo intermediado. Essas comunicações poderiam cumprir funções de: melhorar a efetividade de decisões de tribunais supranacionais; assegurar e promover a aceitação de obrigações internacionais recíprocas; fertilização cruzada; melhorar a persuasão, autoridade ou legitimidade de decisões judiciais individuais; e, promover deliberação coletiva.

socialista. De modo semelhante, o preâmbulo da Constituição Sul-Africana, de 1996, começa com a eloquente afirmação de que o povo daquele país reconhece as injustiças do passado. Poder-se-ia adicionar o modo como o preâmbulo da Constituição da Tunísia, de 2014, se orgulha da luta de seu povo pela liberdade contra a tirania. Esses cortes epistemológicos são importantes, mas não se deve deixar de considerar que o constitucionalismo deve ter sempre um olhar dirigido tanto ao passado quanto ao futuro.

Fala-se, também, em “diálogos” entre cortes, ou na “migração de ideias constitucionais” (*migration of constitutional ideas*), como prefere Choudhry (in CHOUDHRY, 2006, p. 22), uma expressão que parece tentar abranger vários fenômenos: por que aderir a um precedente estrangeiro, por que rejeita-lo, quais fundamentos estão em jogo, até onde se explorou o contexto sócio-político da decisão referenciada, entre outros. O que se deve assinalar, desse modo, é que não se pode ter uma atitude inocente em relação ao estrangeiro e ao supranacional. E talvez esta seja mais uma questão de metodologia do que de metáforas.

6. Quem importa no Direito Constitucional Comparado?

Com todas as mudanças no interesse científico por ordens constitucionais fora do norte global, ainda assim, o movimento tem sido menos expansivo do que deveria. Tushnet e Khosla (in TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 3), por exemplo, destacam que a Ásia Oriental (China, Japão, Mongólia, Singapura, Indonésia, Coreia do Sul, entre outros) tem recebido mais atenção que o Sul Asiático ou Ásia Meridional, com exceção, em alguns aspectos, da Índia (a se incluir, pois, Paquistão, Nepal, Bangladesh, Sri Lanka, Afeganistão, Maldivias, Sudão, Mianmar). Cinco dos países da Ásia Meridional (Bangladesh, Índia, Nepal, Paquistão e Sri Lanka) compartilham elementos de desenvolvimento constitucional em meio a tensas relações entre direito e política. É claro que constituições e constitucionalismo canalizam um encontro entre os sistemas do direito e da política que

precisa ser devidamente mediado. Mas há aspectos interessantes naquela região que podem iluminar a forma como se pensa o Direito Constitucional no Brasil e na América Latina, para além de uma leitura com os olhos direcionados para o norte – como parece ter sido a tradição recorrente. É claro que isto deve ser feito a partir de um ponto de vista dirigido contextualmente para problemas levantados pelos próprios *atores constitucionais*; só assim, a comparação pode se tornar plausível, como ressalta Choudhry (in TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 19) em relação à Ásia Meridional, Turquia e Espanha e suas preocupações com políticas constitucionais de línguas oficiais.

É aqui que se deveria, segundo Tushnet e Khosla (in TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 5), falar de um *constitucionalismo instável*. Esta seria uma tipologia de constitucionalismo que se refere à ação de atores comprometidos com a ideia de constitucionalismo, ainda que exigências liberais nem sempre estejam presentes, mas há um desejo de governança estável a ser consolidada. A expressão é indicativa de quais caminhos importam no Direito Constitucional Comparado e se podemos segmentar arbitrariamente a investigação científica. Elementos como federalismo simétrico e assimétrico, reconhecimento de plurinacionalismo, multiculturalismo, estariam presentes, mas opções constitucionais interessantes de diversos pontos de vista competiriam entre si de uma forma a evitar a consolidação de um só paradigma. O direito enfrentaria obstáculos significativos para mediar fatores sociais que empurram esses países para a instabilidade institucional. Questões como desenho institucional ainda são problemáticas para todo o sistema, mais do que o papel de cortes constitucionais ou da interpretação constitucional.²¹ De todo modo, a tendência das partes em conflito nesses países seria a de busca de uma

²¹ Ante o cenário jurídico-político brasileiro pós-2016, há suficientes razões para questionar o modo como se aplica a Constituição brasileira de 1988, para muito além dos problemas recorrentes que afligem constitucionalistas brasileiros. Quais os limites para o uso (ou mau uso) do *impeachment* no Brasil e em países latino-americanos? A judicialização da política e a politização da justiça foram tão longe a ponto de romper com a ordem institucional de 1988? Há espaço para uma constituição dirigente ante uma emenda constitucional que institui, na visão de alguns (STRECK, Lênio, 2017, p. 1), um estado de exceção econômico?

definição constitucional do tipo de Estado que pretendem e não de colocar fim ao projeto comum.

É, assim, um problema central problematizar a ideia de *instabilidade constitucional*. Fontes para tal fenômeno podem ser externas a ele, mas também podem incluir a atuação de instituições que fazem parte do próprio sistema constitucional. Parte da tarefa consiste justamente na identificação das fontes de instabilidade e na apresentação de respostas. A questão é que, diante de uma instabilidade que é *constitucional*, as respostas não podem partir apenas da política, mas devem vir também do direito, ou melhor, da abordagem jurídica da forma constitucional.²² Será que essa não é uma questão que interessa à América Latina?

Fontes de instabilidade constitucional podem se apresentar por meio das instituições que rompem com as formas tradicionais de fixação de fronteiras de divisão de trabalho. Análises de fatores desse tipo demandam mais e mais dos estudiosos do constitucionalismo comparado. A investigação de propostas de constitucionalismo que ultrapassam o enquadramento liberal demonstra que se deve evitar o que se poderia chamar de *segmentação comparada*, ou seja, dar privilégio excessivo a paradigmas constitucionais tradicionais que podem impedir o contato com experiências menos frequentes de comparativismo.

7. Transdisciplinariedade nos estudos constitucionais comparados

Se é possível remontar a fontes bastante remotas do Direito Comparado, como o faz Hirschl (2014, p. 77), voltando a normas religiosas pré-modernas e passando por Bodin, Selden e Montesquieu, de outra parte, a contemporaneidade, além de resgatar os estudos constitucionais

²² “Implícito é o entendimento de que normas e instituições jurídicas também têm o potencial de moldar realidades sócio-políticas na sua própria forma distinta: por estas razões, o desenho jurídico importa. O fenômeno específico do constitucionalismo instável existe porque o direito é trazido à discussão em meio à política”. Tradução livre de: “Implicit is an understanding that legal norms and institutions also have the potential to shape sociopolitical realities in their own distinct fashion; for that reason, legal design matters. The precise phenomenon of unstable constitutionalism exists because law is brought into discussion with politics” (TUSHNET e KHOSLA in TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 3).

comparados, demanda transdisciplinariedade para lidar com a complexidade. Talvez por isso faça mais sentido falar em “Estudos Constitucionais Comparados”, ao invés de “Direito Constitucional Comparado”. Mais do que meramente citar dispositivos legais ou decisões judiciais descontextualizadas, é preciso avançar por opções metodológicas que vão além do estudo teórico. Este, de fundamental importância normativa, não pode ignorar questões empíricas. É claro que não se está aqui a renovar velha dicotomia *law in books* e *law in action*, de Roscoe Pound (1910). Há pressupostos hermenêuticos que não podem ser simplesmente ignorados. Por isto mesmo é que a transdisciplinariedade é um fator fundamental na investigação constitucional comparada: a separação das atividades de juristas, cientistas políticos e sociólogos é prejudicial.

Assim, e novamente com Hirschl (2014, p. 13), os fatores de *necessidade*, *curiosidade* e *demanda política* devem ser combinados com metodologias de análise que podem abrir o campo de interesse dos estudos comparados. Questões como comportamento judicial, dinâmicas de processos constituintes, formas de aprovação emendas constitucionais ou modelos de efetivação de decisões judiciais importam, desde que adequada e cientificamente apreendidos. Pode ser que o instrumental para esse tipo de análise escape de modo imediato ao jurista; é aí que o desenvolvimento de pesquisas com acadêmicos de outras áreas importa. E uma contestação que é feita por Hirschl (2014, p. 152) é de extrema importância: enquanto as ciências sociais em geral avançaram muito em termos de estudos comparados, os juristas mantiveram-se limitados em termos metodológicos. Uma pressuposição simples decorrente disto é que constituições não se produzem no vácuo, estando diretamente relacionadas ao contexto político, econômico e social que buscam normatizar.

É importante, contudo, tentar entender o que significa produzir estudos em Direito Constitucional ou em Direito Constitucional Comparado de modo atento a dados empíricos. Não nos parece, assim, acertada a crítica de Hirschl a Dworkin no sentido de que nenhuma de suas seis grandes obras recorre a dados empíricos para entender as origens e consequências

do constitucionalismo e do controle de constitucionalidade (*judicial review*).²³ Pois tratar o direito como um empreendimento interpretativo nada mais exige do que tomar em consideração dados empíricos, principalmente os que circundam um caso concreto posto à disposição de um juiz ou um tribunal. O que indica que uma busca por respostas em sistemas constitucionais comparados exigirá muito mais do intérprete. Talvez o problema esteja no ponto de partida: uma leitura positivista (com todas as reduções que podem caber nesse termo) do Direito Comparado pode resultar em um *empréstimo constitucional* equivocado justamente porque ignora aspectos econômicos, sociais ou políticos do contexto estrangeiro ou supranacional. Interpretar pede mais em termos de comparativismo. O que não significa que questões, por exemplo, de ordem econômica devam ganhar primazia sobre uma leitura normativa do direito.

8. Análises small-N e large-N

A recente literatura sobre Direito Constitucional Comparado alerta para a necessidade de dirigir adequadamente as formas de abordagem de fenômenos constitucionais, evitando-se generalizações indevidas. Ran Hirschl (2014, p. 226) alerta para a necessidade de distinguir análises *small-N*, voltadas a um comparativismo de estudo de casos e mais prudente, já presentes no Direito Constitucional Comparado em geral. Elas são, contudo, deficientes quando o assunto é proceder a rigorosas metodologias que permitam conclusões mais precisas. De outra parte, a pesquisa estadunidense tem se concentrado mais em estudos *large-N*, apresentando métodos de coleta de dados rigorosos e análises estatísticas. Elas não deixam, contudo, de ser problemáticas também. Observe-se, por exemplo, que o difundido estudo de Law e Versteeg (2013, p. 870), parte

²³ “Curiosamente, nenhum dos seis supostamente apaixonados livros de Ronald Dworkin sobre constitucionalismo cita nenhum trabalho empírico sobre as origens e consequências da constitucionalização e do controle de constitucionalidade”. Tradução livre de: “Interestingly, none of Ronald Dworkin’s six passionately argued books on constitutionalism cites any empirical work on the origins and consequences of constitutionalization and judicial review” (HIRSCHL, 2014, p. 152, nota 3).

de um conceito reduzido de constituições como cartas de direitos somente, universaliza uma dicotomia em norma e fato já bastante questionada, por exemplo, no Direito Constitucional alemão e ainda elogia constituições como a saudita por uma suposta honestidade em preferir explicitamente aspirar menos liberdade de imprensa.

Exige-se, portanto, um esclarecimento dos objetivos do constitucionalista que trabalha comparativamente. É preciso delimitar que tipo de investigação está em jogo – analítica ou empírica – e quais reivindicações – baseada em dados ou normativa. Mas como destaca Hirschl (2014, p. 279), deve-se ter em mente que tais tipologias metodológicas não são mutuamente excludentes. Estudos *small-N* e estudos *large-N* não se opõem de modo absoluto.

9. Usos equivocados do Direito Comparado no Brasil

O acesso e o manejo do Direito Comparado no Brasil nunca deixaram de ser problemáticos. Há obstáculos variados. Um primeiro seria de *insuficiência*. Se o Direito Comparado e o Direito Comparado Constitucional importam, principalmente em termos de atividade acadêmica e judicial, a tendência é que eles ocupem um lugar de quase “enobrecimento” dos produtos dessas atividades. Como destacou Conrado Hübner Mendes (2019, p. 1) em relação às decisões do Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal, pode às vezes sobrar “estrangeirismos” no lugar de análise cuidadosa de um caso concreto. Também em termos insuficiência, deve-se destacar que juízes tem um contato restrito tanto com a academia brasileira quanto com a academia estrangeira – aqui em um nível mais insatisfatório. Recente pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) demonstrou que, no quesito “Fundamentação das decisões judiciais”, não obstante não se tenha investigado a persuasão de fontes e decisões estrangeiras e supranacionais, houve pergunta direcionada obras jurídicas de referência. Em relação a estas, apareceram poucos autores

estrangeiros: 0,5% dos entrevistados falaram em Alexy;²⁴ 0,3%, em Kelsen e Dworkin; 0,2%, em Beccaria e Bobbio; 0,1%, em Luigi Ferrajoli, Piero Calamandrei e John Rawls (VIANNA, CARVALHO e BURGOS, 2018, p. 133).

É claro que, como quaisquer dados empíricos, é preciso compreendê-los. Eles escondem que juízes podem fazer referência a autores brasileiros que comungam (o que não é indispensável, é claro) de ideias estrangeiras ou supranacionais. Mas indica algumas percepções. Como declarou o jornalista Elio Gaspari (2019, p. 1), é estranho que se enfrente as difíceis consequências da delação premiada ou que se queira importa o *plea bargain* conhecendo apenas dois (na verdade, um) juristas estadunidenses.

Não são poucos os exemplos de problemas no manejo do Direito Constitucional Comparado e não teríamos todo o espaço necessário para aqui analisa-los. Fiquemos apenas com dois: um de *aspecto jurisdicional* e outro de *aspecto acadêmico*. No campo jurisdicional, o voto da Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus (HC) 152.752 (BRASIL, 2018), impetrado pelo ex-Presidente Lula, indica uma frouxa fundamentação que peca por uma referência talvez pré-disposta a um resultado que não se adequa às premissas fundamentadoras. Assim, um conhecido autor da teoria dos precedentes como Frederick Schauer (2009, p. 37) é referenciado por uma citação em que se defende que tribunais não devem alterar seu entendimento no caso de mudanças de composição. Correta na premissa, a referência torna-se complicada quando se observar que nem o Supremo Tribunal Federal e nem os juízes brasileiros se importam tanto com o sistema de decisões vinculantes, mesmo com o fortalecimento posterior ao Código de Processo Civil brasileiro de 2015: segundo a referenciada pesquisa da AMB, à pergunta de se magistrados deveriam poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes, cerca 55% dos membros

²⁴ O caso de Alexy é exemplar, uma vez que, desde o início de seus estudos no Brasil em meados da década de 1990, critica-se a apropriação acrítica, senão indevida da ponderação de valores. Para tanto, ver Meyer (2017) e Moraes (2018). Aliás, a própria proporcionalidade é um exemplo de *migração de ideias constitucionais* exitoso, mas não imune a críticas. Ver, também, Barak (2012) e Jackson e Tushnet (2017).

de tribunais superiores responderam que concordam ou muito (30%) ou pouco (25%). Isto demonstra que a importação do sistema para o Brasil, que se inicia, pelo menos, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, não correspondeu efetivamente a uma mudança em quinze anos de vigência.

De modo semelhante, referências à integridade proposta por Ronald Dworkin são feitas de modo aleatório (STRECK e MEYER, 2018, p. 1). O autor estadunidense é invocado para justificar a necessidade de observar precedentes e respeito pela instituição e, como ele mesmo invocara, não em nome de uma coerência cega, mas, inclusive, superando precedentes. Em seguida, a tese de uma única resposta correta é sustentada, assim como a necessidade de separar a moralidade pessoal do juiz da moralidade política. Mas isto nunca significou para o autor um hiato entre o que defende o julgador e o que ele, de fato, entende como sendo a resposta correta. Se o próprio juiz não acredita ser aquela a resposta correta, por que ele deveria sustentar uma posição colegiada discordante da sua?²⁵ É óbvio que não se trata de levar a letra do autor às últimas consequências, ainda mais em se tratando de um membro de uma corte superior. Mas ela demonstra a distância entre uma análise profunda e uma análise superficial, nem tanto do Direito Comparado, mas da teoria comparada.²⁶

²⁵ “É claro, parece arrogante para pessoas sérias que insistam que haja então uma única verdade exclusiva a respeito da questão interpretativa à mão, ou que aqueles que não enxergam a lei ou a pintura como eles veem estão apenas errados. Parece mais realista e modesto dizer que não há uma única interpretação, mas somente diferentes respostas aceitáveis ou responsáveis.

E mesmo assim, isto é exatamente o que nós não devemos dizer se formos honestos, porque não é o que acreditamos ou podemos acreditar. Repetindo: um estudioso que trabalha por anos em uma nova leitura de *Hamlet* não pode acreditar que suas conclusões interpretativas variadas não são mais válidas que as conclusões contraditórias de outros estudiosos; um juiz que manda alguém para a cadeia baseado em uma interpretação do direito que ele acredita não ser melhor, porém apenas diferente de interpretações concorrentes deveria ele mesmo ser preso”. Tradução livre de: “Of course, it seems arrogant to thoughtful people to insist that there is then one exclusive truth about the interpretive issue in hand, that those who do not see the statute or painting as they do are simply in error. It seems more realistic and modest to say that there is no one right interpretation but only different acceptable or responsible ones.

And yet that is exactly what we must not say if we are honest, because it is not what we believe or can believe. To repeat: a scholar who labors for years over a new reading of *Hamlet* cannot believe that his various interpretive conclusions are no more valid than the contradictory conclusions of other scholars; a judge who sends someone to jail on an interpretation of the law he believes no better than, but only different from, rival interpretations should be jailed himself” (DWORKIN, 2011, p. 151).

²⁶ Ainda no *aspecto jurisdicional*, muito do que se discutiu prévia e posteriormente ao julgamento de viragem jurisprudencial sobre a presunção de inocência em termos comparados era baseado no “adágio popular” “só no Brasil é assim”. Para uma crítica, ver Meyer (2016, p. 1).

No *aspecto acadêmico*, fiquemos apenas com um exemplo de uma publicação em um website jurídico de notícias, o *Jota*. Procurando justificar as afirmações do Governador do Rio de Janeiro eleito, Wilson Witzel, no sentido de que supostos criminosos que estivessem portando armas de uso exclusivo das Forças Armadas, Flávio Jardim (2018, p. 1), em um longo arrazoado, toma o direito estadunidense por referência. Logo na introdução, nota-se que não há nenhuma pretensão de se buscar algo nem próximo do que seria uma *migração de ideias constitucionais*: o autor destaca que empreenderá uma verificação da “(...) compatibilidade da proposta de Witzel com o direito vigente no país, à luz dos critérios do direito americano.” Em seguida, ele passa à definição jurídica do que é o *target killing* nos Estados Unidos. É curioso que há o reconhecimento de que o direito de guerra não é o mesmo que o Direito Penal doméstico; mas este não pareceria ser o problema.

Segue-se uma análise dos critérios de “razoabilidade objetiva” e *clear and presente danger* da Suprema Corte Norte-Americana e a incorporação pela legislação estadual desses *standards* para situações em que acusados ofereçam perigo aos policiais. E daí, com base nesses critérios, ele elaborará a conclusão de que a proposta de Witzel “(...) dificilmente seria considerada inconstitucional”. Já que a Lei 13.497/2017 trataria como hediondos os crimes de posse de armas privativas das Forças Armadas, parece não haver problemas em comparar nosso caso com o norte-americano. E mesmo quando o autor passa para uma análise do Direito Penal brasileiro, nenhum paralelismo é desenvolvido. Perguntas como “qual o contexto de produção dos precedentes”, “como o federalismo se relaciona com as decisões do tribunal”, “Estados diversos podem regular diferentemente a questão”, “quais aspectos sociais e legais poderiam ser destacados”, “qual o alvo usual do policial de cada contexto”, entre outras, são deixadas em aberto.

O “irônico” disto é que a campanha eleitoral de Witzel para o Governo do Estado do Rio de Janeiro oscila, até o momento, entre bravata de campanha e estímulo à violência. Após ele afirmar que “(...) O correto é matar

o bandido que está de fuzil. A polícia vai fazer o correto: vai mirar na cabecinha e... Fogo!”, uma chacina no morro do Fallet deixou o saldo de treze mortos com indícios de tortura e mortes à facada após rendição (ALBUQUERQUE, 2019, p. 1). Vê-se que a pergunta sobre as condições de ação da polícia brasileira comparativamente à americana (que também tem alvos preferenciais), de fato, fez falta no estudo acima apontado.

10. Conclusões

O artigo buscou reconstruir algumas das principais inquietações que cercam o Direito Constitucional Comparado. Os resultados de pesquisa indicaram que ainda permanece uma forte demanda por rigor metodológico no campo. Saber as perguntas adequadas a fazer pode permitir um uso de fontes comparadas que de fato importe, tanto para a academia quanto para a aplicação do direito, em ganhos. Muito do uso que se tem feito de fontes comparadas tem se mantido no campo de tentativas de fortalecimento de argumentos que previamente são escolhidos de acordo com um resultado esperado. Perde-se, portanto, no espaço argumentativo e interpretativo e distorce-se a fonte em prol de um objetivo específico. Os dois exemplos analisados (o voto da Ministra Rosa Weber no HC 152.752 e a importação do *target killing*) indicaram que os problemas metodológicos são, não raro, ignorados quando se fala de Direito Comparado no Brasil. Este artigo busca, ainda que de forma limitada, estimular o debate para propor novas pautas no Direito Constitucional Comparado.

Evitar o recurso excessivo a modelos do norte global e recorrer cada vez mais à transdisciplinariedade parecem ser as questões mais urgentes para o comparativismo no Brasil. É claro que não se deve propor um fechamento nacionalista equivocado. A questão está muito mais em fortalecer pontes de ligação entre experiências diversas, talvez no sentido do que Roland Robertson (in FEATHERSONE, LASH e ROBERTSON, 1995, p. 25) chamou de “glocalização”, ou seja, a manutenção de uma constante tensão entre o local e global. Esse tipo de abordagem exige, contudo, tanto

a assunção de um olhar transdisciplinar, que permita ao jurista transbordar os limites tradicionais da ciência jurídica, quanto um ponto de vista não subordinado às práticas impositivas das democracias ocidentais.

11. Referências

ALBURQUERQUE, Ana Luiza. Defensoria vê indícios de mutilações em operação da PM que deixou 13 mortos no Rio. *Folha de S. Paulo*, 12 fev 2019. Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/defensoria-do-rio-ve-indicios-de-fuzilamento-em-acao-policial-que-matou-13.shtml> > Acesso 18 fev 2019.

BARAK, Ahron. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BISCARETTI DE RUFFIA, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado: las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

CHOUDHRY, Sujit. How to Do Constitutional Law and Politics in South Asia. In: TUSHNET, Mark. KHOSLA, Madhav (orgs.). *Unstable Constitutionalism: Law and politics in South Asia*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 18-44.

CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 1-36.

BERNAL-PULIDO, Carlos. Transitional Justice within the Framework of a Permanent Constitution: The Case Study of the Legal Framework for Peace in Colombia. *Cambridge J. Int'l & Comp. L.*, v. 3, n. 4, 2014, p. 1136-1163.

DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado*. Curitiba: Juruá, 2010.

DORSEN, Norman. A Conversation between US Supreme Court Justices. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, 2005, p. 519-541.

DUTRA, Deo Campos. VIEIRA, José Ribas. “O Direito Constitucional Comparado entre Renascimento e Consolidação”. *Sequência*, n. 76, 2017, p. 69-94.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA; London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FREIRE, Alonso. “Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico”. *Revista Publicum*, n. 2, 2016, p. 45-73.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madri: Alianza Universidad Textos, 1993.

GASPARI, Elio. Os juízes no deserto de juristas. *Folha de S. Paulo*, 13 fev. 2019. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/eliogaspari/2019/02/os-juizes-no-deserto-de-juristas.shtml>> Acesso em 14 fev 2019.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. New Haven: Harvard University Press, 2004.

JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford University Press, 2010.

JACKSON, Vicki. TUSHNET, Mark (orgs.). *Proportionality: New frontiers, new challenges*. New York: Cambridge University Press, 2017.

JARDIM, Flávio. “Atiradores de elite e o Direito”. *Jota*, 21 nov. 2018. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/atiradores-de-elite-e-o-direito-21112018>> Acesso 14 fev 2019.

LAW, David. VERSTEEG, Mila. Sham Constitutions. *California Law Review*, v. 101, n. 4, 2013, p. 863-952.

LEGRAND, Pierre. Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws. *The American Journal of Comparative Law*, v. 65, 2017, p. 1-132.

MENDES, Conrado Hübner. Debaixo da toga de Fux, bate um coração. *Época*, 18 jan 2019. Disponível em <<https://epoca.globo.com/debaixo-da-toga-de-fux-bate-um-coracao-23381940>> Acesso 14 fev 2019.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle constitucionalidade em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MEYER, Emilio Peluso Neder. “Judges and Courts Destabilizing Constitutionalism: The Brazilian Judiciary Branch’s Political and Authoritarian Character”. *German Law Journal*, vol. 19, n. 4, p. 727-768.

MEYER, Emilio Peluso Neder. “Presunção de inocência até a segunda instância?” *Jota*, 2016, <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia-19022016>> Acesso em 17 fev 2018.

MORAES, Fausto de Santos. *Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MUNSHI, Sheraly. Comparative law and decolonizing critique. *American Journal of Comparative Law*, vol. 65, 2017, p. 207-235.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

PATRUS, Rafael Dilly. *Articulação Constitucional e Justiça de Transição*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

POUND, Roscoe. Law in Books and Law in Action. *Am. L. Rev.*, v. 44, n. 12, 1910, p. 12-36.

POSNER, Richard. No thanks, we already have our own laws. *Legal Aff*, 2004, p. 40.

ROBERTSON, Roland. Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity. In: FEATHERSTONE, Mike. LASH, Scott. ROBERTSON, Roland (orgs.). *Global Modernities*. Londres: Sage, 1995, p. 25-44.

- SAUNDERS, Cheryl. The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 13, n. 1, 2006, p. 37-76.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2009.
- SCHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models. *JCON*, v. 1, n. 2, 2003, p. 296-324.
- SINHA, Manisha. *The Slave's Cause: A History of Abolition*. New Haven: Yale University Press, 2016.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *U. Rich. L. Rev.*, v. 29, n. 99, 1994, p. 99-137.
- STRECK, Lênio. Check list: 21 razões pelas quais já estamos em Estado de exceção. *Conjur*. 2017. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-jun-29/senso-incomum-check-list-21-razoas-pelas-quais-estamos-estado-excecao>> Acesso em 18 fev 2019
- STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- STRECK, Lênio. MEYER, Emilio Peluso Neder. “O HC de Lula – a maioria transformada em minoria: a ‘colegialidade’ em ação!” *Conjur*, 2018, <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/opiniao-hc-lula-maioria-transformada-minoria>> Acesso em 17 fev 2019.
- TIRADO, Felipe Guimarães Assis. *Human Rights, Transitional Justice and Transnational Law: Towards Accountability for Crimes Against Humanity in Brazil*. Belo Horizonte, 2018. 185 f. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, UFMG.
- TORELLY, Marcelo. *Governança Transversal dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- TULLY, James. The Imperialism of Modern Constitutional Democracy. In: LOUGHLIN, Martin. WALKER, Neil (orgs). *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 315-338.

TUSHNET, Mark, KHOSLA, Madhav. Unstable Constitutionalism. In: TUSHNET, Mark. KHOSLA, Madhav (orgs.). *Unstable Constitutionalism: Law and politics in South Asia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 3-17.

VALE, André Rufino do. O argumento comparativo na jurisdição constitucional. *Conjur.* 2014. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-mai-03/observatorio-constitucional-argumento-comparativo-jurisdicao-constitucional#_ftnref4_7296> Acesso em 14 fev 2019.

VIANNA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice Rezende de. BURGOS, Marcelo Baumann. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018.

WATERS, Melissa. Getting Beyond the Crossfire Phenomenon: A Militant Moderate's Take on the Role of Foreign Authority in Constitutional Interpretation. *Fordham L. Rev.*, v. 77, 2008, p. 635-646.

Capítulo II

A articulação constitucional diante dos novos paradigmas do constitucionalismo ¹

Ana Carolina Rezende Oliveira ²

1. Introdução

O século XX testemunhou, por um lado, a absorção por parte do Direito Internacional Público ³ de institutos característicos do Direito Constitucional, como a crescente codificação de normas protetoras dos direitos humanos, salvaguardadas pela possibilidade de acesso direto de indivíduos a algumas cortes internacionais. Da mesma forma, os processos de globalização impulsionaram a fragmentação do direito internacional pela especialização cada vez maior de suas estruturas. Assim, na tentativa de solucionar questões regulatórias advindas dos próprios processos de globalização, surgem diversos ramos, sempre mais específicos e autônomos, que se expandem e entram em conflito.

Por outro lado, questões que eram concebidas como pertencentes exclusivamente à jurisdição constitucional estatal entrelaçam-se com problemas que ultrapassam os limites territoriais do Estado e exigem regulação internacional, com participação cada vez maior de atores não-

¹ Este capítulo é um desdobramento da minha dissertação de mestrado, defendida em maio de 2017 no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisadora do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição (CJT/UFMG).

³ Ao longo deste trabalho, a expressão “direito internacional” será grafada em letras minúsculas quando se referir à ordem jurídica internacional. Serão utilizadas as expressões “Direito Internacional Público” ou apenas “Direito Internacional”, em letras maiúsculas, para se referir à disciplina ou campo de estudos.

estatais. Conseqüentemente, a função do Estado enquanto única autoridade detentora do poder regulatório nos limites de seu território fica fragilizada e o conceito de constitucionalismo, até então fortemente ligado à noção de um texto constitucional vinculado a um Estado soberano, é questionado.

Como será visto adiante, parte da doutrina enxerga nesse quadro o fim do constitucionalismo. Entretanto, outros entendem que se trata de uma mudança de paradigma do Direito Constitucional ou, pelo menos, o fim daquele constitucionalismo centrado no estatismo, que não parece mais suficiente para lidar com as complexidades de ordens nacionais e internacionais que dialogam e entram em conflito.

Assim, as interfaces entre ordens jurídicas nacionais e direito internacional densificam-se e a oposição entre as teorias monista e dualista não parece mais suficiente para explicar a multiplicidade de interpretações e aplicações conflitantes. Se, por um lado, para os dualistas, inexistiria conflito possível entre a ordem internacional e a ordem interna simplesmente porque são esferas jurídicas distintas, que não se tocam; por outro lado, também não parece suficiente, como afirmam as teorias monistas, compreender direito internacional e direito doméstico como integrantes de uma mesma unidade jurídica, com a necessária imposição hierárquica de um sobre o outro.

Nessa nova configuração global, o conceito moderno de soberania estatal entra em crise paralelamente à crise da organização internacional fundada no arranjo hierárquico dessas soberanias. Surgem novos atores, públicos e privados, domésticos e internacionais, que participam da formação de regimes jurídicos praticamente auto-regulados, que se comunicam e sobrepõem-se aos regimes constitucionais domésticos e ao direito internacional. Conseqüentemente, a lógica da solução de conflitos entre esses regimes deve afastar-se da perspectiva hierárquica das teorias monista e dualista e repensar o sentido de um constitucionalismo que não se restrinja aos limites territoriais estatais.

Este trabalho analisará, primeiramente, o contexto histórico de surgimento dos Estados Nacionais e, portanto, do surgimento daquilo que a modernidade compreendeu por sistema internacional. Em seguida, abordará as transformações sofridas pela ordem internacional, bem como pelo Direito Constitucional, e de que forma elas impuseram questionamentos às relações tradicionais entre direito internacional e direitos estatais. Por fim, buscar-se-á analisar as alternativas doutrinárias apresentadas em face dessa mudança de paradigmas, na tentativa de compreender o sentido do constitucionalismo face à complexidade dessas relações contemporâneas.

2. O sistema internacional westfaliano e a oposição entre monismo e dualismo

Na narrativa oficial, a Guerra dos Trinta Anos opôs o Imperador e o Rei da Espanha, ambos leais ao poder do Papa sobre todo o Sacro Império Romano-Germânico, aos reinos da Dinamarca, Países Baixos, França e Suécia, que rejeitavam os amplos poderes da Igreja Católica e buscavam autonomia econômica, política e religiosa (REUS-SMIT, 1999, p. 111-113). Assim, o Tratado de Westfália, termo comumente utilizado para indicar o conjunto de acordos assinados em 1648 para encerrar a referida guerra, foi fundamental na construção da ordem internacional moderna, porque contribuiu para o enfraquecimento do Sacro Império Romano-Germânico, permitindo a conformação do que seria o sistema internacional fundado na independência entre territórios soberanos.

Em que pese as interpretações diversas sobre a relevância histórica desse momento (OSIANDER, 2001, p. 251-287), as teorias do Direito Internacional Público desenvolveram-se e mantiveram-se, ao menos até a metade do século XX, fortemente fundamentadas no conceito de soberania. Ou seja, os acordos de Westfália permitiram a construção da noção de igualdade entre Estados soberanos que, como tais, eram autônomos em relação aos demais Estados e dispunham de exclusividade no exercício do poder em relação a seus assuntos internos (COX, 2008, p. 91).

Até então, as estruturas de poder medievais eram difusas, formadas por linhas de autoridade e subordinação sobrepostas. Nessa miscelânea de poderes, a autoridade advinha de status sociais baseados na tradição familiar e nas virtudes militares e os territórios eram delimitados de forma precária, o que dificultava qualquer ideia de autoridade exclusiva interna (PREUSS, 2010, p. 26). Externamente, todos eram interligados, ainda que de maneira frágil, pela autoridade da Igreja Católica, que concentrava na religião os poderes econômico, político e jurídico. Conseqüentemente, “no período medieval, a organização política territorial confronta-se com duas tendências díspares: por um lado a força interna da desintegração feudal; por outro, a pressão externa do poder papal” (NEVES, 2012, p. 15-16).

Por óbvio, os tratados de Westfália não significaram um momento único em que todas as estruturas de poder se alteraram, mas representaram um momento importante diante de processos que já aconteciam e que continuaram fortalecendo-se posteriormente. Reus-Smit identifica a diferenciação entre um momento inicial da soberania absolutista e um momento posterior da soberania nacional, todavia, ambos marcados pelo desenvolvimento de estruturas de poder que detinham autonomia interna e independência externa:

A transição do medievalismo para o absolutismo envolveu dois processos inter-relacionados: a centralização e demarcação territorial da autoridade e a racionalização e consolidação da hierarquia. No primeiro desses processos, os monarcas europeus reivindicavam o direito de determinar a religião predominante dentro da sua jurisdição territorial, portanto, retirando da Igreja Católica sua autoridade transnacional. Eles também se libertaram da abrangente autoridade do Sacro Império Romano-Germânico afirmando seus direitos de interpretar o Direito, estabelecer impostos e declarar guerra. Esse processo necessariamente significou uma racionalização concomitante da hierarquia social e política dentro das unidades territoriais. A ordem doméstica do Estado assumiu uma forma piramidal, com o monarca reivindicando a autoridade única no topo de um sistema de relações de superiores/subordinados: adultos sobre crianças, homens sobre mulheres, nobres sobre cidadãos, reis sobre aristocratas, Deus sobre mortais. (REUS-SMIT, 1999, p. 93, tradução nossa).

Assim, a noção de delimitação territorial foi fundamental para a formação do Estado nacional e da ordem internacional. Em substituição aos poderes locais, estabeleceram-se limites territoriais dentro dos quais o poder era centralizado em uma única autoridade, que era absoluta na tomada de decisões. Todos os indivíduos dentro do território estavam subordinados a esse poder, independentemente das relações pessoais que antes definiam hierarquias sobrepostas e, portanto, o território delimitava simultaneamente quem era o povo daquele Estado e quais os limites de exercício de sua soberania (PREUSS, 2010, p. 26-28).

Nesse contexto, a ordem internacional westfaliana marcava uma distinção muito clara entre o que eram questões de Direito Internacional Público – os direitos e deveres dos Estados uns em relação aos outros – e o que eram questões exclusivamente domésticas – o poder do Estado de regulação da atuação de seus nacionais dentro de seu território. Se, por um lado, os Estados obrigavam-se perante os demais Estados a partir de sua “vontade” em aderir às normas internacionais; por outro, as relações domésticas com seus nacionais constavam no rol de domínio exclusivo da soberania estatal e não poderiam sofrer interferências dos demais Estados soberanos.

Ainda assim, a questão sobre as relações entre o direito internacional e os direitos nacionais não é nova. No início do século XX, começaram a surgir teorias que objetivavam lidar com as situações em que essas ordens se contrapunham, mesmo que, sob influência da ordem internacional westfaliana, os problemas então abordados estivessem intimamente relacionados à noção de soberania estatal absoluta. Isso fica claro nos exemplos utilizados nos primeiros estudos de Triepel acerca de questões nacionais que tocariam o Direito Internacional: o Estado que reclama a extradição de um criminoso ou o Estado que reclama o direito de proteger seus nacionais no estrangeiro (TRIEPEL, 1923, p. 77).

Nesse momento, duas escolas que dominaram os debates acerca do tema ao longo de todo o século XX formaram-se, capitaneadas por

Heinrich Triepel e Hans Kelsen, respectivamente defensores do dualismo e do monismo jurídico.

Para Triepel, expoente da teoria dualista, a separação entre o Direito Internacional e o direito doméstico existe porque eles regem relações sociais diferentes. O direito interno seria o direito estabelecido no interior de uma comunidade nacional, no qual “cada Estado regula pelo seu sistema jurídico as relações entre os sujeitos que ele considera como lhe estando submetidos” (TRIEPEL, 1923, p. 80). Assim, as normas de direito interno poderiam referir-se tão somente a dois tipos de relações: as relações entre os indivíduos submetidos ao Estado por estarem sob seu território soberano ou as relações entre esses indivíduos e o próprio Estado.

Por outro lado, as relações regidas pelo Direito Internacional Público seriam aquelas entre Estados e, porque só comporta relações entre iguais, não poderia comportar o indivíduo como sujeito. Nas palavras de Triepel (1923, p. 81): “não se pode conceber o indivíduo no âmbito do Direito Internacional a não ser como objeto de direito e deveres internacionais”.

Para o dualismo, a oposição entre o Direito Internacional e o direito interno é também uma oposição entre fontes, razão pela qual qualquer conflito seria apenas aparente:

[...] o Direito Internacional Público e o direito interno são não somente ramos distintos do direito, mas também sistemas jurídicos distintos. São dois círculos que estão em contato íntimo, mas que não se superpõem jamais. Uma vez que o direito interno e o direito internacional não regem as mesmas relações, é impossível que exista uma ‘concorrência’ entre as fontes de dois sistemas jurídicos. (TRIEPEL, 1923, p. 83, tradução nossa)

Já Hans Kelsen, expoente da escola monista, partindo de sua concepção positivista do direito, não acreditava na possibilidade de existir, ao lado do direito positivo, outro sistema de regras válido. Afirmava que seria necessária a unidade do sistema de normas obrigatórias, o que inviabilizaria a tese dualista, especialmente porque não seria concebível a existência de dois sistemas jurídicos com fontes diversas que fossem concomitantemente válidos (KELSEN, 1926, p. 289).

Ainda que igualmente partindo da premissa westfaliana da soberania estatal absoluta, as conclusões de Kelsen são bastante diversas. Para garantir a coerência de sua Teoria Pura do Direito haveria apenas duas possibilidades: ou o direito internacional está hierarquicamente submetido à ordem jurídica estatal, porque delegada e incorporada por ela; ou, ao contrário, o direito internacional é hierarquicamente superior às ordens jurídicas estatais delegadas por ele (KELSEN, 2003, p. 369-370).

Assim, uma vez que o Estado é soberano e o sistema de normas obrigatórias é uno, o direito internacional só pode ser deduzido da natureza soberana do Estado:

O direito sendo sempre e necessariamente estatal, o direito internacional não pode ser outra coisa senão um 'direito estatal externo', nomenclatura que deve exprimir que suas regras derivam da mesma fonte que aquelas do direito interno, a vontade do próprio Estado que regulamenta soberanamente suas relações com os outros Estados, bem como suas relações com seus próprios sujeitos. (KELSEN, 1926, p. 293, tradução nossa)

No monismo jurídico de Hans Kelsen, a multiplicidade de ordens jurídicas seria apenas aparente e os conflitos seriam, também, aparentes. Desta forma, conflitos poderiam ser solucionados através dos mesmos métodos utilizados para resolver conflitos entre os diversos níveis da ordem estatal, por exemplo, a contrariedade de uma norma inferior em face de uma norma superior geraria sua nulidade ou anulabilidade (KELSEN, 1926, p. 317).

A oposição entre essas duas teorias dominou os debates acerca das relações entre direitos domésticos e direito internacional durante boa parte do século XX. Entretanto, o fim do século passado foi marcado por modificações políticas e econômicas que colocaram em dúvida sua capacidade de explicar o cenário global cada vez mais denso e complexo.

Em seguida, tratar-se-á mais detalhadamente das transformações ocorridas a partir dos fenômenos de globalização do fim do século XX e início do século XXI e de que forma elas impuseram questionamentos às

teorias tradicionais acerca das relações entre direito internacional e direito doméstico.

3. Globalização, declínio da estatalidade e fragmentação do Direito Internacional

Como observado, o debate em torno das relações entre direitos nacionais e direito internacional não é novidade. Ao contrário do que um exame superficial do termo globalização parece indicar, a existência de atividades econômicas, políticas e sociais de caráter transnacional não é exclusividade do final do século XX. Desde as empreitadas mercantilistas de expansão colonial do século XVI, os movimentos de consolidação do capitalismo são marcadamente transnacionais (SASSEN, 2008, p. 82-88).

Entretanto, não é difícil perceber que as consequências dessa primeira expansão global foram muito diferentes das consequências que adviriam das transformações surgidas no fim do século XIX e início do século XX, período ao qual o termo globalização geralmente se refere. Em regra, ainda que ostentando um caráter eminentemente global, a expansão mercantilista foi caracterizada pela centralidade do Estado nacional enquanto o único ator capaz de articular operações transnacionais (SASSEN, 2008, p. 143).

Assim, esse termo não será utilizado no presente trabalho para indicar apenas o surgimento de atividades econômicas e fluxos de riqueza transnacionais. Além disso, a globalização marca o surgimento de uma ordem global que convive com outros atores para além dos Estados, capazes de articular também as dimensões políticas, jurídicas, sociais e culturais do fluxo transnacional de riquezas, informações e pessoas.

Se a ordem internacional westfaliana era caracterizada pela primazia do Estado como ator político no nível global, pela autonomia do Estado soberano e pela ausência de instituições fortes de governança regional e global (FALK, 2002, p. 321), na ordem internacional globalizada o Estado perde sua exclusividade na condução das relações internacionais. Da

mesma forma, as rígidas noções de delimitação territorial, que foram importantes na passagem do medievo para a modernidade e marcavam o próprio conceito de Estado Nacional, perdem sua centralidade (SASSEN, 2008, p. 143).

Da parte do Direito Internacional, essa mudança significou o enfrentamento do processo de fragmentação que foi objeto de amplo estudo pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas entre 2000 e 2006. O relatório emitido pela Comissão esclarece, de início, que este fenômeno é fruto do paradoxo da globalização, que possibilita, ao mesmo tempo, a uniformização da vida social ao redor do mundo e a emergência de domínios sociais cada vez mais especializados e autônomos (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006, p. 11). Com isso, o que antes era simplesmente denominado Direito Internacional fragmenta-se em uma série de campos especializados de atuação, ou seja, regimes auto-continentes que passam a “produzir instituições e expedir normativas próprias para a regulação de suas atividades e campos” (TORELLY, 2016, p. 38).

Além disso, a partir dos anos 1980, o fim da bipolaridade mundial produziu a expansão neoliberal, com a maior participação de atores não-estatais em mecanismos de governança privada, opondo-se aos tradicionais sistemas públicos de governança característicos da primeira metade do século. Assim, Torelly (2016, p. 39) destaca que ao processo de fragmentação do Direito Internacional “somam-se os efeitos do declínio da estatalidade, compreendida como a transferência de poder público para atores não-estatais e o exercício de autoridade pública por meios, igualmente, não-estatais”.

Isso, porém, não significa a completa eliminação do Estado:

O Estado não deixa de deter poder e capacidade processual, quiçá inclusive se mantenha como o mais poderoso ator a exercer capacidades públicas, mas passa a conviver com outros atores que, com ele ou apesar dele, incidem de forma determinante na governança interna do território, alterando os

elementos constitutivos da equação “governo, soberania, estado” nas definições sobre direitos (TORELLY, 2016, p. 80).

Finalmente, a especialização de regimes auto-continentes, a descentralização regulatória e a expansão da participação de atores não-estatais alteraram a lógica westfaliana da organização política mundial e a lógica a partir da qual eram compreendidas as relações entre ordens jurídicas domésticas e direito internacional. Por sua vez, esse processo colocou em dúvida o constitucionalismo compreendido como monopólio da regulação estatal no seu território, obrigando a repensar a estrutura estanque e hierárquica proposta tanto pelo monismo quanto pelo dualismo.

Assim, na próxima seção discutir-se-á mais detalhadamente como essas transformações nas relações entre as esferas normativas nacionais e internacionais impactaram o conceito e o papel do constitucionalismo originado no período de consolidação dos Estados nacionais.

4. A mudança de paradigmas do constitucionalismo

Viu-se anteriormente que os movimentos de globalização ocasionaram o surgimento de problemas de cunho transnacional, transversais às ordens domésticas e internacional, de maneira que o sistema westfaliano torna-se insuficiente para solucioná-los.

Por óbvio, essa nova estrutura de organização global acarreta mudanças práticas na relação dos Estados com os indivíduos, bem como na relação entre os Estados e entre estes e os demais atores internacionais. Por exemplo, a expansão dos mercados financeiros e das instituições de governança da economia global indica quem será ou não assalariado; os meios de comunicação globais e a tecnologia delimitam quem está e quem não está incluído nos círculos de poder da informação; as políticas internacionais do clima, das drogas, das armas e da biotecnologia estabelecem prioridades para quem envelhecerá saudável e quem morrerá jovem (FRASER, 2012, p. 24-25).

Diante da impossibilidade de pensar esses problemas a partir daquela ótica centrada no Estado, Nancy Fraser destaca a ocorrência de uma mudança de paradigmas:

Nesses assuntos, tão fundamentais para o bem-estar humano, as forças que perpetram a injustiça não pertencem ao ‘espaço dos lugares’, mas ao ‘espaço dos fluxos’. Ao não serem localizáveis dentro da jurisdição de um Estado territorial real ou imaginável, não podem dar resposta às reivindicações de justiça enquadradas segundo o princípio territorial-estatal. (FRASER, 2012, p. 25, tradução nossa)

Assim, a partir de uma analogia com a ideia de ciência normal e anormal de Thomas Kuhn, a autora argumenta que esses efeitos da globalização culminaram em um período de *justiça anormal*, caracterizado pelo questionamento até dos mais básicos pressupostos dos discursos em torno da justiça (FRASER, 2012, p. 43). Nesse momento, questionam-se o “o que” da justiça, ou seja, seu conteúdo e a substância que lhe incumbe; o “quem” da justiça, ou seja, o alcance de quais sujeitos e quais interesses merecem ser protegidos; e o “como” da justiça, ou seja, quais os critérios e procedimentos de decisão que devem ser usados para se decidir sobre o “o que” e o “quem” (FRASER, 2012, p. 46).

Como em Kuhn, esse momento de justiça anormal representa para Fraser uma necessária mudança de paradigmas. Questões que eram concebidas como exclusivamente constitucionais, como a salvaguarda dos direitos individuais de seus nacionais e a limitação ao poder do governante, entrelaçam-se com questões que ultrapassam os limites territoriais do Estado, demandam a atenção da comunidade internacional e exigem regulação internacional (FRASER, 2012, p. 25).

Consequentemente, os debates devem ultrapassar os limites daquele sistema internacional westfaliano, na tentativa de pensar um sistema que consiga lidar com problemas surgidos nos espaços dos fluxos de riquezas, informações e pessoas. Nessa seção, tratar-se-á, portanto, do papel do constitucionalismo nesse novo contexto para, em seguida, abordar-se as

alternativas doutrinárias apresentadas para compreender o atual sentido do mesmo.

A primeira pergunta a ser enfrentada é sobre o próprio conceito de constituição. A ideia atual tem origem apenas com as revoluções americana e francesa, como resultado de uma mudança na concepção das relações entre governo e povo, que rejeitou as imposições tradicionais baseadas na hierarquia social e defendeu a noção de que o governo deveria ser estabelecido em benefício do povo. Assim, as constituições surgiram a partir de uma concepção de governo limitado: baseado no contrato, na delimitação de poderes, na institucionalização dos limites sobre o exercício dos poderes e na proteção dos direitos básicos individuais (LOUGHLIN, 2010, p. 47-48).

Mais precisamente, Dieter Grimm delimita cinco características indispensáveis ao conceito moderno de Constituição:

1. A constituição no sentido moderno é um conjunto de normas legais, não uma construção filosófica. As normas emanam de uma decisão política, ao invés de uma verdade pré-estabelecida.
2. O propósito dessas normas é regular o estabelecimento e o exercício do poder público, em oposição à mera modificação de um poder público pré-existente.
3. Essa regulação é ampla, no sentido de que nenhum detentor de poder público e nenhuma forma de exercício desse poder para além da constituição são reconhecidos.
4. O direito constitucional encontra sua origem no povo como única fonte de legitimidade do poder. Essa distinção entre poder constituinte e poder constituído é essencial para a constituição.
5. Direito constitucional é norma superior. Ele detém primazia sobre todas as demais normas e atos legais emanados do governo. Atos incompatíveis com a constituição não adquirem força jurídica (GRIMM, 2010, p. 9, tradução nossa).

Consequentemente, o cerne do constitucionalismo moderno só encontra condições suficientes para seu surgimento após a consolidação dos Estados nacionais. Nesse contexto, o exercício da autoridade pública legítima deve estar circunscrito aos limites da norma constitucional, norma esta que não pode mais ser oriunda de preceitos religiosos, mas deve ser apresentada como resultado de uma prática deliberativa coletiva (KUMM,

2010, p. 213). Tudo isso só foi possível com a passagem do medievo para a modernidade, como narrado acima.

Os surgimentos do Estado nacional e do constitucionalismo estão, portanto, fortemente interligados. Assim, no contexto de globalização, o Direito Constitucional, até então fortemente vinculado à noção territorial de um Estado soberano, também enfrenta uma crise. Todas as transformações mencionadas na seção anterior atingem a tradição do constitucionalismo moderno, porque o crescimento de atividades transnacionais e atores globais não estatais afeta as competências dos direitos domésticos. Além disso, esse campo de atuação tem sido crescentemente institucionalizado por mecanismos de governança privada, o que ataca a exclusividade da autoridade estatal (SASSEN, 2008, p. 270).

Nos dizeres de J. J. Gomes Canotilho (2008, p. 185), o Direito Constitucional transformou-se num *direito de restos*: restos do Estado após a transferência de suas atribuições a organizações supranacionais; restos do nacionalismo jurídico após a expansão da internacionalização; restos da autorregulação, após a expansão dos mecanismos de regulação privada; e restos das regionalizações, após exigências de inclusão de outros entes federados ou regiões quase soberanos dentro do espaço anteriormente pertencente à soberania estatal unitária.

Diante desse panorama, Mattias Kumm (2010, p. 200) delimita a existência de duas vertentes: por um lado, os nostálgicos enxergam uma ameaça ao constitucionalismo ou até o seu fim; por outro, os triunfalistas acreditam se tratar de uma expansão radical do constitucionalismo, seu ápice, ainda que distanciado da figura estatal.

Para os primeiros, a ampliação do papel político e jurídico das pessoas e organizações privadas, com a consequente usurpação das funções do Estado, representa a fragilização da soberania, o que precisa ser impedido na tentativa de proteger a segurança jurídica das tradições constitucionalistas nacionais. Há, ainda, quem critique este mesmo movimento por entender que se trata de uma tentativa de replicar no âmbito internacional uma estrutura política estatal que não condiz com os princípios da ordem

internacional e que, ademais, já foi ultrapassada, devendo ser abandonada em prol de novas estruturas político-jurídicas (KUMM, 2010, p. 201).

Por outro lado, para a corrente que vê nesse novo panorama o triunfo do constitucionalismo, as transformações do período pós Guerra Fria não significaram a falência, mas a adaptação do constitucionalismo aos novos desafios impostos pela globalização. Assim, apesar de ter sido diminuída a capacidade das constituições de autogoverno e autorregulação nacional, isso ocorreu em decorrência do surgimento de formas constitucionalizadas de governança transnacional, ou seja, na expansão do constitucionalismo para além o Estado, numa mudança de paradigmas do constitucionalismo (KUMM, 2010, p. 202).

Partindo dessa premissa, Kumm explica que o posicionamento adotado pela primeira corrente é decorrência da associação do constitucionalismo com o paradigma estatal, que conecta os compromissos centrais das revoluções constitucionais do século XVIII com a soberania estatal. A alternativa seria a liberação do constitucionalismo do paradigma estatal, de maneira que os Estados tornar-se-iam um importante contexto institucional para o constitucionalismo, mas não o único (KUMM, 2010, p. 203).

O constitucionalismo contemporâneo adquire novos significados com sua expansão para além do monopólio regulatório estatal e a participação de atores não estatais, dificultando o estabelecimento de limites claros entre o que seria doméstico ou internacional. Assim, defende-se neste trabalho que esses processos podem ser mais bem pensados a partir de perspectivas que incluem a transversalidade desse constitucionalismo entre diversos regimes jurídicos.

Essas perspectivas aparecem na doutrina sob diversas nomenclaturas: *interconstitucionalidade* (CANOTILHO, 2008), *constitucionalismo compensatório* (PETERS, 2006), *constitucionalismo societário* (TEUBNER, 2012) e *transconstitucionalismo* (NEVES, 2012), entre outras. Em geral, todas elas reivindicam não apenas o status constitucional de algumas normas de Direito Internacional, mas um processo integral, que

engloba suas estruturas, procedimentos e atores em articulação com os regimes constitucionais nacionais.

Entretanto, os objetivos de cada teoria podem variar desde o mero reconhecimento de status constitucional a uma determinada estrutura internacional, até a defesa de uma constituição global, passando pela total dissociação do constitucionalismo a nível estatal. Da mesma forma, o que os identifica como teorias do constitucionalismo pode englobar apenas a necessidade de articular processos de integração regionais até a defesa dos mecanismos de controle, da sistematização e coerência do ordenamento ou da proteção de alguns preceitos materiais que julgam fundamentais. Diante disso, na seção seguinte algumas dessas teorias serão abordadas mais detalhadamente.

5. Articulação constitucional e direito comparado

Como visto anteriormente, os processos de globalização acarretaram o surgimento de demandas de âmbito transnacional, cujas causas e consequências não podem ser limitadas ao domínio territorial dos Estados. Com isso, viu-se a expansão e sistematização da regulação internacional sobre matérias que eram tradicionalmente entendidas como estatais e, conseqüentemente, a maior relevância de atores não estatais.

Nesse processo, o constitucionalismo, até então compreendido como um fenômeno restrito ao âmbito doméstico de cada Estado, enfrenta uma necessária mudança de paradigmas a fim de lidar com os novos problemas. Diversas teorias e nomenclaturas surgiram para tentar explicar o fenômeno, entretanto, utilizar-se-á inicialmente a expressão *constitucionalismo para além do Estado* (SCHWOBEL, 2011a) para nomear todos esses movimentos, que serão a seguir melhor delimitados na tentativa de facilitar a compreensão do estado da arte.

Inicialmente, Schwobel (2011b, p. 4) delimita as vertentes do *constitucionalismo para além do Estado* a partir de suas propostas de organização política. Assim, ter-se-ia primeiramente os proponentes de um

constitucionalismo social, que concentram suas preocupações na coexistência da sociedade internacional, distanciando o constitucionalismo completamente da figura estatal (TEUBNER, 2004). Ademais, o *constitucionalismo institucional*, que busca legitimar as estruturas de poder da esfera internacional através de sua institucionalização, a exemplo das vertentes do *constitucionalismo global* que descrevem a Carta das Nações Unidas como uma constituição da comunidade internacional (FASSBENDER, 1998). Por fim, o *constitucionalismo normativo*, que identifica algumas normas específicas como normas de status constitucional global (WET, 2006), e, finalmente, o *constitucionalismo analógico*, que propõe analogias entre o constitucionalismo doméstico e a esfera internacional (KUMM, 2004).

De fato, nenhuma classificação pode ser definitiva. São tentativas de sistematizar o conhecimento já produzido sobre esse tema e, portanto, necessariamente simplificadoras das peculiaridades que comportam cada teoria. Para a finalidade deste estudo, adotar-se-á a sistematização a partir de uma espécie de espectro: numa ponta estão as teorias que propugnam tão somente um constitucionalismo formal, que se preocupa com a emergência de procedimentos e estruturas constitucionais, e, na outra, as teorias do constitucionalismo material, que reivindicam certos valores e princípios constitucionais partilhados no âmbito global (ALVARADO, 2015, p. 179).

J. J. Gomes Canotilho, por exemplo, defende uma articulação que pretende abarcar “as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político” (CANOTILHO, 2008, p. 266). Dentro do contexto da União Europeia, ele se preocupa com a inter-relação da “rede de constituições de estados soberanos” numa “recombinação das dimensões constitucionais clássicas” (CANOTILHO, 2008, p. 267). Assim, utiliza o termo *interconstitucionalidade* para indicar uma “fenomenologia jurídica e política de constelações ou formações políticas compostas e complexas, a partir de uma perspectiva amiga do pluralismo de ordenamentos e de normatividade” (CANOTILHO, 2008, p. 268).

Por outro lado, há autores que identificam na Carta das Nações Unidas a existência de uma constituição global. Ela seria responsável pela delimitação das fontes, dos sujeitos e da forma de aplicação do Direito Internacional e, a exemplo do papel das constituições estatais, subordinadora da validade de todas as demais normas do ordenamento, ao mesmo tempo em que condiciona a existência de tal ordenamento (FASSBENDER, 1998, p. 541).

Acontece que, nesses dois extremos, as soluções apresentadas não se distanciam muito das propostas do monismo e do dualismo analisadas anteriormente. O primeiro caso aproxima-se da perspectiva dualista e propõe tão somente um diálogo institucional entre ordens jurídicas diversas, enquanto o segundo assemelha-se à proposta do monismo no sentido da unificação de toda a complexidade em torno de uma única ordem jurídica global.

Uma das principais críticas às teorias do constitucionalismo para além do Estado está relacionada à ausência, no âmbito internacional, de estruturas típicas do constitucionalismo estatal moderno. Cite-se, por exemplo, a inexistência de um texto normativo com o status de lei superior e de uma estrutura política centralizada capaz de aplicá-lo. Entretanto, se se pretende justamente uma nova visão do constitucionalismo diante da constatação da fragilidade do poder regulatório do Estado, não parece razoável esperar que ela replique, em âmbito internacional, as mesmas instituições do constitucionalismo estatal.

Nesse sentido é que Günther Teubner (2012, p. 3) apresenta sua teoria de um *constitucionalismo societário*, que busca superar a centralidade do Estado na delimitação da Constituição, a partir de uma análise sociológica desse fenômeno. Face à fragmentação da sociedade global, a alternativa deveria ser o abandono de um ideal de constituição global em prol da convivência de uma pluralidade de subsistemas constitucionais autônomos – constituições civis globais – que se formam a depender da temática regulada, a partir da atuação de setores espontâneos da sociedade (TEUBNER, 2012, p. 9).

Assim, os regimes autocontinentes surgidos a partir da fragmentação do Direito Internacional e do declínio da estatalidade seriam *fragmentos constitucionais* de um Direito Constitucional societário:

[...] estamos testemunhando a emergência de uma multiplicidade de instituições civis que ultrapassam o Estado Nação. Mas a constituição da sociedade mundial não deve ser concebida exclusivamente dentro das instituições representativas da política internacional, nem em uma constituição global unitária sobrepondo-se a todas as áreas da sociedade. Ela está emergindo gradualmente na constitucionalização de uma multiplicidade de subsistemas autônomos da sociedade mundial. (TEUBNER, 2010, p. 329, tradução nossa)

Parece precipitada a conclusão do autor de que a única alternativa para lidar com a governança privada em escala transnacional seja o desenvolvimento de um constitucionalismo sem Estado (TEUBNER, 2010, p. 328). Todavia, a opção apresentada por Teubner é interessante porque ressalta a necessidade de uma abordagem não hierárquica sobre os conflitos entre os regimes jurídicos plurais.

Assumindo a premissa elaborada nas seções anteriores acerca da ocorrência de especialização de regimes auto-continentes, os conflitos entre esses regimes necessariamente superam as meras divergências normativas formais e relacionam-se mais às divergências entre as próprias racionalidades de cada sistema (TORELLY, 2016, p. 40). Nesse contexto, a solução dos conflitos, como ressalta Torelly (2016, p. 41), “[...] passa a depender menos da formulação de propostas hierarquizantes entre diferentes formas normativas e mais da estruturação de mecanismos e processos de influência recíproca entre atores estratégicos dos diferentes regimes”.

Pode-se dizer, então, que o *constitucionalismo para além do Estado* como pretendido aqui deve englobar tanto os aspectos formais quanto materiais do constitucionalismo. Deve se preocupar simultaneamente com o reconhecimento de princípios basilares que servirão como guias a esse processo e com a construção de um aparato institucional apto a garantir a limitação de poder e a proteção desse marco normativo.

Na doutrina brasileira, o transconstitucionalismo de Marcelo Neves apresenta uma proposta interessante. O autor afirma que “com o tempo, o incremento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado” (NEVES, 2012, p. 120). A constituição deixa, portanto, de ser um privilégio do Estado, já que um mesmo problema “pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco” (NEVES, 2012, p. 121).

Não se fala aqui, entretanto, de uma mera interação de ordens jurídicas constitucionais distintas. A diferença é que, na sociedade mundial da atualidade, o entrelaçamento acontece de forma independente das formas de intermediação política que eram fundamentais no sistema westfaliano, como os tratados internacionais e a legislação estatal (NEVES, 2012, p. 116).

O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é a solução comum de problemas comuns de caráter constitucional – entendidos como problemas relacionados aos direitos fundamentais (âmbito material) ou à limitação do poder (âmbito formal) – que se apresentam simultaneamente a diversas ordens, com ou sem intermediação das estruturas estatais, sem que exista primazia *a priori* de alguma delas:

Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos se submetem ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a ‘conversação’ constitucional é indispensável. Da mesma maneira, surgindo questões organizacionais básicas da limitação e controle de um poder que se entrecruza entre ordens jurídicas, afetando os direitos dos respectivos destinatários, impõe-se a construção de ‘pontos de transição’ entre as estruturas reflexivas das respectivas ordens (NEVES, 2012, p. 129).

Para compreender como ocorre a construção desses pontos de transição, o trabalho de Vicki C. Jackson é fundamental. De início, a autora destaca que as constituições funcionam como locais de articulação

(JACKSON, 2010, p. 255) entre normas e audiências domésticas e internacionais, exercendo a função de mediadoras entre a legitimidade local e a legitimidade internacional:

[...] as constituições domésticas devem ser entendidas como inevitavelmente em relação com o direito internacional e as abordagens constitucionais de outros membros da comunidade internacional, e não apenas no sentido de que as constituições prevejam regras (sejam monistas ou dualistas) para a incorporação do direito internacional como direito nacional ou abordagens para conflitos interjurisdicionais, nem mesmo de quão abertas elas são para a influência de fontes transnacionais. Direito internacional e constituições nacionais são de certa forma co-constituídas, cada um depende de formas relevantes do outro. (JACKSON, 2010, p. 256, tradução nossa)

Reconhece-se, todavia, que o fenômeno não é homogêneo. Por exemplo, falar-se em convergência acerca de direitos humanos e constitucionais é absolutamente diferente de falar-se em convergência a respeito de regulações comerciais. Da mesma forma, o processo de globalização europeu estabeleceu uma relação com as constituições estatais muito diferente do ocorrido na América Latina. É por isso que o papel de mediação das constituições estatais é extremamente relevante não só para o direito interno, mas para a própria construção de *standards* legais globais, que serão influenciados pela diversidade de ordens nacionais existentes (JACKSON, 2010, p. 281).

A questão a ser respondida não seria mais “se”, mas “como” possibilitar a mediação entre sistemas normativos diversos. Embora não seja possível estabelecer um único modelo abrangente de todas as relações entre normas internacionais e normas constitucionais domésticas, a autora identifica três tipos possíveis, com fins de sistematização:

Se o modelo da resistência é baseado na assunção da superioridade do direito nacional ou na legitimidade exclusiva das fontes domésticas na interpretação constitucional, e o modelo da convergência é baseado na assunção da superioridade das normas transnacionais ou num forte valor persuasivo de consensos transnacionais, o modelo do compromisso é aquele baseado em pressuposições discursivas e epistêmicas, ao invés de hierárquicas, sobre a

interpretação constitucional e o papel do transnacional. (JACKSON, 2010, p. 282, tradução nossa)

O modelo de resistência é típico dos sistemas de caráter nacionalista, ainda focados na soberania estatal absoluta. Eles só reconhecem o status constitucional das normas aprovadas conforme seu procedimento legislativo nacional, de maneira que há um critério hierárquico *a priori* sobrepondo as normas domésticas a qualquer norma do direito internacional. Já no modelo de convergência, há uma abertura constitucional para as normas do direito internacional, o que pode ocorrer por uma previsão constitucional expressa que confere automaticamente status constitucional às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, por exemplo.

Por fim, a postura de articulação é baseada no compromisso de deliberação judicial ampla, aberta às possibilidades de harmonia ou dissonância entre a compreensão constitucional nacional e as normas transnacionais (JACKSON, 2010, p. 71). Sob esse ponto de vista, as normas internacionais ou estrangeiras não são autoridade vinculante para a interpretação constitucional, mas, da mesma forma, a existência e a consideração dessas fontes não podem ser completamente ignoradas (JACKSON, 2010. PATRUS, 2016. TIRADO, 2018).

Jackson (2010, p. 282-284) acrescenta que as cortes podem optar por uma *abordagem deliberativa* das normas transnacionais, compreendendo-as como ferramentas que podem ou não ser consideradas para a construção de decisões, ou, ainda, por uma *abordagem relacional*, na qual as cortes seriam obrigadas a analisar as fontes transnacionais que se relacionam à matéria. Em qualquer caso, entretanto, a ideia central é assumir uma postura de articulação constitucional perante essas normas, mesmo que se conclua, após sua consideração, que elas não apresentam a melhor solução para aquele caso concreto⁴.

⁴ É relevante salientar que a perspectiva abordada por Vicki Jackson concentra-se na *articulação constitucional* no âmbito do Poder Judiciário, ou seja, na formação do convencimento dos juizes para a construção de decisões que apresentem a melhor solução para cada demanda judicial. A premissa teórica sustentada neste trabalho é capaz de abarcar sua aplicação mais ampla, por exemplo, no âmbito da atuação legislativa ou da administração pública.

Constatada a existência de uma pluralidade de regimes auto-continentes abordando problemas formal ou materialmente constitucionais, é imprescindível a construção de mecanismos de articulação entre essas ordens jurídicas. Assim, propõe-se o compromisso de deliberação judicial ampla, aberta às possibilidades de harmonia ou dissonância, como ferramenta de reflexão para a construção de decisões melhor informadas. A articulação constitucional apresenta-se como ferramenta de mediação entre ordens domésticas e entre elas e a ordem internacional, sem que isso implique numa completa desconsideração das particularidades constitucionais de cada regime.

Tal abordagem, todavia, só é possível a partir de estudos comprometidos do Direito Constitucional Comparado. Notadamente quando se fala em *articulação constitucional* entre ordens domésticas, o Direito Constitucional Comparado torna-se ferramenta essencial para a compreensão dos desenhos institucionais e jurídicos dos Estados estrangeiros.

O recurso à *articulação constitucional* não pode ser utilizado de forma leviana. Analisando especificamente o uso do Direito Constitucional estrangeiro por cortes nacionais, Cheryl Saunders (2006, p. 49) indica que há dois tipos de problemas que podem ser apresentados: primeiramente, as objeções acerca da legitimidade do recurso a fontes estrangeiras que não têm ou tiveram influência no processo constituinte; e, ainda, os empecilhos de cunho metodológico que dificultariam seu uso adequado, devido à complexidade da compreensão dessas fontes no seu contexto nacional.

No primeiro caso, a oposição ao uso do direito estrangeiro na formação do entendimento das cortes advém de uma concepção da constituição enquanto instrumento essencialmente nacional, que seria oriundo de um pacto inicial e contínuo do povo conforme valores nacionais. Seguindo essa compreensão, as cortes não poderiam utilizar fontes estrangeiras na interpretação da constituição, já que estas não têm nem tiveram influência no processo constituinte (SAUNDERS, 2006, p. 50).

Entretanto, considerando as limitações cabíveis para este capítulo, a ampliação da *articulação constitucional* para além do Judiciário será mais bem desenvolvida em trabalhos posteriores.

No que se refere às complicações metodológicas, a autora aponta que há preocupações sobre a possibilidade de manipulação no uso das fontes legais estrangeiras. Diante da maior dificuldade de detecção desses abusos, o uso do direito comparado estaria mais sujeito à seletividade injustificada das fontes, deliberada ou inadvertidamente, de forma a corroborar os posicionamentos adotados pelo juízo. Além disso, haveria o problema do acesso e entendimento satisfatório dessas fontes, seja em termos de tradução ou de compreensão dos institutos jurídicos envoltos nos contextos político, social, histórico e cultural estrangeiros (SAUNDERS, 2006, p. 67).

Verifica-se, portanto, que, embora a *articulação constitucional* seja um recurso interessante para a abordagem de problemas jurídicos dentro dos novos paradigmas do Direito Constitucional não “estatocêntrico”, ela impõe novos desafios. A utilização do Direito Constitucional Comparado, sem desconsideração das particularidades de cada regime, requer cuidado metodológico para que as constituições possam efetivamente funcionar como mediadoras entre a legitimidade local e a legitimidade internacional.

Saunders sugere que o rigor metodológico exigido depende da forma como o direito estrangeiro é usado na construção da decisão, de maneira que, quanto mais próximo ao seu *hard use*, maior seria o rigor necessário:

A metodologia continua sendo importante, mas suas exigências em cada caso dependem se a fonte estrangeira será diferenciada ou aplicada; se será usada construtivamente ou reflexivamente; se oferece uma visão filosófica ou doutrina legal; e se auxilia o tribunal a identificar o problema ou a encontrar a solução (SAUNDERS, 2006, p. 73, tradução nossa).

Assim, aplicando os termos apresentados por Jackson à solução proposta por Saunders, o recurso à articulação constitucional conforme a abordagem deliberativa exigiria um rigor metodológico menor do que seu uso na abordagem relacional. Ainda que em ambos os casos a metodologia da articulação seja importante, no segundo, as cortes seriam obrigadas a analisar as fontes estrangeiras, logo, o rigor deveria ser maior a fim de

evitar manipulações e possibilitar a compreensão dos institutos jurídicos, sob pena de prejudicar a legitimidade do seu uso⁵.

Outra conclusão apresentada pela autora é a necessidade de explicitar melhor os critérios utilizados para a seleção de uma fonte estrangeira. Saunders (2006, p. 74) observa que os tribunais demonstram facilidade para trabalhar com analogias e outras fontes legais nacionais, distinguindo quando sua aplicação é pertinente ao caso concreto. Todavia, ao trabalharem com fontes estrangeiras parecem menos confortáveis em realizar uma análise contextual profunda para esclarecer por que a aplicação de determinada fonte foi considerada pertinente ou não.

Desta forma, a articulação constitucional exige que o estudo do Direito Constitucional Comparado seja levado a sério. O maior rigor metodológico na seleção das fontes estrangeiras, levando em consideração os contextos institucionais e jurídicos do Estado de origem, possibilita que os critérios utilizados sejam passíveis de exame crítico e permite que sejam apontadas as inconsistências na sua aplicação. Assim, previnem-se os usos indevidos e garante-se uma medida mais completa dos benefícios da articulação.

6. Conclusões

Os processos de constitucionalização e fragmentação do Direito Internacional, bem como de globalização do Direito Constitucional, acarretaram o surgimento de demandas de âmbito transnacional, cujas causas e consequências não podem ser limitadas ao território dos Estados. Nesse processo, o constitucionalismo, originado no contexto dos Estados nacionais modernos, passou por uma mudança de paradigmas.

O constitucionalismo contemporâneo adquire novos significados com sua expansão para além do monopólio regulatório estatal e a participação

⁵ Acerca dos desafios impostos à *articulação constitucional* no constitucionalismo brasileiro, em especial no julgamento do HC 124.306/2016 que, com base no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, entendeu que a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher e não observa suficientemente o princípio da proporcionalidade, vide o capítulo desta obra: Qual o papel do Direito Constitucional Comparado no constitucionalismo brasileiro?, de autoria de Emilio Peluso Neder Meyer.

de atores não estatais, dificultando o estabelecimento de limites claros entre o que seria doméstico, estrangeiro ou internacional. Assim, defendeu-se neste trabalho que esses processos podem ser mais bem pensados a partir de perspectivas que incluem a transversalidade desse constitucionalismo entre diversos regimes jurídicos.

A partir de Marcelo Neves, compreendeu-se que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas a solução comum de problemas de caráter constitucional que se apresentam simultaneamente a diversas ordens, sem que exista primazia *a priori* de alguma delas. Nesse contexto, impõe-se a construção de pontos de transição entre as estruturas reflexivas das respectivas ordens, de modo que a articulação constitucional se apresenta como ferramenta de mediação entre ordens domésticas e entre elas e a ordem internacional, sem que isso implique numa completa desconsideração das particularidades constitucionais de cada regime.

O compromisso de deliberação judicial ampla proposto pela articulação constitucional, aberto às possibilidades de harmonia ou dissonância, funciona como instrumento de reflexão para a construção de decisões melhor informadas, desde que levado a sério. É fundamental garantir rigor metodológico na seleção das fontes estrangeiras ou internacionais articuladas nas decisões para que os critérios utilizados sejam passíveis de exame crítico e permita-se que eventuais inconsistências na sua aplicação sejam apontadas

Ademais, notadamente quando se fala em articulação constitucional entre ordens domésticas, os estudos do Direito Constitucional Comparado tornam-se ferramentas essenciais para a compreensão dos desenhos institucionais e jurídicos dos demais ordenamentos jurídicos. Assim, previnem-se os usos indevidos e garante-se uma medida mais completa dos benefícios da articulação constitucional.

7. Referências

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional*. Tese de Doutorado. Universidad Complutense De Madrid. Faculdade de Direito. Madri, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law*. Report of the Fifth-Eight Session, Genebra, 2006.

COX, Robert W. The Point is Not Just to Explain the World but to Change it. In: REUS-SMIT, Christian; SNIDAL, Duncan (Orgs.). *The Oxford Handbook of International Relations*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

FALK, Richard. Revisiting Westphalia, Discovering Post-Westphalia. *The Journal of Ethics*, n. 6, v. 4, 2002, p. 311-352.

FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter as Constitution of International Community. *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 529, 1998.

FRASER, Nancy. *Escalas de justiça*. Barcelona: Herder, 2012.

GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford University Press, 2010.

KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de l'Haye*. Tomo 14, 1926.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado, 6ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUMM, Mattias. The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 5, 2004, p. 907-931.

KUMM, Mattias. The Best of Times and the Worst of Times. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (eds.). *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010, p. 201-219.

- LOUGHLIN, Martin. What is Constitutionalisation? In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (eds.). *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 201, p. 47-69.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- OSIANDER, Andreas. Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth. *International Organization*, vol. 55, n. 2, 2001, p. 251-287.
- PATRUS, Rafael Dilly. *Articulação Constitucional e Justiça de Transição*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.
- PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, n 19, 2006, p. 579-610.
- PREUSS, Ulrich K. Disconnecting Constitutions from Statehood. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (eds.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010.
- REUS-SMIT, Christian. *The Moral Purpose of the State: Culture, Social Identity, and Institutional Rationality in International Relations*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- SASSEN, Saskia. *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- SAUNDERS, Cheryl. The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, n. 1, 2006, p. 37-76.
- SCHWOBEL, Christine E. J.. The Holy Trinity of International Legal Debate. *Leiden Journal of International Law*, n. 24, 2011, p. 1035-1056.
- SCHWOBEL, Christine E. J. The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers. *German Law Journal*, n. 13, v. 1, 2011, p. 1-22.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, 2003, p. 191-219.

TEUBNER, Günther. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory? In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 3-28.

TEUBNER, Günther. Fragmented Foundations: societal constitutionalism beyond the Nation State. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (eds.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 327-341.

TEUBNER, Günther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. New York: Oxford University Press, 2012.

TIRADO, Felipe Guimarães Assis. *Human Rights, Transitional Justice and Transnational Law: towards accountability for crimes against humanity in Brazil*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito e Ciências do Estado. Belo Horizonte: 2018.

TORELLY, Marcelo Dalmás. *Governança Transversal dos Direitos Fundamentais: experiências latino-americanas*. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília. Faculdade de Direito. Brasília: 2016.

TRIEPEL, Heinrich. Les rapports entre le droit interne et le droit international. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de l'Haye*, t. 1, 1923, p. 73-121.

WET, Erika de. The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order. *Leiden Journal of International Law*. v. 19, n. 3, 2006, p. 611-632.

Capítulo III

Da distopia à realidade: o avanço do autoritarismo e o necessário reforço da cultura democrática em perspectiva comparada

*Nathalia Brito de Carvalho*¹

1. Introdução

A última eleição presidencial nos Estados Unidos da América, que elegeu Donald Trump, foi responsável – dentre outros fatores – por renovar a popularidade de uma obra clássica do século XX, o romance distópico *Nineteen Eighty-Four*. Após uma semana da posse de Trump, ele foi o livro mais vendido na loja virtual *Amazon*. Uma das razões para tal acontecimento pode ter sido uma simples – e perturbadora – declaração dada por Kellyanne Conway, conselheira do presidente americano, logo após a posse presidencial de Trump. Em síntese, Conway contestou os dados de audiência fornecidos pela mídia acerca da cerimônia de posse esvaziada de público, alegando que o governo trabalhava com “fatos alternativos” (LIMA, 2017).

Refutar veementemente fatos concretos fez com que parte do público americano remetesse imediatamente à obra de George Orwell, na qual um “Ministério da Verdade” utiliza da manipulação dos fatos do passado para sua sustentação. Isto porque “quem controla o passado, controla o futuro; quem controla o presente, controla o passado” (ORWELL, 2009, p. 47).

¹ Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional no Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos. Advogada. Email: nathnbc@hotmail.com

Trata-se, assim, de uma clara sinalização do governo em direção à neutralização dos fatos que lhe são contrários. Tal busca por desconstruir acontecimentos trazidos pela oposição nos remete à tentativa de eliminação do dissenso, de modo que a crítica, vital para qualquer democracia, é atividade suspeita e deve ser perseguida e desacreditada (HILÁRIO, 2013, p. 210).

Nas últimas décadas, o mundo vem assistindo, mesmo nas democracias mais consolidadas, a um avanço do discurso e de práticas autoritárias. Na maioria dos países que se situam em tal avanço, os atores políticos recorrem a uma alternativa ao golpe militar padrão, utilizando-se dos poderes de emergência, emendas à constituição e substituição constitucional para se colocar contra os valores democráticos e asfixiar a própria democracia (GINSBURG e HUQ in SUNSTEIN, 2018, p. 78).

Analisar as democracias atuais a partir da perspectiva do avanço do autoritarismo – tanto no nível do discurso como das práticas políticas – em países de democracia recente e até mesmo em democracias consolidadas, como os Estados Unidos, nos possibilita traçar o problema do qual partimos para a construção do presente artigo: uma constituição democrática é instrumento capaz de conter ou *represar* as práticas autoritárias e, conseqüentemente, o retrocesso democrático? Ou o fascismo, sempre à espreita, encontra mecanismos para contornar esse “obstáculo”?

Mais precisamente, mesmo a constituição dos Estados Unidos, que passa por um momento de “deterioração” (BALKIN in SUNSTEIN, 2018), possui *tração* suficiente para “segurar” uma democracia? Curiosamente, tais atores políticos – geralmente conservadores de extrema-direita, mas existem os exemplos que se orientam à esquerda do espectro político – ascendem ao poder pela via democrática, seguindo os ritos presentes nas constituições desses países.

No presente estudo trabalharemos do seguinte modo: utilizando os exemplos da Hungria, Equador, Venezuela, Brasil e Estados Unidos, demonstramos que o autoritarismo vem se apropriando das democracias já há algum tempo. Assim, desconstruiremos a ideia, com exemplos, de que

as constituições são capazes de represar o autoritarismo – ou outra prática autoritária. Talvez a solução para tal problema não se encontre em medidas repressivas, de controle do discurso de ódio ou banimento de partidos de extrema-direita, os quais atacam direito de minorias e promovem ações xenófobas. A hipótese conclusiva se orienta no sentido da construção feita pelo herdeiro da Escola de Frankfurt, Jürgen Habermas, para quem a constituição é detentora de um poder aglutinante de grupos étnicos e culturais diversos. Nesse sentido, o único elemento capaz de barrar o autoritarismo é o desenvolvimento de uma cultura democrática e a criação de uma identidade constitucional forte (HABERMAS, 1998).

2. Das distopias e realidades contemporâneas

Tendo ganhando destaque principalmente na segunda metade do século XX e início do século XXI, a *distopia* é um gênero literário que, a partir da teoria crítica da sociedade, se configura como ferramenta de análise radical do mundo contemporâneo e, em última análise, como uma forma de resistência diante da (frequente) difícil experiência da realidade (HILÁRIO, 2013, p. 201). Também chamadas de utopias negativas, as distopias buscam chamar atenção para os acontecimentos da realidade que podem ameaçar a liberdade humana, problematizando ações do presente que podem gerar danos no futuro e “expressam o sentimento de impotência e desesperança do homem moderno assim como as utopias antigas expressavam o sentimento de autoconfiança e esperança do homem pós-medieval” (FROMM, 2009, p. 269). A sua correta interpretação é, muitas vezes, um “aviso de incêndio” para que um acontecimento que envolve relações sociais, subjetivas, de cultura e poder de determinada sociedade seja controlado (HILÁRIO, 2013, p. 202).

Ricas críticas sociais foram concebidas por meio de distopias que desconfiam do futuro. Em “Admirável Mundo Novo”, romance publicado em 1932, Aldous Huxley profecia os avanços da manipulação genética, narrando a história de uma sociedade futurista na qual, para manter a ordem,

os habitantes são submetidos a um condicionamento biológico para que vivam em harmonia num sistema de castas (HUXLEY, 2014). No romance “*Nineteen Eighty-Four*” (ou “1984”), publicado em 1949 e um dos mais influentes do século XX, George Orwell aborda de forma ficcional e com grande força estética o totalitarismo – uma das grandes mazelas contemporâneas – e faz um alerta: dentro de todo coração humano mora um fascista (ORWELL, 2009).

Obra mais recente, “O conto da Aia”, é um romance de Margaret Atwood de 1985, que conta a história de uma teocracia que chegou ao poder, suspendeu a constituição e retirou os direitos das mulheres, que se tornam propriedade do governo. A obra se baseia apenas em medidas repressivas da história humana que acabaram por resultar (na história) em um universo de reforço massivo de uma sociedade hierárquica patriarcal (ATWOOD, 2006), nos lembrando que rejeitar os sinais ou evidências do avanço do fascismo, numa atitude de autoengano, é sintoma que precede regimes totalitários ao longo da história do século XX.

É a partir dessas narrativas ficcionais – que então cumprem o seu dever e destino de ferramenta crítica radical da sociedade – que alguns autores têm escolhido analisar o avanço do autoritarismo nas sociedades contemporâneas democráticas. Por exemplo, a lucidez política com que George Orwell descreveu, em 1949, uma ficção de ameaça não tão distante é lembrada por Cass Sunstein na introdução de uma obra-chave para se analisar a conjuntura atual dos Estados Unidos: “*Can it happen here? Authoritarianism in America*” faz referência ao romance de Sinclair Lewis, “*It Can't Happen Here*”, e para descrever uma distopia de um governo autoritário que amplia as políticas de vigilância existentes, fazendo com que a detenção preventiva e a violência privada contra pessoas consideradas “desleais” ao governo se tornariam rotina; com parte da imprensa aderindo ao governo e a parte dissidente marginalizada pelo presidente Donald Trump. A abordagem distópica inicial é então ponto de partida para uma coletânea de críticas de vários pensadores acerca do cenário político atual dos Estados Unidos. (SUNSTEIN, 2018).

É ainda mais explícita e abrangente a crítica distópica feita por Tom Ginsburg e Aziz Huq no artigo intitulado “*How We Lost Constitutional Democracy*”, que conta como um populista eleito democraticamente aniquila a democracia de modo explícito, promovendo a perseguição à imprensa contrária ao governo, alterando o sistema eleitoral para permanecer no poder e promovendo uma aliança com o poder judiciário, objetivando uma interpretação da constituição mais favorável ao novo governo (GINSBURG e HUQ in SUNSTEIN, 2018, p. 75-87). Essa descrição assemelha-se a muitas realidades das ditas democracias atuais, como veremos adiante.

Nesse sentido, a narrativa distópica se configura como uma forma de *denúncia*, “uma imagem do futuro, surgida da compreensão profunda do presente” (HORKHEIMER, 1983, p. 139), por servir de alerta acerca dos diferentes modelos de governos centralizadores e induzir vigilância aos eventos do contexto social do presente (BENJAMIN, 2008, p. 13). Para Cass Sunstein, temos algumas razões para estarmos atentos às hipóteses catastróficas: primeiro, digamos que um conto acerca de uma realidade imaginável, elaborada a partir de algum traço do caráter nacional, nos informa os possíveis resultados se essa característica, de alguma forma, florescer no corpo social. A segunda razão é que devemos ficar atentos ao peso do acaso: um acontecimento aleatório (uma morte, um atentado) que envolva o meio político pode mudar o rumo da história (SUNSTEIN, 2018, p. 6).

Acrescentamos mais uma razão, bastante urgente, para abordar o assunto: em pleno século XXI, vários países do mundo (não só os EUA) já não estariam vivenciando um conjunto de circunstâncias muito próximas àquelas construções distópicas sobre o autoritarismo? Como exemplos, alguns fatos da realidade: políticas de vigilância em massa de atividades privadas de cidadãos; alterações substanciais de constituições com o fim de tornar o sistema eleitoral menos democrático por meio de uma retórica, por vezes convincente, de benefícios à democracia; lideranças políticas relevantes de países democráticos promovendo e corroborando manifestações de ódio e políticas excludentes contra minorias estigmatizadas. Várias democracias vêm passando por acontecimentos que vem

abalando o tecido social: além dos Estados Unidos, Hungria, Equador, Venezuela e Brasil passaram, nos últimos anos, a possuir realidades políticas um tanto quanto perturbadoras, como veremos a seguir.

2.1. Hungria, Equador, Venezuela e Brasil e os sinais de autoritarismo

Um breve relato sobre a situação política da Hungria pode exemplificar o início sutil e perigoso de um processo autoritário. Inicialmente de ideologia liberal, o partido *Fidesz* (União Cívica Húngara, fundado em 1988) obteve seguidos resultados negativos nas eleições legislativas de 1990 e 1994 e, sob a liderança de Viktor Orbán, passou a adotar um caráter conservador, nacionalista e populista. Anos mais tarde, tendo vencido as eleições parlamentares em 2010, o partido promoveu a expulsão do grupo opositor (socialistas) do poder, com maioria de dois terços do Parlamento, iniciou um processo de substituição da constituição, recusando deliberações e objeções feitas pela oposição. O novo texto desmantelava as instituições responsáveis pela fiscalização do governo e ampliava o tamanho da corte constitucional para propiciar o controle político da instituição (LANDAU, 2013, p. 208-211).

Viktor Orbán denomina a Hungria como uma “democracia não liberal” ou “democracia iliberal”, termo paradoxal explicado pela primeira vez por Fareed Zakaria, que alertou para uma tendência dos países onde eleições populares coexistiam com um despreço pelo Estado de Direito e pelo desrespeito às minorias (ZAKARIA, 1997, p. 22). Na Hungria, a qualidade do sistema é considerada democrática na medida em que promove eleições mais ou menos livres, respeita a diversidade de opinião na imprensa, existindo ainda liberdade de reunião; em contrapartida, os valores defendidos pelo regime não são liberais, passando pela defesa da possibilidade de revogação dos direitos fundamentais pelas majorias, daí a nomenclatura de democracia iliberal (MILANOVIC, 2018, p. 329).

Nesse contexto, pouco restou de uma Hungria que era considerada como um dos principais países democráticos da Europa oriental do momento

pós-socialismo. Hoje, os analistas políticos veem o país como uma democracia em declínio acentuado: nas eleições legislativas de 2014, o partido neofascista, antisemita e de perseguição aos ciganos, *Jobbik* (Movimento por uma Hungria Melhor), recebeu 20,7% dos votos dados à sua coalizão vitoriosa, também integrada pelo *Fidesz* e pelo *KDNP* (Partido Democrata Cristão) (ABREU, 2016, p. 101). Hoje, grande parte dos direitos humanos dos cidadãos húngaros não estão sendo garantidos pelas instituições constitucionais (Procuradoria e o Tribunal Constitucional), neutralizados durante o processo de reconstrução constitucional iliberal, mas sim pela União Europeia e pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) do Conselho da Europa: o número de processos iniciados por cidadãos húngaros no TEDH sofreu um aumento de 1.177% entre 2010 e 2016, indicando o acentuado declínio do Estado de Direito na Hungria (BOZÓKI e HEGEDUS, 2017, p. 105):

Fatos políticos de tendência autoritária também ocorreram no Equador e na Venezuela – apesar de serem, diferentemente da Hungria, conduzidos por expoentes da esquerda. Ao contrário da praxe política em um sistema democrático, ao assumir a presidência do Equador, em 2007, Rafael Corrêa não buscou apoio dos parlamentares, apenas pressionou o Congresso a aprovar uma proposta de referendo para uma Assembleia Constituinte. No entanto, o presidente desvirtuou os termos do documento para incluir provisões adicionais, como a dissolução imediata do Congresso, fato que culminou em uma crise política que originou o seu processo de *impeachment*. Mas Corrêa controlava o Supremo Tribunal Eleitoral, conseguindo remover do Congresso 57 dos seus opositores (LANDAU, 2013, p. 213-214).

O novo texto constitucional resultou em um regime autoritário com uma presidência muito mais forte, com três mandatos consecutivos, que perdurou até 2017. Apesar de garantir um importante espaço à participação política, com a Conselho de Participação Cidadã e Controle Social (DE CADEMARTORI, 2013, p. 220-239), a Constituição equatoriana de 2008 também apresenta mecanismos de concentração do poder nas mãos do chefe da Função Executiva, caracterizando uma situação de hiper-

presidencialismo no Equador (GARGARELLA, 2010). Em junho de 2018, foi expedida uma ordem de prisão contra Rafael Corrêa acusado de ser o mentor intelectual do sequestro de um deputado opositor chamado Fernando Balda. O crime ocorreu em 2012, quando Balda estava na Colômbia.

Um processo mais radical ocorreu na Venezuela. Hugo Chávez, tendo vencido a eleição presidencial de 1988, mas com dificuldades em cumprir a sua agenda, já que a oposição continuava controlando a maioria no Congresso Nacional, assim como os governos locais e maioria das instituições, propôs a substituição da Constituição existente por meio de um referendo. Obtendo o aval da Suprema Corte, Chávez elaborou um conjunto de regras eleitorais imensamente favoráveis a si mesmo: seu partido obteve 60% dos votos, mas assumiu 90% dos assentos na Assembleia. O presidente fechou as instituições ainda controladas pelo antigo sistema bipartidário, suspendeu o Congresso, retirou autoridades estatais e acabou fechando a própria Suprema Corte, que concordou com a proposta, observando que o povo tinha um “poder constituinte originário” que era “anterior e superior ao regime judicial estabelecido” (LANDAU, 2013, p. 215-216).

As consequências das manobras antidemocráticas são sentidas nos dias de hoje na Venezuela – um quadro de colapso econômico e institucional. A morte de Hugo Chávez, em 2013, levou à ascensão do vice Nicolas Maduro ao cargo da presidência, em caráter interino, que então convocou novas eleições. Em abril de 2013, Maduro foi eleito para um mandato de seis anos, não sem uma denúncia de fraude por parte de Henrique Capriles, candidato derrotado. No entanto, a eleição de 2018 foi amplamente permeada por denúncias de fraude, gerando um movimento por novas eleições e um não reconhecimento de Nicolas Maduro como presidente pela comunidade internacional, quadro que têm agravado a situação econômica da Venezuela (RUIC, 2019).

A realidade vai além do retrocesso autoritário das distopias, em que um líder expoente manipula o sistema e, por meio de um jogo político, uma retórica populista (seja de esquerda ou de direita) o torna

invariavelmente menos democrático – paralelo com a Hungria, Equador e Venezuela. Os casos do Brasil e dos Estados Unidos se assemelham ainda mais fortemente com os elementos fantásticos de uma narrativa distópica para além do retrocesso autoritário, posto que os líderes atuais tentam transformar um espaço público em um lugar ortodoxo, caracterizado pela normalização dos sujeitos e pela homogeneidade como modelo comportamental (PAVLOSKI, 2014).

Tal como em um mundo distópico os presidentes Jair Bolsonaro e Donald Trump geraram, por meio de *fake news* (divulgação de notícias falsas, geralmente no campo moral), a redução dos elementos de debate públicos nas campanhas políticas, abrindo campo para uma campanha privada e criando uma guerra eleitoral valorativa. Ambos promovem uma agenda de retrocesso em direitos, aprofundamento das medidas de austeridade e promessas de avanço na agenda neoliberal. Acrescente-se a esse contexto a promoção da discussão da chamada “ideologia de gênero” como causadora do mal social; as críticas ao movimento feminista e principalmente ao Movimento de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Pessoas Trans e Intersex (LGBTI); e as teorias esdrúxulas sobre o comunismo, é uma estratégia comum à eleição nos dois países (AVRITZER, 2018):

Acima de tudo, os proponentes anti-gênero mobilizam lógicas e imaginários simplistas e constituem inimigos voláteis - aqui as feministas, lá os gays, os artistas, os acadêmicos, os corpos trans - alimentam os pânicos morais que distraem as sociedades das questões estruturais que eles deve estar debatendo, como crescentes desigualdades de gênero, classe, raça e etnia. Embora usem argumentos teológicos, as campanhas anti-gênero falam a linguagem do Animal Planet. Seus representantes, de fato, aderem a Darwin quando dizem que a autonomia reprodutiva, as múltiplas formas de fluidez familiar e sexual não apenas contradizem a lei divina, mas também as leis da natureza (CORREA, 2017).

Todos os exemplos citados anteriormente refletem um declínio dos componentes essenciais da democracia, quais sejam: (I) a existência de eleições periódicas, que devem ser livres e justas; (II) alto grau de liberdade

de expressão e associação, para que aqueles que tenham visões alternativas possam desafiar as políticas governamentais, responsabilizar o governo e propor alternativas; e, (III) uma democracia não pode ser efetiva se o partido que está no poder tiver controle dos tribunais e do sistema burocrático: o Estado de Direito é essencial (LANDAU, 2013). Ainda, uma nova abordagem sociológica da democratização exige que “ao lado da construção de instituições democráticas (eleições livres, parlamento ativo, liberdade de imprensa etc.), a vigência da democracia implica a incorporação de valores democráticos nas práticas cotidianas” (AVRITZER, 1996, p. 143).

Um decaimento da qualidade democrática pode ser sentido na década passada, momento em que um número razoável de democracias, aparentemente estáveis, recuou de regimes democráticos, que pareciam fortes, para uma autocracia. De 1985 a 2004, 137 países invocaram procedimentos de estado de emergência pelo menos uma vez. Não é válida, portanto, a tese de que a democracia, uma vez alcançada em um Estado razoavelmente rico, se tornaria um elemento permanente. O que tem prevalecido nos países objeto de análise no presente tópico (Hungria, Equador, Venezuela e Brasil) é uma descida lenta e tortuosa – por vezes sutil – em direção à autocracia parcial, transformando sistema em um híbrido intermediário entre democracia plena e o total autoritarismo – vulnerabilidade evidenciada inclusive nos EUA (SUNSTEIN, 2018, p.79).

2.2 O exemplo estadunidense: *constitutional rot* e oligarquia

Hungria, Equador, Venezuela e Brasil têm uma tradição democrática frágil, com um passado recente de governos autoritários. Mas e o caso estadunidense? Existe uma forte razão pela qual esse cenário de crise democrática seria, inicialmente, considerado um exagero nos EUA: o país tem a mais antiga constituição democrática do mundo em vigor. Qualquer autocrata com o objetivo de se consolidar de forma permanente no poder teria como obstáculo, além do texto constitucional, a prática política, as

convenções estabelecidas pelas instituições federais e os tribunais, fortes e independentes. Nesse sentido, vale asseverar que, apesar de uma história de exclusão e submissão de minorias nos EUA, de violação de direitos humanos e civis durante as muitas crises, estaria ausente no país uma história de desgaste indiscriminado dos três principais pilares das instituições democráticas: as eleições, o Estado de Direito e as liberdades de expressão e associação (BALKIN in SUNSTEIN, 2018).

No entanto, as manifestações do atual presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, que profere impropérios contra as minorias, sexuais, negros e imigrantes, evidenciam um sinal de ascensão de um *discurso* fascista, apesar dos esforços do partido democrata em conservar a democracia. Citamos um exemplo: a contenda acerca a construção de um muro na fronteira entre os Estados Unidos e México, em que o presidente dos EUA declarou, para justificar a necessidade de construção do muro, que os imigrantes mexicanos seriam traficantes, criminosos e estupradores, afirmando ainda que o México pagaria pela obra. Ao lado desse fato, tendo a esfera pública sofrido uma transformação estrutural, alguns estudos chegam a atribuir a vitória de Donald Trump, eleito à presidência dos Estados Unidos da América em 2016, ao uso de notícias falsas (BRAGA, 2018, p.205) Ou seja, uma realidade um pouco distante do que se almeja em uma democracia.

Nesse sentido, em que pese o fato de que os EUA possuem uma tradição democrática diferenciada em relação a outros países do globo e que tenha sido criado um sistema “freios e contrapesos” eficiente, o fato é que, hodiernamente, nota-se uma dinâmica diferente de retrocesso democrático no mundo, muito menos raro do que o que se costuma acreditar. Dados do Segundo Relatório Anual Variedades Da Democracia (V-Dem), pesquisa elaborada por um grupo da Universidade de Gotemburgo, na Suécia, revela os EUA, antes o 7º país mais democrático no ranking geral de 2017, passou a ser uma “democracia liberal sob estresse” a partir de 2016, após Donald Trump ter sido eleito presidente, caindo para a 31ª posição. Os investigadores ressaltam que “os legisladores americanos

parecem incapazes ou não querem tomar ações formais para evitar atos do governo Trump” (COPPEDGE, 2018, p. 20-32).

O declínio da democracia americana é explorado por Jack Balkin em “*Constitutional Rot*”, título que referencia a decadência ou decaimento das características pelo qual vem passando o sistema constitucional estadunidense que, na visão do autor, passa a perder sua *qualidade* de república – mais precisamente, ele denomina esse processo como uma “podridão” constitucional. Balkin aduz que o sistema político americano tornou-se, com o tempo, menos democrático (menos responsivo à vontade popular), menos republicano (porque os representantes não estão dedicados ao interesse público, eles respondem a um pequeno grupo de indivíduos) e, então, mais oligárquico. Simplificadamente, o retrocesso democrático nos EUA é caracterizado por Balkin como semelhante a uma oligarquia, um regime político em que o poder é exercido por um pequeno grupo de pessoas (BALKIN in SUNSTEIN, 2018).

Mas quais seriam as origens da decomposição ou podridão constitucional? A oligarquia norte-americana seria proveniente de três fatores: do colapso gradual do sistema partidário; das mudanças do modo de financiamento das campanhas políticas e das mudanças na estrutura dos meios de comunicação de massa. Na visão do autor, os meios de comunicação, nos últimos anos, estimularam a desconfiança política, a polarização da sociedade e promoveram uma fusão de política com o entretenimento. Nesse sentido, nas origens da decomposição ou decaimento constitucional estariam quatro fenômenos, sendo que cada um deles provoca um agravamento dos outros três: (i) a polarização política; (ii) a perda de confiança no governo; (iii) o aumento da desigualdade econômica; e, (iv) os desastres políticos, que se constituem como as decisões fracassadas, como a Guerra do Vietnã, a Guerra do Iraque e a crise financeira de 2008 (BALKIN in SUNSTEIN, 2018).

Nesse contexto, o sistema norte-americano ainda é formalmente democrático, mas tem se tornado, na prática, mais oligárquico ao longo do tempo. Por exemplo, a legislação tributária foi moldada para que a maior

parte dos benefícios do crescimento econômico seja destinada aos americanos mais ricos, desviando dinheiro que poderia ter sido usado para serviços públicos. Sobre o papel de uma imprensa livre, Balkin aduz que o sistema americano de liberdade de imprensa foi seriamente enfraquecido em 2016, não por uma censura do Estado, mas pela manipulação e demagogia do presidente. Esse fato evidencia que há uma corrosão das instituições republicanas e um estímulo à decadência constitucional à medida em que são promovidas controvérsias que dividem o país e aumentam a desconfiança mútua e o ódio entre os cidadãos (BALKIN in SUNSTEIN, 2018).

Ocorre que um sistema político que se torna cada vez mais oligárquico se torna também cada vez mais desigual e polarizado, gerando desconfiança tanto dos governantes quanto da oposição. A discordância saudável de opiniões é característica de uma república. Porém, no sistema em que ocorre o decaimento constitucional, o país se torna bastante polarizado no nível das ideias (BALKIN in SUNSTEIN, 2018). Essa situação se aproxima do que Carl Schmitt entende como critério elementar do político, a distinção amigo-inimigo, em que o político se constitui como oposição de formas de vida, num sistema heterogêneo de contradição extrema e enfrentamento (LIMA, 2011) e “a oposição política é a oposição mais intensa e mais extrema e qualquer situação de oposição concreta é tão mais política quanto mais se aproxima do ponto extremo que é o agrupamento entre amigos e inimigos” (SCHMITT, 2002, p.30).

Como resultado, tem-se a perda de confiança no governo e no futuro político e um líder político que busca apoio se baseando em desejos e preconceitos populares ao invés de utilizar argumentos racionais. Nesse sentido, Balkin pondera que a ascensão de Donald Trump à presidência é um sintoma de disfunção constitucional, sendo que a polarização ajuda a mantê-lo no poder na medida em que promove a ligação entre eles e os seus seguidores. Ainda, Trump mantém os cidadãos em um estado de agitação emocional, exacerbando a polarização ao fomentar a indignação e a divisão interna (BALKIN in SUNSTEIN, 2018).

Mas, qual é o sentido da afirmação de que, em determinados aspectos, os Estados Unidos são comandados por uma oligarquia? Essa abordagem se explica a partir de uma comparação entre a posição de Donald Trump antes e depois das eleições: se, antes de governar, Trump prometia proteger a classe trabalhadora, depois de eleito passou a governar com as altas classes sociais, se aliando à ala mais conservadora do Partido Republicano. Isso acontece porque o Partido Republicano depende de doadores para permanecer no poder, então o objetivo central da sua agenda é entregar benefícios à classe doadora, cortando impostos e desregulamentando a economia. Assim, os projetos de lei de sobre saúde propostos pelos republicanos têm sido uma farsa, pois retiram importantes benefícios e proteções dos americanos da classe trabalhadora para beneficiar os mais ricos, que moldam a agenda política do partido e querem cortes de impostos, então um sistema claramente dominado pela oligarquia(BALKIN in SUNSTEIN, 2018).

3. Uma constituição democrática é capaz de repressar o autoritarismo?

Uma pergunta faz-se necessária: quais são as características gerais de retrocesso da democracia em pleno século XXI? Sobre o aspecto de retrocesso democrático três fatores se constituem como padrões dos países que possuem uma democracia em decadência. Primeiro, os líderes autoritários apelam para a construção de uma narrativa pública que seja capaz de enfraquecer as vozes dissidentes, acusando opositores de corroborar com o crime e contribuir para a crise financeira que se instalou nesses países. Descrevem os defensores das instituições democráticas como representantes de uma elite isolada, desinteressada dos anseios populares e, em contraste, se apresentam como aqueles capazes de incorporar a voz única e autêntica do povo. Nesse sentido, é fundamental pra qualquer autocrata controlar a narrativa pública (GINSBURG e HUQ in SUNSTEIN, 2018, p. 81).

Segundo, também é característica do retrocesso democrático a tentativa de dissolver a pluralidade de instituições nacionais, atacando aquelas

que são encarregadas de manter o Estado de Direito. A Hungria e a Polônia podem ser enquadradas no mesmo exemplo de interferência no judiciário, no sistema de controle do governo e na imprensa, que são utilizados para abafar as opiniões que divergem dos atos do governo. Na Hungria, o governo *Fidesz*, dentre outras medidas, ao conquistar dois terços dos assentos parlamentares em 2014, se consolidou como maioria e conseguiu alterar a composição do Tribunal Constitucional utilizando de emendas constitucionais (GINSBURG e HUQ in SUNSTEIN, 2018, p 81 e ss).

Na Polônia, o Partido Polonês da Lei e da Justiça, eleito em outubro de 2015, iniciou seu mandato selecionando cinco novos juizes para o Tribunal Constitucional, ao mesmo tempo em que se recusou a prestar juramento a três outros juizes que haviam sido devidamente indicados pelo governo anterior. Pouco tempo depois, como medida adicional ao bloqueio das instituições, o parlamento controlado pelo partido promulgou uma emenda à Lei do Tribunal Constitucional exigindo uma maioria de dois terços no tribunal para que suas decisões fossem vinculantes (GINSBURG e HUQ in SUNSTEIN, 2018, p. 81 e ss). Terceiro, e por fim, a competição política é estancada, por exemplo, modificando as regras básicas das eleições a fim de bloquear permanentemente as maiorias, como ocorreu na Venezuela (BALKIN in SUNSTEIN, 2018).

Importante notar que uma marca registrada desses exemplos de retrocesso democrático é que muitas das conquistas do poder são legais em si mesmas, pois a lei é utilizada para minar a legalidade e o Estado de Direito de maneira mais geral. O efeito cumulativo de muitos pequenos passos de enfraquecimento é dismantelar a possibilidade de competição democrática, no entanto, garantindo uma *fachada* de democracia. A ideia de decadência democrática parte de dois pilares: a expressão de qualidade democrática pode ser avaliada em relação ao grau em que os atores políticos competem em igualdade de condições no processo eleitoral; além da extensão em que os direitos dos indivíduos e grupos minoritários são protegidos (LANDAU, 2013). A característica essencial dessa nova conformação institucional é a permanência de uma fachada democrática,

onde os novos regimes têm eleições e não são totalmente autoritários, mas onde o sistema se tornou significativamente menos democrático do que poderia ser considerado anteriormente (LANDAU, 2013).

Uma primeira abordagem sugere que o constitucionalismo pode caminhar na direção da solidificação de regimes autoritários ou híbridos, apoiados em constituições que possuem características estruturais democráticas, mas utilizam de medidas informais que tornam o sistema menos democrático. Nesse sentido, David Landau aponta para a evidência de que o constitucionalismo é, muitas vezes, parte fundamental desse projeto, sendo um erro ignorar a importância das regras constitucionais formais para regimes híbridos. Mudar a constituição é estratégia para permanecer no poder, sendo mais perigoso do que a emenda constitucional por permitir o “entrincheiramento” no poder por longos períodos de tempo e promover a substituição de uma ordem democrática por outra antidemocrática (LANDAU, 2013).

O autor aponta as razões pelas quais pondera ser o constitucionalismo abusivo particularmente perigoso, não o considerando um modo de atuação própria do constitucionalismo: (I) a prática do constitucionalismo abusivo enfraquece o grau de democracia por permitir a construção de um “jogo desigual”, no qual os titulares desfrutariam de grande vantagem eleitoral sobre seus oponentes; (II) as mudanças constitucionais abusivas são erroneamente associadas com um tipo de vontade duradoura da população, ocorrendo no momento em que os governantes aproveitam “surtos” de popularidade ou recorrem à manipulação da lei eleitoral e outros mecanismo para inflar o seu apoio (LANDAU, 2013).

Voltemos, então, ao contexto estadunidense. É por causa do *design* da Constituição dos Estados Unidos de 1787 que a democracia tem prosperado por duzentos anos nesse país? Para Tom Ginsburg e Aziz Huq, a Constituição dos EUA é eficiente para detectar golpes de estado ou o posicionamento antidemocrático dos poderes de emergência, no entanto não é adequada para retardar a lenta decadência da democracia (GINSBURG e HUQ in SUNSTEIN, 2018, p. 81 e ss). Isso porque se trata de um fenômeno

concreto, que se manifesta contra as próprias regras estabelecidas pela constituição, o que Oscar Vilhena denomina como erosão constitucional, com uma “paulatina erosão dos procedimentos e direitos associados a uma democracia constitucional até que ela se veja completamente desconfigurada”, alterando, por fim, a identidade do pacto constitucional (VILHENA, 2018, p. 29).

No caso estadunidense, apesar de o processo de emenda constitucional representar um obstáculo para que um presidente acumule mais poder formal, os outros controles institucionais sobre o poder político nacional baseiam-se em pressupostos teóricos que se mostraram, na prática, muito frágeis. James Madison achava que as “ambições” divergentes dos poderes legislativo e executivo levariam essas instituições a se equilibrarem mutuamente, só que ele não conseguiu antecipar a ascensão de um sistema político bipartidário em nível nacional. Os congressistas de hoje podem ter poucas razões para investigar ou frear um presidente do seu próprio partido. Por exemplo, os republicanos não estão com pressa para investigar as transações financeiras do presidente Trump (BALKIN in SUNSTEIN, 2018).

Ainda, os autores lembram que os tribunais federais são fundamentais para defender o estado de direito e a democracia, no entanto há uma crescente aceitação na jurisprudência americana de “deferência” aos ramos políticos. Essa ideologia, quando combinada com nomeações partidárias, representa um risco. Donald Trump se encontra em condição de preencher 112 vagas judiciais federais, o que poderia corroer a confiança pública na capacidade dos juízes de resistir às pressões do governo e levar ao retrocesso democrático. Isso ocorre de modo diferente em outras nações, que colocam as nomeações judiciais fora do controle político, o que reduz a facilidade de manipulação política dos tribunais (BALKIN in SUNSTEIN, 2018).

Trazemos aqui algumas experiências internacionais que, se preocupando com o avanço do autoritarismo nas democracias, tentaram (sem êxito) solucionar a questão.

Tendo como origem a experiência histórica traumática da ascensão do totalitarismo ao poder no início do século XX, especialmente a ascensão de Hitler por vias democráticas, derrubando a democracia alemã “por dentro” (MONTEIRO, 2015, p. 13), uma das primeiras tentativas de contenção do autoritarismo nas democracias foi a denominada “democracia militante”, regime que se protege ativamente contra grupos intolerantes ou autoritários que tentem usurpar o poder, autorizando o banimento de partidos e associações políticas com ideais não democráticos (LOEWENSTEIN, 1937, p. 417-432). Ou seja, é a concepção de que os estados podem erradicar ameaças apresentadas por grupos não democráticos ou antidemocráticos que pretendem, por meio da democracia, alcançar objetivos antidemocráticos (MONTEIRO, 2015, p. 16-17).

A maioria dos estudos recentes tem se concentrado na proibição de partidos ou na capacidade dos tribunais dissolverem os partidos que são considerados antidemocráticos. Por exemplo, a Constituição da Alemanha confere à Corte Constitucional o poder de proibir os partidos que por seus objetivos ou comportamento dos partidários representem um risco à ordem democrática ou ponha em risco a existência da República. Uma alternativa adotada pela Índia é a restrição do discurso em épocas eleitorais, proibindo qualquer abordagem contra ou à favor de um candidato em decorrência “da sua religião, raça, casta, comunidade ou idioma” e ainda a proibição de uso ou apelo a símbolos religiosos (ISSACHAROFF, 2007, p. 1.424) .

David Landau pondera que existem razões pelas quais essas disposições são úteis contra ameaças autoritárias tradicionais, mas não tem grande efetividade nas ameaças às democracias as quais o presente artigo trata. Para Landau existiria uma dificuldade de identificar ameaças autoritárias que surgem nas democracias por suas plataformas políticas ambíguas, do que decorrem dois problemas: (i) dificuldade de sua identificação por meio de ferramentas políticas padrão; (ii) como suas plataformas não abertamente totalitárias ou autoritárias, não é razoável bani-los da esfera política. Atualmente esse tipo de movimentos são raros, pois contraditoriamente tais partidos defendem um compromisso retórico

com a democracia, não a rejeitando por completo. Nesse sentido, tais projetos não ameaçam derrubar a democracia, mas dobrá-la aos próprios interesses, dominando o espaço político de um país e usando esse espaço para se “entrincheirar” no poder (LANDAU, 2013).

Outra questão merece atenção. Enquanto os partidos declaradamente antidemocráticos são movimentos marginais inicialmente pequenos, os movimentos políticos do constitucionalismo abusivo são impulsionados por agrupamentos majoritários, de substancial apoio popular. Desse modo, as tentativas de banir tais partidos podem ser em si mesmas, uma causa de *desestabilização* da ordem democrática (LANDAU, 2013, p. 217 e ss).

A Turquia é um bom exemplo de ambos os problemas. A partir de 1998, a Suprema Corte banuiu movimentos políticos significativos, de amplo apoio popular, apenas justificando que sua orientação islâmica era contrária aos valores seculares da Turquia. Por exemplo, a coalizão majoritária formada entre o “Welfare Party” e o “True Path Party” (partido secularista de centro-direita) elegeu, em 1995, Necmettin Erbakan como primeiro-ministro. O governo de coalizão de Erbakan foi forçado a deixar o poder pelos militares turcos em 1997, por suspeita de ter uma agenda islâmica e em 1998, o “Welfare Party” foi banido da política pelo Tribunal Constitucional da Turquia por violar a separação de religião e estado como mandatário da constituição, proibição que foi confirmada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos em 2003 (LANDAU, 2013, p. 221).

A posição do Tribunal Europeu, que sustentou que não se pode exigir que o estado não intervenha até que sejam tomadas medidas concretas para implementar uma política incompatível com a democracia, se confirmou como um uso problemático da democracia militante. Em resumo, o Tribunal enfatizou que o partido provavelmente teria um apoio majoritário num futuro próximo, podendo implementar um programa antidemocrático (o que fortalecia o argumento da proibição), no entanto, não discutiu quais seriam as *consequências* da proibição de um partido muito popular. Além disso, considerou que orientação religiosa e a adesão às variantes da lei xaria (lei religiosa islâmica fundada no Alcorão) tornava

o partido incompatível com a democracia, porém, não restava claro se a plataforma do “Welfare Party” era realmente antidemocrática, visto que a concessão de tribunais de status religioso separados em certas áreas é usada em muitas democracias, incluindo Israel, (LANDAU, 2013, p. 220 e ss.) criando tensões com valores democráticos, mas não necessariamente tornando o sistema incompatível com a democracia (BARAK-EREZ, 2008).

Em vez de desaparecer, elementos do “Welfare Party” formaram um partido sucessor, o “Virtue Party”, que insistiu em uma agenda islâmica, banido em 1999. Seus elementos formaram o “Justice and Development Party” que tem controlado a política turca com uma maioria absoluta do Parlamento desde as eleições gerais de 2002. Apesar de ter havido uma moderação das propostas do Partido nas sucessões, David Landau pondera que os interesses centrais representados pelo partido sobreviveram e ele tomou o poder dentro de um período de tempo bastante curto (LANDAU, 2013, p. 223 e ss.)

Em sentido contrário, Samuel Issacharoff argumenta que a expulsão do partido do jogo democrático tem efeito na medida em que os novos partidos se moderaram um pouco em relação aos seus programas anteriores (ISSACHAROFF, 2007), e pondera que a premissa fundamental da democracia é a “renovabilidade do consentimento”. Ou seja, a democracia é a “habilidade de maiorias serem formadas e reformadas ao longo do tempo e de removerem do poder aqueles que estão no governo”. Nesse sentido, todos os partidos estariam obrigados a permitir que os erros porventura cometidos possam ser consertados de forma pacífica. Então, o banimento dos partidos que uma vez investidos de poder se negassem a deixa-lo por meio democrático resultaria em uma legítima revolução para a população reaver o poder. (ISSACHAROFF, 2007, p. 1464 e ss).

4. Conclusões

Muitos autores concluem que não há nada excepcional em uma constituição que seja capaz de repressar o autoritarismo. Desde o fracasso da

República de Weimar, que possuía uma legislação repressiva anti-extremismo, mas não foi capaz de resistir ao Partido Nazista (MONTEIRO, p. 90 e ss.), passando também pelos Estados Unidos, uma das mais sólidas democracias do mundo, mas onde o presidente Donald Trump foi recentemente acusado de violar a constituição ao declarar emergência nacional contra uma proibição expressa do Congresso (MARTINS, 2019), uma democracia em processo de degradação (BALKIN in SUNSTEIN, 2018). Até mesmo o chamado Novo Constitucionalismo Latino-Americano vem acumulando problemas, apesar de ter se distanciado das constituições anteriores e ter como marca uma participação popular durante o processo de elaboração das constituições, resultando, entre outros aspectos, em extensas cartas de direitos e garantias, com a integração de grupos historicamente marginalizado, além da rigidez e forte normatividade constitucional – não obstante, não tendo impedido a degradação da democracia na região nos últimos anos (SANTOS, 2009; GARAVITO, 2011; FRANCO, 2011; GARGARELLA, 2010).

O exemplo da atual da política estadunidense revela que a qualidade da democracia não está amarrada, simplificada, à Constituição. Tom Ginsburg e Aziz Huq concluem que não há nada excepcional na Constituição americana que evite uma derrocada lenta da democracia. Ao contrário, o grau em que as normas e práticas democráticas serão praticadas ou não depende, fundamentalmente, das disputas de significado constitucional que ocorrem nas ruas, nos bastidores do legislativo e executivo, e das decisões políticas majoritárias (GINSBURG e HUQ in SUNSTEIN, 2018, p 81 e ss). Nesse sentido,

As constituições, mais do que um conjunto de normas superiores, são dispositivos que aspiram habilitar a democracia, regular o exercício do poder e estabelecer parâmetros de justiça que devem pautar a relação entre as pessoas e entre os cidadãos e o Estado. Nesse sentido, são mecanismos pelos quais nos comprometemos a enfrentar nossos problemas e coordenar nossos conflitos de forma pacífica e democrática (VILHENA, 2018, p. 5-6).

Os autores pontuam que a qualidade da democracia norte-americana é totalmente contingente na medida em que está relacionada: aos

tribunais, com a configuração de forças no Congresso e com a disposição do público de exercer um julgamento independente em um ambiente de mídia manipuladora (GINSBURG e HUQ in SUNSTEIN, 2018, p 81 e ss).

Essa conclusão vai ao encontro do que Capoccia utiliza para explicar como, por exemplo, a repressão a partidos antidemocráticos não funcionou na Alemanha hitlerista, mas parece ter funcionado na Bélgica, Tchecoslováquia e Finlândia. Nas três democracias buscou-se neutralizar os partidos extremistas com medidas repressivas, reforçando a legislação anti-extremismo e restrição a liberdade de expressão. Mas o que chama a atenção foram as chamadas medidas *inclusivas*, lidando com propostas antidemocráticas sem necessariamente excluí-los da arena política ou limitarem as liberdades civis. Por exemplo, acerca do Rex, um partido conservador de cunho fascista na Bélgica, o governo belga “decidiu reagir sem hesitação contra a propaganda cada vez mais agressiva da Rex, com o primeiro-ministro assumindo um papel ativo. Um programa de reuniões públicas e discursos do Primeiro Ministro e vários ministros e líderes democráticos foi planejado, no qual eles advertiram a população, e em particular o eleitorado católico, sobre o perigo representado por Rex” (CAPOCCIA, 2004, p. 98). Tais medidas podem variar desde a adesão à algumas reivindicações extremistas até – o nosso principal argumento – no combate ao discurso de ódio e estigmatização de minorias por meio do debate na arena política (MONTEIRO, 2015).

Essa ideia se coaduna com a metáfora de Stuart Mill acerca do “mercado de ideias”, onde por meio da socialização de informações, inclusive daquelas que são falsas, se estimula a capacidade de socializar e de aprender e propicia a escolha do que é verdadeiro (MILL, 2006). No mesmo sentido, o governo da Bélgica, que em uma tentativa de alertar os cidadãos sobre os perigos do extremismo e a ameaça de se findar a democracia, proporciona os chamados “appeals to the public”, que são discursos públicos, reuniões e conferências realizados pelos líderes políticos destinados ao diálogo (CAPOCCIA, 2004, p. 98).

Então, como é possível resgatar um projeto democrático social presente nas constituições? É essencial o fortalecimento dos valores

democráticos como meio de revigorar a democracia, próximo ao que o filósofo alemão Jürgen Habermas – em uma valiosa contribuição sobre identidades coletivas –, pontua como uma necessidade de se desenvolver uma identidade constitucional forte por meio de um “patriotismo constitucional”. Em suma, um patriotismo não ancorado em pertencimento linguístico, histórico e étnico, diferentemente do que propõe Dieter Grimm, mas político, fundado na Constituição, como propõe Habermas. Nesse sentido, não se busca mais o fortalecimento de uma democracia liberal, mas o reforço de uma cultura democrática, calcada em uma cultura política liberal razoável. (HABERMAS, 1998).

5. Referências

- ABREU, Jonas Modesto; ALLEGRETTI, Giovanni. Comportamento político violento e avanço global da direita: uma análise do caso brasileiro. *Crítica e Sociedade: Revista de Cultura Política*, v. 6, n. 2, p. 88-121, 2016. Disponível em: https://eg.uc.pt/bitstream/10316/42259/1/Comportamento%20pol%C3%ADtico%20violento%20e%20avan%C3%A7o%20global%20da%20direita_uma%20an%C3%A1lise%20do%20caso%20brasileiro.pdf. Acesso em 26 de mar de 2019.
- ATWOOD, Margaret. *O conto da aia*. São Paulo:Rocco, 2006.
- AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia*: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática. Belo Horizonte: UFMG, 1996.
- AVRITZER, Leonardo. Fake News legitimadas por grupos de família e igreja explicam eleição de 2018. *O Globo*, 7 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://blogs.oglobo.com/ciencia-matematica/post/fake-news-legitimadas-por-grupos-de-familia-e-igreja-explicam-eleicao-de-2018.html>. Acesso em 20 de mar de 2019.
- BALKIN, Jack. Constitutional Rot. In SUNSTEIN, Cass. *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: Harper Collings Publisher, 2018.
- BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. Lisboa: Assírio & Alvim, 2008.
- BOZÓKI, András; HEGEDUS, Dániel. Um regime híbrido com limitações externas: A Hungria na União Europeia. *Relações Internacionais* (R: I), n. 55, p. 99-114, 2017.

- CAPOCCIA, Giovanni. Defence of democracy against the extreme right in inter-war Europe: a past still present? In: EATELL, Roger. MUDDE, Cas (eds). *Western Democracies and the New Extreme Right Challenge*. Oxon: Routledge, 2004, p. 83-107.
- CORREA, Sonia. Gender Ideology: tracking its origins and meanings in current gender politics. *The London School of Economics and Political Science-Engenderings Blog*, dezembro de, 2017. <https://blogs.lse.ac.uk/gender/2017/12/11/gender-ideology-tracking-its-origins-and-meanings-in-current-gender-politics/>. Acesso em 19 de mar 2019.
- DIAMOND, Larry. Facing Up to the Democratic Recession. *Journal of Democracy*, vol. 26, n. 1, jan. 2015, p. 141-155.
- DRESDEN, Jennifer. HOWARD, Marc. Authoritarian Backsliding and the Concentration of Political Power. *Democratization*, 2015, p. 1-26.
- FROMM, Erich. Posfácio (1961). In: ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- GARGARELLA, Roberto. *200 años de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *Identidades nacionales y postnacionales*. Madrid: Tecnos, 1998.
- HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W.; HABERMAS, Jürgen. *Textos escolhidos*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2014.
- ISSACHAROFF, Samuel. Fragile Democracies. *Harvard Law Review*, 120, n. 6 2007, p 1407-1466.
- LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *47 U.C.D. L.Rev.*, 189, 260 (2013)
- LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. *How Democracies Die*. New York: Crown, 2018.
- LIMA, Juliana Domingos de. Por que o livro '1984' está de volta. E o que isso diz sobre o presente. *Nexo*, Disponível em: [https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/01/29/Por-que-o-livro-%E2%80%998198-4%E2%80%99-est%C3%A1-de-volta.-E-o-que-isso-diz-sobre-o-presente](https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/01/29/Por-que-o-livro-%E2%80%998198-4%E2%80%99-est%C3%A1-de-volta.-E-o-que-isso-diz-sobre-o-presente.). 2017. Acesso em Acesso em 26 de mar de 2019.

- LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights. *The American Political Science Review*, 31, n. 3 (1937), p. 417-432.
- MILANOVIC 2008. Cleptocracias Multipartidárias. Tradução de Carlos Luiz Strapazzon. *EJLL* v. 19, n. 2, 2018. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/18890/pdf>. Acesso em 26 de mar de 2019.
- MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Lisboa: Edições70, 2006.
- MONTEIRO, Alessandra Pearce de Carvalho. *Democracia militante na atualidade*. 2015. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/30098/2/Democracia%20militante%20na%20atualidade.pdf>. Acesso em 30 de nov de 2018.
- ORWELL, George. *1984*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009
- PAVLOSKI, Evanir. A reconstrução ficcional da história em 1984 de George Orwell. *Revista de Letras*, v. 15, n. 17, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/HP/Downloads/2381-7106-2-PB.pdf>. Acesso em 26 de mar de 2019.
- SCHMITT, Carl. *O conceito do político: Teoria do Partisan*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SUNSTEIN, Cass R. (ed.). *Can it Happen Here? Authoritarianism in America*. New York: Harper Collings Publisher, 2018..
- ZAKARIA, Fareed. The rise of illiberal democracy. *Foreign Aff.*, v. 76, 1997.

Capítulo IV

A terceira via entre cortes e parlamentos: a desvinculação do controle de constitucionalidade da supremacia judicial no Canadá, na Nova Zelândia e no Reino Unido ¹

Lucas Azevedo Paulino ²

1. Introdução

O tema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional em um regime democrático e, como consequência, o debate a respeito de quem deve ser a autoridade responsável pela “última palavra” sobre a interpretação da constituição, e como esse poder deve ser exercido, encontra-se em permanente debate na teoria e na filosofia constitucional e democrática de países sob a égide do paradigma da “supremacia da constituição” como o Brasil. Os países que adotam uma corte constitucional ou o poder judiciário como órgão de revisão da (in)validade de atos normativos do poder executivo e, sobretudo, do poder legislativo, tendo por parâmetro a compatibilidade deles com a constituição, enfrentam constantes questionamentos sobre qual deve ser o *locus* central do

¹ Esse artigo é uma reprodução, com adaptações, das reflexões presentes no capítulo 4 da dissertação de mestrado do autor: PAULINO, Lucas Azevedo. *Jurisdição Constitucional sem Supremacia Judicial: a reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática* Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. UFMG: Belo Horizonte, 2016.

² Lucas Azevedo Paulino é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2012). Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático (2013). Mestre (2016) e Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (desde 2017). *Visiting Scholar* na Universidade de Harvard (2018).

constitucionalismo em um ordenamento constitucional – tribunais ou parlamentos – produzindo frutíferas digressões acerca do assunto.

A teoria constitucional e a democrática se veem diante do desafio sobre “quem” deve ser a autoridade responsável pela decisão final sobre a interpretação da constituição e dos direitos fundamentais em uma democracia constitucional: cortes ou parlamentos? Qual seria a autoridade democraticamente mais legítima ou racionalmente mais adequada para exercer a função hermenêutica e institucional de resguardar e de promover direitos em um regime democrático? O pano de fundo dessas indagações decorre do dilema do constitucionalismo ou no paradoxo da democracia: como conciliar o exercício legítimo e democrático do poder com a proteção efetiva de direitos.

Essa controvérsia da teoria e da prática democrática e constitucional oferece duas respostas tradicionais para essas questões: o constitucionalismo jurídico (concepção constitucional de democracia) e o constitucionalismo político (concepção majoritária de democracia).

De um lado, o constitucionalismo jurídico responde esse dilema com uma inclinação pelas cortes constitucionais, pela necessidade de se proteger direitos fundamentais contra possíveis excessos das maiorias legislativas. A jurisdição constitucional exerceria um papel contramajoritário para salvaguardar as condições substantivas da democracia contra a tirania da maioria. Para esse ideal, a corte – por ser um órgão imparcial, neutro, isolado da política – teria mais condições para garantir as liberdades individuais e os direitos políticos, já que decidiria com base no direito, em princípios e em argumentos corretos, o que pode não acontecer no processo majoritário. Tem-se o temor que maiorias ocasionais possam negar direitos de minorias e que a democracia se degenere e se repita as tragédias de regimes autoritários e totalitários. Sendo assim, direitos devem ser entrincheirados contra mudanças legislativas por uma constituição hierarquicamente superior e zelados pela jurisdição constitucional. O constitucionalismo jurídico – ou a concepção constitucional de democracia (DWORKIN, 2014, 2006) – não se satisfaz apenas com a regra

majoritária, mas exige o respeito aos direitos fundamentais que seriam as condições de filiação moral na comunidade política. Se uma corte constitucional desempenhar bem seu papel na proteção de direitos, produzindo resultados mais adequados que o processo político, ela pode contribuir para o aumento da legitimidade geral da comunidade política.

Não obstante, essa concepção defronta-se com uma elevada objeção de índole democrática, por apresentar a denominada por Alexandre Bickel (1986) “dificuldade contramajoritária”, o fato de juízes não eleitos invalidarem decisões tomadas por parlamentares eleitos. Em uma sociedade democrática plural, na qual seus membros discordam razoavelmente e de boa-fé sobre o conteúdo dos direitos, por que a palavra final sobre eles seria atribuída a juízes não eleitos? Não seria mais legítimo e adequado prestigiar a igualdade política dos cidadãos, representada pelos parlamentares eleitos pelo voto popular, e atribuir a um procedimento neutro a tomada de decisão? O constitucionalismo político (BELLAMY, 2007; WALDRON, 1999) questiona a legitimidade democrática da atuação judicial e até mesmo se cortes apresentam realmente uma qualidade deliberativa superior que parlamentos para resguardar direitos. Além disso, defendem o valor moral da decisão tomada na política pelos representantes eleitos do povo, em igualdade política, bem como o valor da deliberação, da negociação e dos acordos produzidos politicamente como mecanismos de reconhecimento mútuo entre os cidadãos. O processo legislativo seria moralmente mais valioso, para essa concepção, por assegurar o direito à participação e o de voz aos membros da sociedade democrática. Para essa vertente, por conseguinte, a política praticada nos parlamentos é tida como mais confiável para resguardar e promover os valores constitucionais.

O constitucionalismo jurídico, em regra, pressupõe: (I) a supremacia de um documento constitucional; (II) direitos fundamentais com *status* jurídico constitucional, isto é, mais elevado que a legislação ordinária, com a finalidade de impor limites ao poder estatal; (III) poder judicial, exercido por juízes e cortes, para invalidar ou não aplicar leis incompatíveis com

esses direitos, de modo a salvaguardá-los, impedindo que sejam revistos pelo procedimento majoritário no legislativo. A decorrência lógica desse modelo é a supremacia da autoridade da corte em dar a palavra derradeira sobre a validade de uma norma e o significado da Constituição.

O constitucionalismo político, ao contrário, presume: (I) a legitimidade do exercício do poder, pelo autogoverno dos cidadãos por intermédio de representantes eleitos e responsabilizáveis (*accountability*), em respeito à igualdade política; (II) os direitos e as liberdades são definidos politicamente pelas instituições legislativas, que podem emendar ou revogar por maioria simples qualquer lei; (III) o não entrincheiramento de direitos contra a decisão da maioria; (IV) a não sujeição da decisão legislativa à revisão judicial. A supremacia legislativa é o corolário desse paradigma (GARDBAUM, 2010, p. 172).

Os defensores do constitucionalismo jurídico concebem as constituições como definidoras dos direitos e das liberdades, que seriam as condições da democracia, e a jurisdição constitucional, por ser composta por juízes independentes do jogo político e treinados na linguagem de direitos, como mais confiável para resguardar tais direitos, na medida em que ofereça resultados fundamentados em princípios, razões públicas e argumentos corretos. O *judicial review* se legitimaria instrumentalmente: pelo resultado que proporciona. Os entusiastas do constitucionalismo político desafiam essa concepção, tendo em vista que, em primeiro lugar, em uma sociedade democrática existe um desacordo razoável sobre o conteúdo das respostas corretas. Em segundo lugar, o parlamento seria intrinsecamente mais legítimo, por ter como alicerce a igualdade política entre os cidadãos. Em terceiro, poderia ser mais efetivo em dar uma resposta melhor, na medida em que pode enfrentar todas as questões morais, políticas e técnicas sobre um determinado assunto, além de, por ser mais representativo, poder captar a diversidade e multiplicidade de opiniões a respeito de um tema.

Convém ressaltar que essa divisão entre constitucionalismo jurídico e político não é apenas teórica e filosófica, mas principalmente prática e

histórica. A ideia de supremacia legislativa prevaleceu nas democracias pelo mundo, sobretudo tendo como referência as matrizes britânicas e francesas, a partir do século XVIII até a Segunda Guerra Mundial. O modelo de supremacia constitucional institucionalmente assegurado pelo *judicial review*, que inicialmente foi uma experiência isolada norte-americana tendo como marco histórico o caso *Madison v. Marbury* em 1803, com algumas tentativas episódicas de implementação na Áustria, na Tchecoslováquia e na Alemanha no período entre guerras no século XX, passou a se expandir progressivamente após o fim da Segunda Guerra e a se tornar predominante em todos os continentes, quando boa parte dos países realizavam a transição de um regime autoritário ou colonial para uma democracia constitucional (GARDBAUM, 2010, p. 164-169)³.

Apesar de essa dicotomia entre cortes e parlamentos ter sido tônica do debate e da prática constitucional, recentemente surgiu uma alternativa para estruturar e institucionalizar os arranjos constitucionais que representa uma posição intermediária entre as duas vias tradicionais: o novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica (*Commonwealth*).

Diante disso, o presente artigo tem por objetivo analisar as características dessa terceira via representada pelo novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica, que desassocia a jurisdição constitucional da supremacia judicial, bem como as vantagens normativas que representa como uma resposta adequada para reconciliar as demandas de tutela a direitos fundamentais com a legitimidade democrática. Será estudado, dessa forma, esse novo modelo tanto do ângulo descritivo como do ponto de vista normativo, e as contribuições que promete proporcionar.

³ De acordo com Gardbaum (2013, p. 3), alguns países da América Latina, no século XIX, após suas independências, adotaram a supremacia constitucional e empregaram o controle judicial de constitucionalidade, mas foram experiências breves, interrompidas por ditaduras, muitas vezes só na teoria (e não na prática), já que as reivindicações de poder das cortes eram desrespeitadas. Por influência do modelo constitucional americano, após a proclamação da República, o controle de constitucionalidade de índole difusa foi estabelecido pela Constituição de 1891, com a criação do Supremo Tribunal Federal (embora já previsto pelo Decreto nº 848/90). Contudo, muitas vezes o Judiciário não pôde ou não quis controlar os abusos do Executivo e do Congresso, a despeito de alguns episódios de resistência, o Supremo “foi, em geral, bastante dócil diante dos desmandos dos governantes de plantão” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 113-114).

2. O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica

De acordo com Stephen Gardbaum (2010, p. 161), entre 1982 e 1998, o Canadá, a Nova Zelândia e o Reino Unido – países da Comunidade Britânica que adotavam a supremacia legislativa tradicional – efetuaram reformas institucionais que introduziram cartas ou declarações de direitos, concedendo aos tribunais o poder de proteger tais direitos, mas desvinculando o controle de constitucionalidade da supremacia judicial, ao dar a última palavra ao legislador. Stephen Gardbaum (2010, 2013, 2016) e Mark Tushnet (2008, 2014) são uns dos principais teóricos contemporâneos que descreveram as características e são entusiastas do potencial normativo representado por esse novo paradigma de constitucionalismo, em virtude do fato de que ele proporcionaria um arranjo da separação de poderes mais adequado, que harmonizaria melhor a tutela de direitos fundamentais e o ideal de autogoverno do povo, desempenhado de forma dialógica entre cortes e parlamentos.

O novo modelo mistura duas técnicas de proteção de direitos: um controle político interno antes da promulgação da lei e um controle judicial de constitucionalidade fraco. Em primeiro lugar, os poderes eleitos, o Executivo e o Legislativo, se engajam no processo legislativo, em uma deliberação interna, para a discussão a respeito da compatibilidade da lei com os direitos fundamentais, com o objetivo de verificar e de se evitar potenciais lesões a direitos. Em segundo lugar, o Poder Judiciário detém o poder de analisar a conformidade do diploma legal com a declaração de direitos, mas sem ter a autoridade final sobre a interpretação do direito, uma vez que o legislativo pode rever a decisão judicial (GARDBAUM, 2013, p. 26-27). Esse novo modelo é um meio-termo que transcende a natureza das duas vias tradicionais – concebidas como opostas e excludentes na proteção de direitos – combinando elementos entre elas, tentando-se criar “entre os tribunais e parlamentos, equilíbrio institucional, responsabilidade conjunta e diálogo deliberativo quanto à proteção e à aplicação de direitos fundamentais” (GARDBAUM, 2010, p. 162).

O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica – ‘o novo modelo’ para encurtar – se refere à experiência de estrutura constitucional comum de Declarações de Direitos (*Bill of Rights*) instituídas, nas últimas décadas, no Canadá (1982), Nova Zelândia (1990) e no Reino Unido (1998)⁴. Stephen Gardbaum (2013, p. 11) cunhou essa expressão – novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica⁵ – para designar as características em comum dos países de onde surgiram e espalharam essa nova experiência institucional: tanto o Canadá como a Nova Zelândia foram colonizados pelo Império Britânico e compartilham de tradições jurídicas, políticas e culturais em comum. Todos partem de uma tradição de supremacia legislativa, na qual não havia declaração de direitos codificada e os direitos eram criados por meio de leis ordinárias, sem possibilidade de controle de constitucionalidade pelo Judiciário. A função judicial era limitada a interpretar e aplicar o que a legislatura estabelecia. Ao instituir mecanismos para uma maior tutela dos direitos humanos, rejeitaram o modelo americano de controle de constitucionalidade forte, e optaram por uma terceira via: um controle judicial de constitucionalidade fraco, no qual as cortes têm o poder de revisar a compatibilidade de um diploma legal com a carta de direitos, mas os parlamentos detêm a última palavra sobre os direitos.

⁴ Na Austrália, o território da capital em 2004 e o estado de 2006 também introduziram inovações institucionais semelhantes às desses países. Israel, em uma de suas onze Leis Fundamentais (*Basic Laws*) – na *Freedom of Occupation* – instituiu uma ‘cláusula não obstante’ permitindo ao parlamento de Israel (*Knesset*) imunizar um diploma legal pelo voto da maioria dos membros se expressamente indicado quando promulgado. A Constituição da Romênia também prevê uma possibilidade de superação legislativa (*legislative override*) de uma decisão abstrata da corte antes da promulgação de uma lei, desde que o Congresso a aprove novamente por dois terços dos votos nas duas câmaras. Ao aprovar a Convenção Europeia por uma Lei dos Direitos Humanos, a Irlanda tomou emprestado alguns dispositivos da estrutura inglesa, incluindo o mecanismo de declaração de incompatibilidade judicial, mas tem algumas peculiaridades que refletem uma adoção parcial do modelo (GARDBAUM, 2013, p. 11).

⁵ Apesar de preferir designar esse fenômeno como “novo modelo de constitucionalidade da Comunidade Britânica”, Stephen Gardbaum (2013, p. 14) reconhece que há outras terminologias utilizadas como sinônimos ou intercambiáveis, tais como: controle de constitucionalidade fraco (*weak-form of judicial review*), modelo parlamentar de declaração de direitos (*the parliamentary bill of rights model*), modelo dialógico (*the dialogue model*), controle de constitucionalidade dialógico (*or ‘dialogic judicial review’*), dentre outros.

2.1. Canadá

O Canadá foi o país pioneiro nessa inovação constitucional, ao promulgar a Carta Canadense de Direitos e Liberdades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) em 1982. É importante destacar que o Canadá já tinha tido uma experiência anterior com a Declaração de Direitos e Garantias Canadense (*The Canadian Bill of Rights*) em 1960 – uma lei ordinária que vinculava apenas o governo federal, não as províncias, e não era hierarquicamente superior às outras leis –, mas não foi considerada efetiva para resguardar os direitos nela previstos, uma vez que as cortes os interpretavam por meio das lentes da soberania parlamentar, limitando o escopo deles (GARDBAUM, 2010, p. 173-5).

A Carta de 1982, por sua vez, faz parte da Constituição canadense, a qual apresenta critérios rígidos de mudança constitucional, dotados de superioridade em relação à maioria legislativa. Além de estatuir direitos e liberdades fundamentais, e autorizar o Poder Judiciário a exercer o controle de constitucionalidade de forma difusa para assegurar esses direitos, a Carta inseriu a ‘cláusula não obstante’ (*notwithstanding clause*), em sua Seção 33. Essa disposição permite ao parlamento federal ou ao legislativo de alguma província imunizar uma lei ou uma regra nela contida, por meio de uma declaração expressa, contra os direitos estabelecidos na Carta Canadense por até cinco anos, com a possibilidade de renovação pelas legislaturas seguintes⁶ (GARBAUM, 2010, p. 176-179).

Essa cláusula foi projetada como uma solução conciliatória entre aqueles que defendiam a constitucionalização de direitos conforme o modelo dos Estados Unidos e os defensores da soberania popular, que

⁶ Veja a íntegra do texto da Seção 33 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades “33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)”. Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html>. Acesso em 22/05/2015.

resistiam a essa mudança. Para os que tinham o receio da supremacia judicial, institucionalizou-se uma válvula de escape que dá azo à resposta legislativa: se o legislador não concordar com a posição da corte, ele tem condições de impor-se (MENDES, 2011, p. 149). A disposição anulatória (*override provision*) prevista na Seção 33 limita formalmente o Poder Judiciário canadense, garantindo aos Legislativos, com maioria simples, o poder final de determinar o que é o direito. No entanto, na prática, poucas foram às vezes nas quais ela foi utilizada (GARDBAUM, 2010, p. 178-182).

Outra característica da Carta Canadense que permite a ideia de diálogos entre o Legislativo e o Judiciário desse país no significado do conteúdo dos direitos é a cláusula que possibilita uma limitação razoável dos direitos constitucionais pelo Legislativo, conforme previsto na Seção 1 da Carta⁷. Para Mark Tushnet (2014), enquanto a ‘cláusula não obstante’ seria uma inovação institucional de índole procedimental, essa disposição que expressamente estabelece que o Legislativo pode prescrever restrições aos direitos teria natureza substantiva. Tais limites devem ser justificados com base nos princípios de uma sociedade livre e democrática⁸. Quando a corte considera que esses limites não são razoáveis e invalida uma legislação – por julgá-la, por exemplo, demasiadamente restritiva de um direito ou liberdade mesmo que o propósito da lei seja de interesse público – ela deve explicar os motivos pelos quais tal critério não foi satisfeito e quais são as alternativas. Tendo como referência a decisão da corte, o legislativo pode promulgar uma nova lei considerando os aspectos reputados incorretos ou não razoáveis pela corte (HOGG, BUSHHEL, p. 87). Peter Hogg e Alison Bushel (1997), em uma pesquisa empírica, apontaram que a maior parte das decisões da corte canadense desencadeou uma sequência legislativa, nas quais os legisladores responderam com a promulgação de uma nova lei se engajando na

⁷ Seção 1 da Carta Canadense “The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society” Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html>. Acesso em 22/05/2015.

⁸ Os critérios foram estabelecidos pela Suprema Corte canadense no caso *R. v. Oakes* ([1986] 1. SCR 103) são os seguintes: “(1) the law must pursue an important objective; (2) the law must be rationally connected with the objective; (3) the law must impair the objective no more than necessary to accomplish the objective; and (4) the law must not have a disproportionately severe effect on the persons to whom it apply” (HOGG, BUSHHEL, p. 84-85).

linguagem de direitos da Carta de Direitos canadense, o que seria a demonstração do diálogo interinstitucional entre os dois poderes e a conciliação da necessidade de respeito a direitos individuais com o ideal de autogoverno⁹.

2.2. Nova Zelândia

A Declaração de Direitos da Nova Zelândia (*New Zealand Bill of Rights Act*) foi instituída em 1990 como lei ordinária, isto é, não possui supremacia constitucional, podendo ser revogada ou emendada como qualquer outra lei. No entanto, apresenta, ainda, a peculiaridade de que os direitos nela contidos não revogam nenhuma lei ordinária anterior com ela conflitante, o que faz com que sua força jurídica seja menor do que uma lei ordinária (GARDBAUM, 2013, p. 129).

Conforme expressamente previsto na Seção 4 da Declaração de Direitos¹⁰, os tribunais não têm o poder de invalidar, não aplicar ou tratar como inefetiva qualquer lei por incongruências com os direitos nela consagrados – não só as posteriores, mas, inclusive, as anteriores –, eliminando a tradicional regra de que lei posterior revoga tacitamente as anteriores incompatíveis. Em que pese uma lei inconsistente com a Declaração não poder ser invalidada judicialmente, esse documento jurídico impõe aos tribunais o dever de interpretar todas as outras leis em conformidade com os direitos nele assegurados (GARDBAUM, 2010, p. 183).

De acordo com a Seção 6 desta Declaração de Direitos, sempre que um diploma legal puder ser interpretado de modo consistente com os

⁹ Contudo, conforme Conrado Mendes (2011, p. 152-4) demonstra, essa tese dialógica de Hogg e Bushel recebeu muitas críticas na opinião pública especializada canadense, pois eles supõem que haveria hierarquia na relação entre cortes e parlamentos, na medida em que partem do pressuposto que a decisão da corte sobre a interpretação constitucional ser a correta e o papel do legislativo seria o de adequar a legislação conforme os parâmetros determinados pela corte e não a contrariar. Portanto, não cumpriria o ideal de responsabilidade compartilhada e relação horizontalizada entre os poderes.

¹⁰ New Zealand Bill of Rights Act, section 4: 'Other enactments not affected – No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights) – (a) Hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or (b) Decline to apply any provision of the enactment – By reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights.' Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM225500.html>> Acesso em 26/05/2016.

direitos e liberdades contidos nele, tal interpretação deve ser privilegiada em relação a qualquer outro sentido¹¹. Nesse contexto, nota-se que a Declaração de Direitos da Nova Zelândia prevê mecanismos para a proteção de direitos fundamentais mais interpretativos do que anulatórios (GARDBAUM, 2013, p. 131). Apesar de não permitir impugnação da validade de uma lei democraticamente aprovada pelo parlamento, concede-se aos tribunais o poder de controlar o significado das leis de modo a levar os direitos fundamentais a sério. Segundo Stephen Gardbaum (2010, p. 186-7), os tribunais neozelandeses têm sido fortes protetores dos direitos fundamentais, desempenhando um papel importante no crescimento de uma cultura de direitos nesse país.

Outra característica distinta do arranjo institucional desse país é o mecanismo político para fortalecer a tutela de direitos previsto na Seção 7 da Declaração, que dispõe ser dever do Procurador Geral examinar pormenorizadamente todos os projetos apresentados à Câmara dos Deputados e chamar a atenção de seus membros quando considerar que as disposições do projeto são incompatíveis com os direitos e liberdades da Declaração¹². Percebe-se, dessa maneira, que esse desenho institucional impele o legislativo a ser informado e a debater com base em princípios, considerando os direitos e liberdades pertinentes em seus procedimentos de tomada de decisão. Embora a Nova Zelândia proteja uma versão mais forte de soberania parlamentar, a sua Declaração de Direitos apresenta mecanismos institucionais para estimular que se leve os direitos a sério (GARDBAUM, 2010, p. 182-188).

¹¹ New Zeland Bill of Rights Act, Section 6 - 'Interpretation consistent with Bill of Rights to be preferred - wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning'. Disponível em <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM225502.html>> Acesso em 26/05/2016.

¹² New Zeland Bill of Rights Act, Section 7, "Attorney-General to report to Parliament where Bill appears to be inconsistent with Bill of Rights. Where any Bill is introduced into the House of Representatives, the Attorney-General shall, (a) in the case of a Government Bill, on the introduction of that Bill; or (b) in any other case, as soon as practicable after the introduction of the Bill; bring to the attention of the House of Representatives any provision in the Bill that appears to be inconsistent with any of the rights and freedoms contained in this Bill of Rights". Disponível em <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM225503.html>>. Acesso em 26/05/2016.

2.3. Reino Unido

A promulgação da Declaração de Direitos Humanos do Reino Unido (*United Kingdom Human Rights Act*), em 1998, significou uma mudança radical na tradição de séculos de soberania parlamentar do sistema constitucional britânico. Foi resultado de décadas de debates sobre a necessidade ou não da codificação de direitos nessa cultura jurídica e política, bem como da importância de se incorporar os direitos e liberdades previstos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos ao direito interno em particular (GARDBAUM, 2013, p. 156).

Além da novidade representada pelo catálogo de direitos, os mecanismos institucionais estatuídos para salvuardá-los também são originais. Em primeiro lugar, os tribunais têm o dever de interpretar a legislação de um modo compatível com os direitos da Convenção sempre que possível, segundo a Seção 3¹³. Em segundo lugar, os tribunais superiores estão autorizados a proferir uma declaração de incompatibilidade, de acordo com a Seção 4, caso não seja possível interpretar a legislação de acordo com um direito da Convenção¹⁴. Sem embargo, os tribunais não têm o poder de rejeitar ou invalidar tal legislação, a qual permanece em vigor e continua a ter plenos efeitos jurídicos¹⁵. Ademais, os parlamentos não têm a obrigação jurídica de responder a essa declaração. Na realidade,

¹³ United Kingdom Human Rights Act, Section 3, “Interpretation of legislation. (1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights. (2) This section (a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted; (b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility”. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/3>>. Acesso em 26/05/2016.

¹⁴ United Kingdom Human Rights Act, Section 4, “Declaration of incompatibility. (1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right. (2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility (...) (4) If the court is satisfied (a) that the provision is incompatible with a Convention right, and (b) that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility, it may make a declaration of that incompatibility”. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/4>>. Acesso em 26/05/2016.

¹⁵ Idem, Section 4 “(...) (6) A declaration under this section (“a declaration of incompatibility”) (a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and (b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made”. Acesso em 26/05/2016.

o único efeito formal da “declaração de incompatibilidade” é, em consonância com a Seção 10, conceder ao ministro o poder de requerer ao Parlamento um procedimento rápido para emendar a legislação julgada incompatível¹⁶. A expectativa desse dispositivo é incitar o governo e o parlamento a alterar a lei (GARDBAUM, 2010, p. 190).

Cumprido salientar ainda, em relação à fase política de discussão de uma lei, que cabe ao ministro da área pertinente do governo apresentar uma declaração por escrito atestando se a declaração é compatível com os direitos da Convenção, conforme dispõe a Seção 19¹⁷(GARDBAUM, 2010, p. 191).

Não obstante o fato da Declaração de Direitos do Reino Unido ser considerada uma lei de natureza constitucional – no sentido material – pela centralidade do conteúdo que versa, formalmente, tem a mesma hierarquia que uma lei ordinária, visto que pode ser emendada ou revogada por lei posterior, sem nenhum quórum especial. Além disso, o parlamento pode decidir de forma incompatível com a Declaração e o tribunal tem o dever de aplicá-la ainda assim. Mesmo assim, ela desempenha um papel especial no sistema, na medida em que orienta a interpretação de todas as leis com base nos direitos nela previsto. Ademais, outra implicação seria a não aplicação da regra da revogação tácita contra a Declaração, em caso de lei posterior incompatível que não revogue expressamente uma disposição nela presente (GARDBAUM, 2013, p. 160-1)¹⁸.

¹⁶ United Kingdom Human Rights Act, Section 10, “Power to take remedial action. (1) This section applies if— (a) a provision of legislation has been declared under section 4 to be incompatible with a Convention right (...); (2) If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility.” <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/10>>. Acesso em 26/05/2016.

¹⁷ United Kingdom Human Rights Act, Section 19, “Statements of compatibility. (1) A Minister of the Crown in charge of a Bill in either House of Parliament must, before Second Reading of the Bill (a) make a statement to the effect that in his view the provisions of the Bill are compatible with the Convention rights (“a statement of compatibility”); or (b) make a statement to the effect that although he is unable to make a statement of compatibility the government nevertheless wishes the House to proceed with the Bill”. <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/19>>. Acesso em 26/05/2016.

¹⁸ Segundo GARDBAUM (2013, p. 161), essa é uma pressuposição controversa, uma vez que há teóricos que a rejeitam.

3. Características do “novo modelo”

Para Stephen Gardbaum (2010, p. 199), o novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica apresenta-se como uma solução original ao constitucionalismo por reconciliar de forma coerente as ideias de supremacia legislativa e tutela efetiva dos direitos fundamentais. A visão tradicional para justificar o controle judicial de constitucionalidade proveniente baseia-se na decisão de Marshall, para quem não havia meio-termo, ou a Constituição – e os direitos individuais nela contidos – era lei suprema, não sujeita a alteração pelos meios ordinários, não passível de revisão, ou era lei ordinária, passível de modificação pela maioria legislativa¹⁹. Por outro lado, críticos do *judicial review* apontam a dificuldade contramajoritária da supremacia das cortes ou o déficit democrático delas, pois usurpariam a vontade popular e a igualdade política entre os cidadãos presente no Poder Legislativo. Ao contrário de ambas percepções, o novo modelo configurou fórmulas institucionais inéditas que representariam uma posição intermediária nesse dilema, na medida em que reforçam a legitimidade das cortes na proteção judicial dos direitos, ao mesmo tempo em que deixam a possibilidade do parlamento superar as decisões delas. Nessa nova divisão de trabalho entre os poderes, retira-se a palavra final das cortes, mas cria-se um ônus de justificação à decisão legislativa sobre direitos, incentivando o legislativo a levar os direitos a sério (MENDES, 2011, p. 160).

O novo modelo é resultado da combinação entre um controle político de direitos e um controle judicial de constitucionalidade fraco, constituído por quatro características principais: I) carta ou declaração de direitos legalizada e codificada, que consagra os direitos fundamentais e serve como referência interpretativa aos exercícios dos poderes legislativo e judiciário; II) uma revisão política obrigatória dos direitos – legislativo e executivo – antes da promulgação da lei, na qual um ministro do executivo pode se manifestar sobre a compatibilidade da lei com a carta dos direitos; III)

¹⁹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Ver notas 3 e 4 supra.

controle judicial de constitucionalidade fraco com diferentes arranjos institucionais: o dever dos tribunais de interpretar a legislação em conformidade com os direitos previstos na carta na Nova Zelândia e no Reino Unido; em caso de contrariedade entre legislação e direitos fundamentais, possibilidade de declaração de incompatibilidade mas sem invalidação, criando a expectativa de correção (emenda ou revogação) no processo legislativo no Reino Unido; possibilidade de invalidação de lei inconstitucional no Canadá, mas com sujeição ao poder dos parlamentos de imunizar leis conflitantes ou reinstaurar leis invalidadas; IV) autoridade formal do legislativo em ter a última palavra sobre o que é o direito por meio do voto majoritário. A primeira e a terceira características distinguem o novo modelo da supremacia legislativa tradicional; a quarta a diferencia do constitucionalismo jurídico (GARDBAUM, 2013, p. 30-1).

Em síntese, para Gardbaum (2013, p. 33), o novo modelo britânico apresenta de inovador para a teoria e a prática constitucionais: I) a transcendência da dicotomia padrão de formas institucionais de constitucionalismo (jurídico e político), oferecendo uma terceira opção²⁰, II) a mescla de duas técnicas de proteção de direitos: controle político e controle judicial, III) a criação de mecanismos claros para desassociar o *judicial review* da supremacia judicial. Com isso, estabelece uma alocação de poder entre cortes e parlamentos mais equilibrada do que nos outros paradigmas de constitucionalismo. Nessa diretriz, em relação à autoridade para engajar no controle de constitucionalidade, as cortes constitucionais têm mais poder do que no constitucionalismo político e menos que no constitucionalismo jurídico, em virtude de não haver formalmente a última palavra sobre o significado da Constituição. Por sua vez, os legisladores enfrentam mais limitações em suas ações do que sob o constitucionalismo político, mas menos do que no constitucionalismo jurídico.

²⁰ Richard Bellamy (2011) afirma que no Reino Unido, a despeito das alterações promovidas pela Declaração dos Direitos Humanos, não ocorreu uma mudança do paradigma do constitucionalismo político. Houve, na verdade, um reforço de modelo, na medida em que o Judiciário não invalida nem derruba um diploma legal, mesmo com a declaração de incompatibilidade, ele permanece válido. Só o parlamento pode promover as mudanças legislativas e decidir a respeito de direitos. A mesma lógica se aplicaria a Nova Zelândia. Só o Canadá que destoaria, na medida em que o Judiciário tem o poder de declarar a invalidade de uma norma.

Mark Tushnet (2008, p. 33) distingue o controle de constitucionalidade forte do fraco, afirmando que enquanto o primeiro é um sistema no qual as interpretações judiciais são finais e não revisáveis por maiorias legislativas ordinárias – mas somente por emendas constitucionais, pela mudança de composição na corte ou caso juízes repensem suas posições –, o segundo consiste em um que permite uma resposta rápida dos parlamentos às interpretações judiciais (TUSHNET, 2008, p. 23).

Todavia, torna-se importante destacar a observação de Mark Tushnet (2008, p. 43) de que esse novo paradigma de controle de constitucionalidade fraco pode tender, na prática, ora para a supremacia legislativa, ora para supremacia judicial, falhando no propósito de ser uma terceira via (ANDRADA, 2015, p. 127). Se legislaturas com frequência ignorarem decisões judiciais ou superarem-nas, torna-se, de fato, um regime de supremacia legislativa. Por seu turno, se legislaturas rotineiramente aquiescem com decisões judiciais e não a contrariam, o sistema transforma-se em um controle de constitucionalidade forte. Nessa perspectiva, Aileen Kavanagh (2015) critica a expectativa de Gardbaum de que o novo modelo resolve a dificuldade contramajoritária, pois ela não estaria sendo efetivada na prática, o que colocaria em xeque o caráter distintivo do novo modelo. Segundo Kavanagh (2015, p. 833-4), a cláusula não-obstante nunca foi utilizada pelo parlamento canadense e já teria caído em *desuetudo*. No Reino Unido, por sua vez, existe uma taxa quase-perfeita de conformidade (*compliance*) do Legislativo com as declarações de compatibilidade feitas pelo Judiciário²¹. A explicação para esses parlamentos não se manifestarem contrariamente às decisões judiciais está associada ao alto custo político que envolve tais atos, uma vez que poderia aparentar que o órgão político estaria violando direitos. Para ela, haveria um descompasso entre, de um lado, o apelo moral e a promessa normativa desse

²¹ Gardbaum (2013, p. 233) demonstra que a Nova Zelândia é o país do novo modelo que está funcionando mais próximo do ideal, tendo em vista que existem exemplos nos quais o parlamento neozelandês já reverteu a interpretação judicial.

novo modelo e, de outro, os resultados e o real funcionamento das instituições (KAVENAGH, 2015, p. 835-6)²².

Stephen Gardbaum (2016, p. 99-100) reconhece que, em análise sociológica ou política – e não normativa – de como as instituições de fato funcionam, um sistema de controle de constitucionalidade forte pode ser na prática fraco e, por outro lado, um sistema fraco pode ser forte. Uma alocação formal do poder ou dispositivos estruturais não implica necessariamente em como o sistema opera. No entanto, para ele, o desenho constitucional pode impactar e influenciar o resultado. Em outras áreas do constitucionalismo, a mesma distinção entre poder formal e prática real pode ser observada, como entre presidencialismo e parlamentarismo, ou na alocação de poder no federalismo. Em democracias parlamentaristas modernas, por exemplo, apesar de o apelo normativo ser para a supremacia do legislativo, o que vem ocorrendo é a supremacia do executivo. Em um estado federal, mesmo que os estados-membros sejam bem representados no parlamento, pode-se dizer que na prática eles não conseguem se opor contra o poder central. Ainda assim, os conceitos de parlamentarismo ou federalismo não se tornam ilusórios ou inúteis. Para Gardbaum, a importância desse novo paradigma de constitucionalismo consiste, sobretudo, na justificação que oferece para a jurisdição constitucional, que torna mais fácil a sua defesa, por ser mais democraticamente legítimo, conforme será desenvolvido no tópico seguinte.

4. As vantagens normativas da jurisdição constitucional sem supremacia judicial

O novo modelo da Comunidade Britânica não oferece apenas uma nova forma de controle de constitucionalidade, na prática, mas também

²² Aliene Kavenagh (2015, p. 846-7) critica que a metáfora da última palavra é enganosa e negligencia os fatores reais de funcionamento das instituições e a complexidade que envolve a interação entre elas e como elas se influenciam mutuamente. Existem mecanismos, dispositivos e práticas nos contextos institucionais e de exercício do controle de constitucionalidade que inibem e calibram a forma como o controle de fato é desempenhado. Existiria mais divisão de trabalho e complementariedade de funções do que uma instituição detentora materialmente do controle final.

proporciona uma nova justificação normativa para o *judicial review*, que tenta resolver a dificuldade contramajoritária. De acordo com Stephen Gardbaum (2013, p. 36), a tarefa de defender o papel do judiciário na proteção de direitos se torna mais fácil se este não é vinculado à supremacia judicial. Um modelo de constitucionalismo que autoriza a revisão judicial da legislação, porém concede a última palavra a uma maioria ordinária no legislativo apresenta uma superioridade normativa, uma vez que é mais democraticamente legítimo em relação àqueles nos quais o Judiciário é o responsável final pelo significado da Constituição ou da Carta de Direitos.

Para Garbaum (2013, p. 61), a essência da atratividade do novo modelo é a sua proposta de harmonizar um controle de constitucionalidade fraco e uma forma igualmente fraca de instituições legislativas, ao contrário das versões fortes de controle de constitucionalidade do constitucionalismo jurídico e supremacia legislativa do constitucionalismo político, que seriam extremos e falhos. Nessa diretriz, o novo modelo é um híbrido institucional que tem como vantagem combinar os pontos fortes dos constitucionalismos jurídico e político, e a tentativa de evitar ou de minimizar os pontos fracos de cada, no que diz respeito, especialmente, à proteção de direitos e à legitimidade democrática.

No que se refere à proteção de direitos, o novo modelo se beneficia do constitucionalismo político do raciocínio legislativo sem constrangimento, que pode levar todos os argumentos em consideração – morais, sociais, econômicos e políticos; de princípio e pragmático – e enfrentar a questão moral diretamente, bem como por ser um órgão com mais diversidade, o que seria superior ao raciocínio jurídico das cortes, mais artificial e limitado, por se prender ao direito posto e a questões interpretativas que seriam secundárias. Isso ocorre tanto na fase de controle político pré-promulgação da lei como na possibilidade posterior de superação legislativa.

Por sua vez, do constitucionalismo jurídico traz a oportunidade de reduzir a proteção deficiente de direitos fundamentais e a de ajudar a obtenção de melhores resultados, ao dar poder a uma corte de juízes independentes do processo político para avaliar criticamente a justificação pública das leis

e, assim, reforçar a legitimidade total do sistema político (GARDBAUM, 2016). Em função disso, o controle judicial complementa a deliberação legislativa ao verificar, informar, alertar no processo de decisão sobre direitos, contribuindo para impedir as possíveis patologias e fraquezas do legislativo, como possíveis pontos cegos em relação a direitos individuais e de minorias.

Além de diminuir a chance de uma proteção deficiente de direitos, o novo modelo possibilita também que se coíba uma atuação excessiva e exagerada do judiciário para aplicar um determinado direito individual (*overenforcement*), que seria uma falha do constitucionalismo jurídico, como ocorreu na *Era Lochner*, em relação à liberdade contratual em detrimento dos direitos dos trabalhadores (GARDBAUM, 2013, p. 67).

No que concerne à legitimidade democrática, segundo Gardbaum (2013, p. 65), o novo modelo preserva o respeito aos princípios democráticos da igualdade política e da *accountability* eleitoral, tão caros ao constitucionalismo político, ao conceder formalmente a última palavra ao legislador, e permite neutralizar a falha do constitucionalismo jurídico de questionamento sobre seu déficit de legitimidade democrática. O novo modelo protege e promove o valor democrático do procedimento decisório, ao mesmo tempo que possibilita que o judiciário seja um ponto de verificação e checagem no sistema (*checking point*) para aumentar a probabilidade de se minimizar danos a direitos fundamentais, o que poderia, inclusive, aumentar a legitimidade política geral do regime democrático, conforme defendem Ronald Dworkin (2014) e Richard Fallon (2008)²³.

Em síntese, o novo modelo promete oferecer o melhor dos dois mundos, ao tentar fazer acomodar as virtudes e se restringir os vícios do constitucionalismo jurídico e político: juízes independentes com a

²³ Richard Fallon (2008), no que diz respeito às razões relacionadas ao processo, contesta o argumento de Waldron de que o judicial review seria injusto e politicamente ilegítimo. Fallon (2008, p. 1699) diferencia legitimidade política de legitimidade democrática. A justiça dos procedimentos depende, para ele, dos fins substantivos que o sistema pretende realizar. Se a corte contribui para se alcançar melhores resultados, diminuindo a violação de direitos fundamentais em um regime constitucional, ela aumentaria a legitimidade política total do regime político, não sendo nem injusta tampouco ilegítima. Ainda que a jurisdição constitucional falhe com o critério da legitimidade democrática, ela pode compensar esse defeito se reduz probabilidade que direitos serão infringidos, podendo, então, fortalecer, em vez de enfraquecer, a legitimidade política de um regime como um todo.

possibilidade de conter abusos a direitos fundamentais bem como o legislativo com a autoridade democrática final.

Conforme adverte Thomas Bustamante (2016, p. 60), o argumento mais sólido de Dworkin para justificar o controle judicial de constitucionalidade em uma democracia constitucional é a importância que exerce em compelir a comunidade política a deliberar sobre questões de direito e de princípio, que podem ser negligenciadas pelos julgamentos políticos da maioria. A jurisdição constitucional pode quebrar a inércia da arena legislativa que algumas vezes surge quando grupos de interesses ou sectários não querem se comprometer nos meios ordinários sobre questões de direito. Dessa maneira, a corte pode desempenhar um papel de fórum de princípio para Dworkin – ou fórum de razões públicas, nos termos de Rawls; ou exercer a representação argumentativa, consoante Alexy – ao promover uma deliberação pública sobre direitos e princípios, tendo por objetivo a busca por argumentos racionais, razoáveis, sólidos e corretos. Pode também, nessa linha de argumentação, contribuir para fomentar o debate inclusive fora dela, atraindo a atenção da esfera pública e das instituições políticas para razões de princípios que por vezes são negligenciadas pelo debate político realizado nas instâncias ordinárias.

Mesmo Jeremy Waldron (2010, p. 117), um dos filósofos do direito reconhecidamente críticos à jurisdição constitucional, afirmar que é útil haver um mecanismo para chamar a atenção ou para alertar sobre questões de direitos quando os legisladores não conseguem vislumbrar ou identificar tais questões subjacentes na proposta legislativa. Entretanto, para Waldron, esse é um argumento que justificaria apenas o controle de constitucionalidade fraco. O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica proporciona esse papel da corte como um *checking point* no sistema, de verificar, informar e alertar sobre questões de direito, mas sem a corte ter a última palavra sobre as controvérsias. Concilia a necessidade de ter uma corte independente da política para forçar o debate sobre direitos e princípios na arena legislativa, conforme defende Dworkin, ao mesmo tempo em que satisfaz o critério de Waldron de que o

procedimento final de decisão deve pertencer a uma instituição democrática, que respeite os critérios da igualdade política entre os cidadãos e seja eleitoralmente responsabilizável.

O poder de superação legislativa é baseado no princípio de que em uma democracia, um julgamento razoável do legislativo deve triunfar perante um julgamento razoável do judiciário. Sob uma perspectiva realista, tanto o legislativo como o judiciário são falíveis e podem errar no exercício de suas atribuições. No entanto, em um sistema de supremacia judicial, se o judiciário se excede no exercício de suas atribuições, invalidando um ato legislativo razoável, não existe nenhuma ferramenta de controle a ele. Para Gardbaum (2013, p. 66), o poder de superação legislativa poderia ser justificado como um mecanismo de controle institucional em uma nova dinâmica da separação de poderes que prestigia a legitimidade democrática da autoridade final. Esse poder final de superação legislativa da decisão judicial, ao contrário da visão tradicional da supremacia legislativa, enfrenta um pesado ônus argumentativo e político contra o mau uso, dado que o legislativo tem que justificar, em sua reconsideração, as razões por que estaria contrariando uma decisão judicial que verificou a violação de direitos individuais. O parlamento ganha um ônus adicional para confirmar que agiu em conformidade com as precondições da democracia. Diante disso, protege-se o princípio do autogoverno, ao mesmo tempo que se exige dos decisores uma motivação razoável e transparente (ANDRADA, 2015, p. 128).

Em virtude de sua natureza híbrida, o novo modelo não apenas incorpora e mistura os pontos fortes e fracos do constitucionalismo jurídico e político, mas também cria duas novas características, que contribuem substancialmente para o caráter atraente do seu apelo normativo.

Em primeiro lugar, o papel de checagem e de alerta sobre proteção de direitos exercido pelas cortes, cujo exemplo principal é declaração de incompatibilidade prevista na Declaração de Direitos do Reino Unido, que é mais um poder de desacelerar as decisões sobre direitos do que propriamente um poder de veto final como aquele desempenhado por cortes em sistemas de supremacia judicial.

A segunda característica é a dispersão da responsabilidade entre os poderes acerca da proteção sobre direitos em vez da centralização presente nas cortes (supremacia judicial) ou nas instituições legislativas (supremacia legislativa). O novo arranjo permite uma repartição mais proporcional das competências entre os poderes, ao instituir três fases fiscalizatórias de constitucionalidade: 1) um controle político prévio, sob responsabilidade do executivo e do legislativo; 2) um controle judicial da compatibilidade da legislação; 3) um controle político e final, a cargo do legislativo (GARDBAUM, 2013, p. 68).

De acordo com Garbbaum (2013, p. 69), esse novo equilíbrio entre os poderes proporcionado pela desconcentração da responsabilidade sobre os direitos contribui para o desenvolvimento de uma nova e mais profunda consciência e cultura de direitos, que é mais sedutora que aquela produzida em um regime de supremacia judicial. Em primeiro lugar, em um contexto de desacordo razoável de direito, essa dispersão de responsabilidade de direitos, afeta diretamente o conteúdo do reconhecimento dos direitos: I) por retirar a discussão a respeito deles apenas do raciocínio judicial, que é hermético devido a se prender em questões interpretativas e não poder se engajar diretamente no debate moral e pragmático sobre direitos; II) pela diversidade de perspectivas e visões que podem ser levadas para a deliberação pelo corpo heterogêneo representantes eleitos, em detrimento do corpo mais homogêneo e menor da elite judicial. Em segundo lugar, em termos procedimentais, ocorre um ganho de inclusão e participação popular na deliberação e decisão sobre direitos, e os representantes eleitos bem como o eleitorado se tornam mais conscientes sobre direitos. Em terceiro lugar, o novo padrão de *checks and balances* desconcentrado e mais cooperativo entre os poderes reduz o risco de proteção insuficiente dos direitos, na medida em que aprimora os mecanismos de fiscalização entre os poderes. Essa inovação chave que distingue o novo modelo consiste em impulsionar a internalização de uma consciência de direitos dentro do processo de decisão política, para que o executivo e, especialmente, o legislativo sejam corresponsáveis.

Além das vantagens normativas já desenvolvidas, Stephen Gardbaum (2010, p. 204-7) aponta mais quatro benefícios proporcionados pelo novo modelo da Comunidade Britânica em comparação a um sistema de controle de constitucionalidade forte: I) a revitalização do debate político e popular, uma vez que onde os legislativos não são encarregados da palavra final, existe uma tendência de se deixar as questões de constitucionalidade e de direitos para os tribunais, de sorte que com o retorno da autoridade final para as instituições legislativas, há a expectativa de que sejam forçados a enfrentar e deliberar sobre tais questões com base em princípios; II) a transformação do discurso sobre direitos constitucionais de um monólogo judicial para um diálogo interinstitucional entre tribunais e parlamentos mais equilibrado e rico, de modo a aprimorar a qualidade e as dimensões da análise constitucional; III) o aperfeiçoamento da legitimidade do papel dos tribunais por meio da criação de uma divisão de trabalho para o exercício de uma tarefa compartilhada, de tal maneira que os tribunais se sintam encorajados a interpretar o conteúdo e o âmbito dos direitos e tomar uma decisão constitucional mais apropriada, sem ficar com receio de invadirem o espaço político, uma vez que não terão a responsabilidade final sobre a questão; IV) a amenização da tensão entre o processo democrático e a tutela judicial dos direitos fundamentais, e a diluição da dificuldade contramajoritária, haja vista que a proteção judicial de direitos passa a ser compatível com o ideal de legitimidade democrática que deve permear uma democracia constitucional.

Em acordo com o que aponta Thomas Bustamante (2016, p. 61), a principal virtude dos sistemas de controle de constitucionalidade fraco, no qual a última palavra é alocada no Legislativo, seria o fato de que eles não retiram dos cidadãos e de seus representantes a responsabilidade moral pela interpretação dos direitos que possuem, ao permitir que permaneçam com o seu direito de compartilhar de forma equânime o poder de tomada de decisão.

Em um contexto de desacordo de direitos, mesmo a justificação instrumental das cortes em desempenhar um importante papel de promover a discussão com base em direitos, não consiste em um fundamento suficiente

para ela substituir a autoridade final de uma legislatura, pelo caráter democrático desta. Segundo Thomas Bustamante (2016, p. 65), quaisquer que sejam as circunstâncias que justificam o exercício do controle judicial de constitucionalidade em um determinado regime democrático, sob condições normais, nenhuma corte constitucional deveria ter o poder para invalidar, de forma irreversível, a validade de uma lei que é formalmente promulgada por instituições legislativas democráticas²⁴

Em face disso, a vantagem do novo modelo de constitucionalismo, consoante Bustamante (2016, p. 66), é que ao remover a autoridade final das cortes sobre direitos fundamentais, ainda que o parlamento não use seu poder de superação legislativa, a eficácia do pronunciamento da corte dependerá apenas da solidez de suas razões. Ademais, a tensão entre democracia e constitucionalismo é reduzida e os cidadãos retomam o controle de seu código moral.

5. Conclusões

Em um contexto de ascensão institucional do Judiciário no Brasil e em vários países no mundo, na atuação do controle de constitucionalidade de leis – e de emendas constitucionais, em alguns casos –, ao decidir, muitas vezes, temas de forte apelo moral e político, o propósito deste artigo apresentar do ponto de vista descritivo e prescritivo, as características e vantagens normativas do modelo de controle constitucionalidade fraco do Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido: o novo modelo de constitucionalismo da “comunidade britânica”, desenvolvida por Stephen Gardbaum.

A ideia de uma terceira via entre cortes e parlamentos, de uma jurisdição constitucional sem supremacia judicial, oferece uma justificativa normativa mais adequada e satisfatória para a filosofia constitucional contemporânea no intuito de resolver o paradoxo da democracia ou o dilema

²⁴ “Whatever might be the circumstances that justify judicial review in a particular legal system, I am convinced that one of these circumstances will be that under normal circumstances *no constitutional court should have the power to quash, in an irreversible way, the validity of a law that is formally enacted by the legislative assemblies*” (BUSTAMANTE, 2016, p. 65).

do constitucionalismo, isto é, para harmonizar o ideal de autogoverno do povo, pretendido pela democracia, com o de limitação do poder e de garantia dos direitos fundamentais, almejado pelo constitucionalismo.

Um controle de constitucionalidade fraco, no qual a última palavra é alocada institucionalmente no poder legislativo, consegue compartilhar de modo mais equilibrado a responsabilidade entre poderes pela proteção de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que resolve a “dificuldade contramajoritária”. Nesse modelo intermediário entre a supremacia judicial e a legislativa, as cortes, no desempenho do seu papel de fiscalização da compatibilidade dos atos normativos com a constituição, não teriam mais o ônus democrático de contrariar uma legislação aprovada pelos representantes do povo, uma vez que os legisladores possuem autoridade formal para reverter a interpretação judicial sobre a constituição. A desvinculação do controle de constitucionalidade da supremacia judicial apresenta um caráter atraente pois promete proporcionar uma conciliação entre os pontos fortes do constitucionalismo jurídico e do constitucionalismo político, e amenizar suas fraquezas, notadamente, no que concerne, respectivamente, à legitimidade democrática e à proteção dos direitos fundamentais.

Os principais potenciais normativos da jurisdição constitucional sem supremacia judicial, apresentados no quarto capítulo, com base em Gardebaum, seriam:

- I) sobre a proteção de direitos, o compartilhamento de responsabilidades entre o raciocínio político – mais livre para enfrentar questões morais e políticas, aliado a um corpo plural com diversidade de visões – e o raciocínio judicial – focado mais em questões de direitos e de princípios – com o intuito de evitar tanto a proteção deficiente como a exagerada de direitos;
- II) sobre a legitimidade democrática, a preservação do respeito aos princípios democráticos da igualdade política e da *accountability* eleitoral, ao conceder a última palavra ao legislador;
- III) a criação um ponto de checagem e verificação de direitos, que funciona mais para desacelerar a decisão do que como um veto final irreversível do judiciário
- IV) a desconcentração de responsabilidade sobre direitos para um novo padrão de “freios e contrapesos” mais cooperativo”;

- V) o ganho de inclusão de participação popular na deliberação e decisão sobre direitos;
- VI) a transformação de um monólogo judicial para um diálogo interinstitucional;
- VII) o desenvolvimento de uma cultura de direitos mais profunda, visto que os representantes legislativos bem como o eleitorado se tornam mais conscientes ao deter a responsabilidade de decidir sobre direitos;
- VIII) a amenização da tensão entre democracia e constitucionalismo e a diluição da dificuldade contramajoritária.

6. Referências

- ANDRADA, Bonifácio José Suppes. *A Constituição Fora das Cortes: controle de constitucionalidade e democracia representativa*. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. PUC-MG: Belo Horizonte, 2015.
- BELLAMY, Richard. *Political constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge University Press, 2007.
- BELLAMY, Richard. Political Constitutionalism and the Human Rights Act. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 1, 2011, p. 86–111.
- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1968.
- BUSTAMANTE, Thomas. On the Difficulty to Ground the Authority of Constitutional Courts: Can Strong Judicial Review be Morally Justified? In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo. *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2016, p. 29-69.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- GARDBAUM, Stephen. O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GARDBAUM, Stephen. Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy. In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo. *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2016, p. 93-117.

HOGG, Peter. BUSHEL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, 1997, p. 187-236.

KAVENAGH, Aileen. A Hard Look at the Last Word. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 35, n. 4, 2015, p. 825-847.

MENDES. Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAULINO, Lucas Azevedo. *Jurisdição Constitucional sem Supremacia Judicial: a reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática*. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. UFMG: Belo Horizonte, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

TUSHNET, Mark. Revisión Judicial Dialógica. In: GARGARELLA, Roberto. *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Capítulo V

A teoria do poder constituinte na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano

*Deivide Júlio Ribeiro*¹

*Igor Campos Viana*²

1. Introdução

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano é um tema relativamente recente e complexo.³ Como tal, tem a sua existência e os seus contornos disputados por diversos teóricos da constituição, os quais têm se dedicado a pensar essas novas experiências constitucionais de países como Venezuela, Bolívia e Equador. Seriam experiências de rompimento com práticas do constitucionalismo liberal clássico, por meio de uma releitura radical da compreensão da soberania popular e de uma consequente reinvenção da própria lógica constitucional. É neste sentido que o estudo comparado do modelo de constitucionalismo que vem se desenvolvendo na América Latina nos últimos vinte cinco anos é necessário, tendo em vista que esta nova realidade tensiona os principais conceitos do constitucionalismo clássico, tais como *soberania popular* e *poder constituinte*.

¹ Mestre e Doutorando da Linha História, Poder e Liberdade da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais com financiamento da CAPES.

² Mestre e Doutorando da Linha História, Poder e Liberdade da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais com financiamento da CAPES.

³ Nos referimos às experiências político-sociais da virada do século XX para o XXI na América Latina que possibilitaram uma nova *práxis* constitucional.

Manifestações populares como o *Caracazo* na Venezuela (1989), a *Guerra do Gás* na Bolívia (2003) e os *protestos pela derrubada do presidente* no Equador (2005) demonstraram a insatisfação popular com um modelo desgastado da democracia liberal que havia aprofundado as desigualdades na região. Assim, o que se convencionou chamar de Novo Constitucionalismo Latino-Americano seria um conjunto de práticas políticas e jurídicas, vivenciadas por alguns países latino-americanos, que visavam romper com os mecanismos de poder da democracia liberal e aprofundar as práticas estatais de combate à desigualdade social. Nessa nova leitura do constitucionalismo, é possível constatar uma nítida valorização da dimensão política deste, sobretudo sob a ótica das *necessidades e utilidades* que esta região exige para efetivar a igualdade social. Por esta razão, a soberania popular, expressa por meio do poder constituinte, reflete uma de suas principais características.

Nesse sentido, este capítulo se propõe a analisar criticamente as compreensões do poder constituinte expostas pelos autores Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau ao apresentarem uma teoria do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (DALMAU; PASTOR, 2011). Essa escolha se justifica, pois identificamos um potencial problema na relação entre *poder constituinte, rigidez constitucional e soberania popular*. Os autores demonstram uma preocupação constante desse novo constitucionalismo em perseguir interpretações originalistas da constituição, uma busca pela vontade do constituinte, ou seja, por um suposto poder constituinte originário fixado no momento do estabelecimento de um novo documento constitucional. O questionamento que deriva dessa constatação é se o apego irrestrito ao poder constituinte originário não iria na contramão do próprio conceito de soberania popular que tanto valorizam e se consagra na tese das *democracias radicais* (COUSO, 2014).

Nossa hipótese é a da existência de uma potencial contradição ao se tentar conjugar essas duas perspectivas: uma compreensão mais horizontal e presentificada da soberania popular com uma compreensão rígida, dual (constituente/constituído), estanque e conservadora do poder

constituente. Ou seja, aparentemente, a leitura que Dalmau e Pastor fazem de poder constituinte no Novo Constitucionalismo Latino-Americano não dá conta das exigências de uma democracia radical à qual esse próprio movimento se propõe. O resultado da aposta em uma busca pela “verdadeira” vontade do poder constituinte originário é o enfraquecimento da própria lógica de uma vivência radical – presentificada e não representada – da soberania popular.

Um constitucionalismo que se pretende radicalmente democrático, aberto aos critérios das *necessidades* e das *utilidades*, não pode se ater a um fetichismo estabilizador do momento constituinte. Pelo contrário, ele deve afirmar a dimensão instável inerente a qualquer estabilização que se pretenda democrática. Repensar o constitucionalismo liberal é também pensar um constitucionalismo que não se reduza ao binômio constituinte/constituído. Este é o ponto central da crítica apresentada nesse trabalho. Uma democracia radical também exige um constitucionalismo radical (CHUEIRI, 2013, p. 25-36) e não nos parece haver tal compreensão na teoria do poder constituinte apresentada por Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau.

Para analisar essa hipótese, o presente capítulo se dividirá em duas partes: a primeira se debruçará sobre a tarefa de identificar e compreender como se desenvolve a ideia de poder constituinte no Novo Constitucionalismo Latino-Americano. É importante evidenciar que o ponto de partida para essa análise serão as experiências venezuelana, equatoriana e boliviana. Da mesma forma, a concepção de poder constituinte que se adotará, e que será objeto de análise, é aquela apresentada pelos autores Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau no texto “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”. Essa escolha se justifica porque somente a partir deste ponto é que se torna possível apresentar, na segunda parte do capítulo, a tese das “democracias radicais” latino-americanas, as notas sobre o caso venezuelano – considerado inaugurador desse movimento – e a impossibilidade da existência de democracias radicais simultaneamente a uma compreensão

estaque e temporalmente fixada do poder constituinte. Como contraponto à leitura do poder constituinte apresentada por Dalmau e Pastor, nos valem da construção teórica de uma *constituição radical*, apresentada por Vera Karam de Chueiri, e apontamos a necessidade de se repensar o modo de articulação da teoria do poder constituinte, mobilizada por essas novas experiências constitucionais latino-americanas. Por fim, serão apresentadas as conclusões de toda a análise realizada.

2. O poder constituinte no novo constitucionalismo latino-americano

Falar em poder constituinte na modernidade, inevitavelmente, é trazer, ainda que indiretamente, a tensão existente entre democracia e constitucionalismo. É a partir desta constatação que se faz um questionamento básico: porque se falar em *tensão* entre eles? Há inúmeros autores que se debruçaram sobre esse questionamento.⁴ Entretanto, para o presente capítulo, basta entender a seguinte lógica: a democracia configura-se na transformação constante, enquanto o constitucionalismo, compreendido de forma clássica, consistiria no estabelecimento de segurança para as relações sociais. O constitucionalismo nasce como resposta às situações de instabilidades jurídica e econômica, assim como contra as restrições das liberdades individuais praticadas por tiranias, sobretudo do Estado absolutista. Este, por sua vez, seria substituído pelo documento normativo denominado constituição. Por seu turno, a democracia parte do pressuposto de que os indivíduos de determinada organização social deliberam a respeito de questões importantes, das quais serão destinatários, e que irão orientar toda a comunidade política da qual fazem parte.

Sendo assim, nessa compreensão clássica, de uma parte haveria a liberdade para tomada de decisão (democracia) e de outra, haveria a limitação/condição de possibilidade desta liberdade realizada por meio de um documento normativo fundamental do Estado (constituição). De um

⁴ Nesse sentido, ver: OLIVEIRA (2007); HABERMAS (1998); e DWORKIN (1995).

lado, a democracia, tomada por sua dinamicidade, sempre reclamando por transformações, de outro o constitucionalismo permitindo que essas transformações aconteçam, mas desde que de forma segura. Sobre isso, Menelick de Carvalho Netto afirma:

(...) não mais podemos opor como domínios antitéticos a idéia de ‘Constituição’ à de ‘democracia’ ou ‘soberania popular’, pois o constitucionalismo só é efetivamente constitucional se institucionaliza a democracia, o pluralismo, a cidadania de todos, se não o fizer é despotismo, autoritarismo; bem como a democracia só é democrática se impõe limites constitucionais à vontade popular, à vontade da maioria, se assim não for estaremos diante de uma ditadura, do despotismo, do autoritarismo. (NETTO, 2003b, p. 289)

É por esta razão que se fala em uma *tensão* e não em *oposição* entre democracia e constitucionalismo, tendo em vista que os dois estabelecem entre si limites e complementos.⁵ Sendo assim, o movimento político de limitação do poder e estabelecimento de direitos e garantias fundamentais (constitucionalismo) se materializa na constituição. Esta, por sua vez, somente poderá ser legitimada democraticamente se estiver em consonância com a vontade popular, expressa pela soberania popular (democracia), manifesta no poder constituinte originário. Esta mesma tensão se faz presente no complexo e plural Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

Mesmo diante da pluralidade e da complexidade desse novo constitucionalismo, é possível afirmar que existe uma característica comum a todo o seu desenvolvimento: *seus processos constituintes*. Não é novidade que os processos constituintes na América latina, até o início da década de 1990, foram marcados por déficits democráticos, o que tornava questionável a legitimidade democrática das constituições resultantes (GARGARELLA, 2014, p. 388). Isso porque, ainda que os primeiros processos constituintes desta região valorizassem as liberdades individuais e a autonomia dos indivíduos, a extensão destes direitos, mesmo que o texto constitucional os atribuísse a todos, era dirigida apenas para uma minoria

⁵ É importante ressaltar que essa não é uma visão unânime, tendo em vista que autores como Antônio Negri (2002) entendem que o constitucionalismo é o aprisionamento da democracia.

proprietária. Com isso, em decorrência das correlações de forças presentes na região, estes direitos chegavam às pessoas mais vulneráveis como *ideais a serem buscados*, na medida em que era possível assim fazer. Vale ressaltar que esses processos constituintes tomavam como parâmetro para uma sociedade apenas o modo de vida da minoria abastada. Como consequência, milhares de pessoas em situação de vulnerabilidade social, tais como negros escravizados, povos originários, mulheres, entre tantos outros, foram alijados do exercício da cidadania, logo, do processo de construção das decisões das quais seriam destinatárias.

Em razão deste passado marcado pela negação de direitos é que os processos constituintes do Novo Constitucionalismo Latino-Americano surgem. Confrontam o ideal uniformizante e universalizador da modernidade, desvelando a diversidade, a complexidade e a pluralidade que em outro momento foram ocultadas.⁶ É em decorrência do fato de trazer essa diversidade para o centro do processo de tomada de decisão que, por exemplo, o Estado boliviano se auto intitula *plurinacional*. Para além do mero reconhecimento desta pluralidade, existe a preocupação de criar um sistema jurídico que a atenda. Nesse sentido, tem-se a criação da justiça indígena, que possui a mesma equivalência, autonomia e autoridade da justiça ordinária. Da mesma forma há, também, garantia constitucional da representatividade dos povos originários junto ao Parlamento (BOLÍVIA, 2009, art. 146/191, I), bem como o reconhecimento das diversas famílias e propriedades de cada destes. Neste mesmo Estado, existe intensa pretensão de ruptura com o passado excludente e colonial que, oriunda do campo da ação política, se materializa no texto constitucional:

Artículo 9.1 Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: 1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada **en la descolonización**, sin discriminación ni explotación, con plena

⁶ “La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originarios campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano” (BOLÍVIA, 2009, Preámbulo, arts. 2 e 3) “NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos [...]” (EQUADOR, 2008, Preámbulo).

justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales [...] (BOLÍVIA, 2009)

Esse desejo de ruptura com velho, tido como colonizador, em busca de um presente e futuro plural, tido como emancipador, é reforçada num padrão educacional descolonizador (BOLÍVIA, 2009, art. 78, I, II e III)⁷ e intercultural (EQUADOR, 2008, art. 441, I). Tem-se, assim, um modelo de educação pautado no reconhecimento da pluralidade cultural, bem como no respeito à diversidade. Isso fomenta o exercício da igualdade em toda sua extensão e interseccionalidade: do gênero, da raça, da espiritualidade, da classe, dos saberes e etc. (BALDI, 2013).

É importante chamar a atenção para o fato de que, dada a realidade excludente dos processos constituinte na América Latina, a pergunta que o Novo Constitucionalismo vem responder é: *como solucionar o problema da desigualdade em sociedades que não experimentaram o Estado de Bem-Estar Social?* A resposta encontrada está na *necessidade e utilidade*, que irão permitir a criação de mecanismos capazes de suprir as carências históricas. Nesse sentido, ao identificar quais as necessidades e instrumentos úteis que possibilitarão a busca por justiça social, o constitucionalismo latino-americano rompe com a ordem político-democrática anterior, por meio de processos constituintes com ampla participação dos cidadãos. É por esta razão que Dalmau e Pastor (2011, p. 7) afirmam que há uma maior valorização da dimensão política do constitucionalismo, uma vez que ele se preocupa primeiro com as questões externas à legalidade, ou seja, as reivindicações sociais manifestas nas disputas políticas, para só depois se preocupar com a tradução destas necessidades para o interior do texto constitucional.

Essa dimensão política confronta a lógica segundo a qual uma vez constitucionalizadas as necessidades sociais, a manutenção ou a continuidade constitucional ficaria restrita apenas às mãos do legislador ordinário. Isso porque no Novo Constitucionalismo Latino-Americano a constituição,

⁷ BOLÍVIA, 2008, art. 78, I, II e III.

como símbolo que configura a vontade da soberania popular, expressa pelo poder constituinte originário e destinada a todos, também pode ser modificada por todos, seja por meio de reformas pontuais ou mais amplas. Estas possibilidades estão expressas no texto constitucional venezuelano, equatoriano e boliviano.⁸ Neste último caso, há a possibilidade de a própria constituição passar por uma revisão integral, por meio de uma assembleia constituinte originária, convocada por meio da iniciativa popular.⁹ Esse é um ponto que confronta a ideia liberal de que o poder constituinte somente se manifesta em momentos de grande efervescência nacional.

Uma vez que o poder constituinte é um ato fundacional que se materializa na constituição, a sua ação performativa, a promessa que se inicia no presente e se projeta para o futuro, não depende apenas da democracia representativa, mas, antes de tudo, também, do movimento constante do poder constituinte que se manifesta de forma permanente no exercício da soberania popular (UPRIMNY, 2011, p. 122). É importante ressaltar que o fato de se buscar a ampliação de participação cidadã, não importa que a democracia representativa seja descartada, muito pelo contrário. Esta seria aperfeiçoada e teria uma convivência harmônica com a democracia direta, que configura a base de legitimidade daquela.

Assim, percebe-se neste paradigma constitucional existe a preocupação de criar mecanismos que aperfeiçoem a relação entre o exercício da soberania popular e o governo. Dessa forma, a atenção é direcionada para ampliação dos espaços de participação democrática, de modo a fomentar

⁸ Nesse sentido, ver: VENEZUELA, 1999, art. 347; EQUADOR, 2008, art. 441, I, e BOLÍVIA, 2009, art. 411, I.

⁹ “La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Jerarquía normativa y reforma de la Constitución Primacía y Reforma de la Constitución quinta parte Título Único Constitución Política del Estado Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio” (BOLÍVIA, 2009, art. 411, I). Exemplos parecidos se encontram nos artigos 342-346 e 411 das Constituições da Venezuela, de 1999 e Equador, de 2008, respectivamente.

o exercício da cidadania e da autodeterminação, o que não seria possível por um modelo meramente representativo.

O fato de haver a valorização da dimensão política do constitucionalismo não implica dizer, por exemplo, que estas constituições não tenham estabilidade e que a todo momento possam ser revogadas. Existe estabilidade sim, mas precária, vinculada sempre aos critérios de *necessidade* e *utilidade*. Apesar de poder ser compreendida como uma visão extremamente pragmática do constitucionalismo, para Dalmau e Pastor (2011, p. 14) o respeito a vontade criadora e originária do poder constituinte não significa romper com o conceito racional-normativo de constituição. Para eles a constituição ainda consistiria no texto escrito, ordenado e articulado com pretensão de permanência. Estes seriam critérios mínimos e necessários para mediar as relações sociais.

Diante de toda essa narrativa, respondendo o título desta seção, podemos dizer que o poder constituinte no Novo Constitucionalismo latino-americano consiste num processo político de manifestação vontade da soberania popular, cuja intenção é acabar com as desigualdades sociais e desvelar as pluralidades ocultadas ao longo dos séculos pelo modelo de democracia liberal. Essa vontade está pautada nos critérios da *necessidade* e *utilidade*, os quais são utilizados como parâmetros para a construção de novos textos constitucionais, os quais possuem sua narrativa toda construída de acordo exigências práticas de cada país. Essas características trazem o elemento da precariedade como fator inerente deste movimento democrático. Além disso, os arranjos destas constituições permitem inclusive, de forma expressa em seus textos, que o poder constituinte originário se faça presente e permanente no agora do intérprete e não apenas como mero ato de fundação que permanece no passado.

Entretanto, um ponto nos chama a atenção: a leitura que Dalmau e Pastor fazem do poder constituinte nessa tradição, mais especificamente da interpretação que se deve fazer do texto constitucional. Ao que parece, os autores entendem que *o processo de interpretação constitucional deve*

estar sempre voltado à vontade do poder constituinte originário. Este é o ponto crítico e objeto da presente análise.

Segundo os autores, a característica da *extensão* ou *alcance*¹⁰ destas constituições se justifica, pois são textos extremamente detalhados. Fazem questão de expressar todas as situações que ficaram omissas nas primeiras constituições sintéticas ou prolixas do modelo constitucional anterior. O que as diferencia destas últimas é justamente o fato de serem construídas com base nas necessidades dos indivíduos, logo, sempre em consonância com a vontade constituinte. De acordo com eles, é em decorrência deste detalhamento excessivo que o poder constituinte se *manifesta de forma clara*, impedindo, dessa forma, que os poderes constituídos desvirtuem a vontade constituinte:

(...) lo que técnicamente puede desembocar en una mayor cantidad de disposiciones, cuya existencia busca limitar las posibilidades de los poderes constituidos -en particular, el parlamento, que ejerce la función legislativa, y el Tribunal Constitucional, que desarrolla la máxima función interpretativa- de desarrollar o desentrañar el texto constitucional en sentido contrario a la que fue la voluntad del constituyente. (Dalmau; Pastor, 2011, p. 18)

Essa afirmação é um tanto quanto questionável, porque um processo constituinte pautado nas *necessidades* dos indivíduos, que a todo o momento se alteram, sobretudo de uma sociedade marcada pela dinamicidade e pluralidade, há sempre exigência que novos critérios sejam criados para supri-las. Por mais que o texto constitucional seja detalhado, é preciso lembrar que ele é aberto ao tempo do intérprete. Nesse sentido, interpretá-lo sempre à luz do passado é correr o risco de aprisionar toda potência e radicalidade democrática que ele pode oferecer. Dessa forma, a

¹⁰ Para os autores, o Novo Constitucionalismo Latino-americano possui as seguintes características: “A originalidade está ligada a necessidade de criar mecanismos constitucionais que realmente busquem a integração social. Nesse sentido há uma fuga dos transplantes e enxertos muito comum nos processos constitucionais da região. Há uma efetiva preocupação com a resolução dos problemas específicos de cada região. Como exemplo tem-se o Referendo convocatório (Colômbia); Conselho de Participação Cidadã e Controle Social (Equador); o plurinacionalidade (Bolívia)” (DALMAU; PASTOR, 2011, p. 15-16). Conferir também: “Por sua vez, a complexidade significa que estas constituições tratam de temas complexos e técnicos, mas numa linguagem semanticamente simples. Esse processo é sempre acompanhado de um processo formativo para explicar o texto constitucional. Esta é uma característica que está atrelada à extensão.” (DALMAU; PASTOR, 2011, p. 15-16).

próxima seção apresentará algumas reflexões a respeito desta afirmação, bem como demonstrará os problemas que podem advir dela para um modelo de constitucionalismo que se diz *sin padres* ou que atenda a tese das *democracias radicais*.

3. A tese das “democracias radicais” latino-americanas e a necessidade de um constitucionalismo radical

Javier Couso é um importante pesquisador contemporâneo acerca das democracias radicais e do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, sendo responsável pela tese de que as experiências de alguns países latino-americanos seriam inauguradoras de democracias radicais (COUSO, 2014). Neste capítulo, retomaremos essa tese e refletiremos sobre sua viabilidade diante dos problemas da interpretação limitada do poder constituinte originário que é aprisionado em um dado momento histórico no passado, como apresentado no capítulo anterior.

O autor da tese das *democracias radicais* destaca que o regime democrático latino-americano vem se transformado bastante nas últimas décadas, especialmente, através das novas experiências constitucionais na Venezuela, no Equador e na Bolívia. Esses seriam os países que teriam rompido com o consenso democrático-liberal dos anos 1990. Isso porque, no contexto de fim dos regimes militares e de “derrubada dos socialismos reais”, a democracia constitucional liberal aparecia como saída inevitável. A década de 1990 teria sido, portanto, marcada na região pelo consenso de que: a) a democracia era o único mecanismo legítimo para eleger os representantes e b) os governos eleitos pela maioria deveriam respeitar os direitos fundamentais de todos, inclusive das minorias.

Nesse cenário, o problema dos governantes latino-americanos era como alcançar as democracias constitucionais de cunho liberal e não se esse regime era de fato desejável. Essa preocupação de suprir as lacunas de um passado ditatorial contribuiu para a ideia de fortalecimento do Poder Judiciário. Caberia a este poder a tarefa de concretização dos direitos

fundamentais estabelecidos nas novas constituições. Havia um consenso do amplo espectro político institucional de que era necessário fortalecer os mecanismos judiciais para a concretização de uma democracia constitucional. A direita apostava nessa concretização para assegurar os seus direitos individuais inalienáveis em uma democracia. Já a esquerda apostava nas cortes de justiça para a concretização do rol de direitos econômicos e sociais a fim de gerar uma maior igualdade social na região. Ora, como o próprio Javier Couso ressalta:

Esta expectativa de cambio social por medio de la labor de las cortes de justicia expresaba así una suerte de ‘reconciliación’ de la izquierda latinoamericana con el derecho, muy lejana a la severa crítica que la misma había dirigido contra el último antes de las dictaduras de los años setenta y ochenta [y que fuera tan elocuentemente expresada por Eduardo Novoa Monreal, un importante asesor legal de Salvador Allende, en su obra ‘El derecho como obstáculo al cambio social’] (COUSO, 2014, p. 5)

Segundo esse diagnóstico, a própria esquerda teria perdido seu potencial crítico do direito. O consenso liberal dos anos 1990 funcionava tão bem que capturava a todos. Ocorre que ele começa a se frustrar com a não realização das promessas da democracia constitucional liberal. O avanço no combate à pobreza e à desigualdade não era satisfatório, além de haver um descontrole generalizado da corrupção por parte das elites econômicas e políticas. Essa frustração precisava ser canalizada em um novo projeto político.

Na visão de Javier Couso, foi a Venezuela o primeiro país latino-americano a romper com esse consenso liberal (COUSO, 2014, p. 6). Por essa razão pensamos ser importante nos deter um pouco mais no caso venezuelano. A nomeada “Revolução Venezuelana”¹¹ ou “Revolução Bolivariana”, que teria início no governo de Hugo Chávez, intimamente relacionada à promulgação da nova Constituição em 1999, é um processo com data anterior (MARINGONI, 2009, p. 69-70). Se pensarmos, juntos a Michel

¹¹ Ver MARINGONI (2009, p. 69-70).

Rosenfeld, o constitucionalismo enquanto um processo de construção de uma identidade constitucional (ROSENFELD, 2003), teremos que o levante popular, conhecido como *Caracazo*, foi decisivo na afirmação desse novo projeto político do país.

O *Caracazo*, também nomeado *Sacudón*, foi um grande levante popular ocorrido em 27 de fevereiro de 1989. O seu objetivo era a contestação do avanço neoliberal representado pelas medidas anunciadas pelo então presidente venezuelano Carlos Andrés Pérez. Pérez tomou posse em 02 de fevereiro de 1989 e assumiu uma situação econômica desastrosa, o preço do petróleo caía vertiginosamente, a inflação alcançava 40,3%, o desemprego crescia para mais de 10% e o salário real havia despencado (MARINGONI, 2009, p. 69-70).

Diante dessa situação, o presidente decidiu firmar um memorando com o Fundo Monetário Internacional (FMI), com o objetivo de liberar um empréstimo de US\$ 4,5 bilhões. Como contrapartida, o pacote incluía a desvalorização da moeda, redução do gasto público, congelamento de salários, aumento dos preços dos gêneros alimentícios, elevação em 100% do preço da gasolina e consecutivo aumento nos bilhetes de transporte coletivo. O povo, em protesto a tamanha precarização das suas condições de vida, saiu às ruas no que se tornaria um evento decisivo na história venezuelana.

A cientista política venezuelana Margarita López Maya faz uma importante recuperação dos detalhes dos acontecimentos daqueles dias do *Caracazo* em seu artigo *Venezuela: la rebelion popular del 27 de febrero de 1989 ¿resistencia a la modernidad?* Em sua visão:

Se produjo en Venezuela una rebelión popular sin precedentes en la historia contemporánea del país. La ciudad capital, así como casi todas las ciudades principales y secundarias fueron objeto de protestas violentas que culminaron en barricadas, cierres de vías, quemas de vehículos, apedreamientos de comercios, balaceras y saqueos generalizados. La rebelión duró unos cinco días en Caracas, poco menos en el resto del mapa urbano. El saldo de pérdidas materiales y humanas fue altísimo, las muertes, casi cuatrocientas, provinieron de

los sectores pobres de la población, en su gran mayoría vecinos de Caracas (MAYA, 1999, p. 177).

Como as manifestações não se encerravam, Carlos Andrés Pérez enviou o exército às ruas na madrugada do dia 27 para reprimir brutalmente os manifestantes. Como destaca Gilberto Maringoni, de nada adiantou, as manifestações apenas se intensificaram. “O povo tem fome!” e “Chega de enganação!” eram os gritos brandidos pelos manifestantes (MARINGONI, 2009, p. 71). No dia seguinte, o presidente foi à cadeia nacional de rádio televisão para anunciar toque de recolher e a suspensão das garantias constitucionais. Muita energia e violência tiveram que ser empregadas para conter a manifestação.

Apesar de ter conseguido sobreviver ao *Caracazo*, o governo perdeu grande legitimidade. O país encerrou o ano com uma queda de 8,1% no Produto Interno Bruto, uma taxa de inflação de 81% e 45% da população abaixo da linha da pobreza. O *Caracazo* rompeu com uma história venezuelana de desenvolvimento baseado em suas reservas de petróleo, concentração de renda e acordos internacionais de comércio. Nas palavras de Maringoni: “com o *Caracazo*, a Venezuela fizera um pouso forçado na realidade latino-americana” (MARINGONI, 2009, p. 73).

O *Caracazo* é um claro rompimento com o consenso neoliberal que começava a predominar na América Latina e um prelúdio da “revolução venezuelana”, um anúncio de uma nova forma de organização política que estava por vir. Ele continha a promessa de um novo constitucionalismo.

Em 6 de dezembro de 1998, Hugo Chávez é eleito presidente com 3,67 milhões de votos, alcançando 56,2% dos votos válidos. Entendemos que essa eleição, após, quase 10 anos de lapso temporal, concretiza, em alguma medida, um modus de pensar e operar constitucional reivindicado no *Caracazo*. É a afirmação de alguma compreensão social da política e do próprio constitucionalismo.

Na visão de Gilberto Maringoni: “Chávez não foi eleito no bojo de um crescimento vertiginoso do movimento de massas, mas foi caudatário de uma formidável e espontânea onda de descontentamento e rebelião”

(MARINGONI, 2009, p. 111). O novo presidente, convoca em seu primeiro ano de mandato, um plebiscito perguntando sobre o interesse da sociedade por uma nova Assembleia Constituinte e sai vitorioso.

Em 25 de julho de 1999, o povo é chamado a escolher os constituintes nas urnas. Já em 12 de dezembro de 1999, a nova Carta da agora República Bolivariana da Venezuela estava pronta com seus 350 artigos. No dia 15 daquele mesmo mês ela é submetida a um referendo popular e recebe 71% de aprovação. Sob uma nova ordem institucional, Hugo Chávez se submete, novamente, a uma eleição e é sacramentado presidente em julho de 2000. A carta de 1999 terá uma função central no governo chavista, servindo de amparo legal e discursivo para o seu projeto nacionalista de sociedade e economia que em alguns momentos vai se aproximar e em outros se afastar daquela ideia constitucional já presente no *Caracazo*.

Para Javier Couso essa experiência venezuelana inaugura um “processo político democrático-radical comprometido com transformações sociais profundas” na América Latina (COUSO, 2014, p. 6). Seu êxito em diminuir a pobreza e a desigualdade social irá inspirar processos democráticos semelhantes no Equador e na Bolívia. Essas experiências surgem em um contexto de completo descrédito dos sistemas democráticos-liberais, em especial dos partidos políticos tradicionais, que nas palavras de Couso seria a cara visível de um sistema incapaz de zelar pelo bem comum.” (COUSO, 2014, p. 7).

Essa falta de legitimidade das democracias liberais teria favorecido a ascensão ao poder de líderes como: Hugo Chávez na Venezuela, Evo Morales na Bolívia e Rafael Correa no Equador. Todos seguiram o caminho institucional das eleições para chegarem à chefia do Poder Executivo. Uma vez tendo chegado a este posto, iniciaram um programa de profundo redimensionamento constitucional e uma refundação político-social dos seus países. Convocaram um plebiscito para consultar o povo sobre a necessidade de uma nova constituição. Instalaram uma assembleia constituinte encarregada de elaborar o novo documento constitucional. Por fim, submeteram a nova constituição à ratificação popular por meio

de referendo. Uma das marcas desse novo modo constitucional seria uma aproximação radical da vontade popular e o poder institucional.

O novo constitucionalismo se distinguiria, na visão de Javier Couso, do populismo que abandona por completo o direito constitucional. Esse constitucionalismo latino-americano negaria uma relação direta entre os líderes e as massas, além de afirmar a necessidade de um marco constitucional. É um constitucionalismo que assume uma postura crítica aos modelos do “velho constitucionalismo” pensado sob a ótica de uma democracia formal, que não mais atenderia à lógica de ampla participação exigida em nosso tempo (COUSO, 2014, p. 16-17). Há uma refundação constitucional das bases políticas, econômicas e sociais do estado. Falamos de um “constitucionalismo comprometido” com políticas econômico-sociais revolucionárias e que visem a erradicação da extrema desigualdade social na América Latina.

Tudo isso, Javier Couso levanta para afirmar sua tese das democracias-radicais latino-americanas. Entretanto, o próprio autor destaca que haveria nessas experiências uma rigidez interpretativa do texto constitucional. Como a cláusula especial da constituição boliviana de 2009 que estabelece a forma pela qual a constituição deve ser interpretada pela Corte Constitucional¹². Uma obsessão em blindar a vontade constituinte. Em suas palavras:

Esta rigidez interpretativa responde al intento de proyectar hacia el futuro (‘congelar’, diríamos) lo decidido por el pueblo soberano en el momento constituyente original. Para hacer más fácil el control político de este mandato constitucional de lealtad judicial a la voluntad del constituyente, el “nuevo constitucionalismo” se opone a métodos de control difuso de constitucionalidad (COUSO, 2014, p. 18).

Este nos parece um ponto central para pensarmos a tese das democracias-radicais de Javier Couso. Central justamente por se distanciar de

¹² Essa cláusula estabelece que: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

qualquer compreensão radical de democracia enquanto movimento e re-articulação da tecitura social. Reconhecemos os importantes avanços do constitucionalismo latino-americano ao apostar em uma compreensão mais horizontal e direta da soberania popular, mas a visão de poder constituinte apresentada nas suas construções doutrinárias é extremamente redutora da própria democracia. Há uma busca incessante de retornar à vontade do momento constituinte, como se ela existisse *in totum* e fosse uníssona e passível de apreensão.

As características da interpretação constitucional marcada pela: originalidade, complexidade, extensão e rigidez, destacadas no capítulo anterior, não condizem com os próprios objetivos de um constitucionalismo de compromissos e nem com a realização democracias radicais. Entendemos, diferentemente do apresentado por Dalmau e Pastor (2011), que democracias radicais exigem um constitucionalismo radical (CHUEIRI, 2013). Um constitucionalismo que assuma o poder constituinte presente em todo fazer político-social e se abra à instabilidade da dinâmica social enquanto única possibilidade radicalmente democrática, como na visão de Vera Karam de Chueiri:

Tentando responder à pergunta se é possível uma Constituição radical, eu diria que sim, na perspectiva de uma democracia, de um constitucionalismo e de uma justiça por vir, por acontecer, a *venir*, to *come*. Radicalizar a Constituição importa em radicalizarmos nossas ações, no sentido da transformação, da refundação e refundição do direito e da política, chamando a nossa atenção sempre para o agora, esse núcleo imodificável do tempo passado, presente e futuro. Não há história que seja um catálogo cronológico de fatos, como não há constituinte e Constituição cujo sentido se torne refratário aos eventos em suas continuidades e descontinuidades. Ainda, a Constituição é promessa precisamente porque nos faz agir, isto é, se realiza através da intervenção permanente de seus destinatários, que são, ao mesmo tempo, seus realizadores, ou seja, nós (CHUEIRI, 2013, p. 27).

É necessário que essas experiências do Novo Constitucionalismo Latino-Americano potencializem suas compreensões do poder constituinte se querem se tornar “radicalmente democráticas”. Sugerimos a aposta em

novas formas de se pensar a relação entre política e direito plasmada na constituição, não mais como um acoplamento de fechamento do sistema, mas de evidência da constante tensão existente entre poder constituído e poder constituinte. É tempo de repensarmos a fundação do constitucionalismo na modernidade através de uma constituição que realmente não se reduza ao poder constituído, mas que retenha o poder constituinte no presente, no agora radicalmente democrático, numa temporalidade na qual a potência não se encerre no ato, mas pelo contrário, nele se eleve, projetando-se para um futuro sempre em aberto (CHUEIRI, 2013, p. 34).

Um constitucionalismo radical se abre as diversas formas de rearticulação da tecitura social como única possibilidade de vivência radicalmente democrática. Não se trata de uma negação absoluta da estabilidade, nem de uma afirmação romântica da sua ressignificação total, mas da compreensão das práticas democráticas em sua dinâmica que interpela a todo momento o constituído, produzindo novas formas de inteligibilidade social que se constituem e se estabilizam, mas sempre de forma precária. Trata-se, portanto, de reconhecer, internamente ao direito, a precariedade inerente a todas as formas de estabilização.

Pensar uma compreensão do poder constituinte que seja radicalmente democrática é um grande desafio. Assim como as normatividades sociais, o constitucionalismo moderno adestra nossas próprias possibilidades de pensar, forclui mundos possíveis e naturaliza o que já está dado. O maior objetivo do constitucionalismo radical é desafiar a lógica da estabilidade do constitucionalismo moderno. Muitos poderiam perguntar se ao afirmarmos algo como um “constitucionalismo instável” não estaríamos eclodindo a própria noção de constitucionalismo? Não pensamos ser o caso. O constitucionalismo enquanto movimento político-democrático de constituição de vivências societárias possíveis é um imperativo de mediação social. Viver em comunidade é *também* viver em conflito, mas não é *somente* viver em conflito. É ser capaz, em alguma medida, de mediar esses conflitos e construir uma sociedade mais vivível e coabitável. Não há sociedade sem relações de poder, mas podemos pensar em diferentes

formas de articulação desse poder. Não se trata, portanto, de abandonar toda e qualquer concepção de constitucionalismo, mas de repensar sua própria tradição em direção a uma afirmação radicalmente democrática. Esse é o desafio lançado às novas experiências constitucionais latino-americanas e suas teorizações sobre o poder constituinte.

4. Conclusões

Este capítulo se propôs a apresentar as linhas gerais da teoria do poder constituinte colocada em prática nas experiências constitucionais do *Novo Constitucionalismo Latino-Americano* e sua construção doutrinal proposta por Rubén Martínez Dalmau e Roberto Viciano Pastor. Apresentamos também a tese das *democracias radicais* latino-americanas de Javier Couso que dialoga com a construção doutrinal de Dalmau e Pastor. Recuperamos a trajetória da experiência venezuelana desde o *Caracazo*, e indicamos a contradição entre a doutrina do poder constituinte sustentada no Novo Constitucionalismo Latino-Americano e sua ambição por uma radicalidade democrática em um constitucionalismo de compromissos e da necessidade. Nos parece que seria preciso pensar uma nova construção doutrinal e uma nova práxis constitucional para essas novas experiências latino-americanas. Democracias radicais requerem constitucionalismos radicais. Nesse sentido, que propomos um diálogo inicial com Vera Karam de Chueiri e sua tese da *Constituição Radical* enquanto desafio lançado para pensarmos outros modos de articulação entre direito e política na modernidade.

A teoria do poder constituinte fundada no binômio constituinte/constituído não é capaz de lidar com a dinamicidade social dos conflitos e das demandas políticas comunitárias. Uma fetichização do momento constituinte originário, como parece ser defendida por Dalmau e Pastor, não contribui para que avancemos em um processo de radicalização democrática. É necessário pensar o tempo do *agora* e não aprisionar a constituição em um dado momento do passado. O *agora* radicalmente democrático é aquele que conjuga esse núcleo passado-presente-futuro em sua

constituição recíproca e simultânea. O *agora* é um convite à abertura, um convite a uma noção de disputa pelo próprio sentido de constituição. Enfim, apostamos que é em uma teoria do poder constituinte do *agora* que se deve fundar o Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

5. Referências

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. 2012. Readaptação. 414f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/10028>>. Acesso em: 10 dez. 2015

CHUEIRI, Vera Karam de. *Constituição radical: uma ideia e uma prática*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 58, p. 25-36, 2013.

COURTIS, Cristian; GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. *Comisión Económica para América Latina y el Caribe*, nov. 2009 [on-line]. Disponível em: <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/6162-el-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-promesas-e-interrogantes>>. Acesso em: 12 Dez. 2017.

COUSO, Javier. *Las democracias radicales y el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”*. Disponível em: <https://goo.gl/UrFa6k>. Acessado em 20/04/2018.

DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista general de derecho público comparado*, n. 9, p. 1-24, 2011 [on-line]. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3690557>>. Acesso em: 12 Dez. 2017.

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Editora Unesp, 2009. 392p.

ELSTER, Jon. *Ulisses y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. 326p.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la constitución: dos siglos de constitucionalismo en América latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Conocimiento, 2014. 388p.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O novo constitucionalismo democrático na América Latina e a superação da modernidade europeia*. Fundação Educacional Dom André Acoverde, Valença, 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Kivia/Downloads/1704-3246-1-SM.pdf>. Acesso em: 12 Dez. 2017

MARINGONI, Gilberto. *A revolução venezuelana*. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

MAYA, Margarita López. *Venezuela la rebelion popular del 27 de febrero de 1989 ¿resistencia a la modernidad?*. Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales, No. 2-3, abril-septiembre de 1999, p. 177.

NEGRI, Antonio. *Poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

RIBEIRO, Deivide Júlio. *Crise política, poder constituinte e democracia: possibilidade de aperfeiçoamento da democracia por meio da Constituinte exclusiva e temática*. Dissertação, 2016.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: GARAVITO, César Rodríguez Garavito (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 109-138. Disponível em: <<http://revistas.usal.es/index.php/1130-2887/article/viewFile/9355/9659>>. Acesso em: 12 Dez. 2017.

Capítulo VI

Emendas constitucionais em perspectiva comparada: uma análise da Emenda Constitucional 95/2016 à luz da teoria do desmembramento constitucional

*Almir Megali Neto*¹

1. Introdução

Em 15 de dezembro de 2016, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n. 95 (EC n. 95/2016).² Na origem, referida Emenda Constitucional foi uma proposta encaminhada ao Legislativo pelo Executivo durante os primeiros dias do governo do Presidente Michel Temer. O objetivo da medida seria o de equilibrar as contas públicas por meio de um rígido mecanismo de controle de gastos públicos por vinte anos. A base governista considerou a medida necessária para garantia do equilíbrio das contas que, segundo ela, vinha aumentando continuamente, tornando-se um obstáculo intransponível ao crescimento nacional.

A tentativa de impor um limite às despesas públicas era uma das metas da base política aliada ao Presidente Temer, mesmo quando ele ainda ocupava o cargo de Vice-Presidente da República. De qualquer forma, é preciso destacar que a EC n. 95/2016 foi bastante criticada pela oposição, que considerou que a iniciativa representaria um impedimento aos

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Linha de Pesquisa: História, Poder e Liberdade. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

² Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/15/promulgada-emenda-constitucional-do-teto-de-gastos>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

investimentos públicos, agravaria a recessão e prejudicaria principalmente os mais pobres, ao diminuir recursos públicos destinados para áreas como educação e saúde. Durante o período de votação da medida nas duas Casas do Congresso Nacional, diversos setores da sociedade civil se posicionaram contrariamente à adoção das medidas.³ Destacam-se as ocupações às instituições de ensino realizadas por todo o país pelo movimento estudantil, como forma de protesto às medidas adotadas pelo governo Temer, dentre elas à Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que instituiu um Novo Regime Fiscal.⁴

A medida também foi duramente criticada do ponto de vista de sua compatibilidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), isto é, do ponto de vista de sua constitucionalidade.⁵ O Supremo Tribunal Federal (STF), inclusive, foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade da medida de forma preventiva e repressiva, ou seja, tanto antes quanto depois da promulgação da EC n. 95/2016.⁶

Até a data de fechamento deste texto, houve apreciação monocrática pelo Ministro (Min.) Luís Roberto Barroso do pedido liminar, formulado pelo impetrante do Mandado de Segurança n. 34.448 (MS n. 34.448) para suspender a tramitação, na Câmara dos Deputados, da PEC n. 241/2016 (numeração recebida pela EC n. 95/2016 durante sua tramitação perante referida Casa legislativa). O pedido foi indeferido por Barroso, que

³ Segundo pesquisa realizada pelo Instituto *DataFolha*, às vésperas do segundo turno de votação da proposta pelo Senado Federal, apenas 24% da população brasileira era favorável às mudanças promovidas pela EC n. 95/2016. A pesquisa está inteiramente disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2016/12/12/b4dd8e8b801d33432a731ad9443c69ba6a741a9a.pdf>>. Acesso em 20 mai. 2018.

⁴ De acordo com o balanço divulgado pela União Brasileira dos Estudantes Secundaristas (UBES), 1.197 instituições de ensino foram ocupadas em todo o país como forma de protesto às reformas promovidas pelo governo Temer, dentre elas a EC n. 95/2016. Disponível em: <<https://ubes.org.br/2016/ubes-divulga-lista-de-escolas-ocupadas-e-pautas-das-mobilizacoes/>>. Acesso em: 20 mai. 2018. Não há um balanço nacional oficial sobre o número de instituições de ensino realmente ocupadas, razão pela qual, de acordo com o Ministério da Educação, há divergências entre os números apresentados pela UBES.

⁵ Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, 2018, p. 83-89.

⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 34448. Rel. Mi. Luís Roberto Barroso; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5633. Rel. Min. Rosa Weber; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5643. Rel. Min. Rosa Weber; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5655. Rel. Min. Rosa Weber; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5658. Rel. Min. Rosa Weber; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5680. Rel. Min. Rosa Weber; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5715. Rel. Min. Rosa Weber; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5734. Rel. Min. Rosa Weber.

determinou a continuidade da tramitação.⁷ Após a promulgação da EC n. 95/2016, o Min. Luís Roberto Barroso determinou a extinção do feito sem resolução de mérito, em virtude da perda superveniente da legitimidade ativa do impetrante.⁸ Por sua vez, nenhuma decisão foi proferida nas ações diretas de constitucionalidade propostas em face da EC n. 95/2016.

Por outro lado, é preciso destacar que a Procuradoria Geral da República (PGR), por meio da Nota Técnica PGR/SRI n. 82/2016, recomendou que o Congresso Nacional rejeitasse integralmente a PEC, posteriormente promulgada (EC n. 95/2016), tendo em vista a inconstitucionalidade da medida. Em suma, àquele momento, a PGR considerou que a proposta violaria a independência e a autonomia dos poderes, razão pela qual recomendou o arquivamento da medida.⁹

Posteriormente, nas ações diretas de inconstitucionalidade ofertadas em desfavor da EC n. 95/2016, a PGR ofertou parecer pelo indeferimento das medidas cautelares requeridas nestes feitos, consistentes na suspensão da eficácia do ato normativo impugnado. De acordo com o órgão ministerial, a Emenda Constitucional objeto de controle não violaria o núcleo essencial de qualquer uma das cláusulas pétreas e, tampouco, esvaziaria a densidade normativa de nenhum direito fundamental.¹⁰

Além de ter mobilizado o cenário jurídico-político nacional, a EC n. 95/2016 também chamou a atenção de observadores internacionais. Philip Alston, relator especial da Organização das Nações Unidas (ONU) para extrema pobreza e direitos humanos, criticou severamente a medida por considerá-la radical e sem compaixão, principalmente, para com os mais pobres. Alston afirmou também que a medida constitui uma violação de

⁷ A decisão monocrática proferida pelo Min. Luís Roberto Barroso em sede liminar está disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34448.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

⁸ A decisão que extinguiu o feito sem resolução do mérito se encontra disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+34448%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/jt3xuuc>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

⁹ A Nota Técnica PGR/SRI n. 82/2016 está inteiramente disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgp/documentos/nota-tecnica-pgr-sri-no-082-2016-pgr-00290609-2016.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

¹⁰ Os pareceres estão completamente disponíveis em: <<http://www.mpf.mp.br/pgp/noticias-pgr/emenda-constitucional-95-2016-nao-ferre-a-carta-magna-nem-esvazia-direitos-fundamentais-opina-pgr>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

obrigações internacionais do Brasil e que vai atar as mãos dos futuros governantes. Alston apontou, ainda, que a adoção da medida proposta pelo governo Temer representaria um retrocesso nas políticas de proteção social adotadas com sucesso pelo Brasil nos últimos anos, destacando a preocupação do Estado brasileiro em promover políticas para a erradicação da pobreza e para o reconhecimento dos direitos à educação, saúde, trabalho e segurança social.¹¹

Considerando a força normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como as obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro, Roznai e Kreuz (2018, p. 35-56) sustentam que, além de inconstitucional, a EC n. 95/2016 também seria contrária aos compromissos internacionais assumidos pelo país. Nesse sentido, advogam a possibilidade de controle de convencionalidade do referido ato normativo como alternativa ao controle de constitucionalidade que pode ser realizado em relação à Emenda.

Em sendo assim, criou-se um ambiente propício para o estudo da compatibilidade da EC n. 95/2016 com a Constituição de 1988.¹² Em outras palavras, criou-se um ambiente teórico favorável para que os fundamentos e os limites ao poder de reforma da Constituição sejam revisitados.¹³ Dessa maneira, considerando as objeções sobre a constitucionalidade da EC n. 95/2016, bem como o conceito de

¹¹ Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/brasil-teto-de-20-anos-para-o-gasto-publico-violara-direitos-humanos-alerta-relator-da-onu/>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

¹² Para fins deste trabalho, considera-se a constituição em seu sentido moderno, isto é, como “documento escrito, datado e assinado no tempo histórico, fundamento último e, mais ou menos tangível, de validade do ordenamento jurídico positivo e ponto de partida para o exercício do poder político” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2014, p. 90-91). Para uma abordagem da operacionalidade dos sistemas constitucionais no contexto do constitucionalismo moderno, veja-se: McIlwain (1975, p. 115-136). Um esclarecimento quanto à utilização do termo constituição se faz necessário. Quando o termo for empregado de modo genérico, sem particularizar de qual constituição se está a falar, utilizar-se-á o termo com a letra “c” minúscula. Quando se fizer referência a uma constituição específica de algum país o termo será escrito com a letra “C”, maiúscula.

¹³ Considera-se o poder de reforma como gênero que abarca diferentes meios de alteração da constituição, a saber, os processos de emenda e de revisão constitucional (HORTA, 1994, p. 45-46). Referida classificação é, inclusive, a adotada pela Constituição brasileira de 1988 (BRANDÃO; SARLET, 2013, p. 2.374). A doutrina constitucional diferencia as alterações constitucionais mais amplas das menos amplas, chamando as primeiras de revisão constitucional e as últimas de emenda constitucional (LUTZ, 1996, p. 356). Referidas modalidades de alteração da constituição são consideradas mecanismos de mudança formal, pois seus procedimentos encontram previsão expressa no texto constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 1.059).

desmembramento constitucional criado por Albert (2018), o presente trabalho se destinará a demonstrar como referida Emenda é contrária ao projeto constituinte inaugurado em 1988 e como ela se enquadra no conceito criado por Albert. Sustenta-se que referida emenda transbordou os limites estabelecidos para o processo de reforma da Constituição, razão pela qual a mesma está eivada da pecha da inconstitucionalidade sendo, portanto, incompatível com a Constituição brasileira de 1988.

2. Emendas constitucionais e Direito Constitucional Comparado

No âmbito do Direito Constitucional Comparado, importantes estudos têm sido desenvolvidos no campo das emendas constitucionais. Tem-se apontado que o debate sobre o poder de reforma é “o espaço em que o direito, a política, a história e a filosofia se encontram” (ANDENAS, *apud*, ROZNAI, 2014, p. 13).¹⁴ Neste mesmo sentido, costuma-se dizer que as emendas à constituição estão diretamente relacionadas aos princípios mais fundamentais de uma determinada estrutura constitucional (ALBERT, 2013, p. 225-281).

De acordo com Ginsburg e Melton (2015, p. 689), “cerca de trinta constituições são emendadas por ano ao redor do mundo”.¹⁵ Segundo os autores, a nível global, o número de emendas constitucionais tem crescido frequentemente desde a segunda metade do século XX,¹⁶ não obstante o processo de reforma do texto constitucional ter ficado mais difícil, principalmente, entre os anos de 1970 e 1980, período no qual boa parte das constituições passou a exigir maiorias qualificadas nos órgãos do Poder Legislativo e aprovação popular via referendo para que as emendas fossem aprovadas.

¹⁴ Tradução livre de: “[...] the space in which law, politics, history and philosophy meet” (ANDENAS, *apud*, ROZNAI, 2014, p. 13).

¹⁵ Tradução livre de: “At present, approximately thirty constitutions are amended each year” (GINSBURG; MELTON, 2015, p. 689).

¹⁶ Assim como explicitado na nota de rodapé n. 12, a expressão “emenda constitucional” será escrita totalmente em letras minúsculas quando não se estiver referindo a alguma emenda constitucional específica. Neste último caso, a primeira letra “e” da palavra “emenda” e a primeira letra “c” da palavra “constitucional” serão escritas com letra maiúscula.

O assunto, portanto, vem se mostrando relevante, mormente em solo pátrio em que a Constituição de 1988 passou por 99 emendas em seus 30 anos de vigência.¹⁷ Em virtude disso, Ginsburg e Melton (2015, p. 615) caracterizam a Constituição brasileira como um exemplo daquilo que denominam de *statutory constitution*, isto é, como uma constituição que conta com limites flexíveis de emenda, que regulamenta detalhadamente uma série de matérias e que é alterada quase todos os anos. Os autores apontam que essas constituições têm a virtude de serem frequentemente alteradas através de mecanismos internos, evitando-se a rota mais onerosa de substituição total.

Em estudo anterior, realizado em coautoria com Zachary Elkins, referidos autores apresentaram um modelo de constituição que consideraram desejável para assegurar a maior longevidade de uma ordem constitucional apontando, inclusive, a Constituição brasileira de 1988 como um caso de sucesso (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 65-92). Para eles, a inclusão, compreendida como a “amplitude da participação popular na formulação do projeto constitucional e na execução contínua do mesmo” (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 78),¹⁸ associada à flexibilidade, isto é, à capacidade da “constituição se ajustar ao surgimento de novas forças sociais e políticas” (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 82)¹⁹ e à especificidade, que “se refere ao nível de detalhe das disposições constitucionais e ao número de matérias versadas no documento” (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 84),²⁰ forneceriam um modelo constitucional longo e, portanto, capaz de superar a expectativa de vida média das constituições.

¹⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

¹⁸ Tradução livre de: “Inclusion refers to the breadth of participation in formulating the constitutional agreement and in the ongoing enforcement of it” (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 78).

¹⁹ Tradução livre de: “Flexibility allows the constitution to adjust to the emergence of new social and political forces” (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 82).

²⁰ Tradução livre de: “Specificity refers to the level of detail in the constitution and the scope of topics that the document covers” (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 84).

Apesar disso, há aqueles para os quais o elevado número de emendas pode significar que a constituição não é vista como uma lei superior, tendo seu papel confundido com o da legislação ordinária (LUTZ, 1996, p. 246). No Brasil, denomina-se o fenômeno de *emendismo constitucional* (KUBLISCKAS, 2009, p. 169), chegando-se a afirmar que o país vive uma agenda constituinte permanente (COUTO, 2006, p. 41). Por outro lado, há quem sustente que o elevado número de emendas constitucionais na experiência brasileira sugere que tanto a sociedade quanto o sistema político rejeitam ações feitas completamente à margem da Constituição. Nesta perspectiva, caso a Constituição de 1988 fosse “desimportante, as ações políticas desejadas pelos grupos hegemônicos seriam simplesmente adotadas à sua margem, sem que os agentes interessados sequer tivessem que canalizar previamente a sua energia no afã de alterar o texto constitucional” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 283).

De todo modo, tem-se preocupado cada vez mais com o conteúdo das emendas às constituições e, portanto, com sua compatibilidade com a ordem constitucional estabelecida. David Landau (2013, p. 189-260), por exemplo, observa que o constitucionalismo está sendo utilizado como ferramenta para enfraquecer a democracia. Nesse sentido, para o autor, regimes autoritários estão recorrendo aos mecanismos de emenda à constituição e à substituição constitucional para auxiliá-los a construir uma ordem constitucional mais autoritária. Dessa maneira, referidos atores estariam utilizando das possibilidades oferecidas pelo constitucionalismo para miná-lo. É o que o autor denomina de *constitucionalismo abusivo*.

Para Landau (2013, p. 195), o constitucionalismo abusivo corresponderia ao “uso de mecanismos de mudança constitucional, a fim de tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes”.²¹ Segundo o autor, “nesses regimes, os atores e forças políticas dominantes tendem a controlar não apenas os ramos do governo, mas também os mecanismos de responsabilização horizontal que devem fiscalizar os atores

²¹ Tradução livre de: “I define ‘abusive constitutionalism’ as the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before” (LANDAU, 2013, p. 195).

políticos” (LANDAU, 2013, p. 200).²² Nesse sentido, Landau observa que, por meio de emendas à constituição, atores políticos descompromissados com a democracia têm promovido alterações nos textos constitucionais visando estender seus mandatos, extinguir instituições como as cortes ou mesmo reduzir as competências daquelas.

Landau e Dixon (2015, p. 08) apontam que no campo do Direito Constitucional Comparado, tradicionalmente, costuma-se aceitar a existência de mecanismos de controle procedimental do processo de emenda à constituição e que, apenas recentemente, tem-se adotado restrições de ordem substancial a referidos processos.²³ No mesmo sentido, Roznai (2013, p. 660) afirma que “parece que a tendência global está se movendo no sentido de aceitar a ideia de limitações – explícitas ou implícitas – no poder de emenda à constituição”.²⁴ Roznai (2014, p. 28) indica um aumento gradual do número de constituições com limitações materiais ao poder de reforma tomando como marco inicial para sua análise o ano de 1789. O autor também indica que, a partir do segundo pós-guerra, assistiu-se a um aumento da complexidade das cláusulas constitucionais que estabelecem limites materiais ao poder de reforma da constituição (ROZNAI, 2014, p. 28). Dessa maneira, tem-se apontado que a tese das emendas constitucionais inconstitucionais seria algo que faria parte daquilo que se considera *constitucionalismo transnacional* (JACKSON, 2010, p. 08-14). Albert (2018, p. 15) afirma que “a doutrina da emenda constitucional inconstitucional tem viajado pelo mundo, desde suas bases políticas na França e nos Estados Unidos, passando por suas origens doutrinárias na

²² Tradução livre de: “in these regimes the dominant political actors and forces tend to control not only the branches of government, but also the mechanisms of horizontal accountability that are supposed to check political actors” (LANDAU, 2013, p. 200).

²³ Para os autores, “as limitações de ordem procedimental se referem à determinação das regras (supermaioriais, restrições temporais, etc.) que uma emenda deve obedecer para ser válida; Em vez disso, as limitações substanciais excluem uma série de matérias do âmbito do poder de reforma da constituição, independentemente do procedimento adotado na realização da alteração” (LANDAU; DIXON, 2015, p. 08). Tradução livre de: “Procedural restrictions focus on determining the rules (supermajorities, temporal restrictions, etc.) that an amendment must clear in order to be valid; substantive restrictions instead define a range of matters as being outside of the amendment power, regardless of the procedure that is followed in undertaking the amendment” (LANDAU; DIXON, 2015, p. 08).

²⁴ Tradução livre de: “It appears that the global trend is moving towards accepting the idea of limitations--explicit or implicit--on constitutional amendment power” (ROZNAI, 2013, p. 660).

Alemanha, até sua aplicação prática nos Estados constitucionais em quase todas as regiões do mundo”.²⁵

Pois bem, nesse rico ambiente teórico, Richard Albert (2018) propõe a criação de um novo conceito no âmbito dos estudos sobre as emendas constitucionais, a saber, a noção de *desmembramento constitucional*. Albert (2018) observa que, cada vez mais, tem se tornado comum a promulgação de emendas constitucionais que fazem mais do que reparar ou aprimorar alguma disposição constitucional à luz das novas demandas surgidas no seio da sociedade. Para ele, haveria casos em que as emendas constitucionais estariam extrapolando os limites estabelecidos pelo poder constituinte originário para alteração das constituições, uma vez que, por meio do processo formal de reforma da constituição, determinados atores políticos estariam, na verdade, rompendo com a ordem constitucional estabelecida.

3. EC n. 95/2016: origem e fundamentos

É preciso destacar que a tentativa de impor um limite às despesas públicas foi uma das medidas lançadas pelo partido do Presidente Temer em dezembro de 2015 no documento denominado *Uma ponte para o futuro*.²⁶ O documento foi lançado durante o Congresso Nacional da Fundação Ulysses Guimarães, uma instituição privada, sem fins lucrativos e criada pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) – atualmente denominado Movimento Democrático Brasileiro (MDB) –²⁷ para realizar doutrinação programática e educação política para a cidadania.²⁸

²⁵ Tradução livre de: “The doctrine of unconstitutional constitutional amendment has traveled the globe, from its political foundations in France and the United States, to its doctrinal origins in Germany, to its practical application in constitutional States in nearly every region of the world” (ALBERT, 2018, p. 15).

²⁶ Disponível em: <<https://www.fundacaulysses.org.br/wp-content/uploads/2016/11/UMA-PONTE-PARA-O-FUTURO.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

²⁷ Em sessão administrativa realizada em 15 de maio de 2018, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por unanimidade, aprovou a mudança do nome e da sigla do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) para Movimento Democrático Brasileiro (MDB). Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Maio/aprovada-mudanca-do-nome-do-partido-do-movimento-democratico-brasileiro-pmdb>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

²⁸ Cf. Os artigos 1º e 3º do Estatuto da Fundação Ulysses Guimarães. Disponível em: <<https://www.fundacaulysses.org.br/wp-content/uploads/img-pdf/1462900686-estatuto-fug.pdf>>. Acesso em 20 mai. 2018.

Referido documento aponta para a necessidade de se recuperar as taxas de crescimento em níveis próximos aos observados no decorrer do século XX “numa trajetória realista que leve em conta a necessidade preliminar de reconstituirmos o Estado brasileiro, para que ele volte a ser como foi no passado” (PMDB, 2015, p. 4). Um ponto imprescindível para a retomada do crescimento econômico, nos termos pretendidos pelo documento, seria o enfrentamento do denominado “problema fiscal” (PMDB, 2015, p. 6). Para enfrentá-lo, seria preciso “mudar leis e até mesmo normas constitucionais, sem o que a crise fiscal voltará sempre, e cada vez mais intratável, até chegarmos finalmente a uma espécie de colapso” (PMDB, 2015, p. 6).

A “ponte para o futuro” pretendida pelo PMDB afirmava, ainda, que o déficit nas contas públicas seria produto das despesas obrigatórias, seja por vinculação constitucional, seja por indexação obrigatória de valores. A solução apresentada para “atingir o equilíbrio das contas públicas, sem aumento de impostos” seria “devolver ao orçamento anual a sua autonomia” para “acabar com as vinculações constitucionais estabelecidas, como no caso dos gastos com saúde e com educação, em razão do receio de que o Executivo pudesse contingenciar, ou mesmo cortar esses gastos em caso de necessidade” (PMDB, 2015, p. 9).

Sendo assim, considera fundamental “construir uma trajetória de equilíbrio fiscal duradouro, com superávit operacional e a redução progressiva do endividamento público” e “estabelecer um limite para as despesas de custeio inferior ao crescimento do PIB, através de lei, após serem eliminadas as vinculações e as indexações que engessam o orçamento” (PMDB, 2015, p. 19). Essas ideias inspiraram Henrique de Campos Meirelles e Dyogo Henrique de Oliveira, membros da equipe econômica do governo Temer, a elaborar uma proposta de emenda à constituição, para instituir um Novo Regime Fiscal a partir da alteração de normas do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).²⁹ Vale destacar que

²⁹ Cf. Justificativa que acompanhou a Proposta de Emenda à Constituição encaminhada por Henrique Meirelles e Dyogo Oliveira ao Presidente Michel Temer. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_

Meirelles, até então Ministro da Fazenda do governo Temer, afirmou em entrevista que a denominada “desvinculação das despesas obrigatórias com saúde e educação” seria “parte fundamental e estrutural” do novo regime fiscal.³⁰

Na mensagem encaminhada ao Congresso, constata-se que a justificativa da proposta seria o “déficit público gerado supostamente pelo governo anterior, que teria gastado demais, gerando a necessidade de um ajuste fiscal, cuja opção foi tomada por meio do corte e limite dos gastos públicos [...] para se atingir o chamado superávit primário” (MARIANO, 2017, p. 267). Em verdade, como bem sustentam Roznai e Kreuz (2018, p. 40), “essa mudança constitucional representa, afinal, a reação dos setores conservadores políticos e econômicos da sociedade brasileira, que nunca aceitou uma constituição que pretendia estabelecer um Estado Social no Brasil”.³¹

A medida proposta pelo governo federal e aprovada pelo Congresso visa impor um limite aos gastos primários da União, em montante correspondente aos gastos ocorridos no exercício financeiro anterior corrigidos, contudo, pela inflação medida pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). Referido teto irá vigor por vinte anos, mas, a partir do décimo ano, poderá ser alterado por iniciativa do Presidente da República, por meio de propositura de lei complementar. Com isso, será fixado um limite para a despesa primária total, para cada exercício financeiro, do Poder Executivo, do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União, nos termos da nova redação conferida ao art. 107 incisos I a V, do ADCT.

Além disso, é preciso destacar que estão vedados aumentos reais do limite de gastos o que, por sua vez, deverá corresponder ao valor referente

mostrarintegra.jsessionid=7092F1F67571E7B82E8274C9FAD15542.proposicoesWebExternoi?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016. Acesso em: 20 mai. 2018.

³⁰ Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2016/05/24/limites-com-educacao-e-saude-irao-a-congresso-em-2-semanas-diz-meirelles.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

³¹ Tradução livre de: “This constitutional change represents, after all, the reaction of the conservative political and economic sectors of Brazilian society, who never accepted a constitution that intended to establish a Social State in Brazil” (ROZNAI; KREUZ, 2018, p. 40).

ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Aplicado – IPCA. Isso quer dizer que apenas aumentos nominais serão possíveis.

As regras do novo regime não permitem, assim, o crescimento das despesas totais e reais do governo acima da inflação, nem mesmo se a economia estiver bem, o que diferencia o caso brasileiro de outras experiências estrangeiras que adotaram o teto de gastos públicos. Somente será possível aumentar os investimentos em uma área desde que sejam feitos cortes em outras. As novas regras desconsideram, portanto, as taxas de crescimento econômico, como também as demográficas pelos próximos 20 (vinte) anos, o que (e aqui já antecipando a nossa crítica a respeito), poderá levar ao sucateamento das políticas sociais, especialmente nas áreas da saúde e educação, pondo em risco por completo a qualidade de vida da população brasileira.

Fixado o teto uma única vez, isso vinculará todos os fenômenos administrativos que ocorrerem nas várias unidades, órgãos e pessoas administrativas acima citadas, pelos próximos 20 (vinte) anos, o que, obviamente, impedirá os investimentos necessários à manutenção e expansão dos serviços públicos, incorporação de inovações tecnológicas, aumentos de remuneração, contratação de pessoal, reestruturação de carreiras, o que se faz necessário em virtude do crescimento demográfico, e sobretudo em razão dos objetivos e fundamentos constitucionais, que direcionam um projeto constituinte de um Estado de Bem Estar Social. O novo regime fiscal suspende, por consequência, o projeto constituinte de 1988, e retira dos próximos governantes a autonomia sobre o orçamento, salvo se houver, no futuro, em uma nova gestão, outra proposta de emenda constitucional em sentido contrário. Retira também do cidadão brasileiro o direito de escolher, a cada eleição, o programa de governo traduzido no orçamento e, com isso, decidir pelas políticas públicas prioritárias para o desenvolvimento econômico (MARIANO, 2017, p. 261).

Da leitura do § 6º, do art. 107, do ADCT, é possível vislumbrar que estão excluídos do teto de gastos imposto pela EC n. 95/2016 as transferências constitucionais relativas (i) à participação dos Estados e Municípios no produto da exploração de petróleo e gás natural; (ii) à repartição das receitas tributárias; (iii) às cotas estaduais e municipais da contribuição social do salário-educação; (iv) às despesas relativas aos serviços da polícia civil, polícia militar, bombeiros e demais serviços públicos

do Distrito Federal; (v) à complementação das cotas do salário-educação do DF e Estados caso o número de alunos não atinja o limite necessário; (vi) aos créditos extraordinários abertos para atender a para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública; (vii) às despesas com a realização de eleições pela justiça eleitoral; (viii) às outras transferências obrigatórias derivadas de lei que sejam apuradas em função de receitas vinculadas; e (ix) às despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes.

Nesse sentido, da nova redação conferida ao § 6º, do art. 107, do ADCT, pode-se dizer “não foram excluídos do teto o pagamento de juros e amortizações da dívida pública, que podem se avolumar livremente” (MARIANO, 2017, p. 262). Além disso, “também não foram excluídos do teto, no Brasil, os percentuais obrigatórios de gastos com a saúde e educação. A Constituição, como se sabe, exige que os governos apliquem um percentual mínimo de sua receita em educação e saúde” (MARIANO, 2017, p. 262).

Pois bem, em sendo assim, “não deveria ser preciso dizer que isso é inconstitucional, pois atenta contra a lógica principiológica da vedação ao retrocesso social, consubstanciada no plano do direito positivo, no rol das cláusulas pétreas constitucionais do § 4º do art. 6º” (MARIANO, 2017, p. 263). É o que se pretende demonstrar no presente trabalho com auxílio do desmembramento constitucional de Richard Albert (2018).

4. O poder constituinte derivado de reforma como produto do constitucionalismo moderno

O ano de 1789 é de importância singular para o constitucionalismo moderno nos dois lados do Atlântico. Como aponta Roznai (2013, p. 661), neste ano “se iniciou a Revolução Francesa com a adoção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, enquanto nos Estados Unidos a

Constituição entrou em vigor”.³² Além do mais, “é no interior dessas revoluções [francesa e americana] que deve ser buscado o surgimento, de maneira mais enfática, de um novo modo de relacionar as normas jurídicas e o poder político” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2014, p. 90).

É partir destes movimentos revolucionários que se atribuiu à constituição seu sentido moderno, ou seja, somente a partir de então é que surgiu o “conceito moderno de constituição como documento jurídico-político,³³ dotado de supralegalidade e pressuposto para o controle de constitucionalidade das leis” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2014, p. 90). Com efeito, foi nestes países que, respectivamente, emergiram as noções de poder constituinte, poder constituído, supremacia e rigidez constitucional.³⁴ Em outras palavras, pode-se dizer que os fundamentos ao poder de reforma da constituição emergiram destas experiências constitucionais.

Importante destacar, desde já, o excepcionalismo característico do constitucionalismo inglês. O amadurecimento das instituições estatais inglesas é fruto de um longo processo histórico que prescindiu até mesmo de uma constituição escrita, não obstante existirem documentos relevantes de natureza constitucional. Como afirma Canotilho (2003, p. 56), “a narrativa historicista explica como se chegou à *British Constitution*”. De acordo com o autor, “por constituição em sentido histórico entender-se-á o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social” (CANOTILHO, 2003, p. 53). A noção de uma constituição histórica é muito bem representada por Griffith (1979, p. 19) que, ao comentar o caso inglês, afirmou que “a constituição não é mais nem menos do que

³² Tradução livre de: “The year 1789 marks a crucial moment for the modern idea of constitutionalism: in France, the Revolution began and the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen was adopted, while in the United States the Constitution came into effect” (ROZNAI, 2013, p. 661)

³³ Vale ressaltar que até o advento destes movimentos revolucionários, o termo revolução “significaria até ali um movimento de retorno necessário a um ponto de partida. A partir de então, passaria a significar um movimento de ida em direção a algo novo. De uma temporalidade cíclica passava-se a uma temporalidade linear e direcionada ao futuro” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2014, p. 88).

³⁴ É importante destacar aqui a existência de diferentes usos do termo poder constituinte em momento anterior aos movimentos revolucionários francês e norte-americano. Cf. COLÓN-RÍOS, 2014, p. 306-336.

acontece. Tudo o que acontece é constitucional. E se nada acontecesse isso também seria constitucional”.³⁵

Por isso, costuma-se dizer que a Constituição inglesa é produto da sedimentação histórica dos direitos e da compreensão da necessidade de um governo limitado, moderado e racional. Charles McIlwain (1947, p. 15), ao comentar o excepcionalismo do caso inglês, estatui que “as limitações aos poderes estatais estiveram em operação mais ou menos efetiva desde os tempos medievais”³⁶ e que o fato de tais restrições não estarem corporificadas em um único documento não faria a experiência constitucional inglesa menos constitucional do que as experiências constitucionais francesa e norte-americana. Para o autor,

[...] a verdadeira razão pela qual a Inglaterra, provavelmente a mais constitucional das nações europeias modernas, também permaneceu a única cuja constituição nunca foi incorporada em um documento formal, não é que ela não tenha nenhuma constituição, como os franceses às vezes dizem, mas sim que as limitações ao domínio arbitrário tornaram-se tão firmemente fixadas na tradição nacional que nenhuma ameaça contra elas parecia séria o suficiente para justificar a adoção de um código formal. Desde que as constituições escritas entraram em voga no final do século XVIII, a Inglaterra nunca experimentou nenhuma das violentas mudanças que deram à França tantas constituições escritas sucessivas no século XIX (MCILWAIN, 1947, p. 15-16).³⁷

Tradicionalmente, costuma-se dizer que a Constituição inglesa é composta por convenções e leis constitucionais (BARROSO, 2015, p. 36). De acordo com Barroso (2015, p. 36-37), as primeiras seriam “práticas consolidadas ao longo dos séculos no exercício do poder político, incluindo

³⁵ Tradução livre de: “the constitution is no more and no less than what happens. Everything that happens is constitutional. And if nothing happened that would be constitutional also” (GRIFFITH, 1979, p. 19).

³⁶ Tradução livre de: “limitations on government have been in more or less effective operation since medieval times” (MCILWAIN, 1947, p. 15).

³⁷ Tradução livre de: “[...] the true reason why England, probably the most constitutional of modern European nations, has also remained the only one whose constitution has never been embodied in a formal document, is not that she has had no constitution, as the French sometimes say, but rather that limitations on arbitrary rule have become so firmly fixed in the national tradition that no threats against them have seemed serious enough to warrant the adoption of a formal code. Since written constitutions came into vogue in the late eighteenth century, England has never experienced any of the violent changes which gave France so many successive written constitutions in the nineteenth” (MCILWAIN, 1947, p. 15-16).

sua organização e a repartição de competências”. As segundas, por sua vez, seriam “atos do Parlamento e têm natureza constitucional não em razão da forma de votação, mas do seu conteúdo, por lidarem com matérias afeitas ao poder político e aos direitos fundamentais”.

As constituições não escritas ou históricas são as que não estão positivadas em um texto escrito único, editado em determinado momento da vida nacional. É um modelo que praticamente desapareceu, tendo o seu exemplo típico na Constituição britânica. Essa é composta por uma variedade de convenções constitucionais, por precedentes judiciais e também por documentos escritos que foram editados ao longo do tempo, dentre os quais a Carta Magna, o *Habeas Corpus Act* e a *Bill of Rights*. As constituições não escritas ou históricas são integradas, portanto, também por textos escritos, os quais, contudo, não se reduzem a um documento que abarque a totalidade ou, pelo menos, a maior parte da Constituição (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 56).

Dessa forma, a rigidez constitucional não se apresenta de uma maneira tão explícita naquela experiência constitucional. Costuma-se dizer que “a Constituição inglesa possui natureza flexível, podendo ser modificada por ato do Parlamento. Tal flexibilidade decorre [...] do princípio da supremacia parlamentar, conceito base da denominada democracia de *Westminster*” (BARROSO, 2015, p. 37), a ponto de se considerar que o princípio da soberania do Parlamento seria o princípio fundamental da Constituição inglesa (DICEY, *apud*, LEYLAND, 2012, p. 74-75).

Como observado por Dicey (1959, p. 40), o “Parlamento tem, sob a Constituição inglesa, o direito de fazer ou desfazer qualquer lei; e, além disso, nenhuma pessoa ou órgão possui capacidade para anular a legislação produzida pelo Parlamento”.³⁸ Dessa forma, como observado por Thomas Cooley (1880, p. 24), como o “Parlamento possui e exerce poder supremo, os atos normativos por ele elaborados serão considerados

³⁸ Tradução livre de: “Parliament has under the English constitution the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament” (DICEY, 1959, p. 40).

válidos mesmo quando entrarem em conflito com a Constituição devendo, portanto, operar como modificações ou emendas à Constituição”.³⁹

A ênfase no poder absoluto do Parlamento assume especial importância no caso inglês. A uma, porque como Blackstone (1863, p. 161) observou, “o Parlamento pode fazer tudo o que não é naturalmente impossível”.⁴⁰ A duas, porque um aspecto crucial da soberania do Parlamento é que as disposições de uma lei mais recente prevalecerão sobre as de uma mais antiga. Essa é a essência da doutrina da revogação implícita que decorre da proposição segundo a qual o Parlamento do passado não pode vincular seus sucessores (LEYLAND, 2012, p. 75).⁴¹ Com base nestas premissas teóricas, pode-se dizer que (i) o Parlamento pode criar e revogar qualquer lei; e (ii) nenhum outro órgão pode invalidar ou afastar qualquer ato normativo produzido pelo Parlamento.⁴² Por estas razões, a questão em torno de eventuais limites ao poder de reforma da Constituição não se apresentou como um dilema para o constitucionalismo inglês, pelo menos em seu primórdio. De qualquer maneira, o mesmo não pode ser dito da experiência francesa e norte-americana.

O constitucionalismo francês é tributário da formulação teórica de Emmanuel Sieyès (2001), cujos propósitos estão relacionados ao contexto histórico em que sua teoria fora gestada. No período anterior à Revolução Francesa, o terceiro estado, composto por aqueles que na França não gozavam de nenhum privilégio de classe (SIEYÈS 2001, p. 5), encontrava-se sufocado pelo Antigo Regime tendo que arcar com uma elevada carga

³⁹ Tradução livre de: “Parliament possesses and wields supreme power, and if therefore its enactments conflict with the Constitution, they are nevertheless valid, and must operate as modifications or amendments of it” (COOLEY, 1880, p. 24).

⁴⁰ Tradução livre de: “Parliament can do everything that is not naturally impossible” (BLACKSTONE, 1863, p. 161).

⁴¹ Tradução livre de: “a crucial aspect of the sovereignty of Parliament is that provisions in a more recent statute will prevail over those in an older statute. This is the essence of the doctrine of implied repeal and it would appear to follow from this proposition that Parliament cannot bind its successors. This limitation is because any pre-existing law can be superseded by an Act passed by a later Parliament” (LEYLAND, 2012, p. 75).

⁴² Vale destacar que, com a aprovação do *Human Rights Act* de 1998, passou-se a admitir a possibilidade do Poder Judiciário declarar a incompatibilidade de qualquer ato normativo elaborado pelo Parlamento quando o ato normativo objeto de controle for incompatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Além disso, em 2005, o *Constitutional Reform Act* criou uma Suprema Corte que passou a ocupar o topo da estrutura hierárquica do Poder Judiciário. Para um estudo do fenômeno da recente ascensão institucional do Poder Judiciário no constitucionalismo britânico, confira-se: DELANEY (2014, p. 543-606).

tributária para custear as despesas da Corte de Versalhes, um exército mercenário e as constantes guerras pela disputa da hegemonia europeia. A produção filosófica da época buscava justificar as transformações trazidas pela ascensão burguesa a partir das premissas de valorização do homem em sua singularidade trazidas pelo iluminismo.⁴³ É aí que emerge o pensamento de Emmanuel Sieyès que, às vésperas da Revolução, escreveu o livro *A constituinte burguesa – que é o Terceiro Estado?*⁴⁴

O que propunha Sieyès, no contexto que antecedeu o período da Revolução Francesa, era substituir o monarca absoluto por um ente de igual caráter: a Nação, entendida como um macro-sujeito, formado pela multidão do povo, desprovido de qualquer organização legal e acima de qualquer lei (SIEYÈS 2001, p. 45-58). A obra da Nação, isto é, o poder constituinte, além de permanente seria ilimitado, o que significa que a Nação não há de respeitar qualquer ordem anteriormente estabelecida à sua empreitada. Com isso, surge na França, as noções de poder constituinte e poder constituído. Como afirma Barroso (2015, p. 131), o próprio Sieyès, comemorando o feito de sua formulação teórica, sustentava que “uma ideia sã e proveitosa se estabeleceu em 1788: a divisão entre poder constituinte e poderes constituídos”.

Como aponta Roznai (2013, p. 664), “esses dois poderes existem em planos diferentes: o poder constituído existe apenas no Estado, inseparável de uma ordem constitucional preestabelecida, enquanto o poder constituinte está situado fora do Estado e existe sem ele”.⁴⁵ Em outras palavras, o poder constituinte “é o poder extraordinário de estabelecer a ordem constitucional de uma nação. É a expressão imediata da Nação e, portanto,

⁴³ Uma advertência se faz necessária. É preciso ressaltar que “a burguesia não esteve como artista solo no palco revolucionário. Se não é de todo errado dizer que suas reivindicações saíram como as principais vitoriosas daqueles anos, daí não decorre a conclusão de que os burgueses tenham sido os únicos atores daquela cena” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2014, p. 108).

⁴⁴ O papel dos filósofos na Revolução Francesa é muito bem destacado por Hobsbawm para quem “os ‘filósofos’ podem ser, com justiça, considerados responsáveis pela Revolução. Ela teria ocorrido sem eles; mas eles, provavelmente, constituíram a diferença entre um simples colapso de um velho regime e a sua substituição rápida e efetiva por um novo” (HOBSBAWN, 2008, p. 19).

⁴⁵ Tradução livre de: “These two powers exist on different planes: constituted power exists only in the state, inseparable from a pre-established constitutional order, while constituent power is situated outside the state and exists without it” (ROZNAI, 2013, p. 664).

seu representante. O poder constituído é o poder criado pela constituição, um poder ordinário que a Nação concede através do direito” (ROZNAI, 2013, p. 664).⁴⁶

Vale destacar que os primeiros anos do constitucionalismo francês foram marcados por uma acentuada instabilidade político-institucional refletida no elevado número de constituições adotadas pela França, ainda no final do século XVIII e no decorrer do século XIX. Isso porque, a ideia de Nação como corpo político acima de qualquer lei e cuja vontade era a própria lei possibilitava que, “todas as vezes que alguém conseguisse chegar a um lugar social que lhe permitisse falar supostamente em nome dela sua vontade seria manipulada de acordo com os ímpetos e desejos de quem a dizia representar” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2014, p. 108). Sendo a Nação a fonte tanto da autoridade quanto do poder político (CATTONI DE OLIVEIRA, 2014, p. 107-108), a solução para os impasses políticos na França foi, diferentemente do que se passou no caso norte-americano,⁴⁷ tradicionalmente buscada através da manifestação do poder constituinte originário.

Apesar de a teoria do poder constituinte ter sido elaborada no contexto do constitucionalismo francês, a “ideia do povo como titular do poder constituinte é familiar ao constitucionalismo norte-americano” (GRIFFIN, 2007, p. 49).⁴⁸ Thomas Paine, por exemplo, afirmava que “a constituição de um país não é um ato normativo editado por algum dos poderes constituídos, mas do próprio povo criando os poderes constituídos” (PAINE, *apud*, HOLMES, 2012, p. 192).⁴⁹ O argumento que conferiu supremacia à Constituição, já no momento de sua elaboração, era a compreensão no sentido de que a Convenção Constitucional foi um órgão político especial que expressou e operacionalizou a soberania popular com o único

⁴⁶ Tradução livre de: “Constituent power is the extraordinary power to establish the constitutional order of a nation. It is the immediate expression of the nation and thus its representative. Constituted power is the power created by the constitution, an ordinary power that the nation grants through positive Law” (ROZNAI, 2013, p. 664).

⁴⁷ Para uma análise do período em língua portuguesa, Cf. Bailyn (2003); Paixão (2011).

⁴⁸ Tradução livre de: “The idea of the people as constituent power, as the active creators of the constitutional order, is familiar in American constitutionalism” (GRIFFIN, 2007, p. 49).

⁴⁹ Tradução livre de: “The constitution of a country is not the act of its government, but of the people constituting its government” (PAINE, *apud*, HOLMES, 2012, p. 192).

propósito de criar uma Constituição para o povo norte-americano, razão pela qual, pode-se dizer que “a Convenção conferiu à Constituição o status de lei suprema” (GRIFFIN, 2007, p. 49).⁵⁰

Neste exato ponto, reside talvez a maior diferença entre as revoluções e os constitucionalismos na França e Estados Unidos, ao menos no que aqui nos interessa: na primeira, o poder constituinte ligava-se a uma unidade política capaz de querer, chamada Nação; na segunda, esse poder aparece ligado a um conjunto inviolável de leis, chamado constituição. Na América, a constituição foi entendida tanto como expressão textual da ordem constituída quanto como ato de constituir uma nova república. Se para os franceses a constituição era apenas norma de restrição a um governo e não vinculava a Nação que a elaborara, para os americanos, a constituição era um documento que expressava o ato de constituição de um novo Estado, de modo que não significava apenas limite ao poder, mas também condição de possibilidade para seu exercício legítimo em prol da expansão dos alicerces da república. A constituição não somente restringia o governo, mas vinculava, unia, constituía o povo que a elaborara ao fundar o corpo político de que fazia parte (CATTONI DE OLIVEIRA, 2014, p. 117-118).

Isso ficou claro quando, em *Marbury v. Madison*,⁵¹ o Chief Justice Marshall consignou que todos os que participaram do processo de elaboração da Constituição a concebiam como a lei fundamental e suprema da nação. Para Marshall, a Constituição, como lei suprema da nação, sempre deveria prevalecer quando estivesse em conflito com alguma norma infraconstitucional, pois, caso contrário, ela em nada se diferenciaria da legislação ordinária. Bastaria ao Congresso elaborar uma lei por meio do procedimento previsto constitucionalmente para superar uma disposição constitucional assim que bem lhe apetecesse. Como anota Fernandes (2015, p. 37), Marshall estava ciente de que ao retirar o caráter supremo da Constituição ela “estaria, logo no início de sua vida, assinando sua sentença de morte, pois sempre que o parlamento resolvesse modificá-la, ele conseguiria”. Em sendo assim, é que, a

⁵⁰ Tradução livre de: “the convention gave the Constitution the status of supreme law” (GRIFFIN, 2007, p. 49).

⁵¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803).

partir de *Marbury v. Madison*, extrai-se a doutrina da supremacia da constituição (BARROSO, 2016, p. 25-33; FERNANDES, 2015, p. 37).

Nos primeiros anos pós-independência, a Constituição do Estado da Virgínia, primeira Constituição estadual dos Estados Unidos da América, não continha qualquer previsão sobre os mecanismos de reforma da Constituição. No entanto, como demonstra Loughlin (2010, p. 280-281), consideráveis avanços foram observados entre os anos de 1776 e 1783, período no qual as constituições estaduais que foram sendo editadas passaram a conter previsões expressas regulamentando seu processo de alteração.⁵² Exemplos neste sentido são as Constituições dos Estados de Nova Jérsei e Delaware, ambas de 1776.⁵³ Como demonstra Roznai (2014, p. 10), no mencionado período, além das Constituições dos Estados de Nova Jérsei e Delaware, as Constituições dos Estados da Pensilvânia e de Maryland de 1776, da Geórgia e de Vermont de 1777 e de Massachussetts de 1780 também estabeleceram procedimentos para sua reforma contando, inclusive, com a previsão de limites materiais.⁵⁴

Ao tempo da Convenção Constitucional de 1787 parecia claro que a Constituição dos Estados Unidos necessitaria prever a possibilidade de sua reforma. Como demonstra Roznai (2014, p. 10), Edmund Randolph, delegado convencional do estado da Virgínia, apresentou o projeto denominado *Virginia Plan*, que continha previsão autorizando reformas à Constituição sempre que fosse necessário. No mesmo sentido, George Mason sustentava que “seria melhor prever mecanismos de reforma da Constituição de maneira fácil, regular e constitucional, do que confiar no acaso e na violência” (ROZNAI, 2014, p. 10-11),⁵⁵ pois uma previsão neste

⁵² Cf. Kruman (1999, p. 83-85).

⁵³ O inteiro teor destas constituições está inteiramente disponível na internet. Para acesso à Constituição do Estado da Nova Jersey, Cf. <http://www.state.nj.us/njfact/njdoc10a.htm>. Acesso em: 02/05/2018. Por outro lado, para acesso à Constituição do Estado de Delaware, Cf. http://avalon.law.yale.edu/18th_century/deo2.asp. Acesso em: 02 mai. 2018.

⁵⁴ Para uma visão do processo de reforma das Constituições estaduais norte-americanas, confira-se Lutz (1996, p. 355-370).

⁵⁵ Tradução livre de: “amendments therefore will be necessary, and it will be better to provide for them, in an easy, regular and Constitutional way than to trust to chance and violence” (ROZNAI, 2014, p. 10-11).

sentido “permitiria à Constituição resistir ao teste do tempo. Tal mecanismo era necessário, especialmente à luz do processo de emenda quase impossível dos Artigos da Confederação que exigia aprovação unânime dos Estados” (ROZNAI, 2014, p. 10-11).⁵⁶

James Madison sintetiza muito bem o resultado de toda essa deliberação envolvendo a necessidade de adoção de mecanismos de reforma da Constituição ao afirmar, no artigo 43 de *O Federalista*, que, seria preciso rejeitar tanto uma cláusula que possibilitasse alterar o texto constitucional com extrema facilidade, quanto uma que tornasse o processo de alteração da Constituição extremamente difícil a ponto de perpetuar suas falhas eventualmente descobertas pelas gerações futuras (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 267-276). Referido entendimento foi consagrado no artigo V da recém elaborada Constituição dos Estados Unidos da América que estabelece o procedimento bem como os limites para reforma da Constituição.

[Madison] não defendeu uma Constituição inalterável. Ele simplesmente queria que o processo de emenda fosse complexo e demorado, exigindo não uma maioria simples, mas sim uma sequência de maiorias extraordinárias em diferentes órgãos da estrutura estatal ao longo de um período. Em outras palavras, ele não buscou a permanência absoluta, mas apenas uma permanência relativa (HOLMES, 1999, p. 240).⁵⁷

Desta distinção entre poder constituinte e poder constituído é que surgem as exigências de limitação ao poder de reforma da constituição. Ora, como o poder constituinte seria um poder extraordinário, normalmente exercido em momentos revolucionários e sem qualquer constrangimento legal, os poderes por ele conferidos aos poderes

⁵⁶ Tradução livre de: “would allow the Constitution to stand the test of time. Such a mechanism was required, especially in light of the Articles of Confederation’s almost impossible amendment process - the requirement of states’ unanimity” (ROZNAI, 2014, p. 10-11).

⁵⁷ Tradução livre de: “[Madison] No quiso marginar las reglas básicas de toda crítica y reforma; no abogó por una Constitución inalterable. Quiso simplemente que el proceso de enmienda fuese complejo y dilatado, requiriendo no una mayoría sencilla sino, más bien, una secuencia de mayorías extraordinarias en varios organismos a lo largo de todo un período. En otras palabras, no buscó una permanencia absoluta sino sólo una permanencia relativa” (HOLMES, 1999, p. 240).

constituídos não deveriam ser exercidos para além dos limites estabelecidos pela constituição e pela ordem jurídico-política estabelecida. Dessa maneira, os limites ao poder de reforma da constituição “reflete[m] a teoria de que qualquer exercício do poder de reforma – estabelecido pela constituição e decorrente dela – deve obedecer às regras e proibições estipuladas na constituição” (ROZNAI, 2013, p. 665).⁵⁸

Em suma, o poder de reforma é limitado pela própria constituição que o instituiu, razão pela qual lhe é vedado arvorar-se em poder constituinte originário para substituir uma constituição a pretexto de estar alterando-a, atualizando-a ou garantindo-a. McIlwain (1947) exprime bem essa ideia ao comentar a relação existente entre poder constituinte e poder constituído. Para o autor, se o poder constituinte cria o poder constituído e delimita os legítimos espaços de atuação deste, a única conclusão a que se poderia chegar é que “o poder constituído não pode exercer quaisquer poderes que não estejam enumerados” (MCILWAIN, 1947, p. 21).⁵⁹ Tudo isso tendo em vista que “a principal característica do constitucionalismo é a limitação do exercício do poder político pelo Direito” (MCILWAIN, 1947, p. 21).⁶⁰ Esta fórmula foi apontada como uma das principais contribuições norte-americanas para a ciência política (SHEIPS, 1951, p. 48).⁶¹

Não obstante isso, no debate constitucional norte-americano, há quem sustente a irrelevância dos procedimentos formais de reforma da Constituição. O argumento é no sentido de que, naquele país, a maior parte das alterações da Constituição se dá por vias informais. Strauss (2001, p. 1.459), por exemplo, afirma que “as emendas constitucionais não têm sido um meio importante de mudar a ordem constitucional”⁶² norte-

⁵⁸ Tradução livre de: “The explicit limitation on constitutional amendments reflects the theory that any exercise of the amendment power—established by the constitution and deriving from it—must abide by the rules and prohibitions stipulated in the constitution” (ROZNAI, 2013, p. 665).

⁵⁹ Tradução livre de: “government cannot exercise any powers not so enumerated” (MCILWAIN, 1947, p. 21).

⁶⁰ Tradução livre de: “constitutionalism has one essential quality: it is a legal limitation on government” (MCILWAIN, 1947, p. 21).

⁶¹ Tradução livre de: “one of America’s principal contributions to political science is the idea that provision should be made for making legal changes in basic Law” (SHEIPS, 1951, p. 48).

⁶² Tradução livre de: “constitutional amendments have not been an important means of changing the constitutional order” (STRAUSS, 2001, p. 1.459).

americana. Segundo este autor, as “emendas à Constituição têm sido questões periféricas no processo de transformação do regime constitucional” (STRAUSS, 2001, p. 1.460)⁶³ naquele país.

Para além do debate norte-americano, há aqueles, como Georg Jellinek, que sustentam que a questão das emendas constitucionais é menos interessante que a da transformação que ocorre fora do texto constitucional (JACOBSON; SCHLINK, 2002, p. 54-57). De qualquer maneira, é preciso reconhecer que o modelo consagrado pelo artigo V da Constituição norte-americana estabeleceu os “fundamentos da rigidez constitucional, organizou a técnica da emenda à constituição e ofereceu as primeiras manifestações da intangibilidade de matérias constitucionais” (HORTA, 1992, p. 05-06).

De fato, a previsão expressa da possibilidade de reforma do texto constitucional combinada com o estabelecimento de um procedimento mais dificultoso de alteração da constituição e de limites materiais, adotada pela Constituição norte-americana acabou prevalecendo mundo afora. A grande maioria das constituições em vigor conta com regras que disciplinam sua própria mudança. Como aponta Royo (2000, p. 179), todas as constituições editadas a partir de 1919 contaram com previsões deste tipo. Nesse sentido, pode-se dizer que a limitação ao poder de reforma da constituição se tornou um elemento comum a diversos arranjos institucionais ao redor mundo.

No que se refere às constituições republicanas brasileiras, constata-se que “é da nossa tradição a atribuição do exercício do poder de reforma constitucional ao Congresso Nacional, mas mediante um procedimento mais rigoroso do que o previsto para o processo legislativo ordinário” (BRANDÃO; SARLET, 2013, p. 2.375), principalmente, por meio da fixação de quóruns mais exigentes para a iniciativa e aprovação das propostas de reforma da constituição e pelo estabelecimento de outras exigências procedimentais. Dessa maneira, pode-se dizer que a rigidez constitucional é o traço característico das constituições republicanas brasileiras. Por outro

⁶³ Tradução livre de: “amendments to the text of the Constitution have been, at most, peripheral to the process of change in the constitutional regime” (STRAUSS, 2001, p. 1.460).

lado, vale ressaltar que, à exceção da Constituição de 1937, todas as demais constituições contaram com limites materiais ao poder de reforma o que, de certa maneira, também pode ser considerado um traço característico do constitucionalismo brasileiro.

4.1. Rigidez e supremacia constitucional como fundamentos do poder de reforma da constituição

Das experiências constitucionais que fundaram o constitucionalismo moderno, extraem-se os fundamentos para o processo de alteração formal da constituição. Na perspectiva francesa, a alteração da constituição está arraigada na teoria do poder constituinte elaborada por Sieyès (ALBERT, 2018, p. 11-13). Na matriz norte-americana, por sua vez, a consciência de que a Constituição expressava o ato de fundação de uma nova ordem jurídico-política trouxe consigo as noções de rigidez e supremacia constitucional. Estas são as bases teóricas das quais emanam os fundamentos para a limitação do poder de reforma da constituição.

Como as competências atribuídas aos poderes constituídos pelo poder constituinte somente podem ser exercidas nos exatos termos desta delegação, ou seja, por meio e no interior do ordenamento jurídico, tem-se alicerçada a base para a construção teórica daquilo que em doutrina se considera a supremacia constitucional. A supremacia constitucional reflete a posição hierárquico-superior da uma dada constituição em um dado sistema normativo. Nesse sentido, as leis infraconstitucionais somente poderão existir validamente neste sistema se tiverem sido elaboradas em conformidade com o procedimento previamente estabelecido pela constituição e se estiverem de acordo com as diretrizes e os preceitos desta ordem constitucional.

Os fundamentos para a supremacia constitucional são de duas ordens. O primeiro se liga ao conteúdo das normas constitucionais que, em virtude de sua relevância, exigem proteção contra maiorias eventuais e, até mesmo do legislador democraticamente eleito. O povo, ciente de suas

fragilidades e limitações, conferiria a este corpo de normas uma proteção superior, justamente porque traduziriam os princípios fundamentais de uma dada comunidade. O segundo fundamento para a supremacia constitucional reside na origem das normas constitucionais que, por sua vez, seriam produto de intensa mobilização popular em momentos extraordinários e destacados da história constitucional, pelo menos em condições ideais (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 23-29). Dessa forma, a supremacia constitucional protegeria as disposições constitucionais em face de eventuais abusos por parte da política ordinária.

Para assegurar proteção às disposições constitucionais em face da política ordinária, a rigidez constitucional exige que o processo legislativo para alteração de qualquer disposição constitucional seja mais dificultoso que o processo legislativo de alteração de uma lei infraconstitucional. Às constituições rígidas, assim consideradas aquelas que exigem um processo mais rigoroso para sua alteração, opõem-se as constituições flexíveis, ou seja, aquelas cujo procedimento para sua alteração é idêntico ao processo legislativo ordinário. A distinção entre constituição rígida e flexível é da lavra de James Bryce (1988), para quem a rigidez constitucional é uma característica das constituições modernas.

As constituições mais antigas podem ser consideradas flexíveis, porque possuem elasticidade, se adaptam e alteram suas formas sem perder suas características principais. As constituições mais modernas, por sua vez, não possuem esta característica porque sua estrutura é dura e fixa. Portanto, não há inconveniente em lhes chamar de constituições rígidas (BRYCE, 1988, p. 26).⁶⁴

Dessa maneira, uma constituição é flexível quando não existirem impedimentos para que a ordem constitucional estabelecida seja alterada pela via legislativa ordinária ou pela alteração de um costume constitucional, ao contrário do que se passa com as constituições rígidas. Como

⁶⁴ Tradução livre de: “Las constituciones de tipo más antiguo pueden llamar-se flexibles, porque poseen elasticidad y se adaptan y alteran sus formas sin perder sus caracteres principales. Las constituciones del tipo más moderno —añade— no poseen esta propiedad porque su estructura es dura y fija. Por lo tanto, no hay inconveniente en darles el nombre de constituciones rígidas” (BRYCE, 1988, p. 26).

intuitivo, Bryce (1988), classifica o sistema constitucional inglês como flexível, pois este pode ser alterado a qualquer momento pelo Parlamento. Por tal razão, “para Bryce, onde as constituições são flexíveis, a sua diferença em relação às normas ordinárias decorre da matéria versada, mas não da superioridade hierárquica tida como inexistente” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 56-57). Sendo assim, conforme já dito anteriormente, eventual conflito entre norma constitucional anterior e posterior se resolve não pelo critério hierárquico, mas sim, pelo critério cronológico. Este é o fundamento da teoria da revogação implícita. Logo, a norma constitucional posterior derroga a anterior se for contrária a esta.

Portanto, “da rigidez constitucional resulta a existência de um procedimento específico para reforma do texto constitucional, que há de ser mais complexo do que o adotado para aprovação da legislação ordinária” (BARROSO, 2015, p. 186). Este modelo, cujas origens históricas remontam ao constitucionalismo norte-americano, tornou-se mais frequente no mundo contemporâneo somente a partir da Segunda Guerra Mundial (BARROSO, 2015, p. 186). Seu objetivo é o de conceder estabilidade aos princípios fundamentais que compõem a estrutura básica do Estado, retirando das maiorias ocasionais a capacidade de alterá-los sem que haja apoio de uma maioria expressiva da sociedade.⁶⁵

Supremacia e rigidez constitucional constituem, dessa maneira, os fundamentos subjacentes ao processo de reforma da constituição. Como bem salientado por Willian Marbury ainda no início do século XX, considerando a rigidez bem como a supremacia constitucional, “pode-se afirmar com segurança que o poder de reforma da constituição não se

⁶⁵ Referida situação é muito bem representada pela associação feita por Jon Elster (1979) entre um povo que restringe suas próprias deliberações futuras por meio de uma constituição e o mito de Ulisses. De acordo com a mitologia grega, Ulisses, ciente das dificuldades que enfrentaria ao passar próximo ao largo da ilha das sereias teria ordenado aos seus marinheiros a tamparem seus próprios ouvidos com cera e a amarrarem os braços dele, Ulisses, ao mastro do navio. O herói mitológico temia os encantos dos cantos das sereias que sempre descontrolavam os navegantes que passavam pela região, levando-os ao naufrágio. Sendo assim, Ulisses reconheceu a possibilidade de suas paixões colocarem em risco sua tripulação em um provável momento de fraqueza que eles enfrentariam futuramente, razão pela qual delas se protegeu. O mesmo se passaria com o povo que, temendo a degradação de seus princípios mais fundamentais, adotaria mecanismos para dificultar futuras alterações constitucionais destes princípios.

destina a incluir o poder de destruí-la” (MARBURY, 1919, p. 225).⁶⁶ Pois bem, tendo em vista o caráter supremo do texto constitucional, isto é, tendo em vista que o texto constitucional é o fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico bem como o fundamento de legitimidade para o exercício de todo o poder político, em sistemas constitucionais rígidos, o processo de alteração da constituição é mais dificultoso do que o processo legislativo ordinário. No atual sistema constitucional brasileiro, as limitações impostas ao poder de reforma da constituição são de quatro ordens: formais, circunstanciais, temporais e materiais sendo que os últimos podem ser explícitos e implícitos. Essas questões serão aprofundadas na próxima seção.

4.2. Limites ao poder de reforma na Constituição de 1988

Como visto nas seções anteriores deste trabalho, a supremacia da constituição exige que o processo de reforma constitucional seja mais difícil que o processo de elaboração da legislação ordinária. Da supremacia constitucional decorre a rigidez constitucional que, por sua vez, serve à proteção das normas constitucionais, dificultando ou até mesmo impossibilitando a alteração de determinadas matérias contidas na constituição. As dificuldades impostas ao poder de reforma da constituição podem ser de ordem formal, circunstancial, temporal e material. No caso brasileiro, os limites à reforma da Constituição estão previstos no rol do art. 6º da Constituição de 1988.

No que se refere aos limites formais ao poder de reforma da constituição, pode-se dizer que eles estabelecem o procedimento por meio do qual as mudanças pretendidas no texto constitucional poderão ocorrer. Geralmente, dizem respeito à legitimidade ativa, aos turnos de votação e ao quórum exigido para sua aprovação. Nesse sentido, no Brasil, a Constituição poderá ser emendada mediante proposta de um terço, no mínimo,

⁶⁶ Tradução livre de: “It may be safely premised that the power to ‘amend’ the Constitution was not intended to include the power to destroy it” (MARBURY, 1919, p. 225).

dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (art. 60, inciso I), do Presidente da República (art. 60, inciso II) e de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (art. 60, inciso III).

Outro critério formal adotado pela Constituição que torna o processo de sua reforma mais difícil do que o processo de elaboração da legislação ordinária é a exigência de aprovação de, no mínimo, três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos de votação, como exige o art. 60, § 2º, da Constituição. Isso porque, normalmente, as leis infraconstitucionais são aprovadas mediante turno único (art. 65 da Constituição). Além disso, o quórum exigido para aprovação de lei ordinária é de maioria simples e para aprovação de lei complementar é de maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, conforme dispõem, respectivamente, os artigos 47 e 69 da Constituição.

Os limites circunstanciais almejam impedir que a Constituição seja reformada em momentos de anormalidade político-institucional. Nesse sentido, em solo pátrio, a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (art. 60, § 1º, da Constituição).

Já os limites temporais “são instituídos para conferir maior estabilidade à Constituição, impedindo ou dificultando mudanças prematuras em seu texto [...], ou impondo intervalos mínimos para tais aprovações” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 291-292). Dessa maneira, pretende-se evitar reações imediatistas que poderiam colocar em risco a própria noção de estabilidade constitucional.

No Brasil, exemplo do primeiro caso de limitação temporal ao poder de reforma da Constituição, encontra-se previsto no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que dispõe sobre o processo de revisão constitucional realizado cinco anos após a promulgação da Constituição. Além disso, o § 5º, do art. 60, da Constituição, estabelece que a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por

prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa constituindo, portanto, um exemplo do segundo caso de limitação ao poder de reforma da Constituição.

Por fim, os limites materiais, também conhecidos como cláusulas pétreas ou cláusulas de intangibilidade (BARROSO, 2015, p. 194; SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 293), visam retirar determinadas matérias do âmbito de deliberação do poder de reforma da constituição, em virtude do caráter essencial de tais matérias para determinada ordem jurídico-política. Costuma-se dizer que os limites materiais representam “as decisões políticas essenciais e os valores mais elevados de determinada ordem jurídica, [funcionando] também como princípios fundamentais que irão orientar a interpretação jurídica” (BARROSO, 2015, p. 194). Nesse mesmo sentido, Richard Albert (2013, p. 264) para quem “as regras que disciplinam o processo de reforma da constituição exercem um importante papel na interpretação constitucional”⁶⁷ de uma dada comunidade jurídico-política. Citando como exemplo o caso brasileiro, o autor afirma que referidos compromissos “seriam tão importantes que impediriam qualquer possibilidade de alteração em sentido contrário às suas disposições” (ALBERT, 2013, p. 255).⁶⁸

Em solo pátrio, os limites materiais estão previstos no § 4º, do artigo 60, da Constituição, que veda a deliberação de qualquer proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. Segundo Albert (2013, p. 239), tais limites possuem caráter preservativo, pois pretendem preservar aspectos relevantes da estrutura constitucional brasileira ao impedirem a possibilidade de alteração do texto constitucional que possa vulnerar seu núcleo essencial.

⁶⁷ Tradução livre de: “The expressive function of constitutional amendment rules has important implications for constitutional interpretation” (ALBERT, 2013, p. 264).

⁶⁸ Tradução livre de: “Constitutional designers regarded these principles as so important as to disable the formal amendment rules against them altogether” (ALBERT, 2013, p. 255).

5. O desmembramento constitucional

Na introdução de seu artigo, Richard Albert sustenta que seu objetivo ao propor a categoria do desmembramento constitucional seria “introduzir uma nova ideia na literatura sobre emendas constitucionais – a ideia de desmembramento constitucional – para nos desafiar a entender melhor os usos e funções das regras de mudança em constituições escritas, não escritas e parcialmente escritas” (ALBERT, 2018, p. 2).⁶⁹ Importante destacar que, para Albert (2018, p. 2-3), “o ímpeto por trás da teoria do desmembramento constitucional é que algumas emendas constitucionais não são emendas. São esforços autoconscientes para repudiar as características essenciais da constituição e destruir seus fundamentos”.⁷⁰

Os casos de desmembramento constitucional, nos termos em que definidos por Albert (2018, p. 3-4), fariam mais do que as emendas comumente fazem. De acordo com professor da Universidade de Austin, haveria duas espécies de emendas constitucionais, a saber: as emendas corretivas e as emendas elaborativas. As primeiras, promoveriam uma correção no texto original da constituição. As segundas, por sua vez, fariam mais do que simplesmente corrigir uma falha técnica encontrada pelas gerações futuras na constituição. Elas dariam continuidade ao projeto constituinte em vigor expandindo o sentido e alcance das disposições constitucionais para consecução de fins pretendidos por este próprio projeto constitucional.

Um desmembramento constitucional, em contraste, é incompatível com a estrutura existente de uma constituição porque procura alcançar um propósito conflitante. Ele procura deliberadamente desmontar uma ou mais partes elementares de uma constituição. Um desmembramento constitucional altera um direito fundamental, a estrutura e organização dos poderes constituídos ou uma

⁶⁹ Tradução livre de: “My purpose in this Article is to introduce a new idea to the literature on constitutional amendment—the idea of constitutional *dismemberment*—to challenge us to better understand the uses and functions of the rules of change in codified, uncoded, and partially codified constitutions” (ALBERT, 2018, p. 2).

⁷⁰ Tradução livre de: “The impetus behind the theory of constitutional dismemberment is that some constitutional amendments are not amendments at all. They are self-conscious efforts to repudiate the essential characteristics of the constitution and to destroy its foundations” (ALBERT, 2018, p. 2-3).

característica central da identidade de uma constituição. É uma mudança constitucional compreendida pelos atores políticos e o povo como inconsistente com a constituição no momento em que a mudança é feita. Para usar uma abreviação grosseira, o propósito e o efeito de um desmembramento constitucional são os mesmos: desfazer uma constituição. [...] a importante diferença entre uma emenda e um desmembramento reside no fato de que uma emenda continua o projeto constituinte de acordo com o desenho atual da constituição, enquanto um desmembramento é incompatível com a estrutura existente da constituição e, em vez disso, tenta desfazer uma de suas partes fundamentais - seus direitos, estrutura ou identidade (ALBERT, 2018, p. 4-5).⁷¹

Albert (2018, p. 4) sugere que desmembramentos constitucionais poderiam ocorrer também em virtude da interpretação do texto constitucional pelos órgãos do Poder Judiciário. Contudo, referida proposta não foi desenvolvida no artigo até então publicado, razão pela qual no presente trabalho, a ideia de desmembramento constitucional pela via da interpretação judicial deixará de ser desenvolvida aqui.

Sintetizando, pode-se dizer que, para Albert (2018), haveria alterações formais das constituições que, apesar de seguirem o procedimento previsto constitucionalmente para alteração do texto constitucional, seriam mais do que simples emendas à constituição e, ao mesmo tempo, seriam menos do que uma nova constituição, pois não substituem inteiramente a constituição vigente, a ponto de romper totalmente com a ordem jurídico-política estabelecida. Referido fenômeno seria o que o autor denomina de desmembramento constitucional. Em suas palavras,

Um desmembramento é um esforço autoconsciente, percebido como o desfazer da constituição, com recurso às regras de alteração constitucional. Um desmembramento introduz uma mudança que é incompatível com a estrutura e a finalidade existentes da constituição. Um desmembramento introduz uma mudança transformadora na constituição, mas não produz uma nova

⁷¹ Tradução livre de: "A constitutional dismemberment, in contrast, is incompatible with the existing framework of a constitution because it seeks to achieve a conflicting purpose. It seeks deliberately to disassemble one or more of a constitution's elemental parts. A constitutional dismemberment alters a fundamental right, a load-bearing structure, or a core feature of the identity of a constitution. It is a constitutional change understood by political actors and the people to be inconsistent with the constitution at the time the change is made. To use a rough shorthand, the purpose and effect of a constitutional dismemberment are the same: to unmake a constitution." (ALBERT, 2018, p. 4).

constituição porque, por uma questão de forma, a constituição permanece como era antes da mudança, exceto na medida da mudança em si. A teoria do desmembramento constitucional, portanto, não reconhece uma nova constituição até que uma nova constituição seja, de fato, adotada de forma autônoma pelos atores políticos relevantes, escolhendo lançar e completar com sucesso o processo formal de elaboração de uma nova constituição para esse propósito (ALBERT, 2018, p. 14).⁷²

Considerando, portanto, que emendas à constituição corrigem algum defeito do texto constitucional eventualmente descoberto pelas gerações futuras ou promovem alterações na estrutura textual da constituição visando aprimorar suas disposições com o objetivo de atingir algum dos fins perseguidos por determinado projeto constituinte e que desmembramentos constitucionais promovem uma alteração ou mesmo uma substituição dos compromissos fundamentais de uma dada ordem constitucional, Albert (2018, p. 38-52) apresenta as formas de desmembramentos constitucionais que sua teoria abrange. Dessa maneira, segundo o professor da Universidade de Austin, “um desmembramento constitucional altera um ou mais dos aspectos essenciais da constituição - especificamente, seus direitos, estrutura ou identidade” (ALBERT, 2018, p. 39).⁷³

No que diz respeito ao desmembramento de um direito garantido por uma constituição, Albert (2018, p. 39), afirma que o fenômeno ocorre quando se verifica “a revogação ou a substituição de um direito fundamental protegido pela constituição - não apenas qualquer direito, mas um que seja central para a comunidade política”.⁷⁴ Por sua vez, segundo o autor, o

⁷² Tradução livre de: “A dismemberment is a self-conscious effort perceived as the unmaking of the constitution with recourse to the rules of constitutional alteration. A dismemberment introduces a change that is incompatible with the constitution’s existing framework and purpose. A dismemberment introduces a transformative change to the constitution, but it does not produce a new constitution because, as a matter of form, the constitution remains what it was prior to the change, except to the extent of the change itself. The theory of constitutional dismemberment accordingly does not recognize a new constitution until a new constitution is in fact self-consciously adopted by the relevant political actors choosing to launch and successfully complete the formal constitution-making process for that purpose” (ALBERT, 2018, p. 14).

⁷³ Tradução livre de: “A constitutional dismemberment alters one or more of the constitution’s essential features—specifically, its rights, structure, or identity” (ALBERT, 2018, p. 39).

⁷⁴ Tradução livre de: “A dismemberment of a constitutional right involves the repeal or replacement of a fundamental right protected by the constitution – not just a right but one that is central to the political community” (ALBERT, 2018, p. 39).

desmembramento constitucional da estrutura constitucional seria vislumbrado quando uma emenda à constituição aprovada segundo o procedimento previamente estabelecido “implica[r] uma clara ruptura com a forma pela qual a constituição organiza a alocação de poder, como ela equilibra reivindicações concorrentes e o exercício da autoridade, ou como suas instituições públicas funcionam” (ALBERT, 2018, p. 39).⁷⁵ Por fim, o desmembramento constitucional também pode ocorrer quando uma emenda à constituição extinguir um compromisso fundamental assumido por determinado projeto constituinte ou quando além de extinguir um compromisso anteriormente tido como fundamental de determinada ordem jurídico-política a emenda à constituição adotar um novo compromisso constitucional distinto do anterior. Nas palavras de Albert,

[...] um desmembramento da identidade de uma constituição resulta ou na extinção de um compromisso constitucional fundamental ou na extinção simultânea de um compromisso constitucional fundamental e na adoção de um novo compromisso constitucional. Um compromisso constitucional fundamental não é nem um direito nem uma estrutura, mas sim um valor constitucional. Valores constitucionais são a base de um determinado regime. Eles nos ajudam a classificar as regras legais do regime, os princípios morais e os compromissos políticos relativos uns aos outros; eles informam as escolhas que os atores políticos fazem; e influenciam como os juízes interpretam a constituição (ALBERT, 2018, p. 39).⁷⁶

No artigo publicado pelo *Yale Journal of International Law*, Albert (2018, p. 39-49) apresenta exemplos de distintas experiências constitucionais no âmbito do Direito Constitucional Comparado para demonstrar cada uma das categorias de desmembramento constitucional por ele

⁷⁵ Tradução livre de: “A dismemberment of a constitutional structure entails a clear break from how the constitution organizes the allocation of power, how it balances competing claims to and the exercise of authority, or how its public institution function” (ALBERT, 2018, p. 39).

⁷⁶ Tradução livre de: “[...] a dismemberment of a constitution’s identity results either in the extinguishment of a core constitutional commitment or the simultaneous extinguishment of a core constitutional commitment and the adoption of a new one. A core constitutional commitment is neither a right nor a structure but rather a constitutional value. Constitutional values are the foundation of a given regime. They help us rank the regime’s legal rules, moral principles and political commitments relative to each other; they inform the choices political actors make; and they influence how judges interpret the constitution” (ALBERT, 2018, p. 39).

elencadas. Pois bem, dessa forma, o professor da Universidade de Austin apresenta exemplos de desmembramento de direitos no Brasil, na Jamaica e nos Estados Unidos da América; de estrutura constitucional na Irlanda, na Itália e na Nova Zelândia; e, finalmente, de identidade constitucional no Caribe. Sendo assim, na próxima seção, procurar-se-á demonstrar como a EC n. 95/2016 se enquadra no conceito de desmembramento constitucional de Albert. Por ora, vale indicar que Albert (2018, p. 40-42), acertadamente, enquadra referida Emenda como um caso de desmembramento de direitos. Não obstante isso, sustenta-se neste trabalho que, além da EC n. 95/2016 poder ser caracterizada como um caso de desmembramento de direitos, referida emenda também se enquadraria, nos termos da teoria de Albert, na categoria de desmembramento da estrutura e da identidade constitucional da Constituição de 1988.

5.1. A classificação de Richard Albert: a EC n. 95/2016 como desmembramento de direitos

De acordo com Albert (2018, p. 40), “o Brasil concluiu recentemente um esforço bem-sucedido para desmembrar um direito constitucionalmente assegurado”.⁷⁷ Fazendo menção expressa à proposta de emenda à Constituição enviada ao Congresso Nacional pelo governo Temer e, posteriormente aprovada, tanto pela Câmara dos Deputados quanto pelo Senado Federal, sob o nome de EC n. 95/2016, o autor afirma que o propósito da medida seria limitar os gastos públicos, em virtude de uma alegada crise orçamentária que, supostamente, impediria o crescimento do país. Segundo o professor da Universidade de Austin, a medida comprometeria os recursos que deveriam ser destinados à saúde e a outros direitos sociais.

⁷⁷ Tradução livre de: “Brazil, for its part, has recently completed a successful effort to dismember a constitutional right” (ALBERT, 2018, p. 40).

Em junho de 2016, o presidente interino propôs uma emenda constitucional que limitaria os gastos públicos por até vinte anos, com o crescimento do gasto anual limitado à taxa de inflação do ano anterior. O objetivo da emenda - que limitaria os gastos públicos com saúde e educação, além de outras áreas de gastos públicos - foi para lidar com a crescente lacuna orçamentária que sobrecarregou o Brasil nos últimos anos, uma vez que as receitas fiscais não conseguiram acompanhar o aumento das despesas. A emenda entrou em vigor em dezembro de 2016 (ALBERT, 2018, p. 40).⁷⁸

Interessante notar que Albert (2018, p. 41) reconhece a existência de críticas direcionadas por variados setores da sociedade civil organizada à EC n. 95/2016 bem como as razões que fundamentam essas críticas. Segundo Albert, as críticas direcionadas à proposta se fundamentariam na ampla proteção conferida pela Constituição não apenas aos direitos sociais, mas também, à ordem econômica e social que, até então, não teria sofrido mudanças significativas.

Para demonstrar a proteção conferida pela Constituição aos direitos sociais e à ordem econômica e social, o autor (ALBERT, 2018, p. 41) cita parte do preâmbulo segundo a qual o projeto constituinte inaugurado em 1988 seria “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais”. Cita os valores sociais estabelecidos como fundamentos da República pelo art. 1º, inciso IV, da Constituição, bem como a erradicação da pobreza e a diminuição da desigualdade social como um dos objetivos do Estado brasileiro, do art. 3º, inciso III, da Constituição. Em seguida, faz menção à seção destinada pela própria Constituição aos direitos sociais (art. 6º a 11 da CRFB/88), à ordem social que assegura a todos o direito à saúde pública (art. 196 a 200 da CRFB/88), à assistência social (art. 203 e 204 da CRFB/88), e à educação (art. 205 a 214 da CRFB/88).

⁷⁸ Tradução livre de: “In June 2016, the interim president proposed a constitutional amendment that would limit public spending for up to twenty years, with annual spending growth limited to the inflation rate of the prior year. The purpose of the amendment—which would limit public spending on health and education in addition to other areas of public spending—was to address the increasing budget gap that has encumbered Brazil in recent years as tax revenues have failed to keep pace with rising expenditures. The amendment came into force in December 2016” (ALBERT, 2018, p. 40).

Albert reconhece que a inclusão das referidas matérias no texto constitucional foi produto de ampla mobilização popular que, ativa e decisivamente, participou e influenciou no processo de elaboração do novo projeto constituinte inaugurado em 1988. Em suas palavras,

o reconhecimento desses direitos sociais não veio por acaso; foi uma vitória dos grupos da sociedade civil cujas “energias mobilizadas” procuravam “mudar a realidade brasileira” com “demandas sociais” que acabaram se traduzindo em um extenso rol de direitos sociais na Constituição. Ao contrário do resto da Constituição, que sofreu cerca de cem emendas desde a sua entrada em vigor em 1988, as proteções aos direitos sociais não foram substancialmente alteradas (ALBERT, 2018, p. 41).⁷⁹

Nesse sentido, Richard Albert (2018, p. 42) conclui que a EC n. 95/2016 poderá impactar diretamente o “gozo de direitos sociais da próxima geração no Brasil”, além de minar “o compromisso fundador e continuado da Constituição com os direitos sociais”, razão pela qual ela “pode ser mais do que uma simples emenda. Seu propósito e efeito sugerem que ele deveria ser chamado de desmembramento constitucional”.⁸⁰ Ao analisarem a EC n. 95/2016 à luz da teoria do desmembramento constitucional, Roznai e Kreuz (2018, p. 44) afirmam que, em verdade, ela representa um deliberado desmanche de uma das partes elementares da Constituição de 1988, a saber, os direitos sociais. Dessa forma, a Emenda vai de encontro à vedação de propostas de emendas à Constituição tendentes a abolir os direitos e garantias individuais do art. 6o, § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988.⁸¹

⁷⁹ Tradução livre de: “The entrenchment of these social rights did not come by happenstance; it was a victory for civil society groups whose ‘mobilized energies’ sought ‘to change the Brazilian reality’ with ‘social demands’ that were ultimately translated into an extensive entrenchment of social rights in the Constitution. Unlike the rest of the Constitution, which has undergone roughly one hundred amendments since coming into force in 1988, the protections for social rights have not once been substantively altered” (ALBERT, 2018, p. 41).

⁸⁰ Tradução livre de: “The impact of this Public Spending Cap Amendment on the next generation’s enjoyment of social rights in Brazil, combined with how directly it undermines the Constitution’s founding and continuing commitment to social rights, suggests that it may be more than a simple amendment. Its purpose and effect suggest that it should instead be called a constitutional dismemberment” (ALBERT, 2018, p. 42).

⁸¹ Apesar do texto constitucional se referir apenas a direitos e garantias individuais não se exclui do âmbito normativo do § 4º, inciso IV, do art. 6o, da Constituição de 1988, os direitos sociais. Cf. BRANDÃO, 2007, p. 1-44. Além do mais, o próprio STF já assentou entendimento em sentido contrário à classificação dos direitos fundamentais segundo o

Cattoni de Oliveira (2018, p. 84) ao comentar sobre a PEC 241 (nomenclatura dada à EC n. 95/2016, enquanto a mesma tramitava perante a Câmara dos Deputados) afirmou que a mesma representaria “não apenas a suspensão, mas sim a revogação do núcleo normativo, administrativo-financeiro e orçamentário do Estado brasileiro tal como configurado pela Constituição de 1988, já que pretende excepcionar as normas constitucionais por 20 anos”. Para o constitucionalista mineiro, caso a proposta de emenda à Constituição fosse aprovada (como de fato o foi), ter-se-ia criado, “em verdade, uma nova carta política, ilegítima e contrária aos compromissos sociais, econômicos e culturais do Estado Democrático de Direito” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2018, p. 84).

Por sua vez, Mariano (2017, p. 262-263) afirma que “o novo regime fiscal suspende, por consequência, o projeto constituinte de 1988” e que, além disso, impede a “a expansão e até mesmo a própria manutenção de políticas públicas para reservar dinheiro público e garantir o pagamento das obrigações assumidas pelo governo federal brasileiro perante os credores da dívida pública”. De acordo com a referida autora, “o teto de gastos públicos do governo federal brasileiro, implementado pela EC 95/2016, é, portanto, uma ofensiva conservadora de retirada de direitos sociais, tendo como alvo prioritário o projeto constituinte de 1988” (MARIANO, 2017, p. 280).

Pelo exposto, constata-se que, acertadamente, Albert (2018, p. 40-42) classifica a EC n. 95/2016 como um caso de desmembramento de direitos assegurados pela Constituição. De acordo com referido autor e, conforme aqui já exposto, o desmembramento de direitos ocorre quando, por meio de uma emenda à constituição, constata-se a revogação ou a substituição de um direito fundamental essencial para determinada ordem constitucional. Ora, é justamente isso que se passa no caso da EC n. 95/2016, principalmente, quando se tem vista os também aqui já mencionados pisos constitucionalmente estabelecidos aos recursos financeiros que devem ser destinados para áreas como saúde e educação (art. 198, § 2º, da CRFB/88

e art. 212, *caput*, da CRFB/88). Dessa maneira, as disposições da EC n. 95/2016, na verdade, acabariam por suspender a eficácia dos mencionados dispositivos constitucionais, durante todo o período de vigência da referida Emenda.

6. Conclusões

Na seção anterior deste trabalho, restaram demonstradas as razões pelas quais Albert (2018, p. 40-42) considera a EC n. 95/2016 como um caso de desmembramento de direitos. Contudo, da própria fundamentação do autor, é possível extrair fundamentos que fariam da referida Emenda um caso de desmembramento tanto da estrutura, quanto da identidade do atual projeto constituinte brasileiro.

A Constituição de 1988 garante ao Poder Judiciário autonomia administrativa e financeira, conforme se depreende de seu art. 99, *caput*. Quanto ao Ministério Público, os parágrafos 2º e 3º, do art. 127, da Constituição de 1988, asseguram-lhe autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa para elaborar sua proposta orçamentária, desde que observados os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. Por fim, no que se refere às Defensorias Públicas, o art. 134, § 2º, da Constituição, asseguram-lhes autonomia funcional e administrativa bem como a prerrogativa de iniciativa para elaboração de sua proposta orçamentária, dentro dos limites previstos pela lei de diretrizes orçamentárias.

Embora a Constituição não tenha sido expressa em conferir ao Ministério Público e às Defensorias Públicas autonomia financeira, como o fez para o Poder Judiciário, pode-se dizer que, por interpretação sistemática, tal autonomia é inerente às funções essenciais à administração da justiça, já que o seu adequado funcionamento pressupõe autonomia financeira em relação ao órgão controlador de suas dotações orçamentárias. Caso contrário, a autonomia do Ministério Público e das Defensorias Públicas seria transplantada para o Poder Executivo. Dessa maneira, considerando

que a autonomia administrativa e financeira assegurada ao Poder Judiciário bem como que a autonomia funcional e administrativa asseguradas ao Ministério Público e às Defensorias Públicas são fundamentais para o devido funcionamento das instituições do sistema de justiça pátrio, são inconstitucionais quaisquer medidas tendentes a suprimir, alterar ou restringir prerrogativas e garantias dessas instituições.

Desse modo, a Emenda se apresenta incompatível com a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, inciso III, da Constituição de 1988. A limitação dos gastos das instituições do sistema de justiça pelos vinte anos seguintes à vigência da Emenda coloca em xeque o adequado desenvolvimento e funcionamento do Poder Judiciário, do Ministério Público e das Defensorias Públicas, porquanto estes sofrerão restrições para, por exemplo, ampliar sua estrutura; nomear novos membros e servidores; promover reajustes das despesas com pessoal; e efetuar despesas com inativos e pensionistas, dentre outros aspectos. Com isso, impede-se o crescimento e a expansão dessas instituições, comprometendo o cumprimento de suas funções constitucionais, quando se considera o lapso temporal de vigência desta medida legislativa.

Além disso, constata-se também que a pretexto de controlar as dívidas públicas, a EC n. 95/2016 transforma o Poder Executivo em uma espécie de super órgão, já que a ele competirá o controle dos demais poderes bem como das funções essenciais à administração da justiça. Isso fica claro da leitura da nova redação conferida pela Emenda ao art. 107, parágrafos 7º e 8º, do ADCT, que permite ao Poder Executivo compensar, com redução equivalente em sua despesa primária, o excesso de despesas primárias dos órgãos e entidades que fazem parte do Poder Legislativo e Judiciário e também do Ministério Público em percentual de até 0,25% de seu limite.

Considerando que, sem autonomia financeira não há que se falar em independência dos poderes constituídos bem como das funções essenciais à administração da justiça, constata-se, portanto, que a EC n. 95/2016 também se enquadra na hipótese de desmembramento da estrutura constitucional da Constituição de 1988, conforme a teoria proposta por

Richard Albert, devido à alteração no equilíbrio de forças entre órgãos e entidades que compõem a estrutura estatal e na maneira pela qual essas instituições funcionam e interagem entre si.

Prosseguindo na análise da EC n. 95/2016, pode-se dizer que a mesma também representa uma hipótese de desmembramento da identidade da Constituição de 1988. Primeiro, porque, segundo o próprio Albert (2018), referida emenda contrariaria uma série de dispositivos constitucionais que garantiriam o dever do Estado brasileiro de, não apenas assegurar direitos socio-econômicos aos cidadãos, mas também, de promover políticas públicas de promoção da qualidade de vida, de redução das desigualdades sociais e da erradicação da pobreza. Sendo assim, constata-se que referida Emenda rompeu com compromissos constitucionais fundamentais, fruto de intensa mobilização popular durante os trabalhos constituintes, substituindo-os, ainda, por uma agenda em sentido diametralmente oposto a este.

Segundo, porque, como aqui já mencionado, no projeto *Uma ponte para o futuro* lançado pelo PMDB antes mesmo de Temer assumir a presidência da República é clara a intenção de reconstruir o “Estado brasileiro, para que ele volte a ser como foi no passado” (PMDB, 2015, p. 4), por meio da alteração de “leis e até mesmo normas constitucionais, sem o que a crise fiscal voltará sempre, e cada vez mais intratável, até chegarmos finalmente a uma espécie de colapso” (PMDB, 2015, p. 6). Não custa lembrar que, neste mesmo documento, as despesas obrigatórias por vinculação constitucional, tais como, os pisos estabelecidos constitucionalmente para a saúde e a educação, respectivamente, dos artigos 198, § 2º, e 212, *caput*, da CRFB/88, são apontadas como as grandes vilãs da crise orçamentária que assolaria o país. Referido posicionamento, como aqui também já exposto, motivou a equipe econômica do governo Temer a elaborar a proposta de emenda à Constituição posteriormente aprovada pelo Congresso Nacional (EC n. 95/2016).

O discurso pró EC n. 95/2016 é muito bem representado por aquilo que Bercovici e Massonetto (2006, p. 57-77) denominam *de constituição*

dirigente invertida, isto é, ao discurso segundo o qual a ingovernabilidade brasileira seria produto, justamente, do amplo quadro de direitos de ordem sócio-econômica assegurados pela Constituição. A alternativa que este grupo apresentaria para o suposto quadro de ingovernabilidade brasileira seria o desmanche das políticas públicas de Estado Social.

[...] a constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais é entendida como prejudicial aos interesses do país, causadora última das crises econômicas, do déficit público e da “ingovernabilidade”; a constituição dirigente invertida, isto é, a constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional. Esta, a constituição dirigente invertida, é a verdadeira constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006, p. 73).

Cattoni de Oliveira (2018, p. 84), ao comentar a proposta de Emenda à Constituição enviada pelo governo ao Congresso Nacional, sustentou que a mesma seria um *ato desconstituente*, já que iria de encontro aos compromissos expressamente assumidos pelo projeto constituinte de 1988. Em diversas passagens do texto constitucional, percebe-se o compromisso com a garantia do exercício dos direitos sociais, com o bem-estar e com a redução das desigualdades sociais. Nesse sentido são: o preâmbulo da Constituição de 1988, o art. 1º, inciso IV, que estabelece os valores sociais como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o art. 3º, incisos I, III e IV, que estabelecem como objetivos do Estado brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza para redução das desigualdades sociais, visando à construção de uma sociedade sem preconceitos ou qualquer outra forma de discriminação, o Título II, Capítulo II, com ampla previsão dos sociais constitucionalmente estabelecidos, bem como o Título VIII que trata da ordem social, cujo objetivo é o bem-estar e a justiça sociais, nos termos de seu art. 193.

Além disso, a vigência do novo regime fiscal por vinte exercícios financeiros, contando apenas com a possibilidade de alteração do método

de correção por proposta de lei complementar apresentada pelo Presidente da República, a partir do décimo exercício de vigência do mesmo, indica uma tentativa de impedimento de rediscussão da questão vinculando as próximas cinco legislaturas aos desígnios da legislatura do quadriênio 2015-2018, indo de encontro ao princípio do pluralismo político, fundamento do Estado brasileiro, nos termos do inciso V, do art. 1º, da Constituição de 1988, e à cláusula pétrea do voto direto, secreto e universal, do art. 60, § 4º, inciso II, da Constituição. Isso retira da sociedade e do parlamento a possibilidade de moldarem o orçamento público, uma vez que este passará a ser definido pela taxa da inflação, impondo uma política de redução do gasto público pelos próximos vinte anos. Por essas razões, acredita-se ser possível enquadrar a EC n. 95/2016 na categoria de desmembramento da estrutura e da identidade constitucional do atual projeto constituinte brasileiro.

7. Referências

- ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Law Journal*, v. 43, n. 1, 2018, p. 1-84.
- ALBERT, Richard. The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules. *McGill Law Journal*, v. 59, n. 2, 2013, p. 225-281.
- ARENDDT, Hannah. *Da Revolução*. Trad. Fernando Dídimo Vieira. Rev. Trad. Caio Navarro Toledo. Brasília e São Paulo: Universidade de Brasília e Ática, 1988.
- BAYLIN, Bernard. *As origens ideológicas da revolução americana*. Trad. Cleide Rapucci. Bauru: Edusc, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

- BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. *Boletim de Ciências Econômicas*, v. XLIX. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.
- BLACKSTONE, Willian. *Commentaries on the laws of England*. V. 1. 19^a ed. London Sweet & Maxwell, 1836.
- BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV, da CF/88. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 10, Salvador, abril/maio/junho de 2007, p. 1-44.
- BRANDÃO, Rodrigo; SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 60. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2.373-2.403.
- BRYCE, James. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. 2^a ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade de. Breves considerações iniciais sobre a PEC n. 241 (“Novo Regime Fiscal”): o estado de exceção econômico e a subversão da Constituição democrática de 1988. In: BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Controle jurisdicional do devido processo legislativo: história e teoria constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Editora, 2018, p. 83-88.
- COLÓN-RÍOS, Joel. Five Conceptions of Constituent Power. *Law Quarterly Review*, v. 130, 2014, p. 306-336.

COOLEY, Thomas McIntyre. *The general principles of constitutional Law in the United States of America*. Boston: Little, Brown and Company, 1880.

COUTO, Claudio Gonçalves. ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 21, n. 61, 2006, p. 41-63.

DELANEY, Erin F. Judiciary rising: constitutional change in the United Kingdom. *Northwestern University Law Review*, v. 2, n. 2, 2014, p. 543-606.

DICEY, Albert Venn. *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 10^a ed. Macmillan, 1959.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom. Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 3, 2015, p. 686-713.

ELKINS, Zachary. GINSBURG, Tom. MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens: studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 7^a ed. Salvador: Juspo-divm, 2015.

GRIFFIN, Stephen M. Constituent power and constitutional change in American constitutionalism. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (orgs.). *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 49-66.

GRIFFITH, John Aneurin Grey. The Political Constitution. *Modern Law Review*, v. 42, n. 1, p. 1-21.

HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *O federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HOBSBAWM, E. J. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. 23^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

- HOLMES, Stephen. Constitutions and Constitutionalism. In: ROSENFELD, Michel. SAJÓ, Andrés (orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 180-218.
- HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Trad. Monica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262.
- HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. *Revista de Informação Legislativa*, v. 29, n. 115, jul./set. 1992, p. 5-25.
- HORTA, Raul Machado. Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 121, jan./mar. 1994, p. 45-54.
- JACOBSON, Arthur J. SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2000.
- KRUMAN, Marc W. *Between Authority and Liberty: State Constitution Making in Revolutionary America*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1999.
- KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mudanças constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009.
- LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, v. 47, 2013, p. 189-260.
- LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Constraining Constitutional Change. *Wake Forest Law Review* (forthcoming), FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 758, p. 1-22.
- LEYLAND, Peter. *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*. 2ª ed. Oxford: Hart Publishing, 2012.
- LOUGHLIN, Martin. *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- LUTZ, Donald S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 2, 1996, p. 355-370.

MARBURY, William L. The limitations upon the amending power. *Harvard Law Review*, v. 33, n. 2, 1919, p. 223-235.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 4, n. 1, janeiro/abril 2017, p. 259-281.

MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. Ithaca: Cornell University Press, 1947.

PAIXÃO, Cristiano. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Finatec, 2011.

PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO. *Uma ponte para o futuro*. Brasília: Fundação Ulysses Guimarães, 2015. Disponível em: <http://pmdb.org.br/wp-content/uploads/2015/10/RELEASE-TEMER_A4-28.10.15-Online.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2018.

ROYO, Javier Perez. *Curso de derecho constitucional*. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: a study of the nature and limits of constitutional amendment powers*. Tese de Doutorado em Direito. Department of Law of the London School of Economics. Londres, 2014.

ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: The Migration and Success of a Constitutional Idea. *The American Journal of Comparative Law*. v. 61, 2013, p. 658-719.

ROZNAI, Yaniv. KREUZ, Letícia Regina Camargo. Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, maio/ago. 2018, p. 35-56.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHEIPS, Paul J. Significance and adoption of article V of the constitution. *Notre Dame Law Review*, v. 26, 1950, p. 46-67.

SIEYÈS, Emmanuel. *A constituinte burguesa: o que é o Terceiro Estado?* Org. e Int. Aurélio Wander Bastos. Trad. Norma Azeredo. 4^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

STRAUSS, David A. The irrelevance of constitutional amendments. *Harvard Law Review*, v. 144, 2001, p. 1.457-1.505.

Capítulo VII

O reconhecimento da natureza como sujeito de direitos pelas cortes constitucionais: estudo dos casos do Equador e da Colômbia

*Andiara Cristine Mercini Fausto **

1. Introdução

Este artigo versa sobre as decisões de cortes constitucionais latino-americanas em que a Natureza¹ foi reconhecida como sujeito de direitos. Considerar a Natureza como sujeito de direitos resulta na atribuição de valores intrínsecos a todos os seres vivos, humanos e não humanos, ou seja, aos animais, plantas e ecossistemas (ACOSTA, 2016).

As concepções e interações que se tem com a Natureza na América Latina decorrem de um contexto histórico de colonização e exploração dos recursos minerais, vegetais e animais, que proporcionou uma estratégia de colonização e dominação da natureza, do ser e do saber (LANDER, 2005). Dessa forma, com o reconhecimento da Natureza como sujeito de direitos há o rompimento de uma visão utilitarista e antropocêntrica da mesma para a adoção das posturas “sociobiocêntricas” (biocêntrica ou ecocêntrica), nas quais há o dever de proteção e o reconhecimento de que

* Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito “Novos Direitos, Novos Sujeitos” da Universidade Federal de Ouro Preto-UFOP. Participante do Grupo de Estudos e Pesquisa Socioambientais - GEPSA. Bolsista do Programa de Pós-graduação da UFOP. E-mail: andiaracristinemf@gmail.com.

¹ A palavra Natureza com a letra “N” em maiúsculo será utilizada para se referir a ela na teoria biocêntrica, ou seja, a Natureza enquanto sujeito de direitos, como forma de expressar a diferença de significados com o antropocentrismo e o eurocentrismo (GUDYNAS, 2014).

“[...] todos os seres vivos têm o mesmo valor ontológico, o que não significa que são idênticos” (GUDYNAS, 2014, p. 12).

Portanto, de modo mais específico, pretende-se analisar os fundamentos constitucionais das decisões das Cortes Constitucionais do Equador e da Colômbia que consideraram a Natureza como sujeito de direitos, bem como repensar de forma crítica o Direito Constitucional Comparado como um instrumento de contribuição para a construção de uma nova epistemologia do Sul. O objetivo passa pela discussão da decisão do Equador que reconheceu o Rio Vilcabamba como sujeito de direitos em 2010-2018. Analisa-se, igualmente, a decisão da Corte Constitucional Colombiana que reconheceu a Bacia Hidrográfica do Rio Atrato e de seus afluentes como sujeito de direitos em 2016.

Desse modo, questiona-se: pode-se afirmar que essas experiências refletem as novas perspectivas de um Sul Global? E como essas experiências podem ser úteis ao Direito Constitucional Brasileiro?

Ademais, repensar esses “novos” direitos significa, sobretudo, a superação da visão constitucional do direito a um “meio ambiente ecologicamente equilibrado” ou do direito a um “ambiente saudável”, uma vez que esses são parte dos direitos humanos que partem de uma visão antropocêntrica, reconhecidos nos direitos de terceira ou quarta geração: difusos e coletivos (GUDYNAS, 2014).

Assim, diante das experiências apresentadas e do maior Desastre Ambiental já ocorrido no Brasil – Desastre de Fundão – pretendemos analisar uma possível mudança de paradigma no Sul Global e, principalmente, no Brasil, com a inclusão dos Direitos da Natureza aliada a uma perspectiva de justiça ecológica.

A metodologia utilizada é a teórico-jurídica exploratória, tendo como raciocínio o hipotético dedutivo e o jurídico comparativo, possibilitando a reflexão do modelo ambiental brasileiro e a possibilidade de ser incluindo no Direito Constitucional Brasileiro os Direitos da Natureza.

2. O reconhecimento dos direitos da Natureza

A fundamentação e formação dos Direitos da Natureza decorrem das discussões ecológicas da *ética da terra* e *ecologia profunda* e, principalmente, em decorrência das concepções da Natureza e cosmovisão dos povos andinos, comunidades campesinas e dos movimentos sociais, baseadas em conhecimentos plurais (GUDYNAS, 2014, p.83).

Dessa forma, a discussão acerca dos direitos da Natureza está inserida no contexto do movimento denominado Novo Constitucionalismo Latino-Americano (NCLA). Não há uma conceituação única para o NCLA. Ao contrário, há muitas divergências epistemológicas, que perpassam as características deste novo constitucionalismo, que vão ao encontro com uma ruptura do sistema anterior para um novo modelo de constituição econômica e, dentre outras características, à formação de ciclos distintos de constituições denominadas como pluralistas que incorporam as reivindicações das comunidades originárias (BALDI, 2015, p.27).

O reconhecimento declarado e formal dos direitos da Natureza e da adoção de posturas sociobiocêntricas (biocêntrica e ecocêntrica) ocorreu com o movimento do NCLA e, especialmente, com o giro biocêntrico da Constituição do Equador promulgada em 2008. Nesta constituição consta de forma expressa o reconhecimento dos valores intrínsecos e a consideração da Natureza ou Pachamama como sujeito de direitos em decorrência de uma construção interna heterogênea e intensa influência dos conhecimentos e sensibilidades das comunidades indígenas (GUDYNAS, 2014, p.86).

Posteriormente, ocorreram diversas experiências locais – decisões judiciais e legislativas–, ao Norte e ao Sul, em que a Natureza foi reconhecida como sujeito de direitos. Dentre elas destacamos os precedentes latino-americanos das decisões das Cortes Constitucionais do Equador e da Colômbia apresentados na próxima seção.

Na Argentina foi submetido, em 2015, o Projeto de Lei n. S-2506/2015, no qual se requer o reconhecimento dos direitos da Natureza

e a criação de Tribunal Penal Internacional para julgar os delitos ambientais (ARGENTINA, 2015).

A primeira Constituição da Cidade do México, adotada em 2017, prevê no art. 18, parágrafo 2º e 3º que a Natureza é formada por suas espécies e ecossistemas como um ente coletivo sujeito de direito,² conceitualização inserida no capítulo que se refere ao direito a um ambiente saudável (MÉXICO, 2017).

O Parlamento da Nova Zelândia aprovou, em 2017, a lei “Te Awa Tupua Bill”, reconhecendo a personalidade jurídica do Rio Whanganui ou rio Te Awa Tupua, como denominado pelo povo Maori, e afirmou que o rio é “um todo indivisível e vivo” (NOVA ZELÂNDIA, 2017).³ Ademais, na Índia a Corte do Estado Indiano de Uttarakhand também reconheceu em 2017 o rio Ganges e seu principal afluente, o rio Yamuna, como sujeito de direitos (INDÍÁ, 2017)⁴.

No âmbito internacional, em decorrência da Conferência Mundial sobre Povos e Mudanças Climáticas e os Direitos da Mãe Terra realizada na Bolívia, em 2010, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra.⁵ E, posteriormente, a Organização das Nações Unidas (ONU) adotou um programa de reconhecimento de direitos da Natureza, denominado *Harmony with nature UN*, em que há resoluções sobre esta Harmonia com a Natureza (ONU, 2018).

² “Art.18 - A. Derecho a un medio ambiente sano - 1. Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. Las autoridades adoptarán las medidas necesarias, en el ámbito de sus competencias, para la protección del medio ambiente y la preservación. 2. El derecho a la preservación y protección de la naturaleza será garantizada por las autoridades de la Ciudad de México en el ámbito de su competencia, promoviendo siempre la participación ciudadana en la materia. 3. Para el cumplimiento de esta disposición se expedirá una ley secundaria que tendrá por objeto reconocer y regular la protección más amplia de los derechos de la naturaleza conformada por todos sus ecosistemas y especies como un ente colectivo sujeto de derechos” (MÉXICO, 2017, destaques nossos).

³ Notícias disponíveis em: <https://www.ecodebate.com.br/2017/03/20/um-rio-com-o-mesmo-status-legal-de-um-ser-humano-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em: 03 de jun. 2018.

⁴ Notícias e decisão da Corte UTTARAKHAND AT NAINITAL disponível em: <http://www.livelaw.in/uttarakhand-hc-declares-air-glaciers-forests-springs-waterfalls-etc-legal-persons/>. Acesso em: Acesso em: 03 de jun. 2018.

⁵ Disponível em: <http://rio20.net/pt-br/propuestas/declaracao-universal-dos-direitos-da-mae-terra/>. Acesso em: Acesso em: 03 de jun. 2018.

3 – Estudo comparado das decisões latino-americanas

Apresentaremos dois estudos de casos. O primeiro se refere ao caso do Rio Vilcabamba, julgado pela Corte Constitucional do Equador, e o segundo se refere ao Rio Atrato, caso julgado pela Corte Constitucional da Colômbia. Para a realização do presente estudo de direito comparado adotamos algumas posturas metodológicas. Primeiramente, como pretendemos com a presente pesquisa repensar de forma crítica as perspectivas constitucionais para o Sul Global, a análise foi delimitada à ocorrência de experiências no Sul.

Posteriormente, considerando que o tema da pesquisa se refere aos direitos da Natureza, foram selecionadas decisões que reconheceram os seus valores intrínsecos e que a consideraram como sujeito de direitos. Assim, buscamos casos em que houve o rompimento do paradigma tradicional ambiental-constitucional. Nesse ponto, a escolha também foi determinada pela relevância das experiências estrangeiras.

Como no Brasil o maior desastre ambiental que já ocorreu foi o Desastre de Fundão, em 2015, e foi ajuizada ação requerendo o reconhecimento do Rio Doce como sujeito de direitos, foram selecionadas decisões com temas semelhantes.

Ademais, o contexto constitucional e a forma de incorporação dos direitos ecológicos também foram determinantes para a escolha das decisões, bem como o fato das duas decisões terem chegado às Cortes Constitucionais.

Por fim, pretendemos com o uso do método do direito comparado o afastamento das perspectivas universalistas e hegemônicas, bem como a possibilidade de destaque das diferenças e revelação das semelhanças entre os casos comparados possibilitando, assim, a construção de uma nova perspectiva constitucional (SAUNDERS, 2006, p. 42).

3.1. Corte Constitucional Equatoriana

A Constituição do Equador (2008) é considerada como a primeira constituição a atribuir valores intrínsecos à Natureza e a reconhecê-la como sujeito de direitos. No primeiro capítulo da constituição, que trata dos direitos, consta no art. 10 que “a natureza será sujeito dos direitos reconhecidos pela constituição”. Posteriormente, consta um capítulo específico para os Direitos da Natureza (capítulo sétimo) conforme os artigos 71 a 74 (GUDYNAS, 2011; EQUADOR, 2008).⁶ Além disso, na constituição do Equador a noção de Direitos da Natureza é equiparada à noção de *Pachamama*, em virtude dos saberes tradicionais das comunidades andinas, além de apresentar o *Buen Vivir* como alternativa ao desenvolvimento, em um marco de harmonia com a Natureza, conforme art. 275 e seguintes (GUDYNAS, 2011, p. 87).

Assim, quando há uma violação a um direito protegido constitucionalmente, o art.88 da Constituição do Equador prevê como adequada a “ação de proteção” e, ainda, a observação dos requisitos da Lei Orgânica de Garantias Jurisdicionais e Controle Constitucional.⁷ Desse modo, o caso

⁶ Os direitos da Natureza são reconhecidos nos arts. 71 a 74 da Constituição do Equador:

“Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional. Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado” (EQUADOR, 2008).

⁷ Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del

que se segue refere-se a uma ação de proteção ajuizada após a Constituição de 2008.

3.1.1. O caso do Rio Vilcabamba

O primeiro caso analisado se refere ao processo de n. 11121-2011-0010, caso de n. 00032-12-IS, sentença de n. 012-18-SIS-CC, que se iniciou no Terceiro Tribunal/Vara Civil da Província de Loja no Equador.

Com fundamento no art. 88 e nos demais artigos da Constituição do Equador, dois cidadãos estrangeiros que residiam no Equador, Richard Fredrick Wheeler e Eleanor Geer Huddle, ajuizaram, em 2010, a *Accion de Protección Constitucional* a favor da Natureza, mais especificamente a favor do Rio Vilcabamba, figurando no polo ativo como representantes do rio Vilcabamba em face do Governo Provincial de Loja (GPL), representado pelo Prefeito (EQUADOR, 2011).

Os antecedentes da ação se iniciaram em 2008, quando a empresa pública Vial Sur do GPL, província localizada no sul do Equador, começou uma obra de ampliação da estrada entre Vilcabamba e Quinara. A obra de ampliação foi iniciada sem os estudos ambientais prévios, dentre eles o estudo de impacto ambiental, e sem as licenças ambientais obrigatórias (SUÁREZ, 2013, p.5).

Além da ausência das licenças necessárias para a implementação da obra, houve desde o seu início o despejo irregular de pedras e de materiais decorrentes das escavações para a abertura da estrada ao longo do rio, causando diversos danos ao ecossistema e aos ciclos ecológicos. Diante do assoreamento do rio e a constante degradação com o início do período de chuvas, houve inundações que atingiram a propriedade das comunidades que estavam no seu entorno, inclusive a das pessoas que ajuizaram a ação (SUÁREZ, 2013, p.5; EQUADOR, 2011, p.1).

derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos improprios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación (EQUADOR, 2008).

Desse modo, constavam na ação três pedidos principais: i) que o Governo parasse imediatamente de jogar os entulhos decorrentes da obra no rio; ii) que o Governo retirasse o que havia sido depositado; e iii) que o rio fosse restaurado. Além dos pedidos, havia o requerimento de cumprimento do Plano de Remediação e Reabilitação das áreas afetadas do rio Vilcabamba e das propriedades das comunidades ao entorno que haviam sido afetadas, feito pelo Ministério do Ambiente (SUÁREZ, 2013, p.6).

A ação tramitou inicialmente na Terceira Vara Cível da Província de Loja. Contudo, em dezembro de 2010 a ação foi julgada como improcedente na primeira instância, sob o argumento de ilegitimidade, pois o Procurador Síndico do Governo Provincial não havia sido demandado e citado (EQUADOR, 2011). Assim, foi apresentado recurso de apelação para a Corte Provincial de Justiça de Loja e, por sorteio, a competência foi estabelecida para a Câmara Criminal do Tribunal Provincial de Justiça de Loja. Em março de 2011, o recurso foi conhecido, provido e a sentença de primeira instância foi reformada para declarar a violação dos direitos da Natureza e as medidas para reparação do dano causado (EQUADOR, 2011).

Quanto aos fundamentos da decisão, vamos apresentar aqueles que se referem ao reconhecimento dos direitos da Natureza e sua violação. No quinto fundamento, é exposta a importância da Natureza e reconhecida a *Ação de Proteção Constitucional* como a única via idônea e eficaz para remediar ou por fim de maneira imediata ao dano ambiental, diante de um processo notório e evidente de degradação. E, diante do dano ambiental, é reafirmado o dever dos tribunais constitucionais de promover a imediata defesa e a efetiva tutela judicial dos direitos da Natureza, efetuando o que for necessário para evitar a continuidade da contaminação ou a sua remediação. Também faz referências à aplicação da tutela da justiça diante da certeza e diante da probabilidade do dano ambiental (EQUADOR, 2011).

Assim, a decisão judicial, na sua sétima seção, ressaltou a Natureza enquanto sujeito de direitos conforme a constituição:

Nossa Constituição da República, sem precedentes na história da humanidade, reconhece a Natureza como sujeito de direitos. O art.71 manifesta que a

“Natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e realiza a vida, tem direito que se respeite integralmente sua existência, manutenção e regeneração dos ciclos vitais, estruturas, funções e processos evolutivos” (EQUADOR, 2011, p. 3, tradução nossa).⁸

A decisão também faz referência expressa ao princípio da solidariedade intergeracional e, principalmente, no oitavo ponto cita trecho do texto publicado por Alberto Acosta, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte do Equador, no qual são apresentadas premissas fundamentais para a “democracia da Terra”, dentre elas: a) harmonia entre os direitos humanos – individuais e coletivos – e os outros seres da Natureza; b) direito de existência dos ecossistemas; c) valor próprio à diversidade de vida que se encontra na Natureza; d) os ecossistemas têm valores próprios independentes da sua utilidade para o humano; e) importância de estabelecer um sistema legal no qual os ecossistemas e as comunidades naturais tenham assegurado o direito de existir e prosperar. Logo, essas premissas fundamentais são importantes para repensar a visão utilitarista, a mercantilização e as suas consequências (EQUADOR, 2011 *apud* ACOSTA, 2008, p.3).

Além disso, consta na decisão referência ao Brasil e outros países quanto à inversão do ônus da prova em matéria de justiça ambiental. No dispositivo final da decisão também é exposta a necessidade de respeito à existência, manutenção e regeneração dos ciclos e processos evolutivos (EQUADOR, 2011, p.5). Ademais, também foi determinado que o Governo Provincial de Loja, após o prazo de cinco dias, iniciasse o cumprimento de todas as recomendações feitas pelo Ministério do Meio Ambiente e fossem prestadas as informações sobre o seu cumprimento de forma regular, sob pena de suspensão da obra. Isto ainda que houvesse um pedido de desculpas públicas pelo GPL por ter iniciado a construção da estrada sem o devido licenciamento ambiental (EQUADOR, 2011, p.6).

⁸ “SÉPTIMO: Nuestra Constitución de la República, sin precedente en la historia de la humanidad, reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos. El Art. 71 manifiesta que la “Naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se le respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos” (EQUADOR, 2011).

Apesar de a Corte ter reconhecido a ocorrência de violação aos direitos da Natureza, houve dificuldades para a implementação e cumprimento da decisão (SUÁREZ, 2013, p.10). Desse modo, em 2012, Richard Fredrick Wheeler e Eleanor Geer Huddle, por meio do seu advogado, apresentaram *Acción de Incumplimiento de Sentencias y Dictámenes Constitucionales* e requereram à Corte Constitucional Equatoriana que fosse declarado o descumprimento da sentença proferida em 2011. Além disso, também foi requerido que os danos causados à Natureza pelo Governo Provincial fossem reparados de forma integral (EQUADOR, 2018).

A Corte Constitucional reafirmou a sua competência para o julgamento das ações de descumprimentos de decisões e ditames constitucionais, conforme previsto nos artigos 436 da Constituição e na Lei Orgânica de Garantias Jurisdicionais e de Controle de Constitucionalidade e, ainda, ressaltou essa ação para efetivar a garantia jurisdicional de proteção e reparação dos direitos constitucionais (EQUADOR, 2018).

Outro ponto relevante da decisão se refere à reafirmação da legitimação ativa dos requerentes, conforme o art. 439 da Constituição e o art. 164, 1, Lei Orgânica de Garantia Jurisdicionais e de Controle de Constitucionalidade, nos quais é estabelecido que as ações constitucionais podem ser apresentadas por qualquer cidadã ou cidadão de forma individual ou coletiva. Ou seja, nesse ponto haveria importante modificação quanto ao sistema de legitimidade para representação processual para o ajuizamento de ações constitucionais. A própria decisão ressalta que essa ação é um mecanismo de assegurar os direitos constitucionais e representaria um avanço na teoria das garantias dos direitos constitucionais (EQUADOR, 2018).

Desse modo, a Corte, com o objetivo de analisar o cumprimento ou não da sentença, delimitou o problema jurídico na seguinte questão: a sentença emitida em 30 de março de 2011 pela Câmara Criminal do Tribunal Provincial de Justiça de Laja na ação de proteção tem sido cumprida integralmente? (EQUADOR, 2018, p.6).

A decisão descreveu todos os pontos que haviam sido determinados na sentença e as informações do governo e do Ministério de Meio

Ambiente quanto ao cumprimento. Assim, em março de 2018, a ação foi julgada improcedente e a Corte Constitucional considerou que houve o cumprimento integral da sentença (EQUADOR, 2018).

O caso apresentado acima é considerado emblemático, uma vez que foi o primeiro caso da América Latina em que houve o ajuizamento e julgamento procedente de uma ação em que foram requeridos os direitos constitucionais da natureza.

Nota-se que o reconhecimento foi dado pelo tribunal e que a Corte Constitucional do Equador, apesar de ter julgado a ação de descumprimento como improcedente, reafirmou a ação de proteção constitucional para os direitos da Natureza. Ademais, também é emblemático por retratar os desafios e reflexões de uma nova perspectiva.

3.2. Corte Constitucional da Colômbia

A Constituição Política da Colômbia, de 1991, não prevê de forma expressa o valor intrínseco à Natureza ou a reconhece como sujeito de direitos. Há um capítulo (Capítulo 3) destinado aos direitos coletivos e aos direitos do meio ambiente, no qual é previsto o direito à conservação, restauração e desenvolvimento sustentável. Trataremos abaixo da decisão da Corte Constitucional da Colômbia proferida em 2016, em que houve a interpretação da Constituição de 1991 e o reconhecimento dos valores da Natureza e dos direitos bioculturais.

3.2.1. O caso do Rio Atrato

O caso apresentado se refere à decisão T-622, proferida em 2016 pela Corte Constitucional Colombiana, na qual as comunidades afro-colombianas e indígenas que viviam ao na região denominada Chocó, especialmente no entorno da Bacia Hidrográfica do Rio Atrato (BHRA),⁹

⁹ Chocó é uma das regiões mais ricas em diversidade natural, étnica e cultural da Colômbia. Ela abriga parques, áreas de conservação e um vale, onde correm diversos rios, dentre eles o Rio Atrato. Este é considerado um dos rios de

apresentaram ação de tutela para deter o exercício intensivo e em grande escala da extração mineral ilegal e exploração ilegal florestal que ocorre desde a década de 1990.

Assim, a ação de tutela foi ajuizada em 27 de janeiro de 2015 ao Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Colômbia, pelo *Centro de Estudios para la Justicia Social "Tierra Digna"*, como representante de diversos conselhos étnicos comunitários localizadas no departamento de Chocó, em face da Presidência da República, do Ministério do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável e outros (COLOMBIA, 2016).

IMAGEM 1- Efeitos da exploração ilegal da mineração no Rio Atrato em 2016



Fonte: Decisão da Corte Constitucional da Colômbia, 2016

A ação descreve diversas violações ocorridas em decorrência da mineração e exploração ilegal e, dentre essas as consequências, destaca o despejo de substâncias tóxicas, inclusive de mercúrio na BHRA, o que causou morte de crianças, prejudicou o abastecimento, alimentação e modo de vida das comunidades, gerando, ainda, consequências nocivas e irreversíveis ao meio ambiente e aos direitos fundamentais das comunidades étnicas e o equilíbrio natural do território (COLÔMBIA, 2016).

Assim, os pedidos da ação são extensos e compreendem diversas descrições das violações aos direitos fundamentais e as possíveis soluções.

maior rendimento hídrico do mundo, abarcando uma diversidade de fauna e flora, e vivendo no seu entorno diversas comunidades afro-colombianas e indígenas (COLOMBIA, 2016, p.2).

Resumidamente, requerem que a Corte Constitucional tutele os direitos fundamentais à vida, à saúde, à água, à seguridade alimentar, ao meio ambiente sano, à cultura e ao território das comunidades, com a emissão de diversas ordens e medidas para solução estrutural dos problemas vivenciados nessa região, bem como requerimento da interrupção da extração mineral e exploração florestal realizada de forma intensiva na região (COLÔMBIA, 2016, p.7).

Em primeira e segunda instância a ação foi julgada improcedente com base em fundamentos processuais, pois os julgadores entenderem que se pretendia a proteção de direitos coletivos e não de direitos fundamentais e, assim, deveria ser ajuizada *Ação Popular* e não *Ação de Tutela*. O fundamento que negou o recurso em segunda instância estabeleceu que os autores não demonstraram que a *Ação Popular* era ineficaz para garantir a proteção dos direitos que entendiam como vulneráveis e, assim, poderia ser apresentado o incidente de desacato ao juiz que julgou a ação popular em primeira instância, não podendo a ação de tutela substituir os meios ordinários para acesso à justiça (COLÔMBIA, 2016, p.13).

Desse modo, em 2015, foi apresentado recurso contra a decisão de segunda instância à Corte Constitucional da Colômbia. A Corte se declarou competente para rever a sentença, conforme dispõem os artigos. 86 e 241-9 da Constituição Política, bem como os artigos 31 a 36 do Decreto de n. 2591 de 1991 (COLÔMBIA, 2016).

Em sua apreciação, a metodologia utilizada pela Corte ao proferir a decisão foi dividida em dois aspectos: 1) resolver as questões jurídicas requeridas; e, 2) proferir diversas medidas de urgência com o objetivo de enfrentar de forma efetiva a crise decorrente da mineração ilegal na região em que as comunidades étnicas de Chocó viviam há décadas (COLOMBIA, 2016).

O problema jurídico a ser resolvido foi delimitado no seguinte questionamento: em decorrência do exercício ilegal da mineração na BHRA, nos seus afluentes e territórios e, ainda, diante da omissão do poder público (em nível local e nacional), estava presente uma violação aos direitos fundamentais à vida, saúde, à água, à seguridade alimentar, ao meio

ambiente saudável, à cultura e território das comunidades étnicas que apresentaram a ação? (COLÔMBIA, 2016, p.15).

Então, em um primeiro momento, foi analisada a questão preliminar quanto à procedibilidade da *Ação de Tutela* para a proteção dos direitos fundamentais de comunidades étnicas, entendendo a Corte Colombiana que ela é um recurso idôneo para efetivação da proteção dos direitos fundamentais das comunidades étnicas da bacia do Rio Atrato (COLÔMBIA, 2016).

Posteriormente, a decisão foi dividida na análise dos seguintes pontos: (i) a fórmula do Estado social de direito (ESD) com relação a (a) relevância constitucional de proteção de rios, bosques, afluentes de alimento, no meio ambiente e biodiversidade; (b) o direito a sobrevivência física, cultural e espiritual das comunidades étnicas, e a garantia do modo de vida tradicional; (ii) os efeitos da mineração sobre a água, o meio ambiente e as comunidades étnicas e a relação com o princípio da precaução. E, por último, o ponto (iii) trata da análise do caso concreto (COLOMBIA, 2016).

Dessa forma, tendo em vista a delimitação da pesquisa e a amplitude dos fundamentos e da decisão apresentada, vamos analisar autonomamente as questões referentes ao Estado Social de Direito relacionado relevância constitucional de proteção de rios, bosques, afluentes de alimento, no meio ambiente e biodiversidade e os fundamentos que subsidiaram a conclusão da Natureza enquanto sujeito de direitos na análise do caso concreto.

3.2.1.1. Do Estado social de direito e a relevância constitucional de proteção de rios, bosques, afluentes de alimento, no meio ambiente e biodiversidade

Para discorrer sobre essa questão, a decisão apresenta a seguinte subdivisão: a) a riqueza natural e cultural da nação; b) a Constituição Ecológica e a biodiversidade; c) os direitos bioculturais; d) a proteção dos rios, bosques e fontes de alimento, o meio ambiente e a biodiversidade e o

concreto respeito de direito fundamental à água e a segurança de alimentação (COLOMBIA, 2016).

Ressalta-se que a decisão, em diversos postos, enfoca que a Constituição da Colômbia, desde 1991, também é conhecida como Constituição Ecológica, tendo em vista os seus princípios, artigos e obrigações, reconhecendo o interesse superior ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, com o objetivo de proteção integral ao meio ambiente e garantia de um efetivo modelo de desenvolvimento sustentável (COLOMBIA, 2016).

Discute-se na decisão as teorias que permeiam a questão ecológica e a relação humano e natureza ao longo da história. Desse modo, a visão antropocêntrica, na qual o humano é a razão do sistema legal e se tem uma visão utilitarista dos recursos naturais deve ser superado pelas posturas sociobiocêntricas.

A decisão apresenta a teoria biocêntrica¹⁰ e explica que ela está relacionada ao princípio da solidariedade intergeracional, cujo foco é a proteção para as gerações futuras. Em seguida apresenta e explica a teoria ecocêntrica, na qual a natureza é reconhecida como sujeito de direitos e em que se refletem as visões plurais e alternativas das diversas comunidades:

Finalmente, a abordagem ecocêntrica começa a partir de uma premissa básica de acordo com a qual a terra não pertence ao homem e, pelo contrário, pressupõe que o homem é aquele que pertence à Terra, como qualquer outra espécie. De acordo com esta interpretação, a espécie humana é apenas mais um evento em uma longa cadeia evolutiva que durou bilhões de anos e, portanto, não é de modo algum o proprietário de outras espécies, biodiversidade ou recursos bem como o destino do planeta. Consequentemente, esta teoria concebe a natureza como um sujeito real de direitos que devem ser reconhecidos pelos Estados e exercidos sob a tutela de seus representantes legais, por exemplo, pelas comunidades que o habitam ou

¹⁰ Percebe-se que as denominações biocêntrica e ecocêntrica são variáveis entre os autores, conforme sintetiza Gudyas: "Outras posturas são as chamadas biocêntricas, nas quais a ênfase é mais abrangente ao apontar e colocar os valores próprios da vida, seja com os indivíduos, espécies ou ecossistemas. Em parte se superpõe com as posturas ecocêntricas, mas vai além de uma questão ecossistêmica, pois reconhece a existência de valores intrínsecos e estes são próprios da vida humana e não humana. Neste caso, se defende valores próprios dos seres vivos, o suporte no vivo incluindo o ambiente, paisagens e os ecossistemas em geral. Ademais, o desenvolvimento dos processos vitais e evolutivos, sem interferência humana, é um valor em si mesmo. Não nega as valorações humanas, mas a elas se soma o reconhecimento dos valores intrínsecos do não humano" (GUDYNAS, 2013, p. 49-50).

que possuem uma relação especial com ela (COLOMBIA, 2016, p. 41, tradução nossa).¹¹

Portanto, consta na decisão que a visão ecocêntrica encontra fundamento na Constituição da Colômbia de 1991, tendo em vista o art. 1º que define que a Colômbia é uma República democrática e pluralista, na qual se deve promover a proteção à diversidade étnica e cultural. A decisão também cita os art. 7 e 8.¹² Além disso, a decisão descreve diversos precedentes colombianos em que foi reconhecida a perspectiva ecocêntrica.¹³

Ademais, o provimento judicial explica que o desafio do constitucionalismo contemporâneo quanto à proteção ambiental está para além do utilitarismo da natureza e se torna um novo mandamento de proteção integral e respeito por parte dos Estados e das sociedades. A decisão também apresenta a conceituação dos direitos bioculturais, sendo estes uma categoria especial de direito que reconhece uma relação holística entre a natureza e a cultura praticada pelas comunidades da região de Chocó (COLOMBIA, 2016, p. 44-45).

Importante também destacar que a decisão apresenta alguns fundamentos jurídicos e instrumentos internacionais para a proteção da bioculturalidade, assim menciona: a) Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (1989), ratificado pela Colômbia; b) Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992); c) Declaração de das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) d) Declaração Americana sobre os

¹¹ “Finalmente, el enfoque ecocéntrico parte de una premisa básica según la cual la tierra no pertenece al hombre y, por el contrario, asume que el hombre es quien pertenece a la tierra, como cualquier otra especie⁸⁶. De acuerdo con esta interpretación, la especie humana es solo un evento más dentro de una larga cadena evolutiva que ha perdurado por miles de millones de años y por tanto de ninguna manera es la dueña de las demás especies, de la biodiversidad ni de los recursos naturales como tampoco del destino del planeta. En consecuencia, esta teoría concibe a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos que deben ser reconocidos por los Estados y ejercidos bajo la tutela de sus representantes legales, verbigracia, por las comunidades que la habitan o que tienen una especial relación con ella” (COLOMBIA, 2016).

¹² “Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. Artículo 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Artículo 8. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación” (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991).

¹³ Referência as Sentenças C-449 de 2015; C-595; C-632; T-080 de 2015 (COLOMBIA, 2016, p.42).

Direitos e Povos Indígenas (2016) e, e) Convenção da Unesco para Salvaguarda do Cultural Imaterial (2003). Ainda, fazer referência a diversos precedentes internos (COLOMBIA, 2016, p.48-56).

3.2.1.2. Direitos da Natureza – análise do caso concreto: contaminação do Rio Atrato, seus afluentes, bosques e as fontes de alimentos produzidas pelo desenvolvimento de atividades de exploração de mineração ilegal na região

O art. 8º da Constituição Política da Colômbia estabelece a obrigação do Estado e da sociedade proteger as riquezas culturais e naturais. Além disso, o capítulo referente aos direitos coletivos e ao meio ambiente dispõe nos artigos 79 a 80 as obrigações para a proteção da biodiversidade e o aproveitamento dos recursos naturais com fim de alcançar a conservação, restauração e o desenvolvimento sustentável, assim como a defesa do meio ambiente além de uma estrutura do ESD integra o espírito de toda a constituição.

Apesar do exposto, a Constituição Colombiana ainda é assentada nos parâmetros do antropocentrismo e da utilidade dos bens ambientais. Desse modo, é exposto na decisão a necessidade de avançar na interpretação do direito aplicado e definido na constituição e quanto às formas de proteção dos direitos fundamentais e seus sujeitos:

Neste contexto, é necessário que a Câmara avance na interpretação da lei aplicável e nas formas de proteção dos direitos fundamentais e seus sujeitos, devido ao grande grau de degradação e ameaça em que encontrou a bacia do rio Atrato. Felizmente, no nível internacional [...] um novo enfoque jurídico denominado como direito biocultural foi desenvolvido, cuja premissa central é a relação de profunda unidade e interdependência entre a natureza e a espécie humana, e que tem como consequência um novo entendimento sócio-jurídico em que a natureza e seu ambiente devem ser levados a sério e com plenos direitos. Isto é, como sujeitos de direitos (COLÔMBIA, 2016, p. 137, tradução nossa).¹⁴

¹⁴ “En este contexto, para la Sala resulta necesario avanzar en la interpretación del derecho aplicable y en las formas de protección de los derechos fundamentales y sus sujetos, debido al gran grado de degradación y amenaza en que encontró a la cuenca del río Atrato. Por fortuna, a nivel internacional (como se vio a partir del fundamento 5.11) se

A interpretação quanto aos valores intrínsecos à Natureza também se fundamenta com o art. 1º, no qual ESD é baseado nos princípios do pluralismo cultural e étnico e no reconhecimento e compartilhamento de saberes das comunidades indígenas (COLÔMBIA, 2016). Assim, a decisão reconhece que o desenvolvimento intensivo e atividade de exploração mineral ilegal que causou a degradação e as diversas afetações aos direitos fundamentais na BHRA demonstra a necessidade de uma transformação na relação com a natureza, baseada no respeito, diante de uma nova realidade sociopolítica e compara ao que ocorreu com os direitos de primeira, segunda e terceira geração (COLÔMBIA, 2016, p.137).

Portanto, esse respeito pela natureza tem reflexos a partir do sentido de existência, do processo evolutivo e do universo e dos cosmos, enquanto um pensamento que descola de uma postura antropocêntrica para o ecocêntrica, na qual o humano deixa o papel de dominador da natureza e se reconhece dentro do círculo evolutivo da natureza (COLÔMBIA, 2016, p.136).

Assim, ao adotar uma diversidade biocultural também estamos adotando perspectiva ecocêntrica, na qual se reconhece uma interrelação entre a cultura e a natureza. Essa perspectiva vai ter consequências políticas e normativas e devem permitir a extensão da participação das comunidades étnicas e dos ESD. Além disso, deve ser buscada uma justiça para a natureza além do cenário humano, considerando que a Constituição da Colômbia considerada como uma Constituição Ecológica:

Nessa medida, o dimensionamento do âmbito de proteção de tratados internacionais assinados pela Colômbia em matéria de proteção ambiental, a Constituição Ecológica e os direitos bioculturais (fundamentos 5.11 a 5.18), que pregam a proteção conjunta e interdependente do ser humano com natureza e seus recursos, é que a Corte declarará que o rio Atrato é sujeito de direitos que implicam sua proteção, conservação, manutenção e, no caso específico,

ha venido desarrollando un nuevo enfoque jurídico denominado **derechos bioculturales**, cuya premisa central es la relación de profunda unidad e interdependencia entre naturaleza y especie humana, y que tiene como consecuencia un nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es, como sujetos de derechos” (COLÔMBIA, 2016, p.137, destaques nossos).

restauração. Para a aplicação efectiva da presente declaração, o Tribunal decide que o Estado colombiano para exercer a tutela e representação jurídica dos direitos do rio, juntamente com as comunidades étnicas que vivem na bacia do rio Atrato em Chocó; assim, o rio Atrato e sua bacia - daqui em diante - serão representados por um membro das comunidades de atores e por um delegado do Estado colombiano. Além disso, ea fim de assegurar a proteção, recuperação e conservação adequada do rio, ambas as partes devem formar uma comissão para projetar e guardiões do rio Atrato cujos membros e membros terá lugar na seção, a fim de ofertar esse julgamento (COLÔMBIA, 2016, p. 140, tradução nossa).¹⁵

Diante dos fundamentos apresentados a decisão proferida pela Corte Colombiana reconheceu a Bacia Hidrográfica do Rio Atrato e seus afluentes como sujeito de direitos, o que se deu na parte dispositiva da Sentença, no item quatro, reconhece: “o rio Atrato, sua bacia e seus afluentes como uma entidade sujeito de direitos e a sua proteção, conservação, manutenção, restauração a cargo do Estado e das comunidades étnicas, conforme apontado na parte que motiva este provimento, nos fundamentos 9.27 a 9.32.” (COLOMBIA, 2016, p. 158, tradução nossa).¹⁶

Além do reconhecimento como sujeito de direito, a sentença proferida determinou ao governo da Colômbia a tutoria e representação legal dos direitos do rio, por meio de instituição designada pelo Presidente da República, em conjunto com as comunidades étnicas que habitam a bacia, formando uma comissão de “Guardiões do Rio Atrato” (COLOMBIA, 2016, p.140-159).

¹⁵ “En esa medida, dimensionando el ámbito de protección de los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia de protección del medio ambiente, la *Constitución Ecológica* y los derechos bioculturales (fundamentos 5.11 a 5.18), que predicen la protección conjunta e interdependiente del ser humano con la naturaleza y sus recursos, es que **la Corte declarará que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración.** Para el efectivo cumplimiento de esta declaratoria, la Corte dispondrá que el Estado colombiano ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca - en adelante - estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Estado colombiano³¹⁵. Adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, ambas partes deberán diseñar y conformar una **comisión de guardianes del río Atrato** cuya integración y miembros se desarrollará en el acápite de órdenes a proferir en la presente sentencia” (COLÔMBIA, 2016, p. 140).

¹⁶ “RESUELVE:(...) CUARTO - RECONOCER al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído en los fundamentos 9.27 a 9.32” (COLOMBIA, 2016, p. 158).

Também foram determinadas diversas medidas para proteção do rio e erradicação da mineração ilegal, incluindo a criação e aplicação de uma política pública minerária-energética. Dessa forma, a ação judicial sobre o rio Atrato envolve diversas questões relacionadas às comunidades, mineração e desmatamento ilegal. Entretanto, o que interessa para a análise comparativa proposta neste trabalho é o reconhecimento do Rio Atrato enquanto sujeito de direitos.

Por fim, a decisão da Colômbia na nota de roda pé de n.87 se refere Às Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) quanto ao enfoque de proteção ambiental e, também, faz referência ao governo da Nova Zelândia que reconheceu como sujeito de direitos o Rio Whanganui (COLÔMBIA, 2016).

4. Os direitos da Natureza no Brasil

No Brasil, não consta na Constituição Federal de 1988 ou em leis ordinárias o reconhecimento da Natureza como sujeito de direitos. Há um capítulo específico para o Meio Ambiente (Capítulo IV), no qual consta apenas o art. 225, que dispõe no *caput* que: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Portanto, a atual interpretação que se tem é de uma perspectiva ambiental constitucional referenciada para o Direito Ambiental, que visa à proteção de um meio ambiente saudável enquanto um direito difuso e coletivo de terceira ou quarta geração, e que tem que como fim último o bem estar humano, ou seja, se fundamenta nos Direitos Humanos. Conforme Benjamim afirma: “[...] o paradigma atualmente predominante é o do antropocentrismo intergeracional, com crescentes bolsões de não-antropocentrismo, aqui e aí” (BENJAMIM, 2009, p. 22).

Contudo, essa perspectiva constitucional ainda antropocêntrica apresenta-se como insuficiente para a proteção da Natureza e dos ecossistemas. Apenas a título exemplificativo, conforme o estudo do Centro Latino Americano Ecologia Social (CLAES) em 2009 o Brasil ocupava o primeiro lugar, em um ranking global, de países com mais alto impacto ambiental (CLAES, 2010). Além disso, o Desastre de Fundão, considerado como o maior desastre ambiental brasileiro, nos faz repensar a nossa perspectiva constitucional-ambiental.

4.1. Casos internos

Apresentamos alguns exemplos, no âmbito judicial e legislativo, em que houve o requerimento judicial não provido e reconhecimento legislativo dos direitos e valores intrínsecos à Natureza.

O primeiro se refere a Ação Civil Pública (ACP),¹⁷ interposta pelo Ministério Público Federal (MPF), no Estado do Pará, contra a hidrelétrica de Belo Monte (empresa Norte Energia SA). Consta na ação proposta a descrição dos impactos irreversíveis da usina sobre o ecossistema da Volta Grande do Xingu, a morte iminente do ecossistema, a violação do direito das futuras gerações e o requerimento de forma liminar e no mérito a respeito da paralisação das atividades da Usina Hidrelétrica, bem como indenização às comunidades afetadas. Além disso, consta de forma expressa o pedido de reconhecimento da Volta Grande do Xingu como sujeito de direitos (BRASIL, 2014).

¹⁷ Autos n. 0028944- 98.2011.4.01.3900. “IMPACTOS IRREVERSÍVEIS SOBRE O ECOSISTEMA DA VOLTA GRANDE DO XINGU (VGX). A MORTE IMINENTE DO ECOSISTEMA. RISCO DE REMOÇÃO DOS ÍNDIOS ARARA E JURUNA E DEMAIS MORADORES DA VGX. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE REMOÇÃO. VIOLAÇÃO DO DIREITO DAS FUTURAS GERAÇÕES. *O DIREITO DA NATUREZA. A VOLTA GRANDE DO XINGU COMO SUJEITO DE DIREITO*. Impor à Norte Energia a obrigação de não-fazer, impedindo-a de prosseguir com o Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte. Determinar a obrigação do empreendedor de indenizar os povos Arara, Juruna e ribeirinhos da VGX pelos impactos e perda da biodiversidade. Acompanhamento processual disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00289449820114013900&secao=PA&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em: 05 de jun. de 2018.”

Atualmente já se tem 22 ações civis públicas (ACP). Íntegra, acompanhamento e explicações das 22 ACP disponível em < http://www.mpf.mp.br/pa/saladeimprensa/documentos/2016/tabela_de_acompanhamento_belo_monte_atualizada_mar_2016.pdf/>. Notícia disponível em: < <http://reporterbrasil.org.br/2014/06/05-direitos-da-natureza-e-a-superacao-do-desenvolvimentismo-predatorio/>>. Acesso em: 05 de jun. 2018.

A ação foi julgada improcedente em 2014, e quanto ao pedido de reconhecimento dos direitos da Natureza consta na Sentença Proferida pelo Poder Judiciário, Justiça Federal de 1ª Instância, Seção Judiciária do Pará:

A tese, embora simpática à causa ambiental, carece de solidez lógica e jurídica, já que a expressão “sujeitos de direito”, implica não só a detenção de direitos por parte de um “sujeito”, mas igualmente de deveres e obrigações.

(...)

É obvio, portanto, que não há sentido em sustentar ser a Volta Grande do Xingu, ou qualquer outro elemento da fauna ou da flora, um sujeito de direito, já que decretos judiciais ou legislações que obriguem matas, animais, rios ou outros serem vivos irracionais, ferem a lógica elementar (BRASIL, 2014, p. 37, grifos nossos).

Por outro lado, o segundo caso, na esfera legislativa, que ocorreu no Município do Bonito/PE, se trata de uma emenda feita à Lei Orgânica nº 01/2017 do Município que alterou o art. 236 caput e seu parágrafo único para reconhecer o direito da Natureza de existir, prosperar e evoluir, bem como o direito da comunidade natural, humana e não humana, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a proteção de todos os membros da comunidade da terra (BONITO, 2017).¹⁸⁴

Mencionamos também o projeto de emenda à Lei Orgânica 04-00005/2015 do Município de São Paulo, no qual se incluiu o art.180A que de forma expressa se refere aos direitos intrínsecos dos membros da Natureza:

¹⁸⁴“A CÂMARA MUNICIPAL DO BONITO/PE, no uso de suas atribuições, faz saber que o Plenário aprovou e fica promulgada a Emenda à Lei Orgânica nº 01/2017: Art. 1º - O art. 236 da Lei Orgânica do Município do Bonito/PE, passa a ter a seguinte redação: “Art. 236 – O Município reconhece o direito da natureza de existir, prosperar e evoluir, e deverá atuar no sentido de assegurar a todos os membros da comunidade natural, humanos e não humanos, do Município de Bonito, o direito ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado e à manutenção dos processos ecossistêmicos necessários à qualidade de vida, cabendo ao Poder Público e à coletividade, defendê-lo e preservá-lo, para as gerações presentes e futuras dos membros da comunidade da terra. Parágrafo Único. Para assegurar efetividade a esse direito, o Município deverá promover a ampliação de suas políticas públicas nas áreas de meio ambiente, saúde, educação e economia, a fim de proporcionar condições ao estabelecimento de uma vida em harmonia com a Natureza, bem como articular-se com os órgãos estaduais, regionais e federais competentes, e ainda, quando for o caso, com outros municípios, objetivando a solução de problemas comuns relativos à proteção da Natureza. Art. 2º - Esta Emenda à Lei Orgânica entra em vigor na data de sua publicação. Bonito/PE, 21 de dezembro de 2017. Mesa Diretora da Câmara Municipal do Bonito/PE.” (disponível em: < <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload644.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2017).

A CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO promulga: Art. 1º - Inclui o Art. 180 "A" da Lei Orgânica do Município de São Paulo promulgada em 4 de abril de 1990, com a seguinte redação: Art. 180 A - O Município promoverá o desenvolvimento das políticas de meio ambiente, *considerando que os membros da natureza possuem direitos intrínsecos à vida e à manutenção de seus processos ecossistêmicos, em interdependência com a vida digna dos cidadãos, com o objetivo de alcançar a sustentabilidade na cidade* (TUMA, 2015).

Os casos apresentados demonstram a importância da discussão da perspectiva ambiental-constitucional e seus reflexos nas decisões judiciais e modificações legislativas.

4.2. O “Desastre de Fundão” e o Rio Doce como sujeito de direitos

O “Desastre de Fundão” se refere ao rompimento da barragem de Fundão que ocorreu no dia 05 de novembro de 2015, localizada no Município de Mariana, Minas Gerais. Essa barragem faz parte de um complexo minerário (Santarém e Germano) de propriedade da mineradora Samarco, empresa que é de propriedade da brasileira Vale e a anglo-australiana BHP Billiton, empresas de grande importância no mercado internacional de minério de ferro. Quando ocorreu o rompimento da barragem foram liberados 62 milhões de metros cúbicos de rejeitos e formou uma onda de lama que atingiu comunidades inteiras, destruiu o Vale do Rio Doce e chegou ao Oceano Atlântico (MILANEZ; SOUZA; WANDERLEY, 2017, p.1; VERVLOET, 2016, p.125).

O rompimento da barragem foi considerado como o maior desastre ambiental do Brasil, provocou 19 mortes e causou inúmeros danos socioambientais e socioeconômicos, deslocamento forçado de comunidades inteiras e danos ecológicos e geomorfológicos devastadores (MILANEZ; SOUZA; WANDERLEY, 2017, p.1; VERVLOET, 2016, p.126).

IMAGEM 2- Rio Doce após o rompimento da barragem



Fonte: Ação Judicial do Rio Doce

Esse desastre ambiental deu origem a milhares de ações judiciais, de natureza criminal, civil e administrativa. Dentre as diversas ações proposta, em 05 de novembro de 2017, foi ajuizada ação na qual a Bacia Hidrográfica do Rio Doce, representada pela Associação Pachamama, em face da União Federal e do Estado de Minas Gerais, requereu a instituição do Cadastro Nacional de Municípios Suscetíveis de Desastre e a elaboração do Plano de Proteção e Defesa Civil do Estado de Minas Gerais e dentre os pedidos da ação, requereu o reconhecimento da Bacia Hidrográfica do Rio Doce como sujeito de Direitos e a legitimidade processual dos requerentes¹⁹.

A ação faz referência expressa à Constituição do Equador, especificamente ao art. 71, no qual a Natureza é considerada como sujeito de direitos e reconhecida o direito à existência, manutenção e regeneração dos ciclos vitais. Menciona a Constituição da Bolívia quanto à garantia individual ou coletiva para defesa dos direitos perante o poder judiciário. E, ainda, cita e fundamenta a ação com a decisão da Corte Constitucional Colombiana que considerou o Rio Atrato um sujeito de direito biocultural (BRASIL, 2017).

¹⁹ Processo n. 1009247-73.2017.4.01.3800, perante a 6ª Vara Federal de Belo Horizonte – MG.

5. Repensando uma perspectiva para o sul global

As decisões das Cortes Constitucionais do Equador e da Colômbia podem ser consideradas como estruturas de transformações para uma nova perspectiva do Sul Global concernente aos direitos da Natureza?

Diante dos casos apresentados na seção anterior e da perspectiva das epistemologias do Sul e, ainda, pela necessidade de superação de paradigma quanto ao antropocentrismo e herança colonialista que resultou na visão utilitarista da Natureza, consideramos a importância dos direitos da Natureza no marco do NCLA:

É por isso que a questão dos direitos da natureza se torna tão interessante em nossos tempos. Porque o mundo passou por 500 anos de colonialismo, outros 50 anos de neocolonialismo que chamamos de “desenvolvimento” e outros 10 ou 20 anos de colonialismo ornamentado que chamamos de globalização. Todo este mundo começa a despertar deste mito que adverte que “se protegermos a natureza, as pessoas terão cada vez menos”, e somente através da exploração e destruição de naturalizados podemos fornecer mais aos seres humanos; e por essa razão, devemos destruir, pedaço por pedaço, o mundo, devemos destruir cada floresta para ter crescimento. Acho que estamos em um momento em que esse mito entrou em colapso. Não é capaz de fornecer o bem-estar humano em qualquer nível. Portanto, mesmo para proporcionar bem-estar aos seres humanos, precisamos agora mudar o caminho e encontrar uma nova maneira, e essa nova maneira é colocar os direitos da natureza em primeiro plano. Com base nesses direitos de natureza e proteção da natureza, será possível que tenhamos mais água limpa. Se nossos rios são tão protegidos nós teremos mais água para nós (SHIVA, 2011, p.163, tradução nossa).²⁰

²⁰ Tradução livre de: “Es por ello que el tema de los derechos de la naturaleza se vuelve tan interesante en nuestros tiempos. Porque el mundo ha atravesado 500 años de colonialismo, otros 50 años de neocolonialismo que lo hemos llamado “desarrollo” y otros 10 o 20 años de *colonialismo recargado* que llamamos globalización. Todo este mundo empieza a despertar de este mito que advierte que “si protegemos la naturaleza la gente tendrá cada vez menos”, y solo a través de la explotación y destrucción de la naturaleza podemos proveer más a los seres humanos; y por ello, debemos destruir, pedazo a pedazo, el mundo, debemos destruir cada bosque, cada selva, para poder tener *crecimiento*. Creo que estamos en un momento en donde este mito há colapsado. No es capaz de proveer bienestar humano a ningún nivel. Así que, incluso para proveer bienestar a los humanos ahora debemos cambiar el modo y encontrar una nueva manera, y esa nueva manera es poner a los derechos de la naturaleza en primer término. Sobre la base de esos derechos de la naturaleza y la protección de la naturaleza, será posible que tengamos más agua limpia. Si nuestros ríos es tán protegidos tendremos más agua para nosotros” (SHIVA, 2011, p. 163).

Magalhães (2012) explica que as mudanças que vêm ocorrendo na América Latina a partir da formação de um Estado plurinacional, por meio das mudanças constitucionais, se transformaram em uma alternativa para o que é denominado de “uma nova ordem nacional constitucional e internacional (mundial) democrática” (MAGALHÃES, 2012, p. 38).

O autor esclarece que essa perspectiva do Estado plurinacional implica um sistema não hegemônico e que, a partir dele, o direito europeu perde o protagonismo de civilização evoluída e de modelo universal. Desse modo, ele defende a construção de um sistema não hegemônico a partir de uma mudança de paradigmas, onde: “[...] a cultura e os valores europeus não sejam impostos pelo poder econômico e militar como universais, mas onde se reconheça a existência de sistemas de valores, de sistemas filosóficos e culturais que possam ser complementares” (MAGALHÃES, 2012, p. 40).

Wolkmer (2015) explica que a partir das mudanças políticas e constitucionais, o Novo Constitucionalismo ganha força nos países latino-americanos, e que a repercussão mais significativa quanto às questões ecológicas é representada pelas Constituições do Equador:

Especificamente, a Constituição do Equador (2008) é referência obrigatória em termos de avanços ecológicos-ambientais, por seu arrojado “giro biocêntrico” ao admitir direitos próprios da natureza e direitos ao desenvolvimento do “buen vivir” (Sumak Kawsay). Temática de repercussão e de controvérsias, a Constituição de 2008 rompe com a tradição da clássica Ocidental que atribui aos seres humanos a fonte exclusiva de direitos subjetivos fundamentais, introduzindo a natureza como sujeitos de direitos (WOLKMER, 2015, p. 260).

A neutralização dos conceitos como se fossem universais também tem reflexos nos textos constitucionais. Assim, alguns autores apresentam o fenômeno da “cláusula dormida”, atrelada ao direito e ao liberalismo enquanto uma linguagem universal e a sua modificação ou despertar com as novas constituições no marco do NCLA (GARGARELLA; COURTIS, 2015, p.77).

Os autores explicam, ainda, que a distribuição desses direitos sempre foi desigual, uma vez que a preocupação do liberalismo foi em defender e listar os direitos relacionados à propriedade e que as novas constituições tem o papel de buscar uma igualdade e atuar nas bases materiais da sociedade, como condição de melhorar a vida dos indivíduos e dos grupos (GARGARELLA; COURTIS, 2015, p.77).

Saunders (2006) aborda aspectos relevantes quanto ao estudo e dificuldades do direito constitucional comparado, a partir da análise das decisões do Superior Tribunal da Austrália. Assim, a autora descreve duas questões metodológicas importantes. A primeira se refere à relação estabelecida entre o direito nacional e a experiência jurídica estrangeira, em que esta é apenas um apoio para substanciar a fonte principal do direito, que é a jurisdição interna. Enquanto a segunda, se refere à utilização seletiva e manipulada de fontes estrangeiras, denominando de *cherry picking* (SAUNDERS, 2006, p. 67).

Desse modo, é essencial repensar à utilização de leis e precedentes estrangeiros constitucionais no âmbito nacional, uma vez que esse direito estrangeiro deve ser utilizado como apoio, contribuição e reflexão do raciocínio jurídico interno e não de forma construtiva, na qual se importa às soluções legais de outros países. Para a autora, o uso correto do direito comparado afasta as perspectivas universalistas e hegemônicas e serve para destacar as diferenças e revelar as semelhanças (SAUNDERS, 2006, p.52).

Diante do exposto, podemos questionar o que essas experiências demonstram ou quais as relações entre elas. Além disso, elas suscitam importante reflexão com relação à mudança constitucional e a como ela pode ser influenciada por fatores de ambiente, dentre os quais: a mudança territorial, a difusão e a mudança de regime. Assim, a difusão se refere a algum tipo de contágio, transmissão, canal geográfico ou linguístico entre as modificações constitucionais de países da mesma região.

6. Conclusões

Por todo o exposto, consideramos que as decisões das Cortes Constitucionais analisadas questionam e ressignificam o paradigma antropocêntrico que fundamenta a visão utilitarista da Natureza e, assim, possibilitam a modificação da visão constitucional referente a esses direitos, propondo uma nova perspectiva para o Sul Global.

Além disso, a consideração da Natureza como sujeito de direitos, a depender do contexto constitucional, terá efeitos sobre questões que envolvem a proteção fundamental e violação constitucional desses direitos. Igualmente, afetarà as ações constitucionais previstas para a sua proteção e os legitimados para a propositura das ações, uma vez que o direito ambiental e a justiça ambiental estão fundamentados nos direitos humanos, enquanto os direitos da Natureza e a justiça ecológica estão fundamentados no valor intrínseco da Natureza e a necessidade de proteção.

Quanto às interferências e interpelações entre as decisões, a constituição e a decisão do Equador foram paradigmáticas. A decisão da Colômbia se refere de forma expressa às Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) quanto ao enfoque de proteção ambiental e, também, faz referência ao governo da Nova Zelândia, que reconheceu como sujeito de direitos o Rio Whanganui.

O Projeto de Lei apresentado na Argentina sofreu influência das discussões do Sul, pois há menção expressa dos debates que ocorreram na América-Latina quanto aos Direitos da Natureza, bem como ao Bem Viver e, também, há menção à pesquisadora Indiana Vandana Shiva, que também é presidenta do Tribunal Ético Permanente pelos Direitos da Natureza e Mãe Terra.

Por outro lado, a decisão da Índia faz referência a diversos precedentes da Corte Constitucional dos Estados Unidos, mas não faz menção às decisões e constituições da América-Latina. Ademais, no âmbito internacional o programa adotado pela ONU teve influência direta da Conferência realizada na Bolívia sobre os direitos da Mãe Terra. Desse modo, ainda não

há como traçar um panorama global das tendências e das influências quanto ao reconhecimento da Natureza como sujeito de direitos.

Quanto à questão brasileira, o exposto neste artigo é importante para refletirmos de forma crítica a importação e construção dos direitos da natureza ao direito brasileiro pautado em uma mudança de perspectiva e de paradigma. Assim, a análise das decisões das Cortes Constitucionais do Equador e da Colômbia nos faz pensar dois caminhos distintos a seguir. Primeiro, uma mudança no texto constitucional, por meio de uma emenda constitucional, para que conste de forma expressa que a Natureza possui Direitos, como consta na Constituição do Equador. Segundo, a adoção de uma interpretação constitucional que considere os direitos da Natureza mesmo que ocorra alguma alteração textual, como aconteceu no caso Colombiano.

Portanto, independentemente do caminho a ser adotado, não se defende a importação acrítica de decisões ou soluções constitucionais. Antes, defende-se a utilização das experiências do Sul como formas de compreensão do próprio sistema interno brasileiro, de modo a repensar o atual sistema ambiental-constitucional e as possibilidades de mudanças desse paradigma.

7. Referências

ACOSTA, Alberto. *O Bem Viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos*. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso*. BDJur, Brasília-DF, dez. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/26184/Natureza_Direito_Brasileiro.pdf>. Acesso em: 28 de ago. 2017.

BALDI, César Augusto. Novas Constitucionalidades, Pluralismo Jurídico e Plurinacionalidade – Aprendendo desde o Sul. In: BALDI, César Augusto. (org.). *Aprendendo Desde o Sul: Novas Constitucionalidades, Pluralismo Jurídico e Plurinacionalidade – Aprendendo desde o Sul*. In: BALDI, César Augusto. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.27-32.

- BONITO. Prefeitura Municipal. Emenda *Lei Orgânica nº 01/2017*, de 21 de dezembro de 2017. Dispõe sobre alteração do art. 236, caput e seu parágrafo único, da lei orgânica do município do Bonito/PE. Diário Oficial do Município, Bonito, ano IX, N.2034.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal Justiça Federal (1ª. Região). *Processo - 0028944-98.2011.4.01.3900/PA*. Juiz: Arthur Pinheiro Chaves. Pará, 11 jul. 2014. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00289449820114013900&secao=PA&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em: 05 de jun. 2018.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentença T 622/16*. Relator: Jorge Iven Palacio - La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional. Bogotá, 10 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-622-16.htm>>. Acesso em: 10 de set. 2017.
- CORTE asegura que el río Atrato tiene derechos y ordena recuperarlo: Gobierno debe iniciar un plan para erradicar la minería ilegal de la región. *El Tiempo*, Colômbia, 2 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/corte-constitucional-ordena-protger-al-rio-atrato-de-la-mineria-ilegal-83708>>. Acesso em: 02 out. 2017.
- GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. Nuevo Constitucionalismo LatinoAmericano: Promessa e Interrogantes. In: BALDI, César Augusto. (org.). *Aprendendo Desde o Sul: Novas Constitucionalidades, Pluralismo Jurídico e Plurinacionalidade – Aprendendo desde o Sul*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 59-84.
- GUDYNAS, Eduardo. *Derechos de la naturaleza y políticas ambientales*. Bolívia: Plural, 2014.
- GUDYNAS, Eduardo. Desarrollo, Derechos de la Naturaleza y Buen Vivir despues de Montecristi., In: WEBER, Gabriel (Org.). *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo: perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador*. Quito: Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, 2011, p. 83-102.
- EMPIEZAN a darse pasos para salvar al río Atrato. *El Tiempo*: Gobierno, ONG y líderes locales se pusieron las pilas para cumplir una sentencia histórica. El Tiempo, Colômbia, 4 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.eltiempo.com/vida/medio-ambiente/empiezan-a-darse-pasos-para-salvar-al-rio-atrato-104462>>. Acesso em: 02 out. 2017.

EQUADOR. Corte Provincial de Justicia de Loja. *Acórdão na apelação cível 11121-2011-0010*. Re-lator Luis Sempértegui Valdivieso- Juzgado Tercero de lo Civil de Loja. Equador, Loja. 30. mar. 2011. Disponível em: <http://www.elcorreo.eu.org/IMG/pdf/Sentencia_ce_referencia.pdf>. Acesso em: 05 de set. de 2017>. Acesso em: 20 de jun. de 2018.

ECUADOR. Constitución de la Republica del Ecuador de 2008.

ECUADOR. Función Judicial de Loja. *Proceso judicial n. 11121-2011- 0010*. [2017]. Disponível em:< <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>>. Acesso em: 20 de jun. de 2018.

LA CORTE Constitucional colombiana y el Río Atrato. Eco América, Colômbia, 1 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.ecoticias.com/eco-america/136923/La-Corte-Constitucional-colombiana-y-el-Rio-Atrato>>. Acesso em: 29 set. 2017.

LANDER, Edgardo. *Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos*. In: LANDER, Edgardo (Org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino- americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p.8-23.

MAGALHÃES. José Luiz Quadros. *O Estado Plurinacional e o Direito Internacional Moderno*. Curitiba: Juruá, 2012.

LOS DERECHOS del río Atrato. *El Nuevo Siglo*, Colômbia, 2 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/05-2017-los-derechos-del-rio-atrato>>. Acesso em: 29 set. 2017.

MILANEZ, Bruno; WANDERLEY, Luiz. Jardim; SOUZA, Tatiana Ribeiro. *O que não se aprendeu com a tragédia no Rio Doce*. Le Monde Diplomatique Brasil. 2017. Disponível em < <http://diplomatique.org.br/%E2%80%A8o-que-nao-se-aprendeu-com-a-tragedia-no-rio-doce/>>. Acesso em: 05 de set. de 2017.

SAUNDERS, Cheryl. *The use and misuse of comparative constitutional law*. Indiana Journal of Global Legal Studies, v. 13, n. 1, p. 37-76, 2006. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?_handle=hein.journals/ijgls13&div=6&id=&page=..>. Acesso em: 20 de março de 2018.

SUÁREZ, Sofia. *Defendiendo la naturaleza: Retos y obstáculos en la implementación de los derechos de la naturaleza – Caso rio Vilacamba*. Quito, Equador: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2013. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10230.pdf>>. Acesso em: 02 de jul. de 2017.

- SHIVA, Vandana. Democracia de la Tierra y los Derechos de la Naturaleza. In: Alberto Acosta y Esperanza Martínez (orgs.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.
- TUMA, Eduardo. Projeto de Emenda a *Lei Orgânica 04-00005/2015*. Inclui o Art. 180 "A" da Lei Orgânica do Município de São Paulo promulgada em 4 de abril de 1990. Disponível em: < <http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/projeto/PLO0005-2015.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2018.
- VERVLOET, Roberto José Henzer Moreira. Capítulo 2: A geomorfologia da região de rompimento da barragem da Samarco: Da originalidade da paisagem à paisagem da mineração. In: MILANEZ, Bruno; LOSEKANN, Cristiana. (Orgs.) *Desastre no Vale do Rio Doce: antecedentes, impactos e ações sobre a destruição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Folio Digital, Letra e Imagem, 2016, p. 91-121.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e Pluralismo na Trajetória do Direito Brasileiro*. In: BALDI, César Augusto. (Org.). *Aprendendo Desde o Sul: Novas Constitucionalidades, Pluralismo Jurídico e Plurinacionalidade – Aprendendo desde o Sul*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 260.

Capítulo VIII

O Estado de Coisas Inconstitucional do deslocamento forçado na Colômbia a partir da perspectiva de um constitucionalismo feminista

*Jessica Holl*¹

1. Introdução

O estado de coisas inconstitucional é uma construção da jurisprudência constitucional colombiana, cuja declaração tem por objetivo proteger direitos fundamentais da população. Esse estado de coisas é caracterizado por ações, bem como omissões, perpetradas diretamente por agentes públicos ou decorrentes de uma situação conjuntural mais ampla, que acarretam sistemáticas violações a direitos fundamentais. De acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, para ser declarado o estado de coisas inconstitucional, é necessário verificar a ocorrência: (a) da violação massiva e generalizada de vários direitos fundamentais, afetando um número significativo de pessoas; (b) da omissão sistemática das autoridades estatais em assegurar a proteção a esses direitos; (c) da não edição dos instrumentos normativos necessários à proteção desses direitos; (d) da existência de um problema social que compromete a atuação das entidades no sentido de promover esses direitos fundamentais, assim como exige a implementação de

¹ Professora Substituta de Direito da UFOP. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Graduada em Direito pela UFMG. Pesquisadora do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (<http://cjt.ufmg.br>). Membro do Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição - IDEJUST. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8710494509767162>. E-mail: jessica_holl@ymail.com

políticas públicas complexas, que demandam uma dotação orçamentária específica; e (e) do comprometimento do funcionamento do judiciário caso todos os afetados por essas violações judicializassem suas demandas (COLOMBIA, 2004a). Assim, com a declaração do estado de coisas inconstitucional, o judiciário, especificamente a Corte Constitucional, roga para si a prerrogativa de determinar os caminhos a serem seguidos pelos órgãos dos poderes executivo e legislativo de forma a solucionar o quadro de generalizadas violações a direitos fundamentais.

Com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da MC-ADPF 347 (BRASIL, 2015)² e do RE 641.320 (BRASIL, 2016)³, tornou-se necessário promover um estudo mais sistemático do instituto do estado de coisas inconstitucional, uma vez foi levantada a possibilidade de sua importação. Dessa forma, foi escolhido, para o presente estudo, o caso colombiano do deslocamento forçado (*Sentencia T-025*) por se tratar do caso de maior impacto social no país, envolvendo o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. Isso considerando que milhões de colombianos foram afetados pelo deslocamento forçado motivado pelo conflito com as FARC (Forças Armadas Revolucionárias Colombianas), com destaque especial para grupos vulneráveis, como mulheres chefes de família, crianças, idosos e comunidades indígenas (ACNUR, 2016).

Em que pese a sentença que reconheceu o estado de coisas inconstitucional relativo ao deslocamento forçado de pessoas na Colômbia e que estabeleceu uma vasta gama de medidas a serem implementadas pelo poder público afim de resolver a situação ter sido proferida em 2004, a questão não chegou perto de ser resolvida. Dentre os motivos para a perpetuação das violações está a escassez de recursos a serem destinados às políticas de enfrentamento ao deslocamento forçado e a perpetuação do conflito com as FARC. A não resolução da questão, indica que o instituto do estado de coisas inconstitucional não necessariamente promove a

² Brasil, STF, MC na ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, DJ 12/09/2015.

³ Brasil, STF, RE 641.320, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/05/2016, DJ 01/08/2016.

esperada integração e cooperação entre os três poderes⁴. De forma que, também, não se mostra mais eficiente que a declaração de inconstitucionalidade.

Ainda no que se refere ao deslocamento forçado, o Acordo de Paz, celebrado entre o governo colombiano e as FARC no final de 2016, voltou a enfrentar a questão. Dessa vez, não como uma imposição do judiciário, mas dentro do escopo do programa de reforma agrária da Colômbia. Arelada a tal proposta, a questão de gênero também é levantada, quando o Acordo busca reparar as violações causadas pelo deslocamento forçado. Assim, é dada centralidade ao papel desempenhado pelas mulheres na implementação do Acordo, que prevê a criação de um fundo de terras a serem destinadas para aquelas que não as possuem, ou não as possuem em quantidade suficiente, sendo que será dada prioridade para as vítimas de deslocamento forçado, em especial para as mulheres chefes de família.

Assim, observa-se que no Acordo de Paz foi estabelecido um sistema de reparações ao deslocamento forçado sensíveis a gênero,⁵ favorecendo a

⁴ No presente trabalho, a ideia de “diálogo institucional” será compreendida em sua concepção mais ampla, segundo a qual “[A metáfora do ‘diálogo institucional’] É mais comumente usada para descrever a natureza das interações entre os tribunais e os ramos políticos do governo na área de decisão constitucional, particularmente em relação à interpretação dos direitos constitucionais. As teorias do diálogo enfatizam que o judiciário não tem (como matéria empírica) nem deveria ter (como matéria normativa) o monopólio da interpretação constitucional. Em vez disso, ao exercer o poder do controle de constitucionalidade, os juízes se engajam em uma conversa interativa, interconectada e dialética sobre o significado constitucional. Em suma, os juízos constitucionais são, ou idealmente deveriam ser, produzidos através de um processo de elaboração compartilhada entre o judiciário e outros atores constitucionais.” (tradução livre do original em inglês: “[The metaphor ‘dialog’] It is most commonly used to describe the nature of interactions between courts and the political branches of government in the area of constitutional decision-making, particularly in relation to the interpretation of constitutional rights. Dialogue theories emphasize that the judiciary does not (as an empirical matter) nor should not (as a normative matter) have a monopoly on constitutional interpretation. Rather, when exercising the power of judicial review, judges engage in an interactive, interconnected and dialectical conversation about constitutional meaning. In short, constitutional judgments are, or ideally should be, produced through a process of shared elaboration between the judiciary and other constitutional actors.” (BATEUP, 2006, p. 1109). Nesse sentido, falar em diálogo institucional a partir de uma sentença que define um estado de coisas inconstitucional significaria reconhecer que ela teria o condão de favorecer a interconexão entre os poderes, especialmente entre o judiciário e o legislativo. Logo, o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional favoreceria, idealmente, a construção de um entendimento constitucional não centrado no judiciário, mas que tem seu início no poder judiciário e a partir desse momento passa a envolver o legislativo e o judiciário. Entretanto, com base no estudo do caso colombiano do estado de coisas inconstitucional do deslocamento forçado, observar-se-á que esse diálogo não necessariamente é favorecido pela modalidade de sentença em estudo.

⁵ Para trabalhar as reparações sensíveis a gênero, é necessário primeiramente identificar a concepção de gênero empregada no presente trabalho. Nesse sentido, destaca-se o conceito trabalho por Mary Nash (2001, p. 3-4): “O conceito de gênero refere-se à organização social da diferença sexual e da reprodução biológica. O sistema de gênero representa um complexo conjunto de relações e processos socioculturais que, por sua vez, são históricos na articulação de seu perfil característico. É uma construção social feita através de representações culturais da diferença sexual, que é concebida como um produto social e não da natureza. O gênero é definido de acordo com as

diminuição das desigualdades no processo de transição colombiano. Política essa que estava longe de integrar as medidas determinadas pela Corte Constitucional quando do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional na Sentença T-025. Portanto, o presente trabalho pretende demonstrar como o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, na prática, não necessariamente contribui para uma maior integração entre os três poderes, assim como também não necessariamente vai apresentar as soluções mais sensíveis à realidade social para as violações de direitos fundamentais em questão. Dessa forma, o que se pretende não é questionar sua utilização no contexto colombiano, o que demandaria um estudo com esse único objetivo, mas indicar que as supostas vantagens alegadas para sua incorporação à estrutura constitucional brasileira não se verificam. Assim, o que o presente trabalho

características normativas que masculino e feminino têm na sociedade e na criação de uma identidade subjetiva e das relações de poder existentes entre homens e mulheres. Ao entender a construção do gênero como um processo sócio-cultural, como um encontro historicamente insustentável, essa visão essencialista de um sinal bio-social como chave analítica para a situação da mulher. A minha leitura de gênero parte de uma criação social e não biológica das ideias e valores normativos que enunciam os papéis respectivos das mulheres e dos homens na sociedade. [...] É inegável que o gênero é baseado na noção de uma diferença sexual derivada de uma biologia diferenciada, mas se concentra especialmente na construção social dessa diferença”. (Tradução livre do original em espanhol: “El concepto de género se refiere a la organización social de la diferencia sexual y de la reproducción biológica. El sistema de género representa un complejo conjunto de relaciones y procesos socioculturales que son, a su vez, históricos en la articulación de su perfil característico. Se trata de una construcción social realizada a través de representaciones culturales de la diferencia sexual, a la que se concibe como producto social y no de la naturaleza. El género se define en función de las características normativas que masculino y femenino tienen en la sociedad y en la creación de una identidad subjetiva y de las relaciones de poder existentes entre hombres y mujeres. Al entender la construcción del género como proceso sociocultural, como historiadora encuentro insostenible esa visión esencialista de signo biosocial como clave analítica de la situación de las mujeres. Mi lectura de género parte de una creación social y no biológica de las ideas y los valores normativos que enuncian los roles respectivos de mujeres y hombres en la sociedad. [...] Es innegable que el género parte de la noción de una diferencia sexual derivada de una biología diferenciada, pero se centra especialmente en la construcción social de esta diferencia.”) (NASH, 2001, p. 3-4). A partir desse conceito, tem-se que uma perspectiva transversal de gênero (ou *gender mainstreaming*, no inglês) tem um “ênfoque no que precisa ser alterado, visando os processos de elaboração de políticas como o principal objeto de mudança. A incorporação da perspectiva de gênero, de acordo com essa definição, é sobre a (re)organização de procedimentos e rotinas, sobre a (re)organização de responsabilidades e capacidades para a incorporação de uma perspectiva de igualdade de gênero. Em outras elaborações dessa estratégia, diferentes táticas podem se concentrar na organização do uso dos conhecimentos adquiridos sobre gênero na formulação de políticas públicas, ou na organização de análises sobre o impacto do gênero no processo de desenvolvimento dessas políticas, ou na organização de consultorias e na participação em grupos e organizações relevantes a esse processo.” (tradução livre do original em inglês: “[The essential element in this definition of the strategy of gender mainstreaming is its] accent on what needs to be changed, targeting policy processes as the main change object. Gender mainstreaming, according to this definition is about (re)organising procedures and routines, about (re)organising responsibilities and capacities for the incorporation of a gender equality perspective. In further elaborations of the strategy, different tactics that are distinguished can concentrate on organising the use of gender expertise in policy-making, or on organising the use of gender impact analyses in this process, or on organising consultation and participation of relevant groups and organisations in the process.”) (VERLOO, 2001, p. 2).

questiona é a efetividade do instituto do estado de coisas inconstitucional, a ponto de justificar sua introdução à ordem constitucional brasileira, independente de previsão legal e já existindo opções como a interpretação conforme a constituição ou a simples declaração de inconstitucionalidade como formas como o Supremo Tribunal Federal pode decidir sobre casos de violações à constituição sem, com isso, interferir na divisão dos poderes.

Desse modo, na sequência serão trabalhados o julgamento da prática do deslocamento forçado pela Corte Constitucional Colombiana, com o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, e o tratamento dado à questão do deslocamento forçado no Acordo de Paz com as FARC, em especial o enfoque de gênero que foi dado. Na sequência serão feitas considerações sobre a importância das reparações sensíveis a gênero e como elas oferecem uma possibilidade interessante de lidar com as heranças de períodos autoritários ou de conflito, promovendo a efetivação da democracia de modo mais horizontal. Por fim, a partir de todo esse cenário, é levantada a insuficiência do instituto do estado de coisas inconstitucional para promover alterações sociais efetivas, de modo que sua incorporação à ordem constitucional brasileira não se justificaria.

2. Deslocamento forçado e a Corte Constitucional Colombiana

A Corte Constitucional Colombiana enfrentou a questão do deslocamento forçado na Sentença T-025 de 2004, em que reconheceu a existência de um estado de coisas inconstitucional e estabeleceu as medidas a serem posteriormente tomadas, no âmbito dos poderes executivo e legislativo, de modo a solucionar as violações de direitos fundamentais em questão.

A sentença T-025 advém do expediente T-653010, em que foram acumulados 108 casos referentes a ações de tutela relacionadas ao deslocamento forçado ⁶. Essas ações foram ajuizadas por 1.150 núcleos

⁶ As chamadas ações de tutela no Direito Constitucional Colombiano referem-se às ações levadas à Corte Constitucional relacionadas à proteção de algum direito ou garantia constitucionalmente previstos. Assim, consistem em um mecanismo de direito processual constitucional, autônomo, disponível a toda pessoa que tenha seus direitos

familiares, sendo que cada núcleo era composto por uma média de 4 pessoas, com destaque para mulheres chefes de família, crianças, idosos e indígenas (COLÔMBIA, 2004a, p. 10). Dessa forma, o presente caso referia-se diretamente a cerca de cinco mil pessoas e seus efeitos seriam irradiados, na realidade, em um número ainda maior, considerando que o contingente de pessoas atingidas pelo deslocamento forçado na Colômbia chegava aos milhões (ACNUR, 2016).

Os casos dos peticionantes eram, no geral, muito similares. A maioria deles havia se inscrito no Registro Único da População Vítima do Deslocamento Forçado, tornaram-se vítimas do deslocamento forçado por fatos ocorridos há mais de um ano e meio (quando da promulgação da sentença pela Corte Constitucional), a maioria recebeu alguma ajuda humanitária nos primeiros três meses após o deslocamento, mas essa ajuda nem sempre foi suficiente para suprir a demanda de todos (COLÔMBIA, 2004a, p. 25). As ações haviam sido apresentadas em face da Rede de Solidariedade Social, do Departamento Administrativo da Presidência da República, do Ministério da Fazenda e Crédito Público, dos Ministérios da Saúde e do Trabalho e Seguridade Social (que haviam se fundido no Ministério de Proteção Social quando da apreciação do caso pela Corte Constitucional), do Ministério da Agricultura, do Ministério da Educação, da Inurbe, da Incora, da SENA (Servicio Nacional de Aprendizage) e de diversas administrações municipais e departamentais (COLÔMBIA, 2004a, p. 25). Os peticionantes consideravam que esses organismos haviam falhado no seu dever de promover uma assistência adequada àqueles que foram vítimas do deslocamento forçado, assim como não haviam respondido adequadamente às solicitações então feitas pelas vítimas.

Havia casos em que os peticionantes, mesmo cadastrados no Registro Único da População Vítima do Deslocamento Forçado não haviam recebido

fundamentais violados ou sob risco de violação por uma autoridade pública – ou por particular exercendo alguma função pública, conforme o art. 86 da Constituição Colombiana de 1991. A Constituição Colombiana está disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>

qualquer assistência humanitária após o deslocamento. A maior parte deles não recebeu uma orientação adequada sobre como acessar os programas destinados a atender as vítimas de deslocamento forçado, sendo frequentemente submetidos a uma longa peregrinação entre os diversos órgãos da administração pública e mesmo assim não recebendo informações precisas. Muitos haviam pleiteado os auxílios destinados às vítimas do deslocamento, mas não obtiveram respostas quanto ao mérito de seus pedidos. Nesses casos as autoridades limitavam-se a apontar que o pedido não havia sido feito na forma adequada e que, por isso, não poderia ser atendido, ou que não havia recursos disponíveis para a concessão do auxílio - casos em que também não informava quando o auxílio estaria disponível - ou respondiam apenas após a judicialização do pleito (COLÔMBIA, 2004a, p. 26). Dessa forma, os seguintes pedidos constavam nas ações de tutela:

1. Que suas petições tenham uma solução de mérito e em um tempo claro e determinado;
2. Que as ajudas para estabilização econômica, moradia, realocação, projetos produtivos, acesso à educação para os filhos;
3. Que as terras de posse ou propriedade que foram abandonadas pelas vítimas do deslocamento forçado sejam protegidas;
4. Que recebam ou continuem recebendo a ajuda humanitária de emergência;
5. Que sejam reconhecidas como vítimas do deslocamento forçado e que lhes sejam concedidos os benefícios advindos dessa condição;
6. Que seja adotado um programa de segurança alimentar;
7. Que sejam fornecidos os medicamentos receitados;
8. Que uma das pessoas inscritas em um núcleo familiar seja desvinculada dele e que seja permitido a ela continuar recebendo ajuda humanitária como um núcleo familiar;
9. Que sejam feitas as apropriações necessárias para solucionar a situação da população vítima do deslocamento forçado e que se tornem efetivos os programas para a população vítima do deslocamento forçado;
10. Que o ministério da fazenda desembolse os recursos necessários para avançar os programas de moradia e projetos produtivos;
11. Que lhes seja permitido receber capacitações para desenvolver projetos produtivos;

12. Que o representante legal da Rede de Solidariedade seja advertido de que quando se omite em cumprir suas responsabilidades para com as vítimas do deslocamento forçado, incorre em causa de má conduta;
13. Que seja formado o comitê municipal para a atenção integral da vítima do deslocamento forçado;
14. Que seja restabelecida a prestação do serviço de saúde que é negado a partir da Circular 00042 de 2002, na qual se condicionou a prestação da dita ajuda a problemas inerentes ao deslocamento forçado;
15. Que as entidades territoriais, dentro de sua disponibilidade de recursos, contribuam com os planos de provisão de moradia para a população vítima do deslocamento forçado (COLÔMBIA, 2004a, p. 27-28).⁷

Ante essa situação, a Corte Constitucional Colombiana considerou que havia uma multiplicidade de direitos constitucionais sendo violados com o tratamento que estava sendo conferido às vítimas do deslocamento forçado e ressaltou que a jurisprudência colombiana reconhecia o direito dessas vítimas receberem, em caráter de urgência, tratamento preferencial por parte das instituições estatais (COLÔMBIA, 2004a, p. 1). Ademais, destacou que as violações aos direitos das populações vítimas do deslocamento forçado se perpetuaram no tempo, sem que as autoridades competentes tenham adotado medidas suficientes para alterar esse quadro e sem que as soluções apresentadas pela Corte em sentenças anteriores tivessem sido implementadas; na verdade, o que se verificou foi um agravamento na situação das vítimas (COLÔMBIA, 2004a, p. 2). Destacou,

⁷ Tradução livre do original em espanhol: “1. Que sus peticiones sean resueltas de fondo y en un tiempo claro y determinado; 2. Que se materialicen las ayudas para estabilización económica, vivienda, reubicación, proyectos productivos, acceso a educación para los hijos; 3. Que las tierras en posesión o propiedad que fueron abandonadas por los desplazados sean protegidas; 4. Que reciban o continúen recibiendo la ayuda humanitaria de emergencia; 5. Que sean reconocidos como desplazados y se les otorguen los beneficios que surgen de esa condición; 6. Que se adopte un programa de seguridad alimentaria; 7. Que se suministren los medicamentos recetados; 8. Que una de las personas inscritas bajo un núcleo familiar sea desvinculada de él y se le permita continuar recibiendo la ayuda humanitaria como un núcleo familiar; 9. Que se hagan las apropiaciones necesarias para solucionar la situación de la población desplazada y se hagan efectivos los programas para la población desplazada; 10. Que el ministerio de hacienda desembolse los dineros necesarios para adelantar los programas de vivienda y proyectos productivos; 11. Que se le permita recibir capacitación para desarrollar proyectos productivos; 12. Que se advierta al representante legal de la red de solidaridad que cuando omite cumplir con sus responsabilidades para con los desplazados incurre en causal de mala conducta; 13. Que se conforme el comité municipal para la atención integral del desplazado; 14. Que se restablezca la prestación del servicio de salud que es negado a partir de la Circular 00042 de 2002, en la cual se condicionó la prestación de dicha ayuda a que se trate de problemas inherentes al desplazamiento; 15. Que las entidades territoriales, dentro de su disponibilidad presupuestal, contribuyan a los planes de provisión de vivienda para la población desplazada.” (COLÔMBIA, 2004a, p. 27-28).

ainda, a importância de que sejam destinados os recursos financeiros adequados, afim de assegurar a possibilidade de plena proteção dos direitos fundamentais da população vítima do deslocamento forçado, isso, considerando que uma das justificativas para a situação descrita pelas vítimas, de acordo com os órgãos públicos, era a insuficiência de recursos para o desenvolvimento de políticas públicas eficazes (COLÔMBIA, 2004a, p. 2-3).

A Corte também elencou os principais direitos fundamentais das vítimas do deslocamento forçado que estariam sendo violados no caso. São eles: (I) o direito à vida digna, violado pelas condições subumanas a que as vítimas eram submetidas quando de seu deslocamento e com a permanência em locais provisórios e pelos os riscos frequentes a que eram submetidas; (II) os direitos das crianças, das mulheres chefes de família, dos deficientes, dos idosos e de outros grupos socialmente protegidos, dadas as condições degradantes a que eram submetidos; (III) o direito de escolha do local de domicílio, já que as vítimas foram obrigadas a abandonar suas residências em virtude dos riscos enfrentados; (IV) o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à liberdade de expressão e de associação, que foram restringidos pelo ambiente que forçou o deslocamento forçado e pelos impactos que uma migração desse gênero proporciona sobre as vítimas; (V) os direitos econômicos, sociais e culturais, que são impactados pelo próprio deslocamento forçado; (VI) o direito à unidade familiar e à proteção integral da família, considerando os casos em que o deslocamento forçado implica a dispersão das famílias; (VII) o direito à saúde, em conexão com o direito à vida, visto que o acesso aos serviços básicos de saúde é dificultado com o deslocamento forçado e que as deploráveis condições de vida a que as vítimas são submetidas comprometem seu estado de saúde; (VIII) o direito à integridade pessoal, que é ameaçado pelas precárias condições de saúde e pelas constantes ameaças a que as vítimas são submetidas; (IX) o direito à segurança pessoal, uma vez que o deslocamento forçado implica em riscos específicos, individualizados, concretos, claros, excepcionais e

desproporcionais para uma série de direitos fundamentais; (X) a liberdade de circulação no território nacional e o direito a permanecer no local escolhido para viver, cuja violação é observável a partir do próprio conceito de deslocamento forçado; (XI) o direito ao trabalho e a liberdade de escolha de sua profissão ou ofício, o que é especialmente relevante no caso dos agricultores que são obrigados a irem para cidades em razão do deslocamento forçado; (XII) o direito a uma alimentação adequada, que influencia no exercício dos demais direitos fundamentais, particularmente do direito à vida, à integridade pessoal e à saúde, e que resta comprometido em face das condições de vida degradantes e de extrema pobreza que as vítimas do deslocamento forçado são submetidas; (XIII) o direito à educação, especialmente das crianças e jovens que são obrigados a interromperem seus estudos em virtude do deslocamento forçado; (XIV) o direito a uma moradia digna, visto que as vítimas são obrigadas a abandonarem suas residências e a se submeterem a condições inapropriadas de alojamento; (XV) o direito à paz, que está centrado no direito pessoal de não sofrer os efeitos da guerra, especialmente quando esse sofrimento advém de violações ao Direito Internacional Humanitário, como no caso da proibição de ataques à população civil; (XVI) o direito à personalidade jurídica, uma vez que o deslocamento forçado frequentemente ocasiona a perda dos documentos de identidade civil, o que dificulta o registro dos indivíduos como vítimas do deslocamento forçado, o acesso a ajudas humanitárias e a indicação de um representante legal; e (XVII) o direito à igualdade, que é violado pelo fato de, frequentemente, as vítimas do deslocamento forçado serem em razão de sua pertença a determinada comunidade e pelo fato de terem seus direitos fundamentais violados por serem vítimas do deslocamento forçado, o que as diferencia do restante da população colombiana (COLÔMBIA, 2004a, p. 45-47).

Ante esse quadro, a Corte Constitucional Colombiana reconheceu a presença dos elementos necessários para a determinação do estado de coisas inconstitucional e a consequente determinação das medidas a serem

implementadas por outros órgãos da administração pública. Para tanto, a Corte destacou como os principais fatores a serem observados para a determinação do estado de coisas inconstitucional:

(i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas; (ii) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado; (iv) a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação dos direitos; (v) a existência de um problema social cuja solução implica a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante; (vi) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema recorrem à ação de tutela para obterem a proteção de seus direitos, produzir-se-ia uma congestão judicial ainda maior (COLÔMBIA, 2004a, p. 4).⁸

Tendo verificado esses elementos no caso do deslocamento forçado, a Corte Constitucional destacou a obrigação das autoridades estatais em “[...] corrigir as visíveis desigualdades sociais, em facilitar a inclusão e participação de setores mais frágeis, marginalizados e vulneráveis da população na vida econômica e social da nação e em estimular um melhoramento progressivo das condições materiais de existência dos setores mais debilitados da sociedade” (COLÔMBIA, 2004a, p. 5)⁹. Assim, surgiriam dois tipos de obrigações para o Estado: o de promover, por meio

⁸ Tradução livre do original em espanhol: “[...] (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial” (COLÔMBIA, 2004a, p. 4).

⁹ Tradução livre do original em espanhol: “[...] a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores débiles, marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad” (COLÔMBIA, 2004a, p. 5).

de políticas públicas, essa igualdade social e o de abster-se de promover medidas que impliquem a regressão dos direitos sociais já alcançados ou no agravamento da situação de injustiça social. O que, aplicado ao caso do deslocamento forçado, implica na obrigação do Estado em promover medidas que efetivem os direitos das vítimas e na proibição de piorar, por meio de suas ações ou omissões, as condições a que elas estão submetidas. Ademais, a dotação orçamentária insuficiente para a questão estaria, de fato, piorando a situação das vítimas, como reconhecido pela Corte (COLÔMBIA, 2004a, p. 6). A partir desse ponto, a Corte Constitucional indicou que, sendo os recursos do estado colombiano insuficientes para a plena solução das violações dos direitos fundamentais das vítimas do deslocamento forçado, o Estado deveria realizar um exercício de ponderação em relação aos direitos fundamentais que teriam prioridade na sua efetivação e, na medida das possibilidades orçamentárias, ir gradativamente efetivando a proteção dos demais direitos (COLÔMBIA, 2004a, p. 7).

Com base nessas considerações, após determinar a existência de um estado de coisas inconstitucional no que se refere ao deslocamento forçado na Colômbia, a Corte estabeleceu um rol de medidas concretas a serem implementadas por órgãos vinculados ao poder executivo. Dentre elas, destacam-se: a elaboração de um relatório pelo Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela Violência, que indique a situação (à época) da população vítima do deslocamento forçado, o orçamento necessário para proteger os direitos fundamentais das vítimas, as formas de obtenção dos recursos necessários e um plano de contingenciamento para esses recursos; a implementação de um plano de ação específico pelo Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela Violência no prazo de 3 meses; a instrução do pessoal da Rede de Solidariedade Social para que eles informem às vítimas, de forma clara e precisa, sobre a carta de direitos básicos de todas as pessoas que foram vítimas do deslocamento forçado; a determinação de que as agências competentes respondam materialmente as demandas por

auxílios sociais, de acordo com critérios estabelecidos pela Corte; e que a Rede de Solidariedade Social conceda ajuda humanitária nos casos indicados pela Corte, no prazo de 8 dias a contar da sentença (COLÔMBIA, 2004a, p. 97-122).

Após a sentença, a Corte manteve sua competência para acompanhar o cumprimento das medidas que havia determinado, garantindo que seu cumprimento pleno não se prolongasse injustificadamente no tempo. Para tanto, foram estabelecidos quatro níveis de cumprimento a serem verificados: descumprimento e cumprimento baixo, médio e alto (COLÔMBIA, 2004b). Até 2005, não se verificou qualquer forma de cumprimento da sentença que superasse o nível médio (COLÔMBIA, 2005a) e, em alguns pontos, verificava-se seu total descumprimento (COLÔMBIA, 2005b), o que, na prática demonstrou uma eficácia muito baixa de seus dispositivos, considerando que maior parte das determinações deveriam ser cumpridas em um prazo não superior a 6 meses.

O que se esperava, com a indicação da Corte Constitucional das medidas concretas a serem adotadas para a superação do estado de coisas inconstitucional, seria uma melhora na condição de vida da população vítima do deslocamento forçado. Isso considerando que, ainda que os recursos disponíveis não permitissem a proteção de todos os direitos fundamentais violados, no mínimo as questões mais emergenciais, como o acesso à ajuda humanitária e a demandas sociais básicas (como saúde e alimentação), seriam supridas. No entanto, essa melhora não foi observada a contento. Somente em 2016 foi averiguado um nível de cumprimento alto da sentença no que se refere a dois de seus componentes, participação e registro, o que implicou na declaração pela Corte da superação do estado de coisas inconstitucional em relação a esses componentes especificamente (COLÔMBIA, 2016a). Contudo, outros pontos mantiveram um baixo nível de cumprimento, como os mecanismos de prevenção e proteção, os direitos à verdade, à justiça e à reparação e as garantias de não repetição (COLÔMBIA, 2016a).

Dada a não solução da questão do deslocamento forçado a partir da declaração do estado de coisas inconstitucional pela Corte Constitucional, a questão continuou pautando as principais discussões políticas na Colômbia, uma vez que atinge uma porcentagem significativa de sua população. Dessa forma, a questão também é abordada no Acordo de Paz com as FARC, uma vez que foi o conflito com as FARC que ocasionou o deslocamento forçado da população.

3. O deslocamento forçado no Acordo de Paz: uma perspectiva de gênero

Em novembro de 2016, foi celebrado o Acordo de Paz entre a Colômbia e as FARC. Após o primeiro texto do Acordo ter sido reprovado em plebiscito, foram feitas modificações nas disposições originais, buscando atender às principais demandas dos grupos que não aceitavam a proposta. O novo texto não foi submetido a plebiscito antes de ser homologado pelas partes e ter tido início o seu cumprimento. O Acordo de Paz é dividido em seis pontos que guiam as medidas a serem implementadas: *Ponto 1*: Para um novo campo colombiano. Reforma Rural Integral (RRI); *Ponto 2*: Participação Política. Abertura democrática para construir a paz; *Ponto 3*: Fim do Conflito; *Ponto 4*: Solução para o Problema das Drogas Ilícitas; *Ponto 5*: Vítimas: Sistema Integral de Verdade, Justiça, Reparação e Não repetição; e *Ponto 6*: Implementação, verificação e endosso. No que se refere à questão do deslocamento forçado, são relevantes o Ponto 1, que vai trabalhar a reforma agrária e o Ponto 5, que lida com as vítimas do conflito.

Um dos princípios que guiam a implementação da Reforma Rural Integral é “o restabelecimento dos direitos das vítimas do deslocamento forçado e do despojo, e a reversão dos efeitos do conflito e do abandono sobre comunidades e territórios” (COLÔMBIA, 2016b, p. 11). É reconhecido no Acordo (Item 1.1.7) (COLÔMBIA, 2016b, p. 14) o objetivo do governo e das FARC de que as vítimas do deslocamento forçado e dos despojos

tenham suas perdas restituídas, assim como seus direitos sobre a terra, a partir da promoção do retorno voluntário de mulheres e homens para as regiões que foram forçados a abandonar.

O ressarcimento às vítimas, dentre as quais estão inclusas as vítimas do deslocamento forçado, é considerado um dos elementos centrais que guiaram as negociações entre o governo e as FARC (COLÔMBIA, 2016b, p. 114). Assim, o Acordo parte da premissa de que é necessário reconhecer as vítimas não apenas enquanto tais, mas como cidadãos de direito (COLÔMBIA, 2016b, p. 112), de forma que seus direitos fundamentais devem ser protegidos, em uma perspectiva de não repetição, e as violações sofridas devem ser reparadas. O Sistema Integral de Verdade, Justiça, Reparação e Não Repetição traz uma ênfase especial nas medidas restaurativas e reparadoras (COLÔMBIA, 2016b, p. 116), o que, no caso das vítimas do deslocamento forçado, traz um potencial mais concreto de efetivação de seus direitos fundamentais que foram sistematicamente violados, como descrito pela própria Corte Constitucional. Nesse sentido, um dos mecanismos do Sistema Integral são as “Medidas de reparação integral para a construção da paz”, que busca reparar as vítimas do conflito integralmente, amalgamando os direitos de restituição, indenização, reabilitação, satisfação e não repetição (COLÔMBIA, 2016b, p. 117).

Também a participação das vítimas no processo de reparação é apresentada como um dos eixos norteadores da implementação do Ponto 5. Essa perspectiva é extremamente relevante no que concerne às vítimas do deslocamento forçado, uma vez que a política de retorno às terras de origem deve ser baseada (como nos termos do acordo) na voluntariedade. Isso, porque quando se trabalha as reparações e o retorno ao estado anterior ao conflito, é necessário considerar que esse estado anterior pode ter sido o motivador do conflito, logo o retorno a ele não pode ser imposto, devendo ser dialogado com as vítimas que se pretende reparar. Eventualmente torna-se necessário a superação do estado anterior ao conflito e, não, o retorno a ele.

Destaca-se ainda que no texto de criação e regulamentação da Jurisdição Especial para a Paz (órgão que será responsável por realizar os componentes de justiça do Sistema Integral, através da satisfação dos anseios por justiça das vítimas, da proteção aos seus direitos, do oferecimento da verdade à sociedade colombiana, da contribuição para uma paz estável e duradoura e da outorga de decisões que confirmam segurança jurídica aos envolvidos no conflito) (COLÔMBIA, 2016b, p. 130) o deslocamento forçado é equiparado a crimes contra a humanidade. Dessa forma, mais do que uma situação que tende à inconstitucionalidade, ou até mais do que um possível reconhecimento da inconstitucionalidade do deslocamento forçado, o Acordo de Paz reconhece que ele viola as normativas de Direito Internacional. De acordo com seu item 40:

Não serão objeto de anistia, de indulto ou de benefícios equivalentes os crimes de lesa humanidade, o genocídio, os graves crimes de guerra, a tomada de reféns ou outra grave privação de liberdade, a tortura, as execuções extrajudiciais, o desaparecimento forçado, o estupro ou outras formas de violência sexual, o sequestro de menores, **o deslocamento forçado**, além do recrutamento de menores conforme o estabelecido no Estatuto de Roma.[grifamos] (COLÔMBIA, 2016b, p. 136)¹⁰

Assim, observa-se que o Acordo de Paz trás uma preocupação em lidar com a questão do deslocamento forçado e a partir de uma perspectiva que não era possível ao judiciário quando da declaração do estado de coisas inconstitucional na sentença T-025, isto é, a partir do solução da questão de fundo que ocasionava o deslocamento forçado das populações, o conflito entre o governo colombiano e as FARC. Ademais, o Acordo deu uma centralidade à questão de gênero. Passou a reconhecer o papel central das mulheres, especificamente, nas reformas sociais necessárias para a superação do conflito. Em 2014, quando das negociações para a celebração

¹⁰ Tradução livre do original em espanhol: “No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del redutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.” (COLÔMBIA, 2016b, p. 136).

do acordo, foi criada uma Subcomissão de Gênero, com o objetivo de incluir as perspectivas das mulheres nos acordos parciais que já haviam sido adotados e no Acordo de Paz mais amplo que estava sendo negociado (LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ, 2016, p. 3).

As mulheres estiveram tanto no centro do conflito como das negociações e agora desempenharão um papel fundamental em todo o processo de construção da paz, que implicará em mudanças sociais desde o local para a reconstrução da confiança cidadã, a reconciliação e a resolução pacífica dos conflitos nos territórios.

As mulheres serão protagonistas da implementação do Acordo Final de paz, serão testemunhas do cumprimento dos compromissos e ajudarão a criar as mudanças culturais e sociais requeridos para se avançar em direção a uma paz sustentável e duradoura (LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ, 2016, p. 2).¹¹

Esse protagonismo das mulheres também se manifesta especificamente no caso das reparações pelo deslocamento forçado. Nesse caso, busca-se garantir o acesso e a formalização da propriedade rural em igualdade de condições para as mulheres (LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ, 2016, p. 4). e na execução do Ponto 1 do Acordo, referente à Reforma Rural Integral, será dada prioridade à população vítima do deslocamento forçado e, especialmente, às mulheres chefes de família, nos programas de acesso à terra para os camponeses que não possuem terras ou que não as possuem em quantidade suficiente (LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ, 2016, p. 5).

Também no Ponto 5, o Sistema Integral de Verdade, Justiça e Não Repetição irá dar um enfoque especial de gênero que seja adequado às características particulares da vitimização em cada território e população,

¹¹ Tradução livre do original em espanhol: “Las mujeres han estado tanto en el centro del conflicto como de las negociaciones y ahora jugarán un rol fundamental en todo el proceso de construcción de paz, que implicará cambios sociales desde lo local para la reconstrucción de confianza ciudadana, la reconciliación y la resolución pacífica de los conflictos en los territorios.

Las mujeres serán protagonistas de la implementación del Acuerdo Final de paz, serán veedoras del cumplimiento de los compromisos y ayudarán a crear los cambios culturales y sociales que se requieren para avanzar hacia una paz sostenible y duradera.” (LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ, 2016, p. 2).

a partir do reconhecimento de que o conflito armado produziu um impacto diferenciado sobre as meninas e sobre as mulheres (LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ, 2016, p. 11). Dessa forma, o Acordo de Paz pretende reconhecer o papel da mulher no desenvolvimento de seus elementos centrais, de modo a também favorecer mudanças sociais que permitam uma maior igualdade de gênero.

Essa perspectiva de adotar reparações e políticas públicas com enfoque de gênero para solucionar a questão do deslocamento forçado em nenhum momento chegou a ser tangenciada pela Corte Constitucional, quando ela se pronunciou sobre a matéria. A Corte apenas reconheceu a situação de vulnerabilidade das mulheres chefes de família, ao lado de outros grupos constitucionalmente reconhecidos como mais sensíveis (crianças, idosos, deficientes, indígenas).

Entretanto, a implementação de uma perspectiva de gênero na superação de conflitos e na reparação aos danos por eles causados tem o potencial de maximizar os efeitos das medidas implementadas, uma vez que possibilita uma transformação social a partir da promoção da igualdade entre mulheres e homens. Na sequência serão trabalhados alguns impactos das reparações sensíveis a gênero que podem favorecer a transição para um Estado democrático.

4. Reparções sensíveis a gênero

Inicialmente, cumpre observar que, ao trabalharmos as reparações sensíveis a gênero, estamos trabalhando, especificamente nesse momento, as reparações que têm como alvo as mulheres. Reparções que têm como público alvo a população LGBT também podem ser pensadas no âmbito da justiça de transição, contudo, demandariam estudos e investigações próprias e estudos de caso para além do Colombiano. Dessa forma, o objetivo deste trabalho é desenvolver uma reflexão sobre como reparações direcionadas às mulheres podem contribuir para as transições e para a superação de quadros de massivas violações de direitos humanos.

Naturalmente, cada contexto pode demandar que seja dada especial a outros grupos, como no caso de significativas violações aos grupos LGBT ou de violações direcionadas a grupos étnicos específicos. Contudo, essa ideia de existirem diferentes grupos aos quais as reparações podem atender de forma mais diretamente vem ganhando espaço no debate acadêmico e nas experiências concretas de transições, somente recentemente. Por sua vez, inclusão de uma agenda específica voltada ao gênero e às violações cometidas — em regimes autoritários e em conflitos — que têm como plano de fundo a questão do gênero também apenas recentemente vem ganhando repercussão.

Se as vítimas, na maioria das vezes estiveram menos centrais do que os perpetradores ou os ex-combatentes (que frequentemente recebem benefícios através dos programas de desarmamento, desmobilização e reintegração), entre as vítimas as mulheres têm sido especialmente negligenciadas. Apesar das mulheres serem conhecidas por desempenharem um papel central durante os períodos de violência e nos momentos que lhes são posteriores na procura das vítimas ou de seus restos mortais, tentando sustentar e reconstituir famílias e comunidades, e desenvolvendo as tarefas de revelar o passado e buscar justiça, programas de reparação para ajudar as vítimas de graves violações de direitos humanos não focaram nas formas de vitimização a que as mulheres são mais comumente submetidas, nem foram projetadas considerando, especificamente, uma dimensão de gênero (RUBIO-MARIN, 2006, p. 23).¹²

E, apesar das reparações raramente serem direcionadas por uma perspectiva de gênero, quando o são trazem um grande potencial transformador e de melhoria das condições sociais dos locais em que opera. Isso, porque permitem uma minimização das diferenças de gênero

¹² Tradução livre do original em inglês: “If victims, for the most part, have been less in the picture than perpetrators or ex-combatants (who often receive benefits through disarmament, demobilization, and reintegration programs), among victims women have been especially neglected. Although women have been known to play a crucial role during periods of violence and its aftermath in searching for victims or their remains, trying to sustain and reconstitute families and communities, and carrying on the tasks of unveiling the past and demanding justice, reparations programs to help victims of gross violations of human rights have not focused on the forms of victimization that women are more commonly subject to, nor are they designed with an explicit gender dimension in mind.” (RUBIO-MARIN, 2006, p. 23).

pré-existentes e um empoderamento das mulheres, tanto econômica, como politicamente.

Nesse sentido, Roth-Arriaza destaca que reparações financeiras, por exemplo, podem ter repercussões diferentes dependendo da pessoa a quem forem destinadas em um núcleo familiar: “enquanto em alguns casos mulheres podem ser empoderadas ao receber dinheiro disponível em seu nome, em outros, familiares homens rapidamente reivindicarão a compensação paga a suas esposas e mães, que poderá então não servir a seus objetivos almejados” (ROTH-ARRIAZA, 2014, p. 365). O que indica que as reparações que têm como foco as mulheres devem vir no escopo de um projeto que não apenas destina as reparações pecuniárias às mulheres, mas que também considera as condições sociais de desigualdade de gênero e se propõe a promover mudanças mais estruturais.

É essa a perspectiva adotada no Acordo de Paz da Colômbia, que dá centralidade ao papel desempenhado pelas mulheres e se propõe a minimizar as diferenças entre homens e mulheres, econômica e politicamente. O que ocorre desde o momento em que grupos de mulheres estiveram na centralidade das negociações sobre os termos do próprio Acordo de Paz e mesmo de acordos preliminares. E, para tanto, a forma como o deslocamento forçado foi trabalhado mostra-se essencial, uma vez que confere prioridade às mulheres chefes de família na aquisição de terras.

Em que pese ainda não ser possível analisar a efetividade do Acordo de Paz, em especial das reparações sensíveis a gênero nele previstas, observa-se que, no tratamento do deslocamento forçado, objetivou-se tratar as questões que originaram as violações aos direitos fundamentais, isto é, a grande concentração de terras, a opressão aos camponeses e, as violações adicionais a que as mulheres eram submetidas, exatamente por serem mulheres. Dessa forma, ficou reconhecido (ainda que na prática a implementação do acordo possa mostrar-se diferente) como um mesmo evento, no caso o deslocamento forçado, trás repercussões e impactos diferenciados para homens e mulheres. Sendo que as mulheres acabam

por enfrentar desafios ainda maiores, especialmente em razão da estrutura patriarcal e sexista da sociedade em que estão inseridas.

5. Conclusões

A partir das considerações sobre a necessidade de implementação de reparações sensíveis a gênero, de seu potencial impacto na realidade social das comunidades e da sua utilização nos mecanismos de reparação ao deslocamento forçado na Colômbia, observa-se que as medidas propostas pelo Acordo de Paz são muito mais robustas para a superação do quadro de sistemáticas violações a direitos humanos representado pelo deslocamento forçado. E essas medidas não foram, nem poderiam ter sido propostas pela Corte Constitucional, quando do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional na sentença T-025. Isso, porque a sentença não tinha a possibilidade de solucionar o conflito entre o governo colombiano e as FARC, que era o grande causador do deslocamento forçado. Como a sentença da Corte Constitucional não podia atingir a origem do problema, as suas determinações, por mais específicas que fossem, não foram efetivas e, mais de 13 anos após ter sido proferida, seu grau de cumprimento foi, em média, baixo.

Dessa forma, o diálogo entre os poderes pretendido com o instituto da declaração do estado de coisas inconstitucional não se verificou, uma vez que o judiciário não tinha como atender ao que os demais poderes precisavam para terem condições de projetar uma solução para o caso. Isso é, o poder judiciário não tinha meio de garantir ou promover o fim do conflito. Assim, os demais poderes também não cumpriram com o que o judiciário apresentou como solução e o deslocamento forçado continuou como um dos grandes desafios a serem enfrentados pelo Estado colombiano.

Ademais, a solução proposta pelo judiciário não atendia a demandas subjacentes à questão do deslocamento forçado, como no caso da questão de gênero. Em nenhum momento, as soluções propostas pela Corte

Constitucional vislumbraram a possibilidade de reparações sensíveis a gênero, limitando-se ao reconhecimento da situação de especial vulnerabilidade a que mulheres chefes de família estavam submetidas, assim como outros segmentos sociais. Portanto, a solução trazida no escopo do Acordo de Paz, tendo sido construída no escopo dos poderes executivo e legislativo, abordou a questão de forma muito mais sensível à realidade da população afetada. É exatamente essa aproximação com o contexto de graves violações de direitos humanos que o judiciário, em regra, não tem, limitando-se a ser um órgão mais técnico (isso, até pela própria forma de constituição do judiciário).

Nesse sentido, o estado de coisas inconstitucional, além de não ter promovido um diálogo institucional efetivo entre os poderes, limitou-se a ser um subterfúgio para o não reconhecimento claro e direto acerca da inconstitucionalidade dos meios que estavam sendo utilizados para trabalhar a situação das vítimas do deslocamento forçado. Isso, porque na prática, não seria a não solução imediata da situação das vítimas que poderia vir a configurar um quadro de violação à constituição. Mas, quando do julgamento pela Corte Constitucional, já se averiguavam sistemáticas violações a garantias constitucionais, o que deveria implicar no reconhecimento da inconstitucionalidade da ação estatal no que se refere à matéria.

Dessa forma, os principais elementos que pretendem justificar a incorporação do estado de coisas inconstitucional à ordem constitucional brasileira não se mostram necessariamente presentes no instituto. Ele não demonstra estabelecer um diálogo efetivo entre os poderes do Estado, assim como também não necessariamente soluciona o quadro de massivas violações a direitos humanos, nem chega a apresentar, necessariamente, as soluções mais efetivas para a situação. Logo, não se mostra razoável a incorporação do instituto à ordem constitucional brasileira, especialmente considerando que violações de direitos constitucionalmente estabelecidos podem ser enfrentadas e judicializadas por meio de ações como a Ação Direita de Inconstitucionalidade ou a Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental (ADPF) e obterem resultados no mínimo tão eficientes quanto por meio de decisões que determinam uma interpretação conforme a constituição do dispositivo impugnado ou que simplesmente reconheçam a sua inconstitucionalidade.

Nesse ponto, merece ainda destaque as considerações apresentadas por Saunders (2006) a respeito dos desafios metodológicos trazidos pelo recurso à legislação estrangeira em matéria de Direito Constitucional Comparado. A autora ressalta a necessidade de aplicar critérios claros quando do recurso à legislação estrangeira, de forma que a escolha pelos países aos quais se recorre e os momentos em que opção é feita sejam reflexo de mero casuísmo. Ademais, aponta ainda a demanda por um método comparativo mais complexo, que se aproxime mais de uma perspectiva dialógica, e os riscos que uma utilização desnecessária do Direito Constitucional Comparado trazem para os custos e para a celeridade processual (SAUNDERS, 2006, p. 42).

Todos esses aspectos merecem atenção quando se cogita a incorporação do estado de coisas inconstitucional, nos moldes colombianos, à prática constitucional brasileira. Primeiramente observa-se que a adoção da técnica de decisão colombiana em nenhum momento foi ponderada em relação a outros modelos disponíveis no próprio contexto latino-americano. Da mesma forma em que não foi apresentado qualquer tipo de justificativa que demonstre a necessidade de se recorrer ao modelo colombiano especificamente. O fato de se tratar de uma Corte latino-americana parece insuficiente, uma vez que seria possível o recurso às técnicas de decisão de qualquer outra corte ou tribunal constitucional da região. Assim, a escolha pelo modelo colombiano aparenta refletir mero casuísmo dos juízes do STF, por terem encontrado uma técnica decisional que convinha a seus propósitos. Dessa forma também não é estabelecido um método dialógico que permite a correlação das conjunturas político sociais, ou mesmo jurídicas, dos dois Estados e por isso justifiquem o empréstimo realizado. O que, por sua vez, remete à possibilidade de aumentos dos custos e do tempo necessário para que o Supremo Tribunal

Federal prolate suas sentenças, visto estar recorrendo ao direito estrangeiro sem que haja uma razão concreta para tanto, posto que poderia ter optado por uma interpretação conforme a constituição ou pela simples declaração de inconstitucionalidade nos casos em que optou pela declaração do estado de coisas inconstitucional. Opção essa, ressalte-se, que foi feita sem que se enfrentasse o ônus argumentativo relacionado à incorporação de um elemento do Direito Constitucional estrangeiro.

Portanto, observa-se que o instituto do estado de coisas constitucional também apresenta falhas no seu desenvolvimento e implementação, bem como as outras formas de decisão em sentenças que lidam com a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas ou práticas infraconstitucionais. Logo, a incorporação desse método de decisão não se mostra necessariamente a melhor opção para o constitucionalismo brasileiro, especialmente quando se considera a forma como o STF pretendeu operacionalizar essa incorporação, carecendo da utilização de um método comparativo adequado.

6. Referências

ACNUR, 2016: Desplazamiento forzado alcanza un nuevo récord. 2016. Disponível em: <<http://www.acnur.org/recursos/estadisticas/>> Acesso em: 25 nov. 2017.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue, 71 *Brook. L. Rev.* 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>

COLÔMBIA. Constitución Política de Colombia 1991: Actualizada con los Actos Legislativos a 2016. *Edición especial preparada por la Corte Constitucional Consejo Superior de la Judicatura*, Centro de Documentación Judicial- CENDOJ, Biblioteca Enrique Low Murtra -BELM, 2016. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>> Acesso em 20 de março de 2019.

COLÔMBIA, Corte Constitucional, *Sentencia T-025 Estado de Cosas Inconstitucional, Desplazamiento Forzado*, j. 22/01/2004 (a).

COLÔMBIA. Auto 185 del 10 de diciembre de 2004 (b). *Orden quinta de la sentencia T-025 de 2004 relativa a los mínimos de atención a la población desplazada - Niveles de cumplimiento*. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/Autos.php>

COLÔMBIA. Auto 176 del 29 de agosto de 2005 (a). *Esfuerzo presupuestal necesario para implementar las políticas de atención de la población desplazada*. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

COLÔMBIA. Auto 178 del 29 de agosto de 2005 (b). *Persistencia del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado*. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa

COLÔMBIA. Auto 373 del 23 de agosto de 2016 (a). *Evaluación de los avances, estancamientos y/o retrocesos en la protección y atención a la población desplazada por la violencia generalizada y el conflicto armado, en el marco del seguimiento a los autos 008 de 2009, 385 de 2010 y 219 de 2011*. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

COLÔMBIA. *ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA*. Bogotá: 2016 (b).

CONNELL, Raewyn W. *Gender and Power: Society, the Person, and Sexual Politics*. Stanford: Stanford University Press, 1987.

LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ. *La Paz es Conmigo: Las mujeres como protagonistas en la construcción de paz*. Bogotá, 2016.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Decisão e Jurisdição Constitucional: Crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NASH, Mary, *Diversidad, multiculturalismos e identidades: perspectivas de género*. Universidad de Barcelona, 2001. Disponível em: <http://www.margen.org/docs/curs061-1/unido1/apunte05_01.pdf> Último acesso em 22/05/2018. Também publicado em: NASH, Mary. MARRE, Diana (Eds.) *Multiculturalismos y género: perspectivas interdisciplinarias* Barcelona. Edicions Bellaterra, 2001.

- ROTH-ARRIAZA, Naomi. Reparações e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In. MEYER, Emilio Peluso Neder, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Initia Via, 2014. p. 350-412.
- RUBIO-MARÍN, Ruth. *What Happend to the Women?* Gender and reparations for human right violations. Nova York: Social Science Research Council, 2006.
- SAUNDERS, Cheryl. The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law. The George P. Smith Lecture in International Law). *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 13. Iss. 1. Article 2. 2006. p. 37-76. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol13/iss1/2>>
- UN WOMEN. A Window of Opportunity: Making Transitional Justice Work for Women. *United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women*. 2012. Disponível em: <http://www.unwomen.org/~media/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2012/10/o6B-Making-Transitional-Justice-Work-for-Women.pdf>. Último acesso em: 31/07/2016.
- VERLOO, Mieke: Another Velvet Revolution? Gender mainstreaming and the politics of implementation. *IWM Working Paper No. 5/2001*: Vienna. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/242539328_Another_Velvet_Revoluti_on_Gender_Mainstreaming_and_the_Politics_of_Implementation> Último acesso em 18/04/2018.

Capítulo IX

Dissolução de partidos políticos por cortes constitucionais e o constitucionalismo abusivo: uma comparação dos casos turco e alemão

*Mariana Tormin Tanos Lopes*¹

1. Introdução

A ascensão de partidos políticos de extrema direita é “fenômeno global, embora em cada país assuma uma manifestação específica” (SANTOS, 2015). Nos últimos anos, discursos nacionalistas, anti-imigração, sexistas, xenofóbicos, racistas, antissemitas, entre outros, têm ganhado adesão e expressividade nas urnas até mesmo em democracias consideradas estáveis, como França, Inglaterra, Alemanha e Dinamarca.

A despeito de sua recente fundação, em 2013, o Partido Alternativa para Alemanha (*AfD*), já conta com a terceira maior representação do Congresso Alemão (Charleaux, 2017). Suas plataformas englobam a retirada da Alemanha da União Europeia,² barreiras à entrada de refugiados, fortalecimento da “família alemã”, combate ao islã, dentre outras. Com ideias similares, o Partido Agrupamento Nacional (RN), antigo Frente Nacional (FN), liderado por Marine Le Pen, também obteve significativo

¹ Graduada pela Faculdade de Direito Milton Campos (2011). Pós-Graduada em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia da OAB/MG (2017). Pesquisadora voluntária do Centro de Estudos Sobre Justiça de Transição (CJT/UFMG). Assessora Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Minas Gerais. Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/1517042543757845>.

² O programa completo do partido está disponível em: <https://www.afd.de/grundsatzprogramm/>, acesso em 21 jun.2018.

crescimento nas urnas francesas, chegando até mesmo ao segundo turno das últimas eleições presidenciais.

Em 2016, os ingleses aprovaram, por plebiscito, a saída do Reino Unido da União Europeia, naquilo que se convencionou chamar de *Brexit*. À época, fatores como a necessidade de controle da imigração e das fronteiras eram constantemente abordados pelos defensores da medida. Apesar do acordo alcançado no final de 2018 com a União Europeia, a primeira-ministra Theresa May enfrenta pressão para consolidar uma saída programada do bloco, prevista para março de 2019. Isto porque o pacto foi rejeitado³ pelo parlamento britânico em fevereiro de 2019, por discordâncias sobre temas como o *status* da fronteira entre a Irlanda do Norte e a República da Irlanda (BBC, 2019). Enquanto May busca novas composições (El País, 2019), seu país é tomado pelo debate a respeito de dilações do prazo, impactos políticos/econômicos de eventual saída sem ajuste, e até mesmo um segundo plebiscito (DE MIGUEL, 2019). Se consolidado, o *Brexit* representará “evento sem precedentes na história constitucional do mundo moderno, retirando a Grã-Bretanha de uma Constituição protegida para uma desprotegida, especialmente em termos de direitos humanos” (BOGDANOR, 2018, p. 6-8).⁴

Ainda em 2016, Donald Trump foi eleito Presidente dos Estados Unidos. Sua agenda de campanha englobou a construção de muro na divisa do país com o México “e um endurecimento das políticas nacionais de imigração e antiterrorismo, objetivando dificultar a aceitação de muçulmanos no país” (ABREU e ALLEGRETTI, 2016, p. 101-102). Após empossado, esteve envolvido em polêmicas como a revogação da lei que permitiria transexuais nas forças armadas e a separação de crianças de seus pais imigrantes clandestinos.⁵

³ A rejeição pelo parlamento não vincula o governo.

⁴ Tradução livre de: “The European Union Withdrawal Bill, currently before Parliament, seeks to do something quite unprecedented in the constitutional history of the modern world by withdrawing Britain from a protected constitution into an unprotected one. (...) Brexit will leave a gap in our constitution in terms of the protection of human rights”.

⁵ Após a imensa repercussão nacional e internacional, Trump recuou na política de separação (MARS, 2019).

No Brasil, pautas conservadoras e retrocessos em direitos humanos têm ganhado espaço no Legislativo, Executivo e Judiciário. O Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, é conhecido por homenagear o passado de exceção brasileiro e denegrir publicamente minorias. Desde o início de seu mandato, em janeiro de 2019, foram ampliadas as hipóteses para requerimento de posse de armas (VENAGLIA, 2019) e extintos importantes Ministérios como Trabalho e Cultura. A estrutura ligada à proteção de terras indígenas sofreu esvaziamento, com a transferência da atribuição para demarcação da Fundação Nacional do Índio (Funai) para o Ministério da Agricultura (ALESSI, 2019). A transparência dos atos governamentais foi atingida pela ampliação do rol de legitimados para classificar documentos como ultrassecretos, alteração introduzida na Lei de Acesso à Informação via Decreto. O projeto de lei anticrime, reformulado pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro contempla, como regra, a execução provisória da pena após condenação em segunda instância; possibilidade da gravação de conversas entre advogados e clientes em Penitenciárias e novas hipóteses de excludente de ilicitude para policiais que porventura cometam homicídio em serviço (PIMENTEL, 2019).

Até mesmo nos países em que esses partidos não representam parcela considerável dos representantes eleitos, ainda assim conseguem exercer enorme pressão na agenda política e discurso público da nação, como ocorreu com o *Brexit* (INGLEHART e NORRIS, 2016, p. 2).⁶

Qualquer regime que se pretenda democrático não pode ser concebido sem fomentar o debate público e a rivalidade partidária (ISSACHAROFF, 2015, p. 6). Todavia, os recentes acontecimentos globais demonstram que os partidos políticos podem ser agentes tanto da consolidação quanto da derrocada da ordem democrática (SARLET, 2017).

Apesar da importância da liberdade de expressão e associação, “é necessário que, em algum ponto, os Estados exerçam uma ‘intolerância democrática’ em desfavor de atores antidemocráticos, em nome da

⁶ Foram colacionados apenas alguns dos inúmeros exemplos ao redor do mundo, com intuito de ilustrar o fenômeno indicado.

preservação do caráter democrático fundamental do governo” (ISSACHAROFF, 2015, p. 32).⁷ Afinal, discursos de ódio proferidos por partidos políticos não estariam ferindo a própria essência da democracia? “Qual é o tratamento a ser dado, pelo Estado de Direito, aos que justamente almejam destruir liberdades fundamentais? Tolerar os intolerantes ou reprimi-los?” (RAMOS, 2012, p. 15).

Dentre os mecanismos disponíveis no Direito Constitucional Comparado, é recorrente o uso da dissolução partidária para conter avanços de práticas e discursos contrários aos direitos humanos. Não há que se falar em incompatibilidade entre democracia e banimento de partidos (CELEP, 2014, p. 373), pois, se as liberdades de expressão e associação estão contempladas na maioria das Constituições e Tratados de Direitos Humanos, também é “explícito o posicionamento adotado pelas organizações internacionais contra a proteção ao exercício abusivo destes direitos, voltados ao ataque contra minorias estigmatizadas” (SARMENTO, 2006, p. 25 - 26).

Se as dúvidas sobre a possibilidade de dissolução de partidos parecem superadas, o mesmo não pode ser dito quanto aos motivos e atores aptos a promovê-la (ISSACHAROFF, 2015, p. 57). Estudo realizado pela Comissão de Veneza sobre o tema demonstrou que,⁸ como regra, o banimento de grupos políticos é tarefa conferida ao Judiciário, informação que não é recebida com surpresa, devido ao deslocamento de expectativas e destaque conferido à esta instituição nas últimas décadas (MEYER, 2015, p. 7).

Pertinentes, neste ponto, as lições de David Landau, sobre o *constitucionalismo abusivo*, que consiste no “uso regular e coordenado de mecanismos constitucionais para fragilizar a ordem democrática” (BENVINDO e ESTORILIO, 2017, p. 174). Como parte do fenômeno, atores autoritários, dentre eles, partidos políticos, promovem emendas ou substituições constitucionais para enfraquecer a democracia. Segundo Landau,

⁷ Tradução livre de: “This question leads to the precarious state of what may be termed democratic intolerance; that is, the intolerance that democratic governments must exhibit toward antidemocratic actors in the name of preserving the fundamental democratic character of government”.

⁸ Disponível em: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF\(2000\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF(2000)001-e); [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF\(2000\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF(2000)001-e), acesso em 03 jul.2018.

o *constitucionalismo abusivo* é mais difícil de ser detectado, e mesmo imune a alguns dos mecanismos já formulados pela doutrina especializada para identificar e combater ameaças antidemocráticas.

Como golpes militares e outras rupturas flagrantes na ordem constitucional caíram em desuso, atores remodelam a ordem constitucional com mudanças sutis, a fim de tornarem-se difíceis de desalojar ou desarmar cortes e outras instituições de *accountability*. Os regimes resultantes continuam a possuir eleições e não são totalmente autoritários, mas são significativamente menos democráticos do que eram anteriormente. Para piorar, o problema do constitucionalismo abusivo continua sem resolução, uma vez que os mecanismos mais confiados na literatura - como a noção alemã de democracia militante e a doutrina da emenda constitucional-inconstitucional - são, na realidade, difíceis de aplicar contra a ameaça do abuso ou facilmente evitáveis para os pretensos atores autoritários (LANDAU, 2013, p. 189).⁹

O Judiciário não está isento a servir a interesses de projetos políticos antidemocráticos (LANDAU, 2013, p. 200), especialmente quando se leva em consideração as nuances do *constitucionalismo abusivo*, geralmente operado por partidos expressivos e com plataformas ambíguas. Assim, alguns dos mecanismos ofertados tradicionalmente pela literatura clássica para contornar essas ameaças, como o banimento de partidos políticos, podem, em verdade, prejudicar a ordem constitucional (BENVINDO e ESTORILIO, 2017, p. 175). Exemplo dessa possibilidade é o risco do desvirtuamento das regras de dissolução por maiorias que pretendam a perpetuação no poder ou para reprimir ideologias minoritárias/consideradas indesejáveis ao *status quo* (RAMOS, 2012, p. 26). Além disso, Landau alerta que o banimento de partidos políticos com expressividade seria

⁹ Tradução livre de: “Since military coups and other blatant ruptures in the constitutional order have fallen out of favor, actors instead rework the constitutional order with subtle changes in order to make themselves difficult to dislodge and to disable or pack courts and other accountability institutions. The resulting regimes continue to have elections and are not fully authoritarian, but they are significantly less democratic than they were previously. Even worse, the problem of abusive constitutionalism remains largely unresolved, since democratic defense mechanisms most relied upon in the literature - such as German conception of militant democracy and the unconstitutional-constitutional amendments doctrine - are in fact either difficult to deploy against the threat of abusive or easily avoidable by would-be authoritarian actors”.

infrutífero, pois acarretaria na intensificação da repressão para conter os insatisfeitos ou no retorno dos grupos extirpados (LANDAU, 2013, p. 220).

Como impedir que o Judiciário vire instrumento de repressão a grupos ou ideias minoritárias e possa exercer com autonomia e independência sua função de evitar a deturpação das liberdades democráticas? Onde devem ser traçados os limites de tolerância? É necessária a prática efetiva de atos ou a simples difusão dessas ideias já é danosa o suficiente? Como reagir quando forem veiculadas por partidos políticos com grande representatividade/adesão?

Para compreender melhor essas tensões e como as cortes constitucionais podem responder a esses desafios, será realizado o estudo de caso sobre a Alemanha e Turquia. A escolha se justifica pelos seguintes fatores: riqueza de informações acadêmicas, contrastes e similaridades entre as experiências de banimento de organizações políticas e o crescimento de setores ligados ao extremismo em ambas as nações europeias.

O ponto inicial será o estudo da preocupação generalizada em proteger a democracia contra-ataques desferidos por atores antidemocráticos no contexto da Segunda Guerra Mundial, que levou à concepção de *democracia militante*. Serão analisadas as diretrizes sobre dissolução de partidos políticos traçadas pela Comissão de Veneza, além das espécies de regulamentações, requisitos e comportamentos mais recorrentes para o banimento ao redor do mundo. Munidos desses ensinamentos, serão abordadas as dissoluções do Partido Socialista do *Reich*, em 1952, e do Partido Comunista Alemão, em 1956, bem como a recente decisão da Corte Constitucional do país, que indeferiu o pleito apresentado em desfavor do Partido Nacional Democrático da Alemanha. A experiência turca, por sua vez, será analisada sob o contexto de banimento de partidos associados ao islamismo e etnia curda, enxergados pela Corte Constitucional Turca como contrários ao secularismo e unidade nacional, respectivamente. Com o auxílio das lições de David Landau sobre o *constitucionalismo abusivo*, conclui-se pela necessidade de aperfeiçoamento sobre o tema, seja para

confirmar ou descartar a dissolução como alternativa para contenção a atores antidemocráticos, tão comuns nos dias de hoje.

2. Considerações sobre dissolução de partidos políticos

O estudo da dissolução de partidos políticos somente é completo com a compreensão do nazismo e fascismo, cuja “ascensão no coração da democracia europeia é a pedra de toque de todo debate sobre a vulnerabilidade das nações ao ataque antidemocrático” (ISSACHAROFF, 2015, p. 43).¹⁰ Os Partidos Nacional-Socialista Alemão e o Nacional Fascista Italiano buscaram expandir seu domínio totalitário pela perseguição a opositores políticos, discurso de ódio racistas e antisemitas, extermínios em massa, experimentos biológicos, entre outros (CELEP, 2014, p. 374).

Assim, o legado da Segunda Guerra Mundial é a preocupação com o fortalecimento dos direitos humanos a nível doméstico e internacional e a busca de instrumentos para “evitar que o regime democrático cometa suicídio ao proteger, com direitos à liberdade de associação partidária, reunião, expressão, aqueles que querem sua destruição” (RAMOS, 2013, p. 25-26).

Ainda em 1937, Karl Loewenstein identificava a expansão mundial do fascismo como técnica política, que incorporou a legalidade e explorou a tolerância para destruição da democracia. Para reagir a esse cenário, ela torna-se militante (1937, p. 423), que consiste na “habilidade de restringir formas de debate, organização ou participação política que posem como uma ameaça existencial à democracia em si” (ISSACHAROF, 2015, p. 18).¹¹ Segundo Loewenstein (1937, p. 645 e ss), entre os mecanismos legislativos disponíveis, diversos países adotaram o banimento de partidos políticos que porventura defendam plataformas autoritárias.

A Comissão de Veneza, órgão consultivo do Conselho da Europa, lançou, em 1999, *Diretrizes sobre a proibição e dissolução de Partidos*

¹⁰ Tradução livre de: “The rise of Nazism within the heart of European democracy is the touchstone for every debate on the vulnerability of democracy to antidemocratic assault”.

¹¹ Tradução livre de: “(...)the ability of democratic regimes to restrict forms of debate, political organization, or political participation that pose an existential threat to democracy itself”.

Políticos e medidas análogas, traçadas após consulta a quarenta países. Com intuito de que sejam asseguradas liberdade de associação partidária e expressar/receber opiniões políticas sem interferência, as diretrizes sugerem que restrições a essas garantias somente recaiam sobre partidos que defendam ou usem de violência para derrubar a ordem democrática. Para a Comissão, dado seu caráter extremo, a dissolução é medida excepcional, cabível apenas quando esgotadas outras alternativas consensuais. Recomenda-se que o extermínio de organizações políticas seja conduzido pelo Judiciário, com respeito ao devido processo legal e que atinja o partido como um todo e não membros individuais.

Regulamentações a partidos políticos podem ser encontradas tanto em constituições quanto em leis infraconstitucionais, que estabelecem requisitos procedimentais e materiais para sua fundação, operação, validade e recebimento de verbas públicas. Sobre as restrições formais, a Comissão de Veneza constatou que nem todos os países atrelam o registro ao funcionamento partidário, entretanto, ele pode representar empecilhos, por exemplo, à candidatura às eleições. Geralmente, exige-se que a nomenclatura e emblemas escolhidos não se confundam com o de partidos existentes, façam alusão à símbolos religiosos ou empreguem termos como “independência” e “nacional”.

As restrições materiais são relacionadas a objetivos ou comportamentos. Issacharoff lista três principais justificativas para o banimento ao redor do mundo: existência de grupos ligados ao terrorismo; ideias separatistas/relacionadas com divisões étnicas/religiosas ou que desafiem abertamente os valores constitucionais/democráticos da nação (2015, p. 54 e 55).

Como será estudado adiante, na Alemanha, os casos de dissolução são intimamente conectados ao discurso das organizações políticas, uma vez que a Lei Fundamental de Bonn exige expressamente que ele esteja em consonância com valores democráticos. Da mesma forma, a história turca demonstra a preocupação em evitar o crescimento de grupos políticos associados ao islamismo ou etnias como a curda, tratados como ameaça à separação entre estado e religião e à integridade nacional.

Quanto ao aspecto temporal, os tribunais constitucionais variam entre posturas preventivas ou repressivas. Os alinhados com essa última vertente advogam a tese de que a simples ameaça à democracia já é o suficiente para justificar a recusa ao registro ou até mesmo a dissolução do partido, mesmo que não tenha adotado ações concretas para atingir a plataforma considerada nociva. Como contrapartida, defende-se que o Estado Democrático de Direito deve conviver pacificamente com essas visões, mesmo que minoritárias e nocivas. Assim, diante da sua extremidade, o banimento é a *ultima ratio* (RAMOS, 2012, p. 16).

Uns, de um lado, afirmam que a liberdade de expressão não deve proteger apenas a difusão das ideias com as quais simpatizamos, mas também aquelas que nós desprezamos ou odiamos, como o racismo. Para estes, o remédio contra más ideias deve ser a divulgação de boas ideias e a promoção do debate, não a censura. Do outro lado estão aqueles que sustentam que as manifestações de intolerância não devem ser admitidas, porque violam princípios fundamentais da convivência social como os da igualdade e da dignidade humana, e atingem direitos fundamentais das vítimas (SARMENTO, 2006, p. 3).

David Landau alerta sobre uma possível insuficiência do banimento de partidos políticos para conter avanços de atores autoritários. A dissolução funcionaria bem para ameaças mais evidentes, como o nazismo, todavia, o que ele chama de *constitucionalismo abusivo* é operado por agentes com elevados índices de alcance e popularidade que defendem, mesmo que de forma ambígua, algum comprometimento com a democracia. Há, ainda, o risco de que minorias indesejáveis sejam suprimidas nesse processo, até mesmo porque o fenômeno opera por meio do desmantelamento de instituições que, tradicionalmente, fiscalizam e combatem o autoritarismo, como o Judiciário (LANDAU, 2013, p. 218 e ss).

Traçadas essas linhas iniciais, as peculiaridades e perigos apresentados por Landau serão confrontadas nos próximos capítulos com as experiências alemã e turca.

3. A experiência alemã

Na esteira dos ensinamentos de Cattoni, Prates e Repolês (2017), há toda uma normativa internacional de proteção a direitos humanos, que assegura a responsabilização por eventuais abusos à garantia fundamental de liberdade de expressão. Sendo assim, discursos de ódio, voltados a subordinar e excluir grupos minoritários, não estão abrangidos, muito menos são um “preço a se pagar” pela liberdade de expressão. Merecem, em verdade, repúdio e responsabilização, que não pode ser entendida como censura e sim reconhecimento de todo um “processo histórico de disputas e de aprendizado social por liberdade e igualdade” (2017, p. 5).

A liberdade de expressão detém relevância constitucional na Alemanha, “muito embora, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, ela não desfrute de uma posição de superioridade em relação aos demais direitos” (SARMENTO, 2006, p. 19). No contexto do pós-guerra, há a preocupação no país em evitar que a experiência do nacional-socialismo se repita, motivo pelo qual adota-se a já mencionada ideia de *democracia militante*, que permite limitar grupos extremistas, vistos como barreiras aos valores democráticos básicos protegidos pela Constituição (CELEP, 2014, p. 374). É nesse sentido que “a Lei Fundamental de Bonn prevê que não são legítimos partidos políticos que atentem contra a ordem constitucional democrática” (RAMOS, 2012, p. 24) e, em seu artigo 21, item 2º, franqueia sua dissolução pela Corte Constitucional Alemã. São legitimados para requerer a abertura do procedimento, o “Conselho Federal (*Bundesrat*) – a Casa do Parlamento Federal que assume uma posição similar ao Senado –, a Câmara de Representantes (*Bundestag*) ou o governo federal” (SARLET, 2017).

A Alemanha conta com dois exemplos de banimento de partidos políticos em sua história: o do Partido Socialista do *Reich* (*Sozialistische Reichspartei* - SRP), em 1952 e do Partido Comunista Alemão (*Kommunistische Partei Deutschlands* - KPD), em 1956.

Fundado em 1949, o SRP foi declarado inconstitucional e dissolvido em 1952, ocasião em que o Tribunal proibiu expressamente a criação de

organizações que buscassem substituí-lo. Além disso, seus bens foram revertidos para caridade e os representantes que ocupassem cargos no Parlamento Federal (*Bundestag*) ou Estadual (*Landtage*) tiveram os mandatos imediatamente cassados, sem possibilidade de sucessão.

A Corte baseou sua decisão no evidente desprezo demonstrado pelo partido e seus membros aos valores democráticos protegidos pela Lei Fundamental de Bonn, pois buscavam continuar os propósitos do Partido Nacional-Socialista, apenas com um nome diferente. À época, o SRP estava alinhado a atores diretamente ligados ao nazismo que, não só eram bem-vindos, mas também alocados em posição de destaque hierárquico. Apurou-se que a organização política era conduzida sob uma doutrina interna de obediência absoluta, com fins de militarização, exclusões coletivas e injustificadas de membros. O Tribunal ponderou que são assegurados direitos à liberdade de expressão e associação, mas também impostos limites ao seu exercício, tarefa esta atribuída ao Judiciário justamente para evitar a sua politização, com vistas a eliminar opositores ao governo no poder.

Já o Partido Comunista Alemão (*Kommunistische Partei Deutschlands* - KPD), fundado em 1919, conhecido por sua oposição ao regime de Hitler, foi dissolvido em 1956, quando a Corte Constitucional consignou que, caso os objetivos defendidos pela organização fossem atingidos, seria instalado um regime antidemocrático. Diferente do procedimento adotado para o SRP, o processo do KPD arrastou-se por cinco anos e a decisão final somente veio após pressão política. Samuel Issacharoff nota que “os dois *leading cases* alemães envolvem duas ideologias inimigas da democracia liberal do século XX: fascismo e comunismo” (2015, p. 105). De fato, o simbolismo da dissolução do Partido Comunista é inegável, quando confrontado com o contexto de uma Alemanha dividida pela Guerra Fria (KOMMERS e MILLER, 2012, p. 290).

Contudo, desde então, esta possibilidade nunca mais foi utilizada e, para alguns, atualmente, a Corte Constitucional Alemã não demonstra indícios de que pretende exercer ativamente esse aspecto da *democracia militante* (SARMENTO, 2006, p. 22).

Em 2017, contudo, o tema voltou aos holofotes, já que foi indeferido, pela segunda vez,¹² requerimento apresentado pelo Parlamento Federal (*Bundestag*) para que o Partido Nacional Democrático da Alemanha (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*- NPD) – abertamente neonazista – fosse declarado inconstitucional e dissolvido. A decisão foi duramente criticada por muitos ao argumento de que “a Corte não conseguiu vislumbrar o potencial dano causado pelo NPD à democracia alemã” (LIMA, 2017).

Fundado em 1964, o NPD é permeado por ideias que muito se assemelham às defendidas pelo Partido Nacional-Socialista de Hitler. Da leitura de seu programa,¹³ é possível encontrar manifestações contrárias ao islã, miscigenação do povo alemão, imigração, sugestões de separação de crianças alemãs e estrangeiras em salas de aula diferentes e fim do sistema de ensino que integre crianças deficientes. Atualmente, enfrenta crise financeira e seu desempenho é inexpressivo nas urnas, em contraste com a meteórica ascensão do Partido Alternativa para Alemanha (*AfD*) que, apesar de sua recente criação em 2013, já ocupa cadeiras no Parlamento (*Bundestag*), algo inédito para um partido de extrema-direita, desde 1949.

A postura antidemocrática do Partido Nacional Democrático da Alemanha foi reconhecida na decisão da Corte Alemã.

O NPD pretende substituir o sistema constitucional vigente com um estado autoritário nacional que adira à ideia de uma “comunidade do povo” etnicamente definida (*Volksgemeinschaft*). Seu conceito político desprezita a dignidade da pessoa humana e é incompatível com o princípio da democracia. Ademais, o NPD age de maneira sistemática e com suficiente intensidade para alcançar objetivos direcionados contra a ordem democrática básica livre (BVerfG, 2017).¹⁴

¹² Em 2003, a Corte Constitucional Alemã julgou improcedente o requerimento apresentado para extinção do NPD por razões procedimentais, não adentrando, assim, ao mérito do problema.

¹³ Disponível em: <https://npd.de/themen/>, acesso em 23 jun.2018.

¹⁴ Tradução livre de: “The NPD intends to replace the existing constitutional system with an authoritarian national state that adheres to the idea of an ethnically defined “people’s community” (*Volksgemeinschaft*). Its political concept disrespects human dignity and is incompatible with the principle of democracy. Furthermore, the NPD acts in a systematic manner and with sufficient intensity towards achieving its aims that are directed against the free democratic basic order”.

Entretanto, os julgadores repudiaram a adoção de atos preventivos contra atores políticos – mesmo que antidemocráticos –, destacaram o caráter de excepcionalidade do artigo 21 da Lei Fundamental de Bonn e concluíram não haver indícios suficientes de que as ameaças opostas pelo NPD se concretizem.

(...) se é improvável que as ações do partido serão bem sucedidas para que ele alcance seus objetivos inconstitucionais, não há necessidade para ações preventivas de proteção da Constituição mediante uso do instrumento da proibição de partidos políticos, que é a arma mais afiada, embora de dois gumes, que um estado democrático de direito possui contra seus inimigos organizados (BVerfG, 2017).¹⁵

Apesar de ter gerado inconformismos, a decisão é coerente com a postura que a Corte tem adotado sobre liberdade de expressão ao longo dos anos. A título de exemplo, quando demandada por partidos políticos que tiveram suas propagandas vetadas por emissoras de rádio e televisão (SARMENTO, p. 22), a Corte determinou que, enquanto esses partidos não fossem declarados inconstitucionais, desfrutariam da mais absoluta liberdade de expressão (ISSACHAROFF, 2015, p. 51).

Para alguns, a conduta do Tribunal Constitucional “se não estimula também não inibe, desde logo, a formação ou mesmo evolução de outros partidos políticos marcadamente antidemocráticos” (SARLET, 2017), como a *AfD*. As comparações com o passado nazista são inevitáveis e não podem passar despercebidas.

Se considerarmos o atual momento europeu, causa-nos sobressalto pensar que o mesmo argumento foi mobilizado no início da ascensão do nazismo ao poder na Alemanha. Primeiro, não se imaginou que o *NSDAP* vencesse as eleições; depois, não se acreditou que o partido governasse; por fim, não se pensou que os nazistas construíssem os campos de concentração e promovessem o extermínio maciço de populações judias.

¹⁵ Tradução livre de: “(...) if it is entirely unlikely that a party’s actions will successfully contribute to achieving the party’s anti-constitutional aims, there is no need for preventive protection of the Constitution by using the instrument of the prohibition of the political party, which is the sharpest weapon, albeit a double-edged one, a democratic state under the rule of law has against its organized enemies”.

O discurso da intolerância e do ódio, de início minoritário, pode se tornar majoritário, especialmente em momentos de dificuldades e incertezas econômicas e políticas, seja na Europa ou no Brasil de hoje. Não se trata de proibir o debate de qualquer espécie ou o velho e bom debate, que se dispõe a enfrentar todos os temas, até os mais complexos. Trata-se de aprender com o passado e prevenir consequências funestas. Ademais, parece possível imaginar que, caso o NDP venha a ganhar substância política na Alemanha, poderá então ser proibido, de acordo com a orientação do Tribunal Federal Constitucional. Nesse caso, ele seria declarado inconstitucional, porque suas ideias francamente nazistas poderiam agora destruir a democracia alemã.

O desafio aqui é saber se, quando esse instante chegar, ainda haverá tribunal constitucional com força suficiente para assim decidir e fazer valer sua decisão. O eventual caráter repressivo dessa decisão, que proibisse o NDP desde logo, teria sinalizado a disposição do Tribunal Constitucional Federal de preservar a democracia, cujo defensor afirma ser (LIMA, 2017).

Entre os alinhados com a postura do Tribunal, defende-se que a democracia é construída pela tolerância às divergências, assim, “o jogo democrático exige, em contrapartida, que todos (maioria e minoria) possam livremente discutir e veicular suas ideias no processo eleitoral” (RAMOS, 2012, p. 16).

Em primeiro lugar, uma interpretação extensiva (visto se tratar, no caso da ordem livre e democrática, de um conceito extremamente aberto) e não estritamente excepcional no que diz com o fundamento constitucional para a proibição e extinção de partidos políticos, poderia ser também uma forma de silenciar minorias ainda que incômodas e destoantes dos princípios democráticos. Além disso, de um ponto de vista prático, há quem diga que até mesmo a inteligência política recomenda que a possibilidade de observar, monitorar e mesmo intervir topicamente mediante outros instrumentos disponíveis é em regra mais eficaz do que a desconstituição de um partido. Isso pelo fato de que a experiência revela que os partidos, ainda que desapareçam como tais, passam a se organizar e agir de modo informal, o que torna mais difícil controlar suas atividades antidemocráticas, até voltarem a entrar na cena política com novo rótulo e programa (SARLET, 2017).

O Tribunal deixou claro que a questão pode ser submetida novamente à sua apreciação, caso as circunstâncias fáticas mudem. Mas,

mesmo que o perigo concreto inexistia, ainda assim é possível argumentar que haveria comprometimento e incompatibilidade com os princípios que regem a ordem democrática (CELEP, 2014, p. 375).

O quão mais sábio é remover cirurgicamente um tumor cancerígeno quando está pequeno. A sabedoria da incisão depende do diagnóstico adequado, não se o paciente está em estado terminal. De fato, permitir que um movimento antidemocrático amadureça para um partido de massa provavelmente tornará futuras intervenções infrutíferas (ISSACHAROFF, 2015, p. 54).¹⁶

Ademais, o risco em evitar medidas preventivas reside em um eventual crescimento do partido, que pode dificultar seu banimento, pois quando “partidos fortes eleitoralmente são fechados por um mecanismo judicial central, o veredito deixa um largo grupo de apoiadores desolados pra trás” (CELEP, 2014, p. 380)¹⁷ e lança dúvidas sobre o caráter democrático do governo. É aquilo definido por Landau como *impossible game*: o grande número de adeptos não irá aceitar um regime eleitoral sem seu ator nele, e seus protestos irão eventualmente forçar o regime a tornar-se mais represivo ou deixar o partido banido regressar (LANDAU, 2013, p. 220).

É o caso, por exemplo da Turquia, onde é prática recorrente que partidos banidos adotem novas roupagens, apesar de a Lei vedar expressamente que isso ocorra.

4. A experiência turca

A experiência turca de dissolução de partidos políticos talvez seja a mais rica em exemplos. Para Ödül Celep, o país pode ser comparado a um “cemitério de partidos políticos” (2014, p. 373), pois, desde que a possibilidade foi implementada em seu ordenamento, dezenas de partidos políticos foram

¹⁶ Tradução livre de: “How much wiser to remove surgically a cancerous tumor when it is small rather than large. The wisdom of the incision depends on the proper diagnosis, not whether the patient is at death’s door. Indeed, allowing an antidemocratic movement to mature into a mass party renders intervention quite unlikely to succeed”.

¹⁷ Tradução livre de: “When electorally strong parties are shut down by a central judicial mechanism, the legal verdicts leave a large group of heartbroken supporters behind”.

dissolvidos.¹⁸ Landau vislumbra na experiência turca ambos os problemas relacionados ao *constitucionalismo abusivo*: o de identificar quais movimentos são antidemocráticos e o banimento de grupos com grande apoio popular (2013, p. 220). O estudo desse fenômeno somente é completo se realizado à luz do contexto histórico que moldou a Turquia, pois está intimamente relacionado à grande parte dos casos de dissolução partidária.

A República da Turquia foi fundada em 1923, como consequência da dissolução do Império Otomano, após a Primeira Guerra Mundial. Seu primeiro presidente, Mustafa Kemal Atatürk, membro do Partido Republicano do Povo (*Cumhuriyet Halk Partisi*, CHP) - único do país por algum tempo - iniciou projeto de reformas políticas, jurídicas e sociais para alcançar o ideal de ocidentalização do país. Para tanto, adotaram-se como pilares o secularismo (separação entre política e religião) e nacionalismo (necessidade de integridade/unidade estatal).

A Europa Ocidental era vista como modelo a ser perseguido e o islã ameaça ao progresso e desenvolvimento (CELEP, 2014, p. 381). Da mesma forma, etnias como a curda representavam “risco à integridade nacional, dadas suas múltiplas definições sobre o que é a identidade turca e por advogarem direitos de minorias como educação em sua própria língua” (KOGACIOGLU, 2004, p. 439).¹⁹ Entretanto, como bem aponta Hilal Ever, apesar de a estrutura governamental turca ser majoritariamente secular, os vestígios do Império Otomano ainda permanecem: a maioria esmagadora de sua população professa abertamente o islã, o que gera território propício para tensões políticas, que estão em plena ebulição no país (2012, p. 413).

Recentemente, o ex-ministro do país, Recep Tayyip Erdoğan, líder²⁰ do Partido da Justiça e Desenvolvimento (*Adalet ve Kalkınma Partisi*-

¹⁸ Diante da impossibilidade de abarcar com detalhes a completude a volumosa gama de exemplos de dissolução partidária na Turquia, optou-se por um estudo histórico que demonstre as razões mais recorrentes por trás das decisões da Corte Constitucional.

¹⁹ Tradução livre de: “Kurdish social movements brought to the fore tensions within Turkish nationalism regarding its multiple definitions of Turkishness and advocated minority rights such as the right to education in their own language, thereby destabilizing the taken-for-granted conceptions of a monolithic nation governed by the Turkish state”.

²⁰ Em razão do caráter simbólico e isenção esperada do cargo de Presidente da República na Turquia, quando Erdoğan foi eleito, não deveria vincular-se ou apoiar qualquer partido político.

AKP), abertamente islâmico, foi reeleito presidente, sob acusações de manipulação eleitoral.

A atual situação de instabilidade política da Turquia se contrapõe à chegada de Erdoğan ao poder como Primeiro Ministro, em 2003, que foi vista com bons olhos perante a comunidade internacional. Isto porque suas plataformas buscavam a entrada do país na União Européia, avanços nas liberdades civis, a paz com os curdos e diálogo com o Fundo Monetário Internacional. Durante seu primeiro governo como *premier*, houve crescimento econômico e diminuição da inflação (The Economist, 2017).

Seus mandatos como Presidente, iniciados em 2014, contudo, têm sido turbulentos. Após tentativa de golpe em 2016 para retirá-lo do poder, Erdoğan endureceu o regime e reprimiu com violência os protestos que ocorriam à nível nacional, realizou prisões e demissões em massa, fechou veículos de comunicação e suspendeu a vigência da Convenção Européia de Direitos Humanos no país. Conseguiu, ainda, que fosse aprovada, por plebiscito, a transformação do sistema de governo turco para o Presidencialismo, com a consequente extinção cargo de Primeiro-Ministro. É importante pontuar que, depois do plebiscito, o cargo de Presidente antes simbólico, teve seus poderes fortalecidos, com absoluta ingerência para editar decretos, nomear e exonerar membros do Judiciário e Executivo. A Constituição também foi emendada para aumentar o tempo de mandato e permitir mais reeleições a Erdoğan.

Valiosos, nesse ponto, os ensinamentos de David Landau sobre *constitucionalismo abusivo*, uma vez que, apesar de não ter havido um golpe formalmente proclamado, as alterações constitucionais promovidas pelo plebiscito causaram enfraquecimento democrático. Por meio do processo de emenda constitucionais, Erdoğan alterou todo um sistema de governo, obtendo para si aumento de poderes e tempo de mandato, além de enfraquecer e vincular ao seu comando as instituições de *accountability*.

Para muitos, a forma como a AKP alcançou o poder está intimamente conectada ao histórico de dissolução de partidos islâmicos no país. Em 1998, a Corte Constitucional Turca determinou o banimento do Partido do

Bem-Estar Social (*Refah Partisi*, RP) que, à época possuía expressividade de assentos no Parlamento. Seus membros foram removidos dos mandatos e proibidos de ocupar cargos públicos por cinco anos, e os bens da organização revertidos ao Estado. O partido foi acusado de violar os preceitos constitucionais que exigem a separação entre religião e Estado mas, para os críticos da decisão, ela possui como pano de fundo o “receio de que o partido obtivesse controle do legislativo nas próximas eleições, em razão das coalizões em andamento” (ISSACHAROFF, 2015, p. 71).²¹

Para a surpresa de muitos, em 2013, a Corte Europeia de Direitos Humanos - CEDH, referendou a sentença proferida pelo tribunal turco. O requerimento foi apresentado à Corte por membros do partido dissolvido, sob a tese de que o simples fato de professarem a fé islâmica não importaria em violação ao secularismo, pois um Estado laico não é sinônimo de ausência de religiões e sim de convivência harmônica e pacífica entre elas.

A decisão pontuou não ser factível exigir dos Estados que aguardem o crescimento de atores antidemocráticos antes de adotar medidas restritivas. Além disso, o Partido do Bem-Estar Social já contava com expressividade, o que facilitaria a implementação da sua agenda, cujos valores religiosos, na opinião dos julgadores, eram incompatíveis com o distanciamento esperado entre política e religião em uma democracia.

David Landau enxerga o posicionamento da CEDH como preocupante, pois, apesar de o crescimento do partido ser apontado como um dos principais fundamentos para referendar o ato de dissolução, suas intenções antidemocráticas não foram comprovadas (LANDAU, 2013, p. 221 e ss). Apesar da falta de evidências quanto à ataques abertos ao secularismo por parte dos atores políticos islâmicos, ainda assim, havia uma espécie de senso comum de que seus reais intentos estariam ocultos (CELEP, 2014, p. 383-384).

A lei turca proíbe, expressamente, que os partidos dissolvidos se reestabeleçam, porém, o que se observa é o total desprezo à essa premissa. Na verdade, “quanto mais o Tribunal tenta eliminar os espinhos que levam

²¹ Tradução livre de: “The motivation for the charges was likely the fact that most believed that the party would gain outright control of the legislature in the next election because of a coalition agreement with another party”.

ao que considera uma coexistência inadequada de "cultural" e "político", mais eles parecem emergir” (KOGACIOGLU, 2004, p. 458).²² Além disso, surgem os já mencionados questionamentos sobre a legitimidade de uma decisão que retira do poder partidos políticos com grande representatividade, tal qual o era o RP.

Remover um partido do poder ou da chapa eleitoral, devido ao seu apoio popular, necessariamente levanta questões sobre a legitimidade democrática do regime, invocando a autoridade para suprimir a vontade expressa de uma parte substancial da população (ISSACHAROFF, 2015, p. 69).²³

Como prevê Landau, ao dissolver grupos expressivos, o Judiciário provavelmente será confrontado com duas possibilidades: aumentar a repressão contra os insatisfeitos ou permitir que esses atores políticos retomem suas atividades (LANDAU, 2013, p. 220), esta última verificada na experiência prática turca.

O Partido RP era derivado de duas outras organizações políticas que também professavam princípios islâmicos e, por isso, foram banidas anteriormente pela Corte Turca: o Partido da Ordem Nacional (*Millî Nizam Partisi*, MNP) e o Partido de Salvação Nacional (*Millî Selâmet Partisi*, MSP). Issacharoff pontua que a postura do Tribunal em face do Partido do Bem-Estar Social, “ao invés de criar uma barreira insuperável, a alinhou as vozes das comunidades islâmicas como meio de integrá-las na vida política turca dominante” (2015, p. 75).²⁴ Prova disto é que, a despeito das dissoluções anteriores, foi fundado o Partido da Justiça e Desenvolvimento (*Adalet ve Kalkınma Partisi*- AKP) que, pouco tempo depois, já ocupa a presidência do país, na figura de seu líder, Recep Tayyip Erdoğan.

²² Tradução livre de: “In a sense, the more the Court clears out the thorns that lead to what it deems an inappropriate coexistence of “cultural” and “political,” the more they seem to emerge”.

²³ Tradução livre de: “Removing a party from office or from the electoral slate because of its popular support necessarily raises questions about the democratic legitimacy of the regime invoking the authority to suppress the expressed will of a substantial portion of the population”.

²⁴ Tradução livre de: “Far from creating an insuperable barrier to an Islamic voice in Turkish politics, the dissolution of the Welfare Party appears to have sparked a realignment in which committed democratic voices from the self-proclaimed Islamic communities found a means of integration into mainstream Turkish political life”.

Há os que enxergam nessas dissoluções uma mudança no idioma dos partidos que emergem (KOGACIOGLU, 2004, p. 458-459), dentre eles, Samuel Issacharoff, para quem elas serviram como canal para amenizar o discurso dos partidos. Como contraponto, David Landau argumenta que essa posição perde importante ponto.

Os interesses centrais representados pelo partido sobreviveram e ele tomou o poder dentro de um período de tempo relativamente curto. Além disso, um dos maiores problemas enfrentados atualmente na política turca moderna é o papel predominante do Partido da Justiça e Desenvolvimento. Isso ocorreu não só devido à ideologia do partido mas também pelo seu tamanho em relação aos concorrentes (LANDAU, 2013, p. 223-224).²⁵

Tão relevante quanto o histórico de banimentos de partidos islâmicos no país é o da luta dos curdos, etnia que detém língua, cultura e identidades próprias. Com o fim do Império Otomano e da Primeira Guerra Mundial, as divisões territoriais estabelecidas pelo Tratado de Lausanne, deixaram de contemplá-los, a despeito de terem reivindicado formalmente seu reconhecimento como estado independente. Atualmente, são considerados a maior etnia sem um estado nacional (IANDOLI, 2016) e estão concentrados principalmente no Iraque, Irã, Síria e Turquia, local em que há forte repressão a quaisquer manifestações da etnia por identidade cultural, vistas como tentativas de romper com a unidade territorial do país.

Essas tensões já ocasionaram diversos conflitos armados ao longo do último século. Recentemente, a Turquia dirigiu ataques à Síria com intuito de barrar ações promovidas pelo Partido dos Trabalhadores do Curdistão (*Parti Karkerani Kurdistan*, PKK). Fundado na década de 70, o PKK, foi banido em 1993 por possuir plataforma diretamente ligada à independência dos curdos, e é definido pelo governo turco como organização terrorista. Inclusive, todos os partidos curdos que emergiram na década

²⁵ Tradução livre de: "(...) the core interests represented by the party survived and it took power within a fairly short period of time. Moreover, one of the biggest problems now faced in modern Turkish politics is the predominant role of the Justice and Development Party. This occurred not because of the ideology of the party as much as because of its size relative to its competitors".

de noventa ou fossem minimamente associados ao PKK enfrentaram repressão governamental (CELEP, 2014, p. 385). Porém, de forma similar à que ocorreu com os islâmicos, os curdos se reorganizaram em novos partidos.

Os Partido do Trabalho Popular (*Halkın Emek Partisi* - HEP), Partido Liberdade e Democracia (*Özgürlük ve Demokrasi Partisi* - ÖZDEP), Partido da Democracia (*Demokrasi Partisi*, DEP), Partido da Democracia Popular (*Halkın Demokrasi Partisi*, HADEP) são apenas exemplos de organizações políticas curdas que surgiram logo após o banimento umas das outras. A dissolução desses partidos teve como fundamentos possíveis ações terroristas/associação ao PKK e violação à unidade nacional protegida pela Constituição.

Submetidos à apreciação da Corte Europeia de Direitos Humanos, os casos de banimento dos Partidos HEP (CEDH, 2002), ÖZDEP (CEDH, 1999) e HADEP (CEDH, 2010) foram considerados como violação à liberdade de expressão assegurada pelo Artigo 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, demonstrando, assim, sensibilidade e respeito aos direitos de minorias nacionais que não atentem ou façam uso de força contra a democracia (ISSACHAROFF, 2015, p. 67).

Em Dezembro de 2011, novamente, a Corte Turca dissolveu o *Democratic Society Party* (*Demokratik Toplum Partisi*, DTP), ainda sob o argumento de ações terroristas e possível envolvimento com o PKK, com objetivos de macular a indivisibilidade nacional, demonstrando, assim, que partidos curdos ainda estão longe de serem aceitos livremente em território turco (CELEP, p. 372). À dissolução do DTP foi seguida a criação do Partido pela Paz e Democracia (*Barış, ve Demokrasi Partisi*, BDP), apontado como seu sucessor. Aspecto importante é que, assim como a islâmica, nem sempre a luta curda possui viés separatista, muitas vezes versando simplesmente sobre pleitos que permitam à etnia exercer sua cultura com liberdade no país, de forma que a resposta do Tribunal a esses anseios

“chega muito perto da repressão direta de uma minoria nacional desfavorecida”. (ISSACHAROFF, 2015, p. 65).²⁶

Sendo assim, o que se observa tanto nos casos de dissolução de partidos islâmicos quanto curdos, é que, preocupada em proteger a sua noção de democracia, vinculada ao secularismo ou à unidade nacional, a Corte Constitucional Turca acaba por fazer concessões às liberdades democráticas que beiraram o autoritarismo e causaram rupturas na democracia (CELEP, 2014, p. 383). Basta analisar A repressão ligada ao uso de véu no país que, historicamente, forçou mulheres a escolher entre professar sua fé e exercer garantias básicas como o direito a estudar (ELVER, 2012). Ao reprimir práticas e grupos religiosos ou minoritários sob o argumento da busca pela democracia, esses “juízes optam por soluções que comprometem a estabilidade ou, pior, imprimem em suas decisões judiciais uma noção pessoal do possa vir a ser estabilidade política ou constitucional” (MEYER, 2017). A democracia, desse modo, “passa a ser conceituada como uma categoria abstrata e a significar o regime político que preserva esses ideais” (KOGACIOGLU, 2004, p. 458).²⁷

5. Conclusões

O contexto global de práticas e discursos antidemocráticos realça a importância do aperfeiçoamento de mecanismos para conter seu avanço. De fato, alguns aspectos das experiências alemã e turca no tocante à dissolução de partidos políticos reforçam os alertas de David Landau sobre *constitucionalismo abusivo*. A despeito das reiteradas tentativas de dissolução, a Turquia foi confrontada com o ressurgimento de grupos alinhados à religião islâmica e etnia curda. Também não é possível prever quais serão os efeitos da manutenção do Partido Nacional Democrático - NPD para

²⁶ Tradução livre de: “(...) the suppression of Kurdish political advocacy comes very close to the outright repression of a disfavored national minority”.

²⁷ Tradução livre de: “Democracy in this way comes to be conceptualized as an abstract category and comes to mean the political regime that preserves these ideals”.

a democracia de uma Alemanha permeada pelo crescimento de grupos como o Partido Alternativa para a Alemanha - *AfD*.

É preciso ter em mente que a dissolução de partidos é envolta por todo um contexto histórico e político, do qual não pode ser dissociada. Assim, o instituto se desenvolverá e apresentará problemas diferentes de acordo com as peculiaridades de cada país, como demonstram os contrastes entre os exemplos turco e alemão. Ainda por esse motivo, não é possível traçar com precisão a relevância do papel desempenhado pelas dissoluções turcas na ascensão e políticas de repressão promovidas por Erdoğan. Todavia, se elas não foram indispensáveis, também barraram sua chegada ao mais alto cargo do país. É preciso acompanhar de perto como a Corte Constitucional da Turquia passará a operar após as reformas promovidas na Constituição, que aumentaram a ingerência do Presidente sobre o Judiciário e demais instituições de *accountability*.

O tema está longe de ser pacífico e permanecerá relevante por anos a por vir. Assim, é importante que a dissolução seja estudada, criticada, e que as lições históricas e políticas sejam acompanhadas com atenção, até mesmo para que o banimento seja aperfeiçoado ou descartado como prática de contenção a atores antidemocráticos.

6. Referências

ABREU, Jonas Modesto; ALLEGRETTI, Giovanni. Comportamento político violento e avanço global da direita: uma análise do caso brasileiro. *Revista Crítica e Sociedade: revista de cultura política*. Uberlândia, v. 6, n. 2 (2016) ISSN: 2237-0579. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/criticasociedade/issue/viewIssue/1456/15>; acesso em 14 jun.2019.

ALESSI, Gil. Bolsonaro enfraquece Funai e joga sombra sobre futuro socioambiental do país. *El País*. Notícia publicada em: 3 jan.2019. Disponível em: https://brasil.el-pais.com/brasil/2018/12/28/politica/1546015511_662269.html, acesso em 10 fev.2019.

- Ahrens, Jan Martinez. Trump proíbe transexuais nas Forças Armadas dos EUA. *El País*. Notícia publicada em: 26 jul. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/26/internacional/1501075272_208102.html, acesso em 4 jul.2018.
- AKBULUT, Olgun. Criteria Developed by the European Court of Human Rights on the Disolution of Political Parties. *Fordham International Law Journal*, v. 34, n. 1, 2010, p. 46.
- ARZHEIMER, Kai. The AfD: Finally a Successful Right-Wing Populist Eurosceptic Party for Germany? *West European Politics*. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/01402382.2015.1004230>, acesso em 10 jun.2018.
- BBC. Brexit: *Parlamento britânico rejeita a possibilidade de saída da UE sem acordo*. Notícia publicada em: 29 jan. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-47050816>, acesso em 12 fev.2019.
- BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. *Cadernos Adenauer XVIII*, 2017, n. 1. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/23077-1442-5-30.pdf>, acesso em 22 jun.2018.
- Bercito, Diogo. Em meio a domínio islâmico, secularismo busca sobrevida na Turquia. Embate entre religião e laicismo está no centro da eleição para Presidência e Parlamento. *Folha de S. Paulo*. Notícia publicada em: 21 jun. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/06/em-meio-a-dominio-islamico-secularismo-busca-sobrevida-na-turquia.shtml>, acesso em 28 jun.2018.
- Bercito, Diogo. Reino Unido debate novo plebiscito sobre saída da União Europeia. *Folha de S. Paulo*. Notícia publicada em: 01 fev. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/02/reino-unido-debate-novo-plebiscito-sobre-saida-da-uniao-europeia.shtml>, acesso em 22 jun.2018.
- BOGDANOR, Vernon. *Brexit and our unprotected constitution*. 2018. The Constitution Society. Disponível em <https://consoc.org.uk/wp-content/uploads/2018/02/Brexit-and-our-unprotected-constitution-web.pdf>, acesso em 20 fev. 2019.
- BVerfG, *Acórdão do Segundo Senado de 17 de janeiro de 2017 - 2 BvB 1/13 - marg. (1-1010)*, Disponível em: http://www.bverfg.de/e/bs20170117_2bvbo00113.html, acesso em 11 jun. 2018.

BVerfG. *Statement by the Press Office of the Federal Constitutional Court*. Press n. 58/1952.

Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/1952/bvg52-058.html>, acesso em 11 jun.2018.

Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade; PRATES, Francisco de Castilho; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. Liberdade de expressão e discursos de ódio: notas a partir do Projeto de Lei 7582/2014 e do diálogo com o direito internacional dos direitos humanos. *Pensar: Rev. Pen.*, v. 22, n. 3, set/dez. 2017, Fortaleza, p. 1-15.

CELEP, Ödül. The Political Causes of Party Closures in Turkey. *Parliamentary Affairs*, v. 67, n. 2, 1 April 2014, p. 371-390. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/pa/gso41>, acesso em 12 jun.2018.

Charleaux, João Paulo. Por que a extrema direita cresce no mundo, segundo este estudioso. *Nexo Jornal*. Notícia publicada em: 29 set. 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2017/09/29/Por-que-a-extrema-direita-cresce-no-mundo-segundo-este-estudioso>, acesso em 21 jun.2018.

Charleaux, João Paulo. Por que a Turquia bombardeia os curdos na Síria. *Nexo Jornal*. Notícia publicada em: 22 jan. 2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/01/22/Por-que-a-Turquia-bombardeia-os-curdos-na-S%C3%A9ADria>, acesso em 02 jul.2018

Constituição da Alemanha (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland). Traduzida para o inglês por: Professor Christian Tomuschat and Professor David P. Currie. Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html, acesso em 21 jun.2018.

Constituição da Turquia. Versão em inglês Disponível em: https://www.tbmm.gov.tr/analyasa/anayasa_2017.pdf, acesso em 20 jun.2019.

DE MIGUEL, Rafael. *Tony Blair: “Se o Brexit está bloqueado, a única solução é o referendo”*. Notícia publicada em: 19 jan.2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/18/internacional/1547824724_094806.html?rel=mas, acesso em 10 fev.2019.

EL PAÍS. *May viaja a Bruxelas para tentar reabrir pacto com a UE sobre ‘Brexit’*. Notícia publicada em: 7 fev.2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/07/internacional/1549528734_760369.html, acesso em 10 fev.2019.

ELVER, Hilal. Secular Constitutionalism and Muslim Women's Rights: The Turkish Headscarf Controversy and Its Impact on the European Court of Human Rights. In: BAINES, Beverly, BARAK-EREZ, Daphne. KAHANA, Tsvi (eds). *Feminist Constitutionalism: Global Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2012.

Estado de Minas. *Frente Nacional de Marine Le Pen Muda nome para deixar passado antisemita*. Notícia publicada em: 01 jun. 2018. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2018/06/01/interna_internacional,963845/frente-nacional-de-marine-le-pen-muda-nome-para-deixar-passado-antisse.shtml, acesso em 02 jul.2018.

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). *Guidelines on prohibition and dissolution of political parties and analogous measures adopted by the Venice Commission at its 41st plenary session* (Venice, 10 – 11 December, 1999). Disponível em: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf-file=CDL-INF\(2000\)001-ehttp://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf-file=CDL-INF\(2000\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf-file=CDL-INF(2000)001-ehttp://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf-file=CDL-INF(2000)001-e), acesso em 03 jul.2018.

European Court of Human Rights. Grand Chamber. *Case of Freedom and Democracy party (ÖZDEP) v. Turkey*. Strasbourg, 1999. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58372>, acesso em 14 jun.2018.

European Court of Human Rights. Grand Chamber. *Case of HADEP and Demir v. Turkey*. Strasbourg, 2010. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-102256&filename=001-102256.pdf&TID=ihgdqbxnfi>, acesso em 15 jun.2018.

European Court of Human Rights. Grand Chamber. *Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey*. Strasbourg, 2013. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60936>, acesso em 14 jun.2018.

European Court of Human Rights. Grand Chamber. *Case of Yazar and others v. Turkey*. Strasbourg, 2002. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60416>, acesso em 14 jun.2018.

Folha de S. Paulo. *Para entidades, mudança na Lei de Acesso À Informação é 'deplorável' e um retrocesso*. Notícia publicada em: 24 jan.2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/01/para-entidades-mudanca-na-lei-de-acesso-a-informacao-e-deploravel-e-um-retrocesso.shtml>, acesso em 12 fev.2019.

Iandoli, Rafael. Qual o papel dos curdos nos conflitos do Oriente Médio. *Nexo Jornal*. Notícia publicada em: 28 ago. 2016. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/08/28/Qual-o-papel-dos-curdos-nos-conflitos-do-Oriente-M%C3%A9dio>, acesso em 18 jun.2018.

ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*. New York: Cambridge University Press, 2015.

KOGACIOGLU, Dicle. Progress, Unity, and Democracy: Dissolving Political Parties in Turkey. *Law & Society Review*, v. 38, n. 3, 2004.

KOMMERS, Donald P., MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3ª ed. Durham: Duke University Press, 2012.

LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. 47 *U.C.D.L.Rev.*, 2013, p. 189-260.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *O Tribunal Federal Constitucional alemão e a infeliz decisão sobre o NPD*. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-18/martonio-lima-infeliz-decisao-tribunal-constitucional-alemao#author>, acesso em 01 jun.2018.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I e II. *The American Political Science Review*, v. XXXI, n. 3 e 4, jun./ago. 1937, p. 417-432 e p. 638-658.

MARS, Amanda. Trump recua e prepara ordem para evitar que filhos de imigrantes clandestinos sejam separados dos pais. *El País*. Notícia publicada em: 20 jun.2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/20/internacional/1529510448_365651.html, acesso em 4 jul.2018

MEYER, Emilio Peluso Neder. Constitucionalismo, autoritarismo e juristocracia. *Jota*. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constitucionalismo-autoritarismo-e-juristocracia-03112017>, acesso em 12 fev.2019.

MEYER, Emilio Peluso Neder. O constitucionalismo brasileiro perante as exigências do direito internacional dos direitos humanos: diálogos a respeito do sentido adequado de uma unidade na pluralidade normativa *in* MEYER, Emilio Peluso Neder. REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Teoria constitucional* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

MERSEL, Yigal. The dissolution of political parties: The problem of internal democracy. *I-CON*, v. 4, n. 1, 2006, p. 84-113.

MUDDE, Cas. *Populist radical right parties in Europe*. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2007.

NIESEN, Peter. Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Society: Three Paradigms for Banning Political Parties - Part I. 3 *German Law Journal* (2002). Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=164>, acesso em 2 jun.2018.

Partido Alternativa para a Alemanha. *Nosso programa básico para a Alemanha*. Disponível em: <https://www.afd.de/grundsatzprogramm/>, acesso em 21 jun.2018.

Partido Nacional Democrático. *Nosso programa para a Alemanha*. Disponível em: <https://npd.de/themen/>, acesso em:21 jun.2018.

PIMENTEL, Matheus. O pacote de Sérgio Moro contra o crime em 5 eixos. *Nexo Jornal*. Notícia publicada em: 4 fev.2019. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/02/04/O-pacote-de-Sergio-Moro-contr-o-crime-em-5-eixos>, acesso em 10 fev.2019.

RAMOS, André de Carvalho. Liberdade de expressão e ideais antidemocráticos veiculados por partidos políticos – tolerância com os intolerantes? In: RAMOS, André de Carvalho et. al. (orgs). *Temas do direito eleitoral no século XXI*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012.

SANTOS, Boaventura de. *Agressividade da direita é um fenômeno global, por Boaventura Sousa Santos*. 2015. Disponível em <https://www.geledes.org.br/agressividade-da-direita-e-um-fenomeno-global-por-boaventura-sousa-santos/>, acesso em 25 jun.2018

Riekmann, Arnd. Crise ameaça sobrevivência de partido de extrema direita na Alemanha. *Deutsche Welle*. Notícia publicada: em 31 dez.2013. Disponível em: <https://p.dw.com/p/1Aifo>, acesso em 19 jun.2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Proibição e dissolução de partidos políticos na Lei Fundamental da Alemanha*. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-20/proibicao-dissolucao-partidos-lei-fundamental-alemanha>, acesso em 25 jun.2018.

SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>, acesso em 02 jun.2018.

TEIXEIRA, Carlos Gustavo Poggio. Quatro temas fundamentais do pensamento neoconservador em política externa. *Rev. Bras. Polít. Int.*, v. 50, n. 2, 2007, p. 80-96.

The Economist. *Turkey is sliding into dictatorship*. Notícia publicada em: 15 abr. 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/04/15/turkey-is-sliding-into-dictatorship>, acesso em 08 jul.2018.

VENAGLIA, Guilherme. Bolsonaro assina decreto que facilita a posse de armas no Brasil. *Veja*. Notícia publicada em: 16 jan.2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/bolsonaro-assina-decreto-que-flexibiliza-posse-de-armas/>, acesso em 11 fev.2019.

Capítulo X

A impossibilidade conceitual de um constitucionalismo autoritário ou abusivo: a experiência constitucional de Singapura em perspectiva comparada

Rodrigo Dornas de Oliveira ¹

1. Introdução

Mark Tushnet e David Landau observaram que a experiência constitucional em alguns países, especialmente após as décadas de 1980 e 1990, possui características que fogem da concepção tradicional de constitucionalismo. Por tal razão, ambos buscaram apresentar, em trabalhos recentes, conceitos que pudessem representar essa nova tendência.

No artigo intitulado *Abusive Constitutionalism*, Landau chegou à conclusão de que, em certos países como Venezuela, Hungria e Colômbia,² as constituições pareceriam democráticas quando analisadas à distância, por possuírem diversos elementos presentes em constituições de democracias liberais. Contudo, as alterações realizadas pelos detentores do poder em cada um desses países nas últimas décadas contribuíram para o enfraquecimento da ordem democrática.

¹ Graduado em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Constitucional pelo IEC-PUC Minas. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

² Vale ressaltar que o próprio autor afirma que, apesar da tentativa de implementação de algo que poderia ser chamado de constitucionalismo abusivo por emenda pelo então presidente Álvaro Uribe, a Corte Suprema da Colômbia preveniu a ocorrência de uma erosão democrática ao declarar inconstitucional emenda constitucional que visava aumentar o número de reeleições.

Assim, Landau define o “constitucionalismo abusivo” como aquele em que o uso de mecanismos constitucionais, e. g., emendas constitucionais e substituição das constituições, são utilizados para ampliar o déficit democrático nos países mediante a redução de barreiras e limitações, a fim de dificultar sua retirada do poder, o que é, a seu ver, muito mais difícil de ser detectado do que as ameaças autoritárias tradicionais.

Por sua vez, Tushnet cunha o termo “constitucionalismo autoritário” (*authoritarian constitutionalism*) para classificar regimes autoritários em que o soberano possui um compromisso com o desenvolvimento da sociedade e para isso se vale das regras constitucionais expressas. Desse modo, o “constitucionalismo autoritário” pode ser definido como sendo uma forma de autoritarismo em que o soberano opta por implementar uma normatividade constitucional, com o objetivo de regular conflitos na sociedade, o que acaba por permitir o desenvolvimento econômico e social do país, sob o manto de uma suposta legalidade.

Tushnet apresenta Singapura como único exemplo de “constitucionalismo autoritário”³ e descreve algumas características presentes no regime instalado naquele pequeno país, tais como o controle total das políticas públicas por um partido dominante e o controle do dissenso ideológico e político, ao passo que não existiriam prisões arbitrárias de oponentes, seriam permitidas discussões abertas sobre as políticas públicas e a realização de eleições que o autor chama de razoavelmente livres e justas.

Todavia, o conceito de constitucionalismo já se encontra bastante sedimentado como uma prática de reconhecimento pelos estados de limitações ao poder governamental e reforço dos direitos e garantias fundamentais mediante a consolidação de conceitos como os de democracia liberal e estado de direito, bem assim com a implementação de políticas de empoderamento daqueles que, submetidos à opressão da maioria, não

³ O autor também menciona o Irã anteriormente às eleições de 2009, as quais, para ele, transformaram regime do país em um autoritarismo completo. De toda forma, na nota de rodapé nº 12 daquele artigo, Tushnet afirma expressamente que se trata de “uma exploração da possibilidade conceitual que possui certa conexão com a realidade empírica”, mas ele “não sustenta que qualquer sistema existente se adegue precisamente ao [seu] conceito de ‘constitucionalismo autoritário’ ” (TUSHNET, 2015, p. 395).

possuiriam poder algum. Pode se dizer, assim, que o constitucionalismo possui alguns pilares conceituais básicos que, caso lesionados, fazem com que a sua prática abusiva ou autoritária não possa ser considerada conceitualmente como constitucionalismo.

O objeto do trabalho é, portanto, analisar as características propostas pelos autores para definir o “constitucionalismo autoritário” e o “constitucionalismo abusivo”, notadamente a partir do exemplo de Singapura, a fim de verificar se seria possível reconhecer que as medidas tomadas em regimes como os descritos pelos autores com o objetivo de manutenção do poder seriam formas de constitucionalismo ou simplesmente lesões ao constitucionalismo mediante o uso de ferramentas constitucionais que possam conferir-lhes certo ar de legitimidade, com o manifesto intuito de evitar pressões internas e externas.

Na primeira seção, serão analisados os conceitos propostos por Mark Tushnet e David Landau, com a descrição das características definidoras de cada um deles. Em seguida, uma análise mais aprofundada será feita em relação ao regime constitucional de Singapura, sem qualquer intenção de esgotar o tema, mas avaliando o funcionamento de instituições que seriam indicativas da existência de um regime autoritário naquele país. Na terceira seção, será analisado o conceito de constitucionalismo e dois de seus principais elementos: a democracia e o Estado de Direito.

A quarta parte utilizará o arcabouço teórico estabelecido anteriormente para sustentar que os conceitos elaborados por Tushnet e Landau não poderiam ser reconhecidos como formas de constitucionalismo, mas, sim, como práticas que abusam do próprio constitucionalismo, mediante o uso de constituições com o exclusivo intuito de conferir uma aura de legitimidade ao autoritarismo praticado. Desse modo, ao final será sugerido que conceitos como o de “autoritarismo furtivo” (Ozan O. Varol) ou “autoritarismo constitucional” (Konrad Lachmayer) condizem mais com os fenômenos identificados naqueles países do que os cunhados por Mark Tushnet e David Landau.

2. Constitucionalismo autoritário e constitucionalismo abusivo

Logo no resumo de seu trabalho intitulado *Authoritarian Constitutionalism*, Mark Tushnet conceitua o “constitucionalismo autoritário” como “um sistema de governo que combina eleições razoavelmente justas e livres com um moderado grau de repressão e limites sobre a liberdade pessoal” (2014, p. 391). Para ele, ao lado do “constitucionalismo de mero estado de direito” (*mere rule of law constitutionalism*)⁴ e do “constitucionalismo absolutista”, o “constitucionalismo autoritário” pode ser reconhecido como uma *espécie não liberal* de constitucionalismo, por estar posicionado no meio de um espectro que conduz do “constitucionalismo liberal” ao puro autoritarismo.

Diz o autor que o “constitucionalismo absolutista” será aquele em que um único governante motivado por um interesse no bem-estar da nação consulta abertamente a população e protege as liberdades individuais em geral, mas, ao fim, decide por um curso de ação baseado em sua própria discricionariedade, sem qualquer controle por outras instituições (TUSHNET, 2015, p. 396). Já no “constitucionalismo de mero estado de direito”, o governante observa alguns procedimentos gerais e implementa decisões por meio de cortes independentes, mas não está contido por nenhuma regra substantiva relacionada às liberdades individuais, por exemplo (TUSHNET, 2015, p. 397). Como se pode ver, as características autoritárias também estão presentes nos conceitos apresentados por Tushnet e poderiam por certo, enquadrarem-se no conceito de constitucionalismo autoritário, não havendo uma razão clara para diferenciação, salvo se considerada uma ligeira diferença de graus entre as hipóteses. Contudo, como todas as hipóteses estariam localizados em alguma região central do espectro “constitucionalismo liberal”/“autoritarismo puro” – em que pese Tushnet ter deixado claro que essas formas de

⁴ Importante destacar que, ao propor o conceito de constitucionalismo de mero estado de direito, Mark Tushnet não está realizando um juízo que desconsidera a importância do ideal do estado de direito, mas, sim, que o governante estaria comprometido, tão somente, com os compromissos mais básicos daquele ideal. O tema será melhor trabalhado mais adiante.

constitucionalismo estariam mais próximas do autoritarismo –, não há muito sentido em diferenciá-los se a intenção é garantir clareza analítica, uma vez que sua diferença é meramente de grau.

Voltando as atenções para o constitucionalismo autoritário, Tushnet afirma que estaria implícito na conceituação de constitucionalismo de Charles McIlwain, segundo o qual o constitucionalismo possuiria, como característica essencial, ser uma limitação jurídica ao governo, a ideia de um constitucionalismo autoritário (TUSHNET, 2015, p. 394). Vale frisar, de imediato, que Tushnet não demonstra como estaria implícita naquele conceito a possibilidade de um constitucionalismo não comprometido com a limitação dos poderes do governo. De todo modo, sua inspiração para a apresentação do conceito foram os estudos da ciência política a respeito dos regimes híbridos, os quais, após reconhecidos por um tempo como em estado transicional, passaram a ser analisados como situados em um ponto entre o autoritarismo e a democracia liberal, tendo em vista seu caráter estável. E seu objetivo seria contribuir para a clareza analítica no direito.⁵

Pelo breve conceito apresentado por Tushnet, no “constitucionalismo autoritário”, as liberdades individuais são protegidas em um nível intermediário e as eleições são razoavelmente livres e justas. Sobre esse ponto, vale ressaltar que, para o autor, o respeito às liberdades individuais e o nível de liberdade e justiça aplicados às eleições parecem ser os únicos critérios utilizados para a conceituação das diferentes formas de constitucionalismo.

As principais características do constitucionalismo autoritário proposto por Tushnet são: i) o regime, geralmente controlado por um partido dominante, realiza todas as decisões de políticas públicas; ii) não há prisão dos oponentes arbitrariamente, apesar de ser possível a imposição de várias restrições a eles; iii) são permitidas discussões abertas sobre as políticas definidas pelo soberano autoritário; iv) o regime opera eleições

⁵ Essa conclusão fica ainda mais evidente pela análise da tabela das variedades de constitucionalismo formulada por Tushnet, uma vez que os conceitos são dispostos de acordo com o grau de respeito às liberdades individuais e o nível de força e fraude em eleições (2015, p. 397).

razoavelmente livres e justas, com o estabelecimento de distritos e listas partidárias, sem a ocorrência de fraudes ou intimidação, salvo esporadicamente; v) existe sensibilidade em relação às opiniões públicas, com alteração de rota em resposta; vi) podem ser desenvolvidos mecanismos a fim de se controlar a quantidade de dissenso em níveis desejáveis; vii) as cortes são razoavelmente independentes e aplicam os requisitos do estado de direito razoavelmente bem.

Outro autor utilizou a mesma expressão “constitucionalismo autoritário” para caracterizar a prática constitucional existente na Turquia. Em artigo de 2013, Turkuler Isiksel vale-se do exemplo da Constituição da Turquia de 1982 para defender uma teoria do constitucionalismo autoritário como um sistema em que a constituição é cooptada para garantir o uso opressivo dos poderes públicos. Para o autor, no constitucionalismo autoritário, as regras constitucionais são manipuladas e não refletem os compromissos normativos normalmente associados ao constitucionalismo (ISIKSEL, 2013, p. 709).

Além disso, o próprio Isiksel registra que o conceito também já havia sido utilizado anterior por Alexander Somek:

Alexander Somek has used the term “authoritarian constitutionalism” to describe the Austrian regime between the abdication of the Austrian Parliament in 1934 and Anschluss with Nazi Germany in 1938. For Somek, authoritarian constitutionalism incorporates all of the major features of constitutional rule except democratic representation and accountability, which it rejects in the name of ensuring “social integration or social reconstruction.” That is to say, it emphasizes values other than democracy, most notably ideas of public order, social cohesion, peace, and conformity. According to the logic of authoritarian constitutionalism, Somek argues, representative assemblies and electoral politics compromise and interfere with the attainment of these public goods, requiring the Leviathan to step in. Although this attitude is common to many authoritarian ideologies, what distinguishes authoritarian constitutionalism is its fealty to the rule of law and its rejection of the arbitrary use of power, commitments that survive the rejection of the democratic principle (ISIKSEL, 2013, p. 709).

A respeito de um ponto que será trabalhado mais adiante, Isiksel sustenta que a conceituação de Somek estaria equivocada por ter reconhecido que a ausência de assembleias democráticas seria uma característica do constitucionalismo autoritário. Para Isiksel, seria possível separar analiticamente democracia e constitucionalismo, quando considerados como noções abstratas, desde que o poder político seja subordinado ao estado de direito. Nessa visão, democracia seria um “bem externo”. Dessa forma, o conceito de constitucionalismo autoritário seria analiticamente possível quando negada a existência “bens internos” ao próprio constitucionalismo (ISIKSEL, 2013, p. 709-710).

Por considerar insuficientes as explicações do entendimento tradicional de constitucionalismo para explicar as práticas de erosão da ordem democrática em países⁶ como Hungria, Equador e Venezuela, David Landau apresenta um outro conceito, denominado “constitucionalismo abusivo”.⁷ Nesses países, a evolução dos regimes dominantes tem por característica a manutenção de práticas formalmente democráticas como as eleições e a ausência de um autoritarismo completo. Em suma, o “constitucionalismo abusivo” diz respeito ao uso, por pessoas e partidos, de mecanismos de alteração constitucional, tais como emendas e a elaboração de nova constituição, com vistas ao enfraquecimento da democracia por

⁶ Landau ainda aponta a Colômbia e o Japão como exemplos desses países. Em relação à Colômbia, como ele próprio indica, a Suprema Corte colombiana exerceu um importante papel de impedir a perpetuação do presidente Alvaro Uribe no poder, declarando inconstitucional a emenda que pretendia estabelecer a possibilidade de reeleição para um terceiro mandato, após já ter sido emendada a constituição para o segundo, algo que, em sua visão, faria daquele país um exemplo de constitucionalismo abusivo (LANDAU, 2013, p. 201-203). No caso do Japão, a situação ainda não se encontrava consolidada, mas o Primeiro Ministro Shinzo Abe pretendia emendar a constituição do país a fim de reduzir o quórum para alterações constitucionais de 2/3 para maioria absoluta, o que representaria uma forma de erosão da democracia, na visão de Landau (LANDAU, 2013, p. 192). Vale o registro de que, conquanto o Partido Liberal Democrata de Abe tenha conquistado ampla maioria nas eleições de 2017, a primeira emenda da história da Constituição Japonesa ainda não foi aprovada (cf. <https://www.japantimes.co.jp/news/2018/08/13/national/politics-diplomacy/abe-calls-submission-plan-change-japans-constitution-next-diet-session/#.W5S8guhKJIU>). Outro exemplo histórico de erosão democrática deu-se com o crescimento do nazismo na Alemanha, que levou à derrubada da Constituição de Weimar por meios constitucionais. Todavia, não seria possível falar em constitucionalismo abusivo em virtude do altíssimo grau de autoritarismo daquele regime (LANDAU, 2013, p. 198).

⁷ Importante o registro de pequena publicação feita por Jorge González-Jácome (2015) em que postula dois impulsos críticos à conceituação feita por Landau. Inicialmente, aponta que a prática indicada como “constitucionalismo abusivo” não seria nova, possuindo uma genealogia mais longa do que Landau apresenta, tendo como exemplo o Chile de Pinochet. O segundo diz respeito à ideia de que “constitucionalismo abusivo” é um termo pejorativo usado para diminuir as práticas constitucionais existentes no chamado Sul Global. Conquanto não se possa concordar com as críticas feitas, a discussão é valiosa, especialmente em relação ao segundo impulso.

meio da redução da proteção das garantias individuais e da competitividade eleitoral, sem que seja necessário apelar para um golpe militar ou algo parecido e mantendo uma aparência de constitucionalismo liberal, ao menos formalmente.

Na análise de Landau, o constitucionalismo abusivo é mais difícil de se detectar do que as ameaças autoritárias tradicionais, pois, em geral, a preocupação, inclusive de agências internacionais, volta-se para os golpes militares abertamente inconstitucionais, prática que vem ocorrendo com cada vez menos frequência. Em sua visão, nem os mecanismos mais interessantes encontrados no Direito Constitucional Comparado, como a rigidez seletiva, a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais⁸ e a concepção de democracia militante⁹, seriam capazes de combater o “constitucionalismo abusivo”.

Em geral, as práticas apontadas por Landau ao longo da descrição dos regimes de Venezuela e Hungria como exemplos de medidas tomadas em uma prática de constitucionalismo abusivo são a perpetuação de um líder no poder por meio de emendas constitucionais, a neutralização da oposição, especialmente por meio de perseguição política e dominação do parlamento, o controle do Poder Judiciário, incluindo a Corte Constitucional, a substituição da constituição para a consolidação da visão política do governante, a redução de limitações e restrições ao uso do poder.

A principal característica, contudo, é a utilização, por indivíduos ou grupos poderosos, das regras formais de alteração constitucional para a instituição das práticas descritas, o que é capaz de conferir aos regimes, conhecido como híbridos, uma aparência de democracia constitucional aos olhos externos, especialmente porque mantidas estruturas formais de controle e de separação de poderes. Porém, o grau de democracia nesses

⁸ Essa doutrina, bastante familiar nos países da América Latina, em especial no Brasil, sustenta que certas alterações constitucionais direcionadas a uma estrutura básica da constituição não pode ser realizada por emendas constitucionais, mas, sim, por uma substituição completa da constituição. Nesse sentido, cf. Roznai (2017).

⁹ Ruti Teitel (2008) ensina que democracia militante é uma doutrina proveniente da jurisprudência alemã e que se refere a provisões indicadoras de intolerância constitucional em relação a oposições à democracia. Em regra, a ideia de democracia militante direciona-se à imposição de limites aos partidos políticos, mas pode alcançar o exercício das liberdades de expressão política e associação em casos em que haja perigo para a estabilidade e a ordem constitucional.

regimes é reduzido ao longo do tempo, com a perpetuação de mudanças constitucionais que normalmente são levadas a efeito em momentos de consolidação de governos populares que se aproveitam da aceitação da opinião pública para a tomada de medidas em direção ao controle autoritário das instituições.

Postos lado a lado, é possível aproximar e diferenciar os conceitos de “constitucionalismo autoritário” e “constitucionalismo abusivo”. Como visto, em ambas as hipóteses, práticas autoritárias são realizadas por meio do uso das instituições e mediante a utilização dos mecanismos formais de alteração constitucional para a implementação dessas práticas. Além disso, em todos os exemplos apontados, a preocupação com a vontade popular e com a aparência de legalidade das medidas tomadas é grande, o que diferencia as situações descritas por ambos os autores daqueles regimes autoritários que desconsideram as instituições para implementar seu autoritarismo, como ocorreu com as ditaduras militares existentes na América Latina durante as décadas de 1960, 1970 e 1980. O que diferencia o constitucionalismo abusivo do autoritário, ao que tudo indica, é o fato de que o segundo representa uma prática existente em regimes consolidados, como Tushnet aponta ao descrever Singapura, enquanto o “constitucionalismo abusivo” de Landau está baseado em regimes que tomam o poder democraticamente e buscam consolidar-se autoritariamente, em geral, de modo populista.

Vale ressaltar que as práticas apontadas por Landau como abusivas revelam-se mais graves do que aquelas apontadas por Tushnet como autoritárias. Contudo, considerando que o constitucionalismo abusivo é implementado em regimes completamente democráticos – ao menos em tese – é de se reconhecer que as alterações em direção ao autoritarismo que são chamadas de abusivas por Landau sejam normalmente bastante severas, por tratar-se de ruptura constitucional. Por sua vez, como o regime apontado por Tushnet como constitucionalismo autoritário já se encontra consolidado, a necessidade de manutenção de uma aparência democrática acaba por exigir do governante a realização de concessões aos

adversários. Ao fim, ambas possuem alto grau de autoritarismo e poderiam, sem qualquer dificuldade, ser consideradas abusivas ou autoritárias indiscriminadamente.

Diante da proximidade das classificações, é possível, então, traçar uma crítica comum a ambos, o que será feito a partir da análise do exemplo de Singapura que, por ser um regime quasi-autoritário já institucionalizado, é capaz de fornecer detalhes maiores a respeito das práticas que os regimes que praticam o constitucionalismo abusivo podem vir a alcançar.

3. O exemplo de Singapura

Já foi dito que Tushnet reconhece somente Singapura como um exemplo atual de “constitucionalismo autoritário”. Importante, então, analisar as características do regime existente naquele país, a fim de desenvolver a crítica conceitual objeto do presente trabalho.

Kevin Tan, no livro *The Constitution of Singapore: A Contextual Analysis* (2015), descreve os delineamentos do constitucionalismo em Singapura. Como se sabe, desde sua independência em 1965, Singapura é governada pelo *People's Action Party* (PAP). Para Tan, o controle do PAP e sua legitimidade perante a comunidade depende do bom desenvolvimento de três pilares: o crescimento econômico, o gerenciamento da etnicidade e a dominação política. Para o florescimento da economia, os sistemas jurídico e político são utilizados como gatilho, não tendo o PAP se furtado, por exemplo, de alterar a legislação trabalhista do país a fim de subjugar-los aos interesses do desenvolvimento econômico.

Em relação à diversidade étnica do país, tem-se que Singapura é formada majoritariamente por uma comunidade chinesa, havendo boa parcela de muçulmanos malaios e outras etnias, como indianos, indonésios e judeus. Antes da independência, ocorrida em 1965, Singapura fazia parte da Federação da Malásia e a constituição privilegiava consideravelmente os malaios. Por isso, com a secessão, sentiu-se a necessidade de

garantir voz e representatividade a todas as etnias presentes na cidade-estado. Foi criado, assim, o Conselho Presidencial – renomeado, em 1973, Conselho Presidencial para os Direitos das Minorias – que seria responsável pela avaliação, em regra, de todas as propostas legislativas a fim de verificar quais delas conteriam medidas discriminatórias ou preconceituosas. Em 1988, foram criados os GRC's (*Group Representation Constituencies*), que são um tipo de divisão eleitoral que promove a eleição de grupos ou times de candidatos, garantindo a participação de minorias em todos os colégios eleitorais. Foi determinado na Constituição de Singapura a presença de ao menos um membro da etnia Malaia, Indiana ou outras comunidades minoritárias.

Todavia, um claro ato de autoritarismo acompanhou o estabelecimento dos GRC's: a criação dos CDC's (*Community Development Councils*). Em síntese, os CDC's foram introduzidos em um discurso do Primeiro Ministro Goh Chok Tong em 1996, visando promover coesão social e harmonia na comunidade. Os CDC's cuidariam do desenvolvimento dos projetos de habitação, bolsas de estudo, assistência a idosos e outros. Quando eles foram de fato implementados – por alteração do PAP – passaram a ser responsáveis por programas de bem-estar social e assistência social e médica. Por meio desses programas de habitação, o PAP conseguiu remanejar a população de Singapura para garantir que houvesse uma maioria chinesa em todas as regiões.

O estabelecimento dos GRC's em conjunto com os CDC's, todavia, garantiu ao PAP a dominância política de que necessitava, especialmente após duas pequenas derrotas eleitorais ocorridas em 1981 e 1984, que fizeram o partido rever sua posição de garantir ampla representatividade étnica no parlamento. Sendo necessária a presença de representantes de etnias minoritárias em ambientes amplamente compostos de chineses, os partidos de oposição viram-se na impossibilidade de registrar qualquer GRC, pois a preferência era por GRC's vinculados ao PAP, que resultariam em maior chance de vitória eleitoral para os representantes daquelas etnias minoritárias.

A situação eleitoral de Singapura é bem mais complexa do que se pode demonstrar aqui, especialmente considerando a manutenção das *Single-Member Constituencies* (SMC's) e a criação dos *Non-Constituency Members*. No entanto, é importante ressaltar que a alteração da quantidade de membros de cada um dos GRC's às vésperas de eleições é prática recorrente em Singapura (TAN, 2015, p. 62), o que se revela uma medida autoritária e acaba por contrariar o argumento de Tushnet de que no constitucionalismo autoritário as eleições seriam razoavelmente livres e justas.

Outra característica do processo eleitoral de Singapura são os requisitos para candidatura, quais sejam, ser cidadão de, e residente em, Singapura, maior de 21 anos e ser capaz de demonstrar aptidão para participar dos procedimentos parlamentares. Ainda, são desqualificados os insanos, os falidos e os condenados por crime a penas de prisão a partir de um ano ou multa que supere S\$ 2.000,00 (dois mil dólares de Singapura).¹⁰ Apesar do fato de que as desqualificações possuem, por si só, uma conotação antidemocrática, por vincularem a capacidade econômica do cidadão à sua capacidade de exercer um cargo eleitoral, a situação torna-se ainda pior com as leis de sedição e as leis de responsabilidade civil por atos difamatórios.

Em Singapura, ainda existem as chamadas leis de sedição, uma herança trazida do período de dominação britânica, que criminalizam críticas políticas ao governo, ao argumento de que poderiam levar a desordem social. O art. 4º da *Singapore Sedition Act* fixa pena máxima de S\$ 5.000,00 (cinco mil dólares de Singapura) ou até três anos de prisão – cinco, em

¹⁰ Constituição de Singapura:

“Art. 45. – (1) Subject to this Article, a person shall not be qualified to be a Member of Parliament who – (a) is and has been found or declared to be of unsound mind; (b) is an undischarged bankrupt; (c) holds an office of profit; (d) having been nominated for election to Parliament or the office of President or having acted as election agent to a person so nominated, has failed to lodge any return of election expenses required by law within the time and in the manner so required; (e) has been convicted of an offence by a court of law in Singapore or Malaysia and sentenced to imprisonment for a term of not less than one year or to a fine of not less than \$2,000 and has not received a free pardon: Provided that where the conviction is by a court of law in Malaysia, the person shall not be so disqualified unless the offence is also one which, had it been committed in Singapore, would have been punishable by a court of law in Singapore; (f) has voluntarily acquired the citizenship of, or exercised rights of citizenship in, a foreign country or has made a declaration of allegiance to a foreign country; or (g) is disqualified under any law relating to offences in connection with elections to Parliament or the office of President by reason of having been convicted of such an offence or having in proceedings relating to such an election been proved guilty of an act constituting such an offence.”

caso de reincidência – para aqueles que realizem, tentem ou conspirarem para realização de atos de sedição, profiram palavras de sedição e para os que imprimem, publiquem, vendem, distribuem, reproduzem ou importem qualquer publicação que promova a sedição.¹¹ Assim, o governo é capaz de afastar do pleito eleitoral qualquer adversário político, pois um condenado pela lei de sedição seria considerado inelegível.

Contudo, como aponta Mark Tushnet (2015, p. 401-402), a lei de sedição nem mesmo é necessária para garantir a dominação política em Singapura. As leis de responsabilidade civil em virtude de atos considerados difamatórios são utilizadas com frequência por membros do governo para garantir altíssimas condenações de adversários políticos que profere discursos críticos, levando-os à falência, que é mais uma das causas de inelegibilidade.

Vale ressaltar que o Poder Judiciário também acaba sendo cooptado pelo governo, inclusive por meio de programas recrutamento de jovens talentos, que fazem com que os mais brilhantes membros da sociedade sejam formados pelo governo, garantindo a eles posições de destaque na estrutura estatal e governamental, incluindo o judiciário. Fica claro que, por mais que se aparentem legítimas, as eleições em Singapura podem ser facilmente manipuladas a fim de garantir a presença no pleito eleitoral somente daqueles que o PAP permitir, diminuindo consideravelmente o dissenso e a competitividade eleitoral.

Além do que foi dito, Kevin Tan registra que o domínio do PAP no parlamento é tão severo que, desde a independência do país, em 1965, apenas 4 projetos foram apresentados por membros que não compunham GRC's controlados pelo PAP. O primeiro, que na verdade foi era um projeto do próprio governo, mas foi apresentado por um parlamentar individual (SMC) por tratar de religião, foi o *Roman Catholic Archbishop of Singapore Bill* (1974), que criava a figura do Arcebispo em razão de uma divisão ocorrida na Arquidiocese de Singapura. O segundo, em 1994, foi o *Maintenance of*

¹¹ *Singapore Sedition Act*. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/Act/SA1948?ProvlDs=pr4-#pr4->>. Acesso em: 29 de abril de 2018.

Parents Bill, que tratou da assistência que os filhos deveriam promover aos pais quando estes estivessem em idade avançada. O terceiro foi o *Family Violence Bill* que, sem a aprovação do governo, foi derrotado. A propósito, o autor aduz que sem o apoio do governo, os projetos estão fadados ao insucesso. A quarta e última proposta apresentada foi o *Prevention of Human Trafficking Bill*, que recebeu a permissão do Ministério de Política Interna (*Ministry of Home Affairs*) e, à época de elaboração do livro de Tan, ainda estava tramitando, sendo aprovado em 2015.

Gordon Silverstein (2008) relata, também, que a ação do governo de Singapura revestiu-se de uma aura de constitucionalidade, mas objetivou o incremento do controle sobre as instituições estatais e, por consequência, do próprio povo, quando o Judiciário daquele país aplicou pela primeira vez a doutrina do controle de constitucionalidade. A partir da previsão constitucional de que nenhuma pessoa pode ser privada de sua vida ou liberdade pessoal, salvo de acordo com a lei (art. 9, parte IV, da Constituição de Singapura), o governo sofreu um revés em uma ação que tratava de segurança interna, tendo a Corte de Apelação de Singapura afirmado que o controle de constitucionalidade deveria ser aplicado sempre que o exercício do poder tenha sido irracional ou arbitrário. A partir daí, o judiciário de Singapura passou a aplicar o controle de constitucionalidade em diversos outros casos, no modelo da *common law*. Todavia, diante da possibilidade de ver suas políticas anuladas pelo Judiciário, o governo aprovou uma emenda constitucional proibindo que esse tipo de controle pudesse ser realizado. Desde então, sempre que o Judiciário adotou uma postura mais agressiva com vistas a garantir direitos contrários aos interesses do governo foram respondidos com o uso de emendas constitucionais (SILVERSTEIN, 2008, p. 81).

Outro exemplo de autoritarismo é o fato de que, conquanto sejam estáveis os juízes da Suprema Corte de Singapura, a Constituição do país prevê a possibilidade de nomeação temporária de juízes para as cortes superiores, de acordo com a discricionariedade do Presidente, ouvido o Primeiro Ministro (SILVERSTEIN, 2008, p. 84).

A propósito, Silverstein aponta que Singapura compromete-se estritamente com os critérios formais de estado de direito, nos moldes elaborados por Lon Fuller na obra *The Morality of Law* (1969). Para Fuller, a moralidade que torna possível o direito exige que todas as regras sejam genéricas, públicas, não retroativas, claras e inteligíveis, não contraditórias, possíveis de serem cumpridas, permanentes e congruentes entre si e a administração do próprio sistema jurídico. Apesar de ser esta uma das razões para a pujança econômica do país (SILVERSTEIN, 2008, p. 82), como será visto adiante, tal compromisso não reflete uma adoção real do que se espera do ideal do estado de direito.

Outra indicação do controle rígido realizado pelo governo de Singapura é a existência do chamado *Speaker's Corner*. Em síntese, é a única área do país, localizada no Hong Lim Park, onde são autorizadas manifestações políticas de modo irrestrito, desde que, nos termos do *Public Entertainments (Speakers' Corner) (Exemption) Order*¹² de 2000, a pessoa que realize a manifestação seja previamente registrada com a designação da data em que ocorrerá, que respeite o horário definido na legislação, que não haja qualquer manifestação de crença religiosa ou que possa causar sentimentos de inimizade, ódio ou hostilidade entre grupos raciais ou religiosos de Singapura, que ocorra em qualquer das línguas oficiais do país e sem o uso de qualquer tipo de amplificação de som.

Apenas com esses poucos exemplos de controle do governo e do parlamento pelo PAP, mediante o uso de mecanismos legais de cooptação de membros, limitação da oposição e ameaças de punições severas aos críticos do governo, fica claro que o constitucionalismo de Singapura não pode ser considerado democrático e seu respeito ao estado de direito é manifesta e puramente formal. Assim, faz-se necessário analisar o conceito de constitucionalismo a fim de avaliar se tais práticas podem ser consideradas como parte do mesmo, ainda que ele venha qualificado como abusivo ou autoritário como pretendem os autores.

¹² Disponível em: < <https://sso.agc.gov.sg/SL-Supp/S364-2000/Published/20020131?DocDate=20000810> >. Acesso em: 2 de setembro de 2018.

4. O conceito clássico de constitucionalismo e suas características essenciais

Como defende Jeremy Waldron (2016, p. 23), o termo constitucionalismo significa várias coisas. Para ele, o uso universal do conceito acaba por ter um efeito potencialmente deletério, na medida em que ele pode se tornar um “dogma morto” ou um “slogan vazio”, sem qualquer conteúdo teórico, como quando se usa a expressão para designar o estudo sistemático de um dado sistema ou doutrina constitucional. Ao definir o que seria constitucionalismo como teoria, Waldron afirma que integram o conceito as ideias de que a constituição é algo importante para uma sociedade, que ela não é meramente decorativa e que sua importância justifica sacrifícios em seu favor (WALDRON, 2016, p. 25).

Para o autor, se adotada aquela versão fraca, que praticamente confunde constitucionalismo com a adoção de uma constituição tendente a estruturar e limitar a forma como os poderes constituídos são exercidos em diferentes sistemas, até mesmo uma ditadura poderia ser reconhecida como possuidora de uma constituição.¹³

Na verdade, o conceito mais difundido de constitucionalismo é o que o trata como uma teoria da importância do controle, limitação e contenção¹⁴ do poder estatal em um sentido substantivo (WALDRON, 2016, p. 30), pois o entendimento geral é o de que a concentração de poder no Estado acaba por conduzir a abusos. Contudo, apesar de o controle dos governos ser uma característica central do constitucionalismo, isso não é significa que ele seja uma teoria sobre o controle.

¹³ Como será visto adiante, Ronald Dworkin (1995) conceitua constitucionalismo de forma parecida com a que Waldron apresenta nesse ponto. Sem embargo, ao afirmar que o constitucionalismo seria um “sistema que estabelece direitos jurídicos individuais que a legislatura dominante não possui o poder de sobrepor ou comprometer” (1995, p. 1), Dworkin, notadamente por possuir uma visão substancialista do conceito, parece não admitir a possibilidade de que uma ditadura esteja em conformidade com a ideologia constitucionalista.

¹⁴ Waldron aponta que os termos controle, contenção e limitação do governo não são sinônimos. Controle diz respeito à determinação de quais os objetivos e caminhos a serem seguidos; contenção, por sua vez, é uma ideia negativa, no sentido de impedir que o governo realize certas ações, com vistas a evitar abusos já identificados e, em geral, a contenção toma a forma de direitos; limitação, por fim, guarda relação com o fato de que a maioria das aspirações dos governos é, por si, ilegítima, e, por isso, sua atuação deve ser limitada (2016, p. 30-32).

O ponto mais importante, e que, por vezes, é negligenciado pelos constitucionalistas, seria o fato de que, como aponta Waldron, as constituições conferem poderes, criando instituições dotadas de autoridade pública capazes de permitir às pessoas cooperar e coordenar ações a fim de alcançar propósitos que não seriam possíveis individualmente (WALDRON, 2016, p. 34), tais como legislaturas, cortes, organizações armadas etc. Para ele, há uma tendência entre os constitucionalistas que percebe instrumentos constitucionais como a separação de poderes tripartite como uma mera forma de diluição do poder, pois tudo é visto pelas lentes da limitação. Entender a constituição como uma estrutura capaz de facilitar a formação política da sociedade deve ser considerado como de primária importância.

Waldron também analisa a relação entre democracia e constitucionalismo para sustentar que, em geral, os constitucionalistas somente se preocupam com a tirania da maioria, e não com a tirania em geral, tratando a democracia quase como uma inimiga, salvo, talvez, quando se fala soberania popular.¹⁵ Sem pretender exagerar os problemas da democracia para o constitucionalismo ou os problemas do constitucionalismo para a democracia, Waldron pretende uma conexão maior entre os conceitos, a partir de uma redefinição do termo democracia, no sentido proposto por Ronald Dworkin, que exige que os membros de uma comunidade política democrática sejam tratados com igual respeito e consideração, não se podendo reconhecer democracia em um regime que esteja submetido a maiorias temporárias em matérias relacionadas a direitos fundamentais.

O constitucionalismo como ideologia poderia ser considerado como um antagonista da democracia, na medida em que a própria ideia de limitação dos poderes conferidos pelo próprio povo aparenta uma contradição. Todavia, Dworkin sustenta que o suposto conflito é “ilusório, porque é baseado em um entendimento impreciso do que a democracia é” (1995, p. 2). Para ele, o mero majoritarianismo não pode ser reconhecido como democracia, pois

¹⁵ Waldron entende que, conquanto a soberania popular e a democracia compartilhem elementos comuns óbvios, é possível que da soberania popular emerga um governo não-democrático ou que seja adotada uma constituição não-democrática ou fortemente comprometida democraticamente (2016, p. 39).

esta depende de uma regra legítima da maioria, uma vez que uma maioria poderia destruir a democracia ao impedir a concessão de direitos à minoria, como, e principalmente, o direito à liberdade de expressão.

Em sua visão, a democracia possuiria duas concepções diferentes. A *concepção estatística* aponta que as decisões políticas em uma democracia são realizadas de acordo com a maioria ou uma pluralidade dos votos, decisões ou desejos dos cidadãos individuais. A *concepção comunal*, por sua vez, aduz que, em uma democracia, as decisões políticas são tomadas por uma entidade, o povo, em lugar de um conjunto de indivíduos assim considerados. Sem adotar, no presente trabalho, todo o raciocínio empregado por Dworkin a respeito do positivismo jurídico e da forma de ceticismo moral denominada por ele como arquimediana, na concepção comunal, uma comunidade política somente poderá significar uma comunidade moral se todas as pessoas forem reconhecidas como iguais e receberem oportunidades de exercer um papel que possa fazer a diferença nas decisões políticas da sociedade; se as decisões coletivas refletirem preocupação pelos interesses de todos os membros; e se os seus membros forem agentes morais.

Desse modo, ainda que se possa reconhecer no constitucionalismo um problema para as liberdades positivas, isso somente se daria na concepção estatística, que, claramente, se preocupa muito mais com a forma da constituição do que com sua própria substância. Assim, a lição de Dworkin é valiosa no sentido de reconhecer que o constitucionalismo é essencial – ou uma pré-condição – para o próprio desenvolvimento de uma comunidade democrática e a liberdade comunal somente é possível por meio do constitucionalismo.

Seja como for, mesmo que não se compartilhe do pensamento de Dworkin acima apresentado, não se pode negar que ambos os conceitos – constitucionalismo e democracia – possuem elementos inextrincavelmente conectados, sendo perfeitamente possível se afirmar que, no mínimo, a prática do constitucionalismo, ou seja, a aplicação de limites aos governantes deve visar, seja como um objetivo ideal, seja por meio de práticas reais, o incremento ou a proteção da democracia.

Outro elemento que se pode chamar essencial ao conceito de constitucionalismo é o respeito ao estado de direito. Como visto anteriormente, o compromisso dos países indicados como exemplos de constitucionalismo autoritário ou abusivo com o respeito à legalidade (juridicidade) formal é reconhecido. Todavia, há que se perquirir se, de fato, isso seria suficiente para considerar aquelas práticas como exemplos de constitucionalismo. Para isso, o conceito de estado de direito será melhor analisado a seguir.

O estado de direito é um conceito bastante disputado. Brian Tamanaha (2007, p. 3) apresenta uma conceituação que difere entre o *estado de direito formal* e o *estado de direito substantivo*. Para ele, o conceito formal sustenta, tão somente, que o estado de direito exige que os oficiais do governo e os cidadãos atuem de acordo com o direito posto. Por sua vez, o conceito substantivo sustenta que incluem no ideal de estado de direito a proteção aos direitos fundamentais, a democracia e critérios de justiça ou correção. Já Jeremy Waldron (2008) aponta que o estado de direito é um ideal multifacetado. Apesar de concordar que muitas das concepções existentes colocam ênfase na certeza, na previsibilidade e na determinação que as normas devem possuir, a fim de garantir a administração da sociedade, o que seria conhecido como o conceito formal, Waldron propõe um *conceito procedimental de estado de direito*.

Antes de discorrer sobre o estado de direito como um conceito procedimental, vale o registro de que não é o escopo do presente trabalho o engajamento na discussão teórica relativa à dicotomia formal e substantiva – ou, ainda, procedimental –, notadamente a disputa sobre a necessidade de se reconhecer o estado de direito como estado do bom direito, mas, tão somente, indicar um conceito razoavelmente suficiente de estado de direito, a fim de demonstrar sua compatibilidade e conexão necessária com o constitucionalismo.¹⁶

Com efeito, o conceito procedimental de estado de direito requer não só a aplicação do direito posto, mas, também, cuidado e atenção à equidade

¹⁶ Nem se pretender aqui, por delimitações de caráter metodológico, assumir uma crítica hermenêutica a respeito da superação da oposição entre formal e substancial, não obstante reconhecamos sua importância.

(*fairness*), por meio da observância dos ideais do juízo natural (*natural justice*) e devido processo legal substantivo (WALDRON, 2008, p. 7-8). Nessa visão, o estado de direito será violado quando as instituições responsáveis pela incorporação dos ideais mencionados são enfraquecidas. Além disso, somente por meio desse viés procedimental do estado de direito é que se pode permitir que os cidadãos possam agir contra aqueles que detêm o poder e alcançar a real envergadura do conceito de estado de direito:

If it were up to me, I would bring the two concepts together—the concept of law and the concept of legality or the Rule of Law. I would suggest that the concept of law should be understood along Fullerian lines to embrace the fundamental elements of legality; but I would only argue this if the latter were understood to give pride of place to procedural and institutional elements. You may be relieved to hear that that is not the task of the present paper however; I have attempted this elsewhere and so have one or two others. But it is not the received position. According to Joseph Raz and others you cannot understand what the Rule of Law is unless you already and independently understand what law is, and the characteristic evil law is likely to give rise to. I mention this further conceptual debate in order to register the points that the absence of a proper emphasis on procedural aspects on either side—in the academic account of the concept of law and in the academic account of the Rule of Law—may have a common source and may have something to do with our inability to see the connection between the two ideas (WALDRON, 2010, p. 8).

Muito haveria ainda a se falar sobre a visão procedimental de Waldron, que acaba por representar um meio termo entre a concepção puramente formal, decorrente dos princípios de moralidade de Lon Fuller e adotado por diversos autores, e a concepção substantiva que exige do estado de direito um compromisso necessário com a democracia e a justiça, o que poderia levar à desnecessidade conceitual do próprio ideal. De toda forma, para os fins ora almejados, a ideia de que o enfraquecimento das instituições capazes de implementar as garantias necessárias para que o cidadão possa fazer valer seus direitos materiais causa severos danos ao estado de direito é o suficiente para indicar que, em circunstâncias como

as dos países apontados por Landau e Tushnet, o estado de direito não é respeitado e, por consequência, não se poderia reconhecer naquelas práticas o constitucionalismo.

5. A impossibilidade conceitual dos constitucionalismos abusivo e autoritário

Como aponta Roberto Niembro, o autoritarismo possui certas características que se contrapõem diretamente ao ideal de constitucionalismo acima descrito:

Authoritarianism refers to regimes in which some or all of the following characteristics are present: (a) there is limited pluralism in contrast to unlimited pluralism, (b) there is no extensive nor intensive political mobilization, (c) political power is not legally and/or de facto accountable to citizens even though it can be quite responsive to them, (d) power is exercised within formally ill-defined limits but actually predictable ones, (e) the positions of officials depend in part on the support of a leader or a ruling group instead of the support of citizens, (f) there is an official or a single or privileged party, and (g) ruling elites lack an elaborate or guiding ideology (NIEMBRO, 2017, p. 2).

Além disso, Ozan Varol (2015) defende que, se colocados em uma linha contínua, autoritarismo e democracia estariam localizados em cada um de seus polos. Para o autor, o autoritarismo é caracterizado pelo reduzido ou completamente inexistente grau de pluralismo político, corrupção excessiva, dificuldade de retirada do partido dominante do parlamento e o fato de que a competição eleitoral multipartidária pode ser real, porém injusta, à medida que o grupo dominante cria ferramentas para o controle do poder político.

Fica claro que todos esses elementos estão presentes nos exemplos apontados por Tushnet e Landau, o que faz daqueles países exemplos de sociedades regidas por governos autoritários e que, ainda que se possa reconhecer uma classificação do autoritarismo em graus ao longo de um espectro em que, de um lado, estaria um regime totalmente autoritário e,

de outro, um regime levemente autoritário, minimizam as capacidades dos cidadãos de lutar contra o sistema implementado.

Em recente análise, Elkins, Ginsburg e Melton (2014) demonstram que regimes como o da antiga União Soviética e o da atual Coreia do Norte, possuem garantias aos direitos de liberdade de expressão, assembleia e associação, e nem por isso alguém poderia reconhecer que a mera forma constitucional seja suficiente para considerar que aqueles países sejam exemplos de constitucionalismo autoritário, em vez de puramente autoritários. Fica claro, para eles, que, no papel, qualquer ditadura se assemelha a uma democracia.

Outro ponto de vista importante foi traçado por González-Jácome, segundo o qual as construções de Tushnet e Landau, especialmente deste último, acabam reduzindo as complexidades da política doméstica dos países descritos:

Abusive constitutionalism and authoritarian constitutionalism are over-arching categories, which reduce the complexities of domestic political conflicts and portray some countries' constitutional arrangements as spurious versions of the proper liberal democratic notions of constitutionalism. The risk of using the notion "abusive constitutionalism" to describe a regime is to overlook that, in their own contexts, some of the constitutional changes that scholars criticize have also shaken the playing field in favor of those traditionally excluded. Using the label of "abusive constitutionalism" expresses the alleged failure of constitutionalism in a political system where its widespread reform might not only criticize authoritarianism, but also put at risk the achievements of social inclusion achieved by autocrats (GONZÁLEZ-JÁCOME, 2017, p. 453).

Conquanto essa seja uma crítica interessante e realmente valiosa, no sentido de que o uso da expressão pode causar danos severos às tentativas de incremento da sociedade realizadas naqueles países, há que se ressaltar que ela contém um altíssimo grau de condescendência em relação aos regimes apontados, pois, ainda que se possa reconhecer a ocorrência de considerável avanço social, não se pode admitir que as regras constitucionais possam ser alteradas de acordo com as vontades e caprichos dos governantes sob o simples argumento de que o Norte Global busca impor

uma visão própria de constitucionalismo liberal. Tal espécie de raciocínio deveria, se fosse o caso, trazer consigo uma proposta de reconhecimento de um constitucionalismo latino-americano, com elementos diversos do constitucionalismo liberal tradicional, sob pena de revelar uma defesa meramente política dos fins pretendidos com as alterações constitucionais desenvolvidas naqueles países.

Nem mesmo a construção de Isiksel seria suficiente para sustentar conceitualmente o “constitucionalismo autoritário”, pois ele mesmo afirma, por meio do exemplo da Turquia, que o “constitucionalismo autoritário” se materializa na forma de uma aderência total à constituição formal para submeter as liberdades civis à opressão dos governantes (2013, p. 710), o que acabaria por exigir do conceito em questão a vinculação a um tipo de ideal de estado de direito tão formalista que perderia até mesmo sua razão de existir.

Conquanto existam vozes que entendem valiosa a proposta de Tushnet – e, por consequência, a de Landau –, do cotejo dos conceitos de “constitucionalismo autoritário” e “constitucionalismo abusivo” com a ideia de constitucionalismo tradicionalmente reconhecida, fica claro que o constitucionalismo como uma ideologia voltada para o controle e a limitação das ações governamentais depende, necessariamente, do reconhecimento de que naquele conceito estariam integrados os de democracia e de estado de direito – ou, caso aceita a visão de Isiksel mencionada anteriormente, somente o ideal do estado de direito –, pois a lesão a qualquer um desses elementos retira qualquer possibilidade de controle do governo.

Aliás, as propostas de constitucionalismo autoritário ou abusivo não seriam suficientes mesmo se adotada uma proposta metodológica que valorizasse exclusivamente a análise descritiva do conteúdo da prática, uma vez que até mesmo sob uma pretensão essencialista, uma prática social que não envolva o reconhecimento de salvaguardas jurídicas e democráticas contra o abuso governamental não poderia ser considerada constitucionalismo.

6. Outras propostas conceituais: “autoritarismo furtivo” e “autoritarismo constitucional”

A maior contribuição de Tushnet e Landau na tentativa de cunhar novos conceitos de constitucionalismo é a demonstração de que há um acréscimo considerável de regimes que se utilizam de mecanismos constitucionais para promover alterações que levam à implementação de estados cada vez mais autoritários e sem que haja necessidade de romper com a ordem constitucional, o que atrairia os olhares da comunidade internacional e a possibilidade de sanções. Contudo, como visto, há problemas severos na conceituação proposta, por romper com o entendimento tradicional sobre o que é o constitucionalismo.

Reconhecendo esse problema conceitual, dois autores elaboraram propostas similares, mas, ao mesmo tempo, capazes de manter as bases do conceito de constitucionalismo. A primeira delas, cunhada por Ozan Varol, é a ideia de “autoritarismo furtivo” (*stealth authoritarianism*); a segunda, o “autoritarismo constitucional” de Konrad Lachmayer.

Em caminho similar ao de Tushnet e de Landau, Varol identifica o recente crescimento de regimes híbridos e o incremento do autoritarismo em sociedades tidas como liberais. Para ele, o constitucionalismo furtivo cria uma distorção entre a aparência e a realidade, mediante o uso de mecanismos legais existentes para fins antidemocráticos, como a erosão da alternância partidária:

Through the practices described below, stealth authoritarianism erodes mechanisms of accountability, weakens horizontal and vertical checks and balances, allows the incumbents to consolidate power, exacerbates the principal-agent problem by curtailing the public’s ability to monitor and sanction government policies, and paves the way for the creation of a dominant or one-party state where the electoral field is uneven and the incumbent enjoys systematic advantages. These practices make it significantly more difficult to dethrone the incumbents and undermine a core component of democracy: free, fair, and contested elections and the resulting turnover in government control. In other words, as a result of stealth authoritarian practices, partisan alternation might

not occur even in the face of changing political preferences by the electorate (VAROL, 2015, p. 1.684).

Nessa visão, três seriam os principais mecanismos de consolidação do poder autoritário: o controle de constitucionalidade, leis de difamação e as leis eleitorais. Apoiando-se nas doutrinas de Tom Ginsburg e Ran Hirshl, Varol sustenta que o controle de constitucionalidade pode ser servir como uma forma de proteção realizada pelo grupo dominante durante o processo de elaboração de uma constituição contra alterações posteriores de seus adversários e, também, como um meio de manutenção do controle administrativo do estado, em razão da aparência de legitimidade conferida pelas decisões das cortes constitucionais, o que ainda confere suporte às credenciais democráticas do país perante a comunidade internacional. Uma das mais importantes características apontadas por Varol é a possibilidade de o Judiciário servir como uma blindagem dos que estão no poder em relação a diversas questões públicas controversas que acabam sendo a ele submetidas.

Quanto às leis de responsabilização por atos considerados difamatórios, Varol sustenta que elas acabam se tornando poderosas ferramentas contra o controle dos líderes políticos do grupo controlador. Com o mau uso dessas leis, a crítica ao governo e aos oficiais do estado tornam-se bastante onerosas, inibindo os observadores de manifestarem suas opiniões contrárias ao regime. Como visto anteriormente, no caso de Singapura, as leis contra difamação podem levar à falência em razão dos altos valores arbitrados a título de indenização, e a falência é uma causa de inelegibilidade, o que mostra a força de tais mecanismos para a perpetuação de um único grupo ou governante no poder.

Por fim, a mais forte ferramenta de autoritarismo furtivo é a legislação eleitoral, pois, por meio da regulamentação do registro de eleitores, por exemplo, podem ser estabelecidas regras de modo a afastar certas parcelas da população do processo eleitoral. Do mesmo modo, podem ser fixadas barreiras que impedem a entrada de novos partidos ou candidatos,

protegendo os que dominam o poder público contra novas forças políticas de oposição.

Sendo certo que os mecanismos tratados por Varol em muito se assemelham com aqueles identificados por Tushnet e Landau, resta clara a desnecessidade de recriação do conceito de constitucionalismo para englobar práticas que fogem completamente ao seu escopo e mais se assemelham do clássico autoritarismo que acaba se apoderando dos instrumentos constitucionais para garantir uma aparência de estabilidade democrática de suas instituições a fim de não sofrer as consequências internas e externas decorrentes da adoção de uma postura explicitamente autoritária.

Diferentemente de Varol, que elaborou autonomamente seu conceito de “autoritarismo furtivo”, Konrad Lachmayer (2017) responde diretamente à conceituação de Tushnet e propõe uma forma alternativa de se entender o fenômeno. Para ele, o uso da expressão “autoritarismo constitucional” seria uma forma melhor de explicar o conceito, sem a necessidade da remodelação da ideia de constitucionalismo. O “autoritarismo constitucional” seria uma categoria conceitual do autoritarismo que se utiliza do direito constitucional para conferir estabilidade às distorções políticas realizadas por um regime autoritário. Aliás, como bem revela Lachmayer, todos os elementos apontados como mecanismos do constitucionalismo autoritário estão, na verdade, incluídos no conceito de autoritarismo.

7. Conclusões

As propostas elaboradas por Mark Tushnet, de “constitucionalismo autoritário”, e de David Landau, de “constitucionalismo abusivo”, utilizam-se do conceito tradicional de constitucionalismo para defender subcategorias que possam explicar fenômenos político-jurídicos em curso desde o final da Guerra Fria, notadamente em países que tradicionalmente não são reconhecidos como exemplos de democracias constitucionais liberais.

Todavia, como visto, o próprio conceito de constitucionalismo é carregado de ideais necessários que acabam por integrá-lo, como a

democracia e o estado de direito, sem os quais a própria noção de constitucionalismo como uma forma de controle do poder político se perde. Assim, a distorção do conceito passa a ser tamanha que nem mesmo se poderia, naqueles casos concretos apresentados pelos autores, em especial o de Singapura, reconhecer uma prática de constitucionalismo, mas, sim, puro autoritarismo escondido por detrás de uma fachada de legalidade.

Análises como a de Varol e Lachmayer, além de respeitar o conceito de constitucionalismo, são capazes de identificar mais facilmente exemplos de autoritarismo em regimes democráticos ou quase-democráticos, sendo uma ferramenta conceitual muito mais valiosa para o estudo do Direito Constitucional Comparado.

8. Referências

- DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, 1995, p. 2-11.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. The Content of Authoritarian Constitutions. In: GINSBURG, Tom; SIMPSON, Alberto (eds). *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- FULLER, Lon. *The Morality of Law*. London: Yale University Press, 1969.
- GONZÁLEZ-JÁCOME, Jorge. *On Abusive Constitutionalism: Two Critical Impulses*, 2015. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2015/06/on-abusive-constitutionalism-two-critical-impulses/>>. Acesso em: 30 de abril de 2018.
- GONZÁLEZ-JÁCOME, Jorge. From abusive constitutionalism to a multilayered understanding of constitutionalism: Lessons from Latin America. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, 2017, p. 447-468.
- ISIKSEL, Turkuler. Between text and context: Turkey's tradition of authoritarian constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 702-726, 2013.

LACHMAYER. *Constitutional authoritarianism, not authoritarian constitutionalism*. 2016. Disponível em: <<https://voelkerrechtsblog.org/constitutional-authoritarianism-not-authoritarian-constitutionalism/>>. Acesso em: 30 de abril de 2018.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, 2013, p. 189-260.

NIEMBRO, Roberto. *Conceptualizing authoritarian constitutionalism: a latin american view*. 2017. Disponível em: <<https://voelkerrechtsblog.org/conceptualizing-authoritarian-constitutionalism/>>. Acesso em: 30 de abril de 2018.

ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. New York: Oxford University Press, 2017.

SILVERSTEIN, Gordon. Singapore: the exception that proves rules matter. In: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (eds.). *Rule by Law: the politics of courts in authoritarian regimes*. Cambridge: Cambridge University Press: 2008.

TAMANAH, Brian. A Concise Guide to the Rule of Law. *Legal Studies Research Paper Series*. Set. 2007.

TAN, Kevin YL. *The Constitution of Singapore: a contextual analysis*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2015.

TEITEL, Ruti. Militating Democracy: comparative constitutional perspectives. *Michigan Journal of International Law*, v. 49, n. 29, 2008, p. 49-70.

TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. *Cornell Law Review*, v. 100, p. 391-462, 2015.

VAROL, Ozan O. Stealth authoritarianism. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 4, p. 1673-1742, 2015.

WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. *Georgia Law Review*, v. 43, n. 1, p. 1-61, 2008.

WALDRON, Jeremy. *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1688491>>. Acesso em: 30 de abril de 2018.

WALDRON, Jeremy. *Political political theory: essays on institutions*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

Capítulo XI

A jurisdição na comunicação política eleitoral no Brasil e no México: a assunção do protagonismo judicial na limitação da propaganda eleitoral

*Felipe Gallo da Franca*¹

1. Introdução

As estruturas de governança eleitoral na América Latina tendem a ser semelhantes no que tange ao direcionamento de seus órgãos julgadores. Devido ao crescente número de fraudes que ocorrem durante os pleitos, as instituições passaram a ser desenhadas com maior rigor regulatório, impedindo que atores políticos possuam maior liberdade na realização de atos eleitorais. Tende-se a evitar o risco do “transbordamento”, pelo qual as atitudes realizadas fora do escopo normativo podem ser interpretadas como irregulares ou ilícitas.

Outra justificativa utilizada para restringir espaços de liberdade na seara eleitoral, encontra-se ancorada no princípio da igualdade de oportunidades. O poder político e econômico nos países latino americanos tende a se concentrar em poucos grupos que se utilizam desses recursos para a manutenção de determinadas estruturas de poder. No caso brasileiro e no mexicano, foram constituídos institutos que visam coibir o abuso do poder político e econômico, seja através da instituição de sanções, da limitação

¹ Mestrando no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, vinculado à linha de pesquisa Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

ao acesso de determinados espaços de comunicação ou do próprio impedimento de que determinados atores políticos possam se eleger.

Ocorre que, diante dessas duas premissas, (1) busca pela igualdade de oportunidades e, (2) impedimento a ocorrência de fraudes eleitorais, alguns autores apontam que a legislação esparsa eleitoral e seus desdobramentos normativos vêm dando novos contornos constitucionais à comunicação política dos países latino-americanos. Devido às peculiaridades do cenário, a doutrina estadunidense da liberdade de expressão, pela qual qualquer ato de restrição ao discurso deve ser interpretado como um impedimento excepcional (PEREIRA, 2015, p. 18), parece não ecoar nos sistemas de controle eleitoral desses países.

Apontamos que esse novo marco regulatório resta evidente em alterações legislativas e normativas no Brasil e no México. Ambos apresentaram reformas recentes que priorizaram a igualdade de condições dos participantes dos pleitos e visaram reduzir a potencial influência causada pelo poder econômico, político e dos meios de comunicação. Contudo, o escopo do nosso trabalho é perquirir a interpretação que os tribunais eleitorais vêm dando ao tolhimento da liberdade de expressão na seara eleitoral através de alterações legislativas. Nossa hipótese inicial é a de que, assim como no caso brasileiro, os juízes eleitorais mexicanos compreendem que o modelo de comunicação política estadunidense, se adotado em sua plenitude, pode trazer efeitos deletérios à competição eleitoral, devido ao contexto político no qual se encontram. Dessa forma, o entendimento majoritário é o de que a liberdade de expressão é passível de limitações na seara eleitoral, desde que permitam o correto exercício da comunicação política. Contudo, quais os limites e como exercer esse controle não são temas pacíficos nas cortes/tribunais. Nossa segunda hipótese, portanto, é: ainda que os juízes tenham reconhecido a importância de limitar a comunicação política durante as eleições, não existe um critério bem delineado de como exercer essa baliza.

2. Premissas metodológicas

O método de comparação entre duas realidades institucionais distintas pode levar a conclusões precipitadas ou fragilmente estabelecidas, por isso é importante traçar algumas premissas para encontrarmos as perguntas que pretendemos responder (HIRSCHL, 2014, p. 231-232). Conforme apresentamos, o intento desse trabalho é realizar um estudo comparativo entre a hermenêutica eleitoral-constitucional realizada pelos tribunais eleitorais do Brasil e do México, com a intenção de verificar quais os contornos os juízes vêm dando para a limitação da comunicação política. A intenção é compreender as decisões tomadas por magistrados em situações jurídicas correlatas, mas cujos resultados podem nos auxiliar em uma auto-compreensão e auto-avaliação (HIRSCHL, 2014, p. 236) dos paradigmas decisórios firmados em nosso sistema (SAUNDERS, 2016, p. 37).

Já aduzimos preliminarmente a escolha na comparação entre dois países da América Latina. Os sistemas de governança eleitoral de países latinos tendem a ser direcionados para uma maior regulação das atividades eleitorais, através da instituição de um órgão independente das esferas de governo (EISENSTADT, 2002, p. 48). Devido ao passado semelhante de colonialismo e de estruturas autoritárias, os órgãos de controle eleitoral possuem uma significativa desconfiança com os agentes políticos e são moldados para restringir o espectro de atuação destes (REYES, GUEVARA, 2017, p. 224). Nesse cenário, os meios de comunicação são regulados durante as eleições; os órgãos de controle são mais rigorosos na prestação de contas dos partidos e políticos que participam do pleito; são impulsionados instrumentos tecnológicos para garantir a lisura do voto do eleitor; entre outros mecanismos.

Para tanto, aduzimos o conceito trabalhado por Mozzafar e Schedler (2002, p. 7), pelo qual a governança eleitoral se constitui como a distribuição de funções de controle, gestão e organização das eleições entre todos os participantes do processo eleitoral: Estado, partidos, candidatos e eleitores. Dentre essa conceituação, trabalharemos com a divisão proposta

pelos autores que separa a governança em três funções primordiais: *rule making* (fase de elaboração legislativa das normas que regularão as eleições), *rule application* (fase de implementação e gestão das normas eleitorais) e *rule adjudication* (fase do contencioso eleitoral, pelo qual se exerce o controle dos atos praticados durante o pleito). O sistema constitucional e infraconstitucional brasileiro atribuiu à Justiça Eleitoral uma certa proeminência em todas as fases das eleições (ANDRADE NETO, 2016, p. 288). Além das funções jurisdicionais típicas de um órgão que compõe o Poder Judiciário, ela possui competências na organização das zonas eleitorais, na distribuição dos mesários, na gestão das eleições no âmbito nacional, bem como do poder normativo para expedir resoluções ou responder a consultas para perguntas em tese. Esse espectro elevado de atribuições traz um novo panorama sobre a temática do ativismo judicial ou da judicialização da política, pois as peculiaridades do exercício de cada função pela Justiça Eleitoral possuem o condão de gerar desdobramentos constitucionais únicos (ANDRADE NETO; GRESTA, 2015, p. 471).

Dessa forma, comparar o sistema de governança eleitoral do Brasil em sua inteireza com outro país da América Latina não nos parece interessante, tendo em vista que as atribuições do órgão brasileiro são tão peculiares que impedem um aprofundamento teórico mais robusto. Portanto, decidimos analisar apenas países que possuem um modelo de *rule adjudication* relativamente semelhante com o brasileiro, ou seja, aqueles países que possuem uma corte/tribunal eleitoral responsável por definir os paradigmas jurisprudenciais do direito eleitoral em âmbito nacional.

O México é um exemplo desse modelo de controle jurisdicional. Após uma reforma legislativa em 2014, as atribuições do *Tribunal Electoral del Poder Judicial* foram reformuladas, substituindo um modelo de controle regionalizado e dependente de órgãos do Poder Executivo local (TORRES, 2016, p. 26) por um duplo âmbito de controle jurisdicional: um juízo nacional para as eleições federais e outro “subnacional” para as eleições regionais (TORRES, 2016, p. 26).

Dentre as atribuições deste Tribunal, criado em 1996, encontra-se o exercício da jurisdição especializada em contendas eleitorais de âmbito nacional durante o referido período, sendo responsável pela definição de jurisprudência que balizará os entendimentos dos tribunais subnacionais para as eleições vindouras (TORRES, 2016, p. 28) e a correta adequação dos atos e resoluções expedidos pelas autoridades eleitorais aos princípios constitucionais e legais estabelecidos (REYES, GUEVARA, 2017, p. 227). A referida reforma ainda introduziu uma câmara sancionadora para os atos de abuso eventualmente cometidos pelos atores políticos, especialmente aqueles que protagonizaram irregularidades quanto ao exercício da comunicação política. Por fim, instituiu o *Código Nacional Electoral*, responsável por nacionalizar o regramento legislativo eleitoral mexicano, culminando em uma maior relevância das decisões emanadas de seus respectivos órgãos jurisdicionais (TORRES, 2016, p. 26).

Portanto, apesar de não possuir um leque de competências tão amplo como o modelo brasileiro, o México possui um órgão jurisdicional que exerce uma função sancionadora para atos praticados durante as eleições.

Os pleitos recentes do país apresentaram ao legislador a incumbência de reformular o seu modelo eleitoral regulatório. Após observar o impacto do uso desmedido dos meios de comunicação durante as eleições, o legislador ocupou-se de incrementar a regulação da propaganda eleitoral em emissoras de rádio e televisão e vedou a contratação de *spots* por entidades não partidárias. Ademais, as reformas reduziram o espaço de liberdade na comunicação entre eleitores e no material utilizado durante as campanhas. O México caminhou de um modelo liberal na regulação da comunicação para uma maior restrição da liberdade de expressão, pelo qual os tribunais se tornaram protagonistas na limitação da liberdade (REYES, GUEVARA, 2017, p. 222-223).²

² Tal conclusão, contudo, não é compartilhada por outros autores como Torres (2016, p. 35), ao aduzir que a reforma de 2014 reduziu as restrições para a propaganda eleitoral e estabeleceu um prazo para as representações eleitorais, o que reduziria o âmbito de atuação dos tribunais. As novas regulações teriam aumentado o controle democrático dos meios de comunicação. Por outro lado, Reyes e Guevara (2017, p. 224) refletem que a judicialização das contendas eleitorais de fato ocorreu. Conforme levantamento realizado, o número de processos submetidos ao *Tribunal Electoral* cresceu na razão de 126,45% entre os anos de 2015-2016 em comparação com os anos de 2009-2010. Mas,

Dentre os diversos espectros de atuação contenciosa de um órgão jurisdicional em matéria eleitoral, definimos como objeto de análise a atuação dos tribunais na regulação da comunicação política. A liberdade de expressão na seara eleitoral é objeto de diversos estudos no Brasil e no México. Durante os prélios, a comunicação política se apresenta como momento peculiar de interlocução, pelo qual se espera uma idoneidade da confrontação das ideias durante os debates públicos (MUÑOZ, 2017, p. 61).

Alguns pesquisadores sustentam que a liberdade de expressão é essencial para a experiência democrática e, por isso, a interferência na comunicação deveria ser mínima (PEREIRA, 2015, p. 18). Outros compreendem que o eleitor possui o direito de receber informações de forma equânime de todos os partícipes do pleito (ROBLES, 2016, p. 90), por isso os espaços de comunicação deveriam ser equalizados na tentativa de permitir um acesso semelhante entre os candidatos. Ou mesmo em deferência a um princípio constitucional da moralidade e legalidade (REYES, GUEVARA, 2017, p. 235), os órgãos de controle deveriam interferir com maior intensidade garantindo a lisura da comunicação política que se revestiria em um ambiente de debate propositivo entre os candidatos.

Nesse sentido, a liberdade de expressão é um tema muito sensível para o constitucionalismo, por apresentar um aspecto dual (KOATZ, 2011, p. 358). Em um âmbito particular, é capaz de servir como expressão e divulgação das plataformas políticas de cada candidatura ou como índole de desenvolvimento e participação individual dos eleitores no seio da sociedade (PIZAÑA; PARRA, 2016, p. 11).

Por outra perspectiva, é um importante mecanismo de desenvolvimento da opinião pública, que recebe uma tessitura de informações e opiniões responsáveis pelo amadurecimento do debate social (MUÑOZ, 2017, p. 62). Um fluxo livre de expressões no espaço público resultaria em

devido ao histórico político dos países latino-americanos, recheados por práticas eleitorais ilícitas e corrupção, elas devem ser interpretadas positivamente por se apresentarem como uma onda renovadora capaz de modificar as estruturas oligárquicas de poder enraizadas nessas sociedades.

um confronto de distintas visões de sociedade, essencial para um ambiente deliberativo saudável e democrático (PIZAÑA; PARRA, 2016, p. 11).

Por fim, decisões judiciais mexicanas foram selecionadas de acordo com a importância dos casos julgados para o sistema de regulação de comunicação política. Tendo em vista que o *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* foi reformulado apenas em 2014, ainda existem poucos casos para serem analisados sob essa nova configuração. Dessa forma, selecionamos dois julgados relevantes: 1) *Tesis LXX/2016 – SUP-REP 542/2015 y SUP-REP 544/2015 acumulados*, que definiu alguns limites para o exercício da comunicação política por atores políticos e cidadãos na internet; e 2) *SUP-REP -138/2016; SUP-REP - 140/2016; SUP-REP 144/2016: Jurisprudencia 46/2016*, que definiu o limite para o exercício do direito de resposta para críticas e atos que, supostamente, caluniaram um dos candidatos do pleito. Por outro lado, selecionamos julgados semelhantes no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, pelo qual poderemos comparar os fundamentos de cada decisão e perquirir se os tribunais eleitorais possuem entendimentos semelhantes no que tange à liberdade de comunicação política.

3. A comunicação política no Brasil e no México: um breve sumário legislativo

O modelo de comunicação política no Brasil é demasiadamente regulado. (NEVES FILHO, 2010, p. 29) A instituição do horário eleitoral gratuito, desde a Lei nº 4.737/1965, conhecida como Código Eleitoral, tornou exclusivo o modo como os partidos e candidatos poderiam realizar propaganda nas emissoras de televisão e rádio. Vedada a compra direta de propaganda nesses meios, a legislação regulou o tempo de distribuição de cada agremiação partidária teria direito durante as eleições. Ademais, limitou a propaganda eleitoral em termo certo e definido, sendo considerado irregular qualquer ato de comunicação política que vise a obtenção de voto fora desse período. Recentes reformas legislativas, também,

induziram a uma maior limitação de quase todos os meios possíveis de comunicação (NEVES FILHO, 2010, p. 17-18). Preocupado com o transbordamento da propaganda eleitoral em atos que configuram abusos de poder (PEREIRA, 2015, p. 3), o legislador limitou os materiais a serem utilizados; as formas de sua divulgação; o modo de divulgar conteúdo nas redes sociais e internet (PEREIRA, 2013, p. 3). Nem todas as restrições legislativas e normativas são necessariamente desarrazoadas, pois fazem parte de um modelo de comunicação política desenhado a partir de uma premissa de que somente é permitida a propaganda legalmente regulada (NEVES FILHO, 2010, p. 24).

Por outro lado, o México, a partir das reformas de 2007, 2012 e 2014 se direcionou para um modelo de maior regulação (GONZALEZ, 2016, p. 92). Após os abusos evidenciados em eleições pretéritas, as principais preocupações do legislador mexicano se deram com os efeitos “macro” do modelo de comunicação política anterior. Os pontos de restrição foram: 1) limitar as hipóteses de propaganda institucional do governo durante o período eleitoral (MANZANO, MUNGUIA, 2015, p. 58); 2) vedar a compra de *spots* televisivos por agentes que não participavam diretamente das eleições, mas permitindo a compra de propaganda por agremiações partidárias (GONZALEZ, 2016, p. 100); 3) instituir uma hipótese de abuso de poder econômico para o candidato que ultrapassasse o teto de 5% de gastos com propaganda televisiva, o que poderia ocasionar uma eventual anulação das eleições; e 4) instituir uma *sala especializada* no *Tribunal Electoral* como forma de garantir maior judicialização sancionatória aos atos de irregularidade cometidas durante a propaganda eleitoral (GONZALEZ, 2016, p. 94-95).

As inovações na seara eleitoral mexicana, porém, podem estar sujeitas a novos fluxos reformatórios, ao seguir uma tendência recente de alterar peculiaridades do sistema de controle a partir de cada nova eleição realizada (MANZANO, MUNGUIA, 2015, p. 57). Tal movimento se assemelha com a experiência brasileira que vem passando por constantes reformas na legislação eleitoral (PEREIRA, 2013, p. 3)

A legislação mexicana, ainda que apresentada como amplamente regulada por seus estudiosos, não possui o grau de minuciosidade da brasileira. Diante desse cenário, analisaremos os casos selecionados para perquirir se a interpretação dos tribunais eleitorais vem acompanhando o modelo legislativo proposto para a comunicação política de cada país.

4. A jurisprudência mexicana sobre comunicação política nas eleições

Adentraremos, após as manifestações inicialmente apresentadas, nas jurisprudências mexicanas previamente selecionadas nesse trabalho.

4.1. Caso 1: Tesis LXX/2016 – SUP-REP 542/2015 y SUP-REP 544/2015 acumulados

O primeiro caso analisado diz respeito à realização de propaganda eleitoral de candidatos, personalidades e eleitores na internet durante um período denominado como *veda electoral*. A legislação mexicana compreende que após ser submetido por manifestações políticas de toda índole durante o processo eleitoral, o eleitor possui um período de reflexão, momento no qual formará sua convicção política e a direcionará para o candidato que pretende eleger. A lei *General de Instituciones y Procedimientos Electorales* em seus parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 251,³ definem que a *veda electoral* inicia-se no prazo de três dias antes da data designada para o escrutínio e impede que os candidatos realizem propaganda eleitoral durante esse período. A questão posta em discussão no *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* foi: os candidatos podem se

³ A redação original da legislação é a seguinte: “3. Las campañas electorales de los partidos políticos se iniciarán a partir del día siguiente al de la sesión de registro de candidaturas para la elección respectiva, debiendo concluir tres días antes de celebrarse la jornada electoral. 4. El día de la jornada electoral y durante los tres días anteriores, no se permitirá la celebración ni la difusión de reuniones o actos públicos de campaña, de propaganda o de proselitismo electorales. 6. Durante los tres días previos a la elección y hasta la hora del cierre oficial de las casillas que se encuentren en las zonas de husos horarios más occidentales del territorio nacional, queda prohibido publicar o difundir por cualquier medio, los resultados de encuestas o sondeos de opinión que tengan por objeto dar a conocer las preferencias electorales de los ciudadanos, quedando sujetos quienes lo hicieron, a las penas aplicables a aquéllos que incurran en alguno de los tipos previstos y sancionados en la Ley General en Materia de Delitos Electorales”.

utilizar das redes sociais para se manifestarem durante o período da *veda electoral* ou tais atos se configurariam como propaganda eleitoral irregular? Por outro lado, eleitores, personalidades públicas ou mesmo apoiadores desses mesmos candidatos poderiam se manifestar durante esse período ou a limitação à liberdade de expressão também recairia a eles?

Em 2015, representantes do *Partido Acción Nacional*, em conjunto com outras agremiações partidárias,⁴ apresentaram uma série de queixas em face de diversos cidadãos, da coligação composta pelo *Partido Revolucionario Institucional* e do *Partido Verde Ecologista de México* pela difusão de mensagens no *Twitter* durante o período de *veda* (MÉXICO, 2016).

O júízo competente decidiu por acatar as denúncias em face do *Partido Verde Ecologista* e de seu candidato a suplência de deputado federal, *Raúl Osorio Alonzo*, enquanto que determinou a inexistência de irregularidades (MÉXICO, 2016) nas condutas praticadas pelo *Partido Revolucionario Institucional*, do porta voz do *Partido Verde Ecologista* e então deputado federal, *Arturo Escobar y Veja*, bem como das manifestações cidadãos e de figuras públicas.

Após a apresentação dos recursos devidos, a *Sala Regional Especializada* definiu que: 1) as manifestações realizadas pelas personalidades públicas se encontram acobertadas pela proteção à liberdade de expressão, que protege a possibilidade dos emissores em divulgar seu pensamento em qualquer meio, especialmente na internet; 2) As mensagens divulgadas pelo candidato *Raúl Osorio Alonzo* não se encontram no âmbito de proteção da liberdade de expressão, pois em sua qualidade de participante do pleito, deveria se abster de se manifestar em respeito ao período de *veda*; 3) As manifestações de *Arturo Escobar*, por outro lado, não deveriam ser consideradas como irregulares, pois, além de sua qualidade como figura pública, o conteúdo propagado não induziu o eleitor ao voto ou promoveu

⁴ Os partidos *Nueva Alianza*, *Partido Humanista*, *Partido de la Revolución Democrática* e *Movimiento Ciudadano* aderiram à denúncia inicialmente oferecida e trouxeram novos elementos para fortalecê-la.

a plataforma política partidária durante o período de *veda* (MÉXICO, 2016).

O que nos interessa para o presente estudo é refletir sobre a fundamentação utilizada pelo tribunal e compreender o critério utilizado para definir os limites da liberdade de expressão.

O tribunal apresentou um aspecto dual da liberdade de expressão, a primeira de índole individual e a segunda no âmbito social (MÉXICO, 2016). O direito de expressar ideias, pensamentos e se comunicar politicamente com outros indivíduos, bem como para recebê-las em um ambiente de comunicação, é apresentado como a perspectiva individual desse direito. Por outro lado, o aspecto social se coloca como o fluxo de ideias e conteúdos que se comunicam e debatem no seio da sociedade, constituindo-se como um dos pilares para o funcionamento de uma democracia representativa (MÉXICO, 2016).

Ainda que o rol protetivo da liberdade de expressão seja ampliado no seio da comunicação política e em especial na seara eleitoral, o *Tribunal Electoral* refletiu que o México adotou em seu sistema constitucional e na qualidade de signatário do *Pacto San José da Costa Rica* a existência de limites para a liberdade de expressão (MÉXICO, 2016). Para tanto, a expressão deve ser exercida em conjunto com a visão sistêmica das normas constitucionais e dentro de limites expressos, que, conforme o artigo 6º da Constituição Mexicana, limitou o seu exercício para os seguintes casos: (1) ataque a moral; (2) a vida privada; (3) aos direitos de terceiros; (4) a realização de algum delito; e (5) a perturbação à ordem pública.⁵

No que tange ao caso trabalhado, o primeiro conceito introduzido foi o da *veda electoral*. Conforme adiantado anteriormente, tal período compreende um lapso temporal pelo qual todos os candidatos, partidos políticos e seus simpatizantes devem se abster de realizar qualquer ato

⁵ Nesse sentido, cabe colacionar a redação do dispositivo constitucional: “Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado. Párrafo reformado DOF 13-11-2007, 11-06-2013”.

público que promova sua candidatura ou divulgue suas propostas de governo. A intenção do legislador foi proporcionar um momento de reflexão ao eleitorado que, distante do debate político, poderia analisar as propostas apresentadas, contrapondo as diferentes reflexões políticas levantadas durante as eleições e valorar seu voto em um momento livre das manifestações eleitorais.

A norma, ainda que aplicável a todos os participantes do pleito, é uma forma de restrição à liberdade de expressão e pode induzir a questionamentos interpretativos, como definir o tipo de discurso restringido e quais os atores não podem se manifestar durante a *veda*.

Os critérios definidos pelo tribunal foram: (1) temporal: a *veda* era permitida apenas durante o prazo de três dias antes do escrutínio; (2) material: a conduta praticada deveria consistir na realização de atos públicos de promoção da campanha; e, (3) pessoal: apenas poderiam ter seu direito de expressão limitados os candidatos, os partidos e os simpatizantes (MÉXICO, 2016).

O problema enfrentado pelo tribunal foi a definição do termo “simpatizante”. A reflexão realizada é que, a princípio, a norma não induziu a qualquer vínculo direto entre o simpatizante com a candidatura ou o partido, sendo necessária uma expressão espontânea, voluntária e reiterada de afinidade política com o projeto eleitoral ofertado (MÉXICO, 2016). Dessa forma, o conceito inicialmente apresentado é consideravelmente amplo, mas ele chegou a ser relativizado posteriormente pelo tribunal como veremos a seguir.

Passado esse ponto inicial, o órgão optou por definir o objeto de proteção da liberdade de expressão nas redes sociais durante as eleições mexicanas. Definida como uma das liberdades fundamentais na organização estatal moderna, o período eleitoral deveria servir como marco temporal para ampliar o espectro protetivo da liberdade de expressão (MÉXICO, 2016). Por se constituir como momento propício para a circulação da informação sobre temas de interesse público, a comunicação política se apresenta como mecanismo de transformação social durante o

exercício democrático. Caracterizada como ferramenta para a formação da opinião pública, a expressão no seio das eleições fortalece a deliberação e o debate entre os atores que disputam o pleito, além de servir como instrumento para o eleitorado formar sua opinião e incrementar sua participação política, (MÉXICO, 2016) exigindo transparência e fiscalizando os atos realizados pelas futuras autoridades.

Além do aspecto temporal, os meios pelos quais as mensagens foram propagadas também se tornaram cruciais para a decisão proferida. As mensagens foram divulgadas em perfis pessoais da rede social *Twitter* que, devido às peculiaridades, não apenas desse meio de comunicação, mas da internet como um todo, apresenta contornos distintos para a regulação da comunicação política. O *Tribunal Electoral* compreendeu que tal meio potencializa a liberdade de expressão por quatro elementos diferenciadores: 1) suposta universalidade de acesso, pelo qual todos os atores políticos poderiam se utilizar de forma gratuita esse instrumento de comunicação; 2) pluralismo, por ser um ambiente de constante fluxo de informações e de distintas visões sobre a mesma realidade política; 3) não discriminação, em compasso com uma atuação estatal proativa, o ambiente virtual permite que minorias se expressem no ambiente público com maior liberdade; 4) possibilidade de proteção da privacidade daqueles que estão se expressando na internet (MÉXICO, 2016).

Nessa perspectiva, o tribunal alcançou duas conclusões teóricas sobre o alcance da liberdade de expressão: 1) a internet se apresenta como um meio potencializador da comunicação política e por isso deve ser regulada em prol de se garantir maior liberdade de seus usuários; e, 2) a comunicação política alcança uma proteção especial durante o período eleitoral, especialmente no ambiente virtual diante da facilidade de acesso por qualquer cidadão do debate público e pelo intercâmbio célere de informações que se dá de maneira orgânica entre os usuários das redes (MÉXICO, 2016).

Após as delineações teóricas traçadas, o *Tribunal Electoral* passou a descrever alguns aspectos concernentes ao caso concreto. Inicialmente foi analisada a possibilidade de “pessoas famosas” se manifestarem durante o

período de *veda*, especialmente se elas poderiam ser caracterizadas como “simpatizantes”, nos termos da lei eleitoral. Pela natureza profissional que sua atividade pode ostentar, é comum que essas personalidades atraiam maior atenção para as mensagens publicadas e, ainda que protegidas pela liberdade de expressão, o tribunal ponderou que tais opiniões possuem maior responsabilidade social (MÉXICO, 2016). Portanto, a mera condição, ou ausência de condição, de determinada pessoa no prélio não é suficiente para permitir sua liberdade em se expressar ou não durante o período de *veda electoral*. Pois, o que importa é o conteúdo divulgado por essas personalidades (MÉXICO, 2016) que poderiam mascarar uma suposta propaganda subliminar ou estratégia publicitária direcionada para se beneficiar de uma lacuna normativa.

Nesses termos, o contexto no qual a mensagem está inserida é um critério importante para a caracterização da restrição ao discurso. Dessa forma, o tribunal estendeu o âmbito restritivo da norma, anteriormente adotado pela *Sala especializada*, que evitava que um cidadão fosse penalizado exclusivamente por sua condição de não participar do processo, aduzindo que, mesmo que o eleitor não se envolva diretamente com o processo eleitoral, ele pode ser penalizado por se manifestar durante o período de *veda electoral* (MÉXICO, 2016).

Após avocar a competência para analisar o conteúdo das mensagens difundidas, o tribunal apresentou uma conclusão com alguns aspectos contraditórios. A princípio, decidiu que os *tweets* possuíam elementos que descaracterizavam a espontaneidade da manifestação política. Analisando exclusivamente o conteúdo divulgado, as manifestações foram utilizadas de forma fabricada, auferindo vantagem eleitoral ao *Partido Verde Ecológico de México* que se beneficiou de uma propaganda em um momento no qual ela estava devidamente vedada (MÉXICO, 2016). Uma das provas utilizadas pela *sala superior* que supostamente corroboraram o entendimento de que existia uma estratégia de comunicação política foram as *hashtags* idênticas utilizadas pelos manifestantes.

Ainda assim, as pessoas famosas não foram objetos de penalização, não por sua condição cidadã ou pelo fato de que o conteúdo propagado por elas não poderia ser vislumbrado como propaganda eleitoral irregular. A ausência de base fática comprovando que tais pessoas são “apoiadoras” do partido foram o motivo considerado pela *Sala Superior* para afastar a punição (MÉXICO, 2016).

Tal decisão contrasta, em tese, com a fundamentação oferecida pelo próprio *Tribunal Electoral* no presente caso que, conforme elucidamos, havia compreendido que o conceito de “simpatizante” careceria de qualquer comprovação formal ou fática da relação entre o eleitor com o partido ou candidato, sendo necessário, apenas, que a manifestação não fosse espontânea. Por outro lado, a fundamentação da decisão se utilizou dos preceitos do artigo 242, parágrafo 3º, da *Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales*,⁶ que definem o conceito de propaganda eleitoral, para compreender que inexistiam elementos fáticos suficientes para comprovar a relação pessoal das pessoas famosas com a agremiação partidária. Tal entendimento contrasta com a constatação feita pelo próprio tribunal de que restou comprovada a manipulação do debate público pelo uso oportuno de perfis famosos com o propósito de realizar propaganda eleitoral.

Ainda que não utilizado como fundamentação para coibir a manifestação das personalidades, o propósito manipulatório dos discursos nas redes sociais serviu como motivo para condenar o *Partido Verde Ecológico* por *culpa in vigilando* em não coibir os atos realizados pelo seu candidato e pelas personalidades (MÉXICO, 2016). A *sentencia* ainda manteve a condenação de *Raúl Osorio Alonzo*, enquanto que as manifestações do porta voz do partido, *Arturo Escobar y Veja*, não foram responsabilizadas pelo fato de o dirigente partidário não ter publicado conteúdo eleitoral, apenas se manifestando sobre o dia internacional do meio ambiente (MÉXICO, 2016).

⁶ Que possui a seguinte redação: “3. Se entiende por propaganda electoral el conjunto de escritos, publicaciones, imágenes, grabaciones, proyecciones y expresiones que durante la campaña electoral producen y difunden los partidos políticos, los candidatos registrados y sus simpatizantes, con el propósito de presentar ante la ciudadanía las candidaturas registradas”.

Tal caso, contudo, contou com um voto dissidente do magistrado *Flávio Galván Rivera*. O principal motivo de discordância com o voto da maioria diz respeito à conclusão alcançada pelo *Tribunal Electoral* de que as provas apresentadas confirmavam uma intenção em formar uma estratégia sistematizada de difusão subliminar de propaganda eleitoral (RIVERA, 2016). O Magistrado retomou o debate sobre a limitação da liberdade de expressão e atribui algumas características que a Constituição Mexicana indicou para a tal direito: 1) a manifestação não deve ser objeto de persecução judicial ou administrativa; 2) independentemente do meio, é inviolável a liberdade de se expressar; 3) a Constituição Mexicana não incluiu novas restrições à liberdade de expressão além daquelas descritas no art. 6º; 4) a lei proíbe qualquer forma de censura, interferência ou pressão, direta ou indireta, sobre manifestações (RIVERA, 2016).

Dessa forma, evocando o fundamento que a propaganda eleitoral se apresenta como uma plataforma de informação e difusão do debate para o desenvolvimento da comunicação política, o magistrado compreendeu que a simples manifestação de temas políticos durante o período de *veda*, não poderia ser considerada ilícita se propagada na internet (RIVERA, 2016).

Interessante concluir que o julgado selecionado apresentou algumas conclusões antagônicas sobre os limites da comunicação política. Ainda que ambas as correntes ressaltassem a importância de se garantir uma especial proteção à propaganda política, restaram algumas dúvidas sobre os critérios aplicados para sua limitação. Quais discursos poderiam ser considerados propaganda? Quem deveria ser responsabilizado por divulgar conteúdo eleitoral e qual critério deveria ser utilizado para qualificar tais pessoas? Uma restrição legal ou normativa teria o condão de limitar a liberdade de expressão ou prescindiríamos de uma reforma constitucional para tanto?

De toda forma, interessante notar que a jurisprudência mexicana se utilizou de um expediente mais regulatório em relação aos atores políticos do que com as personalidades que se manifestaram em um mesmo

sentido. Ainda que o conceito de “simpatizantes” tenha se modificado ao longo do julgamento, as sanções foram direcionadas exclusivamente ao candidato *Raúl Osorio Alonzo* e ao *Partido Verde Ecologista*, pelo qual poderíamos entender que o rol de proteção da comunicação política no México apresenta uma visão dual: 1) a primeira, mais permissiva e liberal quanto à comunicação de eleitores e outras personalidades; e, 2) a segunda, mais restritiva aos candidatos e partidos que desrespeitem regras eleitorais.

O julgado é interessante para apresentar essa ambivalência de visões quanto à comunicação política, resultando no entendimento de que o *Tribunal Electoral* possui competência para analisar o conteúdo propagada, definindo sua conformidade ou não com a lei eleitoral. Analisaremos, a partir de agora, a *Jurisprudencia 46/2016*, que reflete uma tendência distinta sobre o marco regulatório da comunicação política mexicana.

4.2. Caso 2: SUP-REP -138/2016; SUP-REP - 140/2016; SUP-REP 144/2016: Jurisprudencia 46/2016

Trata-se de três julgados distintos que originaram a criação de uma jurisprudência quanto ao direito de promover críticas aos candidatos pelo mau uso do dinheiro público ou de atos de má gestão durante o debate eleitoral, mesmo que inexistam provas contundentes das alegações firmadas. Nesse cenário, a crítica severa e veemente estaria protegida pela liberdade de expressão por exteriorizar o debate sobre a transparência na gestão pública e do uso adequado de dinheiro público.

Não adentraremos nas especificidades de cada caso, por apresentarem um resultado semelhante, mas apresentaremos os principais fundamentos utilizados pelo *Tribunal Electoral* para alcançar tal jurisprudência. O primeiro caso (MÉXICO, 2016) decorre de uma condenação sofrida pelo candidato ao governo de Veracruz, *Miguel Ángel Yunes Linares*, e ao *Partido Acción Nacional*, pela divulgação de atos caluniosos contra o *Partido Revolucionario Institucional* (MÉXICO, 2016, p. 1). O mesmo partido se

encontrou novamente no polo ativo da demanda em razão de conteúdos supostamente caluniosos dirigidos à candidata ao governo de *Puebla*, pelos seus oponentes do *Partido Acción Nacional* e seus coligados nos autos do SUP - REP 140/2016 (MÉXICO, 2016, p. 1-2). Por fim, no SUP-REP 144/2016, o *Tribunal Electoral* se debruçou sobre uma denúncia oferecida novamente pelo *Partido Revolucionario Institucional* contra o *Partido Acción Nacional* e seu candidato ao governo de *Chihuahua*, *Javier Corral Jurado*. Todos os julgados tiveram decisões semelhantes no sentido de revogar as condenações sentenciadas pela *Sala Regional Especializada*, por entenderem que o direito de crítica possui especial proteção no debate eleitoral.

A viragem jurisprudencial ocorreu com a reforma legislativa de 2014, da qual já tecemos alguns comentários. A redação original do artigo 43, III, *apartado C* da Constituição mexicana,⁷ prescrevia que a propaganda política deveria se abster de divulgar expressões caluniosas contra instituições, partidos políticos e pessoas. Contudo, a reforma constitucional revogou parcialmente o dispositivo no que tange à ofensas dirigidas às instituições e agremiações partidárias, persistindo na redação atual da Constituição mexicana a vedação de divulgar conteúdo calunioso em face de outras pessoas (MÉXICO, 2016, p. 10).⁸ O debate apresentado ao *Tribunal Electoral* perquiriu se os candidatos estavam protegidos de discursos caluniosos ou se a reforma constitucional propiciou uma menor proteção a eles diante de críticas duras oferecidas por seus adversários.

O *Tribunal*, nesse caso, decidiu em prol de uma maior liberdade ao discurso, refletindo que, diante do cargo ocupado, ou ao ser ocupado, os candidatos devem possuir uma maior margem de tolerância às críticas (MÉXICO, 2016, p. 9), especialmente por manifestações relacionadas ao eventual exercício de seu mandato, induzindo ao debate público sobre transparência, prestação de contas e adequada gestão de recursos públicos.

⁷ Assim se encontrava a redação da norma: “En la propaganda política o electoral que difundan los partidos deberan abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas.”

⁸ Após as alterações, passou a prescrever o seguinte conteúdo: “En la propaganda política o electoral que difundan los partidos y candidatos deberán abstenerse de expresiones que calumnien a las personas.”

A linha de raciocínio apresentada pelos julgadores foi de que as normas que limitam o exercício da comunicação política devem ser interpretadas de forma restrita (MÉXICO, 2016, p. 11). Ao se apresentar inserida no rol de princípios da *dignidade humana*, a liberdade de expressão no contexto eleitoral deve ser maximizada pelo seu propósito de dimensionar o aspecto deliberativo da democracia representativa durante um momento de escolha das propostas apresentadas ao público (MÉXICO, 2016, p. 12). Nesse cenário, a possibilidade de que qualquer pessoa possa expressar sua opinião ou ter acesso à informação, também inclui a crítica severa, que encontra guarida no seio constitucional mexicano para a manutenção de uma cidadania ativa e informada, desejosa em participar da deliberação política (MÉXICO, 2016, p. 14).

Ademais, o tribunal compreendeu que a liberdade de expressão se apresenta como um corolário para a realização e concretização de outros direitos fundamentais (MÉXICO, 2016, p. 15). Em sua índole individual, por se apresentar como um espaço de formação de sua autonomia e desenvolvimento pessoal, constitui-se como condição da fruição do exercício dos direitos de associação, reunião, de petição e do pleno gozo dos direitos políticos de votar e ser votado (MÉXICO, 2016, p. 15). Por outro lado, no âmbito social, contribui com a formação de uma sociedade livre e bem informada, que se ocupa de fiscalizar os atos praticados pelos gestores públicos (MÉXICO, 2016, p. 15).

Arguindo que a instituição de mecanismos de controle se reveste de um caráter democrático (MÉXICO, 2016, p. 14), o tribunal aduziu que o manejo dos recursos públicos e das funções que exercem tais atos devem se submeter a uma maior flexibilidade à crítica (MÉXICO, 2016, p. 15). Por isso, definiu quatro critérios que justificariam esse tratamento diferenciado: (1) o conteúdo estar relacionado ao debate político-eleitoral; (2) os destinatários do discurso exercerem função pública ou desejarem exercê-la; (3) o debate subjacente se revestir de temáticas de interesse público, como transparência e práticas de boa gestão; e, (4) deve-se estar inserido no processo eleitoral (MÉXICO, 2016, p. 25-26).

Dessa forma, ainda que duras ou veementes, as críticas estão inseridas no rol de proteção da liberdade de expressão, diferenciando-se da calúnia a partir da análise do contexto no qual ela se apresenta, caso indique um discurso crítico subjacente, ainda que severo, encontra-se protegido pelo texto constitucional. (MÉXICO, 2016, p. 28).

Tal conclusão, contudo, ainda apresenta algumas dificuldades práticas. Exemplificativo é o voto de divergência da magistrada *Maria de Carmen Alanis Figueroa* nos autos do SUP-REP 140/2016. A destinatária do discurso crítico foi a candidata *Blanca María del Socorro Alcalá Ruiz*, que foi questionada de sua capacidade em gerir recursos públicos e da falta de transparência em atos praticados em gestões anteriores.

A magistrada compreendeu que, de forma distinta aos demais julgados, a natureza da crítica apresentada se revestia de uma calúnia de gênero, pelo qual a candidata foi publicamente condenada apenas por ser uma mulher que pretendia ocupar um cargo de gestora (FIGUEROA, 2016, p. 37). Refletindo que as mulheres foram sistematicamente excluídas do sistema político mexicano e que a mensagem divulgada por seus adversários carregou um conteúdo jocoso, ao reforçar uma imagem estereotipada da mulher na política, julgou que a liberdade de expressão não poderia proteger discursos discriminatórios e ofensivos contra minorias (FIGUEROA, 2016, p. 40). Dessa forma, ainda que o voto tenha sido minoritário, apresenta uma interessante reflexão sobre os limites que devem ser aceitos na crítica política e se discursos de ódio merecem proteção no sistema de comunicação política.

Após essas considerações, apresentaremos brevemente o estado atual que o modelo de comunicação política se encontra no Brasil, exibindo alguns julgados como representantes do modelo escolhido.

5. A jurisprudência brasileira na comunicação política durante as eleições: uma breve descrição do momento em que nos encontramos

Mencionamos ao longo do texto, que a jurisprudência brasileira em matéria eleitoral vem seguindo uma tendência altamente regulatória no

que tange à comunicação política. Alguns autores apresentam que tal orientação se identifica com a intenção de limitar os espaços de deliberação, pelo receio de transbordamento da comunicação política para searas que beiram à ilegalidade (PEREIRA, 2015, p. 3). Nesse sentido, a normativa eleitoral brasileira tende a permitir os discursos cujo formato se consubstanciam com as diretrizes traçadas pela corte (NEVES FILHO, 2010, p. 24).

Selecionamos alguns julgados representativos dessa visão e procuramos contrastá-los com alguns votos dissidentes que refletem algumas críticas ao posicionamento adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral. A partir de uma análise estrutural dos julgados, é possível perceber um movimento pendular da orientação jurisprudencial, pelo qual o tribunal preconiza a defesa da liberdade de expressão em alguns julgados e, em outros, reflete que os discursos devem ser limitados, seja por uma proteção à igualdade ou porque os atos praticados estão em dissonância com a normativa eleitoral.

A análise se debruçou em dois pontos comuns aos casos mexicanos selecionados: (1) possibilidade do exercício de crítica entre candidatos; (2) critérios utilizados para a comunicação política na internet.

Representativo da primeira controvérsia é a Representação nº 165865/2014, pelo qual o Tribunal Superior Eleitoral compreendeu que, ainda que as críticas ácidas e veementes se apresentem como uma manifestação da liberdade de expressão, elas poderiam ser devidamente penalizadas, pelo fato da propaganda eleitoral se consubstanciar em um debate propositivo de ideias e planos de governos (TSE, RP 165865, p. 13). Quando o exercício da crítica ocorre durante o horário eleitoral gratuito, o poder judiciário teria maior possibilidade de revisar o conteúdo negativo, pelo fato desse instituto ser subvencionado pelo poder público (TSE, RP 165865, p. 18-19). Manifestações de descontentamento com gestões passadas, nessa linha, devem ser interpretadas como um abuso da expressão política, pois, além de apresentar um debate ácido e não propositivo, desvirtuando o instituto da propaganda eleitoral, refletem uma desvantagem eleitoral entre candidatos que não possuem o mesmo espaço para se defender das acusações. (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 6849, p. 6-7)

Por outro lado, em uma perspectiva mais liberal, o Tribunal Superior Eleitoral assentou que críticas veementes e duras a outros candidatos ou pré-candidatos poderiam se encontrar na guarida do rol protetivo da liberdade de expressão. A fundamentação é que a maioria dessas manifestações não se apresenta como ofensas, mas sim críticas políticas que fazem parte do debate democrático (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 4051, p. 14). O pleno exercício da comunicação política na seara eleitoral possui o condão de garantir a livre circulação de informações, da qual, dentre eles, se encontra o pleno exercício da crítica política que se reverbera em uma defesa aos direitos da população (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 16996, p. 6-18). Dessa forma, a Justiça Eleitoral deveria se pautar por um minimalismo judicial, pelas quais as decisões deveriam ser estreitas (decidindo casuisticamente) e superficiais (sem demasiados aprofundamentos sobre os conteúdos analisados) (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 16996, p. 6-7), intervindo, na prática, apenas quando houver ofensa à honra ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 4051, p. 14).

O movimento pendular entre maior liberdade ou regulação da comunicação eleitoral também se faz presente no exercício da expressão na internet. Em uma perspectiva liberal, o Tribunal aduz que a internet se apresenta como um ambiente orgânico de comunicação política, cujo baixo custo permite uma equidade de participação e engajamento de todos os eleitores e candidatos durante as eleições (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 5124, p.13). A limitação da expressão nessa seara somente poderia ocorrer por um fundamento com uma ampla carga axiológica, constatando uma situação tripartite: (1) se a comunicação extrapola a igualdade de chances; (2) se ela perturba a lisura do processo ou (3) atenta contra a moralidade de uma competição eleitoral (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 5124, p.11-12). Por não apresentar as mesmas características que outros meios de comunicação tradicionais, como a rádio e a televisão, a internet requer um marco regulatório mais brando da comunicação política, devido à espontaneidade das expressões e das interações entre os usuários (TSE, Representação nº 57293, p.14). Uma atuação mais enérgica dos órgãos de controle poderia

culminar em um indesejado *chilling effect*, pelo qual a sociedade se absteria de debater política no ambiente virtual por receio de perseguições judiciais contra seus discursos (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 5124, p.13).

Contudo, uma atuação maximalista da jurisdição eleitoral já foi reconhecida em outros julgados. Ainda que se alegue que a interferência do órgão deve ser dar de modo a não interferir o debate democrático, mecanismos que transbordam a regulação normativa da justiça eleitoral para ampliar o alcance de discursos podem ser tolhidos pela Justiça Eleitoral. Emblemático é a vedação que eleitores impulsionem conteúdo nas redes sociais com mensagens eleitorais, que, mesmo antes de se tornar lei, sua prática já era desautorizada pelo Tribunal (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 10826, p. 5-6). De modo semelhante, encontra-se restrito o discurso em prol de candidaturas por eleitores que se manifestaram em redes sociais durante o período de pré-campanha, desde que peçam voto ou divulguem conteúdo “eleitoreiro” em prol do candidato que apoia. (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 186819, p 18)

6. Conclusões

Ao longo do estudo foi possível perceber semelhanças dos tribunais mexicanos e brasileiros sobre a temática da comunicação política. Ainda que ambos os países preconizem a importância da expressão como mecanismo de desenvolvimento social do debate e de formação do indivíduo, refletem que o discurso é passível de restrição caso os efeitos causados por ele sejam nocivos ao ambiente democrático.

Os fundamentos utilizados para limitar a expressão na seara eleitoral se basearam em dois pilares: 1) maximização da igualdade de oportunidades entre os participantes do pleito; e, 2) vedação de práticas consideradas irregulares pelas legislações nacionais ou pela utilização do poder normativo pelos tribunais.

O sistema brasileiro aparenta ser mais regulatório do que o mexicano. As resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral em conjunto com

a legislação sobre a matéria são minuciosas quanto a pormenores, como o tamanho do material impresso, espaços onde a propaganda pode ser divulgada, a forma como o conteúdo deve ser divulgado na internet, entre outros. O México, por outro lado, apesar do novo marco de comunicação política se ocupou de questões estruturais da expressão eleitoral, como a divisão do tempo de propaganda e a limitação da influência dos meios de comunicação. Tal tendência parece se refletir nas decisões dos tribunais nacionais, pelo qual foi possível conceber uma maior unicidade dos julgados mexicanos em preconizar a proteção da liberdade de expressão. Por outro lado, no caso brasileiro, ainda que as decisões gravitem em um movimento pendular, não raro o tribunal se debruça sob aspectos minuciosos da legislação para vedar meios de comunicação política.

Apesar dessas diferenças, ambos estão caminhando para uma situação conflituosa na percepção dos limites que a jurisdição poderá exercer na liberdade de expressão durante o processo eleitoral, o que pode se refletir em outros países de tradição latino-americana.

7. Referências

- ANDRADE NETO, João. Controle e Judicialização das Eleições: A legitimidade de juízes e tribunais eleitorais para decidirem 'questões políticas'. In: MORAES, Filomeno; SALGADO, Eneida Desiree; AIETA, Vânia Siciliano (Org.). *Justiça Eleitoral, Controle das Eleições Soberania Popular*. Curitiba: Íthala, 2016, p. 277-315.
- EISENSTADT, Todd A. Measuring Electoral Court Failure in Democratizing Mexico. *International Political Science Review*, Vol. 23, no. 1, Jan, Sage Publication. 2002, p. 47-68. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/1601410> >. Acesso em 20. Jun 2018.
- DE LOS REYES, Marco Antonio Pérez, GUEVARA, Alexander Reyes. *Judicialización de las elecciones o formación de la cultura de la legalidade Electoral, dilema fundamental para la democracia mexicana*. Justicia Electoral, núm. 20, vol. 1, julio-diciembre, 2018.
- GONZÁLEZ, Abraham Giovanni Hernández. Control constitucional del modelo de comunicación política (el nuevo procedimiento especial sancionador y el juicio de inconformidade). *Apuntes Electorales Nueva Época*, Año XV, núm. 54, vol. 15, enero-junio, 2016.

- HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. First Edition. New York: Oxford University Press, 2014.
- KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In.: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MANZANO, Lina Alejandra Nieto, MUNGUÍA, David Iván Valdés. Qué se puede y qué no com la propaganda política: modificaciones normativas en la reforma político-electoral de 2014 a nível federal y en el Estado de México. *Apuntes Electorales Nueva Época*, Año XIV, núm. 53, julio-diciembre, 2015.
- MOZAFFAR, Shaheen, SCHEDLER, Andreas. The comparative Study of Electoral Governance – Introduction. *International Political Science Review* (2002), vol 23, No. 1, p. 5-27.
- MUÑOZ, Tania Celina Vásquez. El debate Electoral como insumo necessário para la construcción de un modelo de comunicación política deliberativa. *Justicia Electoral*, num. 19, vol. 1, enero-junio, 2017. p. 59-86.
- NEVES FILHO, Carlos. *Propaganda eleitoral: e o princípio da liberdade da propaganda política*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. Direito Eleitoral contra o Inimigo. *Em Debate*, Belo Horizonte, v. 5, n. 4, p. 26-30, Out. 2013. Disponível em: <<http://www.opiniaopublica.ufmg.br/emdebate/Rodolfo%20Viana.pdf>> Acesso em 27, dez, 2016.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. Ensaio sobre o ódio e a intolerância na propaganda eleitoral. In: KIM, Richard Pae; NORONHA, João Otávio de. *Sistema político e direito eleitoral brasileiros*. Estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli. São Paulo: Atlas, 2015.
- PIZAÑA, Felipe de la Mata, PARRA, José Antonio Pérez. *Libertad de expresión y protección al periodismo dentro del procedimiento especial sancionador*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016.
- ROBLES, Citlali Villafranco. Campañas electorales en el limite de la ley. El caso de la propaganda gubernamental del Partido Verde Ecologista de México. *Justicia Electoral*, n. 17, vol. 1, enero-junio, 2016, p. 87-131

SAUNDERS, Cheryl. The use and Misuse of Comparative Constitutional Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, volume 13, Issue 1, 2006, p. 37-76.

TORRES, Luis Eduardo Medina. *Gobernanza y régimen Electoral en la reforma política de 2014*. Primeira edição, México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016.

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION. *Jurisprudencia 46/2016*: Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en matéria elecotral. Año 9, Número 19/2016. Disponível em: < <http://sief.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idTesis=46/2016>>. Acesso em 28 jun. 2018

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION. *Tesis LXX/2016*: Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en matéria elecotral. Año 9, Número 18/2016. Disponível em: <<https://mexico.justia.com/federales/jurisprudencias-tesis/tribunal-electoral/tesis-lxx-2016/>>. Acesso em 28 jun. 2018

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 000040-51.2016.6.18.0053 Cocal - PI*. Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. DJ: 07/12/2017. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/jurisprudencia>>. Acesso em 28 jun. 2018

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 000108-26.2016.6.26.0296 São Bernardo do Campo-SP*. Relatora: Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura. DJ: 10/11/2017. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/jurisprudencia>>. Acesso em 28 jun. 2018

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 000068-49.2014.6.00.0000 Itapevi-SP*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJ: 02/03/2018. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/jurisprudencia>>. Acesso em 28 jun. 2018

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Recurso em Representação nº 0000572-93.2013.6.00.0000 Distrito Federal*. Relator: Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura. DJ: 05/08/2014. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/jurisprudencia>>. Acesso em 28 jun. 2018

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Recurso Especial Eleitoral nº 0000051-24.2016.6.17.0016 Ipojuca - PE*. Relator: Ministra Luciana Christina Guimarães Lóssio. DJ: 18/10/2016. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/jurisprudencia>>. Acesso em 28 jun. 2018

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Recurso Especial Eleitoral nº 000169-96.2016.6.25.0009 Itabaiana-SE*. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 08/03/2018. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/es/jurisprudencia>>. Acesso em 28 jun. 2018

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Recurso Especial Eleitoral nº 0001868-19.2014.6.00.0000 Toledo-PR*. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. DJ: 05/11/2015. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/es/jurisprudencia>>. Acesso em 28 jun. 2018

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Representação nº 00001658-65.2014.6.00.0000 Distrito Federal*. Relator: Ministro Admar Gonzaga. DJ: 16/10/2014. Disponível em: < <http://intero3.tse.jus.br/sadpPush/ExibirDadosProcessoJurisprudencia.do?nproc=165865&sgcla=RP&comboTribunal=tse&dataDecisao=16/10/2014>>. Acesso em 11 mai. 2018

VIANELLO, Lorenzo Córdova. El modelo de comunicación político-electoral mexicano. *Revista Derecho Electoral*. Tribunal Supremo de Elecciones. Republica de Costa Rica, núm. 16, julio-diciembre, 2013.

Capítulo XII

O pêndulo constitucional: constitucionalismo instável e federalismo como laboratórios de democracia a partir das experiências políticas do Sri Lanka e do Nepal

*Gabriel Cruz*¹

1. Introdução

Sujeita às opções políticas da maioria que assumiu o poder e encaminhou os processos constituintes, as constituições escritas precisam ser ressignificadas, de modo a não apenas limitar excessos de poder. Devem elas, ao mesmo tempo, empoderar atores políticos que pertencem ao respectivo contexto político-social, bem como instituições políticas.

Somando-se ao fato de que a sociedade vige sob o ideal do cosmopolitismo e do necessário respeito e consideração às diferenças, o projeto de comunidade implementado pela constituição se dá em tensão permanente com as complexidades inerentes aos sujeitos e, pois, decorrentes das relações intersubjetivas.

A tensão – e, por que não, concorrência – de direitos, perene ao contexto social contemporâneo implica, igualmente, na falibilidade do projeto constitucional, de modo que qualquer tomada de decisão ou postura em relação à constituição deve ocorrer levando em consideração o contexto social em que é ou está inserido e com perspectiva transformativa e inclusivista.

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP/DF. Advogado. Contato: gabriel.soarescruz01@gmail.com.

A constituição, como meio de acomodar e entrincheirar essas questões, atua como um pêndulo entre realidade e normatividade, exigindo-se posturas experimentalistas dentro da prática constitucional, com vistas a compreender uma interrelação necessária do caráter normativo com o contexto social.

Muito embora não se ignore a tradição hermenêutica, acredita-se ser possível compreender realidade e normatividade como polos opostos e distantes. Pensar a constituição como pêndulo seria o caminho para tratar essa relação/tensão não como conflito, mas como oportunidade de aprendizado e avanços.

Assim, busca-se com o presente trabalho investigar as experiências de acomodação constitucional da pluralidade e diversidade em contextos de divisões étnicas marcantes, com vistas a compreender as posturas sociais e institucionais adotadas ou que figuram como bandeira dos movimentos político-sociais.

Para tal fim, e dentro dos limites do trabalho proposto, adota-se os contextos de países pertencentes aos Sul da Ásia, especificamente, Nepal e Sri Lanka, que, muito embora sejam ricos de experiências constitucionais, não ganham muito espaço dentro das reflexões constitucionais comparadas, mormente diante da defesa do federalismo como principal discurso político-social.

Tais contextos nacionais são permeados por pluralidade de etnias e encontram desafios que precisam ser desvelados para superar a universalidade metodológica e teórica ou a desconsideração de particularidades relevantes para o contexto político-ideológico local e, por via de consequência, da constituição. Consistem, ainda, em importantes experiências que em muito podem contribuir para outros Estados ou modelos constitucionais.

Pretende-se analisar caminhos de acomodação constitucional da pluralidade e da diversidade levando em consideração as particularidades do Nepal e Sri Lanka. Apresenta-se como solução uma interlocução entre as releituras da soberania e do Estado-nação trazidas por experiências

contemporâneas nos países do sul global e a noção de cosmopolitismo, como caminho para a defesa e fortalecimento do federalismo como laboratório de democracia.

A primeira seção visa à descrição da experiência pré e pós-colonial do Sri Lanka e do Nepal – chamados de constitucionalismo instável – vividos recentemente e que tinham como fundamento a devolução de poder às entidades regionais e locais como meio para tratamento adequado das divisões étnicas da sociedade.

Na segunda seção, examina-se interlocuções das ressignificações às posturas estatais a partir do constitucionalismo cosmopolita e a adoção do federalismo como ferramenta para resolução de conflitos étnicos, bem como laboratórios de democracia ao aumentar a expressão das preferências populares locais.

Pretende-se analisar caminhos de acomodação constitucional da pluralidade e da diversidade levando em consideração as particularidades do Nepal e Sri Lanka. Apresenta-se como solução uma interlocução entre as releituras da soberania e do Estado-nação trazidas por experiências contemporâneas nos países do sul global e a noção de cosmopolitismo, como caminho para a defesa e fortalecimento do federalismo como laboratório de democracia.

2. Constitucionalismo instável: constitucionalismos e as lutas por consideração política no contexto do Sri Lanka e Nepal

A constituição de determinado Estado, tal como ela é classicamente compreendida, deve muito às influências das revoluções norte-americana e francesa. Mesmo em países geograficamente distantes, o constitucionalismo, dentro de uma acepção preocupada com direitos negativos e garantias contra o Estado, acaba sendo a régua para análises dos movimentos político-ideológicos constitucionais.

Somente mais recentemente, e a partir da mudança dos estudos do Estado/instituições para o povo, é que se somaram à concepção liberal de

constitucionalismo as mobilizações e participações populares (AVRITZER *et al.*, 2017). Modernamente falando, a constituição é uma norma suprema de um Estado soberano. De igual modo, na grande maioria das nações soberanas, ela tem a forma escrita, como expressão dessa vontade popular, cujas normas serão cumpridas pelo poder coercitivo do Estado.

Como quer que se conceitue a constituição, ela tem relação com o Estado que será regido – e, portanto, limitado – por ela. Servem, assim, as considerações de Michel Rosenfeld (1993) de que os movimentos ideológicos por trás de uma constituição têm por objetivo a limitação e organização do poder estatal em conjunto com a proteção de direitos fundamentais.

No entanto, em que pese essas características tocarem a grande maioria dos movimentos constitucionais e as respectivas constituições, nem sempre a ausência desses elementos ou o protagonismo de outras questões contextuais implicam que naquele local não há manifestação de um constitucionalismo; ou melhor, que não possa ser encaminhada uma constituição escrita. Esses são os cenários do Sri Lanka e do Nepal.

As tensões político-sociais da referida região do continente asiático tornam as relações entre direito e política diferente e únicas. Nesse sentido, afirmam Mark Tushnet e Madhav Khosla (2015, p. 5) que tais movimentos políticos-ideológicos podem ser melhor descritos como “constitucionalismo instável”.

O termo tenta apreender relações contextualizadas e gestadas não apenas no Sri Lanka e Nepal, mas na região do Sul da Ásia, e que, em que pese “vibrante e incrível constitucionalismo”, não ganham o devido tratamento pelos estudos de Direito Comparado. A ideia de constitucionalismo instável, além de trazer para a reflexão a necessidade de pensar sobre outros constitucionalismos, refere-se ao fenômeno do compromisso com a ideia de constitucionalismo – liberal – que acompanha os participantes nas políticas nacionais (TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 4-5).

Ela carrega consigo, ainda, a esperança de estabelecer instituições que sejam minimamente permanentes e com capacidade para encaminhar soluções aos problemas de governança diária, principalmente aqueles de

caráter étnico. Em suma, o constitucionalismo instável não deixa de incorporar formas de constitucionalismo, todavia, apropriado ao contexto político-social do local em que produzido. É dizer, a instabilidade, longe de insegurança, consiste na busca constante por estabilidade, mesmo diante das pressões internas e externas por rupturas (TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 5).

Partindo-se disso, e à luz da descrição de determinados eventos políticos no Sri Lanka e Nepal, Rohan Edrisinha (*in* TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 291-319) e Asanga Welikala (*in* TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 320-354), respectivamente, evidenciam que as questões contextuais mais marcantes que perpassam os momentos constitucionais nos referidos países do Sul da Ásia se relacionam a conflitos étnicos. São países cujos espaços territoriais encontram divisões nacionalistas étnicas marcadas, principalmente por lutas por reconhecimento e consideração nas estruturas centrais do governo.

No Sri Lanka, as divisões nacionalistas étnicas perpassam o país desde os idos pré-coloniais até após a independência. As principais etnias são a Sinhalese-budista e Tamil (Ceylon-Tamil) – esta última que dominou o período pré-colonial do Estado. Após a independência as coisas se inverteram, de modo que se conferiu domínio aos Sinhalese sobre o território que, então, passaram a exigir o *status* privilegiado da referida comunidade no território, o budismo como religião oficial e a preservação a todo custo do estado unitário centralizador (WELIKALA *in* TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 326).²

Esse modelo centralizador e, portanto, exclusivista, do nacionalismo pós-colonial e pós-guerra levou a crescentes demandas de secessão por parte dos Tamil que, valendo-se do domínio no norte e leste do território, formaram o Partido Federal, pugnando pelo modelo federal no Sri Lanka,

² Os movimentos políticos, então, no Sri Lanka, eram marcados por um nacionalismo étnico, ou, conforme afirma Asanga Welikala (2015, p. 327), de “etnocracia”. Segundo o autor, trata-se de um tipo de regime que facilita o processo de “etnicização”, diante da apropriação do aparato estatal por determinado grupo étnico para o seu próprio favorecimento. Não constituem regimes democráticos, nem autoritários ou totalitários. Possuem hierarquias raciais e étnicas profundas, são instáveis e repletos de conflitos e tensões étnicas.

como forma de albergar o pluralismo nacional. Tal militância ocorreu, principalmente, entre os anos 1950 e 1970 e, em que pese não ter produzido nenhum resultado imediato na alteração das questões políticas do país, serviu como forma de demonstrar que a descentralização e devolução de poder consiste em meio mais adequado diante da divisão étnica (EDRISINHA *in* TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 292).³

Rohan Edrisinha (*in* TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 312), afirma que o modelo do federalismo é o mais adequado para acomodar esse pluralismo e o interesse das nações étnicas no Sri Lanka. No entanto, ao passo que ele pode ser um caminho para resolver essas tensões, acaba sendo, igualmente, pedra de toque para prejudicar o reconhecimento constitucional do pluralismo e da diversidade.

O Nepal também é marcado pela diversidade étnica e sofreu influências do modelo liberal de constitucionalismo, fato constatado em 1990, a partir da elaboração da quinta Constituição do país que impôs restrições ao poder da monarquia. Ademais, ainda que previsse normas de limitação do poder e proteção mínima de direitos, a desigualdade no país ainda era latente, tanto que, após 2006, o debate sobre o federalismo foi trazido à lume no contexto das bandeiras dos insurgentes pela reforma constitucional, seguindo-se à guerra civil, a Guerra do Povo, que já durava 10 anos (EDRISINHA *in* TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 297).

A presença de mais de 120 grupos étnicos, que falam mais de 100 línguas, sempre gerou tensões e desacordos acerca do melhor desenho institucional e constitucional que acomodasse adequadamente as etnias e garantisse o empoderamento dos grupos então marginalizados (EDRISINHA *in* TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 296).

Similar às experiências do Sri Lanka, a reforma político-constitucional no Nepal, mormente a o que relacionado ao federalismo, tem se tornado difícil. A consciência pelo federalismo não consegue se separar da

³ Asanga Welikala (2015, p. 335 e seguintes), afirma que isso se deve em razão da modernidade inatingível levada efeito por modelos constitucionais liberais e jacobinos que, a pretexto de criar um estado cívico e pretensamente neutro, negou o pluralismo nacional do Sri Lanka e agravou o modelo monista dos Sinhalese.

reivindicação étnica. Falar sobre federalismo é discutir sobre um modelo de estado que consiga congrega a afirmação e reconhecimento de identidades ao passo que, simultaneamente, precisa afirmar a unidade do Estado.

No Nepal, conforme afirma Rohan Edrisinha (*in* TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 314), há pouco ou nenhum foco de um mecanismo para facilitar uma segunda camada de participação das nações dentro do centro de poder e efetivar o princípio da representação, conforme defendido por Asanga Welikala (*in* TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 382). Segundo ele, a agenda principal das entidades regionais deve ser uma completa e justa representação no processo político constitucional do Estado central.

O federalismo, portanto, figura como um mecanismo pluralista por excelência, mas pressupõe uma inter-relação com constitucionalismo, pluralismo e democracia liberal que precisam ser reconhecidos e afirmados pelo Estado. É um caminho de possibilidades, mas, igualmente, de limites, ambos os quais devem ser destacados, mormente diante das experiências do Sri Lanka e Nepal.

Na luta por consideração nas estruturas centrais de poder dos referidos países do Sul da Ásia, tem-se que a questão da acomodação constitucional da forte divisão étnica passa obrigatoriamente pela questão do federalismo. A um só tempo ele figura como importante bandeira política que muito reflete as questões contextuais dos países, com as soluções apresentadas, bem como um problema.

Conforme afirma Heather Gerken (2014a, p. 1.891), não é difícil observar considerações sobre o federalismo que também encaminham questões sobre nacionalismo, que estão apoiadas sobre o federalismo convencional clássico – *father's federalism* (GERKEN, 2014b).

Para autora, a distinção entre federalismo e nacionalismo não diz respeito apenas à descentralização do poder em relação aos entes locais do primeiro, com a centralização das decisões na entidade federal do segundo. Ambas as características são meios para o bom funcionamento da democracia, de modo que os argumentos com base nessa distinção favorecem

as duas acepções de distribuição do poder, fazendo com que a questão se torna mais de índole interpretativa do que normativa, ou seja, de acomodação constitucional (GERKEN, 2014a, p.1.891).

Caso a preocupação final do Estado seja a conformação de uma democracia nacionalista, os meios para alcançar tal fim atuarão no intuito de formar uma identidade nacional. O espaço a ser preenchido por devolução ou centralização do poder se ocupará do fortalecimento da estrutura institucional para o reforço da política nacional e o federalismo será uma ferramenta para aumento do poder central, com a participação das entidades locais para tanto (GERKEN, 2014a, p. 1.893).

De modo contrário, se se busca nesse pêndulo entre devolução e centralização para amplificação da capacidade das entidades locais para política e fortalecimento de espaços não centrais de contestação e competição pluralista, estar-se-ia diante de federalismo (GERKEN, 2014a, p. 1.895).

O contexto do presente estudo, em relação ao constitucionalismo instável do Sri Lanka e do Nepal, diz respeito às questões práticas sobre como os Estados lidam ou lidaram com isso e quais caminhos foram e devem ser abertos. Permanece a esperança de criação de estruturas institucionais com capacidade de acomodar adequadamente os desafios da governança diária que, nos referidos países do continente asiático dizem respeito ao estabelecimento de mecanismos para lidar com as divisões étnicas.

A opção de incluir traz consigo a opção de exclusão. A constituição como elemento mediador atua de modo pendular contínuo entre inclusão-e-exclusão. A problemática das experiências constitucionais se refere, portanto, em como lidar com essa tensão permanente. Para tanto, conforme nos atenta Heather Gerken (2014a), é preciso entender qual o fim desejado, isto é, qual a concepção do Estado específico para o bom funcionamento da democracia naquele contexto político-social.

3. Constitucionalismo além do Estado-nação: oposição leal e o federalismo como laboratório de democracia

A linguagem do constitucionalismo – hoje fundamentado nas relações internas e externas entre os cidadãos e os diversos povos ou etnias acaso existentes – passa a sofrer muitas influências de uma linguagem externa, advinda do Direito Internacional. De igual modo, o Direito Internacional como um todo passa a ser descrito usando uma linguagem constitucional. A principal problemática nesta última questão se dá quanto ao caráter supranacional do Direito Internacional e de que muitas relações nesse campo ocorrem pelo consentimento do Estado.

Para Mattias Kumm (2009, p. 258-259), pensar num constitucionalismo para além do Estado envolve a superação – para muitos um ceticismo – de que o Direito Internacional é formado pelo consentimento de Estados soberanos e encaminha questões específicas. Qualquer tentativa de aproximação ou utilização do constitucionalismo no Direito Internacional poderá ser de difícil implementação. Então, muitos estudiosos veem a tentativa de criação de uma ordem constitucional global como uma forma de rechaçar a autodeterminação dos povos:

Dado o papel central que os Estados soberanos desempenham e provavelmente continuarão a desempenhar no sistema internacional, tais ideias, qualquer que seja o seu mérito de um ponto de vista puramente moral possam ter, são facilmente descartadas como irremediavelmente fora de contato com a realidade, e, certamente, de pouco valor para a análise e avaliação do direito internacional tal como existe hoje (KUMM, 2009, p. 259).⁴

A linguagem do constitucionalismo adotada pelo Direito Internacional seria, nesse tocante, a linguagem que considere todos aqueles da comunidade internacional, mas que, no entanto, não signifique a defesa de

⁴ Tradução livre de: “Given the central role that sovereign states play and are likely to continue to play in the international system, such ideas, whatever their merit from a purely moral point of view might be, are easily dismissed as hopelessly out of touch with reality and certainly of little value for the analysis and assessment of international law as it exists today.”

algum tipo de um Estado constitucional mundial, ou que defenda o universalismo de direitos e desconsideração total de particularidades.

No mundo contemporâneo e globalizado, não raro se vê um entrelaçamento de várias ordens normativas diversas sobre uma mesma questão, por vezes, interna e, pois, de natureza constitucional. Consequentemente, ordens jurídicas nacionais e internacionais passam a tratar sobre uma mesma questão de modo concomitante⁵.

É que, conforme afirma Jeremy Waldron (2012), existem leis parcialmente comuns à toda espécie humana. A constatação de tal afirmação se deve à utilização do direito estrangeiro por órgãos decisórios internos, precisamente, os tribunais. Assim, os Estados soberanos usam, ao mesmo tempo, suas próprias leis e leis estrangeiras, parcialmente comuns à toda espécie humana, principalmente as normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A invocação do direito estrangeiro em decisões internas consiste em uma das formas de utilização da linguagem do constitucionalismo do e no Direito Internacional. Como visto antes, o constitucionalismo, em sua acepção moderna, tem como elemento fundamental a proteção de direitos, cujo esforço conjunto de cooperação sobre eles faz com se retire do Direito Internacional de Direitos Humanos qualquer pretensão moralizante. Práticas internas podem servir para outras práticas internacionais ou na resolução de questões internas de outros países.

Práticas internacionais também podem ser internalizadas por intérpretes dentro dos Estados soberanos. Essa constante invocação do direito internacional implementa importante troca de experiências e, assim, promove aprendizados recíprocos entre os envolvidos ou comparados, criando-se uma cooperação para além de aspectos econômicos ou monetários, por meio do chamado “princípio do cosmopolitismo” (SARMENTO e SOUZA NETO, 2017, p. 452-457):

⁵ Confira, nesse sentido, Neves (2009).

Com isso, ampliou-se a possibilidade real de integração não apenas econômica ou política entre os países e organizações internacionais, mas também “discursiva”: não só a normativa internacional, como também os argumentos empregados pelas cortes constitucionais e internacionais passam a ser cada vez mais considerados nas decisões adotadas na esfera interna em matéria constitucional (SARMENTO e SOUZA NETO, 2017, p. 452).

Muito embora Jeremy Waldron, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento deem foco no princípio do cosmopolitismo no que tange à interpretação e invocação do direito internacional por instituições judiciais, torna-se inegável que o fundamento deles se dá pelo esforço de cooperação e diálogo internacional sobre a interpretação constitucional.

Considerando a existência de várias ordens jurídicas tratando sobre um mesmo problema constitucional – e, portanto, também internacional – o sistema constitucional deveria adotar uma postura de abertura sistêmica para a criação de pontes de conversações constitucionais, de modo que qualquer decisão tomada leve o outro em consideração (NEVES, 2009).

Logo, conforme afirmam Cláudio Pereira e Daniel Sarmento, qualquer concepção ou interpretação das normas constitucionais que se fundamente em algum tipo de provincianismo constitucional precisa ser rechaçada. Deve-se privilegiar posturas constitucionais que se engajem, ou seja, abram-se para o diálogo constitucional transnacional exigido pelo princípio do cosmopolitismo (SARMENTO e SOUZA NETO, 2017, p. 456).

Nesse sentido, serve a seguinte reflexão de Alonso Freire (2016, p. 10):

Ao elaborar ou ao reelaborar suas normas fundamentais, cada país copia declaradamente ou não, normas de outras nações. Há hoje uma inegável engenharia constitucional em parceria. Ou seja, um novo país, ao elaborar sua constituição ou ao reformá-la, geralmente o faz aprendendo com outros. Há razões para isso. Suponho que não sejam apenas de natureza pragmática. O aprendizado com outros países envolve juízos de valor a respeito de justiça e integridade. Então, se há bastante harmonia no momento da criação de normas constitucionais – com respeito tanto a normas estritamente constitucionais de outro país, quanto às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos –, por que, então, não deve haver harmonia também quanto à interpretação dessas normas?

Portanto, invocam-se posturas que adotam um meio-termo entre particularismos e universalismos dentro da prática do direito constitucional e internacional. A cooperação e o engajamento dos Estados na proteção de direito é importante no cenário contemporâneo, mas não pode servir de tentativa de posturas homogêneas ou de servilismo às normativas internacionais.⁶

Assim, o ceticismo acerca da utilização da linguagem do constitucionalismo pelo direito internacional acaba perdendo força, existindo caminhos possíveis para a superação de tais obstáculos e para a constituição de uma “soberania descentralizada” (SWEET, 2012, p. 62), isto é, ausência de uma única e central hierarquia, que alberga toda a ordem política.

Considerando, então, a existência de várias hierarquias dentro dessa soberania distribuída, a associação da linguagem constitucional com o direito internacional se torna útil. Dentro dessa linguagem, afirma Mattias Kumm (2009, p. 259), existem características que são em parte formais, ou seja, que dizem respeito à hierarquia. Elas se referem às normas gerais de direito internacional, o *jus cogens*, e que carregam elementos de superioridade hierárquica das normas internacionais sobre as nacionais, como a Carta da Nações Unidas.

Somando-se a essa primeira característica, o autor apresenta duas outras: uma de índole funcional e outra de índole substantiva. A primeira refere-se à existência de tratados multilaterais que servem de regime constitucional específico para práticas de governança constitucional institucionalmente complexas.

No que tange à característica substantiva, ela se refere ao fato de que o direito internacional, assim como o direito constitucional doméstico, detém

⁶ Daí, portanto, a utilização, por Jeremy Waldron, da metáfora de que os Tribunais Constitucionais seriam “laboratórios dos direitos humanos”. Qualquer consenso científico é parcial e detém autoridade temporária no âmbito da pesquisa, mas, uma vez compartilhado tal conhecimento, novas construções teóricas podem ser realizadas a partir de outras novas constatações empíricas que não eram possíveis em determinado momento. Esta constante precariedade acerca do encaminhamento dos direitos humanos deve ser a pedra de toque para que o princípio do cosmopolitismo tenha sua expressão mais adequada. Assim, qualquer engajamento posterior não desconsiderará as construções científicas anteriores que, em que pese serem precárias, têm valor para as pesquisas atuais e futuras. O mesmo acontece com o direito e as suas experiências ao redor do mundo. Cf., Waldron (2012).

características substantivas no sentido de que os direitos humanos vão além da soberania estatal, fazendo com que as relações entre os cidadãos e determinado Estado sejam regidas pelo direito internacional.

Pode-se concluir, portanto, que a relação entre direito internacional e direito doméstico está em constante tensão e interação. Sendo assim, a preocupação que soergue diz respeito não apenas sobre como entender as abordagens entre essas duas áreas.

A gramática constitucional, então, passou a carregar esses antagonismos, fazendo-se com que essa relação paradoxal, longe de trazer o desequilíbrio, trouxe a possibilidade de inclusão pela participação de todos aqueles possivelmente afetados pelas decisões estatais (HABERMAS, 2003). Portanto, há uma questão transversal de grande importância para a compreensão adequada das tensões e relações entre soberania e direito doméstico, um projeto político ambicioso da democracia cosmopolita, uma ideologia de Estado que supere o monismo e, ainda, as noções clássicas de Estado-nação.

Tais preocupações de levar o constitucionalismo para além da noção de Estado-Nação também perpassam as análises de Asanga Welikala (*in* TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 338-353), principalmente às primeiras discussões no Sri Lanka acerca do federalismo (ético). A pluralidade étnica no contexto do Estado não pode servir para a desagregação do Estado, de que o federalismo se trataria apenas da autonomia dos territórios regionais/estaduais/locais e que a defesa do federalismo consiste na defesa de uma soberania das entidades locais.

A autonomia deve ser lida em conjunto com a regra de que as nações étnicas devem garantir um mínimo de unidade da nação, da “unidade-na-diversidade”, a partir da regra do compartilhamento de poder, que possibilita lidar adequadamente com a autonomia e diferença (EDRISINHA *in* TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 315).

Desse modo, o federalismo atuaria não com a perspectiva nacionalismo de formação de uma identidade nacional, mas como possibilidade de integração. Assim, conforme afirma Cristina M. Rodriguez (2014, p. 2.101),

a pluralidade de interesses e atores são importantes, eis que concedem ao federalismo o seu caráter não apenas de união, mas de negociação.

No contexto das experiências do Sri Lanka, Asanga Welikala (*in* TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 382 e 383) aborda essa questão dentro dos princípios do reconhecimento e o da reciprocidade subjacentes ao modelo de estado plurinacional. O primeiro tem caráter simbólico e prático, no sentido de que os compromissos simbólicos do estado plurinacional têm o efeito prático do caminho em que a constituição deverá caminhar nos seus processos interpretativos e fixará a pluralidade de nações como uma realidade constitucional.

No que tange ao princípio da reciprocidade, enfatiza-se os deveres dos entes autônomos em relação ao estado central que eles estão inseridos, referente ao respeito e reconhecimento de outras nações/regiões pelas próprias nações/regiões. A regra do compartilhamento, então, possibilita a garantia de voz e de pertencimento da nação, mormente na deliberação político-legislativa, como também protege a unidade nacional – na diferença – e cria estruturas representativas no poder central com extensão delas para as instituições locais (ESDRISINHA *in* TUSHNET e KHOSLA, 2015, p. 315).

Assim, o federalismo dentro do cenário de pluralismo nacional precisa buscar proteção constitucional que, simultaneamente, afirmam ou reconhecem etnicidades e identidades, e transcendê-las no ideal de unidade da nação. Diante disso, deve fugir de categorizações que não captam as nuances desse plurinacionalismo⁷.

Muito embora, atualmente, no Sri Lanka, não terem discussões ou debates sobre o federalismo, o rechaço dele ou a hostilidade em relação à

⁷ Vale asseverar, nesse tocante sobre o modelo adequado de federalismo no Sri Lanka, que críticas sobre a sua defesa eram bem acaloradas. A duas principais críticas são: i) a possibilidade de polarização entre as nações, de modo a, inclusive, ensejar deslocamentos de pessoas pelo território para constituírem moradia na parte do território que defende a comunidade étnica que ela se identifica e; ii) o problema das “minorias dentro da minoria”, que, segundo os críticos, podem levar à criação de grupos dominantes dentro da minoria regional e local, em detrimento de pequenas ou menos assertivas minorias, de modo que mesmo que criadas estruturas de segunda camada de representação, estas minorias dentro da minoria não teriam seus interesses considerados. Ocorre que, segundo afirma Rohan Edrisinha (2015, p. 316 e ss.), não se deve abandonar a ideia do federalismo como forma de tratar da questão da identidade e diversidade num dado Estado. Ao revés, deve-se valer disso para pensar numa carta de direitos enraizada constitucionalmente, com forte garantia dos direitos individuais, aplicável em nível nacional e, portanto, vinculante de todos os níveis de governo.

regra do compartilhamento e descentralização do poder – diante do receio que as províncias têm do governo central – o federalismo foi visto lá como mecanismo principal para alcançar reforma política radical e que defendam e mantenha a paz no país.

As ideias do federalismo em lidar com estes extremos do pluralismo nacional, ao passo que apresenta uma solução, indica, ao mesmo tempo, limites para o que elas podem encaminhar ou albergar, mormente em termos de medidas especiais para considerar a diferença. O federalismo, portanto, cria estruturas que fornecem ao estado central a oportunidade de abertura, ampliando a sua influência e capacidade, conforme afirma Cristina M. Rodriguez (2014, p. 2.113).

Nesse contexto negociador do federalismo, pode-se concluir que ele, além de providenciar estruturas para a acomodação de interesses os mais diversos, possibilita, ainda, a adoção de experiências ao lidar com as diferenças e a autonomia dos entes locais. O bom funcionamento da democracia tem como meio a necessária inclusão dessa pluralidade, mas como isso é possível?

Segundo Cristina M. Rodriguez (2014, p. 2.123), tanto interesses institucionais como populares precisam ser levados em consideração. No entanto, para que essas oportunidades geradas pelo federalismo tenham chances de atender às necessidades dos atores em jogo e suas próprias ambições elas dependem o alto grau de integração, que pode ser tanto vertical como horizontal.

O grau de integração vertical é a forma clássica de entender o federalismo, isto é, com centralização maior no papel do governo federal, todavia, sem pretender apenas à união ou a busca de uma identidade nacional. Nesse contexto, a descentralização gerada ocorre por meio do ente central convidando as entidades locais a cooperar (RODRIGUEZ, 2014, p. 2.117).

Os interesses locais se alinham com os federais, de modo que os primeiros podem ajudar com os interesses nacionais, mormente nos contornos da atuação limitadora ou empoderadora. O ente central expande, nesse sentido, as capacidades de resolução de problemas do Estado, mormente diante

do maior acesso de recursos financeiros e do aparato técnico que dispõe o governo federal (RODRIGUEZ, 2014, p. 2.117).

No que tange à integração horizontal, dá-se prioridade da atuação e interação local com outras regionalidades. Assim, a regra do compartilhamento é lida não apenas entre as entidades locais e o governo federal, mas entre as próprias regionalidade, com vistas ao compartilhamento de informações que são possíveis pela entidade central⁸ (RODRIGUEZ, 2014, p. 2.112-2.123).

A partir desta estrutura política amplificada pelo federalismo, torna-se evidente que a multiplicidade de atores potencializa o interesse em políticas de multinível. Segundo Cristina M. Rodriguez (2014, p. 2.127), esse é o principal valor que o sistema federal pode representar para o povo.

Segundo a autora, a expressão maior das preferências locais estabelece a política do Estado em contexto experimentalista e, portanto, mais aberto à pluralidade. Esses “laboratórios de democracia” criar e fortalece ambientes plurais e empodera entidades para a contestação e consideração no discurso político do governo federal (RODRIGUES, 2014, p. 2.128).

Então, conclui a autora:

O valor do federalismo para a realização de preferências populares decorre não só de sua criação de múltiplos locais para que as pessoas exerçam poder, mas também do fato de que o sistema permite que os governos estruturem seus processos de governança de maneiras diferentes para que possam mudar o escopo e intensidade da tomada de decisão democrática (RODRIGUEZ, 2014, p. 2.128).⁹

Diante disso, trazendo o contexto do Sri Lanka e do Nepal, a apropriação do discurso do federalismo se expressa tanto como um interesse

⁸ Cristina M. Rodriguez (2014, p. 2.124), chama atenção para a subversão da integração horizontal no sentido de formar interesses meramente políticos para acesso ao ente central e, portanto, despreocupado do principal que é o compartilhamento de informações pelas entidades regionais/locais. Para ela, deve-se evitar que a difusão política gere anomalias no sistema, mormente diante do modelo norte-americano de sistema praticamente bipartidário. Em outras palavras, a difusão política possibilitada pelo federalismo em sua aceção horizontal deve evitar ser co-optado estrategicamente para que minorias não sejam excluídas.

⁹ Tradução livre de: “The value of federalism to the realization of popular preferences stems not only from its creation of multiple sites for the people to exercise power, but also from the fact that the system enables politics to structure their governing processes in different ways that might change the scope and intensity of democratic decision-making”.

institucional quanto interesse popular. Ao passo que o governo federal distribui o poder de modo geográfico ele empodera entidades, mas regula a sua atuação. Os multiníveis de política amplificados pelo federalismo possibilitam oportunidades para que o povo se sinta minimamente representado pela entidade central.

No entanto, não se trata de um processo unívoco e desenvolvido de modo retilíneo sem crises ou desafios que geram forças em todos os sentidos. O constitucionalismo instável é, no contexto do Sri Lanka e do Nepal, condição de possibilidade para o lidar com as divisões étnicas, cujo experimentalismo gerado pelo federalismo aumenta as oportunidades de que esse pêndulo se agite com mais velocidade e não estacione por muito tempo em apenas um lado, gerando políticas nacionais exclusivistas.

Portanto, tendo como fim o desenvolvimento de política democráticas inclusivistas, o federalismo figura como importante laboratório de democracia, mormente em sua acepção integrativa horizontal e as preferências populares locais. Nesse sentido, afirma Heather Gerken (2014b), que o federalismo é a estrutura institucional que possibilita que os debates consigam integrar a maior diversidade possível por meio da “oposição leal”.

Trata-se de um termo usado para descrever como a Grã-Bretanha institucionalizou a oposição. Ele captura a importância de nos processos deliberativos abrir espaço para a oposição demonstrando lealdade a ela. O termo oposição traz a lume a importância do dissenso e que minorias quando se opõem a políticas ou cursos de ação estatal não são vítimas do sistema, mas também atores políticos capazes, principalmente quanto a minorias raciais (GERKEN, 2014b, p. 108).

O federalismo, nesse tocante, ajuda a compreender a lealdade no dissenso. Tal forma de Estado permite, por meio da descentralização, grande visibilidade àqueles que se opõem a determinada questão, porque eles estão mais próximos da realidade, conseguem encaminhar melhor as suas ambições (GERKEN, 2014b, p. 121; RODRIGUEZ, 2014, p. 2.123).

O fluxo de informações gerado pela integração horizontal facilita a atuações contextuais das entidades locais e, pois, provoca reações sociais

que podem chegar ao contexto nacional. Conforme afirma Heather Gerken (2014b, p. 123), todo movimento nacional nasce a partir de um movimento local, de modo que a descentralização expande os pontos de resistência e o impulso para mudança.

A descentralização, nesse contexto, fornece combustível para que as minorias sejam autores da sua própria vida, não sendo alocados em estruturas nacionais, porque é melhor para a unidade do Estado. Ela permite que por meio do federalismo se critique as estruturas políticas do Estado (GERKEN, 2014b, p.126), desestabilizando ortodoxias¹⁰ e criando normatividades antes acobertadas pelo Estado-nação ou que impediam voz ao dissenso (YOUNG, 2013, p. 374-378).

Assim, o federalismo, dentro desse contexto de integração, fornece não apenas o reconhecimento por parte do Estado de outras formas de vida e culturas. Reconhecimento sem consideração e internalização no discurso político é inadequado no âmbito de um experimentalismo democrático que objetive a inclusão.

O federalismo – inclusivo – possibilita algo a mais para os movimentos político-sociais que lutam por estruturas institucionais sensíveis ao contexto ou à forma do constitucionalismo apropriado àquele Estado. Ele faz inserir ao tecido constitucional objetivos democráticos conformados pela vontade popular. A diversidade étnica, com voz e consideração, estabelece a constituição do Estado como um pêndulo, servindo como importante laboratório de democracia.

Tais questões quando comparadas com os cenários e os momentos constitucionais vividos pelo Nepal e Sri Lanka jogam luz sobre a necessidade de novas metodologias e abordagem para a análise de problemas constitucionais e criação de modelos ou arquiteturas constitucionais

¹⁰ Segundo Katharine Young (2013, p. 351-399), os direitos econômicos e sociais podem ser constituídos por meio da contestação. Para ela, os movimentos sociais ou as estruturas ainda não normatizadas em diplomas ou práticas estatais constituem importantes atores políticos. Eles têm o importante papel de desestabilizar estruturas ou práticas estatais tradicionais que, no entanto, não condizem mais com a realidade social ou com o projeto político levado a efeito pela Constituição.

sensíveis a essas questões contemporâneas no âmbito do constitucionalismo (ZUMBANSEN *in* ROSENFELD e SAJO, 2012).

A ideia do federalismo vem à tona não apenas em razão dessas questões de uma “constituição cosmopolita” (SWEET, 2012, p. 58), mas diante do contexto de crises político-sociais experimentadas pelo Nepal e pelo Sri Lanka, no que se refere às tentativas de acomodação constitucional ou estabilidade institucional dos interesses do vasto número de etnias constantes no território.

4. Conclusões

Classicamente compreendido, o federalismo sempre foi visto como instrumento institucional para a distribuição geográfica do poder. A descentralização ou a devolução deste poder para as entidades regionais era vista como forma de manter a integridade nacional. Recentemente, no entanto, essas estruturas nacionalistas cedem espaço para a integração sob a perspectiva de expansão e reforço das preferências populares locais.

Assim, o federalismo passa atuar como negociador de conflitos. O fluxo de informações oportunizado por ele – e, por que não, pelo ente central – agrega a ele o valor representativo que ele tem dos interesses populares locais.

Diante disso, o contexto político-social vivido pelo Sri Lanka e Nepal é permeado por experiências democráticas que reforçam a necessidade de ressignificar o federalismo para além de uma forma de Estado, consistindo, na verdade, como ponto de partida para a acomodação e gestão dos conflitos étnicos ou nacionais que possam surgir nesta empreitada, mas que precisam ser incluídos nas estruturas centrais do poder.

O reconhecimento desta característica precípua do federalismo o coloca como condição para igualdade no contexto dos processos políticos-deliberativos, garantindo espaços de contestação e pluralismo essenciais aos movimentos políticos plurinacionais.

O pêndulo constitucional entre realidade e normatividade deve permanecer desse jeito, em constante movimento e instável. É dizer, o real não está nem numa extremidade e nem na outra; ele se dispõe no meio, como experiência constante de ser vivida. A Constituição, a partir desse contexto bebe da mesma fonte, eis que conformada a partir desse movimento pendular, influenciado tanto por questões internas como pelas externas.

5. Referências

- AVRITZER, Leonardo. GOMES, Lilian Cristiana Bernardo. MARONA, Marjorie Corrêa. DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho (orgs.). *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.
- EDRISINHA, Rohan. Debating Federalism in Sri Lanka and Nepal. In: TUSHNET, Mark, KOSLA, Madhav (eds.). *Unstable Constitutionalism: Law and Politics in South Asia*. New York: Cambridge University Press, 2015, pp. 291- 319.
- FREIRE, Alonso. Integridade transnacional dos direitos humanos. *RIL*, Brasília a. 53, n. 209 jan/mar. 2016. P. 255-275 (p. 10). Disponível em:< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520008/001063266.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- GERKEN, Heather. Federalism as the new nationalism: an overview. *Yale Law Journal*, Vol. 123, 2014a, pp. 1.889-1.919. Disponível em:< https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2422586>. Acesso em 20 de maio de 2018.
- GERKEN, Heather. The loyal opposition. *Yale Law Journal*, Vol. 123, 2014b, pp. 101 – 137. Disponível em:<<https://ssrn.com/abstract=2422588>>. Acesso em 22 de maio de 2018.
- HABERMAS, Jürgen. Uma questão de teoria política – O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

- KUMM, Mattias. The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between constitutionalism in and beyond the state. In: DUNOFF, Jeffrey L. TRACTMAN, Joel P. (orgs). *Ruling the world? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- RODRIGUEZ, Cristina M. Negotiating conflict through federalismo: institutional and popular perspectives. *Yale Law Journal*, Vol. 124, 2014, pp. 2.094-2.133. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2433768>>. Acesso em 15 de maio de 2018.
- ROSENFELD, Michel. Modern Constitutionalism as interplay between identity and diversity: an introduction. *Cardozo Law Review* 14, 497, 1992-1993.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SWEET, Alec Stone. A cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe. *Global Constitutionalism*, vol. 1, n. 1, 2012, p. 53-90.
- TUSHNET, Mark, KOSLA, Madhav. Unstable Constitutionalism. In: TUSHNET, Mark, KOSLA, Madhav (eds). *Unstable Constitutionalism: Law and Politics in South Asia*. New York: Cambridge University Press, 2015.
- WELIKALA, Asanga. Constitutional Form and Reform in Postwar Sri Lanka: Towards a Plurinational Understanding. In: TUSHNET, Mark. KOSLA, Madhav (eds.). *Unstable Constitutionalism: Law and Politics in South Asia*. New York: Cambridge University Press, 2015, pp. 320-354.
- WALDRON, Jeremy. *Partly laws common to all mankind: foreign law in american courts*. New Haven: Yale University Press, 2012.
- YOUNG, Katharine G. *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- ZUMBANSEN, Peer. Carving out typologies and accounting for differences across systems: towards a methodology of transnational constitutionalism. In: ROSENFELD, Michel. SAJO, Andras (orgs.). *The Oxford Handbook of comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 75-97.

Capítulo XIII

A tensão entre a continuidade do poder constituente e a operacionalidade da constituição a partir das emendas constitucionais: um estudo do caso russo

*Jessica Holl*¹

1. Introdução

As emendas constitucionais consistem na principal forma de atualização do texto das constituições às novas demandas da população, permitindo, entretanto, a manutenção do compromisso constitucional inicialmente firmado². Assim, se por um lado as emendas promovem alterações do texto inicialmente estabelecido, elas também renovam o compromisso com os valores constitucionais nele apresentados, na medida em que reafirmam sua validade, apesar das alterações pontuais demandadas pelo contexto de aplicação da Constituição, que está em constante transformação. Nesse sentido, as emendas constitucionais representam a atualização do poder constituinte, ainda que derivado, não permitindo que ele permaneça recluso unicamente no momento de edição

¹ Professora Substituta de Direito da UFOP. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Graduada em Direito pela UFMG. Pesquisadora do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (<http://cjt.ufmg.br>). Membro do Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição – IDEJUST. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8710494509767162>. E-mail: jessica_holl@ymail.com

² Não se pretende aqui desconsiderar a possibilidade de alterações informais da Constituição, que consistem essencialmente na modificação do sentido ou da interpretação da norma constitucional sem que tenha ocorrido uma efetiva alteração do texto constitucional (ALBERT, 2017, p. 36), o que a doutrina também denomina de “mutação constitucional”. No entanto, o presente trabalho pretende debruçar-se sobre o mecanismo de alteração constitucional formal, isto é, as emendas constitucionais, que se relaciona ao poder legislativo atuando como poder constituinte derivado.

do texto constitucional, materializando as tensões acerca do significado da constituição socialmente presentes.

Contudo, para que as emendas constitucionais de fato representem o compromisso com a constituição ao mesmo tempo em que promovam alterações a seu conteúdo, é necessário que elas estejam em harmonia com o restante do texto. Caso contrário, a constituição terminará como um conjunto de fragmentos textuais desconexos e perderá sua operacionalidade. Na medida em que sucessivas emendas alteram questões pontuais do texto constitucional, sem que haja uma efetiva preocupação em reorganizar os demais elementos à luz das alterações proporcionadas por essas emendas, o que se vê é um texto pouco conexo que não mais representa os compromissos firmados pelo poder constituinte, mas que também é incapaz de firmar novos compromissos. Ademais, o rompimento com a organicidade do texto constitucional pode implicar na desestruturação do arcabouço basilar de direitos originalmente tutelados pela constituição, o que implicaria em um rompimento com o próprio projeto constituinte materializado no texto constitucional e não, apenas, em sua atualização. Isso, considerando que uma constituição não se resume ao texto positivado, relacionando-se com a própria experiência constitucional experimentada em sociedade, mas, ainda assim, encontra no texto elemento de sistematização do projeto por ela instituído.

Esse cenário é muito bem representado pela Constituição Russa de 1978 que, nos últimos anos em que esteve em vigor, contava com mais de 400 emendas, sendo que em toda a Rússia não havia um único exemplar que trouxesse uma versão atualizada com todas as emendas e as alterações delas decorrentes (HENDERSON, 2011, p. 60). Em contrapartida, a Constituição Russa de 1993 apresenta a possibilidade de emendas constitucionais, mas exige um trâmite tão complexo que praticamente as inviabiliza. Tanto que, até o momento, a Constituição de 1993 sofreu emendas significativas apenas em 2008.

O caso russo ilustra como o abuso do mecanismo das emendas constitucionais pode, ao invés de promover a continuidade e atualização

do poder constituinte, comprometer a funcionalidade da constituição alvo das emendas. E levanta a pergunta sobre qual seria o limite entre o uso das emendas de forma a permitir a atualização das constituições e reafirmar os compromissos constitucionais e o abuso das emendas que causaria a inaplicabilidade da constituição. Estaria esse limite no número de emendas realizadas ou na harmonização das emendas com o restante do texto constitucional?

O presente trabalho sugere que a grande questão que tensiona a relação entre a continuidade do poder constituinte e a operacionalidade da constituição a partir das emendas constitucionais é a forma como essas emendas são integradas à constituição. Isto frequentemente ocorre sem que haja uma harmonização com os demais dispositivos constitucionais, que não foram alvo direto da emenda, mas que com ela se relacionam. Dessa forma, o grande problema da Constituição Russa de 1978 não foi apenas o número exacerbado de emendas, mas o fato dos dispositivos constitucionais terem sido praticamente recortados e substituídos pelo novo texto das emendas, sem qualquer preocupação com os impactos que essas emendas poderiam trazer para outros dispositivos constitucionais e para o projeto constitucional como um todo. Aqui não se está negando que um grande número de emendas traz necessariamente impacto ao texto constitucional. Entretanto, se esse elevado número de emendas for efetivamente harmonizado com os demais dispositivos constitucionais, isto poderá representar a reafirmação do compromisso constitucional, ao mesmo tempo em que promove a atualização do texto da constituição às presentes demandas da sociedade.

Na sequência, será feito um estudo da Constituição da República Socialista Federativa Russa Soviética de 1978, de modo a introduzir sua construção histórica e contextualizar o processo de emendas pelo qual passou. Então, será feita um contextualização da Constituição Russa de 1993, com destaque para a regulação dada às emendas constitucionais e para as emendas aprovadas em 2008. Com base nesse estudo de caso, serão, na sequência, levantados questionamentos acerca da tensão

existente entre a atualização do projeto constituinte através de emendas constitucionais e a possibilidade de rompimento com esse projeto trazida por um abuso do instituto das emendas constitucionais.

O estudo de um instituto como as emendas constitucionais, a partir de uma experiência estrangeira, mostra-se necessário uma vez que permite a compreensão dos limites e desafios trazidos por esse instituto, a partir de uma experiência essencialmente diversa da nacional, de forma que esse aprendizado constitucional possa ser incorporado ao já desenvolvido no Brasil. Ademais, como destacado por Richard Albert (2017, p. 39):

O campo [das emendas constitucionais em uma perspectiva comparada] convida os acadêmicos a extrair *insights* sobre a mudança constitucional através das fronteiras e culturas, para descobrir as motivações por trás das mudanças constitucionais, para teorizar as melhores práticas e para identificar os fundamentos teóricos das mudanças constitucionais.³

É com esse convite para um estudo dos institutos constitucionais a partir de uma perspectiva transnacional, que reconhece a múltipla influência de agentes nacionais, internacionais, inter-estatais e não-estatais, que o presente trabalho pretende levantar o debate sobre a utilização das emendas constitucionais nas últimas duas constituições russas e os aprendizados que essas experiências podem trazer.

2. A Constituição da República Socialista Federativa Soviética da Rússia de 1978

A Constituição Russa de 1978, foi promulgada no marco da Constituição Soviética de 1977, a terceira constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). As constituições soviéticas não

³ Tradução livre do original em inglês: “The field [of comparative constitutional amendment] invites scholars to draw insights about constitutional change across borders and cultures, to uncover the motivations behind constitutional change, to theorize best practices and to identify the theoretical underpinnings of constitutional change.” (ALBERT, 2017, p. 39).

tinham plena funcionalidade como documento jurídico, vez que não tinham aplicação direta, não podendo ser defendidas perante as cortes. E mesmo sendo chamadas de “Leis Fundamentais”, a legislação que lhe era subordinada, frequentemente, era inconsistente com o constitucionalmente previsto. Assim, sua principal função consistia em seu aspecto político. As constituições soviéticas funcionavam como propaganda para os públicos nacionais e internacionais, uma vez que, ao mesmo tempo em que demarcavam o alcance de um novo nível em direção ao Estado socialista, estabeleciam as metas a serem alcançadas por esse Estado (HENDERSON, 2011, p. 36).

Uma função clara de uma Constituição soviética era estabelecer a estrutura das agências estatais, embora nem sempre com total franqueza. Dado que a separação de poderes não se encaixava na ideologia oficial, não é surpreendente que as agências estatais não fossem nitidamente divididas entre a trilogia padrão de legislativo, executivo e judicial. Particularmente na Constituição idealista de 1918 da RSFSR, não houve nenhuma tentativa de delinear entre as duas agências centrais, o Congresso dos Soviets de toda a Rússia e seu Comitê Executivo Central (CEC).⁴

A primeira Constituição Soviética, de 1918 (a Constituição da República Socialista Federativa Soviética da Rússia - RSFSR, visto ser anterior à formação da URSS), foi a que apresentou maior caráter político, indicando claramente suas aspirações marxistas (HENDERSON, 2011, p. 38). Com a formação da URSS em 1922, em 1924 foi adotada a primeira Constituição da URSS, o que implicou em emendas à Constituição de 1918 da RSFSR, para que houvesse uma adequação ao funcionamento da URSS (HENDERSON, 2011, p. 39). A segunda Constituição da URSS, de 1936, ficou conhecida como a “Constituição Stalin”.

⁴ Tradução livre do original em inglês: “One clear function of a Soviet Constitution was to set out the structure of State agencies, although not always with complete candour. Given that separation of powers did not fit with the official ideology, it is unsurprising that State agencies were not neatly divided between the standard trilogy of legislative, executive and judicial. Particularly in the idealistic 1918 RSFSR Constitution, there was no attempt to delineate between the two central agencies, the All-Russian Congress of Soviets and its Central Executive Committee (CEC).”(HENDERSON, 2011, p. 37).

A Constituição "Stalin" de 1936 marcou uma mudança substancial na abordagem do Estado e da lei. A base econômica do Estado havia mudado para um planejamento central completo, e a teoria stalinista do "socialismo em um só país" exigia um Estado forte apoiado por uma lei forte. O foco no desaparecimento da lei anteriormente associado a EB Pashukanis e NV Krylenko foi substituído pela abordagem mais positivista de Ala Vyshinskii.⁵

Na Constituição da URSS de 1936, estava presente uma série de direitos e deveres dos cidadãos, o que ocorreu pela primeira vez em uma Constituição da URSS. Por outro lado, uma série de previsões relacionadas ao funcionamento do legislativo da URSS continuaram omissas (HENDERSON, 2011, p. 40).

Em 1962, Khrushchev iniciou a redação de uma Constituição pós-Stalin para levar em conta o "status internacional otimizado da URSS no centro de um sistema mundial de Estados socialistas", mas o processo fracassou, entre outras razões, porque não havia unanimidade suficiente sobre as reformas federais para encaixar a reorganização de Khrushchev da economia planejada em uma base mais regional (suas reformas Sovnarkhoz). Após sua destituição em 1964, Brezhnev assumiu o cargo de Presidente Constitucional da Comissão de Redação, mas pouco foi feito por quase 10 anos. Não está claro por que houve esse hiato, nem por que, na primavera de 1977, a Comissão Constitucional foi revivida, o que levou a que um esboço fosse publicado em 4 de junho para discussão pública.⁶

Em que pese essa abertura para a participação popular na elaboração da Constituição ter sido concretizada apenas na inclusão de um artigo, ela serviu para conquistar o apoio popular para o novo texto (HENDERSON,

⁵ Tradução livre do original em inglês: "The 1936 'Stalin' Constitution marked a substantial shift in approach to State and law. The economic basis of the State had changed to full central planning, and the Stalinist theory of 'socialism in one country' required a strong State backed by strong law. The focus on the withering away of law previously associated with EB Pashukanis and NV Krylenko was replaced with the more positivist approach of Ala Vyshinskii." (HENDERSON, 2011, p. 39-40).

⁶ Tradução livre do original em inglês: "In 1962 Khrushchev initiated drafting a post-Stalin Constitution to take into account the USSR's 'enhanced international status at the centre of a world system of socialist states', but the process foundered, amongst other reasons, because there was insufficient unanimity about federal reforms to fit Khrushchev's reorganisation (sic) of the planned economy on a more regional basis (his *Sovnarkhoz* reforms). After his ouster in 1964, Brezhnev took over as Constitutional Drafting Commission Chairman, but little was done for almost 10 years. It is not clear why there was this hiatus, nor why in the spring of 1977 the Constitutional Commission was revived, leading to a draft being published on 4 June for public discussion." (HENDERSON, 2011, p. 41).

2011, p. 41). Essa Constituição da União Soviética, de 1977, deixou clara a precedência e a força do Partido Comunista, além de ter estabelecido algumas reformas na organização do Estado da URSS (HENDERSON, 2011, p. 42). Na Constituição de 1977 os direitos dos cidadãos ganharam uma maior proeminência, o que pode ser explicado pela adesão da URSS a tratados internacionais em matéria de direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas (HENDERSON, 2011, p. 44). Foi dada maior atenção aos direitos econômicos, em relação aos direitos sociais e políticos, sendo especificada a forma de implementação e efetivação desses direitos. Também os direitos relacionados à igualdade ganharam especial atenção.

Ainda assim, cumpre destacar que os direitos previstos na Constituição de 1977 não tinham o caráter de direitos humanos propriamente, mas se baseavam na teoria dos direitos dependentes, na medida em que o exercício desses direitos estava relacionado com o cumprimento das obrigações dos cidadãos perante o Estado; note-se que eles também não tinham aplicabilidade imediata perante os tribunais, sendo necessária a elaboração de legislação infra-constitucional que os regulasse (HENDERSON, 2011, p. 44-45). Essa perspectiva dos direitos dos cidadãos só foi alterada a partir da *Perestroika*, quando eles foram transformados em direitos humanos (HENDERSON, 2011, p. 46).⁷

A Constituição de 1977 também chegou a sofrer emendas, em especial, a partir da *Perestroika* e nos anos finais da União Soviética. A esse respeito, cumpre destacar as emendas de dezembro de 1988, que introduziram o Congresso dos Deputados do Povo, em substituição ao Supremo Soviete bicameral da URSS (HENDERSON, 2011, p. 48-49); e as emendas de março de 1990, que, dentre outras medidas, revisaram as categorias de propriedade, preparando a União Soviética para uma abertura de mercado, além de introduzir o presidencialismo (HENDERSON, 2011, p. 53). Note-se que mesmo a Constituição de 1977 da URSS perpassou um número muito inferior

⁷ Para uma discussão mais aprofundada sobre os direitos dos cidadãos na URSS e posteriormente na Rússia, ver: HENDERSON, Jane. *The Constitution of the Russian Federation: A contextual analysis*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2011. Chapter 6 The Constitutional Role of the Courts - VII Protection of Human Rights. p. 228 - 253.

de emendas constitucionais, se comparado com a quantidade de emendas à Constituição de 1978 da RSFRS (como será exposto na sequência), e sofreu alterações mais significativas nos anos finais da União Soviética. Essas alterações podem ser relacionadas ao próprio período turbulento vivenciado pela URSS, que tentava reformar suas estruturas internas de modo a viabilizar sua manutenção enquanto União.

Com base nessa visão geral acerca da Constituição da União Soviética de 1977 é possível, então, partir para um estudo da Constituição da República Socialista Federativa Soviética da Rússia de 1978, visto que ela foi elaborada a partir da Constituição de 1977 e permaneceu em vigor até a promulgação da Constituição Russa de 1993. Em que pese o fato da Constituição de 1978 já contar, em 1992, com mais de 400 emendas e não existir uma versão consolidada de seu texto, considerando todas as emendas (HENDERSON, 2011, p. 60).

A Constituição da RSFRS de 1978 foi emendada em razão das reformas da Perestroika e, em outubro de 1989, recebeu novas emendas para instituir a nova estrutura do legislativo, o Congresso dos Deputados do Povo (CDP) (HENDERSON, 2011, p. 60), refletindo a emenda à Constituição da União Soviética de 1977, que criou o Congresso dos Deputados do Povo da URSS. Na primeira eleição para o CDP da RSFSR (março de 1990), Boris Yeltsin foi eleito e em junho de 1990 foi formalmente nomeado com presidente do CDP (HENDERSON, 2011, p. 61). A eleição de Yeltsin ganha destaque, uma vez que a partir desse momento ele se tornou um dos principais atores no processo político e constitucional russo, influenciando diretamente nos processos de emenda à Constituição de 1978 e de redação da Constituição de 1993.

A partir de 1990, uma série de emendas constitucionais alteraram significativamente a estrutura da Constituição da RSFSR, o que também é um reflexo do momento de crise vivenciado pela União Soviética e a consequente necessidade de reestruturação do Estado russo. A esse respeito, note-se que em 12 de junho de 1990, o CDP aprovou a “Declaração da Soberania Estatal da RSFSR”, sem que isso implicasse em uma

independência em relação à URSS, mas apenas indicando a supremacia russa em caso de conflito com a União Soviética, bem como a prevalência da legislação russa em caso de conflito com a da URSS (HENDERSON, 2011, p. 61).

No que se refere às emendas à Constituição de 1978 destaca-se: a emenda de 15 de junho de 1990, que permitiu a existência de partidos políticos diversos (HENDERSON, 2011, p. 62); a emenda de 15 de dezembro de 1990, que incorporou no preâmbulo da Constituição as mudanças decorrentes da Declaração de Soberania (HENDERSON, 2011, p. 63); a emenda de 3 de junho de 1991, que inseriu um novo capítulo na Constituição, criando o cargo de presidente (HENDERSON, 2011, p. 63); a emenda de 1 de novembro de 1991, que alterou o hino e a bandeira russos (HENDERSON, 2011, p. 63); e a emenda de 21 de abril de 1992, que alterou as previsões relacionadas aos direitos individuais, incluindo as previsões da Declaração Russa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1991, e alterou no nome da República Socialista Federativa Soviética da Rússia para Federação Russa ⁸ (HENDERSON, 2011, p. 65). No entanto, referências à Constituição da União Soviética continuaram presentes no texto da Constituição da, então, Federação Russa, mesmo após a dissolução da URSS, tendo sido alteradas apenas com o advento da Constituição de 1993 (HENDERSON, 2011, p. 66).

A série de emendas à Constituição russa de 1978, ocorridas nos últimos anos da União Soviética e após a formação da Federação Russa, tornaram o documento impraticável, o que fortaleceu uma série de movimentos para a elaboração de uma nova constituição. Como será exposto na sequência, o processo de elaboração do que viria a ser a Constituição de 1993 foi marcado por diversos embates entre o poder executivo e o legislativo e a redação final do texto constitucional teve como figura central Boris Yeltsin. Esses fatores refletem diretamente na atual

⁸ O Legislativo já havia alterado o nome da República Socialista Federativa Russa Soviética para Federação Russa em 25 de dezembro de 1991, mesma data da renúncia de Mikhail Gorbachev da presidência da União Soviética e que, por conseguinte, marcou o fim da URSS. No entanto, somente em 21 de abril 1992 essa alteração foi incorporada na Constituição (HENDERSON, 2011, p. 64-65).

organização do Estado russo e também nas disposições constitucionais relacionadas ao processo de emenda.

3. A Constituição Russa de 1993

Considerando o histórico da Constituição da República Socialista Federativa Soviética da Rússia de 1978, parte-se, então para um estudo da Constituição russa de 1993, a primeira (e única até o momento) redigida após o fim da União Soviética. Inicialmente, cumpre fazer um breve resgate do processo constituinte, que trará reflexos significativos para o atual texto constitucional.

3.1. O processo constituinte

Como destacado anteriormente, com o fim da União Soviética e após a Constituição russa de 1978 já apresentar mais de 400 emendas e não haver uma versão consolidada do texto constitucional disponível (HENDERSON, 2011, p. 60), a discussão sobre a elaboração de uma nova Constituição, que já havia sido aventada anteriormente, ganhou nova força.

[...] os ajustes à Constituição Russa de 1978 da RSFSR criaram um documento inconsistente e quase inviável. Essa Constituição foi escrita em uma era diferente com prioridades diferentes. Houve várias alterações à medida que essas prioridades mudaram, e a mudança em 1991 de um sistema parlamentar para um sistema presidencial criou conflitos internos [ao texto constitucional]. O que era necessário era uma nova Constituição para as novas circunstâncias da Rússia. [...] [U]m dos primeiros atos do I CPD foi estabelecer uma Comissão Constitucional, que veio a ser conhecida como a Comissão Rumiantsev. Foi acordado um anteprojeto em agosto de 1990, que foi publicado em novembro (o primeiro “anteprojeto Rumiantsev”).⁹

⁹ Tradução livre do original em inglês: “[...] tinkering with the 1978 RSFSR Russian Constitution had created an inconsistent and almost unworkable document. That Constitution had been written in a different era with different priorities. There had been multiple amendments as those priorities changed, and the switch in 1991 from a parliamentary to a presidential system set up internal conflicts. What was needed was a new Constitution for Russia’s new circumstances. [...] [O]ne of the early acts of the I CPD was to establish a Constitutional Commission, which came

O anteprojeto Rumiantsev foi apenas o primeiro a ser apresentado, tendo sido seguido por um anteprojeto elaborado pela facção dos “Comunistas da Rússia” no legislativo e por outro elaborado pela Faculdade de Direito da Universidade de Saratov (HENDERSON, 2011, p. 66). A esses anteprojetos seguiram outros também elaborados pela Comissão Rumiantsev, mas que não conseguiram apoio suficiente para serem incluídos na agenda do CDP, ou que, mesmo aprovados pelo CDP não conseguiram o suporte efetivo dos diversos grupos políticos (HENDERSON, 2011, p. 66-67). Fato é que a elaboração de anteprojetos para a futura Constituição russa inseriu-se no contexto de disputas entre os poderes executivo e legislativo da Rússia, tendo se tornado mais um mecanismo de oposição entre o presidente Boris Yeltsin, que também apresentou anteprojetos, e o legislativo, por meio da Comissão Rumiantsev.

Em maio de 1993, Yeltsin instituiu uma Assembleia Constituinte (*Konstitutsionnoe Soveshchanie*), que se reuniu em junho de 1993 e tinha como função “elaborar uma constituição a partir da Declaração de Soberania Estatal de 1990 e do Tratado Federal de 1992” (HENDERSON, 2011, p. 74)¹⁰. Como a Assembleia Constituinte foi composta por indicação do presidente e, não, eleita, alegou-se que na prática ela apenas legitimaria as opções constitucionais do próprio Yeltsin (HENDERSON, 2011, p. 74-75). O embate entre os poderes executivo e legislativo não se resolveu com a Assembleia Constituinte, de forma que o legislativo dificultou ao máximo a aprovação do anteprojeto produzido pela Constituinte. “Em setembro [de 1993], ficou claro que as opções para a resolução amigável dos

to be known as the Rumiantsev Commission. It agreed a draft outline by August 1990, which it published that November (the first ‘Rumiantsev draft’).” (HENDERSON, 2011, p. 66).

¹⁰ Tradução livre do original em inglês: “to formulate a new Constitution based on the 1990 Declaration of State Sovereignty and the 1992 Federal Treaty, starting with discussion around the presidential draft Constitution.” (HENDERSON, 2011, p. 74).

impasses políticos e legais entre o Presidente e o Legislativo eram extremamente limitadas.”¹¹ Como resultado:

No dia 21 de setembro, Yeltsin emitiu o édito presidencial número 1400, “Passo a passo da [...] reforma constitucional na Federação Russa”. Esta disposição [...] suspendeu tanto a atual Constituição da RSFSR quanto o Legislativo, especificando que haveria eleições em 12 de dezembro para um novo Parlamento federal para a Rússia e um plebiscito nacional simultâneo para aprovar a nova Constituição.¹²

Para dar efetividade ao édito presidencial, Yeltsin precisou se valer da força militar, uma vez que enfrentou forte oposição do poder legislativo, que chegou a determinar o seu afastamento (HENDERSON, 2011, p. 77). As eleições para o parlamento russo e um plebiscito para aprovação do novo texto constitucional foram agendados para o dia 12 de dezembro de 1993 (HENDERSON, 2011, p. 77-78). Uma Câmara de Estado da Assembleia Constitucional foi instituída para a finalização do anteprojeto da Constituição, que foi publicado no dia 10 de novembro. Na prática não houve grande abertura para interferências na redação do anteprojeto, em que pese também ter havido uma Câmara Social para reunir as sugestões de organizações políticas e sociais (HENDERSON, 2011, p. 79).

O resultado oficial emitido pela CEC [Comissão Eleitoral Central] em 20 de dezembro foi que 54,8% do eleitorado havia votado; e desses, 58,4% aprovaram a Constituição. Os limiares de plebiscito foram aprovados, portanto a Constituição entrou em vigor na data de sua publicação oficial, 24 de dezembro de 1993.¹³

¹¹ Tradução livre do original em inglês: “By September it became clear that the options for amicable resolution of the political and legal impasses between President and Legislature were extremely limited.” (HENDERSON, 2011, p. 76).

¹² Tradução livre do original em inglês: “On 21 September Yel'tsin issued presidential edict number 1400, ‘On step-by-step [...] constitutional reform in the Russian Federation’. This [...] provision suspended both the existing RSFSR Constitution and the Legislature, specifying that there would be elections on 12 December for a new federal Parliament for Russia and a simultaneous national plebiscite to approve the new Constitution.” (HENDERSON, 2011, p. 77).

¹³ Tradução livre do original em inglês: “The official result issued by the CEC [Central Electoral Commission] on 20 December was that 54.8 per cent of the electorate had voted; and of those, 58.4 per cent had approved the Constitution. The plebiscite thresholds were passed, therefore the Constitution entered into force on the date of its official publication, 24 December 1993.” (HENDERSON, 2011, p. 80).

Não obstante, existem questionamentos quanto à lisura do plebiscito. Acredita-se que o governo chegou a fraudar algumas cédulas de forma a garantir que fosse muito pouco provável a reprovação da constituição. Henderson (2011, p. 80) destaca que:

[...] [H]á dúvidas sobre a legalidade formal da Constituição de 1993. No entanto, ela se encaixa com uma longa tradição russa de mudanças radicais impostas de cima [para baixo] por uma figura reformadora com poder. Neste caso particular, houve uma intenção de romper com o passado, e se isso foi alcançado legitimamente ou não, não é de significativa importância se houver um consenso político como resultado, como aparentemente houve aqui.¹⁴

Talvez o ponto não seja afirmar peremptoriamente que qualquer consenso político obtido após um processo constituinte que carece de legitimidade democrática é válido apenas por ser um consenso. Mas, compreender que mesmo um projeto constituinte que se iniciou por um processo que apresentou déficit de legitimidade pode ser legitimamente construído a partir do tensionamento desse projeto, por parte de seus agentes, isto é, do povo, ou dos povos russos e daqueles que são diretamente afetados pelo constitucionalismo russo.

3.2. A Constituição Russa de 1993 e as emendas constitucionais

A nova Constituição russa, oficialmente publicada em 25 de dezembro de 1993 no jornal *Rossiiskaya Gazeta*¹⁵, é composta por um preâmbulo e duas seções. A primeira seção apresenta nove capítulos: “Capítulo 1 – Os fundamentos do sistema constitucional”; “Capítulo 2 – Os direitos e liberdades dos homens e cidadãos”; “Capítulo 3 – A estrutura federativa”; “Capítulo 4 – O Presidente da Federação Russa”; “Capítulo 5

¹⁴ Tradução livre do original em inglês: “[...] [T]here is doubt about the formal legality of the 1993 Constitution. However, it fits with a long Russian tradition of radical change imposed from above by a reforming figure with power. In this particular case there was an intention to make a break with the past, and whether this was achieved legitimately or not is of no lasting importance if there is a political consensus for the outcome, as apparently there was here.” (HENDERSON, 2011, p. 80).

¹⁵ Conforme nota oficial disponível em: <<http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>>

– A Assembleia Federal”; “Capítulo 6 – O Governo da Federação Russa”; “Capítulo 7 – O Poder Judiciário”; “Capítulo 8 – Auto-governo local”; e “Capítulo 9 – Emendas Constitucionais e revisão da Constituição”, totalizando 137 artigos. Já a segunda seção trata das disposições transitórias e das conclusões¹⁶.

Essa Constituição rompe com as que lhe antecederam, até pelo contexto significativamente diverso em que ela foi elaborada. Na verdade, ela é a primeira a não trazer em seu nome a expressão “Lei Fundamental” e a ser de fato hierarquicamente superior à legislação ordinária, que deve estar em conformidade com as disposições constitucionais – as constituições anteriores serviam mais como norteadoras da legislação ordinária, podendo ser por ela contrariada. Ademais, ela também foi a primeira a ser aprovada por plebiscito e não pelo próprio Legislativo, em que pese as controvérsias a respeito da forma como o plebiscito foi conduzido (HENDERSON, 2011, p. 81).

No que se refere especificamente às disposições sobre o processo de emenda à Constituição e de revisão constitucional (Capítulo 9), tem-se o estabelecimento dos sujeitos capazes de apresentar uma emenda constitucional e daquelas que poderiam ser consideradas as cláusulas pétreas da Constituição russa, isto é, as cláusulas cuja revisão implicariam na convocação de uma nova Assembleia Constituinte.

De acordo com o artigo 134 da Constituição da Federação Russa (CFR/93), podem apresentar propostas de emenda e revisão da Constituição o presidente da Federação Russa, o Conselho da Federação,¹⁷ a Duma Estatal,¹⁸ o Governo da Federação Russa,¹⁹ os órgãos legislativos

¹⁶ A Constituição Russa está disponível em russo, inglês, francês e alemão em: <<http://www.constitution.ru/en/10002000-01.htm>>

¹⁷ O Conselho da Federação (no inglês, *Council of the Federation*) consiste em estrutura análoga ao Senado Federal no Brasil, é composto por dois representantes de cada ente federado russo, sendo um oriundo do poder legislativo e outro do poder executivo do ente federado, de acordo com o art. 95.2 CFR/93.

¹⁸ A Duma Estatal (no inglês, *State Duma*) consiste em estrutura análoga à Câmara dos Deputados brasileira, sendo composta por 450 deputados (art. 95.3 CFR/93).

¹⁹ O Governo da Federação Russa (no inglês, *Government of the Russian Federation*), ou gabinete ministerial, é composto pelo chefe de governo da Federação Russa (primeiro-ministro), pelo vice-chefe de governo (vice primeiro-ministro) e pelos ministros da federação (art. 110.2 CFR/93).

dos entes federados,²⁰ e grupos compostos por, no mínimo, um quinto dos membros do Conselho da Federação ou da Duma Estatal.

O art. 135, CFR/93 apresenta os artigos presentes nos capítulos 1 (“Os Fundamentos do Sistema Constitucional”), 2 (“Direitos e Liberdades dos Homens e Cidadãos”) e 9 (“Emendas Constitucionais e Revisão da Constituição”) como cláusulas pétreas da Constituição. Dessa forma, não é possível apresentar emendas a esses capítulos. Entretanto, se três quintos do total de membros do Conselho da Federação e da Duma Estatal concordarem com a revisão desses capítulos, deve ser convocada uma nova Assembleia Constituinte, que deverá reafirmar os dispositivos da Constituição Russa ou elaborar nova Constituição. No caso de elaboração de nova Constituição, ela deverá ser aprovada por dois terços dos membros da Assembleia Constituinte ou submetida a referendo.

Já o art. 136, CFR/93 trata das emendas aos capítulos 3 a 8 da Constituição. Nesse caso, aplicam-se as normas referentes à adoção de leis constitucionais federais e as emendas entram em vigor após a aprovação pelos órgãos legislativos de, no mínimo, dois terços dos entes federados. As leis constitucionais federais, por sua vez, para serem aprovadas precisam dos votos favoráveis de, no mínimo, três quartos do total de membros do Conselho da Federação e de, no mínimo, dois terços dos deputados da Duma Estatal (art. 108, CFR/1993). Por fim, o art. 137, CFR/1993, dispõe sobre emendas ao art. 65 CFR/1993, que trata dos entes federados.

Henderson (2011, p. 101) sugere que a inovação no constitucionalismo russo de trazer o que aqui são chamadas de cláusulas pétreas na Constituição de 1993 está diretamente relacionado com o novo contexto pluripartidário. Assim, seria necessário criar um arcabouço constitucional que evitasse a constante alteração de garantias centrais aos indivíduos e à estruturação do próprio sistema constitucional, que não

²⁰ A Federação Russa é dividida em 84 entes federados, sendo 22 repúblicas, 46 províncias, 9 territórios, 1 província autônoma, 4 distritos autônomos e 2 cidades federais (art. 65 CFR/93). Os entes federados possuem iguais direitos federais, isto é, igual representação no Conselho da Federação, apesar de possuírem diferentes níveis de autonomia.

poderiam estar sujeitas ao alvedrio político. Seja como for, fato é que a alteração dos capítulos 1, 2 e 9 implica a efetiva formulação de um novo projeto constitucional, a partir de uma nova Assembleia Constituinte.

Para além das cláusulas pétreas, as emendas à Constituição russa apresentam um significativo desafio político, considerando que para além da maioria qualificada nas duas casas legislativas, ainda se requer a aprovação pelos legislativos de dois terços dos entes federados, como descrito acima. Até o momento, somente em 2008 foram feitas emendas à Constituição russa, quando da presidência de Medvedev, de forma que a doutrina chegou a considerar que essa seria uma Constituição operacionalmente imutável (HENDERSON, 2011, p. 102).

3.4. As emendas constitucionais de 2008

Em novembro de 2008, o então presidente russo Dmitry Medvedev apresentou proposta de emenda constitucional ao Legislativo, para aumentar o mandato presidencial de quatro para seis anos e o mandato parlamentar de quatro para cinco anos, assim como permitir a representação de partidos políticos de menor porte no Legislativo (BURIBAYEV, 2008, p. 1) e ampliar os mecanismos de supervisão do legislativo sobre o governo (PAN, 2008, p. 1). Essa foi a primeira proposta de emenda à Constituição de 1993 e a única apresentada até o momento. A aprovação das emendas pelo legislativo federal e pelos legislativos dos entes federados ocorreu em um período surpreendentemente curto, considerando os *quóruns* necessários à aprovação. As emendas foram aprovadas pelas duas casas legislativas e pelos legislativos dos entes federados em menos de 50 dias, de modo que no dia 29 de dezembro de 2008 as emendas foram finalmente ratificadas por Medvedev (PAN, 2008, p. 1). Partidos da oposição chegaram a levantar questionamentos quanto à celeridade do processo, alegando que seria necessário que os legislativos dos entes federados dispusessem de no mínimo um ano para apreciarem as emendas e que essa manobra política comprometeria a legitimidade das

emendas e mesmo do próximo presidente eleito para um mandato de seis anos, não obstante, a oposição não conseguiu barrar o avanço das emendas à Constituição russa (PAN, 2008, p. 1). As emendas entraram em vigor com sua publicação no jornal *Rossiiskaia Gazeta*, no dia de 21 de janeiro de 2009 (LIBRARY OF CONGRESS, 2009, p. 1).

Alegou-se, quando da aprovação das emendas que elas seriam motivadas pela intenção de Vladimir Putin candidatar-se novamente à presidência da Rússia, de forma que ele teria um mandato mais extenso (PAN, 2008, p. 1). De fato, quando da apresentação das propostas de emenda por Medvedev, Putin, que anteriormente havia rejeitado a ideia de emendar a Constituição russa em nome da estabilização da Constituição (BURIBAYEV, 2008, p. 1), mostrou-se favorável à proposta, alegando que mandatos mais longos permitiram ao presidente desenvolver melhor seus planos de governo (PAN, 2008, p. 1). A imprensa norte-americana chegou a cogitar que as emendas de 2008 motivariam a antecipação das eleições presidenciais (PAN, 2008, p. 1), o que, no entanto, não ocorreu, de modo que Medvedev exerceu até o fim seu mandato (2008-2012). Em 2012 Putin foi novamente eleito presidente, agora para um mandato de seis anos e em março de 2018 foi novamente reeleito para outro mandato de seis anos.

É possível observar, com as emendas de 2008, que alterações ao texto constitucional russo ainda dependem fortemente da movimentação no Kremlin, de modo que os debates nos legislativos (tanto federal como dos entes federados) acabam não sendo decisivos, para a obtenção das maiorias qualificadas necessárias. Como destacado por Henderson (2011, p. 102-103) esse cenário não é uma inovação da Constituição de 1993:

Nos termos das Constituições anteriores, a emenda constitucional era por maioria qualificada de dois terços dos votos de cada uma das câmaras do Soviete Supremo (para as Constituições de 1936 e 1977; nada sendo especificado nas Constituições de 1918 e 1924). No entanto, a realidade política da era soviética, pelo menos antes da *perestroika*, garantia que na época em que a legislação chegasse ao Soviete Supremo, o debate houvesse terminado e o texto apresentado fosse aprovado por unanimidade, então a exigência de maiorias qualificadas era de valor simbólico não representando uma limitação

prática. A alteração indolor de Medvedev da Constituição de 1993 permite o estabelecimento de paralelos com esta posição anterior.²¹

Até o momento, as emendas de 2008 foram as únicas aprovadas e incorporadas à constituição, tendo conseguido superar as maiorias necessárias para tanto. No entanto, esse não foi o primeiro momento em que se levantou a necessidade de emendar a Constituição russa de 1993. Robert Sharlet (2013, p. 197) ressalta uma contradição na Constituição da Federação Russa: por um lado, ela apresenta algumas lacunas e contradições em sua redação que justificariam a realização de emendas, mas por outro, o processo de emenda à Constituição é extremamente rigoroso, dificultando sua alteração. A exemplo dessas lacunas, tem-se a não previsão de um vice-presidente, sendo que em caso de impossibilidade temporária ou permanente do presidente exercer seu cargo, deveria ocorrer a transferência dos poderes presidenciais, sem que haja qualquer especificação sobre como essa transferência ocorreria ou como seria aferida a impossibilidade do presidente exercer suas funções (SHARLET, 2013, p. 199-200). Essa carência de previsão constitucional levou, no final da década de 1990, a discussões sobre a necessidade de emendar a Constituição, em razão dos problemas de saúde enfrentados por Yeltsin.

Assim como o início da guerra chechena no final de 1994 e início de 1995 provocou os primeiros esforços parlamentares, embora sem sucesso, para emendar a Constituição, a crise presidencial de saúde [do presidente Yeltsin] continuou a dar grande impulso à ideia de revisão constitucional. Dois fatores em particular deram impulso a esse esforço. O primeiro foi a personalização e ainda a falta de institucionalização do poder na Rússia, e o fato de que ele se encontrava centrado principalmente em um indivíduo de saúde muito incerta. Segundo, a preocupação de que a Constituição atribuísse ao cargo do presidente imensos poderes, que nas mãos de um futuro chefe do Executivo

²¹ Tradução livre do original em inglês: "Under the terms of earlier Constitutions, constitutional amendment was by qualified majority of two-thirds of the votes of each of the chambers of the Supreme Soviet (for the 1936 and 1977 Constitutions; nothing specified in the 1918 and 1924 Constitutions). However, the political reality of the Soviet era, at least before *perestroika*, ensured that by the time draft legislation reached the Supreme Soviet, debate was over and the text presented was passed unanimously, so the requirement for qualified majorities was of symbolic value not practical limitation. Medvedev's painless amendment of the 1993 Constitution led parallels to be drawn to that previous position." (HENDERSON, 2011, p. 102-103).

menos moderado poderia ser completamente utilizado, levando a novos desequilíbrios na separação e divisão de poderes. Assim, a preocupação com a falta de saúde do líder e a percepção de que sua legitimidade estava "se esvaindo", combinada com medos de quem poderia seguir Yeltsin, asseguraram que o mais recente impulso para emendar a Constituição tivesse amplo apoio em todo o espectro político.²²

Entretanto, é preciso destacar que uma emenda constitucional para a introdução da figura do vice-presidente seria, de fato, uma emenda muito mais ambiciosa do que as emendas aprovadas em 2008, uma vez que implicaria emendar o capítulo 1 da Constituição, o que, como destacado acima demanda a convocação de uma Assembleia Constituinte (SHARLET, 2013, p. 207). Em meio a uma série de embates entre o presidente Yeltsin e a oposição no Legislativo, especialmente na Duma Estatal, que era majoritariamente composta por comunistas, nos anos 1996 e 1997 foram levantadas questões como o *impeachment* de Yeltsin por questões médicas, a dissolução da Duma Estatal e a própria emenda à Constituição de 1993 (SHARLET, 2013, p. 211-212).

A ascensão de uma coalizão pela reforma constitucional na Rússia apenas três anos após a introdução da nova Constituição no final de 1993 não foi surpreendente. A carta pós-soviética não surgiu como resultado do consenso da elite. Pelo contrário, sua orientação presidencial final foi largamente imposta ao documento por um chefe do Executivo forte que estava recém saído de uma vitória sobre sua antiga oposição parlamentar derrotada.²³

²² Tradução livre do original em inglês: "Just as the onset of the Chechen war in late 1994 and early 1995 provoked the first parliamentary efforts, albeit unsuccessful, to amend the Constitution, so the continuing presidential health crisis added great momentum to the idea of constitutional revision. Two factors in particular gave impetus to this effort. First was the personalization and still shallow institutionalization of power in Russia, and the fact that it happened to be principally vested in an individual of very uncertain health. Second was the concern that the Constitution assigned to the office of the president immense powers, which in the hands of a less moderate future chief executive might actually be fully used, leading to further imbalances in the separation and division of powers. Hence, preoccupation with the leader's failing health and the perception that his legitimacy was "seeping" away, combined with fears of who might follow Yel'tsin, ensured that the latest drive to amend the Constitution had broad support across the political spectrum." (SHARLET, 2013, p. 199-200).

²³ Tradução livre do original em inglês: "The rise of a constitutional reform coalition in Russia just three years after the introduction of the new Constitution in late 1993 was not surprising. The post-Soviet charter did not emerge as the result of elite consensus. On the contrary, its final presidential orientation was largely imposed on the document by a strong chief executive who was fresh from victory over his erstwhile, defeated parliamentary opposition." (SHARLET, 2013, p. 213).

Fato é que, desde a campanha eleitoral de 1996, quando foram levantadas questões sobre a possibilidade de emendas à Constituição, Yeltsin já afirmava ser um risco à estabilidade russa, emendar a Constituição recém-aprovada. Dessa forma, seu posicionamento nos anos subsequentes permaneceu o mesmo, movimentando contra qualquer proposta de emenda à Constituição russa (SHARLET, 2013, p. 218). Os esforços do Kremlin foram tantos que conseguiram sufocar a coalizão pela emenda à Constituição e as discussões sobre o tema não prosseguiram de forma sistemática, assim como já havia ocorrido ao final da Guerra da Chechênia, no final de 1994 e início de 1995.

Quando o processo de aprovação das emendas de 2008 é contraposto à crise instaurada em 1996-1997, observa-se que o apoio do Executivo ao processo de emenda à Constituição ainda é um diferencial. No caso de 2008, todo o processo necessário para a aprovação das emendas, isto é, a obtenção das maiorias qualificadas nas duas casas do legislativo e a aprovação nos legislativos dos entes federados, demandou cerca de 50 dias. Naturalmente, também é um diferencial o fato das emendas de 2008 não se referirem a nenhum dos temas tratados nos capítulos 1, 2 e 9 da Constituição e as que poderiam ser as emendas de 1996-1997 implicarem na alteração do capítulo 1, demandando a convocação de nova Assembleia Constituinte.

Considerando todo esse debate sobre a dificuldade de se realizar emendas à atual Constituição russa, em contraposição às mais de 400 emendas feitas à Constituição anterior, de 1978, na sequência serão apresentadas questões quanto ao papel das emendas constitucionais na tradição constitucional ocidental, à qual a Constituição russa de 1993 aproxima-se. O centro do debate está na permanente tensão trazida pelas emendas constitucionais, que, ao mesmo tempo em que possuem o potencial de atualizar o projeto constituinte para demandas anteriormente imprevisíveis, também podem romper com esse projeto constituinte.

4. Reflexões sobre emendas constitucionais, poder constituinte e rigidez constitucional

A ideia de promover emendas constitucionais é eminentemente uma criação norte-americana, tanto é que a primeira constituição nacional a trazer a previsão de um processo de emenda à constituição são os Artigos da Confederação de 1777 (ALBERT, 2017, p. 43). Não obstante, as diversas tradições de constituições escritas foram incorporando esse mecanismo, que atualmente encontra-se presente em um número significativo de textos constitucionais.

Em constituições codificadas, as regras de emenda são os guardiões do texto constitucional. Elas dão aos atores políticos um roteiro para alterar uma constituição, elas identificam o que está sujeito ou está imune à mudança, elas estimulam a deliberação pública sobre o significado constitucional, elas promovem estabilidade tornando uma Constituição mais difícil de alterar do que a legislação regular e elas tornam possível a realização de mudanças constitucionais transformadoras sem recurso a meios revolucionários. Por sua natureza, as regras de emenda constitucional refletem tanto a fé quanto a desconfiança nos atores políticos: elas autorizam os atores políticos a fazer alterações em uma constituição, assim como limitam como e quando os atores políticos o podem fazer.²⁴

Essa profunda confiança nos potenciais das emendas constitucionais desperta questionamentos acerca de seus abusos. O que dizer da utilização das emendas constitucionais para a desestabilização política? O caso russo de 1996-1997 ilustra bem a possibilidade de se utilizar de emendas constitucionais também como um instrumento de barganha política. Por mais que houvesse uma multiplicidade de interesses envolvidos, a campanha pelas emendas à Constituição de 1993, encabeçada pela

²⁴ Tradução livre do original em inglês: "In codified constitutions, amendment rules are the gatekeepers to the constitutional text. They give political actors a roadmap to alter a constitution,¹ they identify what is subject to or immune from change,² they encourage public deliberation on constitutional meaning,³ they foster stability by making a constitution harder to change than regular legislation,⁴ and they make it possible to make transformative constitutional changes without recourse to revolutionary means.⁵ By their nature, the rules of constitutional amendment reflect both faith and distrust in political actors: they authorise political actors to make alterations to a constitution,⁶ just as they limit how and when political actors may do so." (ALBERT, 2017, p. 35-36).

oposição a Yeltsin no legislativo, também tinha como objetivo o aumento de seu próprio poder e espaço político (SHARLET, 2013, p. 213).

Não se pretende aqui defender que as emendas constitucionais representam unicamente um mecanismo de deturpar o projeto constitucional. Contudo, é importante que seja dada atenção a uma tensão que está sempre presente ao se trabalhar emendas constitucionais: se por um lado elas apresentam o potencial de atualizar o projeto constitucional para um contexto posterior ao de sua elaboração, que trás desafios que seriam inimagináveis quando de sua redação, por outro lado, elas também podem ser utilizada para romper com o projeto constitucional instituído, especialmente em ocasiões em que elites setoriais conseguem maiorias ocasionais nos parlamentos. Assim, observa-se que o próprio significado e a possibilidade de utilização das emendas constitucionais permanece em constante disputa nas democracias contemporâneas.

Acerca da possibilidade de uma emenda promover um efetivo rompimento com o projeto constituinte, merece destaque a fórmula adotada pela atual Constituição russa de modo a tentar evitar esse abuso das emendas constitucionais. Como apresentado anteriormente, é possível, em que pese a dificuldade de aprovação, proceder com emendas aos capítulos 3 a 8 da Constituição de 1993. Já os capítulos 1, 2 e 9 não podem ser emendados. Para alterá-los é necessário proceder a uma revisão da constituição por meio de uma Assembleia Constituinte que deverá reafirmar os capítulos questionados ou proceder à redação de um novo anteprojeto de Constituição.²⁵ Dessa forma, a própria Constituição russa já deixa estabelecidas quais alterações implicariam em um rompimento com seu projeto constituinte, de modo que a tentativa de alterar esses elementos centrais já implica a necessária convocação de nova Assembleia Constituinte.

Algumas constituições procuram auto-conscientemente constitucionalizar o poder constituinte. Elas irão, por exemplo, criar dois caminhos separados de regras para a alteração formal: procedimentos que autorizem emendas

²⁵ Ver tópico 2.2 acima.

constitucionais consistentes com a estrutura existente e pressupostos de uma determinada constituição; e procedimentos alternativos que autorizem a substituição total, sejam ou não as alterações coerentes com essa constituição, tal qual ela existe e é presentemente interpretada.²⁶

Esse é o caminho encontrado pela Constituição russa, de modo a deixar estabelecido desde o início quais elementos constituem a essência do atual projeto constituinte e cuja revisão, portanto, implica o estabelecimento de um novo projeto constituinte.

Para além da previsão constitucional dos casos que ensejam a convocação de uma nova Assembleia Constituinte, merece ainda destaque o caráter rígido da Constituição russa, dada a dificuldade de se aprovar emendas constitucionais em razão do rito constitucionalmente previsto (necessária a aprovação nas duas casas legislativas por maioria qualificada e ainda a aprovação por dois terços dos legislativos dos entes federados). Note-se que essa rigidez constitucional foi incluída no texto da Constituição, quando de sua redação, pelo próprio Yeltsin, o legislativo era favorável a uma constituição mais flexível e facilmente emendável (SHARLET, 2013, p. 198). Essa opção por uma constituição mais rígida também pode ser compreendida como um reflexo da experiência com a Constituição de 1978, que sofreu mais de 400 emendas.

A experiência russa, com uma Constituição que sofreu um número significativo de emendas contrapondo-se com a atual constituição que foi emendada apenas em 2008, levanta o debate acerca da avaliação do “desempenho das constituições” a partir de seus números. Isto é, a avaliação se uma Constituição seria “boa” ou “ruim” como base no fato dela ter sofrido muitas ou poucas emendas. Esse debate é desenvolvido mais profundamente por Xenophon Contiades e Alkmene Fotiadou (2017), que destacam que:

²⁶ Tradução livre do original em inglês: “Some constitutions seek self-consciously to constitutionalise the constituent power. They will, for example, create two separate tracks of rules for formal alteration: procedures that authorise constitutional amendment consistent with the existing framework and presuppositions of a given constitution and alternative procedures that authorise total replacement whether or not the changes cohere with that constitution as it exists and is presently interpreted.” (ALBERT, 2017, p. 48).

Como uma constituição muda e por que ela muda nem sempre é óbvio. Em contraste, é fácil descobrir com que frequência uma constituição sofre mudanças formais, isto é, sua taxa de alteração. Esta é, talvez, a razão pela qual muitas vezes é lida a taxa de alteração das constituições, que é correlacionada a uma série de razões e resultados. A tendência de construir teorias baseadas em taxas de emenda constitucional prospera no campo do constitucionalismo empírico. A frequência da emenda é considerada como significando coisas sobre a Constituição em si, muitas vezes vista apenas como um número separado do contexto histórico, político e cultural no qual a emenda formal ocorre.²⁷

A utilização de números nas pesquisas sobre as Constituições pode parecer neutra (CONTIADES; FOTIADOU, 2017, p. 687), entretanto esses números podem omitir uma série de variáveis que são essenciais para a compreensão da dinâmica constitucional de um Estado. Um estudo exclusivamente sobre o número de emendas feitas a uma Constituição não chega a analisar, por exemplo, a natureza dessas emendas, se elas atingiam pontos centrais da Constituição ou se diziam respeito a aspectos periféricos, ou o grau de aceitação popular dessas emendas (CONTIADES; FOTIADOU, 2017, p. 693).

Também as escolhas metodológicas feitas no desenvolvimento da pesquisa são importantes para a compreensão dos resultados obtidos (CONTIADES; FOTIADOU, 2017, p. 689). Nesse ponto, o próprio enquadramento do que seria uma Constituição boa ou ruim interfere diretamente nos resultados.

Ademais, os trabalhos em que são feitas comparações entre as constituições, especialmente esses que envolvem os números relacionados às constituições, tendem a estabelecer um parâmetro, ainda que de forma

²⁷ Tradução livre do original em inglês: "How a constitution changes and why it changes is not always obvious. By contrast, it is easy to find out how frequently a constitution undergoes formal change, that is, its amendment rate. This is perhaps the reason why often much is read into the amendment rate of constitutions, which is correlated to a series of reasons and results. The trend of building theories based on constitutional amendment rates thrives in the field of empirical constitutionalism. Frequency of amendment is considered to signify things about the Constitution per se, often seen merely as a number detached from the historical, political and cultural context in which formal amendment takes place." (CONTIADES; FOTIADOU, 2017, p. 677).

subentendida, do que seria uma Constituição ideal. A esse respeito, Contiades e Fotiadou (2017, p. 724) sugerem que:

Uma questão recorrente para os comparativistas constitucionais é se existe uma fórmula de emenda ideal, que atinge o equilíbrio perfeito entre constitucionalismo e democracia, dando a dosagem correta de continuidade e mudança. Existe uma variedade notavelmente ampla de fórmulas de alteração que consistem em diferentes combinações de limites processuais e materiais. Isto implica que o uso de diferentes mecanismos de alteração é ditado pelas características indiosincráticas de cada ordem constitucional e pelas particularidades do documento constitucional, cuja alteração, regras formais de emenda são construídas para controlar. Ainda assim, a busca pelo aperfeiçoamento dos procedimentos de emenda está em andamento. A busca da maneira ideal de estruturar mecanismos formais de alteração gera novos critérios para canalizar a mudança. As respostas parecem estar em encontrar a correspondência entre os mecanismos de mudança constitucional e o ambiente em que se espera que ela aconteça, em vez de trabalhar na criação de uma fórmula “tamanho único”.²⁸

Dessa forma, é preciso considerar que a adequação ou inadequação do número de emendas feitas a uma Constituição só é possível de ser aferida com base em um estudo do contexto em que essa Constituição está inserida e que esse número não é capaz de indicar se uma Constituição é “boa” ou “ruim”. Na verdade, o próprio conceito de uma Constituição “boa” ou “ruim” também é questionável, visto que a efetividade de uma Constituição deve ser analisada com base nas funções que lhes são conferidas, o que também varia de acordo com o histórico do Estado e com contexto em que ela se encontra (CONTIADES; FOTIADOU, 2017, p. 733-734).

²⁸ Tradução livre do original em inglês: “A recurring question for constitutional comparatists is whether there is an ideal amendment formula, which strikes the perfect balance between constitutionalism and democracy giving the correct dosage of continuity and change. A remarkably wide variety of amendment formulas consisting of different blends of procedural and material limits exists. This implies that the use of different amendment mechanisms is dictated by the indiosyncratic features of each constitutional order and the particularities of the constitutional document, whose change formal amendment rules are built to control. Still, the quest for perfecting amendment procedures is ongoing.⁶⁴ Seeking the optimal way to structure formal amendment mechanisms generates novel criteria for channeling change. The answers seem to lie in finding the match between mechanisms of constitutional change and the environment in which it is expected to unfold, rather than working on creating a ‘one size fits all’ formula.” (CONTIADES; FOTIADOU, 2017, p. 724-725).

Logo, é compreensível que a experiência russa com a Constituição de 1978 e suas mais de 400 emendas tenha impelido Yeltsin a apresentar um anteprojeto de Constituição que dificultasse a aprovação de emendas, assim como considerações sobre a oportunidade de proceder com uma centralização de poderes no Kremlin podem ter influenciado nas escolhas constitucionais feitas. Entretanto, esse fato por si só não diz muito sobre o sucesso ou insucesso das duas Constituições em questão (a de 1978 e a de 1993). Aparentemente, até o momento a atual Constituição russa, apesar das diversas críticas sobre suas lacunas e inconsistências, tem proporcionado condições para desenvolvimento do projeto constituinte de 1993, o que não está diretamente ou inexoravelmente relacionado ao número de emendas pelas quais a Constituição passou.

5. Conclusões

A partir do estudo dos processos de emenda pelos quais as últimas duas constituições russas passaram, fica evidenciado a tensão inerente ao processo de emenda à constituição, isto é, ao exercício do poder constituinte derivado. As emendas constitucionais servem à atualização do texto constitucional a demandas sociais presentes, que muitas vezes seriam inimagináveis quando do processo constituinte, isso, de forma a atualizar o projeto constituinte, materializado no texto constitucional, ao tempo presente. Por outro lado, o abuso das emendas constitucionais leva a uma ruptura com o projeto constituinte original e a um texto constitucional que se assemelha à figura de um Frankenstein, em que seus elementos não estão ordenada e harmonicamente dispostos. Ressalte-se que a harmonia dos dispositivos constitucionais não se confunde com a inexistência de tensionamentos e disputas quanto a seus sentidos.

Dessa forma, a questão a ser analisada em relação às emendas refere-se a sua coerência com o todo da constituição e se há uma correspondência entre a forma prevista para sua ocorrência e o contexto em que elas serão realizadas. O que, no caso russo, parece estar, em alguma medida, sendo

verificado no paradigma da Constituição de 1993. Isso, uma vez que tendo sido verificado, quando das emendas à Constituição russa de 1978, que uma constituição flexível poderia, no contexto russo, ensejar o abuso da prática das emendas e levar a um cenário de desarmonização e consequente inutilidade do texto constitucional, optou-se pela adoção de um modelo diverso em 1993. A ressalva a ser feita aqui, diz respeito à concentração de poderes no Executivo russo, visto as emendas constitucionais de 1996-1997 (que não obtiveram sucesso) e as de 2008 terem demonstrado que o sucesso do processo de emenda à Constituição russa ainda depende significativamente da influência do Executivo.

Portanto, o presente estudo destaca a importância de assegurar a organicidade da constituição, quando do manejo de emendas constitucionais. Não se pretende aqui concluir por uma fórmula ideal quanto ao número ou a frequência das emendas constitucionais, que se aproxime mais da constituição de 1978 ou da constituição de 1993 da Federação Russa. É possível observar, entretanto, que a Constituição de 1978 não se mostrava mais sustentável uma vez que as emendas a ela não foram incorporadas de forma harmônica a todo o texto. Assim, uma alternativa a esse cenário pode ter sido materializada no rito de emenda previsto na Constituição russa de 1993, contudo, outras soluções também poderiam se mostrar como viáveis, desde que atentassem para a urgência de se evitar o abuso das emendas.

6. Referências

- ALBERT, Richard. Introduction: The State of the Art in Constitutional Amendment. In: ALBERT, Richard; CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene (Ed.). *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2017. p. 35-94.
- BOYLAN, Scott P. The Status of Judicial Reform in Russia. 13 *Am. U. Int'l L. Rev.* 1327 (1997-1998). Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/amuilr13&div=47&id=&page=>>>

BURIBAYEV, Aydar. Senado Russo Aprova Extensão do Mandato Presidencial. *Redação Reuters. Notícias Mundiais*. 22 de dezembro de 2008. Publicado às 13:35. Disponível em: <<https://br.reuters.com/article/idBRSPE4BL0C220081222>> Último acesso em 06/07/2018.

CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. Amendment-Metrics: The Good, the Bad and the Frequently Amended Constitution. In. ALBERT, Richard; CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene (Ed.). *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2017. p. 676-743.

HENDERSON, Jane. *The Constitution of Russia: A Contextual Analysis (Constitutional Systems of the World)*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2011.

LIBRARY OF CONGRESS. Russia: Constitutional Amendments Enter into Force. *Global Legal Monitor*. 4 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/russia-constitutional-amendments-enter-into-force/>> Último acesso em 06/07/2018.

MAGGS, Peter B. The Russian Courts and the Russian Constitution. 8 Ind. *Int'l & Comp. L. Rev.* 99 (1997-1998). Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/iicl8&div=8&id=&page=>>

PAN, Philip P. Russia's Medvedev Signs Constitutional Amendments to Lengthen Presidential Terms. *Washington Post. Washington Post Foreign Service*. 31 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/12/30/AR2008123000839.html?noredirect=on>> Último acesso em 06/07/2018.

ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: The limits of amendment power*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

SCHWARTZ, Victoria L. The Influences of the West on the 1993 Russian Constitution. *Has-tings International and Comparative Law Review*, Vol. 32, No. 1, 2009. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2117246>

SHARLET, Robert. The Politics of Constitutional Amendment in Russia. *Post-Soviet Affairs*. 13:3, 1997, p. 197-227.

TUZMUKHAMEDOV, Bakhtiyar. The ICC and Russian Constitutional Problems. *Journal of International Criminal Justice*, Volume 3, Issue 3, 1 July 2005, Pages 621-626. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/3/3/621/2886347>>.

Capítulo XIV

Da revolução à constituição: constitucionalismo feminista no processo constituente da Tunísia

*Mariana Rezende Oliveira*¹

1. Introdução

Dentre os países do Norte da África e do Oriente Médio que viveram a Primavera Árabe, em 2011, apenas a Tunísia possui atualmente um regime político democrático. Um dos símbolos das negociações nacionais do processo de transição política do governo autoritário de Ben Ali para uma democracia liberal foi a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) instaurada em 2011, que ensejou a promulgação da nova constituição democrática em 2014.

A participação feminina no processo constituinte tunisiano pós-revolucionária é uma característica distintiva do processo de democratização daquele país, sendo, entre outras, herdeira de uma política “feminismo de Estado”. Ocorre que a democratização do país, entre outros, devido à origem autoritária das leis de igualdade de gênero, trouxe à tona uma série de debates sobre os direitos das mulheres, com questionamentos sobre a pertinência das políticas de promoção de igualdade no novo contexto tunisiano. A hipótese do trabalho é que por meio de ações concertadas,

¹ Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisadora do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição. Orientadora da Clínica de Direitos Humanos e advogada voluntária na Divisão de Assistência Judiciária a UFMG.

manifestações e forte atuação política os movimentos de mulheres modificaram os rumos do processo constituinte, tendo garantido a positividade e manutenção da igualdade de gêneros na constituição aprovada em 2014. Além de fomentar um debate constitucional mais democrático, configurou-se uma experiência de constitucionalismo feminista.

Primeiramente, apresentar-se-á o contexto político tunisiano, bem como os esforços para consolidar a transição política, com foco na instauração da ANC. A seguir, apresentar-se-ão as principais discussões referentes aos direitos das mulheres na constituinte, contextualizando a origem autoritária das políticas de igualdade de gênero no país. Logo, serão apresentadas as reações – tanto na esfera institucional, como as movimentações populares – às propostas que reduziriam as garantias das mulheres, com foco no artigo 2.28, da primeira proposta de texto constitucional. Por fim, essa experiência será analisada à luz da proposta de um constitucionalismo feminista, responder-se-á se e como a participação feminina modificou os rumos do processo constituinte, contribuindo para um projeto constitucionalista de maior proteção da soberania e autonomia de minorias.

2. O caso tunisiano

2.1. A Revolução de Jasmim e a Primavera Árabe

Sidi Bouzi é uma cidade localizada no centro da Tunísia, longe do próspero litoral norte e da capital, Túnis. Em 17 de dezembro de 2010, Mohammed Bouazizi, de 26 anos, que trabalhava como vendedor ambulante, foi interpelado por fiscais municipais que confiscaram suas mercadorias e balanças. Relatos divergem quanto à cobrança de propina e agressões pelos fiscais (GARDNER, 2011, p. 1) ou mera fiscalização de rotina (AGENCE FRANCE-PRESSE, 2010, p. 1). Bouazizi dirigiu-se à sede da administração municipal de Sidi Bouzi, onde buscou reaver os produtos

confiscados. Tendo seu pedido rechaçado, jogou combustível no corpo e ateou fogo a si mesmo (FAHIM, 2011, p. 1).

Imagens do desamparo do jovem de 26 anos espalharam-se pelas redes sociais e pelas mídias tradicionais (FAHIM, 2011, p. 1), e o que parecia ser uma atitude de desespero isolada, encontrou ressonância em outros jovens tunisianos, desempregados, empobrecidos e privados de condições dignas de vida, sendo registrados pelos menos outro dois suicídios de jovens relacionados a essas condições (ERYILMAZ, 2017, p. 22; SADIKI, 2010, p. 1).

Manifestações espalharam-se pelas ruas tunisianas, partindo de Sidi Bouzi até alcançar as cidades maiores no litoral. A cada dia, novos vídeos de protestos e confrontos com a polícia surgiam na internet (MACKEY, 2011, p. 1) e quando, em 4 de janeiro de 2011, Bouazizi faleceu, os protestos já haviam se alastrado pelo país (FAHIM, 2011, p. 1).

Em Tunis, o ditador Zine el-Abidine Ben Ali já havia decidido pelo uso de violência brutal na tentativa de reprimir as manifestações, tendo requisitado ao Exército que atirasse contra os manifestantes pacíficos (TETI, ABBOTT e CAVATORTA, 2018, p. 5). Com a recusa do exército, somada aos crescentes e massivos protestos, Ben Ali fugiu do país em 14 de janeiro de 2014, marcando o êxito da “Revolução de Jasmim”.

Seguindo a Tunísia, vários países no Norte da África e no Oriente Médio vivenciaram ondas de protesto populares, como por exemplo, Iêmen, Egito, Barein, Líbia e Síria, situação que foi denominada “Primavera Árabe” (TETI, ABBOTT e CAVATORTA, 2018, p. 6). As autocracias regionais, rapidamente se rearticularam, respondendo com repressão violenta ou com reformas pontuais (TETI, ABBOTT e CAVATORTA, 2018, p. 6).

Atualmente, entre avanços e retrocessos, apenas a Tunísia se qualificaria como uma democracia política.² Nos demais casos, observaram-se contra-revoluções que sufocaram as manifestações (Barein), que

² Entendendo, com Guillermo O'Donnell que “democracia” é um termo guarda-chuva que se aplica a mais sentidos do que apenas o do regime político, utilizar-se-ão, intercambiavelmente, os termos “democracia política” ou “regime democrático” para fazer referência a um regime em que há eleições limpas e institucionalizadas, com liberdades concomitantes que aumentam a probabilidade de realização dessas eleições limpas. (O'DONNELL, 2017, p. 38-49)

originaram guerras civis (Síria, Líbano) e que retomaram governos autoritários (Egito) ou apenas “democratizações de fachada”, que mantiveram as estruturas de poder no lugar (Marrocos, Jordânia) (TETI, ABBOTT e CAVATORTA, 2018, p. 6).

Apesar de promissor, também o caso tunisiano foi e é marcado por percalços. Entretanto, uma série de negociações entre atores-chave e a presença de uma forte sociedade civil conseguiram encaminhar um compromisso democrático que levou à aprovação da constituição em 2014.

2.2. A arena institucional: eleições, disputa e impasses na negociação de legados autoritários na Assembleia Nacional Constituinte

Em 2011, o governo interino do primeiro ministro Béji Caïd Essebsi anunciou a convocação de eleições nacionais para a formação de uma Assembleia Nacional Constituinte (ANC) que ficaria também incumbida de organizar a eleição do presidente e do parlamento (ARIEFF, 2011, p. 5). Até que a eleição para a ANC ocorresse, estabeleceu-se um governo transicional, sendo que o Executivo formado pelo Conselho de Ministros e a Presidência, permaneceu como a única instância formal de tomada de decisões, governando por decretos (THE CARTER CENTER, 2011, p. 16).

A decisão de eleger um governo provisório, elaborar a constituição e só então realizar eleições definitivas, afirma Arieff (2011, p. 5, nota 17), decorreu de demandas populares de que houvesse ampla consulta antes de efetivar as transformações do regime. Como resultado, todas as eleições antes de 2014, ano em que se promulgou a constituição, foram consideradas transitórias, o que contribuiu para reduzir a polarização do processo constituinte (BAKER, 2015, p. 41).

Estabeleceu-se uma organização jurídica para as eleições, composta por uma nova lei eleitoral e pela criação da “Instância superior independente para as eleições” (ISIE) (órgão independente para controle do pleito)

(THE CARTER CENTER, 2011, p. 17).³ Em suma, estipulou-se uma série de componentes necessários para garantir eleições limpas e inclusivas, como o reconhecimento de que todos os homens e mulheres com mais de 18 anos têm direito a usufruir da integralidade de seus direitos civis e políticos, de forma compatível com obrigações internacionais de sufrágio universal (THE CARTER CENTER, 2011, p. 18).

O sistema eleitoral tunisiano é proporcional de “lista fechada”⁴ e as leis tunisianas determinam que haja paridade de gênero nas listas eleitorais, de forma que se alternem candidatos do sexo feminino e do sexo masculino. Entretanto, como a maioria das listas foi encabeçada por homens, o sistema não resultou em eleições paritárias, embora ainda assim tenha alcançado números significativos: 59 mulheres foram eleitas, representando 27% dos membros da ANC⁵ (THE CARTER CENTER, 2011, p. 20).

O resultado final das eleições foi divulgado no dia 14 de novembro de 2011. Os partidos *Ennahda*, *Ettakatol* e CPR formaram um governo de coalizão e foram iniciados os trabalhos constituintes. Inicialmente, previu-se o prazo de um ano para a elaboração da constituição, entretanto, devido a graves impasses, a constituição só foi aprovada em janeiro de 2014. (THE CARTER CENTER, 2011, p. 52).

Na política tunisiana pós-revolucionária, é possível identificar três principais pontos de inflexão no debates sócio-políticos: o debate regional, o debate sócio-econômico, e um terceiro debate, religioso-secular (TETI, ABBOTT e CAVATORTA, 2018, p. 11).

O debate regional decorre das desigualdades entre o norte e sul do país. Enquanto a região norte, localizada na costa, tem características

³ Sobre o arcabouço normativo das eleições: Decreto-Lei 35 (10 de Maio 2011), emendado pelo Decreto 72 (3 de Agosto de 2011) (Lei Eleitoral); Decreto-Lei 21 (18 de Abril de 2011) (Criação do ISIE); Decreto-Lei 91, (24 de Setembro de 2011) (Lei sobre financiamento eleitoral); Decreto 1087 (3 de Agosto de 2011) (Financiamento público e teto de gastos eleitorais); Decreto 1086 (3 de Agosto de 2011) (Data das eleições); Decreto 1089 (3 de Agosto de 2011) (Assentos e circunscrições eleitorais).

⁴ Cada partido recebe um número de vagas proporcional à sua votação total, sendo que os candidatos ocuparão os cargos na ordem em que a lista foi apresentada pelo partido. Ou seja: caso o partido apresente uma lista com 10 candidatos, mas ganhe apenas seis cadeiras, os seis primeiros na lista assumirão.

⁵ Atualmente, o Parlamento tunisiano conta com 31,3% de mulheres. O Brasil tem 10,7%. Fonte: Inter-parliamentary Union. Disponível em: <http://archive.ipu.org/wmn-e/classif.htm>.

urbanas e concentra atividades econômicas industriais, renda e poder político, o sul, rural e empobrecido, foi continuamente marginalizado econômica, social e politicamente, gerando demandas de maior desenvolvimento regional (TETI, ABBOTT e CAVATORTA, 2018, p. 12).

O debate religioso-secular, por sua vez, ganha proeminência pós-revolução, com o retorno à cena política de líderes e movimentos religiosos, proscritos sob a ditadura de Ben Ali, como o *Ennahda* e o Partido Salafista (VOORHOEVE, 2015, p. 2). Nesse sentido, há, de um lado, uma elite urbana secular que disputa um Estado secular, enquanto outros grupos menos favorecidos, semi-rurais, desejam um papel central da religião islâmica no governo, especialmente para leis criminais e de estatuto pessoal e direitos de personalidade (TETI, ABBOTT e CAVATORTA, 2018, p. 11).

Já o debate sócio-econômico desenrola-se ao longo de linhas de classe e de gênero. Embora as mulheres tunisianas tenham gozado de maior proteção e de mais direitos pessoais do que, comparativamente, outras mulheres no mundo árabe, ainda assim, visões mais conservadoras sobre o papel da mulher na sociedade tunisiana são persistentes (TETI, ABBOTT e CAVATORTA, 2018, p. 11). Questões de classe e a grave desigualdade social também são relevantes, embora, na época das revoltas, “tenha havido uma coincidência de interesses entre a classe média que se sentia traída pela corrupção no regime Ben Ali e uma classe trabalhadora que nunca tivera muita participação no sistema”. (TETI, ABBOTT e CAVATORTA, 2018, p. 11) ⁶.

Todas essas clivagens se reproduziram nos debates constitucionais, e a NCA foi, dessa forma, marcada por fortes divisões, notadamente uma divisão política entre maioria e a oposição e uma polaridade cultural, entre forças conservadoras e seculares (REDISSI e BOUKHAYATIA, 2015, p. 4) ⁷.

⁶ Tradução livre de: “(...) there was a coincidence of interests between a middle class that felt betrayed by the corruption of the Ben Ali regime and a working class that had never had much of a stake in the system.”

⁷ Importante lembrar que as polaridades na ANC geraram impasses que chegaram ameaçar a transição em um momento em que os representantes políticos não conseguiam articular soluções consensuais para os entraves nos debates constituintes. Apenas com a atuação do Quarteto Nacional de Diálogo logrou-se superar os impasses e alcançar consenso sobre o texto constitucional, trabalho pelo qual, o grupo recebeu o Nobel da Paz. Sobre: National

Além disso, o processo constituinte foi marcado por uma ampla participação popular, sendo que a sociedade civil tunisiana permaneceu altamente engajada nos debates constitucionais (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 232; BAKER, 2015, p. 41). Redissi e Boukhayatia relatam:

A sociedade civil estava mobilizada desde o início [do processo constituinte], em contraste com a ideia de que o público tunisiano teria se absterido de uma discussão erudita sobre a constituição. Antes mesmo da eleição da assembleia constituinte, várias constituições estavam em circulação. O projeto constitucional apresentado pela União Geral dos Trabalhadores da Tunísia (UGTT) foi apresentado logo após a eleição da assembleia constituinte (...). Uma vez iniciados os trabalhos, uma “assembleia constituinte civil” foi estabelecida em janeiro de 2012. Com o mesmo número de membros da NCA, as mesmas comissões e o mesmo método de trabalho, minutou uma série de propostas, tendo uma única referência (...): a declaração universal dos direitos humanos e convenções internacionais.⁸ (REDISSI e BOUKHAYATIA, 2015, p. 6)

Nesse cenário, o campo dos direitos das mulheres tornou-se particularmente contencioso, com a divulgação do primeiro esboço da nova constituição, em agosto de 2012. Nesse projeto, o artigo 2.28 previa que as mulheres seriam “complementares” aos homens, rompendo com um histórico de igualdade jurídica entre homens e mulheres e até mesmo em contradição com outros trechos do texto (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 235)

Oposição e críticas ao artigo ocasionaram novas manifestações populares. A sociedade civil se envolveu profundamente nos debates sobre o artigo 2.28 (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 236), com manifestações contrárias como favoráveis ao artigo (BAKER, 2015, p. 56).

Dialogue Quartet – History. <<https://www.nobelprize.org/prizes/peace/2015/tndq/history/>> . Acesso em 12 de setembro de 2018.

⁸ Tradução livre de: “Civil society was mobilised from the outset, in contrast to the idea that the Tunisian public withdrew from a scholarly discussion on the constitution. Even before the election of the constituent assembly, several constitutions were in circulation. The one that was put forward by the UGTT was presented just after the election of the constituent assembly in the margin of its 22nd congress (December 2011). Once the work began, a *Civil Constituent Assembly* was established in January 2012. With as many members as the elected NCA, the same commissions and the same working method, it drafted a series of proposals with a sole reference, according to the president, the universal declaration of human rights and international conventions.”

Para compreender a amplitude e organização do debate sobre os direitos das mulheres na Tunísia e como esse tópico se tornou uma arena de contestação articuladora dos debates constitucionais, é necessário retomar brevemente o desenvolvimento das políticas feministas na Tunísia.

2.3. Do feminismo de Estado à política das ruas

Com o fim do domínio colonial na Tunísia, em 1956, iniciou-se o governo de Habib Bourguiba, durante o qual foi aprovada uma série de leis promovendo a igualdade entre homens e mulheres. A primeira delas foi o “Código de Estatuto Pessoal” (CEP) que provocou profundas mudanças principalmente nas relações familiares, abolindo a poligamia, facilitando o divórcio e garantindo o exercício desse direito por homens e por mulheres igualmente (SIRINO, 2015, p. 22). A seguir, também foi garantido às mulheres o direito de votar e de ser eleita (1957), igualdade salarial, acesso à contracepção (1960) e legalização do aborto (1970) (BAKER, 2015, p. 30-31). O CEP e suas emendas subsequentes, relatam Charrad e Zarrugh (2014, p. 233), garantiram às mulheres tunisianas direitos sem precedentes no mundo árabe, tornando-se um símbolo de luta pela manutenção e expansão desses direitos.

É ilustrativo dessa importância o fato de que, em 29 de janeiro de 2011, 15 dias após a derrubada de Ben Ali, a Associação Tunisiana das Mulheres Democratas (ATMD) tenha organizado uma “marcha por cidadania e igualdade”. A marcha, na qual pessoas portavam cartazes com dizeres “Não toque no meu Código de Estatuto Pessoal”, ocorreu no mesmo dia do retorno do exílio de Rached Ghannouchi, líder do partido islâmico Ennahda (VOORHOEVE, 2015, p. 1).

Essas políticas tiveram um caráter “de cima para baixo”. No período pós-colonial, a Tunísia passou por duas ditaduras, a primeira, de 1956 a 1987, sob Habib Bourguiba, e a segunda, de 1987 a 2011, sob Ben Ali. Em ambos os períodos, notadamente na era Bourguiba, iniciativas de promoção de igualdade entre os gêneros tiveram origem, majoritariamente, no

Estado, e não em demandas populares (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 233).

Apenas em meados dos anos 1980, começaram a surgir movimentos feministas no país, mas a narrativa e os desenvolvimentos no campo eram largamente controlados pela ditadura, com censura e repressão (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 233). Organizações de sociedade civil eram limitadas a agir conforme os interesses estatais e sob rígida regulação, sendo que apenas instituições autorizadas pelo Estado podiam falar abertamente sobre os direitos das mulheres (VOORHOEVE, 2015, p. 7), tendo sido criadas organizações que atuavam conforme os interesses estatais em desenvolver grupos não-radicais de direitos das mulheres (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 232).

Dessa forma, o *status quo* no campo dos direitos das mulheres pode ser entendido como resultado de um “feminismo de Estado”, ou seja: uma vontade do Estado de fomentar a igualdade entre os sexos, distinto do feminismo como um movimento social decorrente de demandas de mulheres por igualdade. Nesse contexto, o feminismo era uma política movida apenas pelo e nos interesses do Estado:

Essas leis e políticas não foram o resultado de deliberação democrática, mas sim impostas desde cima – por isso, o termo feminismo de Estado. Até 2011, o país esteve sob o domínio de um sistema de partido único que garantia poderes quase ilimitados ao presidente. Nos casos de Bourguiba e Ben Ali, isso levou à imposição de uma identidade de feminismo, modernidade e secularismo à Tunísia (VOORHOEVE, 2015, p. 5).⁹

Essas reformas “desde o topo” fizeram parte de uma estratégia de reconstrução de Estado que visava reduzir o poder das redes tradicionais e patriarcais, clãs, grupos tribais e outras formas de solidariedade por parentesco (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 233). O discurso feminista,

⁹ Tradução livre de: “These laws and policies were not the result of democratic deliberation but were imposed from above—hence the term state feminism. Until 2011, the country was in the grip of a one party system that granted almost unlimited powers to the president. In the cases of both Bourguiba and Ben Ali, this led to the imposition of an identity of feminism, modernity, and secularism on Tunisia”.

nesses termos, assumindo a forma de uma identidade forçada, com narrativas e ritmo dominados pelo Estado, tornou-se um sustentáculo dos regimes autoritários, servindo, entre outros, também como legitimação a nível internacional de um governo que cometeu violações em massa de direitos humanos (VOORHOEVE, 2015, p. 7).

Essa posição coaduna com as proposições constitucionalistas que explicam a adoção de constituições em regimes autoritários devido à sua força legitimadora. Ginsburg e Simpser (2014, p. 10) relatam que as constituições autoritárias podem assumir a função de *outdoors*: prover informação para potenciais usuários de suas provisões, bem como sinalizar as intenções dos líderes para aqueles fora dele, inclusive atores internacionais. Outra função é a de *“window dressing”* ou de maquiagem, na qual se esconde a prática verdadeira por meio do texto, afastando escrutínio externo (GINSBURG e SIMPSEY, 2014, p. 12). A mesma provisão pode servir a mais de um objetivo, como maquiagem legitimadora do regime, mas também representar uma *“planta-baixa”*, nos casos de propostas aspiracionais que efetivamente se busca concretizar (GINSBURG e SIMPSEY, 2014, p. 14), tal como ocorreu com as políticas tunisianas de promoção de igualdade de gênero.

Com a queda de Ben Ali e o fim da governança autoritária, torna-se possível a re-fundação de uma sociedade civil organizada ostensivamente plural e combativa, abrindo-se uma esfera pública, ou seja, um espaço de debate e circulação de diferentes opiniões sobre política e vida social efetivamente fora do controle do Estado (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 231). Baker (2015, p. 10), entretanto, destaca que os diversos atores que constituem a sociedade civil tunisiana não apareceram *“da noite para o dia”*, tendo se desenvolvido com o passar dos séculos e contribuindo com o engajamento cívico. A diferença é que, ao contrário das organizações da sociedade civil ostensivamente voltadas para articulação da cidadania e contraposição ao governo, identificadas em contextos ocidentais democráticos, na Tunísia, a sociedade se organizava de formas alternativas, para contornar o regime opressor (BAKER, 2015, p. 12).

Ocorre que, com a derrubada da ditadura, ao contrário de uma expansão gradual, esses movimentos e organizações passam a ocupar de maneira abrupta um papel ostensivo de articulação e embate frente o Estado, sendo que os movimentos de mulheres, organizados, ainda que com limitações, desde o período ditatorial, tornaram-se centrais no debate político (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 232).

Inicialmente não era claro que o tópico dos direitos das mulheres se tornaria um sítio disputas de poder pós-revolucionárias, dado que não foi uma demanda central na revolução (VOORHOEVE, 2015, p. 4). A preponderância desse debates tem em sua raiz um medo de que a reabertura trouxesse retrocessos nesses direitos, com o retorno à esfera política de atores religiosos e ameaças ao *status quo* do feminismo de Estado (VOORHOEVE, 2015, p. 4).

Essas ameaças, ressalta-se, decorrem de dois fatores específicos do caso tunisiano: 1) as leis sobre direitos das mulheres foram impostas por governos ditatoriais, ao invés de surgirem de demandas sociais; e, 2) até a abertura política, a contestação a essa política era reprimida (VOORHOEVE, 2015, p. 5). O surgimento de uma esfera pública fora do domínio do Estado criou aberturas para se propor diferentes entendimentos sobre o que seria o melhor interesse das mulheres (VOORHOEVE, 2015, p. 9).

Cinco tópicos obtiveram especial atenção no debate sobre os direitos das mulheres na Tunísia: 1) o Código de Estatuto Pessoal; 2) mulheres no mercado de trabalho; 3) mães solteiras; 4) a revogação de reservas à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW); e, 5) os direitos das mulheres na constituição (VOORHOEVE, 2015, p. 7-8), sendo o último, o ponto focal do presente trabalho.

As propostas de artigos da ANC sobre direitos das mulheres e sobre o papel do Islã foram especialmente contenciosas, sendo que os direitos das mulheres na constituição tornaram-se o campo no qual se agudizaram as polaridades entre secularistas e religiosos (BAKER, 2015, p. 53). É nesse

contexto que se insere a disputa em torno do artigo 2.28. O artigo foi proposto no primeiro esboço da constituição tunisiana liberado ao público, em 13 de agosto de 2012. Colocado sob escrutínio público, o proposto artigo 2.28 tornou-se foco de grande preocupação pelos movimentos feministas, porque trazia que as mulheres seriam “complementares” aos homens, redução que, no entender desses movimentos, ameaçava a igualdade entre os gêneros (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 235).

O projeto foi inicialmente divulgado em árabe, sendo que dois artigos se referiam especificamente aos direitos das mulheres. O artigo 1.10 estabelecia: “o Estado deve proteger os direitos das mulheres assim como as estruturas familiares e manter a coerência entre esses”.¹⁰ (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 2012, p. 1). Já o artigo 2.28, chamado “direitos das mulheres”, definia:

- O Estado garantirá a proteção dos direitos das mulheres e apoiará suas conquistas como verdadeiras parceiras dos homens na construção da nação e como tendo um papel complementar a eles dentro da família.
- O Estado garantirá a provisão de oportunidades iguais entre homens e mulheres no cumprimento de várias responsabilidades.
- O Estado garantirá a eliminação de todas as formas de violência contra a mulher (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 2012, p. 1).¹¹

No cerne do debate, encontra-se a palavra “yetekaamul” (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 235), cuja tradução majoritária, tanto para o francês quanto para o inglês, é “complementar” (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 235). Apontou-se que o artigo contradiria outras partes da constituição que enfatizam irrefutável igualdade de gênero. O termo “igualdade” fora usado em diversas passagens do texto, sendo que sua ausência

¹⁰ Tradução livre de: “The state shall protect the rights of women as well as protect family structures and maintain the coherence thereof”.

¹¹ Tradução livre de: “The state shall guarantee the protection of the rights of women and shall support the gains thereof as true partners to men in the building of the nation and as having a roll complementary thereto within the family. - The state shall guarantee the provision of equal opportunities between men and women in the bearing of various responsibilities. - The state shall guarantee the elimination of all forms of violence against women”.

especificamente no artigo que trata dos direitos das mulheres causou desconfianças. (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 235)

Outra crítica refere-se ao enquadramento proposto, que atribuiria às mulheres proteção não como sujeitos autônomos, mas apenas em seu papel dentro da família e da pátria (VOORHOEVE, 2015, p. 13). A especificidade da complementaridade dentro da família também foi objeto de protestos, por se limitar às mulheres casadas (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 236).

Em resposta, um evento que seria a celebração do aniversário do CEP, foi transformado em um protesto contra a linguagem do artigo, reunindo entre 20 e 30 mil pessoas em Tunis (BAKER, 2015, p. 55). Mulheres jovens e mais velhas, ligadas ou não a movimentos organizados pelos direitos das mulheres, rurais e urbanas protestaram demandando direitos inequívocos para as mulheres (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 236). Uma campanha midiática e a circulação de petições contra o artigo também ocorreram, trazendo atenção ao debate, que alcançou o Comitê de Direitos Humanos da ONU (BAKER, 2015, p. 55). Nas universidades, estudantes promoveram discussões o tema, tendo mulheres na linha de frente (BAKER, 2015, p. 55).

Mulheres muçulmanas, em grande parte, afiliadas ao Ennahda, colocaram-se a favor do artigo. Apontou-se, por exemplo, que a proposta fora realizada por membros constituintes democraticamente eleitos e afirmou-se que complementaridade significaria mais do que igualdade, pois envolveria parceria (VOORHOEVE, 2015, p. 14). Ademais, a comissão que aprovara a redação do artigo era composta majoritariamente por mulheres, o que causou desconforto entre os movimentos que haviam feito lobby pela aprovação da paridade nas listas eleitorais (VOORHOEVE, 2015, p. 13).

O debate sobre o artigo 2.28 trouxe consigo uma faceta positiva, de extensiva participação popular nos debates constitucionais. As manifestações massivas demonstraram que a questão de igualdade de gênero não era apenas uma preocupação das elites, mas também fomentava o engajamento ativo da população no processo constituinte (CHARRAD e

ZARRUGH, 2014, p. 236). Apesar da origem autoritária das leis atinentes aos direitos das mulheres, tornou-se claro que, ainda que haja divergências, os avanços na legislação de proteção aos direitos da mulher tornaram-se parte constitutiva da identidade tunisiana, suficientemente para articular lutas populares pela garantia de igualdade. Nesse sentido, como destaca Voorhoeve (2015, p.9), mesmo entre os opositores da legislação feminista, os argumentos contrários não se baseavam em aspectos religiosos, mas em discussões sobre o que realmente seria o melhor interesse das mulheres.

A sociedade civil, notadamente por meio das lutas feministas, modificou os rumos da transição ao lutar pela inclusão de certos direitos no texto constitucional e ao desafiar o governo de coalizão que dominava a ANC (BAKER, 2015, p. 51). A reação do público ao primeiro projeto gerou pelo menos três mudanças substantivas: foi adicionada uma garantia ao direito de voto, foi retirada linguagem que abria margem para dar ao Estado autoridade sobre práticas religiosas e foi retirada a previsão de “complementaridade” da mulher em relação ao homem (GLUCK e BRANDT, 2015, p. 10).

O engajamento público provocou, ademais, modificações no próprio processo constituinte, forçando uma abertura da ANC ao público:

Inclusão, transparência e consulta pública estiveram em falta nos primeiros estágios da revisão constitucional tunisiana, mas melhoraram depois que a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) apresentou o primeiro esboço ao público em agosto de 2012. Após a publicação do segundo esboço, a ANC lançou uma campanha de participação, por dois meses, que incluiu reuniões públicas nas circunscrições dos representantes da ANC, audiências com grupos de interesse e o televisionamento da maioria dos debates e procedimentos da NCA (GLUCK e BRANDT, 2015, p. 10).¹²

¹² Tradução livre de: “Inclusion, transparency, and consultation were lacking during the early stages of Tunisia’s constitutional review but picked up after the National Constituent Assembly (NCA) presented its first draft to the public in August 2012. Following publication of a second draft, the NCA launched a two-month outreach campaign that included public meetings in the NCA representatives’ constituencies, hearings with interest groups, and television broadcasts of most NCA debates and proceedings”.

Esse engajamento representou uma grande reorganização da política no Estado tunisiano. Os direitos das mulheres na constituição e o processo constituinte deixaram de ser objeto de conversas a portas fechadas entre elites políticas e se tornaram um tópico de debate e incidência popular, inaugurando um modo de fazer política “desde baixo” (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 237). Textos oficiais e fundacionais, como a constituição se tornaram acessíveis ao público e objeto de crítica popular (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 240).

O debate acerca do Artigo 2.28 demonstrou de maneira mais explícita a transição de uma “política de cima para baixo” para uma “política de baixo para cima” dado que o texto constitucional foi abertamente criticado com vistas a garantir que direitos fossem protegidos das autoridades governamentais e de intrusão. Discussões sobre o artigo, que serviu como símbolo maior do papel da religião e da influência do Ennahda no futuro político da Tunísia, floresceram pelo espectro de partidos políticos e organizações cívicas e grupos (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 236).¹³

Uma das várias marcas do processo constituinte tunisiano foi a acen-tuação de disputas políticas sobre os direitos das mulheres (BAKER, 2015, p. 52), que entre outros, teve como efeito o fomento à participação política popular de uma maneira geral. O processo constituinte tornou-se uma parte integral dessa nova configuração, com diferentes grupos podendo e efetivamente expressando opiniões divergentes à do governo (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 232).

Nesse contexto, a presença relevante de mulheres na assembleia constituinte, bem como a existência de movimentos feministas de sociedade civil organizada foram cruciais no resultado final alcançado e na formatação do status legal atribuído às mulheres na constituição de 2014.

¹³ Tradução livre de: “The debate surrounding Article 28 exhibited more broadly the transition from a ‘politics from above’ to a ‘politics from below’ as the text of the constitution was openly critiqued in the spirit of ensuring that rights were protected from government authorities and intrusion. Discussions surrounding the article, which served as a greater symbol of the role of religion and the influence of Ennahda in Tunisia’s political future, flourished across political parties and civic organisations and groups.”

3. Discussão: constitucionalismo feminista na constituinte tunisiana

Processos de revisão e reelaboração constitucional tornaram-se frequentes nas últimas décadas, notadamente após a Segunda Guerra Mundial (KATZ, 2012, p. 204). Especial atenção tem sido dada ao processo constituinte, com o crescimento da participação popular e a proeminência adquirida pelo direito de participação política (WALLIS, 2014, p. 41).

A teorização do processo constituinte tem sido empreendida, muitas vezes, com a separação entre o processo de deliberação e escrita e a adoção da constituição (WALLIS, 2014, p. 41). Com estudos comparativos ou de caso, tem se consolidado o campo de estudos teóricos voltados especificamente para os processos constituintes, com contribuições vindas tanto de universidades como de “think tanks” (WALLIS, 2014, p. 41), indicando preocupações de agentes políticos na correlação entre processos constituintes.

Essa literatura sugere que as constituições partilham elementos centrais que ultrapassam diferenças culturais, geográficas e históricas, permitindo a elaboração de molduras para as constituições mais bem-sucedidas em termos de substância e de procedimento, pensando-se em sugestões para processos futuros de elaboração constitucional (KATZ, 2012, p. 204).

Nesse quadro, alguns consensos iniciais sobre o processo constituinte podem servir como parâmetros para discussão. Por exemplo, pensa-se (1) na necessidade de se adotar previamente uma estrutura clara para guiar o processo de deliberação e escrita, ainda que sejam arranjos interinos como o caso das “talks about talks” sul-africanas, estabelecendo procedimentos para guiar as deliberações constitucionais (ARATO, 2009, p. 60); (2) na influência exercida pelo tipo de instituição desenhada para levar a cabo o processo constituinte (assembleia constituinte ou legislatura constituinte, por exemplo) (WALLIS, 2014, p. 43); (3) na influência da representatividade no modo de seleção dos elaboradores (WALLIS, 2014, p. 46); (4) sobre os benefícios e malefícios de diferentes métodos de adoção das previsões constitucionais, como aprovação por voto majoritário ou super-

majoritário, consenso ou o deferimento de decisões particularmente conflituosas para referendos (WALLIS, 2014, p. 45); e, (5) as dificuldades e as virtudes de um alto nível de publicidade das discussões e abertura à participação popular (WALLIS, 2014, p. 48/50), entre outros.

Embora os retro-mencionados elementos sejam frequentes nas literaturas sobre boas práticas em processos constituintes, outros aspectos são consideravelmente menos trabalhados, embora sejam cruciais tendo em vista o princípio do constitucionalismo de limitação dos poderes da maioria para garantir que também as minorias exerçam sua soberania integralmente (WALLIS, 2014, p. 20). Assim, entende que “constitucionalismo” não se trata de ter uma constituição escrita, mas sobre o fato de que “[...] limites devem ser colocados nos poderes de governo, o Estado de Direito deve ser observado e direitos humanos e fundamentais devem ser protegidos” (WALLIS, 2014, p. 20).¹⁴

Dentre os elementos frequentemente omitidos, ressalta Katz (2012, p. 204), está a atuação feminina. Essa ausência deixa sem respostas muitas questões, como, por exemplo, o quão significativas são as participações femininas, se a inclusão provoca mudanças substanciais no texto final e se a participação se correlaciona com a percepção de legitimidade da constituição (KATZ, 2012, p. 204). Entretanto, para que o projeto de limitação dos poderes da maioria proposto pelo constitucionalismo seja efetivamente levado em frente, é preciso reconhecer as nuances pertinentes à participação das minorias no processo constituinte. No presente caso, pensa-se em um “constitucionalismo feminista”, como um projeto de repensar a relação entre o Direito Constitucional e o feminismo, explorando, desafiando e redefinindo o Direito Constitucional partindo de uma perspectiva feminista (BAINES, BARAK-EREZ e KAHANA, 2012, p. 1). Mais do que revisitar as-sunções e categorias canônicas, é preciso fazer novas perguntas, introduzir novos tópicos e deliberadamente mudar o foco do debate (BAINES, BARAK-EREZ e KAHANA, 2012, p. 2).

¹⁴ Tradução livre de: “[...] limitations should be imposed on the powers of government, the rule of Law should be observed, and fundamental human rights should be protected.”

Nesse espírito, Elizabeth Katz resgata algumas formas de participação ou de exclusão de mulheres no processo de redação constitucional, estabelecendo que o valor dos estudos comparados ultrapassa o estudo dos textos constitucionais, alcançando também os procedimentos de feitura do documento (KATZ, 2012, p. 205).

Katz (2012, p. 219) aponta lições e tendências que podem ser identificadas pelo trabalho comparativo acerca das participações constituintes de mulheres:

(...) o envolvimento de mulheres nos processos de elaboração constitucional influencia significativamente os aspectos reguladores, constitutivos e transformadores da escrita constitucional. A participação bem-sucedida de mulheres muda o texto constitucional, levanta temas significativos e ainda é uma fonte de empoderamento feminino (KATZ, 2012, p. 219).¹⁵

A Tunísia representa, nesse sentido, uma rica fonte de experiências significativas e bem-sucedidas de mulheres no processo de elaboração constitucional. O debate acerca do artigo 2.28 é um dos exemplos, mas há ainda outras demonstrações de como a participação ativa de mulheres tanto em fóruns oficiais como informais moldou o texto constitucional.

No caso do artigo 2.28, a atuação de mulheres contribuiu decisivamente para alterar e adicionar previsões constitucionais. Ao promover manifestações massivas, campanhas midiáticas, facilitação de debates sobre o termo “complementar” usado no primeiro rascunho da ANC, esses grupos de pressão trouxeram o debate para a esfera pública, fomentando uma ampla participação popular no processo constituinte. Como resultado, nos rascunhos seguintes previu-se a igualdade entre homens e mulheres, sem qualquer discriminação. Na redação final, o artigo 21 da Constituição de 2014 prevê a igualdade de todos os cidadãos, tendo os mesmos direitos e obrigações perante a lei, sem qualquer discriminação entre homens e mulheres.

¹⁵ Tradução livre de: “[...] women’s involvement in constitution-drafting processes significantly influences the regulative, constitutive, and transformative aspects of constitution drafting. Successful women’s participation changes the constitutional text, raises significant issues, and is a source of empowerment for women.”

A Constituição de 2014 ainda conta com outros dois artigos que fazem referência aos direitos das mulheres. O artigo 34, que versa sobre o direito a eleições e ao voto prevê que o Estado deverá garantir a presença de mulheres em órgãos eleitos. Já o artigo 46, versa especificamente sobre os direitos das mulheres e traz:

- O Estado se compromete a proteger os direitos conquistados pelas mulheres e a trabalhar para fortalecer e desenvolver esses direitos.
- O Estado garantirá a igualdade de oportunidade entre mulheres e homens para ter acesso a todos os níveis de responsabilidade em todos os domínios.
- O Estado trabalhará para atingir a igualdade entre homens e mulheres em assembleias eleitas.
- O Estado tomará todas as medidas necessárias para erradicar a violência contra a mulher. (TUNISIA, 2014, p. 1).¹⁶

A ação coletiva das mulheres garantiu não só previsões constitucionais de fomento à participação política feminina, mas também assegurou, anteriormente, que a própria eleição para a assembleia constituinte já previsse medidas nesse sentido, com o requerimento de paridade entre os homens e mulheres nas listas eleitorais (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 234).

Elizabeth Katz (2012, p. 220) afirma também que a participação de mulheres no processo constituinte traz para a discussão assuntos que outrora seriam tratados como tabus ou privados. Ressalta, também, que ainda que esses assuntos não sejam resolvidos no processo constituinte, ocorre a expansão material do diálogo na sociedade: novos tópicos passam a ser discutidos. No caso tunisiano, soma-se a esse processo de ampliação substantiva do debate o fato de que, pela primeira vez em mais de 50 anos, a sociedade pôde expressar livremente sua opinião. Dessa forma, vários dos calorosos debates sobre direitos das mulheres se deveram não só à significativa participação política das mulheres, mas também pela inédita possibilidade de questionar as decisões dos governos ditatoriais (VOORHOEVE, 2015, p. 7).

¹⁶ Tradução livre de: "The state commits to protect women's accrued rights and work to strengthen and develop those rights."

Nesse sentido, Voorhoeve (2015, p. 8) destaca que a alta politização do tema dos direitos das mulheres não se limitou aos debates acerca do proposto artigo 2.28, mas atingiu temas tão polêmicos como poligamia, maternidade fora do casamento e o papel das mulheres do mercado de trabalho. Esses debates revelaram uma disputa que não se resume aos direitos das mulheres:

Mas, à parte de entendimentos alternativos acerca dos direitos das mulheres, os debates também revelam entendimentos alternativos de o que seria “tunisiano” e, portanto, os debates são intimamente conectados com a construção de uma identidade para a nova Tunísia. Enquanto para alguns, “tunisiano” significa moderado e moderno, para outros, significa manter valores arábico-islâmicos, livrando o país de seu passado autoritário e da hegemonia ocidental (VOORHOEVE, 2015, p. 16).¹⁷

O debate constituinte inclusivo iniciado com os direitos das mulheres, dessa forma, trouxe à tona a renegociação de uma identidade nacional imposta pelo Estado. Os regimes autoritários impuseram uma narrativa de homogeneidade com vistas a esconder as enormes clivagens sociais, regionais e econômicas do país, dificultando que os tunisianos pudessem reconhecer a heterogeneidade do país (VOORHOEVE, 2015, p. 12). A disputa sobre o status legal das mulheres na ANC é, afinal de contas, também uma renegociação de legados autoritários (VOORHOEVE, 2015, p. 7). Em um contexto de reflexão e reconstrução, como o processo constituinte tunisiano, os debates iniciados em torno dos direitos das mulheres permitiram reconhecer a realidade democrática de coexistência de diferentes valores na mesma sociedade.

Outro ponto de destaque é que o próprio ato de lutar por seus direitos é empoderador para as mulheres (KATZ, 2012, p. 220). Esse ponto levantado por Katz é especialmente relevante em cenários de transição política

¹⁷Tradução livre de: “But apart from alternative understandings of women’s rights, the debates also reveal alternative understandings of what is ‘Tunisian’, and thus the debates are also closely intertwined with the construction of an identity for the new Tunisia. Where for some, ‘Tunisian’ means moderate and modern, for others it means upholding Arabo-Islamic values, ridding the country of its authoritarian legacy, and of Western hegemony”.

democrática, dado, por exemplo, que na Tunísia pré-revolução, toda a narrativa sobre os direitos das mulheres era controlada pelo Estado, com censura e perseguição a movimentos autonomamente organizados (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 232).

Mais do que modificar o status dos direitos das mulheres na constituição, esses movimentos modificaram o próprio processo constituinte, tornando-o, como um todo, mais aberto e participativo. Os benefícios foram além do aumento de percepção de legitimidade e do apoio à constituição (GLUCK e BRANDT, 2015, p. 10), tendo permitido o surgimento de um novo paradigma de resolução de conflitos e de discurso político, baseado no diálogo e em debates públicos, superando décadas de temor de perseguições como resposta à livre expressão (GLUCK e BRANDT, 2015, p. 11).

A força dos movimentos feministas tunisianos revela-se, também, ao se identificar que apesar de a maioria dos representantes eleitos para a ANC apresentar propostas conservadoras, ainda assim, conseguiram exercer pressão política suficiente para garantir a manutenção e avanço nas políticas de igualdade.

É importante tanto a participação formal, com representantes nas assembleias constituintes, quanto a participação informal, por meio de grupos nacionais de pressão e movimentos da sociedade civil organizada que promovam políticas feministas (KATZ, 2012, p. 220). Isso porque, embora a ocupação de cargos nos órgãos constituintes por mulheres tenha um importante papel simbólico, não implica, necessariamente, que elas promoverão políticas de igualdade de gênero. Aponta a autora para que essa participação seja significativa, o requisito mais relevante é a presença de um movimento de mulheres organizado em torno de alguns objetivos básicos para o avanço da agenda de igualdade entre os gêneros (KATZ, 2012, p. 220).

A experiência tunisiana corrobora com esses diagnósticos, demonstrando a importância de um movimento de mulheres organizado e de bases domésticas. Isso porque, como apresentado, apesar de haver um

número relevante de mulheres eleitas na ANC (27%), isso não impediu o avanço de propostas contrárias à igualdade entre os gêneros, como no caso do proposto artigo 2.28 do primeiro projeto constitucional. As representantes eleitas foram, inclusive, um dos núcleos centrais de defesa da redação original, vindo a público afirmar que não seria possível falar de igualdade entre homens e mulheres em absoluto (CHARRAD e ZARRUGH, 2014, p. 239).

Mais uma vez, foi a pressão dos movimentos civis de mulheres que impediu a passagem do artigo, substituído por uma redação que não só garante a política atual, como se compromete a avançar nos esforços pela igualdade (TUNISIA, 2014, p. 1).

Outro ponto destacado é que movimentos internacionais de promoção de direitos das mulheres não substituem a existência de grupos nacionais, pois podem ser vistos como ilegítimos, representando visões ocidentais, por exemplo. (KATZ, 2012, p. 221). A associação entre os governos autoritários e a ingerência das potências ocidentais dificultaria qualquer diálogo que fosse liderado por organizações internacionais de direitos das mulheres. Para muitos dos opositores das políticas do feminismo de Estado, o cerne da refutação está na identificação com uma política imperialista, que deveria ser superada pelo processo revolucionário (VOORHOEVE, 2015, p. 12). O fato de que foram movimentos domésticos de defesa dos direitos das mulheres que estiveram à frente das manifestações, pode ter atenuado a resistência aos debates.

4. Conclusões

Mulheres possuem interesses singulares na feitura das constituições de seus países. Sua participação tanto nos fóruns oficiais como por meio de movimentos de sociedade civil promove mudanças substantivas no texto final e, como se viu no caso tunisiano, tem potencial para a promoção de mudanças no debate político e nas negociações constitucionais a nível nacional, contribuindo para maior abertura à participação popular.

A proposta de um constitucionalismo feminista baseia-se nos pressupostos de que (1) o envolvimento de mulheres nos processos de elaboração constitucional influencia significativamente o documento final, o que significa que sua ausência reduz ou deteriora o tratamento dado a temas de interesse do grupo; (2) a participação levanta novos temas e (3) o processo em si é uma fonte de empoderamento feminino (KATZ, 2012, p. 219). O caso da Tunísia corrobora com essa proposta, dado que retrata uma participação bem-sucedida e significativa de mulheres no processo constituinte, no sentido de terem conseguido entrincheirar o reconhecimento de sua igualdade frente aos homens, enquanto cidadãs e garantido a manutenção dos direitos conquistados na legislação infraconstitucional, com o CEP.

Essa participação torna-se ainda mais relevante quando analisada dentro do turbulento contexto de transição para a democracia após mais de um século de governos autoritários, entre a dominação colonial francesa e as ditaduras de Bourguiba e Ben Ali. Mais do que o fato isolado de constitucionalizar esses direitos, o debate constituinte em torno dos direitos das mulheres desdobrou-se em uma discussão sobre a identidade nacional. Sem apagar a heterogeneidade inerente a uma sociedade democrática, os debates oficiais e com a sociedade civil mostraram que valores de igualdade entre os gêneros são parte constitutiva da nova identidade tunisiana, não sendo apenas um resquício autoritário imposto sobre a sociedade. Exemplo disso foi a recente eleição de Souad Abderrahim, primeira mulher prefeita de Tunis, com o apoio do Ennahda (PRENTIS, 2018, p. 1). Embora tenha encontrado resistência, outro exemplo de avanço nos debates foi a apresentação de uma proposta para garantir iguais direitos de herança para mulheres, bem como sugestões de mudanças legislativas para garantir outras liberdades individuais, como descriminalizar a homossexualidade (Tunisia: Landmark Proposals on Gender Bias, Privacy, 2018, p. 1) e aprovação de leis contra a violência contra mulheres (BLAISE, 2017, p. 1).

A idéia de um constitucionalismo feminista, tal como tratado aqui, é devedora de uma análise comparativa, que permitiu levantar pontos em comum na participação feminina em processos constituintes (KATZ, 2012, p. 219). Sherally Munshi (2017, p. 19-22) defende uma visão expandida do direito comparado, que reconhece a técnica não como mera justaposição, mas uma inclinação intelectual e ética na direção “desfamiliarização”¹⁸, permitindo leituras críticas de nosso próprio contexto e de imagens particulares de mundo.

Nesse sentido, a experiência constituinte tunisiana traz consigo um importante deslocamento dos contextos frequentemente apresentados no Direito Constitucional comparado produzido no Brasil – europeus, latino-americanos e o estadunidense. Esse deslocamento coloca-nos frente a um país de maioria islâmica e com forte representação religiosa na política e nos costumes, ao qual hegemonicamente se associariam práticas inconciliáveis com a luta por igualdade direitos das mulheres e que, muito ao contrário, apresenta avançadas leis de proteção às liberdades individuais das mulheres, como o direito ao aborto, e escolhas institucionais que favorecem a participação política das mulheres (SIRINO, 2015, p. 103). O presente estudo de caso requer sejam confrontadas associações entre regimes políticos e práticas sociais ocidentais ou ocidentalizadas como requisito para o constitucionalismo, especialmente, uma vertente feminista deste, abrindo possibilidades de diálogo Sul-Sul entre Brasil e Tunísia sobre as lutas pela igualdade das mulheres e sobre práticas constitucionais alternativas.

O sucesso na atuação contrária ao artigo 2.28 e o êxito na constitucionalização da igualdade entre os gêneros não encerram o debate em torno do tema na Tunísia. Há, ainda, uma série de pontos em aberto, como as discussões acerca do papel da mulher no espaço de trabalho e as proteções oferecidas às mães solteiras (VOORHOEVE, 2015, p. 8), mas que seguem sendo debatidos pela sociedade. Há, ademais, uma série de temas que

¹⁸ Técnica narrativa de apresentar situações comuns de uma maneira estranha, para aumentar a percepção do familiar

sequer foram trazidos para a esfera do debate nacional, como a heteronormatividade da proteção atribuída às mulheres dentro da família, que reforça a vulnerabilidade de mulheres homossexuais e solteiras. As populações LGBTIQ, aliás, continuam a sofrer graves perseguições no país (THE ECONOMIST, 2018, p. 1).

Ainda assim, a experiência tunisiana de participação de mulheres no processo constituinte corrobora as posições da literatura comparada sobre o tema, demonstrando que a participação de grupo provoca mudanças específicas no texto constitucional, no sentido de garantir maior proteção a seus direitos. Como ressalta Wallis (2014, p.2), a elaboração constitucional, muito além de estabelecer um sistema operacional para o governo, cumpre um papel fundacional “definindo um laço político entre as pessoas e entre as instituições estatais e a sociedade.”. Torna-se, portanto, clara a importância da participação de grupos minoritários nesse processo, sendo o caso da Tunísia um exemplo exitoso.

5. Referências

AGENCE FRANCE-PRESSE. Os protagonistas de uma discussão que deu origem à Primavera Árabe. *G1*, 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/revolta-arabe/noticia/2011/12/os-protagonistas-de-uma-discussao-que-deu-origem-primavera-arabe.html>>. Acesso em: 03 julho 2018.

ARATO, A. *Constitution Making Under Occupation*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2009.

ARIEFF, A. *Political Transition in Tunisia*. Congressional Research Service. Washington, DC. 2011.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Tunisia: Draft of the Constitution 14 August 2012. *Constitutionnet*, 2012. Disponível em: <<http://www.constitutionnet.org/vl/item/tunisia-draft-constitution-14-august-2012>>. Acesso em: 07 julho 2018.

BAINES, B.; BARAK-EREZ, D.; KAHANA, T. The Idea and Practice of Feminist Constitutionalism. In: BAINES, B.; BARAK-EREZ, D.; KAHANA, T. *Feminist Constitutionalism: Global perspectives*. [S.l.]: Cambridge University Press, 2012. 1-12.

- BAKER, V. *The Role of Civil Society in the Tunisian Democratic Transition*. [S.l.]: [s.n.], 2015.
- BLAISE, L. Tunísia assina nova lei para proteger mulheres contra violência. *Folha de São Paulo*, 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/08/1906760-tunisia-assina-nova-lei-para-protoger-mulheres-contr-violencia.shtml>>. Acesso em: 12 setembro 2018.
- CHARRAD, M. M.; ZARRUGH, A. Equal or complementary? Women in the new Tunisian Constitution after the Arab Spring. *The Journal of North African Studies*, 19, n. 2, 15 mar. 2014. 230-243.
- ERYILMAZ, N. *Democratic Transitions in Comparative Perspective: Tunisia and Egypt in the Post-Arab Spring Process*. Boston: Boston College, 2017.
- FAHIM, K. Slap to a Man's Pride Set Off Tumult in Tunisia. *New York Times*, 2011. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2011/01/22/world/africa/22sidi.html>>. Acesso em: 03 julho 2018.
- GARDNER, F. O homem que 'acendeu' a fagulha da Primavera Árabe. *BBC*, 2011. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/12/111217_bouazizi_primavera_arabe_bg>. Acesso em: 03 julho 2018.
- GLUCK, J.; BRANDT, M. *Participatory and Inclusive Constitution Making*. Washington, DC: United States Institute of Peace, 2015.
- GINSBURG, Tom. SIMPSON, Albert. Introduction, Chapter 1 of Constitutions in Authoritarian Regimes. *University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Papers*, 2014. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory>.
- INTER-PARLIAMENTARY UNION. Women in National Parliaments. *Inter-Parliamentary Union*, 2018. Disponível em: <<http://archive.ipu.org/wmn-e/classif.htm>>. Acesso em: 12 setembro 2018.
- KATZ, E. Women's Involvement in International Constitutional Making. In: BAINES, B.; BARAK-EREZ, D.; KAHANA, T. *Feminist Constitutionalism: Global Perspectives*. Nova York: Cambridge University Press, 2012. Cap. 11, p. 204-222.

MACKEY, R. Video That Set Off Tunisia's Uprising. *The New York Times*, 2011. Disponível em: <<https://thelede.blogs.nytimes.com/2011/01/22/video-that-triggered-tunisia-uprising/>>. Acesso em: 03 julho 2018.

O'DONNELL, G. *Dissonâncias*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

NATIONAL DIALOGUE QUARTET - HISTORY. *NobelPrize.org*. 2018. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/peace/2015/tndq/history/>. Acesso em 12 de setembro de 2018.

PRENTIS, J. Tunis elects first female mayor. *The National*, 2018. Disponível em: <<https://www.thenational.ae/world/mena/tunis-elects-first-female-mayor-1.747133>>. Acesso em: 09 julho 2018.

REDISSI, H.; BOUKHAYATIA, R. *The National Constituent Assembly of Tunisia and Civil Society Dynamics: Citizenship Report*. EUSpring. [S.l.]. 2015.

SADIKI, L. Tunisia: The battle of Sidi Bouzid. *Al Jazeera*, 2010. Disponível em: <<https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2010/12/20101227142811755739.htm>>. Acesso em: 03 julho 2018.

SIRINO, N. P. *Representação Política Feminina na Tunísia: Escolhas Institucionais a Favor do Empoderamento*. Curitiba: UFPR, 2015.

TETI, A.; ABBOTT, P.; CAVATORTA, F. *The Arab Uprisings in Egypt, Jordan and Tunisia*. 1ª. ed. Cham: Palgrave Macmillan, 2018.

THE CARTER CENTER. *National Constituent Assembly Elections in Tunisia*. The Carter Center. Washington, DC. 2011.

THE ECONOMIST. Gay-rights activists take to the air in Tunisia. *The Economist*, 2018. Disponível em: <<https://www.economist.com/middle-east-and-africa/2018/03/17/gay-rights-activists-take-to-the-air-in-tunisia>>. Acesso em: 9 julho 2018.

TUNISIA: Landmark Proposals on Gender Bias, Privacy. *Human Rights Watch*, 2018. Disponível em: <<https://www.hrw.org/news/2018/07/26/tunisia-landmark-proposals-gender-bias-privacy>>. Acesso em: 11 setembro 2018.

TUNISIA. Tunisia: The Constitution of 2014. *Constitutionnet*, 2014. Disponível em: <<http://www.constitutionnet.org/vl/item/tunisia-constitution-2014>>. Acesso em: 08 julho 2018.

VOORHOEVE, M. Women's Rights in Tunisia and the Democratic Renegotiation of an Authoritarian Legacy. *New Middle Eastern Studies*, v. 5, 2015.

WALLIS, J. *Constitution making during state building*. Nova York: Cambridge University Press, 2014.

Capítulo XV

Reforma constitucional mexicana e a proteção aos direitos humanos: Corte Interamericana de Direitos Humanos e Suprema Corte Nacional de Justiça

*Raquel Cristina Possolo Gonçalves*¹

*Philippe Rodrigues da Silva*²

1. Introdução

México e Brasil foram condenados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CteIDH) em razão da falta de investigação do cometimento de crimes contra a humanidade, e da impunidade de seus perpetradores (CteIDH, 2009, série C, n. 258).³ Apesar de se relacionar aos objetivos propostos no presente artigo, o caso brasileiro não será analisado em razão de o foco ser a modificação constitucional que possibilitou que se responsabilizasse criminal e individualmente os agentes do Estado perpetradores de crimes contra a humanidade no caso mexicano.⁴

¹ Mestranda em Direito pelo PPGD/UFMG, Belo Horizonte/MG, Brasil. Bacharela em Direito (UFMG); Bacharela em Letras (UFMG). Pesquisadora do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição (CJT/UFMG). Email: possolo.raquel@gmail.com. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

² Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG (PPGD/UFMG); Advogado; philippe-silva@gmail.com.

³ O Centro de Estudos sobre Justiça de Transição (CJT/UFMG) disponibiliza informações sobre as ações penais em seu sítio eletrônico. Disponível em: <https://cjt.ufmg.br/acoes-criminais/>. Acesso em 01 jun. 2018.

⁴ As ações penais ajuizadas pelo MPF em busca da responsabilização pela perpetração de crimes contra a humanidade são objeto de várias pesquisas, cf., dentre outros: BERNARDI, Bruno Boti. *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Justiça de Transição: Impactos no Brasil, Colômbia, México e Peru*. Tese. São Paulo: Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Ciência Política. Programa de Pós-

Para que a condenação do Estado mexicano fosse cumprida no âmbito doméstico, realizaram-se modificações constitucionais para se adequarem à normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O objetivo do presente artigo é compreender esse processo de modificação constitucional para trazer luz a uma experiência diferente daquela brasileira, em que ainda não se cumpriu a determinação da CteIDH. Ressalta-se que o tema aqui discutido se relaciona à garantia de direitos fundamentais, como o acesso à justiça, estreitamente relacionado ao Estado Democrático de Direito:

(...) a grande atenção que hoje se confere à garantia de tais direitos prende-se à percepção de que os direitos fundamentais mantêm com o próprio conceito de democracia uma relação de recíproca interação, pois o efetivo respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos representa um dos principais parâmetros de aferição do grau de democracia de uma sociedade, ao mesmo tempo em que a concreta e real existência de uma sociedade democrática revela-se como pressuposto indissociável à plena eficácia dos direitos fundamentais (BRANCO, 2002, p. 104).

Compreende-se, juntamente com Pinheiro (2006, p. 102), que democracia e direitos fundamentais caminham lado a lado, em um reconhecimento do direito de resistir a governos opressores, e que a própria história da conquista e reconhecimento desse direito

coincide, em seus pontos essenciais, com a própria criação e evolução do Estado e com o advento do constitucionalismo moderno (PINHEIRO, 2006, p. 102).

No contexto do constitucionalismo moderno, os constitucionalismos norte-americano, francês e alemão têm servido como base das teorias

Graduação em Ciência Política, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tdc-12012016-122034/pt-br.php>. Acesso em: 01 jun. 2018. POSSOLO-GONÇALVES, Raquel Cristina. *Responsabilização Criminal Individual por Crimes Contra a Humanidade no Brasil: análise das decisões de recebimento das denúncias e a sua adequação à normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Trabalho de Conclusão de Curso [não publicado]. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2017; TIRADO, Felipe Guimarães Assis. *Human Rights, Transitional Justice and Transnational Law: towards accountability for crimes against humanity in Brazil*. Dissertação. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2018. (Não publicada).

hegemônicas que tratam fundamentalmente de questões sobre a organização democrática, valores políticos liberais, estrutura dos direitos e separação dos poderes. Contudo, essas teorias têm negligenciado particularidades e especificidades relativamente às experiências latino-americanas. Chocam-se com dificuldades em se realizarem modificações na Constituição dos Estados Unidos em temas como o porte de armas, por exemplo, e as modificações realizadas nas constituições latino-americanas (AVRITZER, 2017, p. 9). Dessa forma, compreende-se que o constitucionalismo latino-americano poderia representar um questionamento em relação ao constitucionalismo norte-americano no que concerne a mudanças constitucionais e a instabilidade que seria provocada por tais mudanças. Com o objetivo de analisar o contexto mexicano no que se tem desenvolvido no âmbito do constitucionalismo latino-americano, o exemplo de modificação constitucional que será abordado no presente trabalho refere-se à mudança constitucional que possibilitou a persecução e responsabilização criminal individual relativa ao cometimento de crimes contra a humanidade, por agentes do Estado.

No ano de 2009, a CteIDH condenou o Estado mexicano no caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sobre o desaparecimento forçado de Rosendo Radilla Pacheco, que ocorrera em 1974, cometido por agentes do Exército, no Estado de Guerrero, no México. A Corte condenou o Estado a investigar, processar e punir os responsáveis pelo desaparecimento forçado de Radilla. Essa condenação encontrou um contexto favorável em que foi percebida como uma oportunidade de se desenvolver as reformas constitucionais que já estavam em discussão no âmbito doméstico, no sentido de se incentivar o desenvolvimento de uma agenda de defesa dos direitos humanos (BERNARDI, 2015, p. 159). Porém, antes de se abordar essa reforma constitucional e seu contexto, se faz necessário retomar brevemente o contexto que motivou a elaboração da Constituição mexicana de 1917 ainda em vigor, e suas características.

Assim, para a discussão a ser desenvolvida, o artigo será organizado nos seguintes tópicos: primeiramente, realizar-se-á brevemente a

retomada de uma discussão sobre as características e metodologia de pesquisa no Direito Constitucional Comparado, ressaltando assim seus desafios, posicionando o presente artigo na perspectiva da Teoria Crítica. No segundo tópico, será apresentada a Constituição mexicana de 1917, e o contexto de elaboração e promulgação da mesma. Após, o Partido Revolucionário Institucional (PRI) e sua dominação institucional sobre o Judiciário serão tratados juntamente com a transição desse cenário de dominação que tem seu início a partir de 1994. Logo após, será abordada a condenação do Estado mexicano pela CteIDH no caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, de 2009 e a reforma constitucional realizada que possibilitou a implementação dessa condenação no direito doméstico, e a proteção aos direitos humanos na ordem constitucional mexicana. Pretende-se portanto, discutir se a constitucionalização da proteção aos direitos humanos, a partir do reconhecimento da constitucionalidade de todos os tratados, e a aplicação do princípio *pro persona* corroboram com a afirmação de Hirschl, segundo o qual essa expansão do poder do Judiciário através da constitucionalização de direitos e o controle de constitucionalidade refletiria uma “apropriação da retórica da justiça social por elites ameaçadas, de modo a manter sua própria posição no sistema político em questão” (HIRSCHL, 2007, p. 48).

2. Direito Constitucional Comparado: uma perspectiva crítica

Hirschl (2014, p. 1-5) afirma que a soma de avanços tecnológicos e da expansão global do constitucionalismo e da jurisdição constitucional resultou em uma grande transformação nas pesquisas que versam sobre Direito Constitucional Comparado. A crescente disponibilização de bancos de dados digitais que oferecem conteúdo sobre Cortes e um maior acesso e difusão de pesquisas através de livros e periódicos publicados e distribuídos digitalmente foram fatores essenciais para essa mudança. Mas essa revolução não importou em um desenvolvimento metodológico adequado do estudo comparado, restando entraves a serem melhor trabalhados,

como questões relacionadas a universalismo ou culturalismo (HIRSCHL, 2014, p. 198). O que acontece de fato é a reiteração de pesquisas centradas nos mesmos sistemas hegemônicos (TUSHNET; KHOSLA, 2015, p. 3), que acabam por negligenciar um grande número de experiências constitucionais não eurocêntricas ou norte-americanas. Ressalta-se que os desafios metodológicos relacionam-se à própria atividade do direito comparado, como por exemplo, fontes em línguas estrangeiras, diferentes do inglês, particularidades de conceitos legais, e a necessidade de se compreender bem o contexto em que esse direito em análise se constitui e se desenvolve (SAUNDERS, 2006, p. 67).

A crítica do sul-global, que ressalta o mínimo interesse em pesquisas desenvolvidas fora do eixo Estados Unidos-Europa, ou o pouco desenvolvimento de pesquisas relacionadas a sistemas constitucionais como os latino-americanos, indiano, africanos parte de uma divisão socioeconômica e política entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos. Ao se comparar os estudos realizados em países do norte-global, percebe-se que eles apresentam um índice elevado de democracia, capacidade de governo, *accountability*, desenvolvimento humano e econômico, enquanto os países do sul-global ainda lidam com questões como extrema desigualdade social, dívidas, remoção forçada em massa, epidemia de AIDS, dentre outros (HIRSCHL, 2014, p. 207-211). Interessa pensar se essa compreensão não poderia encobrir outras experiências e possibilidades, não previstas por essas formas hegemônicas do constitucionalismo moderno.

Nesse contexto, a crítica que se faz relaciona-se à marginalização desses sistemas, sua desconsideração e uma postura paternalista demonstrada pelos países do norte-global, que estariam revestidas de práticas imperialistas, racistas, eurocêntricas. Essa postura paternalista defende a compreensão de que aos países em desenvolvimento caberia apenas importar conceitos jurídicos e instituições dos países desenvolvidos para que se alcançassem os mesmos índices acima mencionados (HIRSCHL, 2014, p. 211). Ressalta-se que essa centralidade em experiências hegemônicas resulta em um desconhecimento de avanços realizados

por países em desenvolvimento, como por exemplo uma decisão da Suprema Corte indiana sobre direitos autorais relacionadas a medicações para tratamento contra o câncer e a AIDS que foi pouco divulgada apesar de sua importância ímpar para a área de saúde pública e erradicação da pobreza (HIRSCHL, 2014, p. 218).

Essa crítica à forma e substância das pesquisas em Direito Constitucional Comparado insere-se em uma perspectiva ainda mais ampla da Teoria Crítica, em que a própria atividade intelectual, o fazer pesquisa passa por uma mudança de compreensão, em que se pretende abandonar o *eu universal* moderno. Para uma exata localização do presente artigo em relação à Teoria Crítica, abaixo busca-se apresentar uma limitada reconstrução desse pensamento. Alguns autores são essenciais para essa discussão, dos quais citam-se Horkheimer (1937), Walzer (1985), Dussel (1993; 2017), Donna Haraway (1995 [1987]) e Cattoni de Oliveira (2017), fontes nas quais se busca o embasamento teórico abaixo discutido.

Segundo Horkheimer, a atividade intelectual não deve se pretender afastada da sociedade, uma vez que ela participa da totalidade das atividades executadas em diferentes profissões, não devendo ser vista como autônoma ou independente (HORKHEIMER, 1937, p. 37). O objetivo dessa assertiva é a negação de que a ciência poderia ser realizada apartada da vivência social, negando-se também a transformação de alguns de seus aspectos em categorias universais (HORKHEIMER, 1937, p. 38; WALZER, 1985, p. 33). O chamado de Horkheimer é no sentido de um pesquisador engajado em uma transformação do mundo que, a partir desse posicionamento, pode utilizar-se do conhecimento construído e em construção, “[u]m comportamento que esteja orientado para essa emancipação, que tenha por meta a transformação do todo, pode servir-se sem dúvida do trabalho teórico” (HORKHEIMER, 1937, p. 45).

[O pensamento crítico] considera conscientemente como sujeito a um indivíduo determinado em seus relacionamentos efetivos com outros indivíduos e grupos, em seu confronto com uma classe social e a natureza (HORKHEIMER, 1937, p. 46).

Assim, a teoria crítica teria uma função segundo a qual o pesquisador e sua atividade devem ser “considerados em uma unidade dinâmica” (HORKHEIMER, 1937, p. 50) com aqueles marginalizados, ou nas palavras do autor, com a classe dominada, a fim de expor as contradições de uma forma que estimule e transforme a realidade social.

Nesse mesmo sentido de negar a transformação de aspectos da ciência em categorias universais que Donna Haraway fala sobre uma ciência que seja, além de localizada, em acordo com Horkheimer, também corporificada. Sobre a universalidade pretendida e, principalmente, sobre a imparcialidade autopropagada pelo positivismo científico, Haraway afirma que “[a] História é uma estória que os entusiastas da cultura ocidental contam uns aos outros; a ciência é um texto contestável e um campo de poder” (HARAWAY, 2009, p. 11). A partir da constatação de que o *eu universal* que nasce na Modernidade, tendo em Descartes um de seus mais proeminentes expoentes, determina quais são conhecimentos que serão reconhecidos como tais, as teorias feministas são trazidas à discussão, tendo como exemplo o empiricismo crítico feminista.

As feministas não precisam de uma doutrina de objetividade que prometa transcendência, uma estória que perca o rastro de suas mediações justamente quando alguém deva ser responsabilizado por algo, e poder instrumental ilimitado. Não queremos uma teoria de poderes inocentes para representar o mundo, na qual linguagens e corpos submerjam no êxtase da simbiose orgânica. Tampouco queremos teorizar o mundo, e muito menos agir nele, em termos de Sistemas Globais, mas precisamos de uma rede de conexões para a Terra, incluída a capacidade parcial de traduzir conhecimentos entre comunidades muito diferentes – e diferenciadas em termos de poder. Precisamos do poder das teorias críticas modernas sobre como significados e corpos são construídos, não para negar significados e corpos, mas para viver em significados e corpos que tenham a possibilidade de um futuro (HARAWAY, 2009, p. 16).

A Modernidade surge no momento em que a Europa se autodenomina como centro de uma História Mundial (DUSSEL, 1993, p. 7), contexto em que o positivismo científico apresenta e defende a existência de um *eu*

universal, do pesquisador observador, racional e objetivo. A pretensa objetividade e racionalidade do positivismo científico acaba por excluir quaisquer experiências que não sejam desse *eu universal*, que é, em sua essência, uma tentativa de universalização de um conhecimento parcial, do homem branco europeu (HARAWAY, 2009, p. 18), heterossexual e proprietário. O positivismo científico participou dessa falácia que sustentou a razão colonial, a falácia cartesiana segundo a qual o conhecedor reconhece-se a si mesmo como apartado do mundo conhecido (MUNSHI, 2017, p. 12). Assim, a proposta de Haraway é que se busque uma objetividade feminista, que significaria exatamente esses saberes localizados, responsabilizáveis. É nessa proposta que a parcialidade do eu pesquisador é ressaltada e defendida,

apenas a perspectiva parcial promete visão objetiva. Esta é uma visão objetiva que abre, e não fecha, a questão da responsabilidade pela geração de todas as práticas visuais. A perspectiva parcial pode ser responsabilizada tanto pelas suas promessas quanto por seus monstros destrutivos (HARAWAY, 2009, p. 21).

Dussel afirma que movimentos críticos também se originaram em toda a periferia, ou seja, todos aqueles lugares não europeus, África, Ásia, e América Latina, em que o ponto de vista partiu da própria realidade regional (DUSSEL, 2017, p. 3240). O autor retoma a Filosofia da Libertação, da qual é importante referência e difusor, segundo o qual ela se inicia

de uma crítica da razão moderna, do sujeito cartesiano desde a crítica ontológica de Heidegger, por uma parte, o que lhe permitiu sustentar uma posição crítica radical de dimensão ontológico-fundamental. Por outra parte, se inspirou igualmente na primeira Escola de Frankfurt (Horkheimer, Adorno, especialmente em Marcuse do *El hombre unidimensional*, o que lhe ajudou a compreender o sentido político na dita ontologia (DUSSEL, 2017, p. 3240-3241).

Ressalta-se, em concordância com Dussel (2015, p. 81), que o diálogo intercultural deve estar fundamentado epistemológico ou ontologicamente

em um “diálogo inter-filosófico mundial”. O valor de todo o conhecimento produzido durante a Modernidade, na Europa, ainda que enviesado por uma autoimagem de centro da História, deve ser reconhecido a fim de se estabelecer um diálogo que seja produtivo e que auxilie o avanço das fronteiras do conhecimento. É nesse sentido, em uma intenção de contribuir para o fortalecimento e para o contínuo desenvolvimento da pesquisa produzida no e pelo sul-global que se volta para as vivências e experiências regionais, latino-americanas, mais especificamente um olhar sobre o México e seu contexto.

Assim, o objetivo do presente artigo adequa-se a uma perspectiva da Teoria da Constituição que se abra

a um enfoque multidisciplinar e a um pluralismo hermenêutico, pragmático e metodológico, que não teme a equivocada acusação de ecletismo metodológico de tal modo que uma abordagem normativa não perdesse de vista seu contato com a realidade, nem uma abordagem objetivista excluísse aspectos normativos, mas permanecessem em tensão (CATTONI DE ANDRADE, 2017, p. 102-103).

Inserido o presente trabalho nessa perspectiva, pretende-se que a pesquisa tenha se engajado em uma análise que seja também contextual, emancipando-se, de forma a contribuir para a descolonização do conhecimento jurídico, expandindo-se no sentido de desafiar as variedades de eurocentrismo que ainda o definem (MUNSHI, 2017, p. 12). É no sentido de um estudo que compreenda o contexto, que busque uma enculturação – abrir o texto para ressignificação, e interpretação (MUNSHI, 2017, p. 14), que se propõe a discutir mais detidamente o constitucionalismo mexicano, considerando o processo que resultou na Constituição de 1917, e as modificações pelas quais passou. Assim, procura-se contribuir para o desenvolvimento de um direito comparado que não apenas compare leis em diferentes jurisdições, ou se reconheça como apenas uma prática de justaposição, mas comprometido como uma orientação intelectual fundamentalmente ética (MUNSHI, 2017, p. 19).

3. Constitucionalismo mexicano: percurso formativo e a Constituição de 1917

O contexto da América Latina apresenta desafios para o Direito Constitucional Comparado. Uma das características formadoras do conceito de Constitucionalismo é a estabilidade de suas instituições. O histórico de rupturas institucionais presente no contexto latino-americano pode apresentar-se como desafio para seus estudiosos. Contudo, ainda que o México apresente características em comum ao contexto em que se insere, a longa vigência de sua Constituição pode ser considerada como um ponto fora dessa curva. Vigente desde 31 de janeiro de 1917, foi resultado de grandes disputas políticas que motivaram a Revolução Mexicana, iniciada em 1910. Assim, no presente tópico, serão apresentados aspectos importantes de seus antecedentes históricos, bem como características da Constituição Mexicana de 1917, e suas posteriores reformas.

O momento político mexicano ao tempo da elaboração da Constituição de 1917 coincide com uma mudança paradigmática da ideia das dimensões dos direitos fundamentais. Neste momento já vigoravam os marcos do constitucionalismo moderno, que tem seu advento com o surgimento dos Estados Liberais. Neste modelo os indivíduos possuíam uma esfera de proteção contra a tirania e a força do soberano, ou seja, eram protegidos contra as indevidas ingerências do poder estatal. Característica dessa dos direitos fundamentais de primeira dimensão, a garantia da liberdade do indivíduo.

A Constituição mexicana em seu surgimento teve um importante significado na história do constitucionalismo moderno, ela inaugurou a era das constituições sociais que depois teve a Constituição de Weimar na Alemanha como um importante marco deste movimento. Como característica do constitucionalismo social, ressalta-se a criação de dispositivos que reconheçam a devida necessidade da garantida da vida do indivíduo em uma sociedade (PINHEIRO, 2006). Neste caso, a diferença com o período anterior é que o Estado intervia de maneira positiva, não mais uma conduta

negativa, no que tange a promoção de condições que tendem a favorecer a igualdade material e a igualdade de oportunidades.

A Constituição Mexicana de 1917 originou-se de um movimento revolucionário composto sobretudo por camponeses, setores médios urbanos, e algumas elites regionais que foram prejudicadas diretamente pela ditadura que vigeu naquele país. Durante o período anterior a 1917, houve uma ocupação das terras devolutas do Estado por uma parte da elite econômica mexicana e por estrangeiros, além de alto índice de desemprego. Assim, a Constituição resultou de várias disputas políticas, antecedida pela revolução Mexicana, que se iniciou em 1910. Fix-Zamudio, constitucionalista e ex-presidente da Corte Constitucional, afirmou que

[n]ossa Constituição atual conecta-se diretamente com a Revolução mexicana. Certo que em princípio esse movimento não teve como objetivo fazer uma nova Constituição. Dirigiu-se inicialmente por Madero contra a ditadura de Díaz, e depois por Carranza para restaurar a ordem constitucional interrompida por Huerta, mas o desenvolvimento mesmo dos acontecimentos conduziu finalmente à expedição de uma nova lei fundamental (FIX-ZAMUDIO, 2001, p. 89-90).

A Revolução Mexicana inicia-se em 1910, estendendo-se para além de 1917, ou seja, por mais de vinte anos. Mobilizou em seu processo milhares de camponeses e indígenas, que reclamavam a perda dos *ejidos*.⁵ Sua maior reivindicação era o fim da ditadura de Porfirio Díaz, a qual teve seu início em 1876, prolongando-se até 1911.⁶ Seu governo obteve apoio do exército e da Igreja Católica, bem como de empresas privadas e de grandes proprietários de terra (PEREIRA, 2006, p. 108). As principais reivindicações eram a vedação à reeleição para Presidente da República, o retorno dos *ejidos* e sua consequente devolução das terras para as comunidades indígenas, nacionalização de grandes empresas e bancos, consolidação de direitos de ordem trabalhista e separação entre Estado e Igreja.

⁵ Pedações de terra produtiva da qual a propriedade era comunitária dos povos tradicionais.

⁶ Ressalta-se que entre 1880 e 1884, o México foi presidido por Manuel Gonzáles, o qual foi sucedido por Porfirio Díaz, que se mantém no poder até 1911, através de várias reformas constitucionais para permitir reeleições imediatas (MIGALLÓN, p. 331).

A partir da primeira década do século XX, o governo de Díaz se viu envolto em uma crise que não pode superar. Diversos fatores contribuíram, dentre os quais se pode reconhecer o exercício arbitrário do poder por parte de Porfirio Díaz, os favores que outorgava a certos setores e as perseguições que executava contra dissidentes, que buscavam justiça social ou econômica através de atos que o regime não estava disposto a tolerar (MIGALLÓN, 2013, p. 332).

O porfiriato, termo como ficou conhecida a ditadura de Porfirio Díaz, passou por um recrudescimento em seu autoritarismo, dando início ao processo revolucionário que abarcava em suas demandas o movimento crescente contra reeleições. Movimento que encontrou em Francisco Madero, um latifundiário, seu principal nome. Motivado por uma entrevista dada por Díaz, na qual o ditador anunciava que não concorreria à reeleição, Madero então inicia seu percurso pelo México a fim de fundar um novo partido e concorrer às eleições (MIGALLÓN, 2013, p. 334). Contudo, Díaz volta atrás, concorre e vence as eleições, declarando-se eleito, ainda que sob suspeita de fraude, e a prisão de Madero é ordenada e cumprida. O opositor consegue escapar da prisão, fugindo para os Estados Unidos, de onde conclama a população mexicana a iniciar uma revolução através de uma rebelião armada para derrubar o porfiriato, através do *Plan de San Luis Potosí*, no qual exortava os mexicanos a pegarem em armas e expulsar os usurpadores do poder (MIGALLÓN, 2013, p. 334). Acusavam inclusive os outros poderes a estarem submetidos ao Executivo,

[o]s juízes, em vez de serem os representantes da justiça, são agentes do Executivo, cujos interesses servem fielmente; as Câmaras da União, não têm outra vontade que a do Ditador. Os governadores dos Estados são designados por ele, e eles, por sua vez, designam e impõem de igual maneira as autoridades municipais.

Disso resulta que toda a engrenagem administrativa, judicial e legislativa, obedece a uma só vontade, ao capricho do General Porfirio Díaz, quem em sua ampla administração demonstrou que sua principal motivação é se manter no poder a todo custo (MIGALLÓN, 2013, p. 335).

Assim, Madero se colocando como eco da vontade nacional, declarou ilegais as eleições, compreendendo que a República estava sem governantes conforme a lei, declarando nulas as eleições para Presidente da República, magistrados para a Suprema Corte de Justiça da Nação (SCJN), assim como de deputados e senadores (MIGALLÓN, 2013, p. 336). Líderes revolucionários se juntam a Madero, ao norte Pancho Villa e Pascual Orozco e ao sul, junta-se à rebelião Emiliano Zapata, comandando certa de vinte mil homens, na “Legião da Morte”. O movimento revolucionário que se inicia não tinha como um dos objetivos, ao menos inicialmente, estabelecer uma nova ordem constitucional.

Em 1911, Porfirio Díaz renuncia, e se forma um governo de transição, em que o Presidente interino foi Francisco León de la Barra (MIGALLÓN, p. 340), seguido por eleições das quais sai vitorioso Francisco I. Madero, que assume a presidência. Entretanto, o líder revolucionário não cumpre as promessas de reforma, gerando insatisfação nos líderes camponeses, mais notadamente Emiliano Zapata, que se recusa a realizar o desarmamento de seus revolucionários, em exigência à reforma agrária ainda não implementada. O conflito se estende, e em 1913, o então presidente Madero sofre um golpe realizado por um grupo de militares federais, golpe esse que restou conhecido como *La Decena Trágica* (MIGALLÓN, p. 341), sendo assassinado pelo general Huerta, o qual se torna o novo Presidente.

O golpe motiva a construção de uma frente opositora, da qual participam Zapata e Villa, liderada por Venustiano Carranza, o qual defende o Plano de Reconstrução Constitucional. Em agosto de 1914, Huerta renuncia, e Carranza assume a Presidência. As demandas mexicanas nesse momento constam no artigo 2º, do decreto expedido por Carranza, em 12 de dezembro de 1914. Nesse artigo se afirma o compromisso com a satisfação das necessidades econômicas, sociais e políticas do país, através das reformas que a “opinião pública” considera como indispensáveis para um regime que garanta a igualdade entre todos os mexicanos, leis agrárias que favoreçam a formação da pequena propriedade, legislação para melhorar a vida do camponês, e da classe proletária; organização do Poder Judiciário

independente, dentre outros (MIGALLÓN, p. 343). Em setembro de 1916, o Presidente convoca o Congresso Constituinte para dar continuidade às reformas que já haviam sido iniciadas, a opção era reestabelecer a ordem constitucional de 1857, que poderia interromper tais reformas, ou uma nova Constituição, para “constituir a revolução” (MIGALLÓN, p. 344).

3.1. A Constituição de 1917

O texto constitucional de 1917 confirmava o sistema federativo, formado por estados autônomos, mantendo a separação de poderes. Em seu artigo 40 afirma-se que é a vontade do povo mexicano constituir-se em uma República representativa, democrática, federal, composta por Estados livres e soberanos, mas unidos em uma federação, estabelecida de acordo com princípios de uma lei fundamental (MIGALLÓN, p. 376). O Poder Legislativo constituía-se por duas câmaras, e reservou ao Executivo uma grande força, em busca de estabilidade. Como forma de governo, a democracia, em que se reconhecia a soberania popular.

Contudo, a grande diferença entre os textos constitucionais anteriores e o de 1917 são as garantias individuais e sociais, uma clara separação entre Estado e Igreja, e proibições à reeleição (MIGALLÓN, p. 355-356). Estabeleceu-se jornada de trabalho que não excederia 8 horas por dia, proibindo o trabalho noturno para crianças e mulheres, em um capítulo específico, denominado *Del Trabajo y la previsión social*. Afirmava ainda que não se daria efeito retroativo a nenhuma lei em prejuízo de alguma pessoa, ninguém seria privado da vida, da liberdade ou de suas propriedades, senão mediante processo judicial em tribunais preestabelecidos, e de acordo com as formalidades previstas. Importante ressaltar também, para os objetivos do presente artigo, que aos juízes criminais era vedada a imposição por simples analogia de pena que não estivesse prevista em lei exatamente aplicável àquele delito especificamente (MIGALLÓN, p. 364-365).

Buscou-se assegurar a independência do Judiciário com a Constituição de 1917, bem como dar competência ao Ministério Público para investigar

delitos, objetivando sua independência, ao invés de manter a função de auxiliar de juiz. Bem como dar autonomia ao Poder Judiciário frente ao Executivo e responsabilizar a autoridade administrativa pela persecução dos delitos (MIGALLÓN, p. 367). O exercício do Poder Judiciário assentar-se-ia em uma Suprema Corte de Justiça da Nação e em Tribunais de Circuito e de Distrito. A Suprema Corte seria composta por 11 (onze) ministros eleitos pelo Congresso da União, suas audiências seriam públicas, excetuando-se aquelas em que a moral ou o interesse público o exigissem.

A pena de morte foi mantida na Constituição, mas apenas seria imposta ao traidor da pátria em guerra estrangeira, ao parricida, ao homicídio com traição, premeditação e vantagem, ao incendiário, e graves delitos de ordem militar (MIGALLÓN, p. 367).⁷

A questão agrária foi posta como a questão capital da revolução de 1910 e deveria ser central também para a Constituinte. As mudanças apresentadas em relação a esse tema constam em seu artigo 27, que se resumem em cinco pontos fundamentais: i) a definição de que a propriedade originária de terras e águas correspondia à Nação, reforçando o princípio de que a propriedade estaria sujeita às modalidades ditadas pelo interesse público; ii) a definição como bens da Nação das águas do mar territorial e as anteriores, assim como de todos os minerais do subsolo; iii) o domínio direto dos bens do subsolo corresponde à Nação, portanto, não eram objeto de propriedade particular e sua exploração sempre sujeitar-se-á a concessão; iv) a especificação de proibições ou requisitos para adquirir domínio de terras e águas nos casos de estrangeiros, corporações religiosas, civis ou bancos e sociedades mercantis; v) a definição dos princípios e das bases gerais para a restituição e dotação de terras aos povos e para fracionamento das grandes propriedades rurais (MIGALLÓN, p. 373-374).

Contudo, ao fim de Revolução mexicana de 1910, após promulgação da Constituição de 1917, o que consolidou-se no México foi um sistema

⁷ Em dezembro de 2005, os artigos 14 e 22 foram reformados para abolir a pena de morte (MIGALLÓN, p. 384).

político autoritário, dominado por um partido hegemônico, o Partido Revolucionário Institucional - PRI.

Assim, a partir deste movimento revolucionário que no México foi realizada a reforma agrária pelo então presidente Lázaro Cárdenas (1930-1934). A reforma providenciou ao PRI uma esmagadora legitimidade junto as classes mais populares, que eram a maioria da população à época. A partir deste momento, algumas reformas institucionais começaram a ser realizadas, inclusive no Judiciário. Com a chegada do PRI ao poder, o que se notou foi o não cumprimento das promessas de democracia e justiça social, buscadas pela Revolução de 1910. O regime “priísta”

restringiu os espaços de liberdade associativa das organizações sociais e anulou o desenvolvimento autônomo de grupos da sociedade civil, mas também se mostrou um violador sistemático dos direitos humanos ao longo do século XX. Entre os anos 1960 e 1980, em especial, episódios como a *guerra sucia* e a repressão ao movimento estudantil nos anos de 1968 (massacre de Tlatelolco) e 1971 (massacre de Corpus Christi) evidenciavam a política oficial do Estado de perseguição de seus oponentes e o desrespeito do regime para com as normas internacionais de direitos humanos, apesar da defesa formal do tema nos textos constitucionais e na política externa do país” (BERNARDI, 2015, p. 148).

Esse regime autoritário perdurou vários anos e uma crise o levou ao fim, após a reforma eleitoral desenvolvida no México no ano de 1994, tema a ser trabalhado mais profundamente no próximo tópico.

3.2. Contexto político após 1917: o Partido Revolucionário Institucional

Ainda sob o governo do Presidente Cárdenas, a Corte Constitucional mexicana foi totalmente alterada. Primeiramente, houve a sua dissolução, todos os juízes que a compunham foram destituídos. Logo após, a SCJN foi recriada com um novo desenho institucional, com um corpo significativamente maior (modificou-se de 11 ministros para um total de 25), composta por juízes alinhados politicamente com o partido hegemônico. Além disso,

implementou-se uma mudança no tempo de permanência dos juízes na instituição, antes o mandato era vitalício e a partir daquela reforma passou a ser de seis anos.

Essas medidas trouxeram uma maior politização para os membros da SCJN, tanto que muitos seguiram carreiras políticas posteriormente. A concentração de poder na principal instância judiciária era tão grande que competia a eles as nomeações e promoções para os Tribunais Federais, demonstrando um comportamento similar ao do Poder Executivo.

Esta articulação dificultou a possibilidade dos cidadãos contestarem no Judiciário os abusos cometidos na gestão pública, sobretudo em questões importantes como a expropriação de bens, a regulamentação econômica austera e a violação do devido processo legal.

Para Magaloni (2008) o PRI durante o longo período em que permaneceu no poder utilizou uma estratégia de dominação para impor a ordem política que poderia ser dividida em três movimentos: 1) O presidente era o árbitro dos conflitos políticos entre os membros da elite dirigente; 2) o presidente era o líder do partido oficial, que tinha o monopólio dos cargos e indicações para os cargos públicos; 3) Em caso de descumprimento das resoluções partidárias, os membros eram expulsos.

O argumento da autora é que ao projetar os tribunais para supervisionar seus subordinados, os autocratas criaram um sistema de tribunais suficientemente forte para permitir que funcionários do alto escalão do Estado monitorassem funcionários de nível inferior e juízes, e ao mesmo tempo fraco o suficiente para impedir os cidadãos de fazer valer os seus direitos frente ao regime. Dessa forma, em questões importantes envolvendo a expropriação de bens, a severa regulamentação econômica e a violação do devido processo legal, os cidadãos estavam sujeitos a abusos governamentais e não podiam contestar esses abusos através dos tribunais. A chave para a manutenção do sistema judicial em benefício da autocracia foi portanto a politização do sistema judicial mexicano.

Um bom exemplo são os Tribunais Federais em que as nomeações e promoções foram decididas pelo Corte Constitucional, que na prática se

comportou inteiramente como um cargo do Presidente do Poder Executivo. Com essas instituições, a autocracia mexicana conseguiu criar um Judiciário altamente responsivo e subserviente, cujo papel principal era garantir que os subordinados aplicassem as leis de acordo com os comandos da liderança partidária e política exercidas pelo PRI. O jogo mostra que a elite dirigente se submeteu à ordem política autocrática baseada na concentração de poderes no Chefe do Executivo, ao invés de permanecerem na luta política e implementassem à risca a Constituição mexicana. Isso porque o sistema se auto reforçava enquanto o PRI retivesse um monopólio no cargo político e pudesse garantir aos membros da elite dominante uma parte do poder em longo prazo.

Esse quadro será bruscamente alterado na década 1990. Os desgastes acumulados em tantos anos de dominância política pelo PRI fizeram com que sua liderança fosse questionada pelos políticos da oposição e inclusive pelos correligionários do partido. Assim, a partir deste período instala-se uma disputa multipartidária que abriu perspectivas para uma mudança no poder mexicano. O presidente, que na época era Carlos Salinas de Gortari, se viu em uma situação em que era forçado por um lado a estar com a oposição e ofender os interesses do PRI ou por outro lado a estar com o PRI e reprimir a oposição. Para resolver este dilema e reforçar a ordem política, MAGALONI (2008) argumenta que o presidente optou por capacitar a SCJN como o novo árbitro dos conflitos políticos. Ao assumir o poder da Suprema Corte, o ex-partido dirigente enfrentou o dilema de criar uma instituição que protegesse seus interesses, mas não se voltaria contra esse partido no caso de perder o poder.

A existência de direitos constitucionais e o estabelecimento de um poder judiciário independente, monitorando os poderes legislativos e executivo são vistos como formas de aumentar a credibilidade de determinado regime e de favorecer a capacidade da burocracia estatal de cumprir contratos, o que aumenta a confiança dos investidores e incentivando-os a investir, inovar e desenvolver (HIRSCHL, 2007, p. 37)

Essa movimentação culminou com a reforma constitucional de 1994 que transformou a SCJN em um verdadeiro tribunal constitucional. As transições para regimes democráticos na América Latina relacionam-se a processos de reforma constitucional, implicando na criação de novos projetos constitucionais ou arranjos institucionais (GARZA, 2013, p. 222). As medidas adotadas foram as seguintes: alteração da composição do Corte, de 25 membros para 11 membros; o período para o exercício do cargo passou a ser de 15 anos; ampliou o poder da Corte através das medidas de controvérsia judicial e das ações constitucionais; o Tribunal poderia arbitrar conflitos entre os entes federativos. A reforma implementada em 1994 abriu portas para mudanças no sistema político e jurídico mexicano. Embora, o PRI permanecesse com protagonismo político o que se viu foi a sua derrocada com o passar dos anos.

A partir da reforma constitucional de 1994, se reconheceu classificação constitucional aos tratados de direitos humanos, através do artigo 1º, que declara que toda pessoa que se encontrar em território nacional gozará de todos os direitos estabelecidos na Constituição e nos tratados internacionais. Estabeleceu-se que as normas relativas aos direitos humanos se interpretariam em conformidade com a Constituição e com os tratados internacionais sobre o tema, favorecendo a proteção mais ampla à pessoa. Para Hirschl, em definição da principal hipótese da teoria evolucionista do desenvolvimento constitucional, a tendência de constitucionalizar os direitos e fortalecer o Judiciário e o controle de constitucionalidade resulta da priorização da proteção aos direitos humanos que se reforça após a Segunda Guerra Mundial (HIRSCHL, 2007, p. 32).

Outro aspecto trazido por essa reforma foi o estabelecimento do mandato constitucional pelo qual todas as autoridades conforme suas competências têm a obrigação de promover, respeitar, proteger e garantir os direitos humanos em conformidade com os princípios da universalidade, interdependência, invisibilidade e progressividade. Dessa forma, o Estado deve prevenir, investigar, sancionar e reparar as violações aos direitos humanos (MIGALLÓN, 2013, p. 385).

Para reformar a Constituição, requeria-se ao Congresso da União o voto de dois terços dos presentes, para o procedimento de emenda ou reformas, e que fossem aprovadas pela maioria das legislaturas dos Estados (MIGALLÓN, p. 379). Até o ano de 2013, os artigos da Constituição foram reformados em 521 ocasiões, por meio de mais de 200 decretos, leis e declaratórias de reforma desde 1921. Modificaram-se 106 de seus artigos.

Em 2011, uma importante reforma foi aprovada em matéria de direitos humanos, abarcando diversos artigos da Constituição de 1917. No próximo tópico, trataremos melhor dessa reforma, em razão de ser tema central do presente artigo.

4. Modificações na Constituição: a condenação do Estado mexicano no caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* e as alterações constitucionais para seu cumprimento

Em 24 de março de 1981, o México se tornou signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, submetendo-se à jurisdição da CteIDH, em relação à interpretação e aplicação da mesma em dezembro de 1998. A CteIDH, juntamente com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) têm consolidado sua jurisprudência no tratamento de graves violações a direitos humanos, desde os anos 1980. Tem sido decidido no sentido da não validade de leis de anistia quando relacionadas ao cometimento de crimes contra a humanidade, condenando os Estados a investigar e punir, além de proibir julgamentos de civis por tribunais militares. Ainda, o crime de desaparecimento forçado é considerado um crime continuado, além de coibir que a jurisdição militar seja aplicada em membros das Forças Armadas que estejam sob acusação de cometimento de violações de direitos humanos (BERNARDI, 2015, p. 143).⁸

⁸ Para uma discussão a respeito de como as condenações da Corte têm impactado em sistemas jurídicos domésticos e o modelo de justiça em cascata, cf.: SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*. New York - London: W. W. Norton & Company, 2011.

A CteIDH condenou o Estado mexicano no caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, 23 de novembro do ano de 2009. A condenação refere-se ao crime de desaparecimento forçado de Rosendo Radilla Pacheco, que ocorrera em 1974. O crime fora cometido por agentes do Exército, no município de Atoyac de Álvarez, Estado de Guerrero, no México. Assim, a CteIDH condenou o Estado mexicano a investigar, processar e punir os responsáveis pelo desaparecimento forçado de Radilla. A condenação estabeleceu obrigações ao Estado mexicano, como o controle de convencionalidade *ex officio* das normas internas mexicanas em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos (parágrafo 339); não aplicação da jurisdição castrense a crimes cometidos por militares contra os direitos humanos de civis (parágrafos 337 a 342); obrigação de realizar cursos permanentes de capacitação para os funcionários do sistema de justiça, inclusive os juízes, sobre a jurisprudência do Sistema Interamericano, tanto da CteIDH quanto da CIDH e dos padrões a serem seguidos durante a investigação e julgamento do crime de desaparecimento forçado (BERNARDI, p. 164).

Bernardi assevera que a participação de atores civis, de organizações não governamentais de proteção aos direitos humanos possibilitou que o Caso Radilla e outros também relacionados a desaparecimento forçado fossem levados à CIDH, motivados pela impossibilidade de avanços das investigações desses casos no sistema judicial doméstico,

O estabelecimento desse vínculo entre Afadem e a Comissão Mexicana era, de fato, um marco importante, e assinalava a abertura de um novo capítulo de atuação das ONGs mexicanas, pois o tema das violações de direitos humanos cometidas no passado havia sido até então área de preocupação apenas das associações de familiares das vítimas e não dos grupos de direitos humanos. (...) Seria apenas com o novo contexto político aberto pela alternância política e chegada de Vicente Fox à presidência que os grupos de direitos humanos foram encorajados a se aproximar mais dos familiares das vítimas e a impulsionar o tema da justiça de transição, uma vez que existiam expectativas em torno das promessas do novo governo, cuja plataforma eleitoral havia prometido a criação de uma Comissão da Verdade. (BERNARDI, 2015, p. 155-156).

Inicialmente, a condenação não foi bem recebida na Suprema Corte, pois foi considerada como uma intromissão,

a decisão da Corte Interamericana no caso Radilla foi entendida pela maioria da Suprema Corte como uma incursão direta no seu terreno legal e uma tentativa de usurpar seu status de instância final do ordenamento jurídico nacional” (BERNARDI, 2015, p. 166).

Mas no ano seguinte, em 2011, a Ministra Margarita Luna Ramos apresentou um projeto sobre a condenação em 4 de julho, enumerado como Vários 912/2010. Já estava sendo desenvolvida no México uma discussão sobre a proteção de direitos humanos e seu caráter constitucional. Nesse sentido, a condenação encontrou um contexto favorável, uma vez que foi percebida como uma oportunidade de se desenvolverem as reformas constitucionais que já estavam em discussão no âmbito doméstico, internamente ao Poder Judiciário por atores específicos, com perfil mais progressista, no sentido de se incentivar o desenvolvimento de uma agenda de defesa dos direitos humanos (BERNARDI, 2015, p. 159).

Segundo Bernardi (2015, p. 167), as condições políticas no interior da Suprema Corte e o marco constitucional do México alteraram-se substancialmente nesse momento. O Ministro Silva Meza, juiz com perfil mais progressista e aberto ao direito internacional, fora eleito Presidente da SCJN em 3 de janeiro de 2011. Outro aspecto relevante para essa modificação no contexto interno na SCJN, a reforma constitucional em matéria de direitos humanos tratada anteriormente entrou em vigor em 11 de junho de 2011. Através dessa reforma, reconheceu-se *status* constitucional aos direitos humanos protegidos em todos os tratados, estabeleceu-se também o princípio *pro persona*, segundo o qual deve prevalecer em um eventual choque de direitos constitucionais e convencionais aquele que ofereça a maior proteção à pessoa, independentemente de sua origem nacional ou internacional (BERNARDI, p. 167). Os três principais tópicos tratados pelo expediente Vários 912/2010, após deliberação do Pleno da SCJN, podem ser definidos como

1) o modelo de recepção do direito internacional dos direitos humanos e o lugar ocupado por essas normas dentro do ordenamento jurídico mexicano após a reforma constitucional em matéria de direitos humanos, o que levou finalmente ao abandono do princípio de hierarquia constitucional em favor da aplicação do princípio *pro persona*, de prevalência da proteção mais ampla às pessoas; 2) limitação da jurisdição militar, excluindo de sua competência casos de violações de direitos humanos de civis; 3) implantação de um novo modelo de controle difuso de constitucionalidade e de convencionalidade, mediante o qual juízes locais e federais deveriam deixar de aplicar normas contrárias aos direitos humanos reconhecidos pela Constituição e tratados ratificados pelo México. (BERNARDI, p. 168)

A SCJN, em razão da condenação do Estado do México pela CteIDH alterou o modelo de controle de constitucionalidade do país, além de restringir a aplicação da jurisdição militar em 2011. Essas alterações foram definidas durante a análise do expediente Vários 912/2010 (BERNARDI, 2015, p. 146). Assim, a condenação do Estado mexicano pela CteIDH catalisou importantes modificações jurídicas implementadas pela Suprema Corte de Justiça da Nação a partir do expediente Vários 912/2010, que dentre outros pontos, afirmou a obrigatoriedade de cumprimento das sentenças da Corte Interamericana, restringiu o foro militar e deu início ao controle difuso de convencionalidade da legislação doméstica (BERNARDI, 2015, p. 157-158).

Para que essas modificações ocorressem, a mudança constitucional que resultou da reforma em relação à proteção aos direitos humanos fora imprescindível. Reconhecer o caráter constitucional dessa proteção em todos os tratados e a determinação da aplicação do princípio *pro persona* modificou o contexto interno da SCJN do México, dando mais proeminência ao grupo de ministros mais progressista, aderentes à aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos (BERNARDI, 2015, p. 169-170).

A reforma constitucional entrou em vigor num momento em que o uso da normatividade internacional na SCJN se encontrava em uma encruzilhada depois de alguns avanços, e seu papel foi determinante porque ela foi capaz de

resolver, naquele momento, em grande medida, as disputas entre os ministros, empoderando, nesse sentido, os juízes mais abertos aos tratados e convenções internacionais. Se antes essas divisões não encontravam outra solução que não fosse o retrocesso na aplicação dos instrumentos internacionais, dada a posição minoritária dos ministros favoráveis a essa agenda, com a reforma foram consagradas várias novas obrigações constitucionais, que levaram até mesmo magistrados de perfil mais conservador e positivista a rever suas posições, sem que necessariamente isso tenha anulado todas as resistências a respeito” (BERNARDI, p. 170)

Assim, para Bernardi, a condenação do Estado mexicano pela CteIDH relacionada ao Caso Radilla possibilitou que a SCJN construísse uma imagem de si mesma como uma Corte no contexto da qual se busca e se efetiva a proteção aos direitos humanos. Uma projeção em uma temática com a qual não contava anteriormente, auxiliando em seu afastamento de um passado de autonomia controversa e dependência em relação ao Executivo (BERNARDI, 2015, p. 171). A decisão da CteIDH atuando conjuntamente a uma reforma constitucional e com lideranças progressistas que atuavam no interior da Suprema Corte de Justiça Nacional possibilitou que se alcançassem significativos avanços para o ordenamento jurídico mexicano em direção a uma maior adequação à Normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

5. Conclusões

A partir de uma perspectiva crítica o presente artigo busca se inserir na agenda de pesquisas que tem como objetivo analisar os sistemas constitucionais latino-americanos, indiano, africanos, países que compõem o chamado sul-global. O objetivo foi adotar um modelo que leve em consideração o contexto, que permita a emancipação social e a descolonização do conhecimento jurídico.

O estudo de caso do constitucionalismo mexicano, no que se refere ao cumprimento da condenação do Estado mexicano pela CteIDH no Caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* possibilita interessantes

apontamentos. Inicialmente, percebe-se que uma maior abertura à Normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos só começou a ocorrer após a reforma eleitoral, de 1994. Reforma que permitiu o fim de um período de poder hegemônico em que não havia alternância no comando do Estado, no qual se cometiam graves violações a direitos humanos.

Uma aproximação entre associações de familiares vítimas das graves violações a direitos humanos perpetradas por agentes do Estado e de Organizações Não Governamentais de proteção aos direitos humanos permitiu que casos de desaparecimento forçado, como o de Radilla Pacheco, fossem levados até a CIDH, posteriormente aceito pela CteIDH. Simultaneamente a essa aproximação, havia uma movimentação na Corte Suprema de Justiça da Nação, ministros com perfil mais progressistas buscavam formas de efetivar a responsabilização individual criminal dos perpetradores de crimes contra a humanidade. Contudo, conforme pode ser percebido através da discussão desenvolvida, a aproximação de atores da sociedade civil, a condenação do Estado mexicano pela CteIDH contaram com uma reforma constitucional realizada em 2011, em que se reconheceu a constitucionalidade dos direitos humanos protegidos em tratados, bem como a aplicação do princípio *pro persona*.

Uma outra contribuição da reforma constitucional de 2011 refere-se à modificação no sistema de controle de constitucionalidade, que passa também a ser difuso, ressaltando que todos os juízes em todas as instâncias têm o dever de afastar a legislação interna que atente contra a proteção aos direitos humanos, tanto em sede de controle de constitucionalidade quanto de convencionalidade.

Nesse sentido, é possível considerar que para que a condenação do Estado brasileiro pela CteIDH no Caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* seja cumprida, além de uma atuação do Supremo Tribunal Federal, em uma necessária revisão da Lei de Anistia, nº 6.683/1979, declarando a sua invalidade no que concerne aos agentes da ditadura perpetradores de crimes contra a humanidade, um maior engajamento da sociedade civil pode ser

benéfico, bem como é possível pensar em uma atuação do Poder Legislativo, em termos de reforma constitucional. Contudo, não se ignora o atual contexto político do país, no qual uma presidenta legitimamente eleita foi afastada de seu cargo, como resultado de um golpe parlamentar, e que as instituições democráticas têm sofrido várias violações a partir de então. Mas para além desse momento conturbado, é necessário pensar em estratégias de atuação para que o Estado brasileiro siga na direção de uma cada vez maior adequação à Normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

6. Referências

- AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: AVRITZER, Leonard *et al.* (eds.). *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p. 19-42.
- BERNARDI, Bruno Boti. *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Justiça de Transição: Impactos no Brasil, Colômbia, México e Peru*. Tese. São Paulo: Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Ciência Política. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-12012016-122034/pt-br.php>. Acesso em: 01 jun. 2018.
- BERNARDI, Bruno Boti. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Justiça de Transição no México. *Lua Nova*, São Paulo, n. 94, 2015, p. 143-179. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452015000100006&script=abstract&lng=es>. Acesso em 20 nov. 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Julia Gomes Lund e outros vs. Brasil*. Sentença de 24 de nov. 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 20 nov. 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentença de 24 de nov. 2009. Disponível em: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM4.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

- COUSO, Javier. *Las Democracias Radicales y el “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”*. Disponível em: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Couso_CV_Sp_20130420.pdf. Acesso em: 10 dez. 2017.
- GARZA, José María Serna de la. *The Constitution of México: A Contextual Analysis (Constitutional Systems of the World)*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2013.
- HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 192-223.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007
- MAGALONI, Beatriz. Enforcing the Autocratic Political Order and the Role of Courts: The Case of Mexico. In: GINSBURG, Tom. MOUSTAFA, Tamir (eds). *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- MIGALLÓN, Fernando Serrado. *Historia mínima de las constituciones en México*. México, D. F.: El Colegio del México. 2013.
- MOTA, Aurea. O constitucionalismo democrático latino-americano em perspectiva histórica. In: AVRITZER, Leonard *et al.* (eds.). *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.
- PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Publico Comparado*, 9, 2011, p. 1-24. Disponível em: https://www.academia.edu/6339900/El_nuevo_constitucionalismo_latinoamericano_fundamentos_para_una_construccion_doctrinal. Acesso em: 10 dez. 2017.
- PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. In: SENADO FEDERAL. Subsecretaria de Edições Técnicas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 43, nº 169 (jan/mar), 2006.

POSSOLO-GONÇALVES, Raquel Cristina. *Responsabilização criminal individual por crimes contra a humanidade no Brasil: análise das decisões de recebimento das denúncias e a sua adequação à normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Trabalho de Conclusão de Curso [não publicado]. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2017.

SAUNDERS, Cheryl. The use and misuse of comparative constitutional law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 13, n° 1, p. 37-76, 2006. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1320&context=ijgls>. Acesso em 09 jul. 2018.

SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*. New York - London: W. W. Norton & Company, 2011.

TIRADO, Felipe Guimarães Assis. *Human Rights, Transitional Justice and Transnational Law: towards accountability for crimes against humanity in Brazil*. Dissertação. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2018. (Não publicada).

TUSHNET, Mark; KHOSLA, Madhav. *Unstable Constitutionalism: Law and politics in South Asia*. New York: Cambridge University Press, 2015.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org