A RELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: REVISÕES PERIÓDICAS E ABERTURA INTERPRETATIVA

THE RELATIONSHIP BETWEEN CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY: PERIODIC REVISIONS AND THE OPENNESS OF INTERPRETATION

ANA PAULA REPOLÊS TORRES*

Recebido para publicação em dezembro de 2011.

RESUMO: Buscamos demonstrar que a grande questão do direito constitucional contemporâneo é o reconhecimento da abertura do texto constitucional, o qual não precisa de revisões periódicas para dar voz às reivindicações das gerações atuais e futuras. Nesse sentido, o reconhecimento judicial de direitos, ao invés de se configurar como "ativismo judicial", como ofensa à soberania popular, apresenta-se como afirmação da própria Democracia. Não precisamos, portanto, de falar em direitos não-enumerados porque a própria Constituição implica essa transcendência do documento escrito em nome das exigências de liberdade e igualdade que a fundamentam. Percebemos, portanto, que Constitucionalismo e Democracia, ao invés de se oporem reciprocamente, podem estabelecer uma relação produtiva entre si, configurando-se a democracia como essa releitura permanente da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; democracia; ativismo; interpretação.

ABSTRACT: We aim to show that the contemporary constitutional law must recognize the openness of the constitutional document, because periodic revisions are not necessary to give voice to the currents and futures generations. In this sense, the judicial recognition of rights, instead of being a "judicial activism", which is an offense to the popular sovereignty, presents itself as the affirmation of Democracy. We do not need, so to speak, of unenumerated rights because the Constitution itself implies the transcendence of the text in the name of the requirements of freedom and equality. We perceive that Constitutionalism and Democracy, instead of antagonizing one another, can create a productive relationship among each other, presenting Democracy as the permanent rereading of the Constitution.

KEY WORDS: Constitution; democracy; activism; interpretation.

1 – Introdução

A questão do reconhecimento judicial de novos direitos, que será exemplificada no presente artigo pela decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, possibilita que problematizemos a tradicional oposição entre democracia e constitucionalismo, conferindo um novo significado a essa relação. Não é somente o estabelecimento da possibilidade de revisões periódicas da Constituição, através do processo formal de reforma constitucional, ou a institucionalização da representação parlamentar das opiniões o que nos permite conciliar o "governo do povo e pelo povo" com o "governo de leis e não de homens".

* Doutora em Filosofia Política pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFMG. Graduada em Direito. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG.

O fato é que a interpretação criativa dos tribunais, quando acolhe todo um processo de luta por direitos, também relaciona de maneira produtiva o constitucionalismo e a democracia, fazendo-nos ver que a Constituição é estabelecida cotidianamente pelos seus intérpretes/destinatários, não podendo assim a democracia ser compreendida somente em termos de representação política da vontade popular. Nessa linha, podemos aprender, com Claude Lefort (LEFORT, 1991:29), que a democracia, sempre selvagem, marcada pelo conflito, não se reduz a um sistema de instituições, sendo sua singularidade a configuração de uma forma de sociedade, uma sociedade sem certezas definitivas, marcada pela indeterminação, estando sempre às voltas com a sua própria redefinição. Na verdade, como explicitaremos no decorrer do texto, o "Estado Democrático de Direito excede os limites tradicionalmente atribuídos ao Estado de direito", na medida em que "experimenta direitos que ainda não lhe estão incorporados" (LEFORT, 1987:56).

Nesse sentido, afirmamos que o reconhecimento judicial dos direitos de "minorias", ao contrário de significar uma ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma usurpação da função legislativa pelo poder judiciário, representa o reforço da própria democracia, haja vista que, como nos ensina Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2000:102), a democracia não se vincula apenas ao modo pelo qual o poder político é exercido, envolvendo, fundamentalmente, a forma pela qual os direitos humanos são implementados.

Democracia, portanto, não pode mais ser vista como governo de uma "maioria", mas sim como a possibilidade de que todos, independentemente de suas diferenças, de suas mais variadas visões de mundo, possam ser sujeitos de direitos. Mais uma vez, lembrando Claude Lefort (LEFORT, 1987:76), o que temos na democracia é um governo de todos e de ninguém ao mesmo tempo, uma soberania sem soberanos, um governo estruturado na liberdade de auto-realização e autodeterminação de cada um e não no mando de uns sobre outros.

2 – A tensão entre constitucionalismo e democracia

Antes de explicitarmos melhor, através da análise do mencionado caso decidido recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, como podemos compreender hoje uma relação não excludente entre democracia e constitucionalismo, é preciso que entendamos de que modo essa distinção foi trabalhada pelo pensamento político/jurídico. Ocorre que constitucionalismo e democracia foram percebidos como opostos inconciliáveis, já que se

entendia que os vínculos estabelecidos pelos antepassados seriam uma restrição ao governo das gerações atuais e futuras.

O fato é que se tem tradicionalmente entendido que a criação de normas constitucionais dotadas de supremacia, isto é, que não podem ser revogadas, via procedimentos ordinários, pelo legislador infraconstitucional, significa uma restrição às atuais maiorias, ou seja, representa uma preponderância dos constituintes sobre a geração atual, na medida em que esta deveria se sujeitar às decisões tomadas por aqueles. Como entender então que todos somos livres e iguais, se a própria Constituição diminuiria nossa capacidade de ação? É nesse sentido que democracia e constitucionalismo aparecem como opostos no período revolucionário francês, podendo a dificuldade de implementação de uma Constituição em tal país ser explicada por uma revolução a que não se queria por fim. Ocorre que essa ausência de uma mediação jurídica da soberania popular, a ausência de limites ao poder do povo, das maiorias apaixonadas, é o que esteve subjacente ao terror instaurado pelos jacobinos.

A pretensão de vincular as futuras gerações, mas não ser vinculada pelas passadas também está presente na discussão americana surgida quando do processo de independência e de instituição da Constituição de 1787. Todavia, além de discutirmos se podemos pensar em soberania popular sem vínculos constitucionais, outra indagação que teremos que realizar é se podemos conceber Constituição sem soberania popular, ou seja, se podemos abandonar a pressuposição de que a presença do povo é essencial para que possamos realmente nos constituir em termos político-jurídicos.

A questão que sempre esteve subjacente às tradições que privilegiavam ou o constitucionalismo ou a democracia se traduz na crença de que os vínculos constitucionais hoje estabelecidos funcionariam como um limite à liberdade e igualdade das futuras gerações. Tal fato se deve à atribuição à Constituição de um sentido negativo de limitação, de restrição da vontade do povo, que por isso não seria tão soberano. Essa perspectiva contramajoritária da Constituição, reforçada pela rigidez constitucional, isto é, pela defesa da imutabilidade de suas normas, foi então compreendida como um empecilho à democracia.

Com relação a essa discussão, pode-se dizer que Paine e Jefferson foram os revolucionários americanos defensores da soberania popular, enquanto Madison pode ser apresentado como aquele que buscou ressaltar a relevância dos vínculos constitucionais. Famoso em virtude de seu panfleto *Common Sense*, surgido em 1776, e que em muito

contribuiu para a divulgação dos ideais de liberdade que levaram à Declaração da Independência, Thomas Paine apresentou-se como um crítico da Constituição inglesa, condenando a própria existência de um governo monárquico e hereditário, pois mesmo que um rei tivesse sido eleito, ainda assim entendia não ser recomendável a monarquia em virtude da sucessão hereditária "pois, dizer que o direito de todas as gerações futuras foi negado pelas ações dos primeiros eleitores, ao escolherem não apenas um soberano, mas sim uma família de soberanos para todo o sempre, não tem paralelo nas e fora das Escrituras, senão na doutrina do pecado original, a qual supõe que toda a liberdade de escolha dos homens perdeu-se com Adão..." (PAINE, 1982:20). Insurgia-se assim contra toda forma de limitação ao governo dos vivos, sendo que essa restrição poderia ser viabilizada através de um governo equilibrado no qual o poder do povo fosse contido pelo monarca ou até mesmo pela existência de uma Câmara Alta.

Se em 1776 ainda defendia um Estatuto Continental ou Estatuto das Colônias Livres, onde seriam fixados não somente a forma de escolha e o número dos membros do Congresso e das Assembléias Provinciais, mas também onde estariam assegurados direitos como o da liberdade de exercício da religião, em 1791, quando publica *Rigths of Man*, Paine revela mais nitidamente sua faceta democrática, indo contra qualquer estrutura constitucional herdada dos antepassados. Trata-se, na verdade, de uma resposta à reflexão de Burke sobre a Revolução Francesa, pois enquanto este entendia que o Parlamento de 1688 podia vincular as gerações vindouras até o "fim dos tempos", Paine era totalmente contra os mortos governarem os vivos.

> As circunstâncias do mundo estão se alterando continuamente, e as opiniões do homem também; e como o governo é para os vivos, e não para os mortos, são somente os vivos que possuem aqui qualquer direito (PAINE, 2003:*s.p.*).

A resposta de Paine é no sentido de não somente considerar ilegítima qualquer restrição do âmbito de ação dos herdeiros pelos seus próprios antepassados, como também demonstrava que uma tal pretensão seria inútil, já que não é possível, mesmo que este seja o desejo, "querer governar o mundo além túmulo" (PAINE *apud* ARENDT, 1988:186). A ideia de mutabilidade está então intimamente vinculada com a defesa da democracia, não sendo admissível qualquer limite constitucional que pretenda conter a dinâmica da vida através de normas intangíveis anteriormente estabelecidas.

Na mesma linha de Paine encontra-se o pensamento de Thomas Jefferson, pois tal como o primeiro, este, em suas *Notes on The State of Virginia* (1781-1782), deixou-se influenciar pela aura mágica que envolve a própria noção de Constituição, considerando-se esta como "sagrada", já que expressão da sabedoria humana, não sendo passível, portanto, de ser alterada em virtude das contingências de tempo e espaço. Essa perpetuidade atribuída à normas constitucionais ia contra a própria defesa, realizada por Jefferson, da mutabilidade das normas estabelecidas pela Virgínia, haja vista que estas poderiam ser alteradas pelo procedimento legislativo ordinário. A questão é que, logo após propagar essa flexibilidade constitucional, Jefferson "estranhamente limitou o alcance destas observações argumentando que uma convenção constitucional regularmente eleita podia 'excluir do âmbito das coisas suscetíveis de serem discutidas' seja os direitos fundamentais, seja a forma de governo" (HOLMES, 1998:202).

Essa ambivalência do pensamento inicial de Jefferson foi, contudo, solucionada quando o mesmo passou a defender abertamente o direito das gerações vindouras de governarem a si mesmas, isto é, quando tal pensador deixou de ter uma reverência pela Constituição, admitindo a necessidade de sua alteração periódica para que ela não se tornasse obsoleta, acompanhando assim o desenrolar dos tempos, a evolução do espírito humano. Partindo de um estudo da expectativa de vida que teria um homem maior de idade, ou seja, aquele capaz, naquela época, de participar da vida política de seu país, Jefferson calculou o tempo que deveria durar a Constituição elaborada por uma geração, findo o qual todas as leis e instituições perderiam, automaticamente, a validade, pois acreditava que os cidadãos de hoje não poderiam criar vínculos obrigatórios para os indivíduos ainda não maduros ou até mesmo não nascidos. Em uma carta a Samuel Kercheval, datada de 12 de julho de 1816, Jefferson assim se pronunciou sobre a necessidade de emendas periódicas à Constituição.

> Cada geração é tão independente da que a precedeu como esta de tôdas as outras que passaram antes. Ela tem, pois, como as outras, o direito de escolher para si a forma de govêrno que acredita promover sua própria felicidade, conseqüentemente, de acomodar-se às circunstâncias em que se encontra e que recebeu de seus predecessores; e é para a paz e o bem dos homens que uma solene oportunidade de fazer isto cada dezenove ou vinte anos deve ser estabelecida na Constituição, de modo que possa ser transmitida, com reparos periódicos, de geração a geração até ao fim dos tempos, se qualquer coisa humana pode persistir tanto tempo... (JEFFERSON, 1964:118).

Dessa forma, se a ideia de soberania levou ao questionamento de como poderia um soberano realizar um contrato vinculante consigo mesmo, tendo sido este um problema

crucial surgido em doutrinas como a de Sieyès e Rousseau, na tradição constitucionalista norte-americana a pergunta volta-se também para a legitimidade de uma geração poder criar normas obrigatórias para sua sucessora, na medida em que era difusa a crença de que quem deve governar são os vivos, não os mortos. Essa questão, na verdade, constitui o que se denomina de "paradoxo da democracia", significando este que "cada geração deseja ser livre para criar vínculos para seus sucessores, e ao mesmo tempo não ser vinculada aos seus predecessores" (ELSTER, 1993:93).

Falamos anteriormente que Jefferson teria defendido a necessidade de "emendas" periódicas à Constituição, mas será que realmente se tratava de um poder constituinte derivado? Haveria limites constitucionais pré-estabelecidos ao poder das gerações vindouras de realizar alterações nas normas até então vigentes? A nossa compreensão é que se estava justificando a existência de um permanente poder constituinte originário, pois não se admitia restrições, mesmo que somente procedimentais, às mudanças pretendidas pelo povo. Essa postura nitidamente a favor da democracia, em oposição à própria ideia de Constituição, é muitas vezes qualificada como radical, mas o que está por detrás dessa atitude é a continuidade da ideia de soberania absoluta, ou seja, da tradicional prática britânica de ausência de limites ao poder, seja do monarca, como antes da Revolução Gloriosa, seja do parlamento, entendimento este que, de certa forma, prevalece ainda hoje em virtude da ausência de efetividade do denominado *King in Parliament* [1].

O que podemos perceber é que, no processo revolucionário norte-americano, a convicção de que um soberano não poderia se submeter às regras que criasse, pois ao fazer um contrato consigo mesmo restava-lhe sempre a possibilidade de descumpri-lo, bem como a crença de que a geração atual não poderia impor legitimamente obrigações às gerações futuras, estavam interligadas entre si. De fato, a Constituição americana não foi um contrato entre duas partes, como o foi a Magna Carta, por ter sido esta estabelecida através de um pacto entre o monarca e os barões, mas pode-se dizer que o próprio povo americano se deu uma Constituição, ou seja, criou vínculos constitucionais obrigatórios para si mesmo. Surge então a questão: isso seria possível? Uma resposta negativa é dada justamente por aqueles que, como Paine e Jefferson, entendem ser a soberania ilimitada, o que significa negar a legitimidade das restrições constitucionais, seja para si mesmo, seja para as futuras gerações.

[1] Há que se ressaltar, entretanto, que a soberania do parlamento inglês já vem sendo questionada com a inserção da Inglaterra na União Europeia, sendo que, como nos recorda Klein (KLEIN, 1996:46) a Câmara dos Lordes reconheceu, em 1991, a superioridade do direito comunitário sobre o elaborado pelo Parlamento inglês.

Todavia, a intuição de que os limites estabelecidos pela Constituição não restringem a liberdade, mas sim a torna possível, ou seja, que as restrições constitucionais, se entendidas como auto-vinculação, não significam um obstáculo à soberania das futuras gerações, na medida em que a democracia somente pode existir através de uma mediação institucional, é uma "resposta" para o suposto paradoxo existente entre constitucionalismo e democracia, pois ao contrário de se excluírem reciprocamente, soberania popular e Constituição se complementam. Para esclarecermos como essa relação de cooperação mútua se dá, é interessante mostrarmos como os próprios agentes da revolução americana a visualizaram, sendo paradigmática aqui a posição adotada por James Madison.

Mesmo não defendendo a imutabilidade dos vínculos constitucionais, já que realmente a Constituição pertencia ao povo americano, Madison se posicionou contra a postura anti-constitucionalista de Jefferson, na medida em que entendia que recursos ocasionais ou periódicos ao povo poderiam significar a subjugação da nação à vontade de maiorias apaixonadas. Na verdade, o receio da tirania dos partidos sempre foi uma preocupação de Madison, servindo até mesmo para justificar a necessidade de se adotar a forma republicana de governo, pois acreditava que somente em uma República de grandes dimensões haveria uma diversidade de interesses e opiniões capaz de barrar o domínio opressor de uma facção[2].

Nessa linha, resta esclarecer que a democracia foi apresentada por Madison como oposta à República, caracterizando-se esta pela existência da representação política, enquanto aquela se distinguia pela participação direta dos cidadãos na condução da vida política da sociedade. O fato é que as democracias, como as da Grécia antiga, apresentavam-se como instáveis, sendo a desordem daí advinda utilizada como justificativa para a tirania. Os governos livres eram então entendidos como incompatíveis com uma sociedade bem ordenada, justamente pelo fato de que seriam mais vulneráveis ao domínio das maiorias momentâneas. Mas será que não pode haver governos livres que sejam ao mesmo tempo estáveis?

Se a história ainda não tinha apresentado modelos que compatibilizassem a possibilidade do exercício da liberdade, isto é, a soberania popular, com a estabilidade inerente ao próprio estabelecimento de limites ao poder do povo, não significa que mecanismos aptos a tal fim não possam existir. Madison mesmo foi um adepto das inovações, tendo aprendido com o passado não se dispôs a repetir os erros do mesmo apenas por um apego às tradições, nesse sentido:

[2] Conferir, nesse sentido, o Artigo 10 de *O Federalista* (HAMILTON, JAY, MADISON, 1984).

> (...) por que rejeitar a experiência de uma república de grande território, simplesmente sob a alegação de que representa algo novo?[3] Não é motivo de orgulho do povo da América o fato de que, embora demonstrando um justo respeito pelos conceitos dos tempos passados e de outras nações, não dedica uma cega veneração pelas coisas antigas, hábitos ou títulos, capaz de anular as sugestões de seu próprio bom-senso, o conhecimento de sua própria situação e as lições de sua própria experiência? (HAMILTON, JAY, MADISON, 1984:177).

A previsão da possibilidade de reforma constitucional, bem como a noção de representação política, podem assim serem vistas como instrumentos criados pela configuração política e jurídica adotada pelos Estados Unidos da América, em seu nascedouro enquanto país independente, que demonstram como a tradição democrática e a constitucionalista podem ser complementares uma à outra[4]. A representação política o faz ao permitir que o exercício da soberania popular não seja uma mera retórica, que o recurso ao povo não seja um simples apelo plebiscitário, já que são estabelecidos mecanismos, como a própria eleição periódica, através dos quais a vontade geral poderia ser conhecida, mecanismos estes previstos pela própria Constituição. Deve-se frisar, entretanto, que representação aqui não significa um dado, uma identificação simbólica de representantes e representados, mas algo que é construído através do debate público, e não de uma aclamação baseada em sentimentos e emoções.

> O periódico recurso ao plebiscito, de fato, ameaçando de anular as garantias constitucionais democráticas, faz o jogo da força anti-republicana. É somente por esta razão que Madison se opõe ao procedimento excessivamente permissivo e otimista previsto por Jefferson para as emendas (HOLMES, 1998:222).

De fato, o apelo constante à vontade do povo, com a revogação automática de todas as garantias constitucionais, pode levar a um governo de maioria, isto é, a um governo no qual as minorias não têm respeitado seu direito de ser diferente, seu direito de discordar. Nesse sentido, a ausência de vínculos constitucionais pode funcionar como um empecilho à formação permanente de novas maiorias, impossibilitando que uma atual posição minoritária conquiste a aprovação dos demais em um momento posterior, em outros termos, configura-se como um obstáculo ao desenvolvimento da própria ideia de democracia.

[3] A referência aqui é a Montesquieu, o qual sustentava que uma República somente poderia existir em pequenos territórios.
[4] Na mesma linha, ver: (NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2000:197).

É plausível então o tradicional entendimento de que toda Constituição é contrária à noção de democracia? De que, devido ao seu papel contramajoritário, ela seria incompatível com a defesa do "direito dos vivos"? Partindo da convicção de que só podemos falar em democracia se são constitucionalmente previstos procedimentos para o seu exercício, a Constituição não poderia mais ser identificada com um instrumento que restringe a liberdade do povo, pois é ela que a torna possível. Seguindo a intuição de Bodin de que um soberano, ao vincular a si mesmo, aumenta seu poder ao invés de diminuí-lo, poderíamos dizer que a "constituição americana não é um obstáculo ao governo, mas um instrumento de governo. Não é um peso, mas uma força" (HOLMES, 1998:220).

Quando falamos então que não há democracia sem Constituição o que está subjacente a tal pensamento é a ideia de que é necessário limitar a vontade do povo para preservá-la, isto é, de que é imprescindível uma restrição à soberania popular para que esta possa se manifestar. O poder constituinte originário, então, não pode ser considerado permanente se se quer implementar um regime democrático, pois o risco de "privatização" da vontade geral, estando ausentes vínculos constitucionais, é potencializado[5]. Surge aqui então a pergunta pela função e justificativa do poder constituinte derivado. Qual seria o papel por ele desempenhado na "resolução" do paradoxo entre constitucionalismo e democracia?

Se a Constituição em si é um instrumento que leva consigo a pretensão de permanência, gerando estabilidade ao incidir sobre gerações vindouras, só pode ser compatibilizada com o fato do direito não pertencer aos mortos na medida em que ela própria estabelece procedimentos formais para sua própria alteração. Sendo assim, as reformas constitucionais se justificam pela necessidade de mudança das normas herdadas dos antepassados tendo em vista as novas circunstâncias espaciais e temporais, ou seja, em virtude da natureza mutável de todas as coisas.

Desse modo, tem o poder constituinte derivado uma função, qual seja, resolver o problema democrático surgido com a predeterminação das normas que atuarão sobre as gerações futuras, pois permite que, tal como os "pais fundadores", os cidadãos de hoje e de

[5] Apesar da tensão entre constitucionalismo e democracia nos levar a afirmar que o poder constituinte originário não pode ser permanente, sob pena de inviabilizar o próprio exercício democrático, não mais podemos ficar presos a classificações absolutas, pois se a Constituição apresenta-se como um processo de aprendizagem que se corrige a si próprio, como um projeto sempre inconcluso, temos de admitir que, paradoxalmente, o poder constituinte é permanente não sendo permanente. "Imaginá-lo sempre incondicional e absoluto é reforçar o seu lado mítico inescapável, mas não sobressalente. Absoluto talvez seja o momento da violência enquanto violência, o saldo de sangue e carnificina, esse espetáculo da sordidez humana, mas até nesse instante de desvario há sempre uma idéia de direito e de justiça subjacente à luta" (SAMPAIO, 2004:25).

amanhã também possam exercer sua liberdade e igualdade ao participarem do projeto constituinte. Nessa linha é que Madison entende ser possível a conciliação entre constitucionalismo e democracia, pois mesmo que o não exercício do poder de reforma constitucional não signifique um consenso com relação às normas anteriormente estabelecidas, quando os indivíduos não utilizam seu poder constituinte derivado, eles implicitamente aceitariam a ordem institucional herdada de seus ancestrais[6].

Mas será que é somente a representação política e o processo formal de alteração constitucional que fazem com que as gerações atuais e futuras possam participar da criação das normas que regem seu viver? O fato do Brasil pós-1988 ter recorrido inúmeras vezes ao processo de emenda constitucional[7] mostra-nos que nem sempre esse recurso ao poder constituinte derivado significa uma assunção pelo povo do seu papel constituinte. Em muitos momentos, a alteração da Constituição pelo procedimento formal deve-se muito mais a questões de governabilidade[8] do que às reivindicações das gerações atuais. Entendemos, portanto, que a continuidade da ordem constitucional não passa prioritariamente por esta via formal de mudança, mas sim pelo entendimento adequado do seja a Constituição, pela compreensão de que a via da interpretação é outro caminho existente para realizar essa compatibilização entre constitucionalismo e democracia.

3 – Ativismo judicial ou reconhecimento democrático de direitos?

Recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, adotando uma interpretação conforme o art. 1723 do Código Civil de 2002, já que a ausência de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo representaria uma ofensa aos princípios adotados pela própria Constituição, como, entre outros[9], a dignidade da pessoa

[6] Clara aqui é a influência do consenso tácito de Locke. Sobre o tema, ver: (HOLMES, 1998:226).

[7] Devemos lembrar que foram aprovadas 68 emendas constitucionais e 6 emendas de revisão à Constituição de 1988. Para ilustrar toda essa ânsia legislativa, deve-se esclarecer que várias dentre as citadas emendas caracterizam-se como alterações de emendas anteriores, como é o caso da Emenda Constitucional nº 19/1998 que modificou a EC nº 1 de 1992, ou da reforma previdenciária, Emenda nº 41/2003, que, por sua vez, revogou dispositivos da EC nº 20 de 1998.

[8] Sob o manto da "ingovernabilidade", o que se observa é a escusa do governo em respeitar a Constituição, atendendo-se a interesses outros e não aos do povo brasileiro expressos na CR: "O Brasil seria ingovernável, dizia-se, sob a Constituição de 1988. Por isso se impunha a sua revisão – afirmou-se de início -, ao menos a sua reformulação mediante Emendas Constitucionais – passou-se a dizer após. Jamais, contudo, foi esclarecido por que e como a Constituição de outubro de 1988 comprometia a governabilidade e/ou seria adversa aos interesses do povo brasileiro, titular do poder que a constitui" (GRAU, 2001:69).

[9] No Informativo 635, o STF assim se pronunciou sobre o tema: "Desse modo, a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela

humana, faz-nos pensar no sentido do que seja Constituição em um Estado Democrático de Direito.

O fato é que a união de pessoas do mesmo sexo não está expressamente reconhecida no texto constitucional de 1988. Poderia, todavia, esse silêncio ser interpretado como proibição do reconhecimento da constituição de família por pessoas do mesmo sexo? A discussão é se seria necessária a elaboração de uma emenda à Constituição ou se o fato da Constituição estar sempre sujeita à interpretação seria suficiente para o reconhecimento de direitos não expressamente elencados. Em nosso entendimento, o Supremo Tribunal Federal levou a sério sua tarefa de "guardião da Constituição" ao não se curvar a uma interpretação literal e reducionista da mesma, ao fazer valer seu papel contramajoritário, sendo democraticamente legítimo seu posicionamento em defesa dos direitos das minorias. Concordamos, pois, com o teor do Informativo n. 626 do STF, quando o mesmo diz que:

> (...) ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. Desse modo, e para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados.

A defesa da Constituição implica, assim, a atribuição de direitos às minorias, àqueles que não conseguem reconhecimento de seus direitos por meio da representação política, haja vista que, na contemporaneidade, a democracia, a soberania popular, não equivale mais ao governo de uma maioria, a qual poderia até mesmo aniquilar os opositores. Esta é justamente a grande contribuição do constitucionalismo à democracia, pois o que temos então é o reconhecimento de uma igualdade na diferença, de um governo de todos, minorias ou maiorias[10], sendo todos cidadãos com direitos constitucionalmente garantidos.

Essa concepção de democracia para além da representação parlamentar impõe-nos assim perguntar se a Constituição seria somente como um documento escrito elaborado por

direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar".

[10] Ressalte-se que "maioria" e "minoria" não podem ser pensadas somente em termos quantitativos, mas sim a partir de uma análise qualitativa que verifique a possibilidade de acesso, de distribuição de bens e riqueza e de reconhecimento.

nossos "pais fundadores", pelos constituintes aos quais ainda deveríamos reverenciar, ou se devemos reconhecer que a Constituição transcende esse momento inaugural, caracterizando-se como o que nos "constitui" em determinado momento histórico. O fato é que, como nos ensina Bruce Ackerman, "cada geração trava suas batalhas por reconhecimento de direitos" (ACKERMAN, 1993:304). Uma democracia constitucional, para lidar de forma produtiva com a tensão entre soberania popular e direitos humanos, entre democracia e constitucionalismo, deve então ser capaz de rever e ampliar direitos, não sendo cega às lutas por inclusão travadas na sociedade, reafirmando assim o projeto constitucional de construção de uma sociedade de homens livres e iguais.

Desse modo, diante das manifestações populares e da crescente organização dos movimentos sociais de defesa dos direitos dos homossexuais, os quais têm conseguido aglutinar milhares de pessoas nas capitais brasileiras nos últimos anos ("Paradas do Dia do Orgulho Gay"), podemos considerar como arbitrária a mencionada decisão do STF com relação à união homoafetiva? Se somos todos, nas palavras de Peter Häberle (HÄBERLE, 1997), intérpretes da Constituição, ou seja, se vivenciamos uma soberania difusa, como nos diz Habermas (HABERMAS, 1997:273), uma soberania comunicativamente diluída, entendemos que é possível identificarmos quando uma interpretação criativa do Poder Judiciário significa "ativismo judicial" e quando, na verdade, estamos diante de uma afirmação democrática de direitos[11].

Na verdade, entendemos que, na maioria das vezes, a definição de "ativismo judicial" deve-se a uma incompreensão da abertura da Constituição, pois se norma é diferente de texto, se podemos atribuir sempre novos significados aos termos do documento constitucional escrito, devendo, além disso, a Constituição ser interpretada como um todo, e não em tiras, não há razão para criticarmos aqueles que levam a sério a tarefa interpretativa que lhes é atribuída.

O que percebemos é que os que defendem, numa postura ingênua em termos hermenêuticos, um resgate da vontade dos constituintes, como os originalistas norte-americanos, tanto quanto os que aceitam a denominação de "ativistas", por acreditarem que estabelecem um direito totalmente novo ao adotarem uma interpretação criativa, não compreendem a dimensão necessariamente inacabada e incompleta de uma democracia

[11] Ressalte-se a importância da intervenção do "amicus curiae" como "fator de pluralização do debate constitucional e resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal", como o ressalta o Informativo 626 do STF sobre o caso do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

constitucional. Não compreendem, assim, que os direitos humanos não se esgotam nos direitos fundamentais, nos direitos positivados em determinado momento histórico, estando estes sempre sujeitos a novas leituras e abordagens.

Concordamos, portanto, com Ronald Dworkin (DWORKIN, 1992), quando ele critica a distinção entre direitos enumerados e direitos não enumerados, a qual é utilizada para afirmação de direitos que não estão expressamente elencados no texto constitucional. O fato é que nem mesmo o mais "claro" dos artigos da Constituição está imune à interpretação, haja vista que a Constituição não se configura como uma lista fechada nas quais as situações concretas se subsumiriam ou não. O que temos é um texto aberto à interpretação.

A própria Constituição Brasileira de 1988, no §2° do artigo 5°, afirma essa abertura do texto constitucional ao dizer que "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa dos Brasil seja parte". Poderíamos então dizer que a continuidade da ordem constitucional está vinculada a esta possibilidade de atribuição de novos significados ao texto original e de reconhecimento de direitos até então inexistentes.

Cabe lembrar que o citado §2° do artigo 5° de nossa Constituição assemelha-se à IX Emenda da Constituição dos EUA, a qual acolhe essa abertura do documento constitucional. Na verdade, os americanos, mesmo sendo os "criadores" da Constituição no sentido formal, da ideia de rigidez e supremacia constitucional, sempre compreenderam que a Constituição transcende o que foi positivado pelos "pais fundadores", basta percebermos que toda a "reforma" constitucional realizada no período do New Deal não foi feita pelo processo de emenda constitucional.

Ocorre que, como resquícios de um "otimismo" iluminista, às vezes são depositadas expectativas excessivas no legislador/constituinte, como se ele fosse capaz de controlar toda a complexidade social. No caso em exame, há aqueles então que entendem que somente uma alteração formal do documento constitucional, por meio de uma emenda constitucional, seria adequada para o reconhecimento da união homoafetiva.

Na tradição francesa foi o período de codificação do início do século XIX que bem representou essa confiança ilimitada no legislador e em sua obra. Sendo os códigos aglomerados de leis, isto é, de criações racionais do homem, eles foram entendidos como completos por si só, como se todos os possíveis conflitos que porventura viessem ocorrer na sociedade já estivessem sido previstos, existindo assim uma resposta jurídica definitiva e em

abstrato para todos os futuros casos que demandassem um pronunciamento jurisdicional. Ocorrendo lacunas ou obscuridade, a saída seria recorrer à vontade presumida ou real do legislador/fundador, pois este gozava de autoridade suficiente para determinar todas as interpretações que uma lei poderia ter.

Ao juiz, desse modo, em virtude até mesmo do princípio da separação dos poderes, caberia somente aplicar de forma mecânica uma lei anteriormente estabelecida, o que ocasionou certo fetichismo da lei, como se ela fosse um dogma impassível de questionamento, devendo somente ser concretizada pelos operadores do direito tendo sempre em vista a intenção de seu criador. Esse método interpretativo é típico da denominada Escola da Exegese, que se caracteriza por essa crença na onipotência e onisciência do legislador, tendo sido a responsável por um entendimento restrito do direito, ao identificá-lo com a lei escrita.

A questão é que a previsão de leis gerais e abstratas em documentos escritos não esgota o seu conteúdo normativo, pois este surge no dia a dia, ultrapassando assim o momento de elaboração dos textos legais. Por outro lado, a descoberta da dimensão hermenêutica, isto é, da certeza de que necessariamente há uma implicação cognitiva entre sujeito e objeto de estudo, em virtude de nunca podermos livrar-nos de nós mesmos quando nos dispomos a compreender algo no mundo, revelou-nos que não podemos entender um fato ou texto do passado sem incutirmos nele todos os nossos preconceitos, ou seja, toda a nossa visão de mundo que nos constitui por estarmos inseridos em tradições. Nesse sentido, revela-se uma pretensão descabida e inútil procurar a vontade do legislador para resolver os problemas atuais, pois, mesmo que não queiramos, o presente acaba se impondo.

Esse culto ao texto da lei, como se ela fosse perfeita e acabada, não necessitando sequer de uma interpretação mais condizente com as peculiaridades dos tempos históricos, revela-nos uma supervalorização da capacidade do homem para lidar com as contingências mundanas. Mas será que existem métodos suficientes para captar toda a complexidade da sociedade e prever todas as circunstâncias de vida? Como, na modernidade, em virtude do esfacelamento de todas as certezas absolutas, não estamos mais presos à autoridade de nossas tradições, o futuro apresenta-nos como inúmeras possibilidades que nem mesmo uma decisão atual seria capaz de controlar. Como então acreditar que o legislador seja tão sábio a ponto de visualizar todas as circunstâncias conflituosas vindouras?

Essa tradição de idolatria da lei como expressão de uma racionalidade humana que se queria perfeita, explica toda a discussão entre os originalistas e não-originalistas nos Estados

Unidos da América. Por identificarem a Constituição com a vontade dos *pais fundadores*, os originalistas negam qualquer outro método de interpretação que não seja o de busca da intenção dos legisladores constituintes, pois acreditam que se os juízes decidirem de outro modo, o que estarão fazendo seria criando o direito quando da decisão do caso concreto, o que contrariaria o pressuposto democrático do governo ser exercido pela maioria.

> Na medida em que os juízes forem persuadidos da filosofia não originalista, estarão **usurpando autoridade que pertence, apropriadamente, ao povo e a seus representantes eleitos** (BORK, 1990:7).

Mas não seria justamente a doutrina originalista que se apresenta como anti-democrática, por negar aos vivos o direito de definir o que seja a Constituição, aprisionando-os à vontade de seus antepassados? Por outro lado, será que seria possível saber qual foi realmente a intenção dos constituintes[12], tendo em vista que, como afirmamos acima, qualquer análise do passado implica numa projeção do presente sobre o mesmo? Não estariam os originalistas se esquivando de suas responsabilidades nas escolhas realizadas ao se remeterem à suposta vontade dos "pais fundadores"? Acreditamos que "os novos 'originalistas' estão **inventando** ativamente determinado passado que poderia **ditar** nosso futuro constitucional. Ao fazerem isto, estão reivindicando para a história uma autoridade decisiva que é incompatível com os limites do que podemos saber e falsa em relação à própria natureza da Constituição" (TRIBE, 1990:9).

É interessante lembrarmos que há autores americanos, como John Hart Ely, que entendem que a controvérsia entre originalistas e não-originalistas configura-se como uma falsa dicotomia, pois a função da Suprema Corte, ao realizar o controle de constitucionalidade, não é nem a de aplicar os princípios, explícitos ou implícitos, que os falecidos constituintes de Filadélfia entendiam ser a essência da Constituição, nem a de determinar os valores substantivos da sociedade que, apesar de não estarem inseridos no texto constitucional, e em virtude da tessitura aberta do mesmo, fariam parte da Constituição dos Estados Unidos da América. O papel que tal pensador atribui à Suprema Corte pode ser visto como um exemplo de uma relação produtiva, e não paradoxal, entre constitucionalismo e democracia, pois o

[12] Ressalte-se que até mesmo os originalistas procuram relativizar suas afirmações, ao falarem, por exemplo, que o que limitaria as gerações futuras seriam somente os princípios e valores básicos adotados pelos constituintes. "Tudo que a filosofia da intenção original exige é que o texto, a estrutura e a história da Constituição dotem o juiz não de uma conclusão a respeito de um caso específico, mas de uma premissa de onde começar a raciocinar sobre o caso" (BORK, 1990:8). Mas será que os valores inseridos em uma Constituição devem servir como guias indiscutíveis para o governo das futuras gerações? Serão os mesmos a-históricos, universais, a ponto de não perderem sua legitimidade apesar do transcorrer dos tempos?

controle de constitucionalidade é entendido como um mecanismo de desobstrução e reforço dos canais de participação e de preservação do governo representativo. Isso significa dizer que a Suprema Corte não se coloca como a instância moral última da sociedade, determinando os valores que devem ser observados, mas sim como uma garantidora do próprio processo democrático. Os vínculos constitucionais, dessa forma, ao invés de serem obstáculos à soberania popular, funcionariam como condições de possibilidade desta.

Ely faz então outra leitura do ativismo da Corte de Warren, durante o período do New Deal, justificando-o não com base na análise da correção ou não dos valores que teriam sido preservados em detrimento de uma observância estrita do que pensaram os "pais fundadores", mas defendendo que as decisões foram importantes por terem permitido o acesso aos processos e benefícios do governo representativo a minorias até então excluídas[13].

> Essas foram certamente decisões intervencionistas, mas o intervencionismo foi estimulado não por um desejo da Corte de defender valores substantivos particulares que ela teria considerado realmente importantes ou fundamentais, mas primordialmente por um desejo de proteger o processo político – no qual esses valores são propriamente identificados, pesados, e acomodados – que foi aberto a todos os pontos de vista a partir de uma abordagem de bases igualitárias (ELY, 1995:74).

Apesar de realmente ser interessante essa perspectiva de não substituição do processo político pela Suprema Corte[14], mas de garantia do mesmo, há que se fazer uma ressalva quanto à argumentação, defendida por Ely, de ausência de qualquer aspecto substantivo nas decisões jurisdicionais[15]. Autores como Laurence Tribe e Michael Dorf sustentam que haveria cláusulas na Constituição onde uma tal falta de posicionamento com relação ao conteúdo seria problemática, como é o caso da XIV Emenda, § I, que diz que a nenhum Estado caberia

[13] Como decisão ilustrativa do ativismo da Corte de Warren podemos citar "Brown vs. Board of Education", datada de 1954, "onde, pela primeira vez, uma legislação segregacionista, no caso em tela, referente a segregação em instalações públicas voltadas para a educação, foi tida como contrária ao princípio da "igual proteção" diante da lei, princípio este garantido pela 14.ª Emenda" (PRATES, 2003:98).

[14] A colocação da Jurisdição Constitucional como espaço de mediação política é típica do pensamento de Frank Michelman, pois este, ao tentar se distanciar do republicanismo clássico, que se baseava em valores sociais majoritários, defende que seria papel dos **juízes** a inclusão dos excluídos, ou seja, ao relacionar constitucionalismo e democracia, liberalismo e republicanismo, minoria e maioria, Michelman acaba conferindo uma posição privilegiada aos magistrados, delegando a estes a tarefa de atribuir direitos aos excluídos, esquecendo-se que a inclusão somente se dá através da luta política, ou seja, através do exercício da soberania popular. Nesse sentido, ver: (MICHELMAN, 1987/1988). Conferir também a crítica ao "juiz responsável" de Michelman, pensado em substituição ao "juiz hércules" de Dworkin, e que seria bem representado pelo juiz norte-americano William J. Brennan, em (HABERMAS, 2003:156-159).

[15] Cabe aqui questionar a identificação da obra de Habermas com a de John Hart Ely, quando se compreende ambas como puramente procedimentalistas, pois o fato de Habermas criticar a postura substancialista presente na "jurisprudência dos valores", como, por exemplo, a assumida por Robert Alexy, não nos autoriza a desconhecer que sua teoria visualiza a importância do conteúdo das normas jurídicas para a própria aceitabilidade racional das mesmas.

restringir os privilégios e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos da América. Nesses casos, não se deveria restringir o alcance de tais cláusulas para que elas fossem aplicadas somente quando reforcem o governo representativo, cuja preservação, no entender de Ely, seria o ponto crucial da Constituição, pois o fazendo o que estaria ocorrendo seria uma adequação das normas constitucionais a uma dada construção teórica, em detrimento da própria defesa dos direitos individuais[16]. A questão é que "a constituição não é simplesmente um documento procedimental que não se pronuncia sobre questões de conteúdo. E a Corte de Warren se ocupou de uma pluralidade de valores, por exemplo, da igualdade, independentemente do fato de haver defendido a causa da democracia" (HOLMES, 1998:196).

O que deve ser ressaltado, ainda que sucintamente, é que toda decisão judicial necessariamente envolve questões substantivas, mas isso não significa que o juiz esteja autorizado a resolvê-las a partir de suas próprias convicções valorativas. É óbvio que a subjetividade sempre influenciará na tomada de decisões, pois não temos como abandonar nossas precompreensões, só que a reflexividade trazida com a modernidade nos possibilita questionar a nossa própria eticidade e levantar pretensões de verdade que trazem consigo o ideal de universalidade, isto é, que buscam uma validade para além das situações concretas em que surgiram.

Nesse sentido, partindo de uma perspectiva pragmática, é que entendemos possível uma "resposta correta", tal como nos fala Dworkin, resposta esta que necessariamente envolve escolhas de conteúdo, até mesmo de valores positivados, mas que se propõe a ultrapassar o contexto de aplicação. Por outro lado, cabe dizer que tais decisões jurídicas de conteúdo substantivo são encontradas dentro do próprio ordenamento de princípios, não sendo assim construções arbitrárias dos juízes, pois se o fossem, não haveria como justificar nem mesmo a obrigatoriedade de sua observância por todos os cidadãos.

Considerações finais

Toda essa discussão relacionada com a maneira de se interpretar as normas constitucionais, se elas devem ser entendidas a partir da intenção dos legisladores, no caso norte-americano, dos "pais fundadores", se representam as convicções valorativas dos juízes ou da sociedade, ou se são normas cujo sentido vai além de suas origens, leva-nos a questionar o conceito de Constituição do qual partimos. Se a Constituição é um instrumento

[16] Nesse sentido, ver: (TRIBE. DORF, 1992:26-27).

simultaneamente jurídico e político, não se reduzindo a um texto, sendo então essencial que os direitos institucionalizados sejam continuamente conquistados pelos vivos, como afirmar legitimamente que os constituintes deveriam ser "consultados" sobre o que pretenderem ao aprovar o documento em questão? Como bem afirma Michelman sobre os "pais fundadores", "além de respeito e gratidão por sua sabedoria, o que devemos a eles?" (MICHELMAN, 1998/1999:1629).

A questão é que da mesma forma que a Constituição é essencial para a democracia, na medida em que a possibilita, o texto constitucional por si só não nos constitui enquanto uma comunidade de indivíduos iguais na diferença, sendo assim necessária uma busca constante de concretização e reconhecimento dos direitos por parte dos cidadãos. Nesse sentido, não podemos mais pensar as normas em oposição aos fatos, o texto em oposição ao contexto, ou a forma como contrária à matéria, pois a normatividade engloba ambos os lados destas distinções. Ultrapassando o momento de sua institucionalização, o texto constitucional somente apresenta normatividade se ele não é estanque no tempo, se as gerações sucessivas se deixam vincular pelo mesmo. Não seria então a denominada mutação constitucional uma terminologia inadequada, por ter como pressuposto uma dissonância entre "texto" e "realidade/contexto"? "Trata-se de um "desvio de rumo" do desenvolvimento da dinâmica constitucional, que deve ser analisado como um fenômeno acidental, no contexto de uma "normalidade" constitucional?" (PINTO, 2002:295).

Em nossa compreensão, estaria subjacente a essa noção de "mutação constitucional" um conceito outro de Constituição, como se ela fosse somente um documento escrito e estático, ou seja, um instrumento cuja "normalidade" seria não acompanhar o desenrolar dos tempos. Neste ponto, indagamo-nos se o termo "mutação" seria adequado para se referir às alterações não formais do texto constitucional, haja vista que a Constituição que não se modifica, em termos interpretativos, com o passar dos tempos, vê aumentado, em muito, o risco de deslegitimação e perda de normatividade, podendo tornar-se, talvez, um mero simulacro. Na verdade, o que temos é a própria continuidade da Constituição, a qual está ancorada nessa transcendência do momento inaugural.

O fato é que a Constituição tem tanto uma dimensão jurídica quanto política, sendo que a ausência da luta permanente por direitos torna a institucionalização jurídica uma "faca de

dois gumes"[17], pois a Constituição só é democrática se não pertencer aos mortos, se ela possibilitar, através do exercício da soberania popular, que novas inclusões sejam sempre realizadas, significando, ao contrário de algo já realizado por nossos antepassados, um projeto necessariamente inacabado, nas palavras de Habermas, falaríamos aqui em um "processo de aprendizagem que se corrige a si mesmo" (HABERMAS, 2003:165).

> O ato da fundação da constituição é sentido como um corte na história nacional, e isso não é resultado de um mero acaso, pois, através dele, se fundamentou novo tipo de prática com significado para a história mundial. E o sentido performativo desta prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, foi apenas enunciado no teor da constituição. Ele continua dependente de uma explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais (HABERMAS, 2003:167).

Estamos então ressaltando o não congelamento do processo constituinte no tempo, pois como poderia ser garantida a liberdade e igualdade das gerações vindouras? Não estamos defendendo que o poder constituinte seja permanente, apesar de o entendermos como um projeto inacabado, pois sabemos que a ausência de limites constitucionais permite o domínio das maiorias apaixonadas. Queremos somente frisar que, em virtude do "caráter fragmentário desse próprio poder constituinte" (MÜLLER, 2004:138), já que nem todos participaram do mesmo, deve estar sempre aberta a possibilidade dos cidadãos de hoje e do futuro integrarem tal projeto constitucional, seja por meio da via institucionalizada do poder de reforma, seja por meio da assunção do papel de intérprete da Constituição.

Concluímos que um documento escrito, por si só, não nos constitui, na verdade, somos nós mesmos, enquanto atores de nosso papel no processo constituinte, exercendo nossas liberdades comunicativas, que construímos essa comunidade político-jurídica que desejamos para reger nosso viver. Desta forma, Constituição sem soberania popular não nos diz nada, em outros termos, não é um mero texto, independente do contexto de aplicação, que será responsável por nossas experiências constitucionais.

Devemos então assumir que a democracia constitucional é um projeto inconcluso que se prolonga no tempo, não sendo os direitos, como nos afirma Hannah Arendt (ARENDT, 1990:335), um dado, mas um constructo, um artifício voltado para a busca de tratamento igualitário entre homens naturalmente desiguais. Desse modo, refletindo sobre essa relação

[17] "A positivação do direito moderno como textificação é faca de dois gumes. Como já se assinalou, ela pode ser desvirtuada na direção do simbólico de má qualidade, mas também pode ser levada precisamente ao pé da letra" (MÜLLER, 2000:102).

produtiva, de reforço recíproco, entre democracia e constitucionalismo, podemos entender como o reconhecimento pelo Poder Judiciário das lutas cotidianas por direitos, ao invés de configurar uma ofensa à democracia, ao princípio majoritário, pode significar a sua mais radical afirmação.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo.* São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
ARENDT, Hannah. *Da Revolução.* São Paulo: Ed. Ática, 1988.
ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *The Yale Law Journal*, vol. 93, p. 1013 – 1072, 1984.
ACKERMAN, Bruce. *We the People*; Foundations. 4.ª ed. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1993.
BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais. O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 17, p. 105-138, jan./jun. 2011.
BORK, Robert H. O que pretendiam os fundadores. *Revista de Direito Público*, n.º 93, p. 6-9, março, 1990.
BURKE, Edmund. *Textos Políticos.* México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
CARVALHO NETTO, Menelick de. Teoria da Constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao constitucionalismo. *Direitos Humanos e Direitos do Cidadão*, Belo Horizonte: PUC/Minas, p. 41-62, 2001.
CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito (Por um exercício de *Patriotismo Constitucional*, no marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito, de Jürgen Habermas). *In:* SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). *Quinze Anos de Constituição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 131-154.
DWORKIN, Ronald. The concept of unenumerated rights. *The University of Chicago Law Review*, n. 59, p. 381-432, 1992.
ELSTER, Jon. Ulysses and the Sirens: studies in rationality and irrationality. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review.* Cambridge: Harvard University Press, 1995.
GRAU, Eros Roberto. As Relações Entre os Poderes no Décimo Aniversário da Constituição de 1988. *In:* FIOCCA, Demian. GRAU, Eros Roberto (Org). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 69 - 76.
HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.
HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade.* 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito – Uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *In: Era das Transições.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 153-173.
HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *O Federalista.* Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.
HOLMES, Stephen. L'assunzione di impegni per il futuro e il paradosso della democrazia. *In:* HOLMES, Sthefen. *Passioni e Vincoli; i fondamenti della democrazia liberale.* Torino: Comunità, 1998. p. 192-255.
JEFFERSON, Thomas. *Escritos Políticos.* São Paulo: IBRASA, 1964.
KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática: os Limites da Dominação Totalitária.* Trad. Isabel Marva Loureiro. 2.ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
LEFORT, Claude. *Pensando o Político: Ensaios sobre democracia, revolução e liberdade.* Trad. Eliana Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
MICHELMAN, Frank. Law's Republic. *The Yale Law Journal*, Nova Iorque, n. 8, vol. 97, p. 1493-1538, julho, 1987/1988.
MICHELMAN, Frank. Constitutional Authorship by the People. *Notre Dame Law Review*, HeinOnline, n. 74, p. 1605-1630, 1998/1999.
MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?A questão fundamental da democracia.* Trad. Peter Naumann. 2ª. ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000.
MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. *História Semântica do Conceito de Soberania: O Paradoxo da Soberania Popular*, 2000. 423f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

PAINE, Thomas. *O Senso Comum e a Crise.* Trad. Vera Lúcia de Oliveira Sarmento. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

PAINE, Thomas. *Rights of Man. Being an Answer to Mr. Burke's Attack on The French Revoloution*. The Project Gutenberg Etext of The Writings ofThomas Paine Vol. II. 2003. Disponível em: http://gutenberg.net. Acesso em março/2004.

PINTO, Cristiano Paixão Araujo. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. *Rev. Fund. Esc. Super. Ministério Público Distrito Federal Territ.*, Brasília, ano 8, v. 15, p. 93-110, 2000.

PRATES, Francisco de Castilho. *A Construção da Identidade do Sujeito Constitucional em uma Sociedade de Risco Permanente: uma análise sob a ótica do Estado Democrático de Direito*, 2003. 140f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

TRIBE, Laurence H. Os limites da originalidade. *Revista de Direito Público*, n.º 93, p. 9-12, março, 1990.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria e Prática do Poder Constituinte. Como legitimar ou desconstruir 1988 – 15 anos depois. *In:* SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). *Quinze anos de Constituição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 18 – 62.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.