

Uma abordagem institucional sobre o papel do dissenso na democracia

An institutional approach on the role of dissensus in democracy

*Jairo Lima**
*Rubens Beçak***

Resumo:

O controle judicial de constitucionalidade corresponde a uma das diferentes perspectivas pelas quais a tensão entre constitucionalismo e democracia pode ser expressa. A razão para isso reside no fato de que as decisões políticas originárias da representação popular (democracia) são revistas por uma corte judicial não eleita (constitucionalismo). Há uma tradição teórica crítica em torno do déficit democrático das cortes constitucionais, por outro lado, tais instituições se encontram amplamente disseminadas nas democracias contemporâneas, impondo, portanto, uma forma de adequação entre esses conceitos conflitantes. Por essa razão, pretende-se introduzir a democracia agonista de Chantal Mouffe como um conceito que incorpora a forma pela qual as sociedades contemporâneas são constituídas. Essa construção teórica traz a importância do dissenso sobre o conceito de democracia. Além disso, o presente artigo busca acrescentar à discussão uma perspectiva institucional para a democracia agonista, especialmente no âmbito do controle judicial de constitucionalidade, no Brasil. Conclui-se que a tensão entre constitucionalismo e democracia inerente ao controle de constitucionalidade pode ser mitigada por meio de uma interpretação compartilhada entre cortes e parlamentos, principalmente via emenda constitucional.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; agonismo; emenda constitucional.

Abstract:

* Doutorando em Direito Constitucional (USP). Pesquisador visitante (University of Glasgow).

** Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Associado da Universidade de São Paulo – USP - Secretário Geral da Universidade de São Paulo (2010-14). Professor Visitante na Universidade de Salamanca no Centro de Estudos Brasileños.

Judicial review is among the different perspectives by which the tension between constitutionalism and democracy can be expressed. The reason for this comes from the fact that the political decisions originated from the popular representation (democracy) are reviewed by an unelected judicial court (constitutionalism). There is a critical theoretical tradition on the democratic deficit of the constitutional courts, on the other hand, such institutions are widely disseminated in contemporary democracies, thus imposing a form of adequacy between these conflicting concepts. For this reason, our work intends to introduce Chantal Mouffe's agonistic democracy as a concept that incorporates the way in which contemporary societies are founded. This theoretical framework brings out the importance of dissent on the concept of democracy. In addition, this work adds in this discussion with the goal of providing an institutional perspective to the agonist democracy in the specific scope of judicial review, especially in Brazil. We conclude that the tension between constitutionalism and democracy inherent to the judicial review can be mitigated from the constitutional interpretation shared between constitutional courts and parliaments, mainly by constitutional amendment.

Keywords: judicial review; agonism; constitutional amendment.

INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do século XX, aumentou o número de governos democráticos que passaram a conviver com a existência de cortes constitucionais capazes de realizar o controle judicial de constitucionalidade das leis. Sua importância é crescente nas ordens políticas internas na medida em que suas decisões influenciam as ações dos representantes eleitos bem como de toda a sociedade. Dentre as diversas atribuições conferidas às cortes constitucionais, pode-se destacar a função principal de zelar pelo respeito aos direitos fundamentais dos atos normativos dos demais poderes. Sob essa justificativa, o controle judicial de constitucionalidade tem exercido relevantes avanços na proteção de grupos minoritários, ou seja, aqueles não suficientemente representados nas instituições legislativas, principalmente.

Por outro lado, há uma corrente teórica que alerta para o conflito democrático presente na raiz do controle de constitucionalidade. Isso porque esse mecanismo possibilita que as decisões provindas dos legisladores eleitos, por exemplo, sejam afastadas da ordem jurídica por autoridades públicas sem a mesma legitimidade democrática. Ressalve-se que a afirmação de que não têm a mesma legitimidade democrática quer dizer apenas que não são eleitos e sujeitos a

accountability eleitoral. No entanto, há diversas outras formas de se pensar a legitimidade democrática dos juízes constitucionais que ultrapassam o viés representativo.

No presente texto, a partir da abordagem democrática proposta por Chantal Mouffe, busca-se problematizar o papel que o dissenso desempenha no âmbito da constituição das democracias contemporâneas. Nesse ponto, o trabalho pretende contribuir para desenvolver o argumento agonista no sentido de se pensá-lo sob o viés institucional, especificamente no controle de constitucionalidade.

1 – DEMOCRACIA AGONISTA

A ideia de que o antagonismo é um elemento indissociável das sociedades contemporâneas está presente na leitura da democracia recentemente empreendida por Chantal Mouffe. A construção da argumentação da autora se desenvolve a partir da retomada do conceito de político de Carl Schmitt e da crítica da democracia liberal que ele faz. Nesse ponto, a autora está “com” Schmitt, no entanto, ao mesmo tempo, ela se posiciona contra Schmitt ao tentar conciliar o antagonismo com a pluralismo. Schmitt, de forma diversa, defendia que a democracia exigia a existência de um *demos* homogêneo (KOZICKI, 2015, p. XI).

Em Schmitt, a definição do conceito de político só pode ser obtida pela identificação de uma categoria especificamente política, qual seja, a diferenciação entre amigo/inimigo. Trata-se de critério autônomo que objetiva evidenciar o grau de intensidade de associação ou desassociação entre os homens. O caráter político, então, é dado por meio de qualquer agregação de intensidade próxima à antítese amigo/inimigo independente de se manifestar em campos religiosos, econômicos ou morais, ou seja, o inimigo político não é necessariamente moralmente mau nem concorrente econômico, menos ainda inimigo no sentido de expressão de sentimento privado de antipatia, por exemplo. O inimigo político é o outro com o qual é possível conflitar, dissentir ou discordar.

Além disso, Schmitt credita à democracia liberal a responsabilidade pela negação do político, pois o racionalismo, universalismo e individualismo inerentes a essa concepção obscurecem o papel indispensável do antagonismo na vida social, já que negam que a especificidade do político reside no seu caráter conflitivo (MOUFFE, 1996, p. 12).

A proposta de Mouffe corresponde a uma busca por uma democracia radicalmente comprometida com o caráter antagonístico do político e, conseqüentemente, associada ao pluralismo. Para tanto, se faz necessária a desistência do conceito liberal de universalismo no tocante à indiferenciação da natureza humana. “A democracia radical exige que reconheçamos a diferença – o particular, o múltiplo, o heterogêneo -, tudo o que, na realidade, tenha sido excluído pelo conceito abstrato de homem” (MOUFFE, 1996, p. 27).

A ressalva que a autora apresenta em relação ao liberalismo deve ser vista a partir da distinção entre o individualismo liberal e o liberalismo político, este último entendido como: “um conjunto de instituições características do ‘Estado de direito’” (MOUFFE, 1996, p. 60). Segundo Chantal Mouffe, a concordância com o liberalismo político não impõe a necessidade de se assumir o individualismo e o liberalismo econômico, os quais ela rejeita (1996, p. 61). A ênfase que a tradição liberal concedeu ao indivíduo enfraqueceu a necessidade de ação cívica dentro da sociedade, pois relegou a discordância para a esfera estritamente privada. Nesse ponto, o crescente desapego em relação à vida política pode ser visto nos movimentos de extrema-direita, no ressurgimento do fundamentalismo, nas políticas antimigratórias e na descrença nos partidos políticos, por exemplo. Por essa razão, a autora entende fundamental que a manutenção de uma cultura democrática depende do reencontro com a tradição do republicanismo cívico (MOUFFE, 1996, p. 40).

O modelo agonístico de democracia de Chantal Mouffe exige também a diferenciação entre *político* (political) e *política* (politics). O primeiro designa o antagonismo que constitui as sociedades humanas, já o segundo corresponde às práticas e instituições que buscam organizar a convivência social em condições de constante antagonismo, ou seja, as decisões coletivas (politics) se dão sob circunstâncias de constante conflito e desacordo (political).

Para completar o seu modelo, Mouffe indica que o objetivo da política democrática deve ser a transformação do “antagonismo” em “agonismo” (2003, p. 16). O antagonismo configura a situação de desacordo presente na sociedade. No entanto, na perspectiva democrática radical o “outro” não pode ser visto como um inimigo a ser destruído, mas como um “adversário”, com quem se compartilha uma base comum em razão da adesão aos princípios políticos da democracia liberal (liberdade e igualdade) e que não se deve tratar como inimigo eliminável, mas como opositor que se respeita e se discorda. O antagonismo, portanto, é melhor compreendido

quando se reformula para agonismo, o qual representa a luta entre adversários e não entre inimigos (MOUFFE, 2005, p. 21).

Isso não significa, obviamente, que adversários não possam cessar de discordar, mas isso não prova que o antagonismo foi erradicado. Aceitar a visão do adversário significa passar por uma mudança radical de identidades políticas. É mais uma espécie de *conversão* do que um processo de persuasão racional (do mesmo modo que Thomas Kuhn argumentou que a adesão a um novo paradigma científico é uma conversão) (MOUFFE, 2005, p. 21)

Diante do fato de que o antagonismo é inerradicável, qualquer política que busque domesticar as paixões em torno do dissenso constitui, em verdade, à negação do próprio político. Desse modo, a democracia não está em perigo quando o confronto está presente, pelo contrário, “a confrontação agonística é sua condição de existência” (MOUFFE, 2003, p. 16).

Ademais, quando Chantal Mouffe enfatiza o argumento do desacordo, ela tem como adversário teórico os autores da democracia deliberativa e o destaque que dão ao consenso racional. “Eles são incapazes de reconhecer que pôr fim à deliberação sempre resulta de uma decisão que exclui outras possibilidades e pela qual não se deve deixar de assumir responsabilidade com o apelo a comandos gerais ou princípios” (MOUFFE, 2005, p. 21). Apesar disso, a autora reconhece que a política não é um ciclo interminável de discordâncias e, por tal razão, demanda certo consenso, a fim de evitar um eterno regresso. Todavia, um consenso apenas em relação aos princípios-políticos constitutivos conjugado à exigência de que até mesmo esses princípios estejam abertos a diferentes interpretações, caracterizando-se, assim, como um “consenso conflitual” (MOUFFE, 2003, p. 17).

A partir desse diagnóstico, Chantal Mouffe reforça o papel constitutivo que o antagonismo exerce nas sociedades buscando conciliá-lo com o pluralismo democrático. Tal antagonismo funda-se no reconhecimento da existência legítima do adversário com o qual se compartilha dos princípios ético-políticos constitutivos da democracia, mas diverge-se em relação ao conteúdo desses postulados. A autora entende que a inerradicabilidade do antagonismo não quer dizer que os adversários não possam cessar de discordar, os acordos são partes do processo político, mas com a excepcionalidade de uma confrontação em curso. Os acordos, portanto, não provam a erradicação do conflito.

Portanto, a democracia só existe como bem enquanto não pode ser alcançada, já que o conflito e o antagonismo são condições de possibilidade e de impossibilidade de sua realização (MOUFFE, 1996, p. 17 e 19). A ilusão de sua instauração plena deixa de manter viva a contestação democrática por meio do dissenso. O privilégio ao consenso, na perspectiva da autora, prejudica a democracia já que silencia as vozes dissidentes (MOUFFE, 2003, p. 19). Não se pode esperar, portanto, a eliminação da discordância. A impossibilidade de um mundo sem antagonismo impõe o desafio de se criar uma ordem democrática plural nessas condições.

2 –DESAFIO INSTITUCIONAL À DEMOCRACIA AGONISTA

A tese de Chantal Mouffe atrai como modelo teórico a ser testado. No entanto, é possível afirmar que seus argumentos se restringem à desconstrução do modelo liberativo de base consensual. A ideia de transformação das relações antagônicas em agônicas é bastante interessante para fins de inclusão do pluralismo na constituição das sociedades democráticas. No entanto, “Mouffe não desenvolve mais normativamente o pluralismo agonístico, no sentido da proposição de instituições, quem sabe um novo tipo de parlamento que trate de questões políticas culturais originalmente não econômicas, arenas de lutas institucionalizadas, etc.” (MENDONÇA, 2010, p. 495-496). Essa lacuna teórica também é diagnosticada por Aletta Norval quando indica que há uma “lack of attention to the need to institutionalize democratic arrangements” (2007, p. 54).

O presente trabalho busca verificar a potencialidade que a democracia radical pode desempenhar no âmbito institucional específico do controle de constitucionalidade. A razão para tal escolha reside no fato de que o *judicial review* expressa uma tensão entre a democracia e o constitucionalismo, na medida em que a soberania popular é limitada em favor da proteção judicial aos direitos fundamentais.

Há diversos modelos de controle de constitucionalidade pelo mundo. Dentre os principais, encontram-se aqueles que Jeremy Waldron denomina como *weak strong judicial review*. Para o referido autor, em um sistema de controle de constitucionalidade forte, as cortes têm a autoridade para recusar a aplicação de uma legislação infraconstitucional por

incompatibilidade com a Constituição ou modificar os efeitos da lei para que se dê conforme os direitos fundamentais. Por outro lado, em um controle de constitucionalidade fraco as cortes podem verificar a conformidade da legislação com os direitos fundamentais, mas não podem negar sua aplicação, contudo, tal verificação pode ter algum efeito, como ocorre com a declaração de incompatibilidade britânica (WALDRON, 2006, p. 1354-1355). Subjacente à crítica que Waldron faz principalmente em relação ao *strong judicial review* não está a contrariedade à ideia de interpretação dos direitos constitucionais pelos juízes, mas a um certo tipo de arranjo desse instituto. Aquele em que a interpretação da constituição é deferida de forma final e vinculante ao Poder Judiciário.

Tal caminho de crítica ao controle de constitucionalidade também foi trilhado por Richard Bellamy. O referido autor não assume uma posição indistintamente excludente em relação ao papel das cortes constitucionais em uma democracia. Até porque diferentes formas de constitucionalismo político permitem maior ou menor grau de independência e discricionariedade judicial, assim como há aproximações variantes no peso das legislaturas no constitucionalismo jurídico. Não se trata, portanto, de uma questão de tudo ou nada, mas de níveis de influência judicial sobre as decisões políticas (BELLAMY, 2011, p. 89). Ademais, o contexto político inglês em que o autor está inserido sofreu uma significativa mudança principalmente a partir da adoção do *Human Rights Act* (HRA) em 1998, o qual incorporou a Convenção Europeia de Direitos Humanos e concedeu às cortes internas o poder de revisar a legislação em desconformidade com a Convenção. Adam Tomkins considera que esse fato incluiu elementos de constitucionalismo jurídico ao constitucionalismo político inglês transformando-o em um constitucionalismo misto (TOMKINS, 2013, p. 2276). Além disso, a expansão da jurisdição constitucional para cortes supranacionais fez com que Bellamy as analisasse à luz da sua proposta.

Diante disso, Richard Bellamy considera que a perspectiva do constitucionalismo político não exclui a compatibilidade com formas fracas de controle de constitucionalidade, como é o caso do sistema do Reino Unido após o HRA, no qual a declaração de incompatibilidade das cortes nacionais não prejudica a vigência da lei em discussão (seção 4 (2) do referido documento). Tal forma de arranjo possibilita que a legislatura pense novamente sobre a decisão em torno da definição do conteúdo dos direitos. Além disso, vai ao encontro dos postulados do

constitucionalismo político de desacordo razoável e tratamento com igual consideração e respeito dos cidadãos. No que diz respeito à atuação das cortes supranacionais, a legitimidade democrática do sistema internacional de direitos humanos depende de sua sujeição ao processo político nacional (BELLAMY, 2013, p. 254-255).¹

Nesse ponto, é possível concluir que tanto Waldron como Bellamy buscam criticar a revisão judicial das leis. Todavia, isso não significa dizer que ambos não reconhecem que as cortes constitucionais podem desempenhar um relevante papel nas democracias contemporâneas. Isso porque os autores indicam mecanismos de exercício de controle de constitucionalidade que, em alguma medida, são deferentes aos parlamentos, já que tanto Bellamy como Waldron lançam seus esforços sobre a primazia de decisão política democrática que ocorre no Poder Legislativo. Segundo Mark Tushnet (2013, p. 2251), tanto os defensores do constitucionalismo jurídico como político aceitam que o constitucionalismo contemporâneo requer alguma forma de revisão constitucional abrigada pelo sistema judicial.²O problema da revisão judicial para Waldron e Bellamy reside, portanto, no caráter supremo da decisão judicial sobre as normas constitucionais.

Para Rodrigo Brandão (2012, p. 15), o poder de invalidar as normas inconstitucionais não se confunde com a “obrigatoriedade de os demais ‘poderes’ e atores sociais adotarem a interpretação judicial da Constituição como um limite para a sua atuação futura”. Esse é justamente o conceito de supremacia judicial, qual seja, “o sentido que os juízes atribuíram à Constituição deve ser compreendido como definitivo não apenas para o passado (...) como igualmente para o futuro” tanto para o Judiciário como principalmente para os atores políticos (BRANDÃO, 2012, p. 15).

Ocorre que esse tipo de monopólio não corresponde às exigências de uma sociedade constituída pelos desacordos. Nesse sentido, Stephen Gardbaum afirma: “judicial supremacy, with its associated tendency toward exclusivity and monologue in rights reasoning, is especially

¹ Essa arquitetura internacional exige que as cortes supranacionais sejam compatíveis com a possibilidade de que todos os indivíduos vivam em estados que possuam um sistema democrático, nos quais as decisões coletivas são feitas de forma a demonstrar igual respeito de consideração a todos. Ademais, esses mecanismos internacionais devem estar sob o controle dos estados e, por fim, a participação no sistema internacional deve ser voluntária (BELLAMY, 2013, p. 263).

² Importa destacar, ainda, que o referido autor é conhecido pela apresentação da tese de exclusão do judicial review em seu texto *Taking the Constitution away from the Courts* (1999). Nesse texto ele parte da questão: “What would a world without judicial review look like?” (1999, p. 163). No entanto, Mark Tushet, em publicação mais recente, afirma que reconsiderou sua posição prévia diante das exigências do constitucionalismo contemporâneo (2013, p. 2251).

problematic in the inevitable real world context of reasonable disagreement—among judges, between courts and legislatures, and among citizens—regarding the meaning, scope, application, and permissible limits on the relatively abstract text of a bill of rights” (2010, p. 173). Em razão disso, entende-se por necessário uma releitura do instituto do *judicial review* a partir das lentes da democracia agonista a fim de contrabalançar o déficit democrático que ele apresenta.

Nesse sentido, nota-se que a ênfase do discurso agonista se encontra no fato de que a democracia exige a exteriorização do dissenso. Por essa razão, acredita-se que tal necessidade também se dá no nível institucional, no sentido de que as instituições democráticas responsáveis pela interpretação constitucional disputam o conceito em torno dos direitos fundamentais e, portanto, expressam visões diversas em torno desses temas.

Ainda que a descrição formal do desenho institucional brasileiro possa esconder as estratégias políticas de interação entre os poderes (MENDES, 2011, p. 216-217), não se pode deixar de considerar que a emenda constitucional corresponde a um instrumento legítimo que propicie uma interpretação constitucional diversa daquela realizada pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que a ordem de intervenção no sentido das normas constitucionais pode ser estabelecida da seguinte forma: a) aprovação de legislação infraconstitucional determinando um sentido específico para uma norma de direito fundamental; b) Supremo Tribunal Federal, ao ser provocado, declara a inconstitucionalidade da referida lei ante a estipulação não legítima do direito fundamental em discussão pelo Congresso Nacional; c) Congresso Nacional altera, via emenda constitucional, a norma de direito fundamental para que ela inclua a interpretação rechaçada pelo STF previamente. Trata-se, portanto, de uma potencial resposta legislativa em divergência ao entendimento judicial anterior.

A emenda de uma constituição corresponde sempre a um ato de criação de uma nova norma, ou seja, à extensão ou restrição do âmbito de abrangência constitucional. Nesse ponto, há um poder criador tal qual o poder constituinte. Por outro lado, diversamente do poder ilimitado de criação de uma nova constituição, a emenda enfrenta limites procedimentais e, principalmente, substanciais, como é o caso do Brasil.

No entanto, esse caráter híbrido não pode servir para descaracterizar o fato de que a emenda constitucional tem um status significativo maior do que a legislação ordinária que acontece no dia-a-dia dos parlamentos, pois ela está a alterar os parâmetros que limitam a própria

extensão do Estado. Não se trata de execução de projeto, mas de sua alteração. Envolve, portanto, um ato constitutivo fundado na soberania popular. A prática da emenda constitucional decorre do poder constituinte derivado, o qual envolve necessariamente a atividade de uma instituição em conjunto. O poder constituinte demanda um engajamento intersubjetivo e cooperativo, o qual só pode se dar por meio de procedimentos democráticos (KALYVAS, 2005, p. 235-236).

Ocorre que a potencialidade de exteriorização de desacordo sobre o sentido das normas constitucionais que a emenda pode ensejar resta fragilizada diante da sua sujeição ao escrutínio judicial do controle de constitucionalidade de emenda constitucional.

No Brasil, a adoção do controle de constitucionalidade de emenda constitucional por parte do Supremo Tribunal Federal não foi acompanhada de um esforço argumentativo da referida corte para explicar tal mecanismo. A Constituição brasileira não traz nenhuma disposição expressa autorizando tal controle, ainda que restrito às questões procedimentais. No entanto, a fim de sanar essa omissão, o Texto brasileiro estipula um núcleo material intangível à reforma (art. 60, § 4º).

O primeiro julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade em face de emenda constitucional se deu em 14/04/1993 com a ADI nº 833. Tal ação questionava a emenda constitucional nº 2 que antecipava o plebiscito previsto no art. 2º do ADCT. Interessa notar que o Ministro relator Moreira Alves inicia seu voto já assumindo a competência da corte para realizar tal controle: “Não há dúvida de que, em face do nosso sistema constitucional, é esta corte competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional – como sucede no caso – impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas”.

Em seguida Moreira Alves cita o mandado de segurança nº 20.257, julgado em outubro de 1980, em que o STF entendeu ser cabível mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitira a deliberação de proposta de emenda constitucional tendente à abolição da República. Com essas duas referências, o Ministro relator conhece da ação e passa ao exame do seu mérito.

Por fim, Celso de Mello é único outro Ministro que se empenha em argumentar em torno do controle, indicando também uma certa decorrência lógica em razão da previsão das cláusulas pétreas. Ele diz: “A irreformalidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, legitima o

controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade dos atos resultantes do processo de alteração do Texto Constitucional”. Nota-se, todavia, que o referido julgador adota uma posição mais cautelosa quando se refere ao controle de emenda: “É certo que, senão juridicamente, politicamente é delicadíssima a tarefa que esse controle jurisdicional da constitucionalidade de emendas à Constituição acarreta para as Cortes Constitucionais: a emenda constitucional é a manifestação mais eminente da vontade política dos poderes constituídos do Estado”.

Ocorre que a adoção de limites materiais explícitos à alteração constitucional o perigo de que a Corte, ao invés de se converter na autoconsciência da Lei fundamental, se transforme em consciência arbitrária da Constituição (RODRIGUEZ, 2015, p. 72). Ainda que haja previsões expressas no Brasil, tais cláusulas pétreas nacionais não impedem o reconhecimento de limites distribuídos por todo o Texto Constitucional. Por exemplo, ao indicar os direitos e garantias fundamentais como limites ao poder de reforma, o constituinte originário não está somente se remetendo ao extenso rol do art. 5º ou aos direitos sociais do art. 6º, pois o art. 5º, § 2º autoriza o reconhecimento de outros direitos e garantias que não estejam sequer expressos na Constituição. Por essa via, portanto, se acolhe a existência de limites materiais implícitos na ordem constitucional brasileira. É o que ocorreu no julgamento da ADI 939 quando o STF reconheceu a anterioridade tributária como um direito fundamental intangível ao poder de reforma e não expresso no art. 5º da Constituição.

Ainda que o Congresso Nacional exteriorize interpretação constitucional discordando com o Supremo Tribunal Federal, sob a perspectiva do iter institucional, tal competência também se subordina ao controle de constitucionalidade, em uma dinâmica favorável ao órgão judicial, já que ele conta com a possibilidade de afastamento liminar da emenda bem como ante a não exigência de qualquer escrutínio mais rigoroso em comparação à legislação ordinária, quer no aspecto procedimental quer interpretativo.

A ideia de que cabe ao Poder Judiciário a supremacia em relação aos direitos fundamentais impede que a disputa política em torno do significado deles possa se realizar. Fecha-se, assim, um ciclo dinâmico inerente à atividade política em detrimento da abertura à exteriorização do dissenso constitutivo das sociedades. Por essa razão, no âmbito do *judicial review*, é importante que haja a oportunidade para que as instituições possam realizar uma

discordância razoável e que tal dissenso possa ter certo respeito do ponto de vista de sua estabilidade.

CONCLUSÃO

A supremacia constitucional não exige necessariamente a supremacia judicial, pois são conceitos distintos. O primeiro garante a hierarquia da constituição sobre todos os atos do poder público, enquanto o segundo coloca o Judiciário como o árbitro final nas questões que envolvem a interpretação constitucional.

A análise apresentada nesse texto não objetivou entrar na discussão em torno da instituição mais adequada para realizar a tarefa de interpretação constitucional. Tomou-se como ponto de partida a existência de uma crítica sobre o caráter democrático do controle de constitucionalidade e se ampliou a partir do conceito de democracia agonista de Chantal Mouffe.

As considerações da referida autora em torno do papel constitutivo do dissenso nas sociedades contemporâneas são um desafio para as atuais instituições políticas, as quais são influenciadas pelo ideal de consenso em suas decisões. Frise-se, no entanto, que não se está a negar que o consenso também faça parte de toda ação política.

As objeções em torno do consenso foram direcionadas apenas no tocante aos arranjos institucionais que evitam ou substancialmente dificultam a externalização do dissenso sobre o conteúdo da Constituição, como é o caso de suprema judicial no controle de constitucionalidade.

A abertura ao Congresso Nacional para a reversão do entendimento do Supremo Tribunal Federal indica a possibilidade de participação institucional e também envolve a ideia de que uma ação política dinâmica tende a promover um maior engajamento popular em torno da Constituição.

No entanto, no processo de interação institucional por meio das emendas constitucionais, elas próprias podem ser objeto de controle judicial de constitucionalidade por violação às cláusulas pétreas. Tais cláusulas, apesar de expressamente listadas, possibilitam o

reconhecimento de limites implícitos a cargo da interpretação judicial. Ademais, a possibilidade de que tais emendas sejam suspensas por meio de decisão liminar faz com que sua estabilidade e permanência na ordem jurídica estejam comprometidas em detrimento da decisão do Supremo Tribunal Federal. Portanto, para que a emenda à Constituição possa ser visualizada como um mecanismo efetivo de exteriorização do dissenso entre as instituições ela depende de inovações no âmbito do seu controle pelo Judiciário.

REFERÊNCIAS

BELLAMY, Richard. **Political constitutionalism and the Human Rights Act**. *ICON*, vol. 9, nº 01, 2011.

_____. **The democratic legitimacy of international human rights conventions: political constitutionalism and the Hirst case**. In: FOLLESDAL, Andreas; SCHAFFER, Johan Karlsson; ULFSTEIN, Geir. *The Legitimacy of International Human Rights Regimes: legal, political and philosophical perspectives*. Cambridge University Press, 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?**Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**, nº 833, 14 de abril de 1993. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 25/06/2017.

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**, nº 939, 15 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 25/06/2017.

GARDBAUM, Stephen. **Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism**. *Internationa lJournal of Constitutional Law*, v. 8, nº 2, 2010.

GARGARELLA, Roberto. **El Nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos**. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 14, diciembre, 2013.

KALYVAS, Andreas. **Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power**. *Constellations*, v. 12, nº 2, 2005.

KOZICKI, Katya. Prefácio à edição brasileira. In: MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (Ed.). *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford University Press, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Judicial review of constitutional amendments in the Brazilian Supreme Court.** *Florida Journal of International Law*, v. 17, nº 3, 2005.

MENDONÇA, Daniel. **Teorizando o agonismo: crítica a um modelo incompleto.** *Sociedade e Estado*, v. 25, 2010.

MOUFFE, Chantal. **Por um modelo de agonístico de democracia.** *Revista Sociologia Política*. Curitiba, nov. 2005

_____. **Democracia, cidadania e a questão do pluralismo.** *Política e Sociedade*, n. 03, outubro, 2003.

_____. **O regresso do político.** Lisboa: Gradiva, 1996.

NEVES, Marcelo. **Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas.** In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

NORVAL, Aletta. **Aversive democracy. Inheritance and Originality in the Democratic Tradition.** Cambridge University Press, 2007.

RODRÍGUEZ, Carlos Amaya. **El control constitucional a las reformas constitucionales: eljuicio de sustitución constitucional.** *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, nº 8, 2015.

SCHMITT, Carl. **A Crise da Democracia Parlamentar.** São Paulo: Scritta, 1996.

_____. **O conceito do político.** *Teoria do Partisan*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TOMKINS, Adam. **What's left of the political constitution?** *German Law Journal*, vol. 14, nº 12, 2013.

TUSHNET, Mark. **The relation between political constitutionalism and weak-form judicial review.** *German Law Journal*, vol. 14, nº 12, 2013.

_____. **Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties.** *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 41, 2006.

_____. **Taking the Constitution away from the Courts.** Princeton: Princeton University Press, 1999

WALDRON, Jeremy. **Five to four:** Why do bare majorities rule on courts? *New York University School of Law, Public Law Research Paper*, n. 12-72, 2013.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115:1346, 2006.

Recebido em: 29 de maio de 2017.

Aceito em: 20 junho de 2017.