

## NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALISMO POPULAR: SUBSTANCIALISMO, PROCEDIMENTALISMO E O ENIGMA DA LEGITIMIDADE

### *NEOCONSTITUTIONALISM AND POPULAR CONSTITUTIONALISM: SUBSTANTIALISM, PROCEDURALISM AND THE ENIGMA OF LEGITIMACY*

Sérgio Urquhart de Cademartori

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1976), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1997) e pós-doutorado junto à Unisinos (RS). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle. ID Lattes: 8714992651258119. ORCID 0000-0002-2037-1496.

Williem da Silva Barreto Júnior

Doutorando em direito pela Universidade La Salle/RS, com bolsa concedida pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Mestre em direito pelo Centro Universitário FG/BA. Membro/pesquisador no grupo Garantismo e Constitucionalismo Popular (CNPq/Universidade La Salle/RS). Membro/pesquisador no grupo Sertão - Núcleo Baiano de Direito e Literatura (CNPq). ORCID 0000-0002-3519-7793.

**Submetido em:** Dezembro/2023

**Aprovado em:** Novembro/2024

**Resumo:** O debate em torno da legitimidade das deliberações democráticas tem se notabilizado por uma permanente tensão entre as perspectivas substancialistas, ligadas ao constitucionalismo jurídico, e as procedimentalistas, afeitas ao constitucionalismo político. Nesse contexto, o neoconstitucionalismo, de feição substancialista, e o constitucionalismo popular, de cariz procedimentalista, revelam-se duas poderosas ferramentas teóricas para se pensar o tema da legitimidade, razão pela qual o presente artigo propõe-se a analisar, de forma crítico-comparativa, similaridades e divergências que permeiam estas duas importantes tendências do constitucionalismo contemporâneo. Conclui-se que, enquanto o neoconstitucionalismo volta-se para o campo substancial, conferindo protagonismo aos tribunais para a resolução de conflitos, os adeptos do constitucionalismo popular consagram a efetiva participação dos cidadãos comuns nos processos decisórios, enfatizando a importância da regra majoritária.

**Palavras-chave:** Legitimidade; Substancialismo; Procedimentalismo; Neoconstitucionalismo; Constitucionalismo popular.

**Abstract:** *The debate around the legitimacy of democratic deliberations has been notable for a permanent tension between the substantialist perspectives, linked to legal constitutionalism, and the proceduralist ones, accustomed to political constitutionalism. In this context, neo constitutionalism, of a substantialist nature, and popular constitutionalism, of a proceduralist nature prove to be two powerful theoretical tools for thinking about the issue of legitimacy, which is why this article proposes to critically analyze, similarities and divergences that permeate these two important tendencies of contemporary constitutionalism. It is concluded that, while neo constitutionalism focuses on the substantial field, giving protagonism to the courts for conflict resolution, supporters of popular constitutionalism enshrine the effective participation of ordinary citizens in decision-making processes, emphasizing the importance of majority rule.*

**Keywords:** Legitimacy; Substantialism; Proceduralism; Neoconstitutionalism; Popular constitutionalism.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O neoconstitucionalismo e a legitimidade substancial. 2 O constitucionalismo popular e a legitimidade procedimental. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Conferir legitimidade às deliberações institucionais é um desafio permanente para os regimes democráticos. Nesse contexto, embates teóricos entre substancialistas e procedimentalistas têm estabelecido, com frequência, tensão entre constitucionalismo e democracia. Enquanto os substancialistas referendam a essencialidade do Poder Judiciário na resolução de conflitos e na manutenção da incolumidade dos direitos fundamentais, os procedimentalistas almejam resgatar o protagonismo do povo nos processos decisórios.

O neoconstitucionalismo, fenômeno histórico responsável por mudanças estruturais no constitucionalismo político surgido no século XVIII, postula retirar das maiorias políticas eventuais a prerrogativa de decidir a respeito de matérias consideradas vitais para a preservação do Estado Constitucional. Assim, os neoconstitucionalistas, substancialistas por princípio, endossam um cenário marcado pela subordinação da regra majoritária aos limites constitucionais, aliado ao protagonismo dos juízes.

Para os entusiastas do constitucionalismo popular, por outro lado, subtrair matérias constitucionais do poder deliberativo do povo, ao revés de manter estáveis os sistemas democráticos, patrocina um elitismo incompatível com o necessário respeito às liberdades fundamentais. Nesse sentido, os populares, numa linha teórica procedimentalista, entendem que apenas o aprimoramento da expressão democrática de base pode preservar a igual participação social nas decisões de interesse coletivo, a ponto de torná-las legítimas.

A temática abordada é relevante, pois os debates sobre a legitimidade das deliberações democráticas visam ao aprimoramento do Estado de Direito, e as suas contribuições podem promover a melhoria da vida cotidiana dos membros das sociedades. Por isso, o objetivo deste artigo é analisar, sob um viés crítico-comparativo, as especificidades teórico-metodológicas do neoconstitucionalismo e do constitucionalismo popular.

## 1 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A LEGITIMIDADE SUBSTANCIAL

O constitucionalismo é um conjunto de mecanismos normativo-institucionais, aplicados a modelos jurídicos e políticos temporalmente delimitados, cujo objetivo é restringir os poderes do Estado (Ferrajoli, 2012, p. 14). Trata-se de fenômeno histórico e seus traços podem ser inicialmente identificados nas Constituições liberais do final do século XVIII<sup>1</sup>.

Em meados do século XX, após a Segunda Guerra, o constitucionalismo sofre profundas alterações estruturais, dando origem ao neoconstitucionalismo. O ponto básico de diferenciação entre constitucionalismo e neoconstitucionalismo reside em que este, em regra, se contrapõe ao positivismo jurídico<sup>2</sup>, até então prevalente (Barreto Júnior; Cademartori, 2021, p. 57).

O neoconstitucionalismo, historicamente marcado pela supremacia das Constituições perante a legislação ordinária, apresenta algumas características distintivas em relação ao constitucionalismo: a) adoção das Constituições rígidas; b) emprego do controle de constitucionalidade das leis; c) autoaplicabilidade dos preceitos constitucionais; d) atuação das Constituições no campo das relações políticas (Prieto Sanchís, 2003, pp. 107-117).

Embora não se possa vislumbrar qualquer uniformidade metodológica dentre os autores de matriz neoconstitucionalista, é possível definir, como elemento incontestado da sua expressão teórica, a correlação necessária – e não apenas contingente – entre direito e moral, insculpida no nível dos princípios constitucionais. Nesse sentido, a Constituição tem natureza valorativa, por trazer em si *standards* de justiça e cancelar a subordinação da legislação ordinária aos seus comandos, agora hierarquicamente superiores (Trindade, 2016, p. 412).

<sup>1</sup> O constitucionalismo refletiu a predominância do ideário iluminista na Europa, após a derrocada do Absolutismo. Assim, o Estado Liberal trouxe consigo a burocracia racional-legal, a onipotência dos Paramentos e as Constituições programáticas (Barreto Júnior, 2022).

<sup>2</sup> O positivismo jurídico, que surgiu no século XVIII e preponderou até meados do século XX, tem assumido diversas roupagens ao longo da história, dentre as quais se destacam o exegetismo, a jurisprudência dos conceitos, o positivismo normativista kelseniano, o positivismo sociológico hartiano e o juspositivismo crítico, de Ferrajoli. Para ver mais, sugere-se o verbete “positivismo jurídico”, em Streck (2017).

O neoconstitucionalismo não é corrente do pensamento, tanto que originou incontáveis construções teóricas divergentes entre si (Cademartori; Navarro, 2014, p. 73). Segundo a classificação de García Figueroa (2009, p. 18), para os neoconstitucionalistas normativos, como Luigi Ferrajoli<sup>3</sup>, o novo paradigma constitucional repercute apenas no objeto de estudo do Direito, mas não no método.

Consoante a maior parte dos neoconstitucionalistas, a mudança no objeto de investigação do Direito está associada a uma imprescindível guinada metodológica. De acordo com essa linha intelectual, o positivismo jurídico resta superado (Abboud; Oliveira, 2015, p. 199), pois os seus postulados teóricos revelam-se insuficientes para explicar as novas estruturas teórico-constitucionais, notabilizadas pela incorporação de valores morais travestidos de princípios (Cademartori, 2018, p. 502).

Com efeito, o advento do constitucionalismo pós-Segunda Guerra constitui ponto inflexivo para a teoria do direito, cuja afetação atinge inclusive os seus pressupostos conceituais (Ferrajoli, 2012). Referida compreensão é partilhada, guardadas as devidas peculiaridades, por autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Manuel Atienza (García Figueroa, 2011, p. 122), chamados por García Figueroa (2009, p. 18) de neoconstitucionalistas conceituais.

O neoconstitucionalismo se ancora nas premissas teóricas do constitucionalismo jurídico, segundo o qual o Direito se autonomiza em relação à política, passando a subordiná-la. Assim, o conteúdo que era objeto de deliberação política anteriormente à Segunda Guerra, uma vez positivado nas Constituições, transforma-se em preceito supraordenado à legislação ordinária, capaz de tornar inválida<sup>4</sup> toda norma com ele conflitante (Ferrajoli, 2014, p. 146).

As diferentes perspectivas teóricas afiliadas ao neoconstitucionalismo encampam arquétipos substancialistas de legitimidade, o que reverbera nas composições institucionais sugeridas por seus defensores e, também, na relação entre o Direito e a política por eles estabelecida. Os padrões substancialistas estão relacionados à tradicional oposição entre o *conteúdo* das decisões político-jurídicas e o *procedimento* através do qual elas são tomadas, com predominância do primeiro sobre o segundo (Alterio, 2014, p. 239).

<sup>3</sup> Ferrajoli (2014) rejeita veementemente a pecha de neoconstitucionalista. Segundo ele, o neoconstitucionalismo endossa o cognitivismo ético, cuja natureza é incompatível com os postulados do constitucionalismo garantista.

<sup>4</sup> A mudança estrutural ocorrida no constitucionalismo, após a Segunda Guerra, implica a diferenciação entre vigência e validade das leis. Logo, a observância da formalidade legislativa, embora confira à lei *status* de vigente, é insuficiente para torná-la válida, o que só ocorre se vislumbrada compatibilidade entre o seu conteúdo e os preceitos constitucionais supraordenados (Ferrajoli, 2022).

Hodiernamente, vislumbra-se uma dicotomia teórica entre o substancialismo, afeito à rigidez constitucional e à supraordenação dos direitos fundamentais, e o procedimentalismo<sup>5</sup>, que prioriza a regra majoritária e postula a flexibilidade das Constituições (Streck, 2017a, p. 118). Por oportuno, ressalte-se que as posturas substancialistas proeminentes na atualidade, em regra de natureza mista, tendem a reconhecer tanto o valor do conteúdo quanto o do procedimento, embora aquele seja reputado mais relevante.

Nesse sentido, os substancialistas entendem que os direitos fundamentais (substância) devem funcionar como elementos de limitação das decisões tomadas segundo a regra majoritária (forma) (Streck, 2005). Tal é a premissa adotada por neoconstitucionalistas como Dworkin, para quem os direitos fundamentais constituem trunfos das minorias frente às maiorias e devem se sobrepor às deliberações democráticas que lhe forem contrárias. Desse modo, oportunizar a transformação dos direitos fundamentais em objeto de negociação seria impedir a democracia de atender à pauta de correção moral dela esperada (Dworkin, 1999; 2010).

A compreensão da fórmula substancialista de legitimidade é imprescindível para se visualizar as composições institucionais alvitadas pelos teóricos neoconstitucionalistas, que concedem ao Direito, enquanto instância externa à política, *status* de elemento retificador dos excessos e desvios eventualmente cometidos pelas maiorias. A centralidade do controle judicial, típica do neoconstitucionalismo, advém da autoridade conferida aos juízes e tribunais para deixarem de aplicar determinada lei no caso concreto ou, tratando-se de versão ainda mais incisiva de interferência jurisdicional, suprimir imediatamente, do ordenamento jurídico, leis inteiras ou parte delas (Alterio, 2014, p. 242).

A justificativa para se atribuir tais prerrogativas aos juízes reside na necessidade de salvaguarda dos direitos fundamentais inscritos em Constituições rígidas e autoaplicáveis, remodelando-se, assim, o conceito de soberania popular vigente no constitucionalismo liberal<sup>6</sup>. Com efeito, segundo a perspectiva neoconstitucionalista, para se efetivar os princípios democráticos é inarredável que conflitos de natureza jurídica sejam apreciados por magistrados, de modo a se atribuir, à aplicação judicial, conforme entende García Amado (2007, pp. 240-243), dimensão de controle de máximos (*in dubio pro iudice*).

<sup>5</sup> O procedimentalismo será adequadamente explorado na seção seguinte.

<sup>6</sup> A guinada paradigmática havida no constitucionalismo, em meados do século XX, também implica o remodelamento da noção de soberania popular, porque esta deixa de atrelar-se à perspectiva meramente sufragista e passa a reclamar o pleno exercício dos direitos fundamentais (Barreto Júnior; Cademartori, 2021a).

Para Dworkin, por exemplo, o controle de constitucionalidade deve ser executado pelos juízes, pois estes têm a habilidade de refletir sobre os casos com base em princípios, realizando a devida leitura moral da Constituição. Em contraponto a Dworkin, Jeremy Waldron (2006) entende que a automática conexão entre a atuação dos juízes e a sua excelsa competência para decidir adequadamente projeta uma imagem distorcida de como as decisões judiciais são elaboradas, em descrédito aos possíveis benefícios a serem extraídos da atividade legislativa.

Considerando o exclusivismo em regra atrelado ao neoconstitucionalismo, de matriz substancialista, este comumente é tachado de elitista. Os pontos de vista substancialistas têm priorizado, ao longo da história, políticas ilustradas na busca do bem coletivo, nas quais se pressupõe que indivíduos cultos, ao lançarem mão da razão, estão capacitados para dirimir os conflitos sociais. Logo, os desígnios populares só podem se tornar preponderantes num contexto marcado pela abrangente difusão da educação formal e pelo controle de elementos passionais típicos dos cidadãos comuns (Alterio, 2014, p. 244).

Para o neoconstitucionalismo, o contramajoritarismo<sup>7</sup> cabe aos juízes, agentes estatais em tese preparados para elaborar as mais adequadas e racionais decisões, sem influências egoísticas. Nesse sentido, é comum o endosso a abstratas construções teórico-metodológicas no campo da interpretação jurídica, como a ponderação (Alexy, 2016), cuja probabilidade de entendimento, pelas pessoas comuns, é substancialmente reduzida (Alterio, 2014, p. 245).

Assim, a maior parte dos teóricos neoconstitucionalistas referenda conceitualmente a democracia substancial, cuja peculiaridade é conferir valor instrumental à regra majoritária. Entende-se, com efeito, que a limitação dos poderes das maiorias, com o desiderato de evitar violações de direitos fundamentais, não ocasiona dano ao ideal democrático. Pelo contrário: resguarda-se a democracia de eventuais ameaças institucionais a ela direcionadas.

## **2 O CONSTITUCIONALISMO POPULAR E A LEGITIMIDADE PROCEDIMENTAL**

Diversamente do neoconstitucionalismo, o constitucionalismo popular postula a reabilitação das discussões sobre a função do povo nos processos de deliberação constitucional (Álvarez Ugarte, 2012, p. 83). Logo, os partidários desta

<sup>7</sup> O Poder Judiciário coloca-se como guardião da Constituição e, conseqüentemente, da estabilidade dos regimes democráticos. Justamente por não serem eleitos por meio da regra majoritária, os juízes são considerados agentes do contramajoritarismo, cujo objetivo é evitar fissuras institucionais promovidas por maiorias políticas de ocasião.

corrente do pensamento entendem que as pessoas comuns devem adquirir protagonismo institucional junto às suas comunidades<sup>8</sup>.

O constitucionalismo popular qualifica o Direito como o foro responsável por exprimir as decisões políticas baseadas na regra majoritária, propugnando: a) a flexibilidade das Constituições; b) o desafio à primazia do Poder Judiciário; c) a interpretação extrajudicial da Constituição; d) a participação democrática nos organismos políticos e econômicos; e) o fortalecimento da relação entre o Direito e a política (Gargarella, 2016, p. 46).

Os adeptos do constitucionalismo popular, em geral, endossam um proceduralismo de caráter misto, que não ignora a relevância dos valores substanciais para a tomada das decisões políticas. Entretanto, havendo tensão entre o procedimento e o conteúdo, os populares priorizam a esfera procedimental (Alterio, 2014, p. 255).

O proceduralismo confere legitimidade a determinado processo deliberativo se este atende às exigências previamente contidas no procedimento. Acerca dos conteúdos das decisões, os proceduralistas sustentam que as controvérsias substantivas são numerosas e intensas, a ponto de inviabilizar julgamentos confiáveis sobre a sua adequação, especialmente quando magistrados exercem função hermenêutica ultrapassando os limites dos textos legais (Ribeiro; Cszlusniak, 2012, p. 195). Assim, fiar-se nas formalidades procedimentais constitui o melhor caminho para a construção de uma robusta teoria da legitimidade<sup>9</sup>.

Hodiernamente, prevalece o entendimento de que os sistemas legais, inclusive os permeados pela primazia judicial, devem conviver com um inafastável grau de incerteza nos processos de tomada de decisão. Para os afiliados ao constitucionalismo popular, por outro lado, nada obstante a clareza decisionista-substancial constitua importante valor a ser perseguido, há outros elementos procedimentais ainda mais relevantes, que têm sido comumente deixados em segundo plano (Alterio, 2014, p. 260).

<sup>8</sup> Veja-se a posição de Kramer (2011, p. 285), para quem a reivindicação da última palavra na interpretação constitucional deve ser a do povo, baseado no princípio republicano. Assim, para ele “La supremacía [judicial] es un presupuesto ideológico cuyo objetivo mayor es persuadir a los ciudadanos comunes de que, piensen como piensen sobre las decisiones de los jueces de la Corte, no es su competencia contradecirlas. Es un mecanismo para desviar y atenuar la energía del constitucionalismo popular”.

<sup>9</sup> Embora não seja objetivo deste artigo realizar um aprofundamento filosófico acerca do proceduralismo, é importante aludir a Habermas, para quem as pretensões de validade normativa devem ser racionalmente fundamentadas. Assim, a fundamentação das normas encontra-se no consenso ao qual chegam os indivíduos através das suas ações comunicativas, sendo a legitimidade a virtude dos ordenamentos dotados de força moral para serem reconhecidos e observados. Exemplar estudo a respeito pode ser encontrado em Cademartori (2006, p. 155-175). Sobre o proceduralismo diretamente na fonte, vide Habermas (2008).



Consequentemente, propugna-se um direito constitucional centrado nos procedimentos, cujo encargo é aperfeiçoar o sistema democrático e reafirmar que os conflitos sociais reclamam resolução através da regra majoritária (deliberação democrática) (Barbosa; Kozicki, 2007). Para Waldron (2004, p. 262), deve haver complementaridade entre a teoria dos direitos e a teoria da autoridade, cabendo a esta dar a palavra final sobre a decisão a ser tomada em caso de dissenso entre os membros da comunidade.

O direito de atuação isonômica na esfera política deve ser assegurado por consagrar o valor da autodeterminação pessoal, o qual subjaz o ideal do Estado Democrático (Waldron, 2005). Nesse sentido, o constitucionalismo popular sustenta que a participação igualitária das pessoas comuns nas deliberações políticas constitui ponto de inflexão para o aferimento do grau de legitimidade das deliberações coletivas (Alterio, 2016, p. 66).

Assim, o constitucionalismo popular rejeita a ideia de supraordenação dos direitos fundamentais com o suposto desiderato de assegurar a estabilidade democrática e proteger as minorias políticas. Os populares propugnam, em sentido diverso, a validação de prerrogativas das legislaturas no campo da hermenêutica constitucional, com reforço à noção de soberania popular exercida diretamente, sem intermediação ou automática predominância de decisões judiciais (Viciano Pastor; Martínez Dalmau, 2012, p. 160).

São vislumbrados, então, problemas na imunidade legislativa conferida aos direitos fundamentais inscritos nas Constituições, o que implica um ceticismo frente aos cidadãos comuns. Para Waldron (1993, p. 26), a impossibilidade de discussão acerca de tais direitos é incompatível com o necessário respeito à autonomia pessoal, elemento indissociável do Estado de Direito.

Logo, não é possível admitir como evidente a associação entre a preservação dos direitos fundamentais e uma automática desconfiança em relação às aptidões democráticas e representativas dos membros da comunidade, sendo, portanto, necessário abandonar o instituto da rigidez constitucional. Para os populares, é imperativo desfazer a falácia de que os juízes compõem um foro de princípios no qual o direito constitucional é mais adequadamente interpretado (Alterio, 2014, p. 263).

Os populares rechaçam, também, a ideia de que os legisladores são incompetentes para bem deliberar sobre questões politicamente controversas, por serem emocionais e patrocinar interesses particulares. Entende-se, por outro lado, não haver qualquer certeza de que os magistrados desempenhem um labor hermenêutico superior ao dos políticos, cabendo ao Poder Judiciário apenas interpretar a Constituição para reforçar os processos democráticos (Ely, 2010).



O constitucionalismo popular referenda padrões de legitimidade que atacam a prevalência institucional das elites acadêmicas, sociais ou políticas, sobre as pessoas comuns. Isso naturalmente implica inserir o povo nas organizações político-econômicas, concedendo peso às demandas de base, sem intervenções que as distorçam. Reforça-se, então, o potencial promissor do exercício da política ordinária, em face, por exemplo, do controle de constitucionalidade das leis, que parece amoldar-se a interesses elitistas (Álvarez Ugarte, 2012, p. 108).

Deste reforço deriva um ordenamento cuja função medular é consagrar a regra majoritária (Gargarella, 2016), no qual a tarefa dos cidadãos não reste atrelada a esporádicas incursões de elaboração constitucional. Com efeito, os adeptos do constitucionalismo popular aduzem que as construções desenvolvidas fora dos tribunais são determinantes para a amplificação e o desenvolvimento do Estado de Direito, funcionando também como elemento de mitigação das tensões eventualmente vislumbradas entre a legislação e o ambiente cultural em que ela incide (Alves; Gusmão; Cademartori, 2019, p. 5).

Para os populares, inexistem matérias *a priori* vedadas à regra majoritária, pois, num Estado de Direito, toda e qualquer temática de natureza coletiva incorpora uma dimensão política sempre aberta à controvérsia, e, por consequência, ao debate. Desse modo, o constitucionalismo popular endossa o emprego de ferramentas institucionais que viabilizem a inserção dos cidadãos comuns no centro das deliberações políticas (Noguera, 2013, p. 17), tais como: a) emendas à Constituição por iniciativa do povo; b) eleição de membros da Suprema Corte; c) possibilidade de contestar decisões estatais pela ação dos movimentos sociais (Alterio, 2014, p. 267).

Enquanto o neoconstitucionalismo atribui valor técnico à regra majoritária, o constitucionalismo popular lhe confere *status* axiológico. Segundo Waldron (2004, p. 265), o princípio democrático da maioria estima ao máximo a idêntica autoridade política de cada indivíduo, nesta devendo ancorar-se a reserva última de legitimidade do Estado de Direito. Em tal contexto, a regra majoritária não pode ser considerada mera solução prática para as controvérsias sociais, mas a única que, ante o dissenso, mantém-se neutra quanto às possibilidades de mudança e preservação do *status quo*.

O constitucionalismo popular não reduz o sistema democrático à regra majoritária, porque também a considera uma teoria sobre a adequada organização da sociedade e das relações sociais. Logo, a noção de cultura democrática<sup>10</sup> se presta justamente ao preenchimento das nuances meramente formais da democracia,

<sup>10</sup> Esta cultura se revela através das expressões genuinamente populares, potencializadas pela atuação dos movimentos sociais.

com o objetivo de desconstruir eventuais hierarquias injustas vislumbradas em seu interior (Alterio, 2014, p. 270).

Os populares também não referendam uma hermenêutica constitucional de viés absolutamente majoritário. Na verdade, os seus afiliados propõem que, em última instância, prevaleçam os desígnios do povo, procedimentalmente aferidos, sobre considerações abstratas e essencialmente substantivas de lavra dos juízes e tribunais. Ely (2010, pp. 178-179), por exemplo, entende falaciosa a ideia de que os especialistas dos Poderes Executivo e Judiciário superam, em capacidade analítica, os do Poder Legislativo.

O constitucionalismo popular busca estabelecer uma íntima relação entre o Direito e a política, ressaltando que a Constituição é lei política (Tushnet, 2006, p. 991). Na condição de lei, é, em certo nível, retrospectiva; por ser também lei política, a Constituição incorpora uma dimensão prospectiva, que implica a visualização dos rumos futuros mais adequados para as sociedades, sem necessária alusão a episódios pretéritos (Post; Siegel, 2004, p. 992). Assim, é incabível se cogitar da aplicabilidade dos preceitos constitucionais através de pura cognição constativa ou mera subsunção, sem conteúdo democraticamente decisório.

Os populares propugnam que as pessoas comuns conformem o direito constitucional, a partir de mobilizações genuinamente sociais. Tal processo somente pode ser concretizado por meio do estabelecimento de interações não hierarquizadas entre os diversos níveis de governo e os indivíduos comuns, a fim de se “pensar a los conflictos constitucionales que presentan los casos difíciles por fuera de las instituciones estatales” (Álvarez Ugarte, 2012, p. 85).

O constitucionalismo popular almeja reabilitar o constitucionalismo político, em face do atualmente dominante constitucionalismo jurídico<sup>11</sup>. Enquanto este se ampara na probabilidade de um ajuste racional sobre resultados substantivos, aquele reitera que o procedimento democrático possui maior legitimidade, resultando mais efetivo que o processo judicial em matéria de resolução de conflitos (Alterio, 2014, p. 274-275).

Em suma, os populares concentram atenção no tratamento isonômico a que todos têm direito quando da tomada de decisões políticas relevantes para as comunidades. Tal corrente do pensamento atribui à regra majoritária um *status*

<sup>11</sup> Não se pode, por outro lado, ignorar a crítica feita ao constitucionalismo popular, sobretudo quando utilizado em sociedades cujos membros não detêm instrução formal e capacidade reflexiva. Nesse cenário, é possível que a preponderância das deliberações calcadas na regra majoritária não reflita as aspirações de base, mas os interesses de grupos responsáveis pela manipulação da opinião pública. Assim surgem as chamadas autocracias eletivas, ou regimes formalmente democráticos substancialmente tutelados por um indivíduo ou grupos pertencentes às elites política e econômica. Exemplos de autocracias eletivas, na atualidade, são a Turquia e a Hungria.

moral por ela não encontrado no neoconstitucionalismo. Assim, embora se admita a elevada importância dos direitos fundamentais na sua substância, rejeita-se a ideia de inscrevê-los em Constituições rígidas e retirá-los da deliberação democrática.

## CONCLUSÃO

Como se viu, após a Segunda Guerra, o constitucionalismo político passou por agudas transformações estruturais, dando vazão ao neoconstitucionalismo. Embora não exista unidade metodológica entre os neoconstitucionalistas, a sua abordagem teórica posiciona-se contrariamente ao positivismo jurídico e busca estabelecer uma necessária conexão do Direito com a moral.

As diversas correntes do pensamento associadas ao neoconstitucionalismo endossam padrões substancialistas de legitimidade, que estão relacionados à comum contraposição entre o cerne das deliberações político-jurídicas e o procedimento por meio do qual elas são empregadas, com prevalência daquele sobre este.

As perspectivas substancialistas atualmente destacadas, classificadas como mistas, se inclinam a enaltecer tanto o conteúdo decisório quanto o procedimento adotado, não obstante o conteúdo seja considerado mais relevante. Nesse sentido, os substancialistas sustentam que os direitos fundamentais devem operar como veículos de restrição às deliberações decorrentes da regra majoritária, cabendo, ao Poder Judiciário, mantê-los incólumes.

Tendo em vista o monopólio jurisdicional endossado pelo neoconstitucionalismo, os seus defensores são constantemente tachados de elitistas, pois as suas abordagens teóricas têm privilegiado ilustrados modelos político-jurídicos de resolução de conflitos, nos quais se atribui valor meramente instrumental à regra majoritária.

Diferentemente do neoconstitucionalismo, o constitucionalismo popular busca reabilitar os debates acerca da efetiva participação dos cidadãos comuns nos processos decisórios constitucionais. Logo, os populares tendem a um proceduralismo de cariz misto, que, apesar de não desconsiderar a substância das deliberações políticas, priorizam o âmbito procedimental.

Por conseguinte, propõe-se um direito constitucional voltado para os procedimentos, cujos desideratos são o aperfeiçoamento do método democrático e a reafirmação de que as tensões sociais devem ser pacificadas mediante proeminência da regra majoritária. Assim, a igualdade de participação no âmbito político se presta a ratificar o valor da autodeterminação pessoal, o qual subjaz o ideal de justiça inerente ao Estado de Direito.

Para os populares, não há questões vedadas de antemão à regra majoritária, pois, em regimes democráticos, os assuntos de interesse social possuem uma dimensão política sempre compatível com o contraditório e, por conseguinte, com o debate. Desse modo, o constitucionalismo popular propugna a adoção mecanismos que viabilizem a inclusão do povo no núcleo duro das deliberações institucionais.

Em suma, o constitucionalismo popular, diferentemente do neoconstitucionalismo, endossa a predominância do constitucionalismo político sobre o constitucionalismo jurídico, reiterando que a atuação da regra majoritária resulta mais efetiva quando se pretende resolver conflitos.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 12, n. 7, jan./jun. 2015.

ALEX, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Contraponto, 2016.

ALTERIO, Ana Micaela. Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Ciudad de México, n. 8, jan./dez. 2014.

ALTERIO, Ana Micaela. El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales. In: GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO ORTEGA, Roberto (orgs.). *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*. Un homenaje a Mark Tushnet. Ciudad de México: Instituto de investigaciones jurídicas (UNAM), 2016.

ÁLVAREZ UGARTE, Ramiro. El Constitucionalismo Popular y los problemas de la “última palabra”: apuntes para un Contexto Latinoamericano. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Palermo, n. 1, nov. 2012.

ALVES, Alex Meira; GUSMÃO, Caroline Carneiro; CADEMARTORI, Sergio. A PEC n. 88/2019: entre populistas, populares e uma democracia reflexiva. *Revista da Faculdade de Direito de Guanambi*, Guanambi, v. 6, n. 2, jul./dez. 2019.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia. Democracia procedimental e jurisdição constitucional. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007. *Anais [...]*. Florianópolis: Editora do CONPEDI, 2007.

BARRETO JÚNIOR, Williem da Silva. *Crítica garantista ao Estado Constitucional de Direito e o Constitucionalismo Global*. Curitiba: Juruá, 2022.

BARRETO JÚNIOR, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio. Garantismo, principialismo e o dilema da conexão entre direito e moral. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 17, n. 1, jan./abr. 2021.

BARRETO JÚNIOR, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio. Repensando a democracia: uma crítica garantista à atual configuração do Estado de Direito. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, n. 56, jul./dez. 2021a.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. A teoria do direito entre neoconstitucionalismos e garantismo e a proteção à democracia. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, jan./jun. 2014.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2006.

CADEMARTORI, Sérgio. O Estado Constitucional de Direito, neoconstitucionalismo e políticas públicas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, v. 6, n. 1, 2018.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *A construção da democracia*. Teoria do garantismo constitucional. Florianópolis: Emais editora, 2022.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta, 2014.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la Moralidad*. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho através de los derechos. Madrid: Trotta, 2009.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar: Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 34, 2011.

GARGARELLA, Roberto. Recuperar el lugar del “pueblo” en la Constiución. In: GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO ORTEGA, Roberto (orgs.). *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*. Un homenaje a Mark Tushnet. Ciudad de México: Instituto de investigaciones jurídicas (UNAM), 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 2008.

KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Barcelona: Marcial Pons, 2011.

NOGUERA, Albert. Las nuevas Constituciones andinas y la articulación democrática entre justicia constitucional, conflicto y transacción social. In: ALTERIO, Ana Micaela; ORTEGA, Roberto Niembro (orgs.). *Constitucionalismo popular en latinoamérica*. Ciudad de Mexico: Porruá, 2013.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy. *California Law Review*, n. 92, 2004.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Constitucionalismo e Democracia nas Análises Procedimentalista e Substancialista. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 65, dez. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017a.

TRINDADE, André Karam. Positivismo e (neo) constitucionalismo: as teorias de Ferrajoli, Prieto Sanchís e García Amado. *RVMD*, Brasília, n. 2, v. 10, jul./dez. 2016.

TUSHNET, Mark. Popular Constitutionalism as Political Law. *Chicago Kent Law Review*, n. 81, 2006.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rúben. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando (org.). *Política, justicia y Constitución*. Quito: V & M gráficas, 2012.

WALDRON, Jeremy, A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 13, n. 1, 1993.

WALDRON, Jeremy. Deliberación, desacuerdo y votación. In: HONGJU KOH, Harold; SLYE, Ronald (orgs.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004.

WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, n. 115, 2006.