

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas**  
**Departamento de Ciência Política**  
**Programa de Pós-Graduação em Ciência Política**

Carlos Alberto Esteves

**PARA ALÉM DE UMA CONCEPÇÃO ESTÁTICA DE CONSTITUCIONALISMO**  
**Soberania e as engrenagens constitucionais em movimento**

**Belo Horizonte**  
**2018**

CARLOS ALBERTO ESTEVES

**PARA ALÉM DE UMA CONCEPÇÃO ESTÁTICA DE CONSTITUCIONALISMO**

**Soberania e as engrenagens constitucionais em movimento**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Departamento de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Orientadora: Professora Doutora Marjorie Corrêa Marona

**Belo Horizonte**

**2018**

320  
E79p  
2018

Esteves, Carlos Alberto

Para além de uma concepção estática de constitucionalismo [manuscrito] : soberania e as engrenagens constitucionais em movimento / Carlos Alberto Esteves. - 2018.

165 f.

Orientadora: Marjorie Corrêa Marona.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas.

Inclui bibliografia

1.Ciência Política – Teses. 2.Constitucionalismo - Teses. 3.Democracia - Teses. 4.Soberania - Teses. 4.Liberalismo - Teses. I. Marona, Marjorie Corrêa . II. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. III. Título.



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA**



## FOLHA DE APROVAÇÃO

**PARA ALÉM DE UMA CONCEPÇÃO ESTÁTICA DE CONSTITUCIONALISMO:  
Soberania e as engrenagens constitucionais em movimento**

**CARLOS ALBERTO ESTEVES**

Dissertação submetida à Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em CIÊNCIA POLÍTICA, como requisito para obtenção do grau de Mestre em CIÊNCIA POLÍTICA, área de concentração INOVAÇÕES DA DEMOCRACIA NO SÉCULO XXI, linha de pesquisa Inovações da Democracia e Tendências da Gestão Participativa.

Aprovada em 10 de setembro de 2018, pela banca constituída pelos membros:

Profa. Marjorie Correa Marona - Orientadora  
DCP/UFMG

Prof. Marcus Abilio Gomes Pereira  
DCP/UFMG

Prof. Davi Augusto Santana de Lelis  
UFV

Belo Horizonte, 13 de setembro de 2018.

*Para Maria Eliza, presente!*

## AGRADECIMENTOS

A escolha de transitar entre domínios distintos do conhecimento implicou em muitos desafios, em intensos custos, em diferentes ônus. Tenho a impressão de que aprender a me situar epistemologicamente no processo de produção de pesquisa e de conhecimento foi a maior conquista. Tudo, os bônus e a superação dos obstáculos, só se tornou possível porque estiveram ao meu lado pessoas que sempre me apoiaram e outras, que pela trajetória oblíqua da vida, cruzaram meu caminho.

A oportunidade de ter cursado o mestrado em um programa de pós-graduação de pluralidade tão contundente como é do DCP me permitiu questionar o mundo de uma forma mais abrangente e mais aprofundada. Por isso, agradeço a todas e todos que compõem essa tela da FAFICH: aos/às colegas de curso, às/aos professoras e professores e às/aos servidoras e servidores técnico-administrativos. Agradeço, em especial, à professora Marjorie, orientadora que me instigou a persistir estudando e trabalhando, dentro da Ciência Política, com o tema constitucionalismo, e por ter me ensinado que, mais do que “abrir novas portas”, precisamos fechar aquelas já abertas! Gratidão a todos/as vocês!

Para além dos muros da academia, a vida em Belo Horizonte se tornou mais prazerosa e divertida, em que pese a exaustão do concreto e do barulho ininterrupto das vias, porque pude contar com a sensibilidade, o bom humor e carinho de diferentes pessoas. Agradeço, especialmente, às queridas Paula e Sabrina, por estarem junto de mim dentro e fora de sala de aula, nas nossas casas ou nas ruas, em presença física ou em pensamentos compartilhados. A grata satisfação de ter as encontrado me faz crer que, se por um lado, o caminhar nos conduz inexoravelmente ao encontro de reveses, por outro, ele nos leva à comunhão. Obrigado, meninas, por tudo!

O prazer de poder chegar em casa e encontrar pessoas em quem eu pudesse confiar e a quem eu pudesse chamar de família também foi fundamental ao longo de todo o processo. Obrigado Henrique, Luísa, Camila e Alice pela paciência, pelo carinho, pelas risadas, pela convivência que já se faz saudosa. “Gratiluz”, Bahia 1010!

Por outros cantos, por onde passei, também tive a feliz surpresa de encontrar pessoas que permanecem comigo, tornaram-me uma pessoa melhor e, exatamente por isso, me constituem

fundamentalmente. Obrigado Camilera, Lores, Cocotta, Lets Santana, Leths Reis, Sarah Zuanon, Dudu, Sarah Flister, Teteco, Iza, Carol, Ana Carol, Vanessinha, Carol Lorentz e tantos outros que sabem da importância e dimensão que assumem em minha vida. Vocês me fazem sentir a vida de uma maneira mais leve!

A experiência profissional, adquirida no lapso compreendido entre a minha formatura e a entrada no mestrado, também fez com que eu enxergasse minhas escolhas de uma forma mais profunda e complexa. Agradeço, neste sentido, primeiramente à Marinês, por ter me oportunizado o primeiro trabalho, confiado em mim e, com isso, ter se tornado uma referência de garra e ao mesmo tempo de espírito leve. Agradeço também aos colegas de trabalho que compartilharam comigo a trajetória de docência e de trabalhos múltiplos no Departamento de Direito da minha sempre casa UFV. Às/aos minhas/meus alunas/os não poderia deixar de registrar a satisfação e a felicidade de ter, com elas/eles, compartilhado insatisfações, desejos e lutas por um mundo melhor. Obrigado, queridas/os!

O carinho constante, a compreensão pelas ausências e a infinitude de amor e de bem-querer da minha família também fizeram e fazem com que eu me sinta mais confortável ao realizar minhas decisões e perseguir novos caminhos... Agradeço à minha mãe, ao meu irmão e à presença espiritual de referência do meu pai, por serem base, por sonharem comigo e por me encorajarem a alçar meus voos. Agradeço à tia Didi, ao tio Nélio, à Pat e a Sofia, por serem também chão, por me acolherem sempre como filho/irmão. Agradeço também às tias Gogóia, Bethe, Dorinha e à Ângela, pela preocupação, pelo cuidado, pela presença. Vocês são fundamentais!

O custeio para o desenvolvimento desta pesquisa também foi essencial. Por essa razão, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pela bolsa concedida.

A possibilidade de conhecer o sublime de uma vida compartilhada me fez encarar a vida de uma forma mais feliz, mais alegre, mais equilibrada. Obrigado, Dani, por ser, e, juntos, nos tornarmos pessoas melhores... Este trabalho é nosso!

Ouro Preto, inverno de 2018.

Eros manda avisar  
que não habita parlamento

Que o amor não é  
uma socialdemocracia

Que onde dois são dois  
a discórdia faz ninho

Que o livre-arbítrio  
é a desculpa da apatia

Que o tirano e o escravo  
são gêmeos siameses

Que o indivíduo é um aborto  
iluminista

Que a Vontade se alimenta  
de sangue

Que o mártir é publicitário

Que a sorte é uma navalha  
(...)

*Ítalo Diblasi*



## RESUMO

Este trabalho nasce da percepção de que, embora o constitucionalismo contemporâneo da América Latina seja referenciado como um fenômeno constitucional “novo” em relação ao constitucionalismo hegemônico de matriz liberal, os estudos sobre o tema não exploram de maneira sistemática quais são as características estruturantes deste parâmetro. Por essa razão, o objetivo que move essa dissertação consiste em propor, a partir da identificação dos elementos fundamentais que particularizam a tradição constitucional liberal hegemônica, uma concepção alternativa de constitucionalismo, sintonizada com as exigências de aprofundamento da democracia. De perfil teórico-normativo, a abordagem realizada parte da identificação dos elementos que compõem o constitucionalismo inaugurado no século XVIII e, em seguida, o constitucionalismo do século XX, bem como dos formatos de relação que estabelecem com a democracia. Ao fim, tendo por parâmetro o componente estruturante comum a ambos os ciclos, lança-se à proposição de um possível novo formato de constitucionalismo, o qual possa representar um passo adiante em relação ao paradigma liberal hegemônico.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo; Democracia; Liberalismo; Soberania Popular; Poder Constituinte; Poder Constituído.

## ABSTRACT

This work arises from the perception that, although the Latin America contemporary constitutionalism is referred to as a "new" constitutional phenomenon in relation to the hegemonic constitutionalism of liberal matrix, studies on the subject do not systematically explore what are the structuring characteristics of this parameter. Therefore, the objective of this dissertation is to propose an alternative conception of constitutionalism that is in line with the demands of a deepening democracy, starting from the identification of the fundamental elements that particularize the hegemonic liberal constitutional tradition. From a theoretical-normative profile, the approach is based on the identification of the elements that give form to the constitutionalism inaugurated in the eighteenth century and then the constitutionalism of the twentieth century, as well as the relationship formats that are established with democracy. Finally, having the common structuring component of both cycles as the parameter, I propose a possible new format of constitutionalism which may represent a step forward in relation to the hegemonic liberal paradigm.

**Keywords:** Constitutionalism; Democracy; Liberalism; Popular Sovereignty; Constituent Power; Constituted Power.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>1 O PRIMEIRO PONTO DE INFLEXÃO: do Republicanismo ao Liberalismo e a afirmação do constitucionalismo moderno pós-revolucionário</b> .....	18
1.1 Do povo dos estados confederados ao “ <i>We, the people</i> ”: constitucionalismo e revolução nos Estados Unidos.....	21
1.2 Constitucionalismo(s) francês(es) na encruzilhada da Revolução .....	37
1.3 Direito como tradição, <i>checks and balances</i> como horizonte: o constitucionalismo moderno como uma síntese dos legados francês e estadunidense .....	55
<b>2 O SEGUNDO PONTO DE INFLEXÃO: Liberalismo igualitário e constitucionalismo contemporâneo do pós-guerra</b> .....	70
2.1 O pós-guerra e suas inovações: limitações substantivas às decisões majoritárias e o reenquadramento da relação entre democracia e constitucionalismo.....	74
2.2 A teoria do liberalismo igualitário: as contribuições de Rawls e de Dworkin para as definições dos rumos do constitucionalismo e da democracia .....	83
<b>3 PARA ALÉM DAS INFLEXÕES? Soberania como processo inacabado, constitucionalismo como movimento dinâmico</b> .....	107
3.1 Constitucionalismo liberal como concepção estática de constitucionalismo .....	110
3.2 Um passo adiante: uma concepção dinâmica de constitucionalismo .....	123
3.3 Constitucionalismo Contemporâneo da América Latina: uma agenda de pesquisa em aberto .....	136
<b>CONCLUSÕES</b> .....	150
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	156

## INTRODUÇÃO

O processo de desenvolvimento constitucional na América Latina tem como marco inicial a conquista da independência político-formal de seus países em relação aos Estados europeus. Desde então, a região tem sido palco de mudanças constitucionais constantes, em alguns momentos derivados de processos políticos elitistas e, em outros, produtos de processos constituintes mais democráticos.

No primeiro capítulo de constitucionalização latino-americano, isto é, ao longo do século XIX, as Constituições foram forjadas a partir de processos constituintes de caráter privativo (SILVEIRA, 2017), em função dos quais os marcos constitucionais inaugurados expressavam um acordo entre as elites dos países (VICIANO PASTOR e MARTÍNEZ DALMAU, 2010; 2011) e, ao mesmo tempo, uma assimilação do padrão de constitucionalismo liberal de matriz estadunidense e europeia. De fato, protagonizado por elites descendentes de europeus (AVRITZER e MARONA, 2014, p. 77), o processo de formação dos sistemas constitucionais da região representou, em essência, uma fusão entre a tradição constitucional liberal clássica e um projeto político conservador, circunstância que, para Gargarella (2014), autoriza a caracterização dessas constituições como pactos liberais-conservadores.

Descomprometido com as especificidades da região e fortemente vinculado à tradição estabelecida nos Estados Unidos e na Europa, o constitucionalismo inicialmente inculpido nos países latino-americano estruturou um modelo de Estado Nação que, encobrendo nacionalidades pré-existentes e impondo valores a serem perseguidos pelo povo (SILVEIRA, 2017), estabeleceu uma carta de direitos incongruente com realidade social da região (VELIZ, 1980). Em linhas gerais, o padrão de constitucionalismo então estabelecido se restringiu a estabelecer regras sobre a organização e limitações dos poderes, e a garantir um estrito rol de direitos individuais e políticos.

O descompasso entre a ordem instituída e a realidade político-social de cada um dos países foi, segundo aponta Avritzer (2017), a causa propulsora de uma série de rebeliões e golpes centralizantes em quase todos os países, com exceção do Brasil. Todavia, embora esses movimentos denunciasses o idealismo constitucional decorrente da assimilação do padrão de constitucionalismo liberal, nem mesmo as reações mais intensamente centralistas, como as que

ocorreram no Chile, na Argentina e no Peru, foram capazes de romper com o legado liberal do além-mar.

Na primeira metade do século XX, as mobilizações de setores populares e de grupos indígenas no México deram azo à revolução de 1917, da qual resultou a promulgação de uma Constituição inovadora em matéria de direitos. Indo além da tradição liberal consubstanciada na consagração de direitos estritamente individuais, a Constituição mexicana de 1917 introduziu em sua ordem político-jurídica uma série de direitos sociais, especialmente vinculados à proteção dos trabalhadores e ao uso coletivo da terra, os quais logo produziram eco nas constituições latino-americanas que lhe sucederam (GARGARELLA, 2014). Na visão de Mota (2013), a introdução do componente dos direitos sociais em suas Constituições representa um marco na história do constitucionalismo latino-americano, uma vez que promoveu uma verdadeira atenuação do liberalismo político na região. Todavia, em que pese o fato de ter representado um avanço em relação ao constitucionalismo de matriz liberal, a incapacidade do sistema engendrado pela Constituição mexicana em garantir a efetividade desses direitos, bem como em produzir um governo efetivamente democrático, são as razões que impedem a caracterização dessa experiência como um modelo de constitucionalismo profundamente inovador.

A partir da metade do século XX, novas e profundas alterações provenientes de contingências históricas da região conduziram essa parte do globo a novos processos de constitucionalização, iniciada pela Guatemala, em 1985, e seguida pela Nicarágua, em 1987, Brasil, em 1988, Colômbia, em 1991, Paraguai, em 1992, Peru, em 1993, Venezuela, em 1999, e, já no século XXI, pelo Equador, em 2008, e, finalmente, pela Bolívia, em 2009. Situados no contexto de transição democrática de seus países, os processos de constitucionalização recentes da América Latina contaram com intensa participação popular, mobilizando a atuação, inclusive, de grupos sociais tradicionalmente excluídos dos processos de deliberação pública, como é o caso de grupos indígenas e outros povos originários. O resultado foi a promulgação de textos que, apesar de guardarem distinções significativas entre si, conseguiram incorporar, em diferentes graus de intensidade, uma variedade de demandas populares, e, com isso, deram origem a amplos e diversificados *catálogos de direitos* e à consagração de diferentes instrumentos viabilizadores de *participação política* (AVRITZER, 2017; SILVEIRA, 2017).

Dada a complexidade que envolve esses fenômenos, quer seja em razão da intensa participação popular que envolveu seus processos constituintes, quer seja em virtude dos conteúdos plasmados em seus textos, as experiências constitucionais recentes da América Latina têm despertado interesse de pesquisadores de diferentes domínios do conhecimento, como do Direito, da Ciência Política e da Sociologia. Valendo-se de critérios e de orientações analíticas distintas, esses estudos têm apontado para conclusões diversas, o que tem resultado em um conjunto múltiplo de sistematizações, de caracterizações e de periodizações (BRANDÃO, 2015).

Há, no entanto, uma indicação frequente que, levando em conta alguns aspectos das novas cartas e/ou de seus processos constituintes, aponta ter havido, na América Latina, a inauguração de um *novo* padrão de constitucionalismo. Essas posturas tendem a considerar que o constitucionalismo contemporâneo da América Latina, se não rompeu (VICIANO PASTOR e MARTÍNEZ DALMAU, 2011), promoveu um *passo adiante* em relação ao *marco da tradição liberal* (MARONA, 2017), sobretudo no que diz respeito ao modelo anglo-saxão (AVRITZER, 2017). Em essência, o argumento que corrobora essas conclusões é a de que as recentes experiências constitucionais da região produziram *cartas constitucionais que se somam à democracia* (MENDONÇA e MARONA, 2015), na medida em que oportunizam o *aprofundamento democrático* em seus países (MARONA, 2017).

À vista desses pressupostos e considerando a forte influência que a tradição constitucional liberal hegemônica exerceu historicamente na região, o desafio que anima o presente trabalho de dissertação não é o de examinar se efetivamente o constitucionalismo contemporâneo da América Latina foi capaz de gerar um novo padrão de constitucionalismo. Antes, o objetivo que norteia esta dissertação é propor, a partir da identificação dos elementos estruturantes da tradição constitucional liberal hegemônica e dos formatos de relação que esse constitucionalismo estabelece com a democracia, uma *concepção alternativa de constitucionalismo* que se alinhe com o imperativo de aprofundamento democrático. Por via reflexa, propõe-se responder à seguinte questão-problema: à vista dos elementos estruturantes do paradigma constitucional liberal hegemônico e das formas com as quais ele se relaciona com a democracia, qual é o modelo de constitucionalismo a ele alternativo e que também contempla a exigência de aprofundamento da democracia?

Em linhas gerais, esse trabalho nasce da percepção de que, apesar de existir um relativo consenso quanto à necessidade de se estabelecer o marco hegemônico do constitucionalismo liberal como parâmetro de análise para as recentes experiências constitucionais da América Latina, tal consenso não é acompanhado de um esforço exploratório no sentido de se identificar quais são os elementos configuradores desta tradição e quais são os padrões interativos que historicamente estabelece com a democracia. Propondo-se a explorar e a avaliar criticamente tal marco, esta dissertação pretende, ao fim, contribuir no sentido de apresentar uma concepção de constitucionalismo que, sendo alternativa ao paradigma hegemônico e orientada pelos reclames de aprofundamento da democracia, possa subsidiar futuros estudos de caso para as experiências constitucionais recentes da América Latina.

Trata-se, com efeito, de pesquisa de perfil essencialmente teórico que, combinando exploração bibliográfica e análise documental (sobretudo de textos constitucionais), realiza dois movimentos distintos. Primeiro, empreende uma exploração, descrição e interpretação dos elementos estruturantes do constitucionalismo liberal hegemônico. Segundo, sem perder de vista os elementos e características estruturais levantados, realiza uma avaliação crítica deste marco e uma articulação entre as contribuições da teoria/pensamento político-democrático e da teoria constitucional para propor, normativamente, uma concepção de constitucionalismo orientada pelo imperativo de aprofundamento democrático.

Neste primeiro momento, a análise acerca da identificação e da interpretação dos elementos configuradores do constitucionalismo hegemônico-liberal parte do pressuposto, conforme sugere Häberle (2006), que, embora possua elementos essenciais que o estruturam enquanto um *modelo*, a formação dessa tradição envolve um processo de caráter-histórico-cultural, que o dimensiona ao longo da história. Considera-se, por essa razão que, em que pese a importância do estudo do constitucionalismo a partir da lógica do *modelo*, essa postura, *por si só*, sugere uma verificação limitada do fenômeno, pois pode escamotear elementos e características importantes. Partindo dessa pressuposição, propõe-se realizar uma abordagem acerca da tradição constitucional liberal hegemônica a partir de um raciocínio *indutivo-construtivista*, por meio do qual seja possível jogar luzes para os processos de formação constitucional dos seus casos paradigmáticos, e com isso, conseguir captar, explorar e interpretar quais são seus elementos e características estruturantes.

A este respeito, vale registrar que a história do constitucionalismo, de um modo geral, comporta, pelo menos em seu registro dominante, dois grandes ciclos, cada um deles condicionado por eventos político-históricos específicos e sustentado por vertentes teórico-filosóficas distintas desta mesma tradição (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012). Um primeiro ciclo, fortemente vinculado com a vertente clássico-utilitária, teve como eventos histórico-propulsores a Revolução dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, estabelecendo-se como o momento fundacional da moderna concepção de constitucionalismo. Um segundo ciclo, sustentado pela vertente do liberalismo igualitário, estruturou-se a partir dos processos de constitucionalização dos países derrotados na Segunda Guerra Mundial, especialmente a Itália e a Alemanha, inaugurando uma tendência complementar àquela estabelecida no final do século XVIII.

Dado isso, esse trabalho vale-se da expressão *ponto de inflexão* para determinar que, embora esses ciclos aparentemente possuam um mesmo fio condutor, cada um deles representa uma inclinação específica, de modo a expressar tendências particulares. Além disso, em alguns pontos, há o uso das denominações constitucionalismo moderno e constitucionalismo contemporâneo. O termo *moderno* é justaposto ao constitucionalismo para designar o padrão constitucional derivado das experiências estadunidense e francesa, considerando, para tanto, que os eventos que motivaram essas revoluções tiveram início, sob o ponto de vista da historiografia, no final da Era Moderna, ainda no século XVIII. Por outro lado, o termo *contemporâneo* é utilizado para denominar o segundo ciclo do constitucionalismo liberal, isto é, o padrão constitucional estabelecido a partir das experiências europeias do pós-guerra.

O trabalho resta configurado em três capítulos, além desta introdução e da conclusão. No capítulo inicial, o objetivo consiste em perscrutar e interpretar os elementos configuradores do primeiro ponto de inflexão do constitucionalismo liberal e em explorar, a partir de tais elementos, qual o padrão de relação entre democracia e constitucionalismo que daí derivou. Para tanto, analisa os processos de formação constitucional dos Estados Unidos e da França no cenário de suas revoluções, procurando estabelecer uma relação comparativa entre eles que analise, inclusive, o episódio constitucional jacobino, referenciado tradicionalmente como expressão republicana de constitucionalismo. Ao final, a partir de um cruzamento entre os legados das experiências francesas e do sistema estadunidense, são apresentados os elementos



constitutivos deste ciclo do constitucionalismo, bem como o formato de relação que estabelece com a democracia.

O capítulo seguinte é dedicado ao exame do segundo ponto de inflexão. Apesar de o ponto de referência ser as experiências constitucionais da Itália e da Alemanha do pós-guerra, o intuito da seção é, em prestígio à postura indutiva e processual que envolve este trabalho, demonstrar, de maneira ampla, a evolução do constitucionalismo ao longo do século XX e, a partir daí, analisar de modo mais contundente a configuração do padrão constitucional estabelecido após o fim da Segunda Guerra. Nele são analisados, sumariamente, as inovações contidas nas experiências mexicana, alemã e austríaca do entreguerras, para, em seguida, serem especificadas as nuances que particularizam o constitucionalismo forjado a partir das experiências da Alemanha e da Itália e qual o padrão de relacionamento entre democracia e constitucionalismo estabelecido a partir de então. Além disso, tendo em vista a representatividade que o arcabouço teórico do liberalismo igualitário representa para estas experiências e para as outras que as seguem, são apresentados fundamentos das teorias de John Rawls e Ronald Dworkin, considerados referenciais canônicos para o tema.

De posse dos elementos evidenciados e interpretados no capítulo anterior, o terceiro capítulo tem por finalidade propor uma concepção de constitucionalismo que seja alternativa com o paradigma liberal hegemônico e que, ao mesmo tempo, manifeste uma vocação efetivamente democrática. Neste caso, o capítulo segue um roteiro no qual inicia realizando uma interpretação abrangente e um tensionamento acerca da concepção de constitucionalismo cunhada pelo paradigma liberal hegemônico. Em seguida, empreende-se uma ressignificação dos elementos constitutivos do constitucionalismo, para, com base nesta, evidenciar uma forma constitucional que, guardando compatibilidade com estes elementos ressignificados, possa garantir e viabilizar o aprofundamento da democracia. Ao final, a partir de uma apresentação sintética, evidenciam-se alguns elementos configuradores do constitucionalismo latino-americano contemporâneo demonstrando a pertinência da abordagem analítica ora desenvolvida para o estudo dessas recentes experiências constitucionais.

## **1 O PRIMEIRO PONTO DE INFLEXÃO: do Republicanismo ao Liberalismo e a afirmação do constitucionalismo moderno pós-revolucionário**

O constitucionalismo constitui um dos temas fundamentais da teoria política moderna e contemporânea, uma vez que congrega em seu interior um conjunto de questões e princípios que dizem respeito à organização da comunidade democrática (AVRITZER *et al.*, 2017). Sob o ponto de vista histórico, desde o processo de formação e de consolidação dos Estados Nacionais, o constitucionalismo se afirmou como um fenômeno político-jurídico relevante. A partir das revoluções do século XVIII, seu significado e alcance foram ampliados, dado o fato que a promulgação de Constituições *escritas* passou a ser identificada como evento fundador de organização dos novos sistemas políticos (FIORAVANTI, 2014). Desde então, a compreensão de temas caros à teoria política, como o é a natureza da justiça e da democracia, passou a exigir um esforço no sentido de se verificar quais são os *escopos* e os *princípios* de legitimidade que conferem sustentação às Constituições (MENDONÇA e MARONA, 2015).

Enquanto na antiguidade (jusnaturalismo clássico) e no período medieval (jusnaturalismo escolástico) o ser humano era compreendido como parte de um todo cósmico e sua relação com a natureza se pautava em laços metafísicos ou divinos (CASTILHO, 2013), na Era Moderna se empreendeu um verdadeiro *giro filosófico-antropológico*, de modo a localizar o homem como ponto central de todas as relações. Essa mudança de paradigmas decorreu, em grande medida, das transformações ocorridas no âmbito da filosofia da ciência, já que, a partir de Descartes e seu *Discurso do Método*, promoveu-se uma cisão entre sujeito e objeto, e entre homem e natureza, de molde a compreender o homem, enquanto dotado de racionalidade, como o protagonista e o fim de toda experiência terrestre (CASTILHO, 2013).

A racionalidade e a centralidade da figura humana, sendo traços constitutivos do projeto de modernidade<sup>1</sup>, apontavam para a necessidade de estabelecimento de novos parâmetros de legitimidade para as estruturas político-sociais. A representação da origem da Lei não podia mais se fundar na referência a elementos transcendentais – como figuras mitológicas ou

---

<sup>1</sup> Neste caso, modernidade indica não uma fase da história mundial. Versa, na verdade, sobre um paradigma fundado em um conjunto de práticas, notadamente marcado pela “ascensão do sujeito racional como centro do pensar, do homem como centro do mundo, que deve se apropriar da natureza em nome do progresso, que utiliza suas certezas científico-matemáticas para criar métodos exatos de apreensão do real, considerando possível explicá-la com rigor (...)” (TARREGA e FREITAS, 2017, p. 99).

entidades divinas. Neste quadro, refletir sobre o ato criador da Lei simboliza uma função normativa de promover o enlace da comunidade política (LORENZETTO, 2014) a partir de vínculos orientados pelas balizas da razão humana.

Por força dessas diretrizes, a estrutura jurídica e política da modernidade comporta, desde sua origem, aportes que visam, de um lado, a superar as referências do passado e, de outro, a formular um novo repertório de práticas políticas e jurídicas que, orientados pela ideia de identidade humana, pudesse se reproduzir por todo o Ocidente (SHAKESPEARE, 1869).

No centro desse repertório, localiza-se a retórica da *fundação*. Símbolo da inauguração de uma comunidade política, o ato fundacional é retratado como evento que dá origem à Lei, à autoridade e aos princípios estruturadores da nova ordem. Como tal, a fundação passa “a ser identificada com a elaboração de uma Constituição, precedida por assembleias constituintes” (LORENZETTO, 2014, p. 36). Lógica análoga à do *contrato social* atravessa a operação que justifica a razão *de ser* do ato fundacional: por meio deste, indivíduos, em condição de *igualdade* e de *liberdade*, firmam entre si um conjunto de marcos aos quais anuem se sujeitar. O vetor da racionalidade incide sobre a formulação deste esquema assemelhando-o ao raciocínio jurídico que perpassa a celebração de contratos na vida civil. Segundo este enquadramento, o processo fundacional é equiparado ao ato de contratação, em que impera a autonomia da vontade – daí a ideia de indivíduos livres e iguais –, e o produto deste processo, a Constituição, é o símbolo final daquele ajuste.

O pressuposto segundo o qual o ato fundacional é permeado por um ajuste de vontade entre indivíduos induz, como consequência quase que inexorável, a consideração de que o poder, emanado daquele conjunto de indivíduos, é o elemento que confere legitimidade ao processo fundacional e à criatura que deste resulta, a Constituição. Por isso mesmo, o elemento da imanência humana, manifestado sob a forma de *povo* (ou de variações contextuais, como o é ideia de nação), aparece no interior deste construto cumprindo com duas funções precípuas: primeiro, a de justificar e, com isso, de conferir uma espécie de legitimidade política tanto à Constituição como ao processo a ela subjacente; segundo, a de confirmar, racionalmente, que, agora, a origem da Lei não se vincula ao plano transcendental, mas, de forma diversa, se relaciona com a materialidade humana, cujo símbolo é a vontade do povo.

Alçado à condição de soberano, o poder do povo é identificado como absoluto, indivisível, e, como tal, habilitado a fundar uma nova ordem política, sem quaisquer limitações. Há, neste ponto, uma conexão entre a teoria clássica da soberania, centrada na figura do monarca, e a teoria da soberania popular, inspirada em Rousseau. O ponto de convergência entre as teorias consiste exatamente na qualificação do poder soberano, uma espécie de poder supremo. A divergência, por outro lado, diz respeito à titularidade deste poder: se em Bodin e em Hobbes esse poder se manifesta e se centra na figura do monarca, para o primeiro, ou de um homem ou de um conjunto de homens, para o segundo, com a teoria da soberania popular esse mesmo poder é deslocado para a categoria do povo.

A soberania popular emerge no bojo do constitucionalismo moderno e o conecta ao princípio democrático, de modo a evidenciar que somente o povo está autorizado a fixar legitimamente os limites da comunidade política por intermédio de uma Constituição. Com o advento de uma nova ordem, no entanto, aqueles marcos impostos por ele mesmo – o povo – se voltam contra si, estabelecendo as balizas de interação social e os limites da comunidade política.

É com fundamento nesses pressupostos que a moderna concepção de constitucionalismo nasce no final do século XVIII. Motivadas por movimentos revolucionários de contundente intensidade, o paradigma constitucional erigido a partir do final da Era Moderna emerge como resultado das experiências radicadas nos Estados Unidos e na França. Considerando, como apontado na introdução, que o estudo do constitucionalismo a partir de uma lógica estrita do levantamento das características do *modelo* é frequentemente problemática, porque descontextualizada, opta-se por realizar uma análise *processual* do fenômeno, de modo a captar os elementos contextuais que lhe são subjacentes e constitutivos.

Para o caso do constitucionalismo moderno, um esforço desta natureza exige um olhar retrospectivo para os processos político-constitucionais que lhe deram origem. Por esta razão, a compreensão do repertório de elementos que identificam o constitucionalismo moderno como um verdadeiro e legítimo paradigma – para a teoria política e constitucional – pressupõe a necessidade de estudo, em perspectiva processual, dos caminhos pelos quais os Estados Unidos e a França atravessaram no cenário posterior às suas revoluções.

Longe de se tratar de um processo linear, o campo no qual operou o desenvolvimento deste primeiro ponto de inflexão do constitucionalismo foi, antes, palco de uma série de tensões, de disputas e de embates entre projetos políticos diversos. Neste transcurso, concepções liberais e republicanas de democracia e de Constituição se chocaram. Mesmo que ao final tenham prevalecido as concepções liberais, os referidos embates foram fundamentais para o desenvolvimento de um conjunto de conceitos, os quais, ainda hoje, se prestam a orientar as proposições de aperfeiçoamento do constitucionalismo e de aprofundamento da democracia

### **1.1 Do povo dos estados confederados ao “*We, the people*”: constitucionalismo e revolução nos Estados Unidos**

O processo de desenvolvimento constitucional dos Estados Unidos comporta *três capítulos*, cada um deles dotado de características específicas, mas que, em conjunto, realçam as razões pelas quais o constitucionalismo deste país é considerado um caso exemplar. Estudiosos da Revolução Americana, como Bernard Bailyn (2003), interpretam que os Estados Unidos já teriam – na esteira da observação formulada por Tocqueville – nascido livre. Essa leitura parte de uma análise comparada com o processo revolucionário francês: enquanto este teria sido o resultado das lutas de alguns grupos sociais contra os privilégios aristocráticos herdados pelo clero e pela nobreza desde o Feudalismo, nas então Treze Colônias prosperava um cenário de relativa homogeneidade social, marcado pela ausência de grupos aristocráticos ou de heranças medievais. Por essa razão, as lutas pela independência na América do Norte não teriam sido norteadas pela necessidade de alterações profundas na forma de organização social das colônias. Ao revés, teriam sido mais um esforço no sentido de preservar as liberdades políticas que, consubstanciadas em uma relativa auto-organização política, estavam ameaçadas pela ingerência exercida pela matriz inglesa.

A *primeira etapa* de formação do sistema político dos Estados Unidos se estende de 1776 até o ano de 1787, momento no qual o país se organizava em torno dos Artigos da Confederação, e no qual cada uma das Treze ex-Colônias gozava de considerável autonomia. Trata-se de uma fase da história política dos Estados Unidos em cujo seio se buscava preservar e reforçar a soberania do nível subnacional, já anteriormente alcançada ao longo dos anos de

colonização<sup>2</sup>. Neste período, a oposição à formação de um governo nacional e a manutenção da tradição de uma forte identidade e soberania local (AVRITZER, 2013b) foram acompanhadas por uma prática institucional centrada na figura do Legislativo (GARGARELLA, 2005), fortemente representativo em todos os estados (BERCOVICI, 2008).

Em reforço à noção de soberania local, a experiência política das treze colônias legou aos estados então confederados um sistema de *participação popular* que se referia aos processos de tomada de decisão, no nível local, sobre assuntos de grande interesse para os cidadãos, principalmente no que dizia respeito ao orçamento público. Inicialmente implementado em Massachussets, ainda no século XVII, as *towns meetings*, ou assembleias cívicas, rapidamente se proliferaram para outras unidades territoriais, alcançando Nova Hampshire, Vermont, Maine, Montana, Connecticut e Michigan, por exemplo (SGARBI, 1999).

Entre 1775 e 1776, a instituição de novos governos nas ex-colônias não repercutiu na elaboração de documentos constitucionais inovadores (BERCOVICI, 2008). O que se verificou, na maioria dos casos, foram apenas adaptações pontuais às estruturas legais já existentes durante o período colonial. Essas adaptações diziam respeito, sobretudo, à preocupação em limitar o poder político do Executivo e a instituir Legislativos bicamerais, a exemplo do modelo inglês de governo misto.

Em sentido diverso, as Constituições dos estados da Pensilvânia, da Geórgia e de Vermont acabaram por rechaçar a proposta de estabelecimento do bicameralismo (GARGARELLA, 2005), por considerá-lo incompatível com o princípio majoritário. Dentre estas experiências constitucionais, o caso da Pensilvânia é ilustrativo. Seu texto constitucional, aprovado em 1776, foi elaborado por Thomas Paine, figura pública que tinha em mira o estabelecimento de um *sistema político republicano-democrático*. Em conformidade com esse desiderato, a Pensilvânia foi a única ex-colônia onde todo o governo se manteve sob o controle da população, uma vez que “a assembleia era unicameral e eleita anualmente, além de ser assegurado o direito mais amplo de sufrágio, embora ainda não fosse universal” (BERCOVICI, 2008, p. 120-1). No mesmo sentido, Gargarella (2005) diagnostica que neste estado existia uma preocupação, plasmada no documento constitucional, em manter conectado o povo com os seus

---

<sup>2</sup> Pisarello (2012) verifica que leituras como a de Bailyn sobre a Revolução Americana partem de uma reflexão sobre o grau mais ou menos elevado de auto-organização evidenciado no interior de algumas colônias (Massachusetts, Virgínia, Connecticut e Rhode Island), as quais, embora submetidas às provisões da Coroa, conviviam com relativa dispersão da propriedade agrária e possuíam mecanismos de deliberação próprios.

representantes, o que se traduzia na estipulação de mandatos curtos, em geral de apenas um ano.

De fato, o modelo de Constituição da Pensilvânia<sup>3</sup> guarda particularidades que o distancia das demais Constituições estaduais. Mesmo assim, as reformas constitucionais realizadas nos estados em geral – consubstanciadas, em grande medida, na transferência de poderes do Executivo para o Legislativo, na manutenção de mecanismos de estreita relação entre eleitores e representantes das Câmaras, e na existência de espaços públicos de deliberação coletiva – resultaram na formação de governos fortemente democráticos. Consoante assinala Wood (2013, p. 94), mesmo diante da presença de governadores e de uma segunda casa legislativa, os novos governos recém-formados nos estados eram “de um tipo muito democrático”.

Essa tendência, caracterizada por uma espécie de fortalecimento democrático e pela presença de governos locais fortes (AVRITZER, 2013b), entra em declínio ainda no início dos anos 1780. Neste período, pressionados por movimentações populares que objetivavam o perdão de dívidas dos pequenos proprietários, os quais haviam saído empobrecidos das lutas contra a Coroa Inglesa, os governos estaduais promulgaram legislações que, dentre outras determinações, estabeleciam a anistia de dívidas e o aumento na emissão de papel moeda. Malgrado tivesse, de partida, uma natureza econômica, a crise desvelada por esse ativismo legislativo continha, em última análise, um caráter político contundente, pois dizia respeito à forma como as legislaturas estaduais se relacionavam com os setores populares.

A aquiescência dos governos locais em relação às pressões populares em matéria econômica foi interpretada pelas elites da época como uma subversão do princípio da liberdade (PISARELLO, 2012), uma vez que, em virtude desta postura, emergiram alterações sensíveis no direito de propriedade (McDONALD, 1985)<sup>4</sup>. De um modo mais abrangente, a leitura que as elites econômicas extraíram dos efeitos deste episódio foi a de que as decisões políticas

---

<sup>3</sup> Fioravanti (2014) examina que o conteúdo da Constituição da Pensilvânia de 1776 a aproxima da experiência constitucional jacobina francesa, de 1793, pelo que ambas, conjuntamente, conformam o modelo que este autor denomina constitucionalismo radical.

<sup>4</sup> Analisando o período histórico em discussão bem como a forma como os legislativos estaduais lidaram com as pressões populares, Bercovici (2008, p. 125) argumenta: “A instabilidade social e econômica da revolução encontrava sua expressão política nos legislativos estaduais, que elaboravam leis determinando o confisco da propriedade, a emissão de papel-moeda e a suspensão de débitos. Os ataques aos direitos de propriedade eram vistos como excessos inerentes à democracia (...)”.

tomadas por grupos majoritários conduziram a Confederação a uma condição de anarquia, que, em última instância, representava o reflexo de uma espécie de “despotismo democrático” (ADAMS *apud* WOOD, 2013, p. 169). Era, então, necessário combater a *tiranía da maioria*, objetivo que abriu espaço para o advento de uma plataforma política que, dentre outros pontos, conclamava a necessidade de realização de uma nova convenção constitucional.

Em 1786, durante a Convenção realizada em Annapolis, Alexander Hamilton, político do estado de Nova York e representante de diversos grupos de proprietários, já advogava a necessidade de convocação de uma convenção nacional vocacionada a criar uma nova Constituição para o país recém-independente. Na mesma linha, James Madison, representante do estado da Virgínia, em momentos anteriores à convenção de 1787, defendia publicamente a promulgação de uma nova Constituição para as ex-colônias, a fim de pôr fim à multiplicidade e à mutabilidade das leis estaduais, por considerá-las fontes de injustiças permanentes (HUTCHINSON e RACHAL, 1975).

Pois bem, o *segundo capítulo* do constitucionalismo estadunidense tem na Convenção Constitucional de meados de 1787, realizada na Filadélfia, seu símbolo mais expressivo, uma vez que a partir dela se desenhou aquele documento que viria a se estabelecer como a Constituição dos Estados Unidos, reputada como o ápice da Revolução Americana (BAILYN, 2003). A proposta da Convenção não era a de simplesmente promover uma reforma nos Artigos da Confederação. De modo distinto, o que se colimava era a realização de uma mudança sistemática na estrutura política do país, objetivo que impunha aos *Pais Fundadores*<sup>5</sup> a necessidade de se repensar o desenho institucional sobre o qual passaria, a partir de então, a se assentar o sistema político dos Estados Unidos.

Ao empreender um estudo sobre as origens do constitucionalismo na América, de modo a verificar o conteúdo das constituições promulgadas neste continente ao longo dos séculos XVIII e XIX, bem como dos projetos político-constitucionais que influenciaram no processo de formulação de cada um desses documentos, Gargarella (2005) verifica que a Constituição estadunidense de 1787 foi influenciada, desde seu momento embrionário, pelos princípios e postulados que conformam a tradição que o pensamento político moderno qualifica como liberal. Por via reflexa, esse influxo culminou na promulgação de um novo texto constitucional

---

<sup>5</sup> Se a Constituição de 1787 é considerada o ato fundacional (*Founding*) dos Estados Unidos, os responsáveis pela elaboração deste texto são conhecidos como Pais Fundadores (*Founding Fathers*).



que, em grande medida, desbotou o caráter republicano que aquela experiência fundadora havia demonstrado.

Importante dar relevo para o fato de que as *particularidades* que projetaram a experiência constitucional dos Estados Unidos para a condição de exemplo de constitucionalismo – para o Ocidente (FIORAVANTI, 2014), em geral, e para a América Latina, em particular – constituíram as *tônicas nucleares* dos debates que precederam a escrita do documento constitucional de 1787. Dentre estas, e talvez a de maior relevância, estão as controvérsias relacionadas ao problema da divisão da sociedade em *facções*. Este tema, enfrentado por Madison no Federalista n. 10, se articula, de modo estreito, com a preocupação dos federalistas em relação à tirania da maioria. Já na introdução do referido capítulo, Madison adverte:

Todos eles [os concidadãos] se queixam de que nossos governos têm muito pouca estabilidade; que o bem público é sempre esquecido nos conflitos dos partidos rivais; que as questões são assaz frequente vezes decididas pela força superior de uma maioria interessada e opressiva, sem atender às regras da justiça e aos interesses do partido mais fraco.” (MADISON, 2003, p. 56-60).

Considerando uma facção como uma reunião de cidadãos unidos pela convergência de paixões e de interesses em comum, reunião esta que se distancia dos direitos e dos desejos de outros cidadãos, Madison observou que não era possível evitar a organização da sociedade segundo a lógica da segmentação de interesses e de inclinações, já que a diversidade constitui um traço intrínseco à própria experiência humana. Para ele, combater as causas que determinavam a formação de facções no interior da sociedade implicaria em duas medidas: de um lado, destruir a liberdade dos indivíduos, de outro, submeter todos os cidadãos aos mesmos interesses e paixões. Ao concluir pela inviabilidade/impossibilidade de se levar a efeito qualquer destas medidas, Madison (2003, p. 61) não apenas reconheceu a diversidade como corolário do princípio da liberdade, mas também enfatizou a necessidade de a defesa da diversidade constituir a primeira finalidade de qualquer governo: “a diversidade de faculdades nos homens, que é a origem dos direitos de propriedade, é um obstáculo igualmente invencível à uniformidade de interesses. A proteção dessas faculdades é o primeiro fim do governo”.

Se, por uma banda, não havia viabilidade para rechaçar as *causas* geradoras de facções, por outra, considerava-se a possibilidade de corrigir seus *efeitos*. Com fundamento neste propósito, Madison (2003, p. 62) advertiu que a legislação moderna deveria se prestar a

promover o equilíbrio dos interesses divergentes entre as facções. O estabelecimento de um governo que conseguisse levar a efeito esse desiderato pressupunha a necessidade de rechaço a qualquer tentativa de implementar um governo exercido diretamente pelo povo, pois, se isso ocorresse, não poderia haver equilíbrio, mas apenas a prevalência dos interesses da facção majoritária. Há, neste ponto, uma divergência de Madison com os princípios do governo popular e da vontade geral, ambos de inspiração *rousseauneana*.

A proposta *madisoniana* parte de uma distinção entre *democracias puras* e *república*. A *democracia pura* – vale dizer, um sistema formado por “um pequeno número de cidadãos, que se reúnem todos e governam por si mesmos” – é considerada incompatível com o problema das facções, pois “quando a maioria toma parte numa facção, a forma do governo popular pode dar-lhes os meios de sacrificar às suas paixões ou aos seus interesses o bem público e os direitos dos outros cidadãos” (MADISON, 2003, p. 63). A noção de república, por outro lado, representa o império da *representação política* (VITULLO, 2009) e se distancia dos princípios da democracia pura em dois pontos fundamentais: “não só a primeira é mais vasta e muito maior o número de cidadãos, mas os poderes são nela delegados a um pequeno número de indivíduos que o povo escolhe”. (MADISON, 2003, p. 64).

A fórmula de representação política como antídoto ao “mal das facções” pressupõe que a delegação do poder do povo a um grupo escolhido de cidadãos teria a capacidade de tornar o processo de tomada de decisões políticas mais racional, isto é, imune ao partidarismo (LIMONGI, 1989) e em consonância com o interesse público, com o patriotismo e com os ditames da justiça. Segundo palavras do próprio Madison (2003, p. 64): “num tal governo é mais provável que a vontade pública, expressa pelos representantes do povo, esteja em harmonia com o interesse público do que no caso de ser ela expressa pelo povo mesmo (...)”.

A essas ideias viriam a se adicionar, no século seguinte, importantes contribuições oriundas do campo da *teoria democrática*, sobretudo aquelas inspiradas na teorização de John Stuart Mill. Liberal da vertente utilitária, Mill desenvolveu uma teoria sobre a representação política que visava, em última análise, a compatibilizar liberalismo e democracia. Considerando a democracia como o governo do povo, este teórico inglês reconheceu que, dentre todas as formas de governo, o mais favorável ao desenvolvimento pessoal dos indivíduos era o governo democrático, motivo pelo qual a *participação política* dos cidadãos na vida pública não poderia constituir um privilégio atribuído a poucos, mas uma condição para o pertencimento pleno de

todos à comunidade. Com fundamento nessa premissa, desenvolveu o argumento de que o governo representativo não dizia respeito a um mecanismo de operacionalização da democracia em sociedades complexas, tampouco representava uma forma indireta de exercício das faculdades democráticas. Antes, um governo representativo teria a capacidade de evitar tanto a tirania da maioria quanto da minoria, pois representaria um filtro, por meio do qual seria possível ampliar e refinar a multiplicidade de perspectivas, de interesses e de desejos que orientam as ações do povo<sup>6</sup> (MILL, 1981).

Particularmente no que versa sobre o construto desenvolvido no contexto convencional dos Estados Unidos, o argumento de Madison não se limitou a preconizar o sistema da representação política. Para ele, se é certo que possíveis representantes, imbuídos de interesses particularistas e escusos, podem, a princípio, atrair o apoio e o voto do povo, para, em seguida, traí-lo, então a proposta de uma república (representativa) deve se realizar sobre territórios mais extensos e com um maior número de cidadãos. O raciocínio desenvolvido por este federalista seguia fundamentalmente uma lógica de proporcionalidade: aumentando-se o tamanho da república, expande-se o número de cidadãos que nela vivem, o que, por sua vez, promove uma ampliação no número de facções. Conseqüentemente, quanto maior o número de facções, maior a possibilidade de se alcançar um estágio de neutralização recíproca entre os grupos (LIMONGI, 1989) e maior a dificuldade de formação de grupos majoritários.

Nesta moldura, a legislação moderna cumpriria a importante tarefa de promover a coordenação de interesses diversos, evitando, com isso, a desordem, a anarquia e a proliferação de conflitos entre as facções. Conforme salienta Limongi (1989), “ante o bloqueio mútuo das partes, a coordenação aparece como a única alternativa para decisão dos conflitos, o interesse geral se impondo como a única alternativa”. À legislação, aprovadas por um seletivo grupo de representantes do povo, deveriam se submeter as multidões, pois ela – a legislação – não

---

<sup>6</sup> A perspectiva de Mill parte da premissa utilitária de que os indivíduos tendem, naturalmente, a maximizar os prazeres e a minimizar os sofrimentos. A sociedade, nesta linha interpretativa, nada mais significa do que um agregado de indivíduos, os quais buscam realizar seus desejos, seus ímpetos, seus impulsos. Um bom governo a frente dessa sociedade deve ser capaz não de impor o consenso, mas de administrar os conflitos decorrentes das múltiplas opiniões, dos diferentes desejos, o que se traduz em uma fórmula contrária à tirania, tanto da maioria, quanto da minoria. Em que pese o fato de defender um modelo de representação proporcional, Mill advogava a necessidade de os representantes serem independentes em relação aos representados, pelo que se opunha à ideia de mandato imperativo, por presumir que os representantes são “superiores em inteligência” e, por isso mesmo, vocacionados a processar os diversos conflitos que possam emergir da pluralidade constitutiva da vida política (MILL, 1981).

representaria senão a encarnação da razão, do equilíbrio, da justiça, do interesse público, do bem comum.

Com fundamento nessas premissas, Madison conseguiu, a um só tempo, justificar, primeiro, a necessidade de formação de um governo nacional, o qual refletisse a ideia de uma grande república de grande extensão territorial, e, segundo, a proposição de um sistema federativo. Dentro deste, a Lei, símbolo da coordenação de interesses diversos, deveria expressar, no nível estadual, o interesse público local, enquanto que, no nível nacional, conformaria a acomodação dos interesses gerais da nação.

À luz do estabelecimento de um sistema representativo, a questão da diversidade/pluralidade se processou, nos Estados Unidos, segundo uma esquemática na qual as leis gerais, criadas por representantes comprometidos com o interesse público, seriam capazes de acomodar os distintos interesses das diferentes facções. Neste sistema, as leis deveriam ser aplicadas a todos e todas de forma homogênea, independentemente das assimetrias e das multiplicidades contidas no interior da sociedade. Por mais paradoxal que pareça, o problema da diversidade conduz, portanto, à conformação de um sistema guiado pela lógica da unidade.

Noutro ponto, o tema relacionado à mudança constitucional foi, ao que tudo indica, uma das questões que mais demandou capacidade reflexiva e argumentativa das figuras públicas que disputavam o formato e a natureza ideais do texto constitucional. Se, de lado, o estabelecimento de um ritual solene e de difícil efetivação também pode garantir *estabilidade* à ordem jurídico-político, por outro, ele acaba conduzindo as gerações futuras a se vincularem às decisões e aos compromissos assumidos pelas gerações predecessoras. Esse debate, traduzido pela literatura como *pré-compromisso geracional*, *pré-compromisso constitucional*, ou *comprometimento intergeracional* pôde ser evidenciado no contexto de elaboração da Constituição dos Estados Unidos, sobretudo em razão das contestações apresentadas aos federalistas por Paine e Jefferson.

Lançando-se contra a noção de marco constitucional herdado, Thomas Paine argumentava que a Constituição não deveria representar senão um pacto entre os vivos, uma vez que “cada época e geração deve ser tão livre de atuar por si mesma, *em todos os casos*, como as idades e gerações que a precederam” (*apud* HOLMES, 1999, p. 223). Opondo-se

frontalmente à teoria de Edmund Burke, para quem o Parlamento da Inglaterra tinha poderes para vincular as futuras gerações até o fim dos tempos (PAINÉ, 1791), o político da Pensilvânia afirmava que a democracia representa a “regra da vida”, ou “uma guerra contra o passado”, razão pela qual somente o mundo europeu aristocrático do presente poderia ser baseado nas decisões do passado. Em uma democracia, de modo diverso, o fundamento de legitimidade último só poderia ser o “consentimento dos vivos” (PAINÉ, 1791; HOLMES, 1999).

Jefferson, alinhado com Paine, também se opunha à ideia de uma Constituição como um pré-compromisso entre gerações, por entender que a perpetuidade constitucional era repugnante sob o ponto de vista moral. A concepção de Constituição desenvolvida por este teórico guardava, em grande medida, similaridade com o raciocínio que perpassa a formulação de leis sobre herança. Nestes termos, considerava que, da mesma forma que as dívidas contraídas pelos pais não podiam ser transmitidas a seus filhos, uma geração não poderia, em termos políticos, justificar a aquisição de dívidas no presente esperando que as gerações futuras as quitassem. De forma mais extrema, chegou a defender que, considerando as taxas de expectativa de vida da população da época, a cada 20 anos deveriam ser realizados plebiscitos a fim de que as gerações do presente tivessem a oportunidade de decidir sobre a forma de governo e sobre as demais questões fundamentais em matéria de política (HOLMES, 1999).

A posição que veio a se traduzir no artigo V<sup>7</sup> da Constituição de 1787, no entanto, foi aquela defendida por Madison. Para ele, o pré-compromisso constitucional não representava senão uma divisão de trabalhos entre gerações, com vistas a se conquistar vantagens no longo prazo. Isto é, o argumento aventado partia do pressuposto de que os objetivos do passado seriam conquistados de maneira mais fácil se os trabalhos que essas metas envolvem fossem compartilhados entre épocas, de modo que herdar uma Constituição representaria uma forma de se *estabilizar* a democracia e de permitir a emancipação das gerações do futuro: estas não deveriam centrar seus esforços em criar novos marcos político-constitucionais, mas em alcançar

---

<sup>7</sup> A fim de se verificar a complexidade e o rigor do procedimento de emendamento constante da Constituição estadunidense, merece a transcrição integral do dispositivo: “Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo o Congresso uma ou outra dessas maneiras de ratificação. Nenhuma emenda poderá, antes do ano de 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado”

os objetivos compartilhados entre épocas. Por isso mesmo, antes de representar uma restrição, o comprometimento entre gerações induziria, na visão de Madison, à ampliação da liberdade humana (HOLMES, 1999).

Deste modo, a regra que foi introduzida por meio do artigo V veio a estabelecer uma liturgia de emendamento que demanda tempo e envolve a aprovação de maiorias qualificadas, tanto das duas casas legislativas do governo nacional, quanto dos governos estaduais. Por se tratar de um processo praticamente impossível de ser realizado (ACKERMAN, 2006), a tradição constitucional que daí decorreu é aquela que induz a retirada de alguns temas da arena de disputas políticas, reduzindo sensivelmente o impacto de decisões majoritárias futuras no sistema político e constitucional do país (AVRITZER, 2017).

Nestes termos, a ênfase do postulado da *estabilidade* desemboca em uma concepção de constitucionalismo como um “conjunto de regras elaborado contra a discricionariedade, a negociação de interesses, que é típica da política” (MARONA, 2017). Neste sistema, a *natureza* do documento constitucional em si encerra uma característica ontológica fundamental, qual seja, uma espécie de ferramenta político-institucional vocacionada a limitar e a organizar a multiplicidade de interesses e desejos que divide a sociedade em facções.

Hannah Arendt (2011) estabelece uma distinção entre a Revolução Americana e a Revolução Francesa a partir da verificação da *origem do poder*, que, segundo a filósofa, deve se situar na ação conjunta dos indivíduos, e da *origem da autoridade*, da qual deve emanar da Constituição. Arendt examina que, enquanto na Revolução Francesa se criou uma instância de poder absoluta – povo –, com base na qual se fundou tanto o poder político quanto seu ordenamento jurídico, na Revolução Americana o poder foi atribuído ao povo e a autoridade foi designada à Constituição. De fato, a fórmula encontrada pelos convencionais da Filadélfia para manter viva soberania dos estados foi a de transferi-la para o povo: daí a expressão “*We, the people*”, a partir da qual se desenvolve todo o texto do documento constitucional de 1787. “Agindo assim, os federalistas forjaram um pensamento totalmente novo sobre a relação entre governo e sociedade, que marcou um dos momentos mais criativos da história do pensamento político” (WOOD, 2013, p. 192).

Segundo Costa (2011), a expressão “*We, the people*”, contida no preâmbulo da Constituição de 1787, conforma uma nova concepção de povo. Antes, dada a natureza do

sistema confederado, só era possível falar em povo dos estados. O advento do texto constitucional, no entanto, alterou essa acepção, uma vez que constituiu o povo dos Estados Unidos da América, ou a nação norte-americana. Como consequência, a mesma Constituição que constituiu e, com isso, delimitou o sentido e o alcance da categoria “povo estadunidense”, também se prestou a estabelecer limites ao povo assim constituído, de modo que o poder deste, a partir de então, só poderia se manifestar, no plano do sistema constitucional, na forma da lei, isto é, segundo um sistema bastante rígido de emendamento.

Por assim ser, quando se confronta esta ideia de soberania popular com as limitações impostas à mudança/revisão do texto constitucional, infere-se que o povo é soberano para elaborar a Constituição, e, com isso, fixar os limites da comunidade democrática, até o momento da promulgação de seu texto final. Após, deixa de sê-lo (AVRITZER, 2013b; MARONA, 2017), o que, no sentir de Ackerman (2006), se traduz em um modelo de *soberania autoextinguível*. De forma análoga, Costa (2011) interpreta que a invenção deste modelo de constitucionalismo foi a de estabelecer, a partir do sistema rígido de emendas, uma proteção do texto constitucional contra o próprio povo.

Segundo essa arquitetura, se é certo que o poder soberano ilimitado do povo se esgota com a fundação da ordem constitucional, igualmente inequívoco é a ilação de que, a partir deste marco, a relação entre o povo e a Constituição, e entre esta e os poderes constituídos, passa a operar segundo a lógica da “interpretação de conteúdos constitucionais ‘soberanos’ predeterminados” (MAUS *apud* VOIGT, 2013, p.110). Deste modelo, então, também deriva a noção de *soberania constitucional* (VOIGT, 2013), já que, com a morte do criador – o povo –, o poder soberano se transfere para a criatura – a Constituição.

Neste aspecto, verifica-se uma certa imbricação entre conceitos políticos e jurídicos, os quais, no limite, realçam ainda mais o caráter contraditório da soberania popular edificada segundo essa sistemática. Isso porque, em torno dessa ideia de supremacia ou de “soberania” da Constituição, se assenta a concepção de Estado de Direito, a qual se refere a uma estratégia jurídica por meio da qual um estuário de leis, derivadas, em última instância, do exercício da soberania popular, estabelece limites à atuação de todos, inclusive das autoridades políticas. A Constituição, enquanto regra supraestatal, é preconizada como fundamento de validade de toda a ordem jurídica e, como tal, só pode ser alterada – seja pelas autoridades políticas, seja pelo povo – segundo uma liturgia sofisticada, custosa sob o ponto de vista institucional.

Representando ela a encarnação do poder do povo, reafirma, no plano da lógica, o caráter absoluto da soberania popular; no plano prático, no entanto, essa mesma soberania é afastada, uma vez que, ao tornar o procedimento de mudança constitucional praticamente impossível, essa mesma Constituição se sobrepõe ao poder popular (COSTA, 2011).

O desígnio dos federalistas quanto à necessidade de se desenhar um sistema que controlasse os ímpetos das facções ou que suplantasse a formação de decisões majoritárias não se limitou ao estabelecimento de um sistema representativo e de um processo de emendamento complexo. No que versa sobre a engenharia do interior do Estado, esse desiderato desembocou na prescrição de um estuário de disposições quanto às *funções e relações entre os poderes* (os chamados “ramos do governo”) e quanto à consagração de uma *carta de direitos*. Em ambos os casos, o intuito foi o de dar vida a uma estrutura institucional que, comprometida com a proposta de formação de governos limitados, garantisse aos indivíduos uma esfera privada de liberdade, onde estivessem à salvo de ingerências externas.

Neste contexto, a consagração do princípio da *igualdade*, segundo o qual *todos são livres e iguais*, desdobrou na imprescindibilidade de organização de uma burocracia e de uma institucionalidade que, vocacionada a garantir a *autonomia individual*, pudesse permitir a escolha e a manifestação dos mais diversos modos de vida (GARGARELLA, 2005). Por força deste princípio, a atuação do Estado deveria ser guiada pelo postulado da *neutralidade*, por meio do qual o sistema político não poderia se comprometer, *a priori*, com qualquer *valor* ou *princípio substantivo*. De modo diverso, deveria apenas fixar regras procedimentais e permitir que os indivíduos tivessem a oportunidade de eleger, autonomamente, suas próprias concepções de vida boa.

A articulação entre individualismo, neutralidade estatal e procedimentalismo demandou a construção de uma arquitetura institucional *sui generis* para época, uma vez que a elas – as instituições – foi atribuída a tarefa de salvaguardar este conjunto de premissas, e, por isso mesmo, garantir a proteção da liberdade e da igualdade dos indivíduos. Ao seguir essa fórmula, o constitucionalismo dos Estados Unidos legou à experiência política moderna e contemporânea uma forma inovadora de organização e de relacionamento entre os poderes de estado.



Para além da clássica teoria da separação dos poderes elaborada por Montesquieu, os *Pais Fundadores*, temerosos de que o Legislativo avançasse sobre os demais ramos do governo, trataram de elaborar um sistema de relação entre poderes fortemente vinculado à noção de *mútuos controles*, ou de *controles recíprocos*. A estratégia do *checks and balances* foi defendida por Madison (2003, p. 305) no parágrafo inaugural do Federalista n. 48, onde o político norte-americano argumenta que “demonstrar-se-á agora que sem uma tal ligação que dê a cada um deles [dos três poderes] o direito constitucional de fiscalizar os outros, o grau de separação, essencial à existência de um governo livre, não pode na prática ser eficazmente mantido”

O Federalista n. 48 e o n. 51 representam uma verdadeira ode ao sistema de freios e contrapesos. De um modo relativamente abrangente, este sistema consignou o estabelecimento de um legislativo bicameral<sup>8</sup>, a abrigar a Câmara dos Representantes e o Senado; a atribuição do poder de veto<sup>9</sup> (revogável pelo Legislativo) ao chefe do Executivo<sup>10</sup>; e a possibilidade de revisão judicial<sup>11</sup>, via controle de constitucionalidade, da legislação ordinária<sup>12</sup> (GARGARELLA, 2005). Todo este complexo e intrincado sistema de relação entre os poderes representa, em última análise, uma forma de ampliar os *pontos de veto* no processo de tomada de decisão, o que, na visão dos federalistas, contribuiria para que as deliberações políticas se fundassem na razão e afastassem, com isso, as paixões e os ímpetos das facções, sobretudo as majoritárias.

Considerando a Câmara dos Representantes como o ramo do governo mais perigoso, por ser a esfera de poder mais popular, a proposta dos federalistas consistia em criar um Executivo forte, corporificado na figura do Presidente, que fosse escolhido por um Colégio Eleitoral – composto por um reduzido grupo de cidadãos com direito ao voto – e cuja missão consistiria em colocar freios ao poder daquela casa do Legislativo. Igualmente, o Senado é então concebido como um órgão vocacionado a estabelecer o equilíbrio no âmbito do

---

<sup>8</sup> Cf. Artigo 1º, Seções 1 e 2 da Constituição dos Estados Unidos.

<sup>9</sup> Cf. Artigo 1º, seção 7 da Constituição dos Estados Unidos

<sup>10</sup> Madison (2003, p. 319). defendia o veto do executivo, com ressalvas, do que resultou a possibilidade de revogação pelo legislativo: “O veto absoluto é, à primeira vista, a arma mais natural que pode dar-se ao Poder Executivo, para que se defenda; mas, o uso que ele pode fazer dela pode ser perigoso e mesmo insuficiente”.

<sup>11</sup> Cf. Artigo, 3º, seção 2 da Constituição dos Estados Unidos.

<sup>12</sup> Sobre a formação e estrutura do Poder Judiciário, há, no Federalista n. 51 (MADISON, 2003), uma defesa quanto ao *formato de investidura* nos cargos da magistratura – via nomeação, de pessoas com conhecimento técnico-especializado –, bem como quanto ao *prazo de vigência* dos cargos – vitalício –, como forma de garantir a independência de seus membros quanto àqueles que realizam as nomeações.

Legislativo, já que caberia a esta instituição a tarefa de “contra-restar [sic] o poder popular oriundo da Câmara dos Deputados” (VITULLO, 2009, p. 276).

No que tange ao Judiciário, a possibilidade de controle exercida via *judicial review*, decorreu em grande medida, do sistema de *legislação dual* no qual se ancora o sistema norte-americano: de um lado, a *vontade constituinte*, por meio da qual se erige a força da Constituição, e, por outro, a *vontade política ordinária*, expressa pela vontade legislativa de forma mais contingente (FIORAVANTI, 2014). A este respeito, consta no registro dos Federalistas, especificamente no capítulo 78, o argumento segundo o qual competiria ao Judiciário, no sistema em construção, uma espécie de *função moderadora* em relação à vontade popular, devendo, por isso, resguardar as regras constitucionais, bem como os direitos individuais, em face da animosidade de conjunturas específicas (HAMILTON, 2003)<sup>13</sup>.

A forma de exercício dessa função moderadora, no entanto, só veio a ser delineada, em termos práticos, a partir da construção jurisprudencial da Suprema Corte, mormente em função do voto do Ministro Marshall no emblemático caso *Marbury versus Madison*<sup>14</sup>. De fato, com este julgamento, a Corte estadunidense sedimentou as bases sobre as quais passaram a assentar os princípios jurídicos da *supremacia da constituição* e da *nulidade da lei contrária à Constituição* (BARROSO, 2009)<sup>15</sup>, conformando, com isso, um sistema de controle de

---

<sup>13</sup> No mesmo sentido, a leitura conjunta dos capítulos 62 e 63 dos Federalistas permite concluir que o Senado e a Suprema Corte Judicial, esta integrada por magistrados com mandato vitalício, representariam uma “âncora contra a instabilidade e as flutuações populares e um passaporte para a longevidade de um regime político que persiga a harmonia, o equilíbrio e a ordem” (VITULLO, 2009, p. 276).

<sup>14</sup> Trata-se de um caso emblemático não somente pelo conteúdo e repercussões da decisão, mas também pelo contexto político que ensejou o ajuizamento da ação. De fato, nas eleições realizadas no final dos anos 1800, John Adams, então presidente, e seus aliados federalistas foram vencidos, no Executivo e no Legislativo, por seus opositores republicanos, tendo Thomas Jefferson se sagrado vitorioso para o cargo de Presidente. Ao final do governo federalista, Adams e o Congresso trataram de articular uma estratégia para manter influência política junto ao Judiciário, que consistiu na edição de leis de reorganização deste poder, reduzindo o número de ministros da Suprema Corte, na criação de cargos de juiz federal, e na nomeação de juízes de paz. Todos estes cargos foram ou deveriam ter sido ocupados por indicados pelos federalistas. Um dos juízes de paz nomeado e não empossado a tempo da mudança de governo, Willian Marbury, aviu *write of mandamus* em face de James Madison, Secretário de Estado no governo Jefferson, que havia se recusado a investir Marbury na função. Dentre outros fundamentos, Marbury sustentava que ações daquela natureza eram de competência originária da Suprema Corte, em virtude de disposição constante do *Judiciary Act* de 1787. Ao final, o voto do Ministro Marshall, que viria a consolidar jurisprudência na Corte, estabeleceu que o § 13 do *Judiciary Act* padecia de vício de inconstitucionalidade, na medida em que criava hipótese de competência originária para a Suprema Corte ao arripio do artigo 3º da Constituição. (Cf. BARROSO, 2009).

<sup>15</sup> Na percepção de Avritzer (2013), o primeiro resultado da Revolução Americana diz respeito à dificuldade, decorrente do artigo V, de se modificar a Constituição e também à possibilidade de revisão judicial da legislação ordinária.

constitucionalidade do tipo difuso e que faculta a este poder de estado a possibilidade de rever os atos infraconstitucionais emanados do Legislativo.

Em que pesem todas essas inovações institucionais, os limites do constitucionalismo estadunidense vieram a ser tensionados com o caso Dred-Scott *versus* John F. A. Sandford, de 1857, a partir do qual esse sistema constitucional foi projetado para a sua *terceira fase* de desenvolvimento. Neste episódio, o postulante, de origem negra, mobilizou o sistema de justiça deste país no intuito de requerer o reconhecimento de sua liberdade nos estados onde o Compromisso de Missouri<sup>16</sup> havia proibido a escravidão. A decisão da Suprema Corte não reconheceu a Dred-Socott o direito de litigar, dado a condição de escravo, bem como declarou inconstitucional aquele Compromisso que havia diferenciado estados escravocratas de estados abolicionistas. Considerada uma das mais trágicas decisões do Judiciário norte-americano, esta sentença representou, em termos práticos, o não reconhecimento das pessoas de origem negras como cidadãos do país, haja vista que, para a Suprema Corte, não se podia reconhecer direitos – dentre eles aqueles relacionados à liberdade – às pessoas de origem negra.

Esse episódio acirrou o clima de tensão e de animosidade que pairava sobre a sociedade dos Estados Unidos, circunstância que ensejou a eclosão da Guerra de Secessão ao longo dos anos 1861-1865, ao final da qual foram promulgadas as emendas n. 13 e 14, essa última responsável por estabelecer a *cláusula de igual proteção perante a lei*<sup>17</sup>. Para Avritzer (2013b), considerando que o *primeiro resultado* da Revolução Americana foi o estabelecimento de um sistema de difícil de emendamento constitucional, bem como de consagração do *judicial review*, a decisão judicial no Dred-Scott reflete a aplicação mais problemática deste resultado, já que foi a partir do mencionado caso que se pôde enxergar, com maior clareza, os problemas derivados daquela ossatura constitucional, sobretudo no que se refere à limitação da soberania popular. Por outro lado, as conquistas derivadas da Guerra de Secessão colocaram o constitucionalismo estadunidense diante de um *segundo resultado*, a partir do qual a cidadania

---

<sup>16</sup> O *Missouri Compromise*, firmado em 1820, reflete a divisão da sociedade americana entre grupos pró-escravidão – em sua maioria situados no sul do país – e grupos pró-abolição dos escravos. O resultado dessa legislação foi o de estabelecer a proibição da escravidão ao norte do paralelo 36°30’.

<sup>17</sup> O conteúdo da cláusula é: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são consideradas cidadãos nos Estados Unidos e do Estado onde residir. Nenhum estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis”

restou universalizada no país (AVRITZER e MARONA, 2014) e o princípio do devido processo legal alcançou o status de norma constitucional<sup>18</sup>.

Enquanto a emenda n. 14 representa uma espécie de cláusula geral da cidadania – em virtude da proteção que confere ao princípio de igual proteção perante a lei –, o conteúdo desta cidadania se manifesta por meio da *carta de direitos*, incluída no texto da Constituição por meio das 10 primeiras emendas, todas ratificadas em 1791. Em conjunto, estas emendas estabelecem um elenco de direitos individuais – de natureza *civil* – oponíveis contra o Estado, de modo a inviabilizar, em reforço ao compromisso liberal da Constituição, interferências não justificadas do Estado na vida privada dos indivíduos. O modelo de cidadania que resultou destas disposições constitucionais converte o cidadão em portador/sujeito de direitos. Seguindo rigorosamente uma linha de atribuição de direitos subjetivos abstratos a cada pessoa, essa fórmula prescreve a “impessoalidade da lei como forma de garantir que o estado [seja] cego às diferenças e, portanto, justo” (MARONA, 2013, p. 51).

Da consideração mais particular à mais abrangente, não se pode refutar que o padrão de constitucionalismo que se estabeleceu nos Estados Unidos é, em essência, liberal. Em que pese o fato de o primeiro capítulo de seu processo de desenvolvimento ter sido marcado por uma retórica e por uma *práxis* mais democrática, em alguma medida ligada aos postulados da tradição do pensamento político republicano, o segundo capítulo foi responsável pela construção de um arcabouço teórico-normativo que, contrário à concepção de política e de Constituição herdada do passado do próprio país, acabou por resultar na criação de uma ordem constitucional de traços fortemente liberais, vocacionada, sobretudo, a limitar e a diluir o poder político entre os órgãos dos poderes constituídos.

---

<sup>18</sup> A partir de uma postura de análise do constitucionalismo inscrito na história e tendo em vista os dois últimos capítulos da história constitucional dos Estados Unidos, Ackerman (2006), defende que o constitucionalismo deste país é dual, uma vez que comporta momentos *ordinários* e *extraordinários* de legislação. Ordinariamente, a política deste país opera segundo os moldes do sistema representativo, por meio do qual a burocracia estatal se encarrega dos processos de tomada de decisão coletiva. Diz respeito a períodos de políticas usuais, “durante as quais a maioria dos cidadãos se mantém relativamente desencorajado no ir e vir de Washington, enquanto se preocupam com questões mais pessoais” (ACKERMAN, 2006, p. 42). Em ocasiões extraordinárias, como o foram os movimentos políticos que ensejaram a aprovação da 14ª Emenda e do *New Deal*, os cidadãos, a partir de mobilizações públicas, são capazes de interferir e de alterar os rumos da comunidade política, redefinindo a própria identidade coletiva (CITTADINO, 2006). Para próprio autor (2006, p. 43), nessas ocasiões extravagantes, “os movimentos políticos geram autorização popular mobilizada em direção a novas soluções constitucionais”.

No interior desta ordem, noções como pré-compromisso geracional, estabilidade política e unidade, soberania autoextinguível, freios e contrapesos, *judicial review* e cidadania universal e direitos individuais se entrecruzaram e formam entre si um vínculo tão evidente que tornam inexorável o diagnóstico de que a *oposição ao governo majoritário* constituiu, pelo menos sob um ponto de vista abrangente, o vetor que organizou este cenário e transformou aquilo que era uma *experiência* em uma verdadeira *tradição*, em torno da qual, inclusive, se erigiu um critério que avalia o êxito do constitucionalismo a partir de sua impermeabilidade a mudanças (AVRITZER, 2017).

Mas essa matriz constitucional não foi responsável apenas por organizar um novo agregado léxico e semântico no interior do constitucionalismo. Dela também resultou um particular padrão de relacionamento entre constitucionalismo e democracia que, nos termos *medisonianos*, pressupõe os freios constitucionais, enquanto obstáculos à formação de decisões majoritárias, como *elementos estabilizadores* da democracia (HOLMES, 1999). Neste registro, a Constituição consiste em uma estratégia de diluição e de autocontrole do poder político (MARONA, 2017), impondo, por isso mesmo, limites à potência democrática. Ao mesmo tempo em que age como instrumento que a limita, não se conciliando com a dimensão transformativa da democracia, o constitucionalismo garante estabilidade a um tipo específico de política democrática.

Como tal, emerge um padrão de relação entre constitucionalismo e democracia que se traduz em uma lógica de tensão irreconciliável e também de mútuo apoio entre si (MARONA, 2013). Neste enquadramento, democracia e constitucionalismo representam duas dimensões tectônicas do fenômeno político, as quais, embora convivam de forma “equilibrada”, podem vir a se chocar, provando abalos sísmicos de grandes proporções – como o foi, de resto, o episódio que deu origem à emenda n. 14 no próprio solo estadunidense.

## **1.2 Constitucionalismo(s) francês(es) na encruzilhada da Revolução**

Ao intentar pôr fim ao Antigo Regime e a inaugurar um novo sistema de organização política, a Revolução Francesa de 1789 acabou legando ao pensamento político Ocidental uma noção de *revolução* que se associa a processos de ruptura da ordem política pré-existente e à

inauguração de uma nova forma de governo em torno de algum princípio substantivo de organização (AVRITZER, 2013b). Como corolário deste episódio histórico, o termo revolução, em sentido amplo, passou a expressar, a partir de então, uma implicação mútua entre revolução política e revolução social (BERCOVICI, 2008).

Com a queda da Bastilha, emergiu a necessidade de estabelecimento de uma nova ordem política, a qual, organizada em torno de uma Constituição, deveria ter a capacidade de pôr fim aos ímpetus revolucionários e de inaugurar uma nova era para o povo francês. Em que pese esse ideal, a história política da França revelou à modernidade, segundo Bignotto (2013, p. 178-9), a *verdadeira natureza do processo constitucional*, que, mais do que representar um mero esforço de tradução de ideias e projetos no formato legal, diz respeito à “história viva de um povo e, por isso mesmo, não pode escapar da indeterminação própria à política”. Com efeito, em face das contingências e dos diferentes processos políticos que permearam a história francesa, desde seu período revolucionário até o século XX, este país foi palco de uma série de elaborações constitucionais, editadas, respectivamente, em 1791, 1793, 1795, 1799, 1804, 1814, 1830, 1848, 1852, 1946 e 1958 (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012).

No limite, essa sucessão de textos constitucionais reflete a multiplicidade de posicionamentos, referências filosóficas e conceituais que disputaram, em diferentes momentos, a organização de seu sistema político. Muitos dos debates e dos desenvolvimentos teóricos que subjazem as Constituições francesas apresentam, em grande medida, a preocupação de estabelecer parâmetros – nem sempre de forma exitosa – sobre a questão da legitimidade do poder político e sobre significado que a Constituição deve assumir com e a partir de cada mudança no contexto político.

A representatividade que os três primeiros documentos constitucionais assumem para a teoria política e para a teoria constitucional diz respeito ao fato de que foi com e partir deles que se desenvolveram *conceitos* caros a ambos os domínios do conhecimento. Se, com Bignotto (2013, p. 179), pode-se afirmar que “os momentos iniciais do moderno constitucionalismo francês deixou [*sic*] marcas indeléveis na histórica jurídica [e política] do nosso tempo”, igualmente deve-se admitir que, longe de representar uma escolha arbitrária, a análise dos processos que culminaram na edição das três primeiras Constituições representa, antes, um esforço no sentido de lançar luz sobre tal conjunto de conceitos.

A Assembleia Nacional Constituinte de 1789-1791 foi responsável pela elaboração de sua primeira Constituição, promulgada em 1791, e também pela escrita da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, publicada ainda em 1789. Quanto ao ponto de partida dos trabalhos desta Assembleia, pairava um aparente consenso entre os representantes nela reunidos, pois todos estavam convencidos da imprescindibilidade de fundação de uma nova estrutura política para o país. O formato que esta deveria assumir, contudo, constituiu uma fonte de divergências constantes, pois “o aparato conceitual que deveria ser usado para orientá-los nessa tarefa, e mesmo que tipo de sociedade desejavam construir, foi uma fonte contínua de conflitos e tensões” (BIGNOTTO, 2013, p. 178).

Entre diferentes figuras, unidas por laços de identidade estamental e regional, alguns aportes teóricos se destacavam, mormente pela influência exercida por Rousseau, Voltaire e Montesquieu. Bignotto (2013) afirma que, de Montesquieu, alguns deputados defendiam a necessidade de estabelecimento do sistema de divisão de poderes; com Voltaire, parcela dos representantes verificava a necessidade de blindar o sistema político em relação às disputas de caráter religioso; de Rousseau e de seu conceito de *vontade geral*, sobrevieram intensos debates que colimavam equacionar problemas como o da *origem da lei* e dos *limites da soberania do povo* em um contexto de manutenção da monarquia.

Eclipsadas, essas últimas questões denotavam a preocupação dos constituintes em estabelecer parâmetros que conferissem *legitimidade política*, de um lado, a seus trabalhos, e, de outro, ao documento constitucional que estava por vir. Neste contexto, as reflexões teóricas desenvolvidas antes e durante a revolução pelo então deputado abade Sieyès foram fundamentais para o desenvolvimento de conceitos que, no fim, acabaram por nortear a atuação da Assembleia e também por imprimir características específicas à Carta Constitucional de 1791.

Em oposição à teoria de Rousseau, para quem o avanço da propriedade privada constituía a fonte de perversão da liberdade e da igualdade entre os homens (PISARELLO, 2012), Sieyès, em *Ensaio sobre os privilégios* (2001), interpreta a desigualdade como constitutiva da natureza mesma das coisas, motivo pelo qual não pode ser eliminada por completo (BERCOVICCI, 2008). Para ele, a única desigualdade que não podia ser tolerada é aquela que tem origem nos privilégios. Estes, pertencendo à nobreza e ao clero, representavam uma espécie de direitos arbitrários, que, como tal, deveriam ser eliminados por meio da edição

de leis justas: “todos os privilégios são, pois, pela natureza das coisas, injustos, odiosos e contraditórios ao fim supremo de toda a sociedade política”.

Com arrimo nessa defesa, em *O que é o Terceiro Estado?*, Sieyès (2001) desenvolve uma teoria na qual o conceito de terceiro estado é obtido por exclusão, isto é, como sendo um estamento não integrado pela nobreza nem pelo clero. Considerava o abade que, embora não contasse com uma Constituição escrita antes da revolução, a França possuía um conjunto de regras que definia o formato de organização do poder político e que impedia a sua alteração, inclusive, por iniciativa das entidades do governo. Com vistas neste sistema, questionava o lugar nele ocupado pelo terceiro estado: “quem é o Terceiro Estado? Tudo. O que tem sido ele, até agora, na ordem política? Nada. O que é que ele pede? Ser alguma coisa”.

Em um contexto no qual o terceiro estado representava a base da pirâmide social francesa, a abarcar a burguesia ascendente bem como os setores populares urbanos e rurais (PISARELLO, 2012), a este estamento deveria corresponder a *totalidade da nação*. Tal argumento partia do pressuposto de que todos os trabalhos particulares e as funções públicas mais penosas eram exercidas por membros deste segmento da sociedade. No entanto, mesmo constituído pela maioria da população, esse estamento estava alijado dos processos de tomada de decisões políticas. Estas, consubstanciadas nos trabalhos dos Estados Gerais, refletiam apenas os interesses oligárquicos das classes privilegiadas: “Se os Estados Gerais são os intérpretes da vontade geral e, como tal, detêm o poder legislativo, não é verdade de que, ali, onde os Estados Gerais não passam de uma assembleia clerical, nobiliárquica e judicial, haja uma verdadeira aristocracia?” (SIEYÈS, 2001, p. 11).

Em defesa de um Legislativo que refletisse os reais interesses da nação, o abade francês propôs o estabelecimento de um sistema no qual o terceiro estado pudesse contar com verdadeiros representantes nos Estados Gerais, em número igual ao das outras duas classes juntas, e em cujo interior as deliberações se processassem por cabeça, não por estamento (SIEYÈS, 2001). Ciente, no entanto, de que uma proposição desta natureza dificilmente lograria modificar os marcos legais existentes, já que implicaria em uma redução no poder dos segmentos privilegiados, o abade “exerce sua criatividade jurídica e termina por formular a oposição teórica entre *poder constituinte e poder constituído*” (COSTA, 2011, p. 206).



Ora, se, considerando os marcos legais existentes, não era autorizado qualquer alteração na estrutura política do país, como promover e justificar, sob o ponto de vista da legitimidade política, aquela transformação, relacionada à expansão da representação política do terceiro estado? Para o abade, essa operação exigiria dotar a França de uma nova ordem legal, ou seja, de uma nova Constituição, que, derivando da vontade na nação, se manifestasse por meio do poder constituinte.

Formulada estava sua concepção de poder constituinte e, por via reflexa, a noção de poder constituído. Seguindo uma lógica jurídica, Sieyès atribuía a titularidade do poder constituinte ao ente soberano, vale dizer, à nação, que, sendo a encarnação do terceiro estado, seria dotada de poderes ilimitados para organizar o Estado constitucional e fundar uma nova ordem político-jurídica. Ao estabelecer o vínculo que une o poder da nação ao poder constituinte, o abade arremata:

A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. Se quisermos ter uma idéia [sic] exata da série das leis positivas que só podem emanar de sua vontade, vemos, em primeira linha, as leis constitucionais que se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos. Essas leis são chamadas de fundamentais, não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. (Sieyès, 2001, p. 48-9).

Segundo Bercovici (2008), a ideia *nação* aparece na obra do deputado francês como a *totalidade do tecido social*, integrada por um conjunto de indivíduos. Quando exerce seus direitos e poderes decorrentes apenas do *estado de natureza*, a nação se manifesta como legítimo poder constituinte, estando autorizada a criar e a organizar o Estado Constitucional. Para redigir um novo documento constitucional, todavia, a nação deveria se converter em Assembleia Constituinte, por meio da qual seria delegado aquele poder originário para um conjunto de representantes.

Emerge na obra do abade a categoria da *representação* para fins de exercício do poder constituinte da nação. Qualificada como um corpo de representação especial, a Assembleia Constituinte não teria a “necessidade de se encarregar da plenitude da vontade nacional”, bastando que seus membros deliberassem como se fossem indivíduos no estado de natureza. O caráter extraordinário desse corpo de deputados dizia respeito ao fato de que seus trabalhos deveriam se restringir a um único fim – a elaboração da nova Constituição – e, por isso mesmo,

por tempo determinado (SIEYÈS, 2001 p. 44). Eleita pelos indivíduos que integram a nação, a Assembleia deveria operar segundo os parâmetros de igualdade, de tal modo que as deliberações fossem aferidas por cabeça (COSTA, 2011).

Neste modelo, em que o poder da nação é concebido como uma manifestação do direito natural, o poder constituinte, enquanto ato fundador de uma nova ordem, não poderia estar submetido a nenhuma regra pré-existente. Como tal, manifestar-se-ia como um poder ilimitado. Trazida à baila a Constituição, no entanto, formar-se-ia uma nova ordem, em cujo interior se localizaria o *poder constituído*, vale dizer, os poderes políticos de governo. Diferentemente do poder constituinte que seria, por definição, ilimitado, o poder constituído deveria ser exercido de forma limitada, uma vez que estaria comprometido com o poder soberano expresso no documento constitucional.

Sobre o poder constituído, aparece novamente na teoria de Sieyès a categoria da *representação*, admitida como um mecanismo indispensável para a formação e para o exercício do governo. A indispensabilidade de tal mecanismo decorria da constatação de que, não tendo o povo capacidade para exercer o governo de forma direta, deveria, então, escolher seus representantes. Segundo esta sistemática, a representação emerge como uma espécie de “divisão do trabalho em sua forma política” (BERCOVICI, 2008, p. 140).

No interior dessa proposição, o sufrágio foi concebido não como um direito, mas como uma função pública, pelo que seu exercício pressupunha a demonstração de qualidades específicas (PISARELLO, 2012). Via de consequência, a representação nacional, corporificada pelos deputados no exercício do poder Legislativo, não deveria ser resultado da escolha de todo o povo, mas de parte dele. Para o abade, apesar de todos os franceses serem cidadãos, portadores de direitos naturais e civis, poucos eram aqueles que tinham capacidade e demonstravam interesse nos assuntos que versavam sobre a coisa pública. Daí porque a tarefa quanto à escolha dos representantes constituir uma verdadeira prerrogativa, a ser exercida apenas pelo grupo de cidadãos que demonstrassem capacidade para interferir nos assuntos públicos.

Em termos gerais, entretanto, mesmo estabelecida a nova ordem constitucional e, em seu seio, um governo representativo em pleno funcionamento, o poder soberano da nação permaneceria latente, podendo se atualizar a qualquer momento, mediante uma mudança de opinião coletiva (COSTA, 2011) que fosse capaz de ensejar a convocação da Assembleia

Constituinte. De forma diversa do legado estadunidense – que conformou, embora de forma complexa, a possibilidade de emendamento constitucional – o sistema constitucional proposto por Sieyès não admitia a possibilidade de mudanças pontuais no texto constitucional, já que toda e qualquer alteração desta natureza só poderia se manifestar mediante o exercício daquela representação extraordinária.

A articulação da soberania da nação com o esquema de funcionamento do poder constituinte e com o estabelecimento do poder constituído desembocou na configuração de um modelo que nasce calcado em premissas *rousseauanas*, para, logo em seguida, se ancorar em princípios próprios da tradição liberal. Consoante interpretação formulada por Costa (2011, p. 207-9), a construção da ideia de poder constituinte ilimitado, por meio do qual “a alteração constitucional pode ocorrer em virtude de uma mudança de opinião coletiva, e não apenas em razão da quebra do contrato social”, inspira-se em Rousseau e, como tal, representa um passo além da noção de poder supremo do povo em Locke. Noutro ponto, o segundo passo de Sieyès, plasmado na noção de poder constituído, “oferece uma construção mais semelhante à de Locke do que a de Rousseau”, uma vez que, com a definição dos poderes políticos e com a estruturação do Estado, o poder constituinte da nação se esgota e, com isso, abre espaço para o exercício do poder constituído limitado – exercido de forma representativa, e com base em um sufrágio não-universal<sup>19</sup>.

Em que pese as denúncias formuladas, nos séculos seguintes, por alguns constitucionalistas e filósofos quanto às incongruências contidas na Teoria do Poder Constituinte de Sieyès, (COSTA, 2011; CATTONI DE OLIVEIRA e LOPES, 2006), é evidente que, no cenário de reorganização política da França, tal teoria forneceu os insumos indispensáveis para, sobretudo, justificar a atuação e os trabalhos do corpo de representantes organizado no interior da Assembleia Nacional Constituinte. De fato, tal Assembleia arrogou para si a função de depositária do poder constituinte da nação, e, como tal, dotada de legitimidade política para deliberar sobre o conteúdo da primeira Constituição da França pós-revolução.

---

<sup>19</sup> De forma análoga, embora com referência parcialmente distinta, Bercovici (2008, p. 138-9), com fundamento em Loewenstein, observa que Sieyès parte de premissas da filosofia de Rousseau para, em seguida, se aproximar da teoria de Montesquieu: “A onipotência do poder do povo de Rousseau se concentraria no Terceiro Estado de Sieyès e em seu poder constituinte, que tem a lógica ilimitada de Rousseau, enquanto o poder constituído tem a lógica limitada de Montesquieu”.

Pisarello (2012) sustenta que a teoria desenvolvida por Sieyès continha elementos que, juntos, visavam a conter os ímpetus igualitários e *rousseauneanos* que, em 1789, haviam exercido influência na elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. De certa forma, por abarcar, na origem, uma inspiração em Rousseau, e, no fim, traços essencialmente liberais, a Teoria do Poder Constituinte conseguia acomodar interesses difusos da sociedade daquele período, razão pela qual continha em si um significado atraente. Além disso, tendo em vista que desde o momento de sua instituição, em 1789, a Assembleia já tinha o intento de dotar a França de um documento constitucional e de estabelecer um governo estável (BIGNOTTO, 2013), a proposta do abade emergia como uma fórmula apta a contemplar ambos os desígnios.

As discussões que permearam as deliberações da Assembleia Constituinte partiam da pressuposição de que, após a revolução, o sistema político a ser estabelecido não poderia se vincular ao passado do país, dado o rechaço do povo ao Antigo Regime. Por conseguinte, grande parte dos debates aí realizados se referia mais a defesas e objeções quanto aos sistemas constitucionais desenhados em outros países, mormente nos Estados Unidos e na Inglaterra (BOURDIEU e MORABITO, 1989).

A Constituição que veio a público em 1791 estabeleceu um desenho institucional cravado na divisão do poder político entre as funções legislativa, executiva e judiciária: o Poder Executivo permanecia tendo como titular o monarca<sup>20</sup>; o Legislativo, representado pela Assembleia Nacional Legislativa, se estruturava com uma única Câmara e suas funções exercidas por representantes eleitos pelo povo a cada dois anos<sup>21</sup>; o Poder Judiciário, integrado por juízes também escolhidos pelo nação, a quem se encarregava a função de promover justiça<sup>22</sup>. Neste sistema, a soberania foi concebida como una, indivisível inalienável e imprescritível, bem como pertencente à Nação – grafada em maiúsculo –, de modo que a nenhuma parte do povo ou a algum indivíduo era facultado o exercício de suas competências<sup>23</sup>.

Talvez a maior inovação aí erigida diga respeito ao fato de que o Executivo, exercido pelo monarca, não mais concentrava poderes absolutos, uma vez que agora estava submetido às decisões do Legislativo. O significado da submissão do Executivo em relação ao Legislativo

---

<sup>20</sup> Título III, capítulo II, seção primeira e Título IV.

<sup>21</sup> Título III, capítulo I e capítulo III, seção primeira.

<sup>22</sup> Título III, capítulo V.

<sup>23</sup> Título III, artigo 1º.

era claro: as decisões políticas deveriam ser tomadas em conformidade com a vontade da Nação, e não mais de forma despótica, tal como ocorria no passado. Mesmo assim, tomando como referência o sistema estadunidense, ao monarca foi conferido o direito de veto quanto às decisões emanadas do Legislativo, sendo que este, todavia, era dotado de poderes para derrubar as objeções daquele.

Nos termos do artigo 2º do Título III, a Constituição se estruturou em torno do princípio da representação política, de modo que, apesar de a Nação ser concebida como a fonte de todo o poder, este só poderia ser exercido por meio da *delegação*. Sobre esse mecanismo, a Assembleia repudiou as pretensões jacobinas que, inspirados em Rousseau, pleiteavam o estabelecimento de mecanismos de revogação popular do mandato. Com isso, configurou-se um sistema de delegação de poderes no qual os representantes não se submetiam a mecanismos diretos de constrangimento/limitação quanto aos poderes que representavam. Segundo Comparato (1993), essa escolha comporta uma distinção conceitual importante, já que a partir dela foram diferenciadas as figuras do mandato civil – aquele no qual o descumprimento da vontade do representado por parte do representante enseja sua revogação – e do mandato político<sup>24</sup>.

Ao mesmo tempo em que consignava um sistema representativo guiado pela eleição do povo, a Constituição estabelecia, à luz do legado de Sieyès, uma distinção entre cidadania passiva e cidadania ativa. É dizer, todos os cidadãos franceses eram considerados titulares de direitos civis e naturais, pelo que exerciam uma cidadania passiva; doutro modo, a apenas parte desses cidadãos – os contribuintes de tributos e possuidores de propriedades<sup>25</sup> – era atribuído o direito de votar, pelo que tinham a prerrogativa de exercer a cidadania ativa (COMPARATO, 1993).

Naquilo que se refere à formação do governo, o estabelecimento de um sufrágio de caráter censitário se desdobrava em uma concepção parcial de povo e de nação, já que a maior parte da população era excluída do processo eleitoral ordinário. Nestes termos, não era a nação

---

<sup>24</sup> Conforme visto, posteriormente essa distinção também foi encampada, no âmbito da teoria democrática, por teóricos liberais, como o próprio Mill.

<sup>25</sup> Embora a divisão entre cidadãos ativos e cidadãos passivos se inspirasse na teoria de Sieyès, deve-se anotar que o abade defendia um sufrágio mais limitado àqueles que revelassem capacidade para lidar com a coisa pública. A este respeito, esclarece Bercovici (2008, p. 143-4): “Embora defendesse o pagamento de um tributo voluntário, com o menor valor possível, para o exercício do direito de voto, Sieyès era mais adepto de restrições capacitárias do que censitárias para o voto”.

que se fazia representada no Legislativo, mas apenas uma pequena parte dela. A configuração de um sistema representativo desta natureza resultou, por isso mesmo, no estabelecimento de um poder constituído que apenas retirava da soberania da nação seu fundamento de legitimidade último. Como tal, a soberania da nação impunha limites ao poder constituído apenas no que diz respeito às balizas contidas no texto constitucional. Operando dentro destes limites, o poder constituído, cuja figura central era o Legislativo, não estava adstrito a manifestar a vontade da nação de fato, já que, ao contrário, representava apenas os interesses particularistas da elite econômica, incluindo nesta a burguesia em ascensão.

Em termos de *política ordinária*, os interesses dos diversos segmentos do povo francês não entravam no cômputo das deliberações públicas. Analogamente, da mesma forma que o rei, no Antigo Regime, estava comprometido exclusivamente com os interesses aristocráticos das classes privilegiadas, agora, com a estruturação de um sistema representativo incongruente, o poder constituído igualmente agia em benefício apenas de uma parcela da população. É com vistas para este esquema de funcionamento do sistema político da época que Bourdieu e Morabito (1989) sustentam que a Constituição de 1791 não representou senão uma ferramenta de transferência dos poderes do monarca para a Assembleia Legislativa.

O pensamento constitucional francês deste período também legou às experiências políticas e constitucionais posteriores uma contribuição importante no que se refere ao lugar assumido pelos *direitos humanos* no âmbito do constitucionalismo (BIGNOTTO, 2013). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 se manifestou como um aporte significativo neste ponto, pois, ao afirmar que todos os cidadãos franceses eram considerados *livres e iguais*, seu conteúdo não apenas abriu caminhos para a extinção dos privilégios seculares da nobreza e do clero. Em uma perspectiva mais ampla, os princípios da *liberdade* e da *igualdade* assumiram uma tonalidade de valores substantivos essenciais, com fundamento nos quais se estabeleceu, pelo menos normativamente, a nova ordem política.

Com efeito, a incorporação de tais princípios pela Constituição de 1791, bem como do elenco de direitos e deveres individuais contidos na Declaração, apontou para outro fundamento da ordem constitucional. Esta não mais se relacionava com aspectos transcendentais divinos ou com o direito consuetudinário; ao reverso, se assentava na dimensão ontológica atribuída à categoria dos direitos humanos. Essa mudança de perspectivas operou de forma tão visceral que forneceu, ao pensamento político e constitucional, uma nova referência: “reconhecer nos

direitos humanos o ponto de partida de toda obra constitucional [representa] uma virada importante da modernidade cujo significado ainda não se esgotou” (BIGNOTTO, 2013, p. 182).

Não obstante as inovações e seu relativo êxito, o documento constitucional de 1791 demonstrou, desde o início, suas limitações, potencializadas pelo contexto do período. A fuga do rei Luiz XVI e da família foi um episódico de significado contundente porque demonstrou a indisposição do monarca em levar a efeito um governo limitado pelos comandos e diretrizes contidos na Lei Maior e pelas deliberações do Legislativo. Em essência, esse fato colocou em tensão o modelo de sistema político então instituído, o qual tentou conciliar a manutenção da monarquia com as limitações intrínsecas ao sistema constitucional de Estado. Em acréscimo, as ameaças de exércitos estrangeiros, sobretudo da Hungria e da Boêmia, colocaram em pauta a necessidade de o país contar com um Poder Executivo forte, o qual pudesse capaz de lidar com os perigos iminentes de guerras externas.

Esses fatos conduziram a França a um verdadeiro estado de exceção, que, por sua vez, “devolveu ao poder constituinte seu papel revolucionário” (PISARELLO, 2012, p. 77)<sup>26</sup>. Para Bignotto (2013), a erosão da ordem constitucional de 1791 demonstrou as tensões contidas no interior de seu próprio texto, sobretudo pela incapacidade de conciliar vontade geral e sistema representativo, e pela escolha de não estabelecer um regime republicano. Em agosto de 1792, o ato do povo que proclamou a I República Francesa, e a consequente extinção do sistema monárquico, conduziu a Constituição de 1791 ao seu fim.

Iniciou-se uma nova fase do processo constitucional da França, na qual seu povo, mediante uma nova Assembleia Constitucional, reativou o poder constituinte. De fato, essa nova Assembleia – com o nome de Convenção – foi eleita pelo sufrágio universal masculino, ainda em 1792. Abarcando em seu interior uma composição predominantemente jacobina, a Convenção conformou, para além das funções próprias do poder constituinte, uma espécie de governo provisório, abolindo o cargo de chefe do Executivo e substituindo-o por um conselho executivo, cuja única tarefa consistia em promulgar, formalmente, as leis (BERCOVICI, 2008).

Em virtude da influência exercida pelas ideias jacobinas, vinculadas à tradição do pensamento político de Rousseau, o cenário posterior à derrocada da Constituição de 1791 foi

---

<sup>26</sup> Na versão original de sua obra, Pisarello (2012, p. 77) analisa: “La amenaza de los ejércitos extranjeros y el intento de fuga de Luis XVI conformaron un escenario de excepción que devolvió al poder constituyente su papel revolucionario”.

um palco onde se desenvolveram ideias e conceitos que, em essência, visavam a estabelecer um sistema político inclusivo e mais comprometido com os princípios da democracia. Pode-se dizer que grande parte desse novo repertório se delineou a partir da aversão de parte da população ao sistema político do passado, razão pela qual noções como a de representação, de povo e de soberania passaram a ser identificadas com uma nova semântica, com fundamento em uma gramática avessa aos princípios liberais.

Robespierre foi uma das figuras mais emblemáticas dentre aquelas que influenciaram esse processo. Discípulo confesso de Rousseau, Robespierre defendia uma ideia de democracia que se assentava no princípio da soberania popular. Neste registro, a democracia era concebida como “um regime no qual o povo soberano, guiado por leis que são sua obra, realiza por si mesmo tanto quanto pode, e por meio de delegados quando não pode realizar por ele mesmo [...]”<sup>27</sup> (ROBESPIERRE *apud* PISARELLO, 2012, p. 78). A partir dessa noção, o revolucionário francês advogou a necessidade de se fundar um sistema que albergasse a capacidade de estabelecer um governo do povo, aí incluindo as classes de origem popular e plebeia. A tríade que havia embalado o início da revolução – igualdade, liberdade e fraternidade – passou a configurar uma espécie de bandeira em favor da impugnação ao sufrágio censitário (PISARELLO, 2012), já que qualquer sistema que partisse da divisão da sociedade entre cidadãos passivos e cidadãos ativos não podia ser considerado, em essência, efetivamente livre, igualitário e fraterno.

A defesa de uma Constituição democrática culminou na edição do texto constitucional de 1793. Tal Constituição representava, nas palavras de Pisarello (2012, p. 79), uma resposta contrária “à concepção elitista e censitária que inspirava o texto girondino de 1791”. Em que pese o fato de esta fase do processo constitucional francês ter sido conduzida por uma Convenção, composta por representantes eleitos segundo um modelo de sufrágio universal masculino, o texto final que daí resultou foi submetido à apreciação do povo, via referendo popular, em agosto de 1793.

Este fato chamou a atenção da opinião pública da época, uma vez que, no limite, dizia respeito ao papel reservado ao povo no âmbito do processo constitucional. Sieyès se opôs à

---

<sup>27</sup> Tradução livre. A passagem, reproduzida por Pisarello (2012, p. 78), foi assim transcrita: La democracia es un régimen en el cual el pueblo soberano, guiado por leyes que son su obra, realiza por sí mismo cuanto puede, y por medio de delegados cuanto no puede realizar por el mismo [...]



proposta de um referendo popular por considerá-lo desnecessário, já que, nos moldes de sua teoria, a vontade da nação coincidia com a vontade de seus representantes. Em outra posição, a tese que prevaleceu foi aquela ligada a grupos de origem jacobina, segundo a qual o escrutínio público da Constituição representava um mecanismo imprescindível para a formação de um regime efetivamente democrático: neste, o povo deveria ser considerado como a fonte de constitucionalidade e o ponto de partida do sistema político (BERCOVICI, 2008).

As inovações contidas na Constituição de 1793 também expressaram, em grande medida, a influência exercida pelos jacobinos – fora e dentro da Convenção. Dentre outras novidades, merecem destaque as disposições referentes: i) ao sufrágio universal masculino, por meio do qual todos os homens, com idade igual ou superior a 21 anos, poderiam exercitar os direitos políticos<sup>28</sup>; ii) à necessidade de as leis serem submetidas à sanção popular – pelo que combinou mecanismos representativos e semidiretos<sup>29</sup>; iii) à possibilidade de reforma do texto da Constituição pelas “gerações vivas”, desde que, para isso, fosse eleita uma assembleia para este fim específico<sup>30</sup>; iv) à ampliação do catálogo de direitos contidos na Declaração de 1789, de modo a abarcar alguns direitos de caráter social, considerados direito da existência<sup>31</sup>; v) ao direito de resistência a toda forma de opressão e à organização da insurreição<sup>32</sup>

A Convenção Constitucional não apenas escreveu a nova Constituição, como também reformulou a carta de direitos contidas na Declaração dos Direitos do Homem. Essa última medida foi fundamental para garantir direitos de assistência social aos cidadãos miseráveis, bem como para estabelecer, por meio do princípio da seguridade, a real proteção de cada um dos membros que compõem a sociedade.

No entanto, não só do influxo jacobino a Constituição de 1793 se originou. Em algumas matérias, seja pelas dificuldades concretas relacionadas às suas propostas, seja pelo embate com os setores econômicos privilegiados, os grupos jacobinos não lograram êxito em suas pretensões. Os direitos à propriedade e à livre iniciativa econômica permaneceram, na esteira do tratamento conferido pela Constituição de 1791, contemplados como direitos naturais de todo homem, ao lado do direito à liberdade, à igualdade e à seguridade.

---

<sup>28</sup> Artigo 4º da Constituição.

<sup>29</sup> Artigos 56 a 60 da Constituição

<sup>30</sup> Artigos 115-117. da Constituição e Artigo 28 da Declaração dos Direitos do Homem.

<sup>31</sup> Artigo, 8º da Declaração dos Direitos do Homem.

<sup>32</sup> Artigos 33 a 35 da Declaração dos Direitos do Homem.

No que tange a este tema, as propostas de Robespierre não ganharam adesão da Convenção. O revolucionário francês defendia o direito à propriedade a partir de uma perspectiva que, aliada ao estabelecimento da progressividade fiscal, fosse capaz de generalizar seu exercício, permitindo o acesso de todos os cidadãos franceses à fruição desse direito. (BERVOVICI, 2008). Entretanto, a proteção à propriedade que restou consignada, dentre outros dispositivos, no artigo 16 da Declaração, guardava mais sintonia com os interesses da burguesia, já que, em última análise, resguardava a possibilidade de acumulação de bens.

O sentido atribuído à soberania também constituiu um tema controvertido. Enquanto posições mais conservadoras, como a do próprio Sieyès, advogavam a manutenção da ideia de soberania da Nação, o aporte desenvolvido pelo pensamento jacobino saía em defesa da soberania do povo, entendendo o povo como uma espécie de *indivíduo coletivo*, “o sujeito histórico da Revolução que [deveria] preservar sua unidade contra todas as ameaças, internas e externas” (BERCOVICI, 2008, p. 146). Em uma perspectiva normativa, o jacobinismo identificava a democracia com um processo revolucionário permanente, motivo pelo qual o povo, enquanto sujeito coletivo, deveria concentrar sob seu domínio uma espécie de poder absoluto, juridicamente ilimitado.

Uma posição desta natureza, no entanto, culminava por negar a própria essência do Estado constitucional (BERVOVICI, 2008). Robespierre, em um primeiro momento, compreendendo a necessidade de reconfiguração do sistema político a partir da promulgação de uma Constituição, defendeu a ideia de soberania popular e a identificou com um sistema representativo no qual o poder do povo não poderia se esgotar, no âmbito do poder constituído, com a eleição de seus representantes. Para ele, nos sistemas que se ancoravam na soberania da nação, como aquele da Constituição de 1791, havia uma alienação do poder do povo em favor de seus representantes, de modo que a lei não era produto da *vontade geral*. Em oposição, sua ideia de soberania do povo continha em si uma noção de representação política que, como mal necessário, deveria ser permanentemente controlada pelos cidadãos, os quais deveriam ter, inclusive, a possibilidade de revogação de mandatos.

O resultado desses debates foi a consagração, pelos artigos 2º e 7º da Constituição de 1793, da soberania popular, de modo que, antes de recair sobre a nação, o poder soberano se referia ao povo, amplamente considerado (PISARELLO, 2012). O sentido de uma soberania desta ordem não significou, todavia, numa aderência irrestrita às ideias revolucionárias

jacobinas ou às propostas de Robespierre. Os reflexos da adoção desse modelo de soberania se refletiram em duas vertentes diferentes: primeiro – no tocante ao sistema representativo –, ampliou-se o direito de sufrágio e se criaram as chamadas *assembleias primárias*, as quais, presentes em todos os cantões do país e compostas pelos cidadãos franceses, deveriam atuar em conjunto com o Legislativo no processo de tomada de decisões políticas; segundo – no que se refere à própria natureza do documento constitucional – estabeleceu-se, conforme artigo 28 da Declaração, a possibilidade de mudança das normas constitucionais, mediante um processo de revisão específico. Deve-se registrar que a proposta de revogação de mandatos, tal como defendida por Robespierre, não foi abarcada pelo texto final, que, por sua vez, previu a realização de eleições anuais.

Importante salientar que a previsão quanto à possibilidade de revisão da Constituição por obra da soberania do povo foi, de um lado, uma tentativa de contemplar os ímpetus revolucionários dos jacobinos, e, de outro, uma aderência às ideias defendidas por Condorcet. Filósofo e matemático influente da época, Marquês de Condorcet havia apresentado uma proposta de Constituição para a I República Francesa que, fundada na lógica do majoritarismo, previa o mecanismo de revisão da Constituição como forma de mantê-la sempre em sintonia com a vontade popular (BIGNOTTO, 2013). O texto final que apresentou à Convenção não foi aprovado. No entanto, a defesa que empreendeu quanto à necessidade de revisão periódica da Constituição exerceu influência significativa na Convenção, tanto que a Declaração dos Direitos do Homem então aprovada continha, em seu artigo 28, uma dicção exatamente igual ao artigo 23 do projeto deste filósofo: “Um povo sempre tem o direito de revisar, reformar e mudar sua Constituição. Não pode uma geração sujeitar as suas leis às gerações futuras”.

Pisarello (2012) identifica que, em virtude das pressões democratizadoras dos setores populares ao longo dos anos 1789 e 1793, mais que um movimento burguês ou liberal, a Revolução Francesa deve ser caracterizada como um episódio de traços nitidamente democráticos. Sem dúvida, o tom democrático deste movimento alcançou seu ponto mais virtuoso com a fase do processo constitucional de 1793, pois nele se evidenciou a participação de atores integrantes daquele que seria posteriormente conhecido como o quarto estado, vale dizer, uma dissidência do terceiro estado identificada com a parcela populacional mais desfavorecida da sociedade (composta de artesãos, trabalhadores e pobres urbanos, peões e

campesinos). Em que pese as conquistas alcançadas por estes setores, a Constituição de 1793 teve vida curta, pois já em 10 de outubro daquele ano foi proclamado o governo revolucionário francês, uma página da história política do país conhecida como a Era do Terror.

Conforme observa Hobsbawm (1986), em face das crises internas e das ameaças de ataques externos, figuras políticas importantes da época, como Robespierre, Danton, Saint-Just e Marat, entendiam que o Terror, por meio do estabelecimento de um governo revolucionário do povo, era uma medida que se impunha como forma de impedir a destruição dos ideais que motivaram o ato revolucionário de 1789 e de evitar a desintegração do Estado nacional. A partir da distinção entre governo constitucional e governo revolucionário, realizada por Robespierre, a suspensão da Constituição de 1793 se justificava, em termos teóricos, pela busca de unidade do povo. Esse desiderato só seria alcançado através do abandono da Constituição de 1793 e da consequente imposição de um governo revolucionário do povo (BERCOVICI, 2008).

Assim, com fundamento na proposta de Saint-Just, segundo a qual “o governo provisório da França é revolucionário até a paz”, instalou-se um governo centrado na figura da Convenção, que, organizada em torno do Comitê de Saúde Pública, concentrou sob seu domínio todo o poder político de um Estado sem Constituição, convertendo-se na instância própria de interpretação da vontade geral (PISARELLO, 2012). No âmbito da política interna, o objetivo consistia em obter o expurgo dos ideais girondinos, porque considerados incompatíveis com a instauração de uma república do povo. Por isso, consoante observação de Bercovici (2008, p. 149), a insurreição do povo representava “o estado permanente da república”, por meio da qual a vida política seria emancipada “de todo constrangimento de forma” e se buscaria “a pura ação política sem qualquer tipo de mediação”. O Terror, neste contexto, enquanto expressão da insurreição popular, continha em si o significado de “realização efetiva da indivisibilidade do corpo político, entendendo o povo como totalidade em ação”.

Interpretado por Bignotto (2013, p. 180) como um capítulo terrível na história constitucional da França, a era do Terror teria se particularizado pela negativa dos revolucionários em instaurar um Estado constitucional. A defesa de um governo popular calcado na revolução permanente teria rechaçado qualquer tipo de articulação entre direito e política, entre constitucionalismo e democracia, entre Revolução e Constituição. Isso porque, “ao apelar para o povo como instância última de legitimação de todos os atos, eles acabaram

deixando de lado a transcrição da vontade geral na forma das leis, para se lançarem na vertigem da revolução permanente [...]"

O descontentamento dos setores conservadores da sociedade francesa acrescido da desarticulação e da desmobilização de parte dos grupos jacobinos formou o cenário ideal para, no ano de 1795, pôr fim ao governo revolucionário. Capitaneada por membros da burguesia da época, a *reação termidoriana*, como ficou conhecida, representou um golpe de estado, uma verdadeira contrarrevolução burguesa (PISARELLO, 2012), que culminou na elaboração, por uma nova Convenção, de um terceiro documento constitucional para a França. Essa Constituição representou, a um só tempo, o fim da república revolucionária – simbolizada pela execução de Robespierre e de Saint-Just – e o início de um período guiado pelo valor da ordem, da estabilidade.

O objetivo da Convenção era o de formular uma nova Carta capaz de dar vida a um sistema que impedisse o regresso ao sistema feudal e à ditadura popular dos anos anteriores. Como corolário, a nova ordem constitucional deveria garantir estabilidade e manter o equilíbrio da sociedade, o que impunha a necessidade de fundação de um sistema que fosse capaz de deter os ímpetus democratizantes do período precedente. Por isso mesmo, tentativas no sentido de ressuscitar a Constituição de 1793 – mormente o episódio da insurreição de Babeuf – foram duramente reprimidas, já que o conteúdo do referido texto era associado a uma ideia de Estado revolucionário do povo.

A ordem constitucional delineada pelo texto de 1795 conformava o chamado governo do Diretório, simbolizando a retomada do poder político pelos girondinos. Suas principais características representavam, em essência, o esforço dos representantes reunidos na Convenção no sentido de afastar qualquer conotação popular da nova ordem. Referia-se ao estabelecimento de uma estrutura política fincada no dogma da separação de poderes. Por meio dela, o Poder Executivo passou a ser representado pela figura do Diretório, uma instância política formada por cinco membros, eleitos pelo Legislativo. Este, por sua vez, foi dividido em duas Câmaras: o Conselho dos Quinhentos, em cujo interior se encontravam 500 integrantes, aos quais era atribuída a função de produzir leis; e o Conselho dos Anciãos, que

conformando uma espécie de Senado, era integrado por 250 membros e tinha a missão de revisar as leis aprovadas no âmbito do Conselho dos Quinhentos<sup>33</sup>.

A previsão de eleições indiretas para o Executivo e a arquitetura bicameral do Legislativo foram acompanhadas da restauração do sufrágio censitário. Neste ponto, os debates que se instauram no interior da Convenção eram orientados por uma lógica segundo a qual somente os homens detentores de propriedades seriam capazes de reintroduzir a ordem social no país (PISARELLO, 2012). Por isso mesmo, um governo de proprietários – como, de resto, foi instituído – se traduziu, de um lado, no reestabelecimento do voto censitário, e, por outro, na particular consideração de que somente os proprietários eram legítimos cidadãos franceses. A soberania, neste caso, não pertencia nem à nação, nem ao povo, mas à universalidade de cidadãos, vale dizer, ao conjunto de proprietários do país (BERVOVICI, 2008)

O culto ao princípio da estabilidade se refletiu não apenas no que versa sobre a institucionalidade criada. A própria natureza do documento constitucional restou reconfigurada. A relação entre direito e política, e entre constitucionalismo e democracia, igualmente. Neste cenário, a permanência do poder constituinte, como força latente, foi questionada, levando Sieyès a reconsiderar parte da sua teoria. Na visão de Fioravanti (2014), a vivacidade do poder constituinte passou a ser vislumbrada como uma força contrária à estabilidade política. A Constituição, insculpida como mecanismo de frear os excessos revolucionários, foi elevada a um *status* de força motriz com um significado contundente, vale dizer, uma espécie de pré-condição para o advento de um cenário no qual a política fosse substituída pelo reino do direito. (MORABITO, 1996).

Apesar das diferenças que as particularizam, esse primeiro ciclo do desenvolvimento constitucional da França – no interior do qual se situam as Constituições de 1791, de 1793, de 1795 e o governo revolucionário – é paradigmático na medida em que demonstra a diversidade de projetos políticos que se conflitavam no âmbito da arena pública do país. Ao longo deste período foram desenvolvidos conceitos e esquemas analíticos de grandes proporções, ora cravados em princípios liberais, ora fincados em ideais republicano-democráticas. As linguagens do poder constituinte, do poder constituído, da soberania da nação, da soberania do povo, da vontade geral, da democracia elitista, da democracia popular, da representação política

---

<sup>33</sup> Artigo 44 da Constituição.

(ordinária e extraordinária), do sistema de direitos, da legitimidade política, de cidadania ativa e de cidadania passiva, dentre outras, foram amplamente discutidas entre setores e figuras políticas situadas em lados opostos do espectro político-ideológico. E isso se deve, em grande medida, ao fato de a França carregar consigo, mesmo após a Revolução, muito das mazelas que já a particularizavam durante a vigência do Antigo Regime, mormente por possuir uma sociedade profundamente segmentada em classes com interesses orgânicos distintos.

Se se pode assinalar uma característica em comum entre os documentos constitucionais deste primeiro ciclo, tal convergência reside no formato de estruturação de seus textos. Vale dizer, tanto a Constituição de 1791, quanto as suas sucessoras pretenderam organizar o sistema político da França em torno dos eixos da *organização dos poderes* e do *catálogo de direitos*. Por isso mesmo, apesar das diferenças sensíveis quanto ao significado atribuído à soberania por cada uma dessas Constituições, alguns autores, como Dippel (2005), sustentam que, em alguma medida, elas já apresentavam traços que as inscrevem no âmbito do modelo de constitucionalismo liberal moderno.

### **1.3 Direito como tradição, *checks and balances* como horizonte: o constitucionalismo moderno como uma síntese dos legados francês e estadunidense**

Consoante anotação preliminar, a concepção do constitucionalismo enquanto *modelo* contrasta com sua observação e análise a partir de uma postura *processual* exatamente porque, enquanto aquele enquadramento procura evidenciar os elementos materiais que lhe dão textura específica, essa segunda perspectiva tem o condão de revelar as assimetrias, as divergências e os percalços pelos quais cada uma das experiências em específico perpassaram ao longo do tempo. Tendo em vista esta última perspectiva, quando se compara a história dos processos constitucionais dos Estados Unidos e da França, verifica-se a existência de duas variáveis que condicionaram as discrepâncias de suas experiências político-constitucionais: (i) o fato de cada uma das revoluções ter se voltado contra um passado específico – os Estados Unidos contra a colonização inglesa, a França contra o Antigo Regime; (ii) a existência de sociedades

organizadas de forma distintas – a França com uma profunda desigualdade social, e, por isso mesmo, dividida em estamentos, e os Estados Unidos com uma relativa homogeneidade<sup>34</sup>.

Elster (1993) traça uma análise comparativa entre os trabalhos da Convenção Constitucional da Filadélfia de 1786-1787 e da Assembleia de Paris de 1789-1791 para demonstrar que esses países migraram, com o advento de suas Constituições, de estágios diferentes no que diz respeito às possibilidades de desenvolvimento político-constitucional. Segundo esse paralelo, enquanto a França de 1789 saiu de um estágio de monarquia absolutista para um sistema parlamentar (ainda que, em um primeiro momento, conjugado com a figura do rei), os Estados Unidos de 1787 saíram de uma etapa fortemente parlamentar – evidenciada nos anos de vigência do sistema confederativo – e migraram para o estágio de freios e contrapesos, o que só seria alcançado pela França mais contemporaneamente.

As diferenças de estágios de desenvolvimento apresentadas por esse esquema sugerem, em um *primeiro nível de análise*, uma interpretação segundo a qual o constitucionalismo moderno abriga, em seu interior, duas espécies distintas de constitucionalismo. Um primeiro, de matriz francesa, que, ao conformar um sistema de parlamentarismo irrestrito, dá azo ao governo da maioria<sup>35</sup> e se vincula ao princípio *rousseauneano* da *vontade geral*, sendo identificado, por isso, como herdeiro do legado republicano; um segundo, de matriz estadunidense, que, por se estruturar a partir de um sistema fortemente articulado de freios e contrapesos, se opõe à ideia de governo majoritário, limita a soberania popular e, como consequência, privilegia a dimensão da estabilidade, “tornando mais difícil e lenta as alterações substanciais da própria constituição” (TORRES, 2017, p. 143). Dado o caráter procedimental fortemente vinculado à concepção privada de indivíduo, esta última matriz constitucional é caracterizada como sendo vinculada à tradição liberal do pensamento político (GARGARELLA, 2005; FIORAVANTI, 2014).

---

<sup>34</sup> Ressalva-se aqui que, em oposição a leituras como as de Bailyn (2003), para quem a sociedade norte-americana do final do século XVIII era praticamente homogênea, autores como Pisarello (2012) salientam que a existência de um sistema escravocrata nos Estados Unidos deste período não permite falar em uma verdadeira homogeneidade social. Verificações como a de Bailyn partem do pressuposto de que, diferentemente dos Estados europeus, nas Treze Colônias não se evidenciava a existência de estamentos bem delimitados.

<sup>35</sup> Cabe aqui apresentar a distinção entre governo da maioria e princípio da maioria. Conforme lição de Arendt (2011), o princípio da maioria permeia os processos de tomada de decisão de várias formas de governo, com exceção dos governos tirânicos. O governo da maioria, por seu turno, tem lugar quando uma maioria líquida politicamente a minoria (ou pelo menos, os grupos rivais). Neste último caso, é como se o princípio da maioria, enquanto regra de tomada de decisão, se desnaturasse e, com isso, abrisse espaço para o governo da maioria.



Os problemas que emergem desse tipo de categorização são múltiplos, pois, em última instância, não se afiguram adequadas para descrever a diversidade de experiências contidas no interior da história política francesa. Não raras vezes, por exemplo, identifica-se a matriz constitucional desse país com a concepção de constitucionalismo erigida com o influxo jacobino de 1793. No entanto, uma análise em profundidade das três primeiras experiências constitucionais da França coloca em evidência, à luz do histórico anteriormente traçado, que a multiplicidade de características própria de cada um destes momentos torna inviável qualquer tentativa de unificar o constitucionalismo francês em torno de significados ou de um projeto unívocos.

Não há como negar que, pelo menos no que se refere à Constituição de 1793, a influência jacobina conseguiu dar ensejo à produção de um documento mais comprometido com os interesses da população e que, por isso mesmo, demandaria uma atuação mais ativa dos cidadãos franceses. No entanto, conforme se registrou, essa Constituição teve vida curta (cerca de cinco meses), o que impossibilitou que suas inovações produzissem efeitos contundentes. O período do Terror pôs em perspectiva uma ideia de soberania que, apontando para um significado bem específico – a ideia de soberania revolucionária –, desejava, em última instância, a eliminação de quaisquer projetos dissonantes, particularmente os de origem girondina. Por outro lado, a Constituição de 1795, fruto da reação termidoriana, colocou em pauta a necessidade de se edificar um sistema político estável, do que derivou uma arquitetura bicameral do Legislativo, arena na qual o Conselho de Anciãos cumpria com uma função análoga àquela desempenhada pelo Senado dos Estados Unidos. Por isso mesmo, em que pese essa Constituição ainda não contar com um sistema de controles mútuos tão complexo como o estadunidense, ela já esboçava um desenho institucional que tinha em mira o controle quanto à formação de possíveis maiorias políticas no âmbito do Parlamento.

Há de se ressaltar ainda que as influências de Sieyès foram fundamentais para a disseminação de um repertório com traços, como registrado, fortemente vinculados à tradição liberal (CATTONI, 2007). Sua teoria do poder constituinte, apesar de prever a latência do poder constituinte originário, preconiza um modelo de representação política que opera como delegação de poderes do povo para os representantes eleitos; com isso, induz a manifestação da soberania direta do povo, no que se refere à dimensão do poder constituído, a apenas os momentos de definição dos quadros do Legislativo. Ademais, além de não contemplar a

possibilidade de reforma constitucional, sua teoria foi redefinida após o Período do Terror, de modo a rechaçar, inclusive, sua antiga defesa quanto à latência do poder constituinte originário. No cômputo geral, a influência de sua teoria acabou por refletir a necessidade de limitação da soberania popular como condição de formação de poderes constituídos estáveis e duradouros.

Portanto, dadas as insuficiências das considerações contidas nessa verificação meramente dicotômica entre constitucionalismos estadunidense e francês, um *segundo nível de análise* fomenta um diálogo mais abrangente, pois tem a capacidade de articular as aproximações substanciais e as contribuições particulares que cada uma dessas matrizes, a seu modo, legou à prática política moderna e contemporânea. Uma postura desta natureza parte daquela dimensão *processual* de análise do fenômeno constitucional para, em seguida, desembocar na organização de um cenário no qual emerge a figura do *modelo* constitucional moderno.

Nestes termos, entende-se que estágios de desenvolvimento político-institucional diferentes conduziram cada uma das nações revolucionárias a pavimentar sistemas constitucionais dotados de particularidades, mas que, em conjunto, dão tessitura ao modelo moderno de constitucionalismo então erigido. Se, por um lado, os Estados Unidos se ocuparam, em grande medida, a estabelecer as engrenagens de funcionamento de um *ordenamento estável*, em cujo interior se localizava o sistema de *freios e contrapesos* como medida de contenção da concentração e do abuso do poder político, a França, por outro lado, tratou de edificar uma arquitetura mais comprometida com a *consagração de direitos*.

A respeito deste último mote, Douzinas (2009, p. 102) sobreleva que, embora os Estados Unidos também tenham produzido uma declaração de direitos, esta não revela o mesmo significado da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Para ele, a revolução estadunidense apenas “limpou o terreno” para a implementação de direitos pré-existentes, pelo que argumenta: “Os direitos norte-americanos eram naturais, eles já existiam e eram bem conhecidos, e a função do governo era aplicar de forma prudente leis pré-existentes a novas situações”.

Na França, por outro lado, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão tinha o condão de conferir legitimidade aos trabalhos da Assembleia Constituinte, a qual, por sua vez, tinha a vocação de inaugurar uma nova ordem racional, inclusive no que diz respeito à

configuração dos direitos do povo francês. Como consequência, a prioridade francesa não consistia apenas em *declarar* direitos já existentes, mas, antes, em *construir* direitos dotados de generalidade e abstração, a partir dos quais a nova era pudesse ser iluminada. Na visão de Douzinas (2009, p. 102), a distinção de prioridades que estadunidenses, de um lado, e franceses, de outro, atribuíram a este tema resultou em diferentes relações de seus sistemas político-constitucionais com o tópico dos direitos: a França “prefaciava sua Constituição com a Declaração tornando-a a base e a legitimação da reforma constitucional, ao passo que a Declaração de Direitos foi introduzida como uma série de emendas à constituição norte americana”.

Acresce-se a esse traço distintivo o fato de que a declaração de direitos francesa apresentava uma pretensão mais abrangente do que a norte-americana. Por isso mesmo, o caráter abstrato e generalizante do conteúdo da declaração da França tinha em mira um projeto universalizante, por meio do qual os indivíduos de todas as nações pudessem desfrutar das condições de se tornarem cidadãos livres e iguais. Este projeto restou consignado no texto constitucional de 1791 exatamente no trecho em que reconhecia a cidadania para uma multiplicidade de sujeitos: para os filhos de estrangeiros nascidos no solo francês; para os filhos de franceses que, nascidos no exterior, fizessem o “juramento cívico”; e para os descendentes de franceses cujos ascendentes tivessem sido expulsos do país por motivos religiosos (LORENZETTO, 2014). De modo distinto, conforme anteriormente salientado, a cidadania nos Estados Unidos só foi efetivamente universalizada, de modo a contemplar os estadunidenses de origem negra, após o episódio da Guerra de Secessão, já no final do século XIX<sup>36</sup>.

Hannah Arendt (2011) assinala que a Revolução Americana centrou seus esforços no sentido de fundar a liberdade através de instituições políticas e do estabelecimento de uma Constituição, ao passo que a Revolução Francesa desviou deste caminho porque precisou lidar com uma questão social, vale dizer, com a libertação das necessidades do povo. Esses aspectos contextuais distintos, na visão da filósofa, conduziram o empreendimento estadunidense a resultados mais exitosos, na medida em que, com vistas na experiência acumulada do período colonial bem como na prudência de seus antepassados, os políticos norte-americanos vislumbraram que o desafio daquele momento não dizia respeito apenas ao estabelecimento de

---

<sup>36</sup> O projeto universalizante intrínseco à Declaração Francesa é tão evidente que, já no século XX, “a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, seguiu de perto a Declaração Francesa, tanto em essência quanto em forma” (DOUZINAS, 2009, p. 99).

uma declaração de direitos, mas à criação de um novo sistema de poder. Para os *Pais Fundadores*, a declaração de direitos estava associada à necessidade de se fundar um *governo limitado*, o que, para eles, não representava uma novidade, dado os exemplos da experiência inglesa após o episódio da Revolução Gloriosa. A criação de um *novo* marco político, no entanto, impunha a necessidade de edificação de um sistema em cujo interior o poder restasse bem dividido e equilibrado, do que resultou a gramática do *checks and balances* e a promulgação de uma Constituição escrita, duradoura e fortemente vinculante.

O diagnóstico que resulta dessa análise – a verificação de a França ter enfatizado a declaração de direitos e os Estados Unidos terem se lançado na busca de um sistema político-constitucional equilibrado e estável – chama a atenção para o fato de que, em conjunto, essas experiências ressaltam um traço particular do constitucionalismo moderno, qual seja, a estruturação de cartas constitucionais voltadas, ao mesmo tempo, para o estabelecimento de um rol de direitos essencialmente individuais, o que Gargarella (2005; 2014) denomina de *eixo dogmático*, e à preconização uma arquitetura de divisão, relação e equilíbrio entre os poderes de estado, o chamado *eixo orgânico*.

Ao mesmo tempo, tendo em vista aquele paralelo apresentado por Elster (1993), vislumbra-se que o *esquema analítico* desenvolvido a partir das experiências do constitucionalismo pós-revolucionário coloca no *horizonte de desenvolvimento constitucional* a necessidade de estabelecimento do sistema de mútuos controles dos poderes de estado como medida necessária à formação de ordenamentos bem-acabados. Se, naquele momento da investigação de Elster, essa posição era ocupada apenas pelos Estados Unidos, com o passar do tempo essa característica foi difundida como sendo imprescindível para o estabelecimento de sistemas político-constitucionais estáveis e duradouros, o que coloca a experiência constitucional estadunidense numa posição exemplar, e, por isso mesmo, central no âmbito do modelo de constitucionalismo moderno.

Em outro giro, verifica-se um ponto de convergência importante entre as experiências constitucionais francesas e estadunidenses, similaridade esta que coloca em pauta outro atributo intrínseco ao constitucionalismo moderno. De fato, tanto o deslocamento do estágio de monarquia absolutista para o sistema parlamentar, quanto o movimento do parlamentarismo irrestrito para o sistema de mútuos controles dos poderes de estado impôs a necessidade de superação dos antigos fundamentos do poder político, fossem eles inspirados na divindade,

fossem eles fundados em qualquer outra figura transcendente. Por essa razão, conforme anteriormente salientado, a narrativa do *contratualismo fundacional*, associada ao baluarte da *soberania do povo*, sobreveio como uma fórmula útil, tanto à França como aos Estados Unidos, na medida em que possibilitou que estas mudanças paradigmáticas se realizassem arrimadas em um esquema que, pelo menos no nível teórico-filosófico, se prestava a conferir legitimidade ao advento dos novos corpos políticos.

Para Holmes (1999, p. 229), essa similitude acentua um traço relevante das Constituições modernas. Embora não desconsidere o caráter absoluto do poder do monarca no período anterior às revoluções, esse teórico adverte que, a exemplo do que se deu com o acordo inglês de *whig* em 1688, as constituições do passado eram o resultado de um acordo entre facções, normalmente entre a nobreza e o povo. De modo diverso, as Constituições modernas não foram concebidas como tréguas negociadas entre classes ou facções, mas como marcos que *nós, o povo nos damos a nós mesmos*<sup>37</sup>.

Apesar do caráter genérico dessa observação, ela coloca em evidência aquela dimensão fundacional/contratual com apoio na qual ambos os processos revolucionários levaram a efeito seus intentos constitucionais. Como desdobramento desse elemento central, deve-se anotar que, em que pese o fato de o elemento imanente ter se manifestado de formas distintas – nos Estados Unidos, o *povo* que se constituiu enquanto tal a partir do advento de seu texto constitucional, na França, a *nação* já pré-existente – e dos processos político-constitucionais terem conduzido a formas diferentes de organização, ambos os processos revolucionários legaram ao pensamento político e à teoria constitucional um esquema de organização sistêmica que se assenta em duas dimensões – a instituinte e a instituída.

Seguindo, em alguma medida, a teoria desenvolvida por Sieyès, esse esquema se ancora, inicialmente, no processo fundacional-revolucionário, para, em um segundo momento, se tornar um regime institucionalizado. Por outra via, tomando como parâmetro o caso considerado

---

<sup>37</sup> Na íntegra, Holmes (1999, p. 229) argumenta: “El acuerdo whig de 1688 todavía se consideró como un pacto entre el rey y el pueblo. Y aún en el siglo XIX, los secesionistas estadounidenses se inclinaron a interpretar la Constitución de los Estados Unidos como un pacto entre estados soberanos. Sin embargo, en general las constituciones modernas que surgieron en los Estados Unidos y en Francia a fines del siglo XVIII no se concibieron como treguas negociadas entre clases o facciones. De hecho, tal como fueron escritas muestran un parecido notable, pero descuidado, con las proclamas por las cuales un monarca absoluto declara su voluntad soberana. En lugar de ser presentadas como un intercambio de promesas entre partes separadas, las constituciones modernas se presentan, típicamente, como marcos que “nosotros, el pueblo”, nos damos a nosotros mismos”.

exemplar dos Estados Unidos, a ordem constitucional instituída é conformada com supedâneo no princípio da estabilidade e, por isso mesmo, apresenta-se como sendo incompatível com a agitação revolucionária que lhe deu ensejo. Com vistas voltadas para este modelo, Preuss (1993, p. 641) argumenta: “Ao fazer uma constituição, a força revolucionária cava sua própria sepultura; a constituição é o ato final da revolução” já que, “de acordo com essa ideia, o processo político subsequente não é controlado por forças revolucionárias, mas pela própria constituição”<sup>38</sup>.

Ribeiro (2014) salienta que, com o advento do constitucionalismo pós-revolucionário e, com ele, o aparecimento da figura do poder constituinte, a articulação entre ato fundacional-instituinte e soberania operou de uma maneira tão imbricada que há quem apenas substitua um termo pelo outro, de tal forma que falar em soberania popular efetiva, isto é, como aquela que pode gerar alterações profundas na realidade, passou a significar uma referência expressa ao poder constituinte. Com efeito, em que pese o fato de a categoria da soberania preceder, sob o ponto de vista histórico, à do poder constituinte, a emergência desta última figura provocou um deslocamento de tratamento quanto àquela temática: se antes o debate da soberania se limitava às controvérsias sobre as características e limites do poder soberano, com o giro da imanência se estabeleceu uma discussão paralela no sentido de se verificar os limites da ação fundacional popular e sobre a “qualidade do *demos* constituinte” (RIBEIRO, 2014).

No caso paradigmático dos Estados Unidos, a contenção do exercício da soberania popular é reforçada, no âmbito de sua dimensão instituída, pela própria natureza de seu sistema constitucional e pela existência dos mecanismos institucionais que compõem a gramática de seu *checks and balances*. Vale minudenciar. Primeiro, a aclamação da Constituição como pré-compromisso geracional resulta na consagração de um procedimento complexo de emendamento do seu texto, de modo a dificultar que mudanças no contexto político alcem promover alterações nos marcos constitucionais. Segundo, a existência de uma instituição como o Senado, que atua como contraponto à Câmara de Representantes do povo, procura incluir um ponto de veto no âmbito das instituições do sistema representativo, de molde a diluir o poder entre as instâncias que atuam no processo de tomada de decisões políticas, sobretudo no nível

---

<sup>38</sup> No original: “By making a constitution, the revolutionary force are digging their own graves; the constitution is the final act of the revolution [...]. According to this idea, the ensuing political process is not controlled by the revolutionaries, but by the constitution. More precisely, it is controlled by social forces that are the beneficiaries of the revolution without having necessarily participated in initiating and waging it”.

ordinário (isto é, infraconstitucional). Terceiro, a consagração de um sistema de controle de constitucionalidade, por meio do qual a Corte de Justiça, atuando também como um *veto player*, promove uma espécie de homogeneização entre a legislação ordinária e a norma constitucional. Em conjunto, os elementos constitutivos desse arquétipo operam de maneira tão integrada e tão articulada que não somente dificultam a formação de facções majoritárias, como praticamente impedem alterações na estrutura política – constitucional e ordinária – condicionadas por mudanças de opinião coletiva da sociedade.

Mesmo Arendt, que enxergava com bons olhos a criação do Senado e da Suprema Corte de Justiça, reconhecia que nenhuma instituição restou plasmada na ordem instituída dos Estados Unidos de molde a permitir o exercício da liberdade – positiva, pública – e, com isso, a renovação da república. Consoante interpretação formulada por Rubiano (2016, p. 146), a filósofa admitia que nenhum espaço foi reservado para abrigar e manter vivo o tipo de *ação* que conduziu ao ato fundador, isto é, “nenhum espaço foi institucionalizado para materializar o espírito revolucionário e abrigar a participação ampliada”. Nas palavras da própria filósofa:

Ainda hoje estamos sob o efeito desse desenvolvimento histórico e, assim, talvez tenhamos dificuldade em entender que, de um lado, a revolução e, de outro, a Constituição e a fundação são como conjunções relativas. Para os homens do século XVIII, porém, ainda era evidente que precisavam de uma Constituição para estabelecer os limites da nova esfera política e definir as regras em seu interior, e que deviam fundar e construir um novo espaço político onde "a paixão pela liberdade pública" ou "a busca da felicidade pública" pudessem ser exercidas pelas gerações futuras, de forma que o espírito "revolucionário" deles sobreviveria ao fim efetivo da revolução. No entanto, mesmo na América, onde a fundação de um novo corpo político teve êxito e, portanto, em certo sentido a revolução atingiu seu fim efetivo, essa segunda tarefa da revolução, isto é, assegurar a sobrevivência daquele espírito de onde brotou o ato fundador, materializar o princípio que o inspirou tarefa que, como veremos, especialmente Jefferson considerava de suprema importância para a própria sobrevivência do novo corpo político-, foi frustrada quase desde o início. (ARENDR, 2011, p. 171).

Ackerman (2006) tentou extrair, a partir de um olhar retrospectivo, uma interpretação mais republicana da história política e constitucional dos Estados Unidos. Com fundamento na sua postulação da *democracia dualista*, a qual comporta momentos ordinários (política normal) e extraordinários (política constitucional) da legislação, o constitucionalista estadunidense avalia que, naquelas ocasiões extravagantes – pelo que corrobora com a guerra civil que deu origem à emenda n. 14, bem como com as mobilizações sociais que ensejaram a aprovação do *New Deal* –, o ordenamento político-constitucional deste país permite que, tanto as gerações do

presente quanto as do passado, tenham direito à palavra no arranjo constitucional (AVRITZER e MARONA, 2014).

A preocupação de Ackerman em conferir uma qualificação democrática ao sistema constitucional estadunidense não se limita à tese, genericamente considerada, da democracia dualista. Ao tentar equacionar o problema do pré-comprometimento geracional com a vontade soberana do povo, este constitucionalista estabelece uma particular interpretação quanto às atribuições das instituições que compõem o sistema de justiça de seu país – as quais, por essa razão, se prestam a reforçar a tese do dualismo. A princípio, demonstra que, ao declarar, nos estritos termos do controle *difuso* de constitucionalidade, uma lei ou ato normativo como sendo inconstitucional, os tribunais do país estão realçando o fato de que uma *nova questão* está posta para a geração presente e que, por isso mesmo, cabem às mobilizações organizadas do povo a tarefa de redefinir a identidade constitucional da nação (ACKERMAN, 1999). Nestes termos, a manifestação dos tribunais indica uma espécie de fissura na ordem político-constitucional do país, que, como tal, deve ensejar a manifestação da política constitucional-extraordinária.

No que pertine especificamente às funções da Suprema Corte, Ackerman compreende que, nos momentos ordinários da política, os *justices*<sup>39</sup> atuam como verdadeiros representantes do povo, pelo que, ao exercerem suas atribuições típicas, devem promover uma interpretação holística da história constitucional do país, buscando um diálogo entre as gerações que compõem os seus diferentes momentos constitucionais. Por isso mesmo, nos momentos de política ordinária, essa síntese interpretativa entre gerações deve operar de tal forma que mantenha viva a identidade coletiva do povo.

Michelman (1986), por outro lado, submete a interpretação ackermanneana a um intenso *stress* analítico e, com isso, realça que, nos moldes verificados pelo constitucionalista estadunidense, a autonomia do povo é decodificada a partir da categoria da *geração*, isto é,

---

<sup>39</sup> Especificamente, *justices* são os nove membros que compõem a SCOTUS – a Supreme Court of the United States. Sobre a atividade desse corpo, Ackerman (2006, p. 365-368) questiona: “o que daria a nove juristas de idade avançada a autoridade democrática para vetar conclusões legislativas dos nossos representantes eleitos?” Para responder essa pergunta, o autor não se limita a justificar a legitimidade democrática do *judicial review* com base no argumento “contra-majoritário” de Alexander Bickel. Noutra giro, Ackerman sustenta que o grande feito da Corte – e o que lhe confere credibilidade e atribui legitimidade às suas decisões – consiste no fato de, durante os períodos da política ordinária, realizar um trabalho interpretativo dos princípios constitucionais consagrados durante o momento da Fundação, da Reconstrução e do New Deal, além de outros momentos constitucionais de menor envergadura: “A boa notícia sobre a Suprema Corte é que ela interpreta os princípios constitucionais sustentados pelo povo estadunidense nos momentos em que a sua maior atenção e energia política não estão centralizadas nessas questões (...).”



como um construto historicamente orientado a promover a criação da lei. Nesta linha, a Constituição, como lei maior da comunidade política, não constitui uma série ordenada de acréscimos cronologicamente orientados, mas, antes, representa o reflexo de um diálogo entre gerações. Nos termos definidos por Ackerman, “o conceito de geração é fundamental para a fidelidade à constituição, uma vez que a lei constitucional necessita de uma referência aos atos históricos do passado e também da preservação do compromisso pela geração atual” (CONSANI, 2013, p. 84).

Quando, todavia, se confronta a concepção de povo – expressa na ideia de manifestação de seu poder nos momentos extraordinários da política – com a categoria da geração, verifica-se que, em sendo raras as manifestações da vontade popular, nem toda geração tem, faticamente, a oportunidade de participar daquele diálogo que, segundo interpretação proposta por Ackerman, é fundamental para atualizar a identidade coletivo-constitucional do país<sup>40</sup>. Para Michelman (1986), essa incongruência promove uma verdadeira *síndrome de autoridade-autoria*, na medida em que, para a grande maioria das gerações, o fundamento que confere autoridade/obediência à Constituição é a *justiça* e não a *autoria* em si, vale dizer, a presunção, pelos cidadãos atuais, de que as apostas políticas do passado foram e são essencialmente justas. Além disso, o Poder Judiciário, ao realizar, conforme sugere Ackerman, aquela síntese interpretativa entre gerações, parece mais cumprir com o autogoverno ausente do povo do que promover uma função representativa da vontade soberana do povo

Avritzer (2017, p. 24-5), noutro ponto, salienta que uma leitura da história constitucional deste país torna inexorável o diagnóstico segundo o qual, seja nos momentos ordinários, seja nos momentos extraordinários, a capacidade de promover a atualização da comunidade política, sob o ponto de vista da mudança constitucional, permanece praticamente inexpressiva. Tanto assim é verdade que foi “necessária uma guerra civil para que a emenda 14 fosse viabilizada e, no caso do *New Deal*, não foi possível transformar a Constituição, ainda que tenha havido um acordo político para a mudança na composição da Corte”. De forma mais abrangente, Arato

---

<sup>40</sup> Há quem sustente que, exatamente por considerar que o povo se manifesta em momentos raros da história, Ackerman não contempla, em sua proposição, o cidadão atual, o qual não integra a categoria do povo. Por se tratar de momentos de manifestação da vontade popular raros, esses episódios históricos provavelmente “apenas são reconhecidos por historiadores, ao perceberem, em um passado determinado, a formação de um movimento diferenciado da política” (VARGAS, 2005, p. 119).

(1997, p. 25) observa que “Ackerman parece acreditar que um início revolucionário monista pode levar a um produto dualista”

Sob o ponto de vista daquele padrão de relacionamento entre constitucionalismo e democracia inaugurado, conforme argumento anteriormente articulado, com a Constituição estadunidense de 1787, observa-se que mesmo leituras mais republicanas, como as de Ackerman, não são capazes de elidir aquele diagnóstico segundo a qual os freios constitucionais funcionam como elementos estabilizadores da democracia. Entende-se que este padrão de articulação, que se traduz em uma tensão irreconciliável entre constitucionalismo e democracia, pressupõe um *texto constitucional rígido*, o qual, funcionando como estratégia procedimental de diluição do poder, tem em vista tanto o autocontrole dos poderes de estado, como o estabelecimento de obstáculos à formação de decisões majoritárias futuras (MARONA, 2017).

Em face do caráter *rígido* – mas não *imóvel* – daquele documento, foram necessárias mobilizações sociais de grandes proporções – os momentos extraordinários de política constitucional a que faz menção Ackerman – para que mudanças constitucionais, operadas via exercício da soberania popular, promovessem alguma atualização da comunidade política, alterando pontualmente aqueles marcos impostos pelo povo fundador da ordem originária<sup>41</sup>. Todavia, dado o caráter *raro* destes eventos, não se pode dizer que a estrutura político-constitucional dos Estados Unidos permite a atualização *constante* daquele pacto fundacional. Pelo contrário, ao utilizar o constitucionalismo como ferramenta de estabilização da democracia, o que se verifica é uma primazia daqueles marcos inaugurais estabelecidos pelos *Pais Fundadores*, o que contraria qualquer interpretação que intente diagnosticar a existência de um diálogo efetivo entre gerações.

Na visão de Michelman (1986), os *Pais Fundadores* se apropriaram do vocabulário republicano para, ao final, lhe atribuir uma semântica *sui generis*. O paralelo desenvolvido por este constitucionalista tem como parâmetro a chamada *tradição republicana profunda*, que, desenvolvida por Harrington na Inglaterra do século XVII, preconiza uma ordem política fundada em sete princípios: autogoverno; deliberação de caráter prático ou dialógico; governo

---

<sup>41</sup> O próprio Madison, ao defender seu modelo de pré-compromisso geracional, argumentava que a existência de um mecanismo de revisão constitucional, como aquele estabelecido no artigo V, deixava aberta a possibilidade de alteração dos marcos políticos inaugurais de 1787. De fato, essa possibilidade existe, o que se discute aqui é exatamente seu caráter complexo, por vezes praticamente impossível, que inviabiliza a possibilidade constante de atualização da comunidade política.

da lei, não dos homens (o que configura uma concepção de anti-estatismo e de imediação); igualdade de todos os indivíduos no âmbito da comunidade política; defesa da virtude cívica e do bem-comum; governo misto; e, finalmente, ação política voltada para a promulgação de leis<sup>42</sup>. Essa teoria parte do pressuposto de que a comunidade política ideal é aquela na qual os cidadãos são incentivados e se sentem constantemente engajados em agir livremente no espaço público, elaborando leis e, por isso mesmo, preservando o bem-comum. Além disso, a concepção *harringtoniana* de república contempla a necessidade de estabelecimento de um governo/constituição mista como forma de permitir que os interesses de todos os cidadãos sejam representados na arena política, mecanismo este que visa a coibir práticas de corrupção e a mitigar eventuais diferenças de aptidões entre os indivíduos (CONSANI, 2013).

Michelman assevera que a primeira modificação operada pelos *Pais Fundadores* se deu no âmbito da concepção de liberdade: partindo daquela distinção entre liberdade positiva e liberdade negativa formulada por Isaiah Berlin, esclarece que, enquanto o republicanismo profundo enfatiza a noção de liberdade positiva, o sistema político-constitucional dos Estados Unidos se identifica mais com um apreço pela liberdade negativa. No mesmo sentido, a partir da égide do documento constitucional de 1787, o princípio do bem-comum passou a ser identificado com a preservação e salvaguarda de direitos, pelo que a virtude cívica se transformou em culto ao bem-comum. O equilíbrio republicano, que nos termos clássicos se expressa pela ideia de governo e de constituição mista, restou definido, no âmbito do arcabouço *madisoniano*, pela linguagem dos freios e contrapesos.

É com fundamento neste paralelo que Michelman salienta que qualquer postura que retome a teoria republicana clássica para analisar o constitucionalismo estadunidense não passa de uma contra-ideologia, isto é, “uma visão político-normativa contrária àquela predominante no pensamento dos pais fundadores” (CONSANI, 2013, p. 82). Apresenta-se um contra-ideologia porque, consoante abordagem anterior, o constitucionalismo estruturado nos Estados Unidos, a partir de 1787, é essencialmente liberal.

Dada a representatividade que a matriz constitucional dos Estados Unidos assume no âmbito da caracterização do *constitucionalismo moderno*, é comum a referência a este como sendo o espelho daquele, ou seja, segundo um enquadramento no qual a *parte* se apresenta

---

<sup>42</sup> Esse elenco foi extraído da tradução realizada por Consani (2013, p. 83).

como sendo expressão da *totalidade*. A despeito dessa posição, um estudo pormenorizado das experiências constitucionais da França e dos Estados Unidos revela que a história do constitucionalismo moderno congrega tanto um padrão de constitucionalismo republicano, quanto uma vertente liberal, razão pela qual algumas posturas investigativas tendem, conforme antes salientado, a trabalhar essa distinção em termos de uma dicotomia, na qual o constitucionalismo francês é caracterizado como republicano, ao passo que o constitucionalismo norte-americano é identificado como liberal.

A abordagem processual e integrada desses sistemas, por outra via, revela que a modernidade pós-revoluções foi palco do estabelecimento de um padrão *ideal* de constitucionalismo: aquele que, de um lado, se funda nos pontos de convergência dos processos constitucionais francês e estadunidense, e que, por outro, se estrutura a partir dos legados específicos que cada uma dessas matrizes foi capaz de desenvolver. Nestes termos, o padrão ideal de constitucionalismo moderno é aquele que, em termos de convergência, se estrutura a partir da narrativa de contratualismo fundacional, ancorado pelo princípio da soberania popular, e que desemboca em uma verdadeira cisão entre as dimensões instituinte e instituída do poder político. No plano das divergências, esse modelo é aquele que preconiza um sistema de declaração e de salvaguarda de direitos – tendo como paradigma a matriz francesa – e, ao mesmo tempo, um sistema institucional alavancado pela divisão dos poderes de estado e pelo estabelecimento de uma lógica de mútuos controles entre eles – a exemplo do experimento norte-americano.

Aquela sinonímia entre o constitucionalismo estadunidense e o modelo de constitucionalismo moderno resulta do fato de que a lógica forjada por esse país, mormente pela ideia de *checks and balances*, é disseminada pelo Ocidente como sendo fundamental para o estabelecimento de ordenamentos político-jurídico duradouros. Por isso, para além dos pontos de convergência que unem as matrizes francesas e estadunidenses, deve-se registrar que a primazia do legado norte-americano é indiscutível, na medida em que sua estrutura político-institucional ocupa o lugar de estágio de desenvolvimento constitucional considerado mais evoluído, para o qual, inclusive a França, também deve(ria) caminhar

Além disso, o aporte da consagração de direitos extraído da vertente constitucional francesa, mormente em virtude da incorporação, em seus documentos constitucionais, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, é adicionado ao esquema institucional

desenvolvido nos Estados Unidos para reforçar, ainda mais, a natureza liberal do modelo de constitucionalismo moderno. Se, de um lado, este modelo toma emprestado dos Estados Unidos uma estrutura institucional que privilegia o postulado da estabilidade e no seio da qual o povo participa do processo político por meio, sobretudo, dos mecanismo da delegação de poderes, por outro, esse mesmo padrão constitucional se apropria da herança do sistema de consagração de direitos da França para fornecer os insumos de desenvolvimento de um modelo de cidadania do tipo liberal, aquele que, forjada sob o estereótipo do sujeito de direitos, admite todos os indivíduos como iguais portadores de direitos, oponíveis em face do Estado, e que, como tais, garantem uma zona de não interferência dos poderes públicos nas vidas privadas dos cidadãos.

Tendo em vista esse registro, não se pode considerar que, mesmo em face do influxo francês, o padrão ideal de constitucionalismo desenvolvido na modernidade sob o signo abrangente de *constitucionalismo moderno* foi capaz de erigir um padrão de relacionamento entre constitucionalismo e democracia distinto daquele desenvolvido nos Estados Unidos. Pelo contrário, ao tomar como paradigmática a institucionalidade deste país e a ela acrescer o sistema de consagração de direitos do tipo francês, o constitucionalismo moderno, mesmo enquanto modelo ideal, prestigia aquela narrativa segundo a qual o critério de avaliação de êxito de uma experiência constitucional está atrelado à sua capacidade de produzir um texto fortemente vinculante e duradouro.

Por isso mesmo, seja em virtude daquela mesclagem de elementos provenientes da França e dos Estados Unidos, seja em razão de a experiência norte-americana ser considerada, nos moldes do esquema analítico de Elster, o horizonte mais bem acabado de desenvolvimento constitucional da modernidade, o *primeiro ponto de inflexão* da história do constitucionalismo moderno – isto é, o que se estabelece a partir do final do século XVIII – é aquele que coloca em evidência a dimensão instituída do constitucionalismo e que, como tal, privilegia mecanismos institucionais de viabilização do postulado da estabilidade política, concebendo, neste particular, a Constituição como o instrumento que impõe os freios capazes de garantir tal estabilidade.

## **2 O SEGUNDO PONTO DE INFLEXÃO: Liberalismo igualitário e constitucionalismo contemporâneo do pós-guerra**

Assentado, no final do XVIII, o esteio sob o qual se funda a moderna concepção de constitucionalismo, e, com ele, um particular padrão de vinculação entre Constituição e democracia, o século XIX despontou no horizonte trazendo consigo uma pluralidade de experiências constitucionais, não só na Europa, como, de resto, em várias outras partes da faixa ocidental do globo – aí incluída a própria América Latina. Todavia, trata-se de um momento da história constitucional que não produziu “tanto eco no quadro de referências do constitucionalismo” (MENDES, 2008a, p. 7), uma vez que poucas foram as experiências que tiveram uma origem democrática, com exceção das Leis Constitucionais Francesas de 1875 e da Constituição da Suíça de 1848.

Bercovici (2008) salienta, especificamente no que diz respeito à primeira metade do século XIX na Europa, que o constitucionalismo então erigido se revelava predominantemente monárquico, pelo que conjugava, em seu interior, uma estrutura dualista de balanceamento entre os poderes do rei e do parlamento, segundo uma lógica na qual as diretrizes e comandos positivados nos textos constitucionais serviam como verdadeiros limites, sobretudo, ao poder dos monarcas. Por essa razão, aliás, o constitucionalismo desse período parecia se colocar em confronto com as premissas e princípios que, no período anterior, haviam dado ensejo às revoluções e aos corolários a elas correlatos: “poder constituinte, soberania popular” e estabilidade democrática (BERCOVICI, 2008, p. 176).

Em seguida, o século XX foi palco de duas guerras mundiais, ao final das quais emergiram experiências constitucionais de grande relevância, sob os pontos de vista empírico, conceitual e normativo. Na primeira metade deste século, particularmente no período entreguerras, diferentes desenvolvimentos constitucionais, em contextos igualmente díspares, deram azo à emergência de um conteúdo constitucional bastante singular, cujo significado ainda não se esgotou. Da mesma forma, foram tecidas articulações teóricas de grande repercussão, principalmente no que se refere à justificação e à atribuição de uma função inovadora às chamadas Cortes Constitucionais.

De modo pormenorizado, está-se a fazer referência às inovações contidas nas Constituições Mexicanas de 1917 e Alemã de 1919, as quais redefiniram o contorno de suas cartas de direitos, incorporando um conjunto de direitos de natureza social, relacionados sobretudo às relações trabalhistas e ao uso coletivo da terra. A positivação destes, enquanto legítimos direitos coletivos (AVRITZER, 2017), promoveu uma mudança substancial naquela anterior *tradição de direitos*, até então relacionada com a consagração de direitos estritamente individuais. No entanto, em que pese terem ampliado o escopo e a própria profundidade da cidadania, eles não foram capazes de complexificá-la (AVRITZER e MARONA, 2014), pois ainda partiam de uma perspectiva que, nos estritos termos do liberalismo, concebe o cidadão como mero sujeito passivo universal de direitos.

Por outro lado, no cenário de constitucionalização da Áustria de 1920, as ideias defendidas por Hans Kelsen (1881-1973) deram ensejo à criação do primeiro Tribunal Constitucional europeu, o qual incorporou, dentre outras competências, a tarefa de realizar, via controle de constitucionalidade, uma uniformização da legislação infraconstitucional em relação aos comandos contidos no documento constitucional. Partindo de argumentos e de pressupostos estritamente jurídicos<sup>43</sup>, Kelsen realizou a defesa de um modelo de controle de constitucionalidade que, embora opere em registro análogo ao *judicial review* norte americano, guarda com este profundas distinções. Isso porque, enquanto nos Estados Unidos o *judicial review* é realizado *in concreto*, difuso, incidentalmente em relações processuais específicas, nos termos preconizados por Kelsen, a declaração de (in)constitucionalidade opera de forma concentrada, realizada por via direta (em oposição à ideia de via incidental) e *in abstracto*, e,

---

<sup>43</sup> O clássico “debate de Weimar”, travado entre Schmitt e Kelsen em torno dos impasses da Constituição alemã de 1919, trouxe no seu interior a singular concepção que cada um desses teóricos atribuía à constituição (BERCOVICI, 2004). De um lado, Schmitt, para quem a Constituição representa um fenômeno político em essência, de outro, Kelsen, representante do normativismo jurídico, para quem a constituição simboliza uma regra jurídica em si, e, como tal, hábil a regular o comportamento dos indivíduos, dos grupos sociais coletivamente considerados, e também do Estado, suas instituições e seus agentes políticos que desempenham alguma atividade de natureza pública. Embora no contexto alemão de 1919 a saída proposta por Schmitt, no sentido de entender que caberia ao Presidente decidir sobre aquela situação de exceção, tenha se sagrado vitoriosa (SCHMITT, 1982), no cenário da Áustria, por outro lado, as ideias defendidas por Kelsen, a partir da sua tese sobre a normatividade do texto constitucional, ganharam adesão no processo de reconstrução constitucional de 1920. A criação do Tribunal Constitucional desse país, o primeiro em terras do Velho Mundo, constitui, ainda hoje, o símbolo de maior envergadura do tributo kelseniano, haja vista refletir, em forma e competência, a particular concepção de constituição e do fenômeno jurídico que este teórico legou à experiência jurídica e também política do Ocidente.

por isso mesmo, habilitada a produzir efeitos gerais – o que na retórica jurídica é concebido como efeitos *erga omnes*.

O estabelecimento de um sistema de controle de constitucionalidade dotado dessas características informou a necessidade de criação de um Tribunal Constitucional, que, sendo ele o único habilitado a exercer esse tipo de atividade, cumpriria com uma tarefa constitucional específica, qual seja, uma *função legislativa negativa* (BARROSO, 2009). Foi seguindo a linha desses pressupostos que tanto a figura do Tribunal Constitucional quanto o mecanismo do controle de constitucionalidade foram introduzidas no sistema político da Áustria a partir de 1920. Como consequência, a Corte Constitucional foi concebida para exercer uma dupla função – as quais revelam a natureza deste órgão: de um lado, a atividade de controle de constitucionalidade, pelo que conformava um órgão legislativo negativo, e a função de garantia dos direitos dos cidadãos e da ordem federal, pelo se apresentava como legítimo órgão jurisdicional<sup>44</sup>.

Importante notar, neste ponto, que, a partir de então, as experiências do entreguerras firmaram uma tendência constitucional que credita importância contundente ao *sistema de direitos*, tendo sido essa ênfase, inclusive, que determinou a criação do Tribunal Constitucional. A influência jurídica exercida por Kelsen neste período ecoou no sentido de se justificar a emergência desta nova figura institucional apenas como um consectário necessário e lógico, relacionado à defesa de uma *concepção jurídica* de Constituição. Ainda que defendesse uma função legislativa negativa para os membros do Tribunal Constitucional, a criação deste órgão, com competências para realização de controle de constitucionalidade com amplos efeitos, não foi acompanhada de uma preocupação quanto a seu significado no âmbito do sistema político e sua relação com a soberania popular.

Seja como for, o conjunto de incrementos e de teorizações desenvolvidas no entreguerras sedimentou os caminhos pelos quais o constitucionalismo dos pós-guerra viria a percorrer. O alvorecer deste segundo cenário é retratado pela literatura como um período histórico relevante, dado o desenvolvimento do chamado *constitucionalismo democrático*. Se, para alguns analistas da teoria constitucional, como é o caso de Fioravanti (2014), o século XIX simbolizou um momento histórico no qual, via de regra, se promoveu uma espécie de divórcio

---

<sup>44</sup> Estas competências estão assinaladas ao longo do capítulo VI da Constituição austríaca de 1920.



entre constitucionalismo e democracia, o século XX, de outro modo, representou, sobretudo a partir das experiências do pós-guerra o prelúdio de uma nova forma de se pensar a articulação entre o significado da Constituição e as possibilidades de desenvolvimento democrático.

De fato, foi na segunda metade deste século que a história do constitucionalismo teve um *segundo ponto de inflexão* contundente, especificamente em virtude dos resultados alcançados pelos processos de reconstrução dos países derrotados na Segunda Guerra. Trata-se, segundo catalogação desenvolvida por Ran Hirschl (2004)<sup>45</sup>, do primeiro grande ciclo de constitucionalização das democracias contemporâneas, fase na qual os até então países nazi-fascistas “foram instados a adotar novas constituições e a criarem cortes constitucionais como formas de assegurar a democracia liberal e de evitar futuras recaídas autoritárias” (ARANTES, 2013, p. 196).

De partida, é preciso salientar que, sem representar uma ruptura efetiva com aquela primeira fase de desenvolvimento constitucional – o constitucionalismo moderno pós-revolucionário –, essa segunda inflexão posicionou, no interior da agenda do constitucionalismo, uma preocupação expressiva com relação à temática do catálogo de direitos, o que se fez sentir tanto na ampliação dos direitos subjetivos em espécie quanto em uma teorização que atribuiu a parte desses direitos um status de superioridade político-legal. Se antes, a partir das experiências francesas e estadunidense, os direitos eram consagrados a partir de uma perspectiva estritamente individual e com o objetivo de criar uma zona de não interferência do Estado nas relações privadas dos cidadãos, agora, com a assunção do constitucionalismo do século XX, o alargamento do rol desses direitos emergiu como

---

<sup>45</sup> Conforme síntese elaborada por Arantes (2013, p. 196-7), Hirschl empreende um estudo analítico quanto ao desenvolvimento do constitucionalismo no século XX e, com isso, estabelece uma caracterização das fases contidas neste processo. A primeira onda, consonante já anotado, diz respeito aos processos de reestruturação e de redemocratização dos países que saíram derrotados na Segunda Guerra Mundial, tendo como principais referências a Alemanha, a Itália e o Japão. A segunda engloba os países que passaram por processos de descolonização, mormente a Índia e alguns países africanos, como é o caso de Ghana em 1957, Nigéria em 1959 e Kenya em 1960. A terceira contempla a chamada “transição singular”, isto é, o processo pelo qual países autoritários ou quase democráticos alçaram, a partir dos anos 1970, estabelecer novas democracias, sendo o caso das nações do sul da Europa (Grécia, Portugal e Espanha), da América Latina (Nicarágua, Brasil, Colômbia, Peru e Bolívia) e da África do Sul. A quarta diz respeito à “transição dual”, pelo qual os antigos países comunistas migraram de regime político e de sistema econômico (neste ciclo estão abarcadas a Polônia, a Hungria e a Rússia, sobretudo). A quinta é representada pelas nações democráticas já consolidadas que incorporaram, no ordenamento jurídico doméstico, os padrões internacionais ou transnacionais de direitos humanos, como é o caso da Dinamarca, da Sécia e do Reino Unido). A sexta apresenta um caráter residual, na medida em que se refere à “transição não aparente”, isto é, aos países que realizaram mudanças pontuais (não fundamentais) em seus regimes político ou econômico. Este seria o caso da Suécia em 1979, do México em 1994, do Canadá em 1982, da Nova Zelândia em 1990 e de Israel em 1992.

imperativo das circunstâncias político-históricas da época. Tais circunstâncias contribuíram para (i) ampliar a dimensão constitutiva dos direitos – deixando de revelar um caráter estritamente individual para se tornarem dotados de um alcance social e coletivo – e para (ii) creditar a parte significativa desses direitos um traço de fundamentalidade, dada a importância que assumem no contexto de salvaguarda, de preservação e de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em virtude das inovações decorrentes desse segundo estágio de desenvolvimento constitucional e do significado que elas assumem no âmbito das discussões que envolvem a própria relação do constitucionalismo com a democracia, vislumbra-se que a apresentação, discussão e análise crítica de seus elementos constitutivos possibilitam uma compreensão mais ampla e profunda do fenômeno constitucional liberal e de suas implicações para a própria dinâmica do desenvolvimento democrático. Tendo em vista estes pressupostos, esse capítulo resta organizado em duas grandes seções: na primeira, realiza-se uma contextualização, a partir das experiências alemã e italiana do pós-guerra, acerca das principais inovações que caracterizam este ciclo de constitucionalização; na segunda, buscando evidenciar a expressividade das inovações contidas nestas experiências, lança-se para uma discussão mais aprofundada acerca do liberalismo igualitário, vertente filosófica que confere justificção aos elementos e às posturas contidas na nova tendência inaugurada a partir deste momento histórico.

## **2.1 O pós-guerra e suas inovações: limitações substantivas às decisões majoritárias e o reenquadramento da relação entre democracia e constitucionalismo**

A recuperação daqueles elementos inovadores do constitucionalismo entreguerras – como o conteúdo e a semântica do catálogo de direitos e a representatividade da figura do Tribunal Constitucional – aparece neste novo capítulo da história do constitucionalismo aliado à emergência de novos conceitos, figuras, categorias e teorias. Em conjunto, essas novidades se prestaram a enfatizar o conteúdo jurídico-normativo das Constituições, estabelecendo uma lógica segundo a qual tal *conteúdo* expressa “as condições de possibilidade da democracia” (MARONA, 2017, p. 158). Essa é a linha que orienta o argumento de Fioravanti (2013, p. 17) quando afirma que a mudança de paradigmas ocorrida a partir do século XX consiste na

“oponibilidade da Constituição como norma jurídica [aplicável] a todos os sujeitos agentes na sociedade, sejam eles públicos, sejam eles privados”.

O primeiro processo constitucional a irromper neste cenário foi o da Itália, de 1948. Produto de um processo constitucional considerado democrático, porque agregou em seu interior a mobilização de diversos segmentos sociais, esse documento foi redigido pela Assembleia Nacional eleita pelo sufrágio universal em 1946, no mesmo momento em que, por ocasião de um referendo, o povo italiano autorizou a abolição do sistema monárquico do país. A partir da união de grupos opositores ao fascismo, a nova Constituição fundou uma República democrática, assentada no valor do trabalho, e, por essa razão, ainda hoje é considerada um dos documentos constitucionais do pós-guerra mais comprometido com o programa social do entreguerras (PISARELLO, 2012).

Além de preconizar a separação entre Estado e Igreja (art. 7º) e a repudiar expressamente a adoção de qualquer instrumento de restrição da liberdade de outros povos (art. 11), a Constituição de 1948 estabeleceu um extenso rol de direitos, aprofundando a defesa dos direitos civis e políticos, e dedicando especial atenção à consagração de direitos de natureza social, em homenagem ao trabalho, valor fundante da forma republicana do Estado. Nesta porfia, restaram assentados a proteção ao trabalho em todas as suas formas, o direito à saúde como mote fundamental e interesse básico de toda a coletividade, o direito à educação, o direito à uma remuneração proporcional e capaz de permitir uma vida livre e digna, o direito ao descanso semanal remunerado e às férias anuais, o princípio da igualdade das mulheres no mercado de trabalho e a liberdade sindical.

A este conjunto de direitos se acresceu uma *natureza substancial* atribuída ao princípio da igualdade. O artigo 3º dessa Constituição inovou ao preconizar a igualdade para além das fronteiras da isonomia, isto é, da igualdade de todos e todas perante à lei. Este dispositivo adjudicou ao referido princípio um conteúdo de *alcance material*, segundo o qual passou a constituir tarefa central da República a remoção de todos os obstáculos, de natureza econômica ou social, que pudessem impedir o livre desenvolvimento da dignidade humana. Nestes termos, tal Constituição avançou no sentido de conceber que a democracia também envolve uma atenuação das desigualdades de ordem econômica e social (PISARELLO, 2012), uma vez que a consagração do princípio da *igual dignidade social* entre os cidadãos impôs explicitamente

limitações tanto no que versa sobre as violações das liberdades individuais, quanto no que diz respeito às transgressões dos direitos sociais (FIORAVANTI, 2013).

Desde a gênese desse arquétipo, setores políticos e sociais diversos já se preocupavam com a efetividade desses novos comandos constitucionais, de modo que, para os próprios grupos da esquerda, a normatividade da Constituição, embora já assentada, deveria ser conquistada ao longo do tempo. Em um cenário no qual a incorporação das diretrizes kelsenianas culminaram no estabelecimento da *Corte Costituzionale*<sup>46</sup>, a figura do Judiciário emergiu como arena de concretização daquele plexo de direitos. Por isso mesmo, a Constituição, além de representar o símbolo de um programa político, foi encarada como um texto juridicamente vinculante e, como tal, deveria ser resguardado a partir de um papel garantista do sistema de justiça, em especial de seu órgão maior, o Tribunal Constitucional (PISARELLO, 2012).

Na Alemanha, o processo de reconstrução institucional ocorreu a partir de 1948 e se deu em meio a um cenário no qual o país ainda era dividido pelo muro de Berlim. Na parte Ocidental, a ocupação das forças militares das potências aliadas exerceu forte influência no processo de reconstitucionalização. Com fundamento nas exigências reunidas no “documento de Frankfurt”, as potências aliadas impuseram a necessidade de a Alemanha Ocidental se estruturar em torno de um texto constitucional que adotasse o federalismo, a democracia e a proteção aos direitos fundamentais (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012). Além disso, estabeleceram o procedimento de elaboração e aprovação do novo documento: a primeira versão do texto deveria ser elaborada por representantes constituintes, eleitos pelos legislativos estaduais, para, em seguida, ser submetido à ratificação por, pelo menos, dois terços das legislaturas subnacionais (SOUZA NETTO e SARMENTO, 2012).

Ao final, o texto que entrou em vigor em 1949 não recebeu o nome de Constituição (*Verfassung*), mas de Lei Fundamental (*Grundgesetz*), dado o fato que se projetava apenas

---

<sup>46</sup> A este respeito, vale destacar que, em apreço às competências do Tribunal Constitucional de matriz kelseniana, a Constituição italiana de 1948 prevê, em seu artigo 136, que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo que o valha tem o condão de extinguir a eficácia de seus efeitos a partir do ato declaratório, razão pela qual se pode dizer que esta figura institucional do Judiciário encarna aquela função de legislador negativo. Registra-se, no entanto, que, em sua redação original, o texto de 1948 previa, apenas, o controle de constitucionalidade preventivo (vale dizer, a averiguação de incompatibilidade da norma em relação à Constituição antes da sua entrada em vigor), sendo que a modalidade repressiva (isto é, o controle de constitucionalidade exercido após a publicação da norma) só foi incorporada à ordem legal da Itália na década de 1970 (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012).

como um texto provisório, já que a legítima Constituição definitiva só deveria vir a público após a reunificação do país<sup>47</sup>. Em virtude daquelas influências externas a que se submeteu esse processo constitucional, Pisarello (2012) sustenta ter se tratado de um exemplo de *constitucionalismo induzido*, ao passo que Souza Neto e Sarmiento (2012) entendem que, embora não possa ser retratado como um caso autêntico de *constitucionalismo autônomo*, o texto constitucional final de 1949 foi festejado e bem recepcionado pelo povo alemão, motivo pelo qual também não pode ser caracterizado como exemplo de *constitucionalismo heterônomo*.

Sob o ponto de vista da estrutura institucional, a Lei Fundamental de Bonn, como ficou conhecida, é referenciada como responsável por erigir uma estrutura na qual convivem as figuras de um forte chanceler, como chefe de governo, de um presidente fraco, como chefe de Estado, com um forte Parlamento – nos níveis federal e estadual – e com um ativo Tribunal Constitucional Federal (que começou a funcionar em 1951). Seguindo as exigências das forças aliadas quanto à necessidade de garantia de maior diversidade política e de estabilização democrática, estabeleceu-se um sistema federativo como forma de descentralização dos poderes políticos. Tratou-se, com efeito, da estruturação de um federalismo que, rompendo com o modelo norte-americano de repartição de competências estanques, apostou em uma maior cooperação entre os níveis nacional e subnacional, o que deu ensejo à inauguração do chamado *federalismo de cooperação* (TOMIO e ORTOLAN, 2011).

No que concerne ao catálogo de direitos, o texto da Lei Fundamental original não possuía um rol tão extenso como o documento de Weimar, ou mesmo como o contemporâneo texto da Itália. Na época de sua promulgação, destacavam-se a proteção conferida às mães, como direito de assistência (art. 6º), o direito de liberdade sindical (art. 9º) e a previsão da função social da propriedade (art. 14). Duas novidades contidas no documento original, no entanto, merecem atenção, dado o fato de terem possibilitado a ocorrência de alterações posteriores no seu conteúdo e também em função de terem se estabelecido como inovações paradigmáticas, cujos efeitos ressoaram para além dos limites geográficos do território alemão. De um lado, a Lei Fundamental constitucionalizou tanto a forma de *Estado Social* como a de

---

<sup>47</sup> Após a queda do muro de Berlim, no entanto, não houve a elaboração de uma nova Constituição para a Alemanha Unificada. Ao reverso, o que se promoveu foi uma extensão dos efeitos da Lei Fundamental de 1949, agora englobando também a parte oriental do país.

*Estado Democrático de Direito*; de outro, tratou de assinalar o predicado *fundamental* a uma parte significativa dos direitos que consagrou.

Conforme assinala Pisarello (2012), desde a gênese da nova Constituição, o significado e o alcance das categorias do Estado Social e do Estado Democrático de Direito foram alvos de disputas políticas persistentes, a ensejar clivagens semânticas ora mais ligadas aos setores conservadores, ora mais vinculadas aos grupos da esquerda. Com o passar do tempo, porém, parece ter ganhado apreço, a partir das influências exercidas pelos economistas da Escola de Friburgo, uma hermenêutica que vinculou ambas as formas a um tipo de constitucionalismo concebido como corretivo da economia capitalista. Nestes moldes, assinala Pisarello, o princípio do Estado Social resta articulado com a imagem de uma economia social de mercado.

O tema dos direitos fundamentais ganhou uma representatividade histórica contundente a partir deste momento, haja vista ter emergido como símbolo da consagração de *valores substantivos*, considerados imprescindíveis à plena realização e fruição da dignidade humana. Duas condicionantes são comumente associadas ao surgimento e à consolidação desta nova categoria de direitos no âmbito do constitucionalismo alemão: primeiro, o fato de este país ter sido protagonista, via nazismo, das maiores violações de direitos humanos da história da humanidade (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012); e, segundo, a influência exercida pela Declaração Universal de Direitos Humanos, redigida e publicada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948.

Seguindo a cadência de seu preâmbulo – o qual justifica o advento da nova república pelo seu desejo de servir à paz do mundo e pelo reconhecimento da sua responsabilidade perante Deus e a todas as pessoas – a Lei Fundamental se organiza a partir de uma referência expressa aos direitos fundamentais, a ponto de o elenco destes direitos constituir o tópico inaugural do documento. A estratégia consubstanciada na inauguração da Constituição com o sistema de direitos fundamentais não constitui a manifestação de uma opção arbitrária e injustificada dos constituintes; ao reverso, esta particular característica de organização topológica do seu texto expressa, desde o início, a importância e a funcionalidade central que este tema passou a assumir no âmbito do constitucionalismo alemão, vale dizer, *os direitos fundamentais como a verdadeira fonte de onde emanam as possibilidades de desenvolvimento democrático*.

Essa específica funcionalidade, contudo, decorreu de uma característica inovadora que, a partir de então, foi creditada a este elenco de direitos: em sendo fundamentais, manifestam-se como elementos substantivos organicamente qualificados, e, como tal, são concebidos como limites à atuação de maiorias ocasionais. No vocabulário jurídico, essa característica assume a denominação de *cláusula pétrea*, porque não pode ser objeto de revogação, mas apenas de ampliação, por parte da atuação dos poderes constituídos (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012)<sup>48</sup>. De acordo com Vieira (1999, p. 115):

A história constitucional alemã deixa bastante clara as razões que levaram os arquitetos da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, a estabelecer barreiras constitucionais voltadas à proteção de princípios e instituições básicas do Estado de Direito. A experiência de Weimar, na qual a frágil Constituição de 1919 sofreu um processo de erosão, abrindo espaço ao surgimento do regime nazista, impôs à geração do pós-guerra a criação de barreiras substantivas aos processos de mutação constitucional.

Ao mesmo tempo que preconiza, por meio do seu artigo 79.3, a inviabilidade de mutações constitucionais que impliquem em alguma supressão ou alteração substantiva aos direitos fundamentais, a Lei Fundamental estabeleceu, tal como a Constituição Italiana de 1948, um conjunto de princípios no interior deste elenco. Os enunciados da dignidade humana, da liberdade e da própria democracia (MENDES, 2008a) são apresentados sob o rótulo de *princípios*, verdadeiras cláusulas abertas de significado e alcance não determinados *a priori*.

O vislumbre dos direitos fundamentais como construtos capazes de habilitar a própria democracia colocou em evidência, desde o momento mais embrionário de sua vigência, o caráter jurídico-normativo adjudicado à Constituição, de modo que a verificação da efetividade deste documento passou a ser compreendido como critério de avaliação do desenvolvimento e da qualidade da democracia. Na medida em que a Constituição avançou e ocupou esse lugar de proeminência na ordem jurídico-política, a reboque se estabeleceu um ativismo do sistema de justiça, especialmente do Tribunal Constitucional Federal. Por essa razão, desde o início de funcionamento dos seus trabalhos em 1951, essa Corte tem se revelado uma arena de atuação pública importante, pois é no seu interior que se promove “uma fecunda reflexão sobre os direitos fundamentais”, o que a torna, ao lado da Suprema Corte dos Estados Unidos, um repositório de referência em matéria de jurisprudência (MENDES, 2008a, p. 15).

---

<sup>48</sup> A corroborar: “A Constituição de Bonn (1949) destaca-se nesse conjunto [das constituições europeias promulgadas após o fim da Segunda Guerra] pela adoção das cláusulas intangíveis, insuscetíveis de alteração” (MENDES, 2008a, p. 15).

É por força da atuação dessa instituição que se tem promovido, via atividade hermenêutica, a renovação dos direitos fundamentais e a atribuição de significados ao conteúdo aberto dos princípios constitucionais. Em face desta constatação, Bercovici (2008, p. 323) interpreta que o Estado de Direito se transformou, no contexto alemão, no “Estado de juízes”, cujo protagonismo é desempenhado pelos magistrados integrantes do órgão de cúpula do Judiciário. E mais: esse modelo de atuação do Judiciário segue chancelado pela teoria jurídica produzida no país, a ponto de autores como Robert Alexy (*apud* Bercovici, 2008) defenderem, enquanto mecanismo de oposição à instrumentalização política da Constituição, “um papel intervencionista ativo do tribunal constitucional”, capaz de limitar, sobretudo, a atuação do Poder Legislativo.

Essa concepção de constitucionalismo, que coloca em evidência um rol de direitos fundamentais como limites materiais às mutações constitucionais e às deliberações ordinárias, devolvendo ao Judiciário, sobretudo à Corte Constitucional, uma grande capacidade de ingerência na vida política do país, logo ganhou adesão de uma série de Estados ocidentais<sup>49</sup>. Particularmente no que diz respeito à Europa, os países inseridos na terceira e na quarta onda de constitucionalização – isto é, os países que estabeleceram novas democracias após o fim de regimes autoritários (principalmente Espanha e Portugal), bem como os países que, após o fim da Guerra Fria, transitaram do comunismo para o regime político democrático e para o sistema econômico capitalista (sobretudo Polônia, Hungria e Rússia), respectivamente – reconstruíram seus regimes políticos em torno de constituições escritas à imagem e semelhança do modelo desenvolvido na Alemanha e na Itália<sup>50</sup>.

---

49 Especificamente no que diz respeito ao agigantamento da jurisdição constitucional, principalmente por meio do exercício do controle de constitucionalidade, estudos recentes demonstram como que este modelo se difundiu pelo mundo ao longo da segunda metade do século XX até alcançar os primeiros anos do século XXI. Conforme estudo realizado por Ginsburg e Veerstedt (2013), em 1951, apenas 38% dos sistemas constitucionais do mundo adotavam o método de revisão constitucional das leis, ao passo que, em 2011, esse percentual atingiu a marca de 83%. Curioso notar que, ao elencar possíveis variáveis explicativas para a transferência de autoridade política para as Cortes Constitucionais, uma das categorias elencadas por esses autores diz respeito à difusão desse sistema na ordem internacional, o que pode refletir i) um aprendizado institucional de um país em relação ao outro, ii) um processo de aculturação, por meio do qual a adoção desse sistema repercute em termos de melhor visibilidade internacional; iii) processos coercitivos, pelos quais influências metropolitanas externas compelem os novos países independentes a estabelecerem um sistema desta natureza.

50 A respeito da disseminação dessa nova concepção de constitucionalismo, Fioravanti (2013) argumenta: “Essa forma política possuía poucos precedentes anteriores à guerra, como é o caso da República de Weimar de 1919, mas se afirmou de imediato pós-guerra com evidentes traços comuns, presentes nas respectivas Constituições, na Itália, na França, na Alemanha e, em seguida, novamente e quase por imitação, na Espanha pós-franquista, com a Constituição de 1978, e, depois de 1989, nos Estados do Leste europeu.



Dada a abrangência e o alcance deste modelo e, ao mesmo tempo, tendo em vista as semelhanças que unem as diversas experiências nele agregadas, a literatura comumente referencia essa concepção de constitucionalismo, conforme anotação preliminar, sob o signo de *constitucionalismo democrático* (MARONA, 2017; MENDES, 2008a; 2008b; FIORAVANTI, 2013; 2014; CITTADINO, 1999). Em virtude da sua capacidade em promover uma reconexão singular entre a Constituição e o princípio democrático, em virtude, sobretudo, da emergência da figura dos direitos fundamentais, a este modelo é atribuído um reconhecimento por ter dado origem à *democracia constitucional* – pretensamente, uma nova forma política.

Fioravanti (2013) observa que, em geral, as constituições que nasceram na Europa no século XX possuem uma identidade precisa exatamente porque tratam a relação entre o *público* e o *privado* de uma maneira inovadora. Esse novo formato de tratamento consiste na admissão de que a democracia constitucional rompe com o modelo de democracia até então vigente. É dizer, se antes a democracia conformava apenas uma ideia de agregação de vontades individuais rumo à formação de decisões majoritárias, agora, com o advento da nova forma, reconhece-se que, antes da formação desses arranjos políticos, existe um povo que criou uma Constituição, no bojo da qual restam consignadas regras fundamentais viabilizadoras de uma existência plena e virtuosa. Há, ainda, a pressuposição de que a Constituição e os compromissos fundamentais nela assumidos precedem a todos os poderes constituídos, aí incluindo o Poder Legislativo.

Neste quadrante, a democracia constitucional se impõe como forma de impedir que a política seja praticada de forma absoluta por um grupo, aniquilando-se os direitos das minorias ou do adversário. Ao argumento de que os direitos dos indivíduos devem estar ancorados em um invólucro mais sólido e mais confiável do que a simples vontade transitória das maiorias ocasionais, a concepção de Constituição preconizada pela vertente do constitucionalismo democrático emerge assentada no valor primário da garantia de um sistema de direitos considerados invioláveis, os direitos fundamentais. Estes, ao constituírem uma categoria intransponível e indivisível, operam de modo a fornecer os insumos necessários para o desenvolvimento de uma vida livre e digna (FIORAVANTI, 2013).

Seguindo essa linha interpretativa, a dicotomia entre o *público* e o *privado* passa a ser balizada pelas concepções de *sujeito de direito* e de *igualdade*. Ou seja, por meio da concessão de direitos a todos os cidadãos, essa concepção de constitucionalismo aponta para a configuração de um tipo de sujeito de direito que, além de ser titular de uma esfera privada

inviolável por parte dos poderes constituídos, goza, ao mesmo tempo, de uma *igualdade formal* (igualdade perante a lei) e de *igualdade material*. Esta última acepção, pertinente ao acesso a bens e a utilidades necessários ao desenvolvimento de uma vida digna, estabelece aos poderes públicos uma série de responsabilidades de natureza *prestacional*. Neste sentido, incorporando aqueles direitos de natureza social, esse modelo de constitucionalismo liberal amplia o conteúdo da cidadania, mantendo seu caráter universal: enquanto o modelo liberal clássico preconiza direitos individuais a partir de uma lógica que, via de regra, se associa a abstenções dos poderes políticos, a nova vertente acrescenta, ao lado deste conteúdo, diretrizes que impõem atuações ativas do Estado em relação aos indivíduos.

A Constituição avança, neste quadrante, limites *substantivos* às decisões políticas majoritárias, além de impor deveres de atuação do Estado, reconfigurando nos termos de um dirigismo que adjudica responsabilidade aos poderes públicos, no sentido de conduzir a coletividade para o alcance de metas predeterminadas (COMPARATO, 1997). Consequentemente, as discussões no campo do constitucionalismo democrático aproximam-se das questões que envolvem os princípios de justiça e a generalização da experiência de igualdade proporcionada pela universalização da cidadania (MARONA, 2017, p. 158).

Se, com fundamento em Fioravanti (2013), diz-se que a principal transformação ocorrida do século XIX para o século XX foi a emergência da Constituição como norma jurídica autêntica, em cujo interior restam protegidos bens constitucionais que não podem ser ameaçados pelas autoridades públicas nem pelo poderio econômico, por outra banda, verifica-se que o conteúdo da igualdade, intrínseco a esta vertente, conecta o constitucionalismo com as *teorias da justiça*, mormente com os aportes teóricos cunhados pelo liberalismo igualitário (MARONA, 2017). Os representantes dessa matriz teórica que mais contribuíram no sentido de oferecer uma base filosófica e interpretativa para este nova guinada do constitucionalismo foram John Rawls (1921-2002) e Ronald Dworkin (1931-2013), teóricos que, objetivando estabelecer modelos normativos de orientação e de interpretação sobre as mudanças em processamento, acabaram por insculpir, cada um a seu modo, uma concepção de justiça que articula, a um só tempo, reflexões de ordem política, jurídica e filosófica.

## **2.2 A teoria do liberalismo igualitário: as contribuições de Rawls e de Dworkin para as definições dos rumos do constitucionalismo e da democracia**

A consolidação do padrão de constitucionalismo liberal insculpido na Europa do pós-guerra colocou em pauta, conforme visto, a necessidade de positivação de um núcleo rígido de direitos fundamentais, por meio dos quais o princípio da igualdade foi submetido a um deslocamento semântico no que versa sobre seu conteúdo e seu escopo, demandando, por consequência, uma atuação ativa da jurisdição constitucional, especialmente dos Tribunais Constitucionais. A afirmação desse repertório a partir, sobretudo, das experiências de constitucionalização da Itália e da Alemanha logo se estabeleceu como modelo compatível com as circunstâncias históricas da época – mormente em virtude do trauma gerado pelos resultados da Segunda Guerra e em razão da complexificação das relações sociais e de trabalho – vindo, por isso mesmo, a produzir eco nos processos de constitucionalização que lhes sucederam na Europa e em outras partes do mundo.

Paralelamente a este cenário, nos Estados Unidos, a atividade criativa de sua Suprema Corte, desde o emblemático caso *Marbury v. Madison*, veio a resultar, na década de 1950, durante a presidência de Earl Warren (1953-1969), em um importante manancial de jurisprudência comprometido com o princípio substantivo da igualdade e com a efetivação dos direitos humanos. O comprometimento de Warren com a igualdade entre as pessoas e com os direitos individuais representou a fonte de inspiração para gerações de militantes dos direitos humanos, para constitucionalistas e para governos pelo mundo afora. De fato, quando Warren deixou a presidência da Corte, em 1969, uma série de demandas por *justiça e igualdade* já haviam sido conquistadas, sem que houvesse qualquer interferência do governo ou do Congresso: a segregação racial em escolas e demais espaços públicos não era mais autorizada, a atuação truculenta da polícia em face de pessoas negras e pobres havia sido amenizada, a exposição de comunistas a situações degradantes estava vedada, o julgamento de acusados criminais não podia mais ocorrer sem a participação de advogado de defesa, a invasão de domicílios em busca de contraceptivos também estava rechaçada (BARROSO, 2009)

Especificamente, foi neste período que a Suprema Corte julgou, em 1954-1955, o emblemático caso *Brown v. Board of Education*<sup>51</sup>. A partir da decisão deste litígio, o sistema político dos Estados Unidos superou a teoria dos “separados, mas iguais”, consagrada anteriormente no caso *Plessy v. Ferguson*, para então considerar inconstitucional toda e qualquer medida administrativa que tivesse a capacidade de separar crianças brancas e negras em espaços escolares, e para determinar a adoção de uma política de integração entre os cidadãos norte-americanos. Se, de um lado, tal decisão se apoiava no conteúdo e no alcance da Emenda Constitucional n. 14, por outro, a ênfase dos argumentos colacionados partia da pressuposição de que as medidas administrativas, que até então promoviam tal segregação, continham em si um intrínseco significado discriminatório que, por isso mesmo, feriam o princípio da igualdade, uma vez que aprofundavam o sentimento de inferioridade das crianças negras em relação às crianças brancas (BARROSO, 2009).

Em termos amplos, ao mesmo tempo em que a Europa era palco de um processo de renascimento constitucional fortemente vinculado com o ideal dos direitos humanos e com o princípio da igualdade, os Estados Unidos conviviam – desde a década de 1950 – com um cenário político-social turbulento, no qual pululavam movimentos de reivindicação em prol da liberdade e da igualdade. A decisão do caso *Brown v. Board of Education* impulsionou o nascente movimento dos Direitos Civis no país, relacionado a demandas pela melhoria da qualidade de vida das pessoas negras e de outras minorias, que, por sua vez, culminou, no final da década de 1960, no movimento da contracultura e nos protestos contra a Guerra do Vietnã. Com efeito, trata-se de um momento histórico que, irradiando-se para além das fronteiras norte-americanas, despertou o mundo contemporâneo para os perigos relacionados à (i) industrialização crescente; (ii) às discriminações étnica, sexual e de gênero; (iii) à intensificação

---

<sup>51</sup> A atividade criativo-jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos é objeto de estudo de volumosa literatura que, dentre outros parâmetros, tende a estabelecer periodizações quanto às decisões emblemáticas proferidas por tal órgão – ora mais inclinadas para valores progressistas, ora mais vinculada a compromissos conservadores. Neste sentido, sintetiza Mendes (2008a, p. 16): “O curso da atuação da Suprema Corte merece periodização específica a partir das decisões que fizeram escola: *Marbury v. Madison* (1803), por ter inventado a revisão judicial; *Scott v. Sandford* (*Dred Scott case*, de 1857), que simboliza uma era de complacência da Corte diante da escravidão, acirra os conflitos raciais e antecipa a Guerra Civil; *Lochner v. New York* (1905), que inova conceitualmente na compreensão da *due process clause* e acaba resistindo a reformas de cunho social aprovadas pelo legislativo; *West Coast Hotel v. Parrish* (1937), que representa uma virada na postura da Corte perante as iniciativas reformistas do New Deal, um abandono do “constitucionalismo de *laissez-faire*” da era *Lochner*, após intensas pressões de Roosevelt; *Brown v. Board of Education* (1954), símbolo maior da fase em que a Corte, presidida pelo juiz Warren, ampliou os direitos civis e políticos dos cidadãos; por fim, numa decisão ainda muito debatida e comentada trinta anos depois, *Roe v. Wade* (1973), que estendeu o direito constitucional à intimidade de maneira a permitir o aborto”.

e extensão da pobreza e das desigualdades econômico-sociais; (iv) à eclosão de uma guerra nuclear (NASCIMENTO, 2011).

Foi neste contexto de intensa luta pela ampliação dos direitos, pela igualdade e pelos protestos contra a guerra do Vietnã que John Rawls forjou sua *teoria da justiça*. Considerada a certidão de nascimento da teoria política normativa após a revolução *behaviorista*, *Uma Teoria da Justiça*, cuja edição final foi publicada em 1971, representa uma verdadeira atualização da teoria liberal, por meio da qual o teórico norte-americano tentou realizar uma articulação entre os princípios da liberdade e da igualdade, inscrevendo seu nome como personagem central da vertente do *liberalismo igualitário* (DE VITA, 2013). Ao assim proceder, não somente a obra de Rawls – mas de resto, grande parte dos aportes desenvolvidos pelos autores que o seguiram, como, em alguma medida, Dworkin – forneceram importantes insumos e contribuições para a redefinição dos contornos da teoria constitucional e do próprio constitucionalismo, tornando o liberalismo igualitário a base de justificação para os processos de constitucionalização que seguiram os passos daqueles iniciados na Alemanha e na Itália do pós-guerra<sup>52</sup>.

Em sua obra, Rawls parte da consideração de que os aportes teóricos desenvolvidos pela vertente do liberalismo utilitário haviam esgotado a capacidade de oferecer princípios e justificativas razoáveis para as práticas e para as instituições políticas contemporâneas (MARONA, 2013). Com isso, o autor empreende uma revigoração da teoria contratualista, com base na qual constitui os pilares de uma *concepção política de justiça*, fornecendo às práticas políticas e constitucionais da segunda metade do século XX um conjunto de postulados teóricos que, ainda hoje, são mobilizados para estabelecer parâmetros de validade e de fundamentação para o paradigma material-dirigente que conecta o constitucionalismo contemporâneo com as teorias da justiça.

A partir desta postura neocontratual, Rawls delineia uma concepção de justiça que, enquanto teoria normativa, pretende conferir fundamento à estrutura básica de uma sociedade ideal, de forma a especificar os termos da cooperação entre cidadãos livres e iguais, racionais e razoáveis, membros de uma mesma comunidade política (FERES JÚNIOR e POGREBINSCHI, 2010). Tal concepção deriva da consagração de dois princípios, definidos

---

<sup>52</sup> Neste sentido, prelecionam Avritzer e Marona (2014, p. 71): “A vertente do igualitarismo, por outro lado, toma o constitucionalismo como condição de possibilidade da democracia e aproxima-se da segunda onda de constitucionalização dos regimes democráticos, especialmente fundada na experiência europeia de fortalecimento e ampliação do catálogo de direitos fundamentais”.

na *posição original*, isto é, em um contexto original primitivo. Nesta condição hipotética, as partes contratantes, encobertas pelo *véu da ignorância*, desconhecem as especificidades relacionadas a sua própria pessoa e à sociedade a qual pertencem<sup>53</sup>, razão pela qual, quando confrontadas com outras concepções de justiça<sup>54</sup>, sempre preferem os dois princípios que compõem a concepção de *justiça como equidade*. A defesa de Rawls é a de que esses princípios são sempre preferíveis porque somente eles se prestam a orientar e a garantir a manutenção de uma *sociedade bem ordenada*, na qual “(1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça; e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios” (RAWLS, 2000b, p. 5). Com efeito, o conteúdo desta concepção de justiça articula os princípios da *liberdade* e da *igualdade*, conferindo-lhes um tratamento conceitual específico e escalonando-os em termos de um *sistema de prioridades*:

Primeiro princípio – Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto esse compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido. Segundo princípio – As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade” (RAWLS, 2000b, p. 47).

O comando intrínseco a esses postulados visa a orientar, imediatamente, a atuação das instituições que compõem a estrutura básica da sociedade, de modo a determinar que estas promovam, à luz da escala de prioridades assinalada, a compatibilização dos princípios da liberdade e da igualdade, garantindo, por fim, o pleno desenvolvimento da cooperação político-social entre os indivíduos. Neste esquema, o *princípio da igual liberdade* prescreve que, antes de encerrar um conceito unívoco, a liberdade se refere a um sistema organizado de liberdades, por meio das quais é conferida aos indivíduos a possibilidade de eleger seus projetos de vida,

---

<sup>53</sup> “A ideia da posição original é estabelecer um processo equitativo, de modo que quaisquer princípios aceitos sejam justos. O objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. De algum modo, devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posição de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício. Com esse propósito, assumo que as partes se situam através de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais”. (RAWLS, 2000b, pp. 146-147). Deve-se sublinhar, com efeito, que a alegoria da *posição original* simboliza o caráter contratual da obra do autor, que, por se tratar de um momento *hipotético*, não revela em si uma situação historicamente determinada.

<sup>54</sup> As demais concepções de justiça assinaladas pelo autor são aquelas que derivam de orientações mistas, teleológicas, intuicionistas e egoísticas.

de felicidade e de bem, desde que respeitem a igual liberdade dos demais. O segundo princípio, por seu turno, congrega em seu interior dois subprincípios – *o da igualdade de oportunidades* e o da *diferença* – sendo que é em virtude deste último que a concepção de justiça rawlseana se conecta com o conceito de (re)distribuição, pois compreende que as diferenças relacionadas à produção de renda e de riqueza devem ser ajustadas de modo a permitir que, uma vez aumentadas as vantagens dos indivíduos mais favorecidos, também sejam aumentados os benefícios dos menos favorecidos (FERES JÚNIOR e POGREBINSCHI, 2010)<sup>55</sup>.

Nos termos deste particular formato de articulação entre liberdade e igualdade, a concepção de justiça como equidade tem a capacidade de impor a prioridade do princípio da igual liberdade e de estabelecer, ainda que no plano secundário, uma concepção substantiva de igualdade, hábil a justificar algumas medidas de caráter redistributivo. Neste ponto, Rawls realiza, tal como já vinha se desenhando no âmbito das experiências constitucionais desde o início do século XX, um giro interpretativo-conceitual no que se refere à noção de igualdade, principalmente quando comparada com o caráter instrumental que a tradição filosófica utilitária historicamente lhe atribuía. De fato, o utilitarismo concebe a igualdade como uma “suposta neutralidade em relação às preferências de cada um” (MARONA, 2013, p. 29), pelo que considera como iguais as diferentes pretensões constitutivas de um determinado conflito de interesses, mas impõe que, em prestígio a maximização das utilidades (e do bem-estar), seja reconhecida apenas a demanda majoritária (isto é, o interesse que representa o maior agregado quantitativo), sem que se atente para o seu conteúdo ou para a condição de quem a requer (GARGARELLA, 2008).

Ao criticar essa postura como *consequencialista* – dado o fato de estar considerar a correção moral do ato em função do resultado que produz (ou seja, a demanda que atenda à maior utilidade) –, Rawls introduz uma concepção deontológica de justiça que visa a atribuir um significado intrínseco ao princípio da igualdade, condizente tanto com a igualdade de oportunidades quanto com a redistribuição dos recursos sociais disponíveis (nestes incluindo

---

<sup>55</sup> A respeito do tema, interpretam (FERES JÚNIOR e POGREBINSCHI, 2010, p. 27): “A cooperação social é, naturalmente, sempre produtiva. Sem cooperação, afinal, nada seria produzido e nada haveria de ser distribuído. A cooperação justa da sociedade pode ser observada na forma pela qual as regras públicas que organizam as instituições políticas e sociais, entre outras coisas, organizam a atividade produtiva, especificam a divisão do trabalho, atribuem papéis àqueles que se encontram engajados na produção etc. Essas normas que organizam internamente a estrutura básica da sociedade, portanto, devem ser tais que não permitam que mesmo o resultado da atividade produtiva, isto é, riqueza e renda, impliquem vantagens para os mais favorecidos e, conseqüentemente, desvantagens para os menos favorecidos.

todos os bens primários, como a renda e a riqueza), ambos promovidos no âmbito de uma sociedade bem ordenada. O tratamento que o autor confere à ideia de *bens primários* sintetiza a concepção de igualdade e sua relação com o princípio da *igual* liberdade: “todos os bens primários sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases do respeito de si mesmo – devem ser distribuídos igualmente, a menos que uma distribuição desigual de qualquer um ou de todos estes bens seja vantajosa para os menos favorecidos” (RAWLS, 2000a, p. 303).

Situado no contexto histórico de universalização dos direitos de cidadania, o autor redefine, em *O Liberalismo Político*, o problema que norteia sua investigação inicial, de modo a compatibilizar a concepção de justiça como equidade com a pluralidade de doutrinas filosóficas, religiosas e morais razoáveis existentes no interior de toda sociedade. Acerca da concepção liberal de pluralismo do autor:

“A gravidade do problema [construção de uma doutrina política abrangente racional] reside no fato de que uma sociedade democrática moderna não se caracteriza apenas por um pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes. Nenhuma dessas doutrinas é professada pelos cidadãos em geral. Nem se deve esperar que, num futuro previsível, uma ou outra doutrina razoável chegue a ser professada algum dia por todos os cidadãos, ou por quase todos. O liberalismo político pressupõe que, para propósitos políticos, uma pluralidade de doutrinas abrangentes e razoáveis, e, ainda assim, incompatíveis, seja o resultado normal do exercício da razão humana dentro da estrutura das instituições livres de um regime democrático constitucional. (...) Dado o pluralismo razoável da cultura democrática, o objetivo do liberalismo político consiste em descobrir em que condições é possível haver uma base de justificação pública razoável no tocante a questões políticas fundamentais” (RAWLS, 2000b, p. 24-27).

A efervescência desse pluralismo constituiria uma espécie de corolário do processo de expansão dos direitos, que, alcançado pelo advento de diversas experiências constitucionais, impunha a necessidade de reconhecimento da diversidade como ponto de partida das reflexões sobre a justiça. Por isso mesmo, em contraste ao construtivismo moral kantiano<sup>56</sup>, o liberalismo de Rawls entende que uma sociedade bem ordenada<sup>57</sup> deve se organizar a partir daqueles princípios de justiça, os quais se prestam a orientar a rotina política não somente dos cidadãos, mas principalmente das instituições, pois são elas que garantem, mediante a salvaguarda da liberdade e da igualdade, o desenvolvimento das capacidades morais dos indivíduos.

---

<sup>56</sup> “(...) a doutrina de Kant é uma visão moral abrangente em que o ideal da autonomia tem um papel regulador para tudo na vida. Isso o torna incompatível com o liberalismo político da justiça como equidade. Um liberalismo abrangente baseado no ideal de autonomia pode, evidentemente, fazer parte de um consenso sobreposto razoável que endosse uma concepção política; mas, como tal, não é apropriado para fornecer uma base pública de justificação.” (RAWLS, 2000a, p. 144).

<sup>57</sup> Para Rawls (2000b, p. 5), uma sociedade é bem-ordenada “não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros, mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça”.



Ante o pluralismo razoável, a ideia de *justiça como equidade* se diferencia das diferentes doutrinas filosóficas, morais e religiosas exatamente porque se projeta como uma concepção *política* de justiça, a qual, congregando em seu interior os princípios da liberdade e da igualdade como valores constitutivos da cultura política democrática, orienta a estrutura básica da sociedade e especifica os termos gerais com base nos quais devem se estabelecer a cooperação política e social. Nestes termos, a justiça como equidade se estabelece como uma *concepção política de justiça* porque trata tão-somente das questões políticas fundamentais – relacionadas à cooperação político-social – e é esse traço que garante que os cidadãos, afiliados às mais diferentes doutrinas abrangentes e razoáveis, podem a ela aderir, formando, ao final, um *consenso sobreposto*. Tal consenso, para Rawls, não tem o condão de promover um *modus vivendi* que uniformize a sociedade, eliminando as diferentes doutrinas abrangentes e razoáveis. De modo diverso, ao se referir àqueles princípios de justiça, preconiza apenas as condições políticas básicas por meio das quais são conferidas aos indivíduos as possibilidades de exercício plenos de suas capacidades morais, tanto no que se refere ao senso de justiça, quanto no que diz respeito ao desenvolvimento das diferentes concepções de bem.

É a partir da categoria do consenso sobreposto que a figura da Constituição aparece na obra de Rawls. Isso porque, frente ao reconhecimento do pluralismo razoável, o procedimento previsto para a formação do consenso por sobreposição impõe a necessidade de formação anterior de um *consenso constitucional*, cuja símbolo enunciativo é a Constituição. Esta representa, a princípio, um acordo limitado sobre direitos e liberdades fundamentais e sobre os procedimentos políticos básicos que regem o governo democrático. Diferentemente do consenso sobreposto, que é um acordo amplo, profundo e dirigido à toda a estrutura básica da sociedade, o consenso constitucional se apresenta apenas como um dos elementos componentes dessa estrutura, sendo, por isso mesmo, parte do procedimento que envolve a justiça como equidade<sup>58</sup>.

A pressuposição é de que, na medida em que o consenso constitucional se consolida, os princípios políticos que ele consagra são objetos de uma “aquiescência inicial”, podendo, no entanto, desenvolverem-se de modo a formar o consenso sobreposto. Um consenso

---

<sup>58</sup> Salienta-se, com arrimo em Vieira (1997), que, em sendo a justiça como equidade um modelo procedimental de justiça, ela congrega três fases específicas: a formação dos princípios de justiça no momento da posição original (momento contratual); a formação do consenso constitucional (momento de elaboração da Constituição); e, por fim, o estabelecimento do consenso sobreposto.

constitucional – e a Constituição a ele correlata – alcança o status de consenso sobreposto quando os princípios políticos de justiça deixam de ser apenas fundamento para os procedimentos burocráticos do processo político e para as liberdades e os direitos consignados no documento constitucional e passam a se irradiar para todas as instituições que compõem a estrutura básica da sociedade. Neste caso, conforme preleciona Marona (2013, p. 31), “a ordem constitucional, ancorada nos princípios de justiça, funda a ordem pública, situando-se acima das variadas concepções de bem características de uma sociedade plural e representando o consenso sobreposto (...)”.

Uma vez que a Constituição nasce do consenso constitucional, que, por sua vez, tem como base essencial os princípios de justiça pactuados na posição original, Rawls entende que o elemento que confere *legitimidade democrática* ao processo constitucional é justamente sua adequação àqueles postulados. Via de consequência, não é autorizado qualquer processo de emendamento de seu texto que tenha em mira uma subversão dos valores políticos básicos, já que uma postura desta natureza constitui, em última análise, um procedimento ilegítimo, inválido e antidemocrático. Conforme interpretação de Cittadino (1999, p. 186), “qualquer procedimento de reforma constitucional que venha desvirtuar a promessa inicial configurada na Constituição – revogar direitos fundamentais, por exemplo – não pode ser considerado válido”.

O tema dos direitos fundamentais assume uma importância relevante na obra de Rawls porque, ao mesmo tempo em que é objeto de interpretações variadas, diz respeito a um dos elementos que conecta sua concepção de constitucionalismo com a ideia de consenso sobreposto, capaz de conferir estabilidade e unidade à Constituição. Em *Uma Teoria da Justiça* o autor trata de determinar que apenas os direitos e liberdades decorrentes do primeiro princípio constituem, ao lado dos procedimentos do governo democrático, elementos essenciais da Constituição, relegando para o plano infraconstitucional as responsabilidades relativas ao segundo princípio, principalmente no que versa sobre as medidas redistributivas.

No entanto, em o *Liberalismo Político*, Rawls introduz a categoria do *mínimo social*, a partir da qual entende que o livre exercício dos direitos fundamentais (como a liberdade de consciência, de expressão) e da cidadania demandam que sejam supridas, enquanto direitos, as necessidades básicas dos indivíduos, como a educação, a saúde e a habitação. Trata-se, por assim dizer, de um princípio implícito e anterior ao primeiro princípio que, como tal, exige, das

estruturas básicas da sociedade, medidas de caráter prestacional. Por isso mesmo, na medida em que a Constituição avança no sentido de induzir e incorporar o consenso sobreposto, ela deixa de ser meramente um instrumento procedimental e passa a estabelecer direitos substantivos, considerados fundamentais para a plena realização da justiça e da própria democracia.

Nos termos assinalados, o constitucionalismo assume esse papel de trazer à positivação o núcleo hígido de princípios morais que definem as bases *juspolíticas* da sociedade, sob o pressuposto de que é possível “imaginar uma concepção da justiça como constituindo a carta fundamental de uma associação humana bem-ordenada” (RAWLS, 2000b, p. 5). Isso determina a forma como esta concepção de constitucionalismo opera no âmbito da democracia liberal, pois, frente ao pluralismo razoável, esse núcleo de direitos é colocado em uma zona de salvaguarda contra as deliberações tomadas pelas maiorias políticas ocasionais, constituindo uma verdadeira *reserva de justiça* (VIEIRA, 1997). Neste quadro, quando o diálogo não envolve questões fundamentais, definidas *a priori*, às maiorias é autorizado decidir conforme as doutrinas razoáveis e socialmente abrangentes (RAWLS, 2000a). Por outro lado, em circunstâncias de disputas que afetam os princípios de justiça política, ou, nas palavras do pensador, aquelas que envolvem “elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica” (RAWLS, 2000a, p. 262), a deliberação democrática deve ser conduzida a partir de padrões argumentativos que elevem a *razão pública*<sup>59</sup> como norte do diálogo.

A razão pública difere das doutrinas razoáveis e abrangentes no ponto em que seu objeto envolve a observância estrita das questões de justiça fundamentais, vale dizer, sua natureza e seu conteúdo são determinados pelos ideais e princípios que compõem a concepção política de justiça da sociedade (RAWLS, 2000a). A razão pública, que tem a função de atribuir justificção a esse núcleo fundamental de princípios constitucionais, conforma, por isso mesmo, uma dimensão substantiva ao processo de deliberação democrática.

Se, conforme considera o próprio Rawls, o processo democrático em si constitui um modelo procedimental imperfeito de justiça, de modo que os resultados que dele derivam podem violar os princípios e direitos assinalados como fundamentos da ordem político-

---

<sup>59</sup> “A razão pública é aquela que caracteriza a argumentação política que tem lugar em uma democracia constitucional bem ordenada, e o seu objeto é o bem público, entendido como o que se pode esperar legitimamente da estrutura básica da sociedade”. (SOUZA NETO, 2006, p. 112)

constitucional (VIEIRA, 1997), à jurisdição constitucional incumbe a responsabilidade de zelar pela manutenção de tal núcleos essenciais. Em posição análoga àquela defendida por Ackerman, Rawls entende que o Judiciário, particularmente a Suprema Corte, é a instância vocacionada a realizar, mediante processos deliberativos orientados pela *razão pública*, a proteção dos valores fundamentais de justiça pactuados ao longo processo constituinte. Em uma democracia com controle de constitucionalidade, “a razão pública é a razão do supremo tribunal”, de forma que o Estado, ao exercer a jurisdição, “deve evitar que a lei seja corroída pela legislação de maiorias transitórias ou por interesses estreitos” (RAWLS, 2000a, p. 284). À luz desta perspectiva, longe de se tratar de uma função antidemocrática, a atividade da jurisdição constitucional, embora anti-majoritária em relação ao Legislativo, justifica-se porque repousa sua legitimidade na autoridade do povo, corporificada nos comandos contidos no documento constitucional.

Importante salientar que, ao longo da teoria de Rawls, não se observa uma preocupação do autor em discutir o tema da soberania do povo equacionado com a ideia de constitucionalismo ou com a concepção de justiça como equidade. No mesmo sentido, não se verifica uma incursão aprofundada no sentido de determinar formatos – ainda que normativos – de relação entre as instituições que compõem a estrutura básica da sociedade. Essas aparentes inconsistências podem ser justificadas pelo fato de que Rawls parte de dois pressupostos básicos: a de que sua teoria da justiça é compatível com o modelo de democracia liberal e de que os elementos institucionais existentes na realidade política na qual vivia – a norte-americana – já eram suficientemente aperfeiçoados para promover o desenvolvimento deste padrão de democracia. Neste sentido, Lois e Marchiori Neto (2008, p. 215) diagnosticam: “Objetivamente, se pensada unicamente a partir dos mecanismos de defesa das suas instituições, a teoria da proteção da Constituição, em *Uma teoria da Justiça*, não é muito determinada”. E arrematam: “o fato não é surpreendente, uma vez que, de acordo com a tradição constitucional americana, os mecanismos já existentes na tradição liberal são suficientes para conter os abusos de poder”.

De fato, embora não despreze completamente o papel das instituições no jogo que envolve a democracia de caráter liberal, Rawls adiciona o ingrediente de seus princípios de justiça que, enquanto cláusulas supra-constitucionais, fixam limites substantivos às deliberações de maiorias ocasionais ou de grupos bem organizados e bem situados (VIEIRA,

1997). Ocorre que, ao relacionar tais princípios com os direitos fundamentais, a teoria constitucional *rawlseana* desloca o eixo de preocupação do constitucionalismo para a perspectiva dos direitos, por considerar que são eles, em circunstâncias fáticas rotineiras, que têm a capacidade de promover os valores da liberdade e da igualdade.

Em termos mais essenciais, a consideração de que existem princípios de justiça superiores e sobrepostos às mais variadas doutrinas razoáveis e abrangentes se assenta em uma compreensão consensual da política que, resgatando uma postura contratualista, projeta-se como uma concepção de justiça universal, não-histórica, não-contingente (MARONA, 2014). Com isso, reafirmando sua natureza liberal, essa postura acaba por conceber o indivíduo privado como mero *sujeito de direitos*, a quem é facultada a possibilidade de exercer sua concepção de vida boa – de acordo com qualquer das doutrinas razoáveis abrangentes – apenas no plano da existência privada. O espaço público é aquele que apenas organiza a cooperação político-social, determinando que suas instituições, a serviço dos direitos fundamentais, imprimam efetividade aos princípios de justiça (LOIS e MARCHIORI NETO, 2008).

A partir das contribuições de Rawls – e, principalmente, de objeções a elas – Ronald Dworkin desenvolveu uma teoria que, colocando o problema da justiça constitucional como tema central de análise, conecta os debates sobre constitucionalismo com as teorias da justiça e articula teoria política com teoria do direito. O pressuposto nuclear que sustenta a obra do autor é a de que a dimensão constitutiva do valor da justiça envolve uma verificação do conteúdo da igualdade (i) no interior das leis e dos princípios que conformam o direito, o que põe em cena a importância da teoria do direito; e (ii) no âmbito dos processos políticos, o que joga luzes para as contribuições da teoria política (FILGUEIRAS, 2012).

No conjunto de escritos de Dworkin há lugar reservado tanto para a reflexão sobre o modelo ideal de democracia, quanto para uma preocupação em estabelecer parâmetros hermenêuticos para a atividade jurídica exercida pelos magistrados. O autor parte de uma contestação ao elenco de princípios, principalmente no que versa sobre o sistema de prioridades a ele correlato, que Rawls delineou. Para ele, a prioridade atribuída por Rawls ao primeiro princípio (o da igual liberdade) em detrimento do princípio relacionado às diferenças econômico-sociais é uma proposição que não se justifica, uma vez que, mesmo considerando a capacidade racional das pessoas e as condições da posição original – na qual os indivíduos estão

encobertos pelo véu da ignorância –, nada garantiria que os indivíduos contratariam, enquanto primeiro princípio, o princípio da liberdade.

Além disso, considera que a razão que fundamenta aquele primeiro princípio é, na verdade, o direito que as pessoas têm de serem respeitadas e consideradas de maneira igualitária, razão pela qual, mesmo nas condições relativas à posição original, a igualdade é o princípio fundamental por excelência, e não as mais variadas liberdades individuais. Nestes termos, a igualdade, que assume contornos de *igual respeito e consideração*, é defendida não como um princípio que resulta do contrato, mas, antes, como a condição de admissão na posição original. O direito à igualdade de tratamento e respeito representa, por isso mesmo, o elemento que constitui os seres humanos como *seres morais*, de modo que o estabelecimento das instituições políticas e de realização do próprio direito demandam que o indivíduo seja considerado como membro moral da comunidade, merecedor de igual respeito e consideração (DWORKIN, 1989).

Nestes termos, a igualdade é alçada à categoria de *virtude política soberana* de uma comunidade política, pois tratar os indivíduos com igual consideração e respeito constitui a principal *condição* para que o governo seja efetivamente democrático, e não se converta em uma tirania. É por meio desse postulado que o governo garante a obediência de todos os concidadãos em relação à lei, devendo, por via reflexa, ter uma atitude objetiva e imparcial frente a cada um deles. Em uma acepção ampla, a igualdade, enquanto princípio base na obra de Dworkin, opera como fonte de justiça e como condição de legitimação político-democrática (FERES JÚNIOR e POGREBINSCHI, 2010).

Em vista desses pressupostos, Dworkin desenvolve uma distinção entre dois modelos de democracia, o *majoritário* e o *constitucional*, para finalmente advogar pela melhor adequação desta segunda concepção a uma compreensão democrática dos valores políticos da igualdade, da liberdade e da fraternidade. A concepção majoritária – também referenciada como concepção estatística ou autônoma – é identificada como um modelo de democracia essencialmente procedimental. Dentro dos moldes desta, o autor observa que os critérios que se prestam a avaliar o conteúdo da igualdade ou mesmo a natureza do regime político são processados a partir, exclusivamente, da verificação das características e da validade dos processos de tomada de decisão (DWORKIN, 2005). Trata-se, com efeito, de um modelo no qual o êxito democrático do regime é aferido em termos estatísticos. Isto é, por meio de uma da

agregação estatística de preferências, o princípio do autogoverno se estabelece em virtude da apropriação do poder político fundamental, via representação política e outras estruturas institucionais, pelo maior número de pessoas. Neste quadro, o princípio da igualdade se restringe à distribuição igualitária do poder político, jogando luzes, apenas, para a universalização do sufrágio e da liberdade de expressão como direitos que merecem efetivo respeito e exercício.

A democracia constitucional – também denominada de concepção comunal, co-participativa ou dependente – por outro lado, emerge na teoria *dworkiniana* como um modelo capaz de conectar o valor da justiça com a democracia, segundo uma lógica na qual a consagração de direitos e de garantias individuais aparece não como um obstáculo ao desenvolvimento da democracia, mas, antes, como parte integrante dela, como elemento viabilizador de seu exercício. Para o autor (2014, p. 586), “autogoverno não é o governo de uma maioria que exerce sua autoridade sobre todos, mas o governo de todas as pessoas atuando como parceiras”, de modo que a melhor forma de autogoverno – a democracia constitucional – é aquela que viabiliza a produção de decisões substantivas capazes de tratar a todos com igual respeito e consideração.

Em oposição à concepção majoritária pura, Dworkin (2006, p. 26) propõe seu modelo rival, justificando, inclusive, a necessidade de procedimentos não-majoritários em seu interior, como forma de salvaguardar o princípio da igualdade:

Vou defender agora uma explicação – que chamo de concepção constitucional da democracia – que efetivamente rejeita a premissa majoritária. Segundo essa explicação, o fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria se fossem plenamente informados e racionais não é nem uma meta nem uma definição de democracia. O objetivo que define a democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito. (...) a concepção constitucional requer esses procedimentos majoritários em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria. Por isso, não opõe objeção alguma ao emprego desde ou daquele procedimento não-majoritário em ocasiões especiais nas quais tal procedimento poderia proteger ou promover a igualdade que, segundo essa concepção, é a própria essência da democracia; e não aceita que essas exceções sejam causa de arrependimento moral.

Nestes termos, o modelo ideal de democracia *dworkineano* preconiza a existência de alguns valores morais substantivos que, não podendo ser sempre alcançados pelo procedimento majoritário, impõem a necessidade de *resposta certa* em matéria de direitos fundamentais

(MENDES, 2008b). Essa fórmula deve ser norteada pelo princípio de igual consideração e respeito, que, por sua vez, garante a *filiação moral* de cada indivíduo à comunidade política que integra. Segundo o autor (2006, p. 35) a filiação moral é o vínculo que garante a preservação da liberdade de cada indivíduo e, ao mesmo tempo, é o elemento que estabelece a observância individual das decisões tomadas pela comunidade: “Se sou membro real de um comunidade política, o ato dessa comunidade é, num sentido pertinente, um ato meu, mesmo que eu tenha definido o contrário e votado contra ele (...)”.

De fato, o direito à igualdade constitui a pedra angular tanto da teoria política como da teoria jurídica do autor. Ao determinar que essa igualdade é o elemento que confere fundamento tanto à relação mútua entre os indivíduos quanto no que versa sobre a ação política do governo, Dworkin preconiza este princípio como o elemento que garante a filiação moral dos indivíduos e como a fonte de onde emanam todos os outros direitos, inclusive aqueles que versam sobre as liberdades individuais. Nesta contextura, os direitos são compreendidos como verdadeiros *trunfos*, uma vez que, fundados no princípio da igualdade, valem de maneira individual, sobrepondo-se, inclusive, às medidas políticas que visem a resguardar o bem-estar coletivo<sup>60</sup>: “levar direitos a sério exige tê-los como trunfos (*rights as trumps*) perante a maioria”, pois não podem estar sujeitos à permuta, à negociação ou à barganha, devem apenas ser respeitados (MENDES, 2008a, p. 37). Levar os direitos a sério exige, portanto, considerá-los como trunfos individuais e demanda uma concepção de estado de direito centrada no tema dos direitos fundamentais (FILGUEIRAS, 2012).

A este respeito, aliás, vale destacar que se, por um lado, o postulado da igual consideração e respeito é o fundamento de validade moral de toda a ordem, por outro, é ele que informa a necessidade de que o governo trate *igualmente* todos aqueles que estão sob seu domínio. Tratar as pessoas igualmente não significa situá-las de maneira igualitária frente a algum mecanismo de redistribuição; de modo diverso, diz respeito à exigência de serem tratadas de maneira igualitária em virtude do valor que a vida humana possuiu. Opondo-se às teorias do bem-estar de matriz utilitária, Dworkin defende a *igualdade de recursos*, a se traduzir na necessidade de os governos fornecerem uma igualdade mínima material para todos, uma

---

<sup>60</sup> Neste ponto se manifesta uma das divergências de Dworkin em face do liberalismo utilitário. Para o autor, a maximização de utilidades preconizada pelo utilitarismo parte de bases de justificação inconsistentes (como é a ideia de busca de prazer) e resulta na conformação de decisões que, ancoradas na busca de satisfação geral, apenas contemplam a decisão de maiorias.



obrigação política que atribui à vida de cada pessoa igual importância e, com isso, permite que os indivíduos possam fazer suas múltiplas escolhas. Neste ponto, de maneira análoga à ideia de mínimo social de Rawls<sup>61</sup>, verifica-se que a defesa de uma igualdade de recursos é o elemento que induz a necessidade de o estado garantir as necessidades básicas de seus cidadãos, a fim de que estes possam realizar, no âmbito da vida privada, suas escolhas existenciais.

A partir da distinção que realiza entre *argumentos de princípio* e *argumentos de política*, Dworkin também insculpe uma divisão de tarefas entre as instituições políticas dentro daquele modelo de democracia que prestigia. Segundo esta tipologia, a defesa dos direitos fundamentais requer a atuação dos órgãos do sistema de justiça, em especial das Cortes Constitucionais, os quais, ao lançarem mão exclusivamente dos argumentos de princípios, atuam como verdadeiros “fóruns de princípio”. Doutra modo, a atividade relativa à deliberação e definição das políticas públicas (*policies*) reclama a atividade das instituições representativas, sobretudo dos parlamentos, que, ao realizarem essas funções, encampam a condição de “fóruns de utilidade” (MENDES, 2008b).

Em última instância, essa linha demarcatória de diferentes competências para instituições díspares tem como fundamento a pressuposição de que os argumentos de política se justificam em virtude da busca de alguma finalidade/utilidade comum (sejam elas econômicas, políticas e sociais), enquanto que os argumentos de princípio se referem a exigências de justiça, de igualdade de recursos ou de alguma outra expressão da moralidade. Por isso mesmo, os argumentos de princípio se vinculam à concretização de algum direito individual, ao passo que os argumentos de política se prestam a determinar a efetivação de alguma meta coletiva (DWORKIN, 2002). Neste registro, aos órgãos político-representativos é facultado o uso tanto de argumentos de política quanto argumentos de princípio, enquanto que aos magistrados é autorizada a mobilização apenas de argumentos de princípio.

---

<sup>61</sup> Cumpre destacar que, se no resultado, as teorias de Rawls e de Dworkin se assemelham neste ponto, na base, há uma distinção de pressupostos. Conforme visto, Rawls empreende a defesa do mínimo social como um princípio implícito em relação ao primeiro princípio, tratando tal relação como uma exigência lógica. Dworkin, por seu turno, realiza um debate mais aprofundando sobre o tema, por entender que teorias como a de Rawls pecam por considerar o problema da justiça como uma questão puramente política. Ao defender a necessidade de condições mínimas para a plena realização das diversas concepções de vida boa, Dworkin argumenta que há uma espécie de alinhamento/continuidade entre os domínios da ética e da política, pois qualquer forma de vida só se realiza dentro de um contexto social maior.

Em que pese considerar o *direito* e as práticas judiciárias como uma questão política em sentido amplo, Dworkin, a partir da formulação dos argumentos de princípio, procura estabelecer um afastamento do universo jurídico em relação às questões de política pessoal ou partidárias, que, para ele, são próprias da arena representativa. Por essa razão, a teoria do direito deste autor é construída com fundamento em um *Direito como Integridade*, uma teoria que aposta na identificação da atividade hermenêutica, ínsita ao direito, como sendo insensível à escolha, porque requer respostas certas, mesmo para questões controvertidas, à luz dos parâmetros da moralidade.

A pressuposição é a de que, contrariamente ao normativismo e ao positivismo jurídico de matriz *kelseniana*, o conteúdo do direito extrapola o domínio da *policy*, não devendo resultar apenas da aplicação mecânica das regras provenientes das decisões legislativas vigentes. O direito também envolve princípios, que, enquanto fundamentos da legislação, devem ser aplicados e interpretados à luz da moldura moral que lhe é superior, de modo a considerar o indivíduo abstratamente como sujeito moral, carecedor de um mínimo *status* de dignidade. A ideia de Direito como Integridade conforma tanto um formato específico de interpretação que deve emergir da prática judiciária, como se presta, ela mesma, a estabelecer um programa interpretativo, de tal modo que a noção de integridade é, ao mesmo tempo, produto e inspiração da interpretação (MACHADO, 2016)<sup>62</sup>.

A partir da figura mítica e alegórica do juiz Hércules<sup>63</sup>, Dworkin estabelece que o princípio da integridade, quando aplicado à prática judiciária, tem o condão de fornecer aos

---

<sup>62</sup> Embora não constitua objetivo geral desta dissertação discutir, de forma pormenorizada, os aspectos hermenêuticos que envolvem a ideia de integridade em Dworkin, vale registrar as dimensões que integram essa ideia: uma primeira diz respeito ao fato de, contrariamente à ideia de conciliação de interesses, toda decisão judicial deve ser pautada em princípios; uma segunda estabelece que os argumentos mobilizados em uma decisão judicial, fundados nos princípios, devem guardar sintonia com a jurisprudência da Corte Constitucional, bem como com as principais diretrizes do texto da constituição; uma terceira, por fim, preconiza a necessidade de coerência interna entre as decisões do mesmo agente, no sentido de que, caso um magistrado mobilize um princípio específico para fundamentar sua decisão para um conflito, deve igualmente conferir-lhe o mesmo grau de importância para casos semelhantes no qual venha a atuar.

<sup>63</sup> Sobre a figura de Hércules e o papel dos magistrados no âmbito de sua teoria, Dworkin (2002, p. 549) assim se manifesta: “Disse que Hércules, que tem habilidades sobre-humanas e, por isso, trabalha rapidamente, poderia preparar de antemão toda uma teoria política, ricamente detalhada, com a qual poderia então enfrentar casos específicos difíceis. Não foi minha intenção sugerir que os juízes mais comuns de fato fazem a mesma coisa, embora desempenhem suas funções até onde o uso completo de suas habilidades e de seu tempo mais limitados lhe permitem. Foi minha intenção, no entanto, dizer que fazem parcelas bem pequenas do mesmo trabalho, como e quando a ocasião assim requer, de modo que não produzem uma teoria geral, mas, na melhor das hipóteses, pequenos trechos de uma teoria geral ou, como sem dúvida frequentemente ocorre, trechos de teorias diferentes. Mesmo fazendo isso, baseiam-se não em um estudo filosófico formal, mas em ideias intuitivas do que um sistema

magistrados uma espécie de instrução que os torna capazes de identificar os direitos e os deveres dos indivíduos, “a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor, a comunidade personificada, expressando uma concepção de justiça e equidade” (DWORKIN, 2003, p. 271). Por isso, mesmo em casos controvertidos – isto é, naqueles sobre os quais aparentemente incidam mais de uma norma ou para os quais não exista previsão normativa específica – deve haver sempre uma *resposta certa*, ainda que esta não seja matematicamente demonstrável. Conforme interpreta Mendes (2008a, p. 38), o “direito envolve uma dimensão de fundo que não pode se submeter a este tipo de raciocínio quantitativo: a dimensão de princípio, de dignidade individual, que demanda do juiz a decisão moralmente mais aceitável”.

A lógica do Direito como integridade presume uma leitura moral da Constituição e do direito. Em virtude desta exigência, a interpretação da Constituição deve envolver a mobilização de argumentos de princípios por parte do hermenêuta, e, em concomitância, ensejar a manifestação contraargumentativa da opinião pública. Isso porque, para Dworkin, o que garante a legitimidade da atividade judiciária não é a vontade de Deus, tampouco a vontade dos governados. Juízes atuam legitimamente quando suas decisões obedecem à *disciplina do argumento*, o compromisso institucional pelo qual suas decisões devem satisfazer às condições de *sinceridade e transparência*. Ambas as condições reclamam a necessidade de os magistrados lançarem mão de argumentos que possam ser sustentados perante o escrutínio público (DWORKIN, 2002).

Ler moralmente a Constituição expressa uma busca pelo seu real significado, o que determina uma distinção entre as duas dimensões que envolvem a sua interpretação: o teste da adequação/ajuste, por meio da qual se verifica se a decisão que demanda a interpretação se conforma com o histórico de precedentes constitucionais; o teste da justiça, mediante o qual, em havendo mais de uma leitura proveniente daquela primeira etapa, deve-se optar por aquela que melhor se ajusta aos direitos morais dos cidadãos. Por intermédio desse recurso analítico, o intérprete chega à “melhor resposta possível”, a resposta certa, podendo, com isso, inclusive afastar a aplicação de uma decisão legislativa, pois, enquanto esta, via de regra, se funda em argumentos de política, aquela se baseia sempre em argumentos de princípios, comprometidos com os padrões de moralidade pública.

---

mais geral justificaria, feitas mais articuladas pela experiência de defender suas intuições diante de casos reais e hipotéticos proporcionados pela prática”.

Neste quadro, a revisão judicial de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, realizada pela jurisdição constitucional, é justificada por Dworkin, sob o ponto de vista democrático, não em função do procedimento, já que realizado por magistrados não eleitos pelo povo. O que, na visão do autor, qualifica democraticamente uma decisão derivada deste mecanismo é o seu resultado substantivo – isto é, não é uma questão de *input* procedimental, mas de *output* substantivo. Por essa razão, o controle judicial de constitucionalidade substantivo se justifica quando ele mesmo se presta a promover o aperfeiçoamento da democracia, o que envolve a verificação, no caso concreto, de violação das condições democráticas/morais fundamentais pela lei ou pelo ato normativo impugnado. Vislumbrada a ocorrência desta violação, a decisão que invalida o preceito ou o documento se presta, em última instância, a consagrar os valores fundantes da própria democracia, o que pode prestigiar interesses de uma maioria ou mesmo de uma minoria<sup>64</sup>.

A operação conceitual da qual provém a noção de democracia constitucional parte, portanto, de uma pretensa articulação entre forma e conteúdo, entre procedimento e substância, para demonstrar que o aspecto formal da democracia clássica, consubstanciada no princípio majoritário, demanda a existência de um laço moral (isto é, de uma filiação moral), o qual, por sua vez, reclama requisitos substantivos que atendam ao princípio da igual consideração e respeito. Ao mesmo tempo em que colima buscar uma articulação entre Constituição e democracia, Dworkin mobiliza uma ideia de democracia constitucional em um quadro de distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, resultando em uma diferenciação entre os domínios da política e do direito e em uma determinação da primazia deste em relação àquela.

Neste esquema, a política, estritamente considerada, diz respeito ao interesse coletivo e às decisões cujo fundamento de validade deriva de *aspectos procedimentais*, isto é, da verificação de quem decide (órgãos representativos) e de como se delibera (regra da maioria); por outro lado, o direito e o constitucionalismo dizem respeito às decisões que retiram sua legitimidade do *conteúdo* que expressam (o ajuste aos valores morais fundamentais do sistema).

---

<sup>64</sup> Vale destacar que Dworkin não considera indispensável a existência e atuação da jurisdição constitucional em todos os países. Consoante interpretação formulada por Paulino (2018, p. 40): “O pensador reconhece que a jurisdição constitucional talvez seja menos necessária em países onde uma maioria estável tem o costume histórico de resguardar a legitimidade do governo, identificando e respeitando de forma correta os direitos individuais e das minorias. Ainda assim, são poucos os exemplos históricos de democracias consolidadas que cumprem esses pressupostos”.

A dimensão argumentativa e *racionalizante* ínsita a este modelo faz depender “da atuação das Cortes Constitucionais, em particular, e do Poder Judiciário, de um modo geral, o padrão de legitimidade das democracias (...)” (MARONA, 2017, p. 159). Conforme síntese esboçada por Mendes (2008a, p. 73):

Para Dworkin, a política do mundo civilizado deve estar subordinada ao império do direito, do princípio da integridade. Deve respeitar não apenas o direito posto, legislado, como também suas premissas morais. E os juízes seriam o vínculo institucional adequado para carregar e impor a dimensão de princípio às decisões políticas. Não nega que o legislador também deva ser guardião dos princípios, e que tenha a responsabilidade de não produzir decisões institucionais. Mas o ambiente legislativo não seria o ideal para questões de escolha sensível.

A partir das contribuições de Dworkin, em especial, e do liberalismo igualitário, em geral, estabeleceu-se, no campo da teoria constitucional, um intenso debate sobre quem, no contexto de uma democracia constitucional, detém a prerrogativa de dizer a “última palavra” acerca das decisões que envolvem políticas fundamentais: seria a Corte Constitucional ou o Legislativo? Em Dworkin, conforme visto, o argumento da primazia do direito em relação à política evidencia que é a Suprema Corte ou o Tribunal Constitucional quem encampa a capacidade de decidir, em última instância, sobre essas questões políticas fundamentais.

Tal perspectiva analítica confere fundamento a regimes políticos que adotam sistemas institucionais nos quais o Judiciário e o Parlamento parecem se situar em trincheiras profundamente distintas e não dialogáveis: o Legislativo situado no espaço do procedimento/da forma; o Judiciário, especialmente a Corte Constitucional, localizado na arena da substância. Independentemente da maior ou menor adequação desses postulados teóricos na configuração das estruturas político-constitucionais da contemporaneidade, impende salientar que a maioria das democracias da atualidade apresenta, em alguma medida, uma base de justificação filosófica que se inspira na teoria liberal igualitária, principalmente a partir dos legados de Rawls e de Dworkin (MENDES, 2008a).

Por óbvio, não se está aqui tecendo qualquer argumento no sentido de tentar estabelecer uma relação de causalidade entre o desenvolvimento conceitual dessas teorias (como variável dependente) e o surgimento das experiências constitucionais do constitucionalismo democrático (como variável independente). Uma simples análise retrospectiva que coloca em perspectiva histórica, de um lado, os desenvolvimentos constitucionais evidenciados na segunda metade do século passado, e, do outro, as teorias cunhadas no âmbito do liberalismo

igualitário, é suficientemente capaz de demonstrar que as transformações ocorridas no plano da realidade antecedem ou são concomitantes, sob o ponto de vista cronológico, às teorias desenvolvidas por tais autores.

Seja como for, as concepções teóricas destes autores se prestaram a fornecer interpretações e justificativas para as alterações estruturais que vinham se processando desde o final da Segunda Guerra. Da mesma forma, ofereceram um conjunto de ideias e de postulados que, ainda hoje, se prestam a orientar tentativas de aperfeiçoamento dessas mesmas mudanças e daquelas outras que seguiram o mesmo caminho. A incontestável aproximação que essas teorias promovem entre teoria da justiça e constitucionalismo serviu, ao fim e ao cabo, para consolidar aquela tendência segundo a qual o constitucionalismo, enquanto encarnação da justiça, se impõe como elemento antecedente e condicionador da democracia.

De fato, as influências do liberalismo igualitário são múltiplas, tanto no que se refere à teoria e à prática constitucional, como no que diz respeito ao desenho e à relação entre as instituições do sistema político. No campo da teoria constitucional, o legado desta vertente promove (i) um reforço na proteção das liberdades, colocando-as à salvo de medidas que visem a restringi-las em razão de argumentos paternalistas, utilitários ou comunitaristas; (ii) uma defesa da *neutralidade* estatal em relação às mais diferentes moralidades privadas; (iii) uma postulação quanto à igualdade que, embora não determine uma radical redistribuição de recursos, justifica a proteção de condições materiais básicas como medida necessária à fruição das liberdades individuais (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012) Neste último caso, especificamente, volumosa literatura tem sido produzida nos últimos anos, em diferentes partes do globo, acerca do tema do *mínimo existencial*, categoria que, inspirada nas ideias de mínimo social (Rawls) e de igualdade de recursos (Dworkin), é constantemente mobilizada por atores judiciais (advogados, promotores e juízes) para justificar a determinação de medidas prestacionais ao Estado.

A concepção de Estado de Direito centrada no tema dos direitos fundamentais, por sua vez, é a herança do liberalismo igualitário que mais repercute no padrão de relação entre as instituições políticas. Na medida em que os direitos e princípios fundamentais se estabelecem como expressões de princípios de justiça e como imperativos de uma igualdade moral, amplia-se o sentido e o conteúdo do núcleo dogmático das Constituições, circunstância que devolve ao

Poder Judiciário, em geral, e às Cortes Constitucionais, em específico, a tarefa de proteção e de efetivação de tais preceitos.

Sob a consideração de que a Constituição goza de uma posição de supremacia, o Poder Judiciário, enquanto seu guardião, estabelece-se como espaço institucional legítimo tanto para a reivindicação de direitos, inclusive os de natureza prestacional, quanto para a arguição acerca do caráter (in)constitucional das leis e dos atos executivos. Neste sentido, sob o ponto de vista institucional, as influências exercidas pelas teorias do liberalismo igualitário acabam creditando um contundente protagonismo às instituições judiciárias, sobretudo à Corte Constitucional, o que resulta em uma mudança no tradicional sistema de equilíbrio entre os poderes de estado, a ensejar o fenômeno da judicialização da política.

No interior da teoria do direito, o impacto exercido especificamente pela obra de Dworkin, sobretudo no que diz respeito à importância atribuída aos princípios, veio a demarcar a emergência do *neoconstitucionalismo*<sup>65</sup>, fenômeno que, simbolizando uma virada paradigmática na cultura jurídica de várias democracias ocidentais, repercute na prática constitucional, principalmente em relação à hermenêutica da Constituição. Dentre outras características, o fenômeno em tela se particulariza pelo fato de assinalar a centralidade e a superioridade hierárquica do texto constitucional para, em seguida, determinar que os processos de aplicação e de interpretação do direito envolvam não apenas o tradicional esquema de subsunção dos fatos à lei, mas também a mobilização de princípios – tanto explícitos quanto implícitos ao ordenamento – e o uso de técnicas “heterodoxas”, como é o caso da ponderação de valores/princípios e da teoria da argumentação<sup>66</sup>, inovações que aumentam sobremodo os poderes e prerrogativas dos magistrados.

---

<sup>65</sup> Não somente a obra de Dworkin foi responsável pelo advento do neoconstitucionalismo na cena jurídica da contemporaneidade. Conforme assinala Sarmiento (2009, p. 115), “os adeptos do neoconstitucionalismo buscam emabamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Harbele, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Farrajoli e Carlos Santiago Nino (...)”

<sup>66</sup> Segundo Sarmiento (2009, p. 113), embora o fenômeno do neoconstitucionalismo encontre amparo em doutrinas filosóficas diversas, é possível elencar algumas características assim sistematizadas: “(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização de sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição o formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teoria da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”.

Como consequência, não bastasse a posição de protagonismo institucional assumida pelo Judiciário, seus membros ainda podem se valer de métodos que, apelando para a força normativa de princípios e para a importância da argumentação, autoriza-os a extrapolar ou mesmo contrariar as leis vigentes e os investe de capacidades voluntaristas, o que determina um avanço do Judiciário no sentido de se estabelecer não apenas como instituição que interpreta o direito, mas que também o cria.

Há, neste ponto, um traço distintivo entre esse modelo de desenho institucional e aquele outro do qual derivou a aprovação, no contexto de constitucionalização dos Estados Unidos, do mecanismo de revisão judicial. Segundo Avritzer (2013a), ao preverem este instrumento, o intuito dos *Pais Federalistas* foi o de estabelecer uma espécie de governo misto, no qual os poderes de estado se limitam e se controlam mutuamente. Por essa razão, mesmo nas ocasiões em que a Suprema Corte estadunidense outorgou a si o papel de árbitro de última instância, o que se verificou foi o fato de o Executivo ter atuado como o agente estruturador das mudanças que iam ao encontro das demandas populares (ACKERMAN, 2006). De modo diverso, a arquitetura institucional que emerge da configuração constitucional da segunda metade do século XX – e que encontra arrimo na doutrina do liberalismo igualitário – compreende o Poder Judiciário como última instância legítima de interpretação dos comandos e diretrizes constitucionais, sejam eles expressos e representando princípios de justiça, sejam eles implícitos e representando fundamentos morais da ordem. Neste caso, as decisões que emanam desta instância de poder desconsideram qualquer possibilidade de diálogo ou mesmo de controle por parte das demais instituições. Sob o argumento de que prestigiam os direitos e princípios fundamentais, tais decisões contrariam as deliberações do Legislativo e do Executivo, determinando que estes apenas implementem as ordens contidas naquelas determinações.

Sob uma perspectiva abrangente, os reflexos deste novo formato de concepção de constitucionalismo – e da institucionalidade a ele correlata – não representa um ganho qualitativo no que se refere à soberania popular. Como modelo liberal, esta perspectiva constitucional impõe um novo limite ao poder soberano do povo (ainda que nos termos do desempenho do corpo legislativo), adjudicando tarefas importantes da cena política para figuras não eleitas e não controladas pelo voto popular.



Em perspectiva histórico-comparada, embora ambos os desenhos constitucionais do tipo liberal – aquele erigido no final do século XVIII e este desenhado na segunda metade do século XX – limitem, no âmbito da ordem instituída, a manifestação da soberania popular aos processos de definição do Legislativo, apenas a perspectiva constitucional inaugurada na segunda metade do século XX insere, ao lado de restrições de natureza procedimental, os direitos e princípios fundamentais como limites substantivos às decisões do órgão representativo da soberania popular. Deste modo, se, de um lado, o constitucionalismo forjado no final do século XVIII prevê, como forma de contenção da tirania da maioria, uma estrutura institucional que organiza os freios e contrapesos e um procedimento complexo para o emendamento da Constituição, de outro, o constitucionalismo desenhado a partir das experiências do pós-guerra, além de preconizar esses elementos formais, lança-se, alicerçado pela teoria do liberalismo igualitário, a estabelecer limites materiais à formação de decisões majoritárias. Como consequência, institucionaliza outro elemento que se presta a restringir, ainda mais, possíveis alterações na Constituição e no ordenamento ordinário.

Ademais, mesmo diante das mudanças operadas no campo da cidadania – em virtude da ampliação e da natureza do catálogo de direitos –, esta não restou efetivamente complexificada (AVRITZER e MARONA, 2014), porque ainda manteve sua base essencialmente liberal, de modo a conceber os indivíduos como meros portadores/sujeitos de direito. A introdução e a ampliação do conteúdo material das constituições resultaram na conformação de um desenho político-institucional que atribui supremacia às diretrizes e comandos contidos na Constituição, porque considerada o abrigo do valor sublime da justiça, mantendo a soberania popular limitada também em virtude de tal valor. Conforme esclarece Bercovici (2008, p. 319-20):

A questão da soberania não poderia ser ocultada pelas constituições democráticas da segunda metade do século XX (...). A ampliação do âmbito material das constituições consagra-se no reconhecimento expresso do povo como titular da soberania. No entanto, o povo é um soberano limitado, no exercício de sua soberania, pela forma e limites fixados no texto constitucional. As constituições são fundadas no povo, mas ainda o temem.

O deslocamento semântico que o constitucionalismo democrático promoveu quanto ao tema da soberania foi o de, chancelado pelas teorias políticas de matriz liberal-igualitária, elevar o valor da justiça como a única *virtude soberana* efetivamente válida. Os direitos fundamentais e os princípios constitucionais são alçados à posição de fundamentos morais da ordem e, como tais, fixam limites substantivos às deliberações democráticas exatamente porque expressam o

valor pretensamente *neutro* da justiça, e, conseqüentemente, da igualdade. É justamente o suposto caráter neutro deste valor que o torna uma virtude soberana (Dworkin), admitindo-se que ele determina as condições mínimas necessárias para que as pessoas possam realizar seus projetos de vida privada de acordo com as doutrinas morais razoáveis que melhor lhes aprouver (Rawls).

Todavia, esse movimento conceitual promoveu uma desconexão da política em relação à questão da legitimidade democrática, pois as questões políticas consideradas fundamentais não se qualificam por um procedimento, mas pelo resultado que produzem. Nestes moldes, a justiça constitucional se manifesta, ao sabor das propostas liberais de Rawls e de Dworkin, como o princípio geral “que assegura a estabilidade dos regimes democráticos por meio da precedência dos direitos” e que, por não guardar sintonia com os julgamentos políticos dos cidadãos, se estabelece como um valor abstrato (FILGUEIRAS, 2012, p. 331).

Uma vez que essa concepção de justiça mitiga a figura da soberania democrática na ordem política, reduz-se as possibilidades de a democracia e da própria política contribuírem com a conformação de seu significado. Esse é, com efeito, um dos resultados do triunfo do modelo de constitucionalismo erigido na segunda metade do século XX: o de, ao blindar as constituições da luta política<sup>67</sup> e dos influxos soberania popular, acabar por despolitizar o conceito de justiça, desconsiderando sua natureza contingente e determinada historicamente.

---

<sup>67</sup> Fioravanti (2013, p. 14) é enfático ao assinalar o apartamento entre constituição e luta política como uma das grandes tarefas e, ao mesmo tempo, um dos maiores êxitos do constitucionalismo democrático: “A nossa tarefa talvez a mais urgente – é, portanto, precisamente aquela de subtrair a Constituição da luta política, para afirmar, acima da luta política, o ‘modelo constitucional’, ou seja, a relação entre o Público e Privado que é efetivamente consagrada nas Cartas Constitucionais das democracias europeias no século XX, como único dever ser da democracia, não ideológico, mas simples e puramente constitucional”

### **3 PARA ALÉM DAS INFLEXÕES? Soberania como processo inacabado, constitucionalismo como movimento dinâmico**

A partir do traço evolutivo-processual de desenvolvimento do constitucionalismo em sua versão hegemônica do Norte Global, pôde-se lançar luz para os aspectos estruturantes de sua configuração geral, bem como de sua lógica de funcionamento. Se, de um modo abrangente, a reflexão sobre o tema do constitucionalismo impõe a necessidade de caracterizá-lo a partir das relações de poder que lhe são subjacentes e que, ao mesmo tempo, conferem-lhe forma e substância; de um modo mais específico, a emergência da categoria da soberania popular, no registro histórico da modernidade, conectou o constitucionalismo com a democracia, demarcando uma virada significativa em termos de fundamentação e de justificação quanto à origem do poder político.

Consoante abordagem realizada, o constitucionalismo liberal se afirmou enquanto modelo que atribui significativa importância à estabilidade político-institucional, justificando, para tanto, que tal estabilidade é fundamental para o exercício da própria liberdade e das diversas concepções de vida boa. Enquanto a versão do século XVIII, cuja maior referência é a experiência estadunidense, legou um modelo de estabilidade que pressupõe dificuldades de emendamento constitucional – daí a ideia de constitucionalismo como pré-compromisso geracional – e um sistema de diluição do poder político entre os órgãos instituídos – daí a ideia de freios e contrapesos –; o constitucionalismo do século XX, seguindo os passos dos exemplos franceses, atribuiu significado contundente à carta de direitos.

Agora, alçados à posição de fundamentos morais da ordem e de princípios neutros de justiça, os direitos fundamentais, assim consagrados, ensejaram a configuração de um padrão de estabilidade político-institucional que, sem romper completamente com o legado do século XVIII, aposta na precedência dos direitos e dos princípios fundamentais como causa garantidora da realização da própria democracia. Essa é, de fato, uma das marcas indelévels do constitucionalismo liberal: a consagração da estabilidade, e da própria continuidade constitucional, como valores intrínsecos (ELKINS, GINSBURG E MELTON, 2009).

Exatamente por ter em mira esse objetivo é que tal paradigma forjou um repertório de práticas e de normas que, em última análise, enfatiza o pleno funcionamento de suas instituições como condição necessária e suficiente para a realização da democracia. Por via reflexa, no

entanto, essa lógica de organização e de realização do poder político opera de modo a desbotar o significado e o alcance da soberania popular, uma vez que reduz as possibilidades de o povo participar ativamente dos processos de definição dos limites da comunidade política.

De fato, falar em constitucionalismo, seja qual for sua concepção, implica, em maior ou menor grau, em estabelecer limitação ao poder soberano. De um lado, a teoria contratual, enquanto inspiração do próprio constitucionalismo, determina a alienação de parte das liberdades dos indivíduos como condição fundamental para que a passagem do estado de natureza para o estado em sua forma política possa se processar. De outro, a lógica forjada especificamente pelo constitucionalismo hegemônico liberal impõe à soberania popular uma gramática particular, a qual diz respeito tanto a um conjunto de severas *limitações* como a um *padrão de formação* específico ao/para o poder soberano do povo. Como decorrência, não raras vezes, a soberania é referenciada, no contexto dos sistemas constitucionais liberais, apenas como fundamento para a ordem político-constitucional ou como elemento retórico que confere legitimidade para o exercício do poder político exercido pelos órgãos dos poderes constituídos.

Não se verifica, nem mesmo naquele segundo ciclo do constitucionalismo liberal, o desenvolvimento de um repertório que tenha em mira a complexificação ou o aprofundamento do exercício da soberania popular. E essa estratégia, longe de ser *neutra*, faz parte de um contexto mais amplo de questões, de premissas e de desdobramentos, uma vez que diz respeito, em última instância, ao processo histórico de articulação entre liberalismo e democracia, do qual resultou a afirmação e a consolidação da democracia liberal<sup>68</sup>.

Na medida em que essa forma política se consolidou, esclarece Mouffe (2000), a democracia – e, pode-se acrescentar, o constitucionalismo – passou a ser identificada, quase que exclusivamente, com o Estado de Direito (o império da lei) e com a defesa dos direitos humanos, relegando-se a soberania popular à condição de elemento obsoleto, pouco significativo nas definições do marco democrático. Na visão da autora, a imposição de severos limites ao poder do povo como forma de garantir a liberdade é o registro no qual se assenta o

---

<sup>68</sup> Sobre este tema, Berlin (2010) esclarece que a articulação entre liberalismo e democracia não se processou de forma natural, porque, antes de guardarem entre si uma compatibilidade lógica, liberalismo e democracia dizem respeito a formas políticas baseadas em pressupostos distintos: enquanto o democrata concebe o povo como ente soberano absoluto, o liberal rechaça a possibilidade de se atribuir poderes absolutos a qualquer figura. A imbricação entre esses paradigmas resultou na conformação de uma forma política derivada – a democracia liberal – que, embora não admita nenhum poder como absoluto, atribui ao povo a titularidade última do poder político.

*paradoxo da democracia liberal* e, ao mesmo tempo, é a fonte de onde emana o *déficit democrático* que vigora nas sociedades políticas contemporâneas.

Tendo em vista esta relação entre forma democrática e aparato constitucional cunhados pelo liberalismo, e sem perder de vista os elementos cotejados nos capítulos precedentes, a presente seção procura evidenciar que a reflexão que envolve possíveis mecanismos de aprofundamento democrático também diz respeito a uma redefinição do paradigma constitucional, de modo a despojá-lo das propriedades que a tradição liberal historicamente lhe atribui. A pressuposição que envolve essa ilação é a de que o constitucionalismo liberal reduz as possibilidades de desenvolvimento e densificação da democracia justamente porque impõe severos limites à soberania popular e também impede que as diversas concepções de vida boa a constitua publicamente.

Por essa razão, estabelecer uma concepção de constitucionalismo alternativa ao modelo liberal demanda um esforço que coloque em perspectiva uma forma constitucional que, ao invés de apenas limitá-la, possa tornar a soberania um elemento perene na vida político-constitucional, permitindo, com isso, que a pluralidade social a constitua publicamente.

À vista deste desiderato, o itinerário perseguido por este capítulo parte, com base nos elementos apresentados nos capítulos antecedentes, de uma identificação da forma como o constitucionalismo de matriz liberal preconiza e limita a soberania democrática para, em seguida, considerando os fundamentos que lhe conferem sustentação, realizar uma abordagem crítica deste aporte. Em um segundo momento, tendo em vista a necessidade de perquirir uma nova forma constitucional que garanta o aprofundamento da democracia, parte-se para uma redefinição do marco do constitucionalismo, de modo a evidenciar uma forma pela qual a ordem constitucional possa absorver e permitir que o poder do povo de fato contribua para as definições e para o alargamento dinâmico dos limites da comunidade política. Ao final, o intuito é apresentar as principais características e alguns exemplos recentes que versam sobre as experiências constitucionais contemporâneas da América Latina, de modo a verificar seus avanços e suas contradições em relação às possibilidades de construção de um novo marco constitucional e a demonstrar que, exatamente em face da complexidade que os envolve, o tema do constitucionalismo latino-americano recente constitui uma agenda de pesquisa em aberto, carecedora de estudos que avaliem de forma profunda e abrangente se, e em que medida, tais Constituições se alinham com uma concepção de democracia realmente profunda.

### 3.1 Constitucionalismo liberal como concepção estática de constitucionalismo

Quando, ao longo deste trabalho, sinalizou-se que o constitucionalismo liberal se estrutura a partir de uma *cisão* entre as dimensões instituinte e instituída, o intuito não foi apenas de demonstrar a incontestável ênfase que essa tradição atribui à ordem constituída. Igualmente, o termo *cisão* é empregado para demonstrar que entre essas dimensões não apenas há um apartamento lógico-dedutivo que aponta para características diametralmente opostas: a dimensão instituinte como o momento de manifestação ilimitada da soberania; e a dimensão instituída como o espaço no qual a soberania se expressa de forma limitada, isto é, em conformidade com as regras estabelecidas na Constituição. Mais que isso, o vocábulo *cisão* é utilizado para demonstrar que, segundo a retórica do liberalismo constitucional, o momento instituinte representa um episódio revolucionário *indesejável*, porque supostamente capaz de conduzir as sociedades para uma condição de anarquia permanente (GARGARELLA, 2005).

Segundo este enquadramento, a agitação revolucionária, por ser incompatível com o valor precípuo da estabilidade, é caracterizada como um momento *episódico*, localizado sempre no *passado*, o qual se presta apenas a definir as regras de funcionamento de um aparato estatal vocacionado a viabilizar o desenvolvimento ordenado e equilibrado das relações político-sociais. Em outros termos, o processo fundacional constitui, para este modelo, uma espécie de *elo perdido no tempo*, um momento histórico que, apontando para o ato de escrita da Constituição, reivindica necessariamente a conformação de sistemas político-constitucionais estáveis e duradouros.

A partir dessa retórica, a teoria constitucional absorveu a chamada *teoria liberal do poder constituinte*. Esta, apesar de se valer da mesma terminologia cunhada por Sieyès no contexto revolucionário francês, confere a ela sentido diverso. Segundo Costa (2011, p. 218), enquanto o abade francês preconizava, pelo menos em um primeiro momento, o poder constituinte como um *poder vivo* e atuante, capaz de dar vazão à potência soberana em face dos limites de uma Constituição histórica, a teoria liberal o concebe como uma espécie de *poder morto*, “estacionado no tempo, que aprisiona o momento legitimador de uma ordem jurídica em um início mitológico”.

Negri (1999), partindo do mesmo diagnóstico, empreende uma crítica incisiva a esta particular compreensão do poder constituinte, por considerá-la avessa às possibilidades de

desenvolvimento democrático. Para o autor italiano, a teoria liberal do poder constituinte se presta tanto a promover uma desnaturação da capacidade revolucionária do momento fundacional – anulando a dimensão soberana a ele correlata –, como em convertê-la em uma figura mítica, localizada no tempo remoto. A simplifica o analítica que ancora esta teoria de matriz liberal consiste em determinar o poder constituinte a partir apenas daquilo que os poderes constituídos não podem ser:   o poder que o legislador ordinário não possui,   a referência mobilizada no exercício do *judicial review* apenas para dizer aquilo que o controle de constitucionalidade não  . Com isso, o discurso liberal se vale da categoria do poder constituinte para “afirmar que a soberania do povo não pode ser utilizada como critério válido para se contrapor   soberania da constitui o” (COSTA, 2011, p. 216-7). Tal perspectiva resta chancelada pela dogmática constitucional, a qual discute o tema do poder constituinte a partir de uma abordagem que, qualificando-o como um poder pr -jurídico, ou seja, fora do domínio do direito positivo, reduz sua análise às questões relacionadas   natureza jurídica e   titularidade do seu exercício.

O recurso retórico que transforma o poder constituinte em uma espécie de *mito fundador* tem como pressuposto o fato de que, sendo ele expressão de um poder absoluto, manifesta-se ilimitadamente, o que não   desejável nem pode ser tolerado, já que, sob o ponto de vista do liberalismo, todo poder deve ser limitado. Com isso, o poder constituinte   afastado da prática constitucional efetiva, pois “trata-se de um poder tão absoluto que não admite um uso institucionalizado: por ser ilimitado, ele não tem lugar em uma ordem constitucional. Assim, ele somente pode ser localizado no passado, na origem mítica de uma revolu o vitoriosa” (COSTA, 2011, p. 219).

Essa   a lógica que subjaz a concep o de Constitui o como *pr -compromisso entre gera es*. Segundo essa retórica, se, de um lado, o processo de emendamento constitucional deve envolver um procedimento complexo e de difícil realiza o, por outro, ela visa a rechaçar a possibilidade de rupturas constitucionais efetivas. Nestes termos, a Constitui o, enquanto manifesta o dos marcos assumidos por cidadãos abstratos, localizados sempre no passado,   retratada como um conjunto de metas que, para serem realizadas, demandam a aquiescência, a observância e a obediência das gera es presentes e futuras. Mudanças de opinião coletiva não podem ou não devem ensejar a ativa o de novos processos constituintes. Em sendo um pr -

compromisso, as gerações presentes e futuras apenas a ele *consentem*<sup>69</sup> e se adequam às diretrizes estabelecidas no passado.

Operando a partir desta perspectiva, o constitucionalismo de matriz liberal converte a soberania popular, em sua acepção ilimitada, à condição de *princípio abstrato* que apenas se presta a conferir sustentação e fundamento *racional* à ordem político-jurídica inaugurada com o advento da Constituição. Trata-se, com efeito, de uma operação prático-conceitual que neutraliza o caráter transformativo intrínseco à ação política conjunta do povo para então posicioná-la como elemento morto, capaz apenas de justificar, sob o ponto de vista retórico, a origem democrática do poder. Ocorre que, ao aprisioná-la num passado longínquo, a retórica fundacional do contratualismo liberal acaba por contemplar a soberania popular, em sua versão ilimitada, como uma espécie de fundamento quase transcendental, não acessível pelos cidadãos ao longo da vigência de uma ordem constitucional.

Portanto, se, sob o ponto de vista lógico, a passagem do estado pré-constitucional para o estado constitucional implica em alguma limitação da soberania popular, sob o ponto de vista prático, o liberalismo constitucional não só corrobora com essa limitação como também rechaça a possibilidade de reaquecimento da chama revolucionária instituinte, admitindo, para tanto, que “é improdutivo e frequentemente conflituoso permitir a revisão permanente daqueles elementos consensuais estabelecidos pelas gerações anteriores (...)” (MARONA, 2017, p. 156).

A oposição à revisão destes marcos reflete, igualmente, a imposição de limites, supostamente neutros, ao poder de reforma, via emendamento, de aspectos pontuais dos textos constitucionais: no caso do primeiro ciclo de desenvolvimento constitucional liberal, esses limites expressam um procedimento complexo e praticamente irrealizável; no caso do segundo ciclo, versam também sobre barreiras materiais intransponíveis, representadas, particularmente, pela caracterização dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas

---

<sup>69</sup> De fato, o consentimento constitui um princípio que, desde o nascimento do constitucionalismo moderno nos Estados Unidos, parece ter se estabelecido como o elemento que justifica a lógica da Constituição como pré-compromisso geracional. Segundo Casséte (2016, p. 76): “Se pensarmos a partir dessa vertente da estabilidade promovida pelo constitucionalismo fica claro o fortalecimento das leis, das instituições e do próprio estado nacional, que se delimita sobre a autoridade pública no texto constitucional. A dimensão da unidade política é, portanto, enfatizada. O foco encontra-se no princípio do consentimento que, ainda nos termos de Madison, seria o fundamento mesmo da sociedade civil. O próprio princípio majoritário dependeria da suposição de que as pessoas nascidas em uma sociedade consentem, tacitamente, com a regra de que a maioria pode decidir pela totalidade e, de alguma forma, representa sua totalidade e identidade”.



Ao aprisionar a potencialidade do exercício ilimitado da soberania a um momento mítico do passado e ao tornar praticamente inviável mudanças constitucionais pontuais no texto em vigor, a matriz constitucional liberal hegemônica contempla um formato de *fundação política* que se manifesta como um momento a-histórico, não contingente, e que, como tal, fixa regras e princípios dotados de rigidez, estabelecendo marcos políticos praticamente intransponíveis. Trata-se, por assim dizer, de uma estratégia que, alicerçada em um discurso de neutralidade, prestigia a continuidade constitucional como um fim em si mesmo, como um imperativo que se sobrepõe à instabilidade e ao risco que envolvem a dinâmica democrática.

Ademais, se, conforme visto, o desenvolvimento do constitucionalismo liberal ocorreu, em grande medida, como uma oposição ao constitucionalismo republicano (GARGARELLA, 2005)<sup>70</sup>, seu repertório também inclui, qual como definido por Madison, uma verdadeira aversão aos formatos de organização política que permitem ao povo participar direta e ordinariamente das deliberações públicas. Neste caso, sob o argumento de que o envolvimento direto dos cidadãos viabiliza a tirania de facções majoritárias, a formatação e consolidação do sistema representativo concebe uma forma particular de se realizar a política democrática, pois impõe à soberania popular uma limitação específica ao longo da vigência de uma ordem constitucional. De fato, a partir da defesa do sistema de delegação de poderes políticos a representantes eleitos, o constitucionalismo liberal, chancelado por parte da teoria democrática, estabelece ao povo uma restrição segundo a qual, no que versa sobre a política ordinária, seu poder é reduzido à capacidade de escolha dos representantes, um poder que se esgota na definição e na formação dos órgãos representativos e do governo.

O arquétipo desenvolvido pela doutrina liberal, tanto no que toca ao mecanismo da representação política, quanto ao estabelecimento de limites procedimentais e substantivos à formação de decisões majoritárias ocasionais, tem como objetivo, consoante anteriormente anotado, a estruturação de um sistema político estável e contrário à tirania da maioria. Nestes termos, seja a partir dos debates travados entre os *Pais Federalistas*, seja a partir dos desenvolvimentos teóricos da própria teoria democrática, o pensamento político e constitucional liberal se organiza em torno de uma oposição ao caráter uno e indivisível<sup>71</sup> que

---

<sup>70</sup> A referência aqui é sobretudo ao caso norte-americano, o qual, conforme visto, migrou de um sistema de soberania local forte (Estados Confederados) para um sistema fortemente liberal (Constituição de 1787).

<sup>71</sup> Importante destacar que, embora compreenda a soberania popular como o somatório das soberanias que pertencem a cada indivíduo, Rousseau (1999) entende que o resultado desse somatório produz a vontade geral,

caracteriza a soberania de inspiração *rousseauneana*, por considerá-la incompatível com a pluralidade de desejos e de interesses que envolvem as diversas concepções de vida boa.

Ocorre que, ao se oporem à soberania unitária de Rousseau, as diferentes vertentes agregadas no interior da tradição liberal se projetam a partir de uma *compreensão atomizada* sobre os problemas relacionados à vida política e social. Como consequência, a grande tônica que envolve esse conjunto de reflexões diz respeito à consideração de que o *indivíduo* é a unidade básica em torno da qual as relações político-sociais são desenvolvidas. O individualismo liberal, enquanto abordagem que identifica o indivíduo isolado como uma unidade que se presta a compreender e a justificar a ordem política e social, desemboca em uma verdadeira ode ao valor da liberdade individual, de caráter negativo (BERLIN, 2010)<sup>72</sup>, e no reconhecimento da importância de uma particular concepção de pluralismo social (SILVA, 2009).

A noção de soberania que emerge desta matriz do pensamento político e constitucional é aquela que, opondo-se à noção de uma vontade geral unívoca e indivisível de inspiração *rousseauneana*, conforma uma ideia de *agregação de interesses e de preferências individuais*<sup>73</sup>. A partir de uma específica acepção de direitos políticos, a pressuposição é de que os cidadãos têm a capacidade de fazer valer seus interesses individuais mediante uma lógica na qual esses

---

que, no entanto, é superior à simples soma das vontades individuais. A rigor, a vontade geral, enquanto elemento fundamental para a compreensão da ideia de soberania em Rousseau, comparece no *Contrato Social* a partir de uma dupla semântica. De um lado, se refere a um *padrão* objetivo de *bem comum*, de justiça, que, por isso mesmo, é anterior e independente das deliberações coletivas, servindo como referência nos processos de tomada de decisão; de outro, diz respeito às próprias decisões coletivas, ao processo de elaboração das leis (REIS, 2010).

<sup>72</sup> A distinção entre os sentidos positivo e negativo da liberdade formulado por Berlin é compreendida da seguinte forma: liberdade negativa como expressão do *livrar-se “de”*, “a área na qual o homem pode agir sem ser obstruído por outros”; liberdade positiva como expressão do *livrar-se “para”*, o que se traduz no “desejo que a minha vida e as minhas decisões dependam de mim mesmo, e não de forças externas de qualquer tipo” (BERLIN, 2002, p. 229; p. 237). Nestes termos, a liberdade negativa pressupõe a existência de uma zona privada onde os indivíduos estejam à salvo de interferências externas, ao passo que a liberdade positiva reflete o desejo dos indivíduos de agir publicamente, de modo a buscar sua autonomia pública.

<sup>73</sup> Para Rousseau, a ideia de vontade geral possui uma conotação objetiva porque se refere ao bem comum. Este deve ter como substância mínima (i) o interesse de preservação de uma comunidade composta por cidadãos livres e iguais; e (ii) a interseção – *em oposição à lógica agregativa de somatório de vontades independentes* – da multiplicidade de interesses dos indivíduos (REIS, 2010). Dadas as dificuldades em se acessar esse conteúdo objetivo do bem comum, aparece no repertório *rousseauneano* a figura do Legislador, um personagem quase mítico, capaz de atuar como mediador dos indivíduos no processo de compreensão dos interesses coletivos (ROUSSEAU, 1999).

interesses privados se aglutinam até que possam formar uma vontade política hábil a exercer alguma influência frente ao aparato administrativo do Estado (MARONA, 2013)<sup>74</sup>.

Segundo Habermas (1995, p. 42-3), esta lógica de agregação de preferências individuais obedece à esquemática de uma particular concepção de *processo político*:

De acordo com o ponto de vista liberal a política é essencialmente uma luta por posições que assegurem a capacidade de dispor de poder administrativo. O processo de formação da opinião e da vontade políticas na esfera pública e no parlamento é determinado pela concorrência entre atores coletivos, que agem estrategicamente com o objetivo de conservar ou adquirir posições de poder. O êxito é medido pelo assentimento dos cidadãos a pessoas e programas, quantificado pelo número de votos obtidos em eleições. Por meio de seus votos os eleitores expressam suas preferências. Suas decisões de voto têm a mesma estrutura que as escolhas orientadas para o êxito dos participantes do mercado. Esses votos permitem a busca por posições de poder, que os partidos políticos disputam entre si e adotam uma atitude semelhante de orientação para o êxito. O *input* de votos e o *output* de poder respondem ao mesmo modelo de *ação estratégica* (...). (Grifos do autor).

Ao seguir uma lógica análoga à do mercado, o processo político de perfil liberal conta tanto com o mecanismo do *voto*, no qual cada indivíduo é concebido como uma unidade contábil, como com a *regra da maioria*, para, ao final, definir a formação dos órgãos representativos no âmbito dos poderes constituídos, aos quais é encarregada a tarefa de representar os interesses dos cidadãos nos processos de tomada de decisão política. É com vistas a este esquema de funcionamento do processo político-eleitoral, onde os diversos atores político-sociais *competem* estrategicamente, que Habermas (1995, p. 39) assinala que a política liberal e o processo democrático por ela forjado têm “a função de agregar e impor os interesses sociais privados perante um aparato estatal especializado no emprego do poder político para garantir fins coletivos”.

A manifestação da soberania, com isso, resta identificada com o mecanismo de representação política, isto é, com a capacidade que se esgota na definição periódica do Parlamento e do governo. Por conseguinte, o critério de avaliação da legitimidade democrática é deslocado da ideia de identidade coletiva, anteriormente expressa pela fórmula de vontade geral de Rousseau, para ser pensado em termos de um “procedimento burocrático estatal, bem como na instituição do sufrágio universal” (CASSÉTE, p. 34-5).

---

<sup>74</sup> Conforme Habermas (1995, p. 40-1), os diretos políticos insculpidos à luz da tradição liberal “dão aos cidadãos a possibilidade de fazer valer seus interesses privados, ao permitir que seus interesses possam agregar-se (por meio de eleições e da composição do parlamento e do governo) com outros interesses privados até que se forme uma vontade política capaz de exercer uma efetiva influência sobre a administração”.

De poder de autogoverno do povo, a soberania popular passa a ser identificada como mero *fundamento do poder de governo*:

Esse trânsito conceitual faz uma alteração sutil, mas imensa, no sentido da própria soberania popular, que deixa de ser um *poder de autogoverno* para tornar-se um *fundamento do poder de governo*. Nas modernas democracias indiretas, o poder soberano do povo somente pode ser utilizado para nomear representantes que governem em seu nome e, nessa medida, servir como mecanismo para legitimar os atos das instituições políticas. Essa mudança no sentido político da soberania popular não foi operada pelos contratualistas, mas pelos constitucionalistas, que tentaram estabelecer um governo limitado fundado em uma soberania ilimitada e estruturado por uma lei suprema (COSTA, 2011, p. 203).

De fato, o processo eleitoral intrínseco à lógica de funcionamento deste modelo tem como pressuposto a consideração de que, garantindo os direitos de voto, de liberdade de expressão e de associação na esfera pública, os indivíduos podem se organizar estrategicamente para fazer valer seus interesses privados agregados e, com isso, lograr êxito nas eleições, pressupondo que, com isso, tais interesses serão manifestados por seus representantes em meio aos órgãos políticos dos poderes constituídos. Organizado por normas consagradas juridicamente e regulado por uma burocracia “neutra” e eficiente, o processo político-eleitoral cumpre, então, com a função de catalisar os diversos interesses individuais organizados de acordo com identidades distintas para que, ao final, o resultado eleitoral manifeste uma suposta *vontade do povo*.

Seguindo este raciocínio, o Estado, ao integrar o espaço público, é compreendido como aparato da administração pública (HABERMAS, 1995), em meio ao qual sua burocracia especializada – também neutra e racional – deve atuar de maneira procedimental, de modo a impedir sua vinculação com valores substantivos particularistas. Deve, por isso mesmo, apenas garantir que as suas instituições, reguladas por normas públicas de conhecimento prévio e geral, sejam capazes de processar os diversos interesses sociais que emergem da sociedade, via representantes eleitos, e, com isso, dar ensejo a decisões políticas que contemplem, ainda que de forma provisória, os interesses da coletividade. Na visão de Gargarella (2005, p. 182-3), “organizar a vida institucional da comunidade a partir de uma posição procedimentalista significa, assim, rechaçar a possibilidade de que a comunidade se comprometa com certos valores (...) ‘substantivos’”.<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> No original: “Organizar la vida institucional de la comunidad a partir de una posición procedimentalista significa, así, rechazar la posibilidad de que la comunidad se comprometa con ciertos valores – morales, políticos

Nestes termos, no que se refere ao processo eleitoral, a noção de diversidade de valores, de ideias, de interesses e de concepções de vida é o que dá ensejo à competição entre os indivíduos/cidadãos para se estabelecerem, via representantes eleitos, no âmbito dos poderes constituídos. Afora os períodos eleitorais, a burocracia do Estado, manifestada por meio uma estrutura institucional funcionalmente equilibrada e mutuamente controlada, opera de maneira tal que viabiliza e salvaguarda os interesses da sociedade, garantindo, com efeito, o bem-estar dos indivíduos e permitindo, através da preservação da liberdade individual e dos direitos, que as diversas concepções de vida boa possam se desenvolver no espaço da vida *privada*. O receio à tirania da maioria reflete, de um lado, a estruturação de uma institucionalidade que impede a vinculação do Estado apenas com os compromissos e com os interesses de uma maioria, e, por outro, a atribuição de direitos que permitam aos indivíduos agir livremente e a desenvolver suas autonomias e preferências no espaço privado, livres de interferências injustificadas da autoridade política.

Por essa razão, Casséte (2016, p. 37) observa que a noção de soberania agregativa de perfil liberal, ao se divorciar daquela noção unitária e indivisível herdada do republicanismo, constitui-se enquanto um agregado de interesses individuais, ao mesmo tempo em que se pauta na “construção de uma esfera pública procedimental”, a qual não exige do “povo” uma atuação pública que possa prejudicar seus “compromissos, experiências e responsabilidades desenvolvidas no espaço privado”. Ao assim operar, esse modelo promove uma antecipação e uma priorização da autonomia privada em relação à autonomia pública, que, por sua vez, “tem desdobramentos perversos em termos de manutenção/perpetuação das estruturas de exclusão/opressão, institucionalizadas no âmbito de um discurso de legitimação pela neutralidade” (MARONA, 2013, p. 32).

A vinculação em torno do sentido negativo de liberdade determina, por isso mesmo, uma verdadeira cisão entre os espaços público e privado e uma redução do processo político ao processo eleitoral, de onde, aliás, deriva esta particular concepção de soberania. O espaço público é aquele onde impera a igualdade de condições e de oportunidades. No que se refere ao processo eleitoral, essa igualdade é garantida pelo direito do voto, que se traduz na possibilidade de cada cidadão participar dos processos de escolha de seus representantes. Eleitos os membros

---

económicos – ‘substantivos’. Uma comunidad liberal debe estar permanentemente abierta a las diferentes iniciativas de sus integrantes”.

que integram o Parlamento e o governo, a igualdade se reveste de uma condição de igual possibilidade de acesso aos direitos constitucionalmente consagrados, relegando-se para as instituições integrantes da burocracia estatal e para os agentes nela contidos a tarefa de resolver as questões que versam sobre as determinações e sobre os rumos da vida coletiva.

Sem dúvida, o ingrediente da *cidadania liberal*, consubstanciado na ideia de universalização de direitos subjetivos e de *igual proteção perante a lei* ou de *igual consideração e respeito*, acaba por configurar um cenário no qual os direitos políticos, seguindo a lógica agregativa da soberania, são acessados apenas periodicamente – nos períodos eleitorais –, enquanto que, nos demais momentos, os demais direitos subjetivos são mobilizados para impedir interferências do Estado na vida privada e para garantir a manifestação da pluralidade de concepções de vida e da autonomia individual no âmbito dos espaços privados. Mesmo com a ampliação do conteúdo da cidadania que a vertente do liberalismo igualitário assume como relevante, a qual se traduz, conforme antes visto, na ampliação do catálogo de direitos e na imposição de deveres de caráter prestacional ao Estado, não se verifica, de fato, um processo de complexificação quanto à cidadania, eis que o cidadão permanece sendo concebido como o titular *passivo* de direitos resguardados constitucionalmente.

Se, no contexto de formação dos Estados modernos, a categoria da cidadania foi fundamental para indicar o pertencimento dos indivíduos à comunidade política e, com isso, justificar os processos de centralização do poder político (LEVALLE, 2003) e de formação de um povo unificado, no contexto da modernidade, e de consolidação da democracia liberal, à noção de cidadania se solda uma ideia de igualdade perante a lei e de universalização dos direitos, em razão da qual se avalia se o Estado atua de maneira justa quando aplica, de forma impessoal/neutra, a lei, desconsiderando as diferenças e as especificidades individuais (MENDONÇA e MARONA, 2015).

Destarte, o estatuto da cidadania liberal, na medida em que é universalizado, presta-se a conferir uma espécie de coesão à comunidade política, garantindo uma espécie de laço social que une os indivíduos, ao mesmo tempo em que, por preconizar uma ideia reducionista de igualdade, acaba por *homogeneizar* as diferenças por intermédio da linguagem dos direitos.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Sobre o tema da cidadania moderna, de feição liberal, observam Avritzer e Marona (2014, p. 80): “A cidadania moderna é, portanto, nacional territorialmente circunscrita. Indica a possibilidade de participação integral na comunidade política sob o pressuposto do reconhecimento de uma espécie de igualdade humana básica. O conceito

É por essa razão que Galeotti (2002) sinaliza que os direitos, tal como preconizados pela doutrina liberal, não são suficientes para salvaguardar a igualdade efetiva, já que o desenho homogêneo da cidadania a eles subjacente promove uma inclusão legal que, por via reversa, promove verdadeiras opressões das diferenças<sup>77</sup>. Ao balizar as relações no espaço público por intermédio desse padrão de cidadania, a democracia e o constitucionalismo liberal retiram da arena pública a visibilidade das desigualdades, dos conflitos e das idiossincrasias próprias da experiência humana e da realidade política. Isso porque, segundo essa cartilha, tais diferenças devem se manifestar apenas no espaço privado, a tela onde se autoriza a manifestação da pluralidade, das diferentes concepções de vida boa. O espaço público é aquele onde as contradições não aparecem, é a arena na qual a igualdade de condições opera de modo a ordenar, a homogeneizar e, em última análise, a excluir as diferenças e as desigualdades como constitutivas das relações públicas:

O que é possível extrairmos desse debate é o de que a neutralidade liberal não ignora o fato da diversidade no interior social, mas a exclui como parte integrante da possibilidade mesma de constituição da esfera pública. A política liberal pluralista respeita as diversas esferas de associação humana, mas não contempla a si própria como o fundamento para essas atividades (Galston, 2005). A dinâmica entre pluralidade e unidade, nesse sentido torna-se compartimentalizada, ignorada, em detrimento de uma ficção de harmonia e de coexistência pacífica e igualitária dos indivíduos no contexto político (...) O deslocamento dos confrontos de ideias, modos de vida e experiências para o espaço privado é o movimento primordial realizado em sociedades liberais, que visam garantir assim, o predomínio da normalidade, da generalização de um tipo de indivíduo que vive em um permanente universo de liberdade individual, escolhas e consenso consigo próprio (CASSÉTE, 2016, p. 39-40).

A ordenação social da esfera pública viabilizada pela cidadania liberal, pela neutralidade de funcionamento do aparato burocrático-estatal e pelo estabelecimento de uma dinâmica de relacionamento social específico – que conta com padrões pré-definidos de posições, de funções e de interações entre os indivíduos – conforma um estado de coisas considerado *natural* para

---

de cidadania remete, portanto, à ideia de inclusão, a qual se estabelece em dois níveis: (1) ser cidadão é ser identificado como membro de uma nação particular e (2) ter direitos assegurados pelo Estado correspondente àquela nação. Idealmente, portanto, a cidadania moderna se constitui em uma dimensão jurídica, como um status – ser portador de direitos e obrigações (sujeito de direitos) –, com vistas à proteção de uma identidade compartilhada, que revela a dimensão identitária da cidadania”.

<sup>77</sup> O estatuto da cidadania liberal promove a unificação do povo por intermédio da categoria da nação cívica, de onde se desdobra uma noção de identidade cívica. Sobre o tema, comenta Marona (2017, p. 162): “Na medida em que a ideia de nação (cívica) constitui-se no princípio moderno de legitimidade política, ganharam força mecanismos redutores das diferenças (étnico-culturais) e a identidade cultural viu-se, progressivamente, reduzida à identidade cívica. O conceito de nação (cívica) permitiu que se promovesse, por meio de um processo de uniformização das diferenças, via direitos, a integração das populações, com vistas à constituição de uma base de legitimidade e fundação dos laços sociais na modernidade (...)”

os defensores da democracia e do constitucionalismo liberal (GARGARELLA, 2005). Um estado de coisas que, tentando se desvencilhar do caráter unitário, totalizante e indivisível da vontade geral republicana, articula a soberania como um agregado de individualidades ordenadas e bem organizadas segundo padrões de competição estrategicamente orientados e capazes de garantir estabilidade político-social.

É a dimensão instituída do constitucionalismo quem garante, por meio de suas normas e de suas instituições, este funcionamento “bem ordenado” do aparato burocrático estatal, viabilizando um contexto de aparente organização e de harmonia no espaço público e estabelecendo uma zona de não interferência dos poderes políticos na vida privada dos indivíduos. São as suas instituições, agindo em conformidade com as regras constitucionais, que garantem a fruição dos direitos fundamentais, que salvaguardam a universalização da cidadania, que determinam o exercício dos poderes políticos de maneira funcionalmente dividida e equilibrada, que garantem que os resultados dos processos eleitorais representem, a partir da lógica agregativa, os interesses da maioria organizada. Dito de outra forma, são as regras e as instituições previstas na Constituição que conferem estabilidade e unidade às nações democráticas, privilegiando, por isso mesmo, o princípio da *unidade política* (CASSÉTE, 2016).

De fato, embora parta de uma defesa e de um reconhecimento expresso à diversidade, a doutrina liberal contempla, a rigor, apenas uma concepção *privatizante* de pluralidade, o que se traduz na programação do aparato político-constitucional no sentido de permitir e viabilizar a manifestação e a fruição das diversas concepções de vida boa apenas no âmbito das relações privadas. É esse o pressuposto que orienta, no primeiro ciclo de constitucionalismo, a defesa de Madison quanto ao sistema de *checks and balances* como estratégia de diluição do poder político e quanto ao sistema representativo como mecanismo de contenção de facções majoritárias; e, no segundo ciclo, a conformação de um conjunto de direitos que, derivado de uma concepção essencializante de justiça *à la* Rawls, expressa as condições mínimas para que os indivíduos possam viver de acordo com as doutrinas razoáveis abrangentes que melhor lhes aprouver .

No âmbito público, a reboque do valor da estabilidade, vigora um *modus vivendi* e um aparato burocrático estatal que não admite o dissenso, o conflito e a contradição. Quer seja pelas austeras limitações que impõe à manifestação da soberania, quer seja por preconiza-la apenas



como um mero agregado de vontades individuais, o constitucionalismo liberal hegemônico, tanto em sua versão utilitária, quanto em sua versão igualitária, invisibiliza e exclui a pluralidade do processo de constituição/formação da soberania (TULLY, 1995). Como consequência, a soberania – e a noção de povo a ela correlata – são mobilizadas nas Constituições e pelos processos que dela derivam como construto homogêneo e totalizante, encobrendo a diversidade e as idiossincrasias constitutivas das sociedades humanas.

Em outros termos, as ideias de soberania e de povo são contempladas pelo constitucionalismo liberal como categorias *estáticas*, unificadas e circunscritas territorialmente, as quais, expressando uma identidade/unidade nacional única, viabilizam o exercício do poder supremo da Constituição. Com isso, de poder atuante capaz de atualizar a própria identidade do povo e de alargar constantemente os limites da comunidade democrática, a soberania é alçada à condição de elemento obsoleto (MOUFFE, 2000), mobilizado apenas para conferir fundamento democrático à ordem constitucional e ao sistema de representação política. Na medida em que as Constituições liberais hegemônicas retiram sua legitimidade de uma concepção estática de soberania e de povo, suas normas e suas instituições operam com base em uma linguagem monológica e criam mecanismos igualmente estáticos de produção e de verificação da legitimidade política, prestando-se, por isso mesmo, a engendrar mecanismos de produção e reprodução de exclusões políticas estruturais.

É com vistas voltadas para este aparato que Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 38) assevera que o constitucionalismo liberal pretende, de um lado, promover a universalização dos direitos e garantir a autonomia individual, e, de outro, criar uma identidade política coletiva de difícil transformação. Uma vez que a ordem instituída entra em vigor e, com ela, o apreço pela estabilidade política e pela ordenação social, “as reivindicações de justiça, de reconhecimento da diferença e da cidadania” são inteligíveis apenas a partir da “linguagem do Estado moderno e da cidadania moderna, independente dos sujeitos coletivos que as formulam”. Segundo Casséte (2016, p. 77):

Associado ao princípio da generalidade associativa, o desenvolvimento do liberalismo político apresenta e fortalece a ideia de uma sociedade imanente e estabilizada pela conquista de direitos individuais e liberdades negativas, consolidando um espaço público e sistema político neutro e imparcial incompatíveis com a multiplicidade cultural e social que se faz presente nas nações contemporâneas. O problema desse processo reside no fato de que os mecanismos que sustentam e que movimentam o sistema institucional são consequências de uma linguagem monológica incapaz de

incluir outros tipos de vozes ou interpretações na construção da comunidade democrática.

Com efeito, é preciso reconhecer que a lógica da fundação contratual, própria do constitucionalismo liberal, “estabelece hierarquias e impõe um pacto permeado por assimetrias” (MARONA, 2014), definindo os marcos em torno dos quais os limites da comunidade política são definidos. O repertório que envolve tais marcos conta, consoante anotado, com o sistema da representação política, com a definição de uma esfera pública procedimental, com a estruturação de instituições fortes e com a consagração de direitos homogêneos como elementos que, em conjunto, são suficientes para garantir o pleno funcionamento da democracia e para permitir o livre desenvolvimento das diversas concepções privadas de vida boa. Como resultado, todavia, a ênfase que atribui à unidade política, às liberdades individuais e à estabilidade/continuidade constitucional desemboca em um reducionismo quanto à importância e ao significado da soberania popular, o que produz um problema sério sob o ponto de vista do aprofundamento da democracia, pois dificulta a promoção de um contexto político capaz de se estruturar a partir da inclusão político-social e por intermédio do princípio da pluralidade pública (CASSÉTE, 2016).

Diz respeito, portanto, a um paradigma que aposta na importância da autoridade do texto constitucional assimétrico como base de um sistema democrático que demonstra dificuldades em viabilizar processos de inclusão e de participação popular. Neste registro, ao invés de se estabelecer como parte integrante da dinâmica democrática, este modelo de constitucionalismo concebe a Constituição e as estruturas que ela engendra como elementos externos à democracia (TULLY, 1995), uma vez que preconiza tais aportes apenas como elementos que a estabilizam ou que condicionam/constrangem a ação política democrática.

Trata-se, por assim dizer, de uma *concepção estática de constitucionalismo*: não apenas por operar com base em categorias homogêneas e totalizantes, mas também por estabelecer um repertório que, objetivando viabilizar a estabilidade e a ordenação político-social, impede a atualização de suas estruturas e de seus elementos constitutivos, do que resulta a definição de limites fixos e excludentes para o desenho das comunidades políticas.

### 3.2 Um passo adiante: uma concepção dinâmica de constitucionalismo

A reflexão que envolve o delineamento de uma concepção de constitucionalismo alternativa à lógica forjada pelo liberalismo político e que seja sintonizada com as exigências de aprofundamento democrático exige uma desconstrução das bases essenciais que conferem sustentação ao paradigma liberal hegemônico. Requer, com isso, uma postura que avance criticamente quanto as características básicas que estruturam a concepção estática de constitucionalismo, quais sejam: (i) a dimensão fundacional/contratual a-histórica e (ii) o esvaziamento do conteúdo e do alcance da soberania popular.

O desafio que se coloca a um modelo alternativo de constitucionalismo diz respeito à sua capacidade em “compatibilizar universalismo e particularismo de um modo que a defesa de particularidades e o reconhecimento de especificidades não impliquem na supressão das premissas igualitárias (...)”. Tal tarefa demanda, ainda, a conformação de “novos parâmetros de tratamento da questão constitucional, os quais avancem criticamente sobre a narrativa da fundação contratual moderna, que alicerça a racionalidade social e política ocidental” (MARONA, 2017, p. 159). Decerto, estas indicações demonstram que, mais do que sugerir incrementos pontuais, a proposição de uma concepção alternativa de constitucionalismo exige, ainda que normativamente, a reconfiguração e a ressignificação dos aportes basilares da estrutura constitucional hegemônica, de modo a dimensioná-los em um contexto de realização de uma democracia plural e inclusiva.

Nestes termos, enquanto a tradição liberal estrutura o constitucionalismo e seus elementos constitutivos a partir dos princípios/valores da unidade e da estabilidade políticas, uma forma constitucional a ele alternativa, e que seja concatenada com as exigências de aprofundamento da democracia, deve ser orientada pelo princípio da *pluralidade*. Não se trata de defender uma concepção de pluralidade que reconhece a diversidade como parte constitutiva apenas das relações privadas<sup>78</sup>; de modo diverso, trata-se de uma noção de pluralidade que localiza a diversidade como parte integrativa das relações públicas, representando, como tal, uma fórmula capaz de constituir a soberania de maneira profundamente democrática. Versa,

---

<sup>78</sup> Vale aqui realizar um esclarecimento. Conforme visto, o aporte cunhado pela tradição liberal concebe a pluralidade, porém em termos privatizantes, pois não admite sua manifestação pública. Exatamente por essa razão, Casséte (2016) identifica que o liberalismo lida com a pluralidade e a unidade de maneira compartimentalizada: a pluralidade como constitutiva do espaço privado, a unidade como máxima que caracteriza a esfera pública.

com efeito, sobre uma postura que redimensiona a soberania e a ideia de povo, situando ambas como pontos nodais do constitucionalismo e da política democrática.

Sobre o tema da pluralidade pública e sua relação com o léxico da democracia, Arendt (2007) adverte que a soberania agregativa liberal, na medida em que se refere apenas ao sistema representativo, reduz o conteúdo da política e da própria democracia, pois, de um lado, concebe a dinâmica democrática como mera competição de interesses entre elites partidárias e, de outro, compreende os indivíduos como cidadãos passivos, incapazes de atuarem ativamente nas definições dos marcos políticos. A redefinição do espaço público e dos princípios democráticos que a filósofa advoga parte da consideração de que a pluralidade pública se funda na experiência conjunta entre os indivíduos.

Reconhecer a pluralidade humana e permitir a sua plena manifestação constituem condição fundamental para a compreensão da complexidade que envolve a realidade e para a realização de uma política efetivamente democrática. O espaço público, então, deve ser concebido como *locus* de intensa luminosidade, pois é nele que as diferentes perspectivas e compreensões da realidade se inter cruzam e se chocam, permitindo, com isso, uma compreensão do mundo de forma mais abrangente e mais aprofundada. Em outros termos, é a ação conjunta, que nasce da pluralidade no espaço público, que garante a existência e a realização da política e que proporciona um contexto de permanente transformação e de efetiva autonomia (ARENDR, 2007)<sup>79</sup>.

Permitir que a pluralidade humana se manifeste publicamente, fundando e transformando o espaço público (ARENDR, 2007), representa uma fonte fecunda de possibilidades de desenvolvimento democrático, pois permite situar a soberania e a democracia não como formas estáticas, mas como movimentos dinâmicos, que se constituem e se estruturam a partir da manifestação pública da diversidade, dos conflitos e do choque de opiniões e de interesses. Enquanto a lógica da vontade geral republicana e da representação agregativa liberal indicam a necessidade inexorável de formação de consensos, a lógica democrática que envolve a manifestação pública da pluralidade e a ação conjunta entre as pessoas tem em mira a construção de um contexto político compatível com um fluxo contínuo

---

<sup>79</sup> Importante registrar que, para Arendt, a política nasce da relação *entre* os homens, e, por isso, se realiza apenas no espaço público. O espaço privado é aquele onde não vigora a pluralidade, pois é a esfera da privação, da ausência do *outro* para se estabelecer contato e comunicação.

de dissensos e de disputas, de modo que possa expressar e ao mesmo tempo ser constituído pelas contradições e pelas adversidades que caracterizam o exercício da liberdade no espaço público.

A soberania, vista a partir dessas lentes, não se limita a procedimentos formais de formação de vontades consensuais quase transcendentais. Na medida em que a pluralidade, exercida publicamente, infiltra e constitui a democracia, a mediação entre povo como abstração e o *demos* como concretude não é intercedida pela ideia de unidade, tampouco de representação. Conforme assinala Rosanvallon (1998), a dinâmica que se desenvolve entre esses dois níveis – povo como abstração e como concretude – reflete um paradoxo que imprime movimento à sociedade democrática, permitindo a sua atualização constante a partir de experiências pautadas na inclusão e na igualdade. Isso porque conceber os processos de constituição da soberania para além da ideia de unidade ou de agregação de interesses estrategicamente organizados envolve a possibilidade de os diversos indivíduos, situados em contextos e em posições distintas, lutarem para se estabelecer no espaço público, compartilhando-o com os demais.

Além disso, as exigências contemporâneas quanto ao reconhecimento da diferença e da necessidade de inclusão política impõem à lógica democrática a difícil e constante tarefa de ensejar espaços públicos dialógicos nos quais o padrão de inclusão não seja apenas aferido em virtude da participação de uma diversidade de atores político-sociais. A busca pela ampliação constante dos limites da comunidade política perpassa a necessidade da fundação de arenas públicas inclusivas e igualitárias, nas quais, para além da inclusão formal, os atores participantes tenham condições de atuar substancialmente, participando dialógica e agonisticamente dos processos de tomada de decisão coletiva. Neste registro, os limites da comunidade política não são concebidos como fixos; ao contrário, revelam-se flexíveis às contínuas possibilidades de alargamento dinâmico decorrentes da atuação conjunta dos indivíduos.

Por força desses imperativos, a soberania, em uma acepção democrática profunda, deve corresponder à necessidade de inclusão política e de alinhamento com a concepção pública de pluralidade. Para tanto, seu exercício não pode se limitar a momentos raros, da mesma forma que sua constituição não pode espelhar apenas um agregado de vontades individuais. Ao contrário, uma concepção de soberania plural e inclusiva é aquela que se estabelece como um processo dinâmico, jamais acabado, pois, em sendo constituída pelas contradições, pelos

dissensos e pelos conflitos que marcam a experiência pública conjunta, não pode dar origem a uma forma estática, mas deve permitir que sua constituição seja reconfigurada permanentemente.

Daí deriva a defesa de uma *soberania inacabada* (CASSÉTE, p. 58):

A soberania democrática só pode ser uma soberania inacabada. Qualquer tentativa de estabilizá-la já traz em si o potencial concreto de produção da exclusão e invisibilidade, tal como nos revela à perspectiva liberal hegemonicamente experimentada em nossas sociedades. No entanto, isso não quer dizer que o paradigma democrático na contemporaneidade se esvazia de objetivo. De fato, o exercício de construção e reconstrução da soberania pode ser rica fonte de inovações e aprofundamento democrático. Isso porque a multiplicação de sujeitos como parte ativa dos conflitos constitutivos do *demos* dão à experiência democrática uma amplitude abrangente, capaz de atualizar os princípios de igualdade e autonomia.

Admitir a soberania enquanto processo inacabado amplia o escopo e a dimensão estruturante da própria experiência da vida coletiva porque redimensiona a definição da identidade do povo, a qual passa a ser concebida não como um elemento fixo e totalizante, mas também como um processo permanente de construção, a envolver questionamentos e tensionamentos ocasionados pela ação política dialógica, integrativa e conflitiva entre os indivíduos no espaço público. Neste registro, não se afigura possível estabelecer fundamentos de legitimidade política absolutos para as práticas democráticas (como o é a ideia de regra da maioria), da mesma forma que o processo de definição e de autodeterminação do povo não pode ser um *dado*, definido rígida e previamente.

A concepção de soberania inacabada representa uma ruptura semântico-compreensiva tanto com as posturas que pretendem estabelecer identidades definitivas para o povo, quanto com as tendências que intencionam estabelecer limites fixos para os contornos da comunidade democrática. Permitir que a soberania se manifeste contínua e publicamente em espaços inclusivos e orientados pela lógica da igualdade política introduz a possibilidade de redefinição constante do *demos*, de molde a permitir o alargamento dinâmico – e portanto permanentemente inclusivo – dos limites da comunidade democrática, o que cria oportunidades e incentivos para o aprofundamento e densificação da gramática da democracia.

É evidente que esta perspectiva compreensiva da soberania não pode ser romantizada como chave resolutiva para todos impasses gerados pela própria dinâmica da vida coletiva. Isso porque, na medida em que a pluralidade se manifesta no espaço público, a ação política nasce e se expressa a partir da relação conjunta entre as pessoas, o que desvela, conforme Arendt, um

processo sempre imprevisível. Tendo em vista esse pressuposto, não se pode garantir que a efetivação desta ideia de soberania será sempre capaz de afastar por completo a manutenção e a reprodução de exclusões e de desigualdades políticas. O grande feito que uma perspectiva desta natureza coloca em evidência é a possibilidade de o povo “reconhecer suas opressões e, desta forma, se esforçar continuamente para superá-las” (CASSÉTE, 2016, p. 58). Isso, decerto, representa, por si só, um salto qualitativo em termos de aperfeiçoamento da dinâmica que envolve a vida em comunidade.

Em sentido análogo, porém orientado por outros vetores interpretativos, Mendonça e Marona (2015) sublinham a necessidade de a teoria e a *práxis* política contemporânea contestarem a noção *totalizante de povo*. Isso porque, uma vez que essa categoria é comumente mobilizada para representar a totalidade do corpo político, ela encobre e ofusca, em termos práticos, o *não povo*, aquele conjunto de indivíduos excluídos dos processos políticos desenvolvidos no interior da comunidade política. Tal problematização conduz a um tensionamento da ideia de *demos*, no singular, para, finalmente, culminar na defesa de uma noção de *demoi*, no plural, um conceito que, ao colocar em evidência a natureza múltipla e dinâmica que envolve a experiência humana, tem a capacidade de reconhecer e enfatizar a pluralidade como força motriz que constitui e estrutura, em essência, a comunidade política.

Tomando por base essa reinterpretação e essa ressignificação, deve-se reconhecer que a noção de soberania popular estática e limitada aos processos eleitorais não se afigura adequada, em forma e em conteúdo, para corresponder aos reclames que a complexificação do conceito de *demos/demoi* demanda. Neste sentido, ao questionarem a concepção dominante de soberania, o que Mendonça e Marona (2015) objetivam não é promover uma ruptura com a função legitimadora desempenhada pelo princípio da soberania popular, tampouco propor um redimensionamento da divisão de funções entre os poderes políticos. O esforço destes autores consiste, especificamente, em preconizar a soberania a partir de uma nova lógica, vale dizer, como um *processo fluido, diferido no tempo e difuso no espaço*, pois é a partir desta concepção que se promove “o atravessamento de múltiplos públicos para fomentar a transformação coletiva da sociedade” (MENDONÇA e MARONA, 2015, p. 267-8).

Nestes termos, salientam os autores:

O especial é perceber que a soberania não é um atributo possuído por um ator específico (incluindo *o povo*), mas um processo que depende da luta permanente entre

vários atores em torno de concepções de justiça e com vistas à transformação moral da sociedade. Essas lutas buscam transformar não apenas as práticas sociais, mas também identidades em suas mais diversas acepções (...)”. (MEDONÇA e MARONA, 2015, p. 268).

Ao advogarem a ressignificação das noções de povo e de soberania, os autores entendem que a mudança de perspectiva que daí deriva abre espaço para a configuração de um cenário político no qual seja possível superar (ou ao menos questionar) as estruturas que tradicionalmente engendram a produção de *metainjustiças*. Esse conceito, cunhado por Nancy Fraser, é mobilizado para retratar uma situação estrutural das sociedades contemporâneas que, consubstanciada na perda, por parte de alguns indivíduos, do “direito a ter direitos”, reflete a forma como as fronteiras da comunidade política são delineadas, excluindo alguns indivíduos da possibilidade mesma de contestarem as injustiças a que estão submetidos. Na medida, no entanto, que os conceitos de povo e de soberania são ressignificados, de modo a promover um cenário de maior inclusão e de reconhecimento das diferenças, criam-se condições para que as lutas por justiça efervesçam e, com isso, seja alcançado um contexto de *paridade de participação*.

Seja como for, apesar de revelarem referências teórico-conceituais distintas<sup>80</sup>, as concepções de *soberania inacabada* e de *soberania fluida, diferida no tempo e difusa no espaço* realçam, conjuntamente, que o modelo de soberania delineado pelo liberalismo apresenta insuficiências em relação à possibilidade de proporcionar um cenário político de aprofundamento da democracia. Isso porque, a lógica *agregativa*, denotativa de uma limitação da soberania aos processos eleitorais, aponta para uma noção de soberania que se presta, tão somente, a estabelecer, sob o ponto de vista retórico, um padrão de legitimidade democrática para as decisões políticas dos poderes constituídos. Ao afastar do processo de constituição da soberania os conflitos, o dissenso, os paradoxos e as idiosincrasias característicos da experiência humana, a referência liberal acaba por definir uma ideia de povo homogênea e que, por isso mesmo, oculta uma série de indivíduos e de grupos, naturalizando padrões atroz de manutenção de exclusões.

---

<sup>80</sup> Enquanto Casséte realiza a escavação arqueológica da ideia de soberania inacabada a partir dos legados da filosofia e da teoria política contemporânea, centrando sua análise, em grande medida, nas contribuições da Escola Francesa do Político, Mendonça e Marona debruçam-se sobre os aportes desenvolvidos no âmbito da teoria do reconhecimento e da teoria deliberacionista.



Por outro lado, ao sublinharem a natureza processual contínua de constituição da soberania e a necessidade de complexificação da noção de *demos/demoi*, as noções de soberania inacabada e de soberania como lógica fluida têm o condão de colocar em evidência a natureza plural e conflitiva que envolve a realização pública da experiência conjunta. O pressuposto implícito é o de que, à medida que se avança no sentido de tornar a soberania permeável à pluralidade constitutiva das sociedades contemporâneas, devem ser criados novos padrões de averiguação e de produção de legitimidade democrática, o que também impõe a necessidade de se estabelecer novos formatos para as instituições políticas e diferentes mecanismos de relacionamento entre os indivíduos e o Estado.

Partindo-se do reconhecimento quanto às “imbricações e mútuas afetações entre os vários grupos que se percebem como povos”, avança-se no sentido de se permitir a descentralização e a relativização dos processos de constituição da soberania (MENDONÇA e MARONA, 2015, p. 267). Em outros termos, trata-se de conceber a soberania para além da visão monista liberal, pois deve-se ter em conta que tal concepção se limita a contemplar o direito de votar como único mecanismo capaz de constituir a soberania e de conferir legitimidade às decisões políticas.

Conforme Rosanvallon (2007), em face da pluralização das sociedades contemporâneas e da complexificação das relações político-sociais que se estabelecem em seu interior, o direito ao voto já não mais se afigura, sozinho, como um elemento suficiente para permitir a realização das promessas da democracia. Por isso, ao contrário de encerrar uma dimensão única, a soberania deve ser entendida como um elemento complexo, o que demanda a multiplicação de formas de representação e a valorização de formas de expressão política, as quais sejam capazes de conectar mecanismos de exercício direto da soberania (participativos e deliberativos) com o sistema de representação político-institucional.<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> Extrapola os objetivos deste trabalho realizar uma abordagem pormenorizada das propostas encaminhadas por Rosanvallon. Mesmo assim, de forma sumária, cumpre advertir que, para o autor francês, a pluralização da vida social coloca em pauta a necessidade de se estabelecer novos marcos de produção de legitimidade política, os quais extrapolem apenas a legitimidade eleitoral, aferida por intermédio do recurso do princípio majoritário. Neste quadro, considerando que além de povo-eleitor, a soberania deve envolver um povo-vigilante, um povo-veto e um povo-juiz, Rosanvallon (2007) propõe as noções de “legitimidade de imparcialidade” (que se refere ao distanciamento de instituições independentes em relação a posições partidárias e de interesses particularistas); “legitimidade de reflexividade” (a representar o reconhecimento das manifestações plurais de bem comum”) e “legitimidade de proximidade” (que deriva do reconhecimento de todas as particularidades).

Ao lado das ressignificações da soberania, da noção de povo e da própria democracia, deve também ser situada uma concepção de fundação política que com eles guarde compatibilidade. Enquanto a tradição liberal, conforme anteriormente analisado, dimensiona a fundação política a partir de uma lógica contratual que concebe o momento instituinte como episódio indesejável porque incompatível com as premissas de estabilidade político-institucional, as posturas que encaminham propostas de aprofundamento da democracia tendem a desconstruir a ideia de fundação política como elo perdido no tempo. Assim, partindo do questionamento “does democracy have foundations?”<sup>82</sup>, Benjamin Barber (1996) argumenta que uma concepção de democracia que incorpora a dinâmica da pluralidade, do diálogo e do conflito revela-se incompatível com qualquer pressuposto fundacional que consagra princípios e fundamentos absolutos e intransponíveis.

Tendo em vista uma concepção de ação democrática próxima daquela cunhada por Hannah Arendt, Barber adverte que a capacidade revolucionária e transformadora da ação conjunta entre os indivíduos não guarda compatibilidade com a previsão de controles indiscutíveis, pois a consagração de fundamentos definitivos para a democracia não representa senão uma forma arbitrária de dominação da esfera pública, do que decorre violações à autonomia pública e à liberdade democrática.

Por essa razão, a única lógica fundacional possível, em um contexto que prestigia a aceção complexa e processual da soberania, é aquela que dá ensejo a uma estrutura política que, mantendo abertos canais para o livre fluxo da ação política, permite o ininterrupto questionamento e transformação dos fundamentos e princípios que conformam a comunidade política. Um contexto político derivado dessa percepção é aquele no qual a semântica democrática “se daria a partir do debate sobre a própria democracia; a cidadania democrática implicaria uma discussão sobre quem essa cidadania é capaz de incluir; e o debate público é aquele que versa sobre os limites da própria comunidade democrática” (CASSÉTE, 2016, p. 65). Não diz respeito, com efeito, a uma defesa da inviabilidade de se estabelecer fundamentos que garantam a realização da vida em coletividade, mas se questiona a possibilidade de consignação de marcos insuperáveis e invencíveis.

---

<sup>82</sup> Ou, em português, “a democracia possui fundações?” (Tradução livre).

Neste sentido, a fundação política, ao contrário de representar uma figura mítica localizada no passado, deve ser concebida “como passagem, sempre temporária, de um processo ininterrupto (...)”, a qual viabiliza a atualização contínua da comunidade política e do próprio direito. Urge considerar, portanto, que o contrato social não constitui um pacto simétrico entre indivíduos que voluntariamente concordam sobre os marcos que limitam a comunidade política, do que resulta uma concepção de fundação que, representando uma passagem sempre temporária, visa a permitir aos povos a contestação permanentemente de tais limites, alterando-os por meio dos conflitos e das interações político-sociais (MENDONÇA e MARONA, 2015, p. 262-3). Decerto, operando nestes termos, a *práxis* democrática amplia o escopo e a dimensão constitutiva da própria soberania, na medida em que reduz as possibilidades de constrangimentos ao seu exercício e aos efeitos que dela advenham.

Demais disso, na medida em que a pluralidade é mobilizada enquanto princípio vetor de reorganização e de ressignificação dos elementos constitutivos da democracia e do próprio constitucionalismo, emerge, enquanto problema fundamental da política, a tensão que envolve a dicotomia “particularismos *versus* universalismos”.

Trabalhando sob o ponto de vista das possíveis interações entre essas categorias, Ernesto Laclau (2011) oferece uma interpretação importante sobre a necessidade e a viabilidade de se pensar, quase que como uma síntese dialética, na configuração de uma ideia possível de universal como um *horizonte incompleto*. A partir de uma reconstrução histórica das discussões teórico-filosóficas que envolvem a relação entre o universal e o particular, o autor conclui que todas elas lidam com uma brecha entre essas duas dimensões, de modo que o universal é então referenciado como “um particular que em algum momento se tornou dominante”, o que sugere a impossibilidade de se alcançar uma sociedade reconciliada entre esses “polos” (LACLAU, 2011, p. 54).

O autor chama a atenção para o fato de que a tendência atual em afirmar o particularismo irrestrito, sem qualquer referência a uma universalidade, não é capaz de resolver os problemas políticos pelos quais passam as sociedades contemporâneas. Ao contrário, a aclamação do particularismo como único princípio normativo conduz a uma aporia que revela um paradoxo indissolúvel. Isso porque, se, de um lado, o universalismo, como valor em si, parece remeter a aspectos transcendentais totalizantes, por outro, o particularismo irrestrito, desvinculado de qualquer referência à unidade, resulta na possibilidade de reconhecimento de grupos de

diferentes naturezas, inclusive aqueles que apresentam uma feição reacionária e antissocial. Hipoteticamente, ainda que se reconhecesse como legítimas e toleráveis a existência desses grupos, a diferença de interesses que eles possuem em relação àqueles outros de viés mais progressista invariavelmente daria ensejo a conflitos de demandas que, para serem equacionados, reclamariam a existência de princípios gerais. Por isso, arremata o autor: “não há particularismo que não apele para tais princípios na construção de sua identidade” (LACLAU, 2011, p. 55).

Tal inferência é particularmente significativa porque demonstra que a afirmação de toda e qualquer identidade (ainda que apenas diferencial, não conflitiva em relação às demais) pressupõe um contexto geral, uma espécie de unidade/universidade que permite a tal identidade se distinguir como tal. *Contrario sensu*, na medida em que se destrói o contexto geral, a reboque se destrói a identidade do sujeito que levou a efeito tal processo destrutivo. Além disso, a afirmação de identidades ancorada apenas nos pressupostos do particularismo resulta em um reducionismo quanto à compreensão política da pluralidade, uma vez que, nestes termos, a multiplicidade de identidades sugere apenas uma questão de diversidade, não uma questão de poder. Com isso, “se a particularidade se afirmar como mera particularidade, numa relação puramente diferencial com as outras, estará sancionando o *status quo* das relações de poder entre os grupos” (LACLAU, 2011, p. 55).

A ideia de um universal como horizonte incompleto da democracia é apresentada por Laclau com o intuito de possibilitar a sutura entre identidades específicas que se encontram deslocadas. Isso porque, na medida em que o universal constitui parte de uma identidade específica, quer dizer que essa dada identidade diferencial fracassou no seu próprio processo de constituição. Eis a ideia de *falta constitutiva*, isto é, o processo pelo qual uma identidade não se constitui como uma particularidade diferencial porque, em alguma medida, guarda correspondência/correlação com o universal.

A capacidade saturadora do universal como horizonte incompleto consiste exatamente em sua aptidão para absorver, na integração de seu conteúdo, os sentidos que diferenciam as particularidades deslocadas. Desta maneira, essa específica concepção do universal não é interpretada como uma categoria estática e totalizante, uma vez que se presta, sempre de maneira incompleta, a absorver, a acomodar e a permitir a integração dos sentidos, dos princípios e dos discursos que compõem as particularidades das múltiplas identidades O

universal, neste sentido, estabelece-se como produto dos vários particulares, sem, contudo, ser, em relação a estes, um princípio que lhes explica.

A partir dessas referências, verifica-se que a Constituição, enquanto documento que tradicionalmente confere unidade às nações, deve ser vislumbrada não como o abrigo de princípios universais estáticos, fechados às múltiplas particularidades. Ao contrário, deve representar um elemento jurídico-político que, operando no interior da democracia, possa permitir que a pluralidade e as múltiplas particularidades a constitua, consignando, por isso mesmo, princípios universais reveladores de uma unidade que se expressa como horizonte sempre incompleto. É neste sentido, aliás, que se compreende a Constituição como “uma forma de atividade discursiva permanente”, a qual se reconfigura no campo de lutas sociais, tornando-se necessariamente dependente da democracia, ao mesmo tempo que a alimenta (MENDONÇA e MARONA, 2015, p. 263-4).

Com efeito, estruturar o constitucionalismo a partir do princípio da pluralidade pública implica não somente em contrastá-lo com a concepção estática de constitucionalismo legada da tradição liberal. Mais do que isso, diz respeito a situá-lo como parte integrante de uma dinâmica democrática profunda. Por isso mesmo, inserir o constitucionalismo em um contexto de democracia ressignificada pelo princípio da pluralidade pública implica em compatibilizá-lo com o repertório processual e dinâmico que informa a constituição e o exercício da soberania, a construção da identidade do(s) povo(s) e a concepção de fundação política como passagem sempre temporária.

Tal postura exige a percepção do constitucionalismo como um *movimento dialético*, que, operando em meio à tensão evidenciada entre unidade e pluralidade, particularismo e universalismo, instituinte e instituído, tenha a capacidade de viabilizar e de potencializar o livre fluxo dos conflitos político-sociais em torno das disputas que envolvem a definição, sempre incompleta, dos princípios gerais balizadores da vida coletiva e dos direitos garantidores de justiça e dignidade<sup>83</sup>. Versa, por isso mesmo, sobre uma compreensão processual do fenômeno constitucional, o qual deve ser compreendido como um sistema sempre aberto, poroso às disputas e aos conflitos constitutivos das lutas pela construção da democracia.

---

<sup>83</sup> Em sentido semelhante, Casséte (2016) defende que “o modelo de constitucionalismo no contexto da democracia contemporânea é aquele no qual essa tensão [entre estabilidade política e ação popular democrática] potencializa processos agonísticos e dialógicos de refundação contínua dos espaços públicos”.

De fato, uma concepção de constitucionalismo que não encerre uma dimensão fundacional intransponível (BARBER, 1996) e que em cujo interior habitem princípios universais sempre incompletos (LACLAU, 2011) é aquela que, em última análise, incorpora e permite a manifestação da soberania como processo fluido, dinâmico e inacabado, e que, como tal, viabiliza a reconstrução constante das identidades dos povos e o alargamento dinâmico dos limites da comunidade política. Trata-se, por assim dizer, de uma forma constitucional que, em oposição à premissa fundante do constitucionalismo democrático do século XX, aponta para o valor da justiça como elemento contingente, determinado historicamente (MARONA, 2014b), o que impõe a necessidade de se criar e de se permitir a fundação de espaços que tornem possíveis as lutas em torno do conteúdo e da dimensão política de tal valor.

Conceber o constitucionalismo como processo dialético implica em permitir que a soberania movimente tanto as suas engrenagens como as estruturas que elas engendram. Não se trata, por isso, de dar forma a uma institucionalidade que domestica a soberania, limitando sua potência transformadora. Ao contrário, um constitucionalismo comprometido com o aprofundamento democrático é aquele que pereniza a soberania em sua plenitude, tornando-a parte integrante da prática constitucional cotidiana. Diz respeito, com efeito, à consagração de uma estrutura que, para além dos momentos de definição dos quadros do sistema representativo, oportuniza a manifestação plural e inclusiva da soberania, tornando possível que se processem, na zona de interseção entre institucionalidade estatal e a atuação de atores e movimentos sociais diversos, disputas constantes em torno do conteúdo das deliberações políticas.

Deve-se sublinhar que, mesmo diante dessa aposta, a tensão entre constitucionalismo e democracia permanece como uma das dimensões constitutivas do próprio fenômeno político. Isso porque, por mais que a soberania faça parte da prática constitucional cotidiana, admitir a existência de uma ordem constitucional implica, ainda que em menor medida, no estabelecimento de balizas para o exercício de tal poder. No entanto, na medida em que avança no sentido de absorver a pluralidade, projetando-se como um movimento dinâmico e em constante processo de redefinição de seus contornos, o constitucionalismo – e as estruturas que ele engendra – passa a integrar e a constituir o processo democrático, circunstância que ressignifica aquela tensão nos termos de uma implicação mútua.

Com efeito, em um cenário assim conformado, constitucionalismo e democracia devem se retroalimentar continuamente, permitindo-se não apenas a constitucionalização da

democracia, mas, antes, a *democratização do constitucionalismo*. Significa dizer que, na medida em que o constitucionalismo se projeta como processo dialético organizado em torno das dicotomias constitutivas do fenômeno político, o potencial transformativo da ação conjunta entre os indivíduos no espaço público o constitui, ao mesmo tempo em que, por isso mesmo, é por ele viabilizado e potencializado.

Desta percepção resulta uma proposta analítica para a avaliação de novos padrões de constitucionalismo que, voltando-se contra o paradigma liberal-hegemônico, tenham em mira possibilidades mais efetivas de desenvolvimento e de aprofundamento democrático. Tendo como parâmetro a prioridade que a matriz constitucional liberal atribui ao valor da estabilidade e da unidade política, uma forma constitucional a ela alternativa é aquela que internaliza parte da instabilidade e da imprevisibilidade intrínsecos à lógica democrática. Por isso mesmo, analisar padrões constitucionais supostamente disruptivos em relação ao constitucionalismo liberal dominante e que pretendem se somar à democracia requer uma observância e uma avaliação quanto à conformação da estrutura fundamental de suas engrenagens e o formato de relação que elas empreendem com a soberania política.

É preciso questionar se a estrutura básica que engendra a produção da Constituição e dos marcos dela derivados permite e viabiliza a manifestação constante, plural e conflitiva da soberania popular. Do mesmo modo, é necessário realizar um escrutínio que permita identificar se a estrutura constitucional em avaliação se mostra porosa às possibilidades de atualização constante dos seus marcos, de molde a permitir, de um lado, que a Constituição não encerre um acordo fixo e intransponível, e, de outro, que o poder constituinte permaneça latente, podendo ser ativado em face de alterações contextuais profundas. Além disso, no plano das relações políticas ordinárias, deve-se verificar se a manifestação da soberania também é autorizada e viabilizada, de forma que, não se restringindo apenas aos processos eleitorais, possa se articular de forma produtiva com as instituições que conformam o poder constituído.

Analisar experiências constitucionais sob esse prisma requer, ademais, a compreensão de que nenhum valor ou princípio possui um significado essencialmente *neutro*. Ao contrário, o conteúdo de valores como o da igualdade, da liberdade e da justiça constitucional devem ser apreendidos e construídos em meio à conflituosidade social, o que implica em dimensioná-los como elementos contingentes, cujos significados são construídos historicamente. Por essa razão, seja mantendo latente as possibilidades de ativação do poder constituinte originário, seja

permitindo alterações pontuais no texto constitucional, um constitucionalismo que absorve os riscos da democracia deve permitir que até mesmo seus princípios e direitos fundamentais sejam questionados e transformados, desde que tal mudança derive de processos democráticos que ressignifiquem os valores que conferem sustentação a tais princípios e direitos.

### **3.3 Constitucionalismo Contemporâneo da América Latina: uma agenda de pesquisa em aberto**

Na esteira do apontamento realizado na parte introdutória deste trabalho, os processos de reconstitucionalização recentes da América Latina têm despertado a atenção da comunidade política e jurídica, porque supostamente deram origem a documentos constitucionais que se preocupam com a democratização de seus sistemas políticos e de suas ordens constitucionais (MENDONÇA e MARONA, 2015), razão pelo qual, não raras vezes, são caracterizados como um “novo” padrão de constitucionalismo, mais amplo e plural do que o modelo hegemônico de perfil liberal. Estes apontamentos resultam de investigações que avaliam tanto a natureza de seus processos constituintes, como as inovações produzidas nos marcos constitucionais, os quais, em conjunto, sinalizam para uma mudança significativa de paradigmas.

Com relação aos *processos constituintes*, a ruptura que os exemplares recentes da América Latina representam em relação às antigas experiências diz respeito ao fato de terem contado com ampla participação popular, de diferentes setores da sociedade, no desenho dos novos limites da comunidade política. Segundo Viciano Pastor e Martínez Dalmau (2011), enquanto os processos constitucionais anteriores, mormente os de feição liberal, eram conduzidos pelas elites, as recentes experiências constitucionais da América Latina devem ser qualificadas como espécies de um *constitucionalismo sem país*, uma vez que, resgatando a necessidade de legitimidade democrática desses processos, deram origem a cartas constitucionais que refletem a vontade manifestada de seus povos.

Em outros termos, o caráter democrático que caracteriza esses processos instituintes decorre da inclusão, ao longo das deliberações das assembleias constituintes, de atores políticos diversos, oriundos dos mais diferentes matizes da sociedade, que puderam contribuir nas definições do conteúdo normativo das novas cartas. Na medida em que as Constituições



guardam compatibilização com os reclames e desejos desses atores, entende-se que há, por isso mesmo, um verdadeiro resgate da dimensão política do constitucionalismo.

A este respeito, vale destacar, como exemplo, que a Assembleia Constituinte do Equador de 2008 contou com a participação de dirigentes e representantes de organizações camponesas, povos originários, sindicatos, jovens, mulheres, moradores urbanos e migrantes, além de ter oportunizado um profícuo debate com os movimentos sociais, “os quais apresentaram várias propostas de textos constitucionais completos ou propostas temáticas setoriais” (MENDONÇA e MARONA, 2015, p. 264). Igualmente, o processo instituinte da Bolívia de 2009 se deu a partir da eleição de 225 membros para a composição de sua Assembleia Constituinte, os quais, eleitos democraticamente, representavam interesses diversos dos povos. Deve-se salientar, ainda, que, em ambos os casos, as novas Constituições foram submetidas à avaliação popular, mediante a realização de referendos.

Tendo em vista esses fatos, há uma tendência na literatura do campo em caracterizar como um dos pontos distintivos das recentes experiências constitucionais da América Latina – a englobar, conforme alguns autores, inclusive a brasileira de 1988 (AVRITZER, 2017) – a intensa participação popular ao largo dos trabalhos de suas assembleias constituintes.

Em grande medida, embora possuam causas difusas, essas mobilizações foram impulsionadas, em alguns casos, pelo fim dos regimes autoritários; em outros, pela situação de crise econômica, política e social derivadas da aplicação de programas de ajustamento financeiro de natureza neoliberal; e, ainda, por circunstâncias particulares, como foi o caso das Guerras da Água e do Gás, na Bolívia, nos anos de 2000 e de 2003. De um modo geral, essas circunstâncias históricas determinaram o crescimento e consolidação de movimentos sociais diversos, principalmente de povos tradicionalmente aliados do processo político, e a eleição de governos situados à esquerda ou no centro-esquerda do espectro político-ideológico (SILVEIRA, 2017), circunstâncias que viabilizaram a ocorrência dos processos instituintes considerados inclusivos e democráticos.

Sob o ponto de vista das inovações que os recentes textos constitucionais produziram, há um ponto de convergência significativo. A maioria deles, senão todos, apostou, ao contrário do exemplo norte-americano, na promulgação de *textos longos*, bem especificados e detalhados, de molde a contemplar marcos regulatórios que tratam, pormenorizadamente, do catálogo de

direitos fundamentais e das possibilidades de exercício do poder político – tanto pelos poderes constituídos quanto pelo povo. A respeito deste último aspecto, Pereira (2013) salienta que o conjunto de processos constitucionais compreendidos desde a Nicarágua, em 1987, até a Bolívia, em 2009, compartilha a característica de, reconhecendo as limitações do modelo de democracia representativa, atribuírem importância aos espaços de *participação popular* e à necessidade de aprofundamento e de implicação mútua entre democracia participativa e sistema representativo.

Com efeito, no caso do Brasil, a Constituição de 1988 consignou um conjunto de mecanismos de participação política direta: plebiscito, referendo, iniciativa popular, conselhos de políticas públicas em áreas específicas (como saúde e assistência social), planos diretores municipais, possibilidade de participação no Legislativo Federal (mormente em suas comissões parlamentares) e possibilidade de participação nos Legislativos estaduais. Em reforço, há ainda a autorização de serem realizadas audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (AVRITZER, 2017). No mesmo sentido, a Constituição colombiana de 1991 introduziu, via título IV, capítulo I, instrumentos participativos viabilizadores de “formas de participação democrática”; a Constituição equatoriana de 2008 tratou, no capítulo primeiro do título IV, de mecanismos de *participación en democracia*; e a Bolívia, a partir de 2009, assinalou a fundação de uma democracia *participativa, representativa e comunitária*, a qual resguarda a participação popular mediante mecanismos como a consulta prévia, o referendo e a revogabilidade de mandatos (AVRITZER, 2017). Conforme salientam Viciano Pastor e Martínez Dalmau (2011, p. 34), o denominador comum que une esses elementos diz respeito à capacidade de se consolidarem como “mecanismos de legitimidade e controle sobre o poder constituído, mediante, em muitos casos, novas formas de participação vinculantes”.

Especificamente em relação à participação do povo nos assuntos ordinários da política, Bolívia e Equador inauguraram o modelo de *democracia comunitária*, por meio do qual pretendem realizar a inclusão de grupos, tradicionalmente marginalizados do processo democrático, nas arenas de tomada de decisão política ordinária. Trata-se, por assim dizer, de espaços deliberativos em órgãos oficiais do governo que, voltados, sobretudo, para a definição, o desenho e a gestão de políticas públicas, bem como para a elaboração de planos e de programas sociais (SILVA, 2015), permitem a participação de organizações representativas oriundas de diferentes setores da sociedade.

No caso do desenho institucional do Equador, Silveira (2017) salienta que a adoção do modelo de democracia comunitária veio a refletir em uma reorganização das funções de Estado. Para além da clássica divisão entre as funções Executiva, Legislativa e Judiciária, a Constituição Equatoriana de 2008 instituiu a Função Eleitoral e a Função de Transparência e Controle Social, esta última responsável por estabelecer um novo *locus* para a participação no interior do aparelho do Estado<sup>84</sup>.

Por óbvio, na medida em que essas Constituições ampliam os repertórios de participação política, a reboque provocam um deslocamento conceitual quanto ao alcance e profundidade da própria ideia de soberania democrática. Se, de um lado, o legado do constitucionalismo liberal aponta para o confinamento da soberania a momentos episódicos – quer seja no evento fundacional, quer seja nos processos de definição dos órgãos representativos –, por outro, as experiências constitucionais da América Latina parecem apostar na possibilidade de a soberania ser exercida de forma mais contínua, a demonstrar uma verdadeira circularidade que envolve as relações entre as instituições políticas e a sociedade (MENDONÇA e MARONA, 2015).

Em outro sentido, a incorporação de diferentes atores e de representações políticas plurais no âmbito dos trabalhos das assembleias constituintes também produziu eco no que versa sobre o *sistema de direitos* e sobre a o desenho do arquétipo institucional de vários países. Para os casos da Bolívia e do Equador, Viciano Pastor e Martínez Dalmau (2011) verificam que, como reflexo da incorporação da cosmovisão das sociedades originárias, as constituições desses países consignaram princípios e direitos inovadores, como é o caso do *vivir buen*, da *Pachamama* e do *sumak kawsay*.

Assumindo a dimensão de postulados fundamentais em tais Constituições, esses princípios constituem categorias jurídico-políticas que, embora não encerrem um conceito unívoco, visam a equacionar o homem e sua relação com a natureza. Além disso, deriva desses fundamentos nucleares um estuário de direitos e de garantias fundamentais específicos (como é o caso do direito à água, à soberania alimentar e da consagração da natureza como sujeito de direito) e um conjunto de regras que realça a preocupação desses povos com o desenvolvimento

---

<sup>84</sup> A este respeito, opondo-se às análises que defender ter havido, no caso do Equador, um dismantling das instituições de controle, Barrios-Suvelza (2018, p. 44) entende que a criação da Função de Transparência e Controle Social simboliza um marco significativo no sentido de assinalar que “quem deve agora ser ator do controle não pode ser mais uma agência não eleita que exerce um contrapeso guiada por critérios formalistas e tecnicistas”. Além de eleita, os membros deste Conselho estão sujeitos à revocatória de mandato.

de políticas programadas para a proteção da biodiversidade e do patrimônio genético (BRANDÃO 2015).

Com vistas voltadas para uma avaliação do reflexo da inserção de povos originários, sobretudo indígenas, nos processos de constitucionalização recentes, Yrigoyen Fajardo (2011) identifica a existência de três ciclos de constitucionalismo na região, que abarcam os processos compreendidos desde a Constituição da Guatemala de 1985 até a Constituição da Bolívia de 2009. O primeiro deles (1982-1988), intitulado *constitucionalismo multicultural*, qualifica-se pela inserção da diversidade cultural e do reconhecimento de várias línguas oficiais nos textos constitucionais, como é o caso da Guatemala e da Nicarágua. O segundo ciclo (1989-2005), chamado de *constitucionalismo pluricultural*, é identificado como reflexo da luta dos povos indígenas da região e apresenta, como principais nuances, o desenvolvimento do conceito de nação multiétnica e multicultural e da configuração de uma estrutura próxima ao pluralismo jurídico, em torno dos quais se reconhecem as tradições, desejos e orientações dos povos indígenas. O terceiro ciclo (2006-2009), dimensionado como *constitucionalismo plurinacional*, restringe-se aos processos de constitucionalização do Equador e da Bolívia, como a expressão de experiências efetivamente inovadoras, impulsionadas pela refundação destes estados e pelo reconhecimento das tradições milenares das sociedades originárias, principalmente dos povos indígenas.

Em termos comparativos, o segundo ciclo, profundamente influenciado pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), desembocou na ampla positivação dos direitos indígenas (BRANDÃO, 2015), tanto nos textos constitucionais, como nas legislações ordinárias. De modo diverso, o terceiro ciclo, dando um passo adiante, não apenas reconheceu juridicamente os direitos dos indígenas, mas internalizou, a partir de todo o processo constituinte, o conhecimento e a cosmovisão desses povos. É por essa razão que os postulados do *buen vivir*, da *Pachamama* e do *sumak kawsay* passaram a integrar, enquanto núcleos normativos essenciais, os textos constitucionais da Bolívia e do Equador.

Desta maneira, a incorporação das minorias e da cosmovisão das sociedades tradicionais produziu dois impactos significativos no desenho institucional das comunidades políticas da Bolívia e do Equador, uma vez que resultou na estruturação do modelo de *Estado Plurinacional*, de onde se desdobra a configuração do *pluralismo jurídico*. No caso boliviano, reconhece-se a existência de duas ordens jurisdicionais – a tradicional indígena e a ordinária –, as quais ocupam

posição equivalente em termos hierárquicos (CAMBAÚVA, 2014). Além disso, a Lei do Regime Eleitoral reconhece a existência de comunidades interculturais e afrobolivianas, ao passo que a Constituição admite como legítima a formação de territórios indígenas autônomos, dotados de autonomia política, administrativa, financeira e jurídica (BRANDÃO, 2015).

A fórmula do Estado Plurinacional visa a superar as bases uniformizadoras e excludentes sobre as quais se assenta a moderna concepção de Estado e de constitucionalismo, de modo a permitir uma relação mais dinâmica e inclusiva entre as instituições estatais e a sociedade. Por isso, reconhecendo a diversidade cultural e apontando para a necessidade de introdução das diferenças, sobretudo étnicas, na conformação das comunidades políticas (MENDONÇA e MARONA, 2015), as Constituições equatoriana e boliviana apostam tanto na reinterpretação e inovação dos direitos constitucionais, como na reestruturação da forma de Estado legada do além-mar. Neste quadro, o pluralismo jurídico, como ingrediente fundamental da estrutura do Estado Plurinacional, avança no sentido de, conferindo aos povos indígenas e originários o direito à autodeterminação, reconhecer os direitos aclamados por esses povos e de conferir legitimidade às decisões tomadas por suas próprias autoridades (BRANDÃO, 2015)<sup>85</sup>.

Uma vez que complexificam tanto a estrutura institucional quanto a lógica do direito – mormente por admitirem outras fontes jurídicas ordinárias que não apenas aquela oriunda do poder político central –, essas Constituições abrem espaço para um avanço em matéria de cidadania, de modo a não preconizar a uniformização das diferenças via estatuto de direitos. De forma diversa, elas desafiam o ideal de cidadania universal “sem abrir mão do potencial universalizante vinculado a uma concepção de justiça essencialmente agonística”, da mesma forma que revisam “a identificação estrita entre cidadania e nacionalidade, impondo-lhes dialogicidade” (MENDONÇA e MARONA, 2015, p. 272-3).

Ainda no plano institucional, mas sob a perspectiva do sistema representativo, importante sobrelevar que especialmente os sistemas constitucionais equatoriano e boliviano preconizam regras específicas sobre a paridade de gênero no Legislativo<sup>86</sup> (LOPES CAMPOS e NOVAIS TOLLEDO, 2016). Igualmente, no âmbito da composição de suas Cortes Constitucionais, o Equador possui regra expressa que visa a alcançar a paridade entre homens

---

<sup>85</sup> Neste ponto, vale destacar as limitações do pluralismo jurídico em ambos os países. Além de do conteúdo das próprias Constituições, o texto do Equador estabelece outro limite, a saber, os humanos reconhecidos em documentos normativos internacionais (art. 171)

<sup>86</sup> Artigos 11 e 58 da Lei Eleitoral Boliviana, de 2010; Artigo 65 da Constituição do Equador.

e mulheres (art. 434 da Constituição), e a Bolívia, ao instituir o Tribunal Constitucional Plurinacional como cúpula do seu sistema judiciário, estabelece a necessidade de participação de magistrados provenientes tanto do “sistema ordinário” quanto do sistema indígena-campesino e um sistema de eleição, via sufrágio, para sua composição (art. 182 e 197, I)<sup>87</sup>. Com isso, cada um a seu modo pretende assegurar a pluralização da representação política nas instituições constitutivas dos poderes instituídos, o que contesta “a sub-representação tradicional de grupos excluídos e/ou minoritários” (MENDONÇA e MARONA, 2015, p. 276).

Os temas das *mudanças/reformas constitucionais* e do *controle de constitucionalidade* também ganharam espaço privilegiado nos novos documentos constitucionais, expressando, contudo, formas distintas de tratamento e de consagração. Sob o ponto de vista histórico, Avritzer (2017) salienta que, embora tivessem como referência o modelo constitucional estadunidense, as Constituições latino-americanas do passado, em sua maioria, eram impactadas por alterações no contexto político, ainda que, em grande medida, sem conotação democrática. Em função deste histórico, os recentes processos constitucionais, a partir de critérios distintos, trataram de consagrar textos constitucionais *rígidos*, os quais preveem, de maneiras distintas, tanto procedimentos solenes para a alteração de seu conteúdo, quanto um sistema de controle de constitucionalidade de matriz *kelseniana*, isto é, abstrato-concentrado.

No caso brasileiro, a natureza rígida do documento constitucional é reflexo da consagração de limites procedimentais e substantivos ao poder de reforma, tal como estabelecido em seu artigo 60. Formalmente, o processo legislativo que envolve o emendamento demanda a iniciativa de representações dos poderes constituídos representativos – não autorizando a iniciativa popular – e um procedimento que, sendo mais complexo do que aquele que versa sobre a aprovação de leis ordinárias, exige quórum qualificado e deliberação em dois turnos em ambas as casas do Congresso Nacional.

---

<sup>87</sup> A respeito do impacto da previsão constitucional boliviana acerca da composição de seu Tribunal Constitucional Plurinacional, também chamado de Tribunal Supremo de Justiça, Mendonça e Marona (2015, p. 277-8) apresentam dados interessantes: “Por ocasião das eleições judiciais de 2011, 35,6% dos candidatos a uma das posições no âmbito da administração estatal de justiça, da qual o Tribunal Supremo de Justiça é órgão supremo, representavam povos indígenas originários, campesinos, do país, dos quais 18,6% eram mulheres e 16,9% homens. Das mulheres que se candidataram, a maioria era de origem indígena. Especificamente para o Conselho da Magistratura, 57% das mulheres candidatas eram indígenas. Dentre os homens, 28,6% eram indígenas. Assim, 42,9% dos candidatos a conselheiro se autoidentificaram como indígena. Para o Tribunal Agroambiental, dentre as mulheres, 64% são indígenas, e dentre os homens a metade assim se autoidentifica. Em conjunto, 57% dos candidatos a magistratura agrária se declara, assim indígena”

Além disso, sob o ponto de vista material, estabelece que não podem ser objeto de emenda as cláusulas pétreas, dentre as quais se destaca, à luz do legado do constitucionalismo europeu do pós-guerra, os direitos e garantias fundamentais. Ocorre que, mesmo diante de tais limitações, da promulgação da Constituição até hoje, foram aprovadas cerca de 100 Emendas Constitucionais, o que demonstra efetiva permeabilidade da Constituição brasileira a alterações e adaptações ao longo do tempo, em que pese seu aparente caráter rígido.

A partir de outra perspectiva, a concepção de rigidez constitucional recepcionada pelas Constituições do Equador e da Bolívia busca evidenciar que modificações drásticas e rupturas completas da ordem só podem operar por força do poder constituinte originário, isto é, a partir de manifestação do povo (VICIANO PASTOR e MARTÍNEZ DALMAU, 2011). Neste quadro, o artigo 411 da Constituição boliviana prescreve que a mudança total de seu texto demanda a atuação da Assembleia Constituinte Originária Plenipotenciária, a qual deve ser ativada mediante referendo popular, a ser convocado pelos cidadãos ou pelos poderes constituídos representativos. Por outro lado, a reforma parcial deve ser objeto de deliberação no Poder Legislativo, podendo, no entanto, ser proposta por iniciativa popular. Em ambas as circunstâncias, os textos finais de reforma demandam ratificação, por intermédio do recurso do referendo.

O desenho adotado pelo Equador, embora semelhante, guarda um ponto distintivo. Vale dizer, para reformas pontuais que não versem sobre as cláusulas fundamentais (dentre elas, os direitos e garantias fundamentais e os elementos fundamentais do Estado) é autorizada a deliberação e a aprovação de emendas pelo Parlamento, sem que, ao final, o texto seja submetido à apreciação popular. Independente dessas nuances, enquanto a Bolívia, até 2015, já havia aprovado 18 emendas, o Equador havia incorporado 15 reformas ao seu texto original<sup>88</sup>.

Comparativamente, portanto, percebe-se duas distinções fundamentais entre o caso do Brasil, de um lado, e os casos da Bolívia e do Equador, de outro. Primeiro porque, enquanto Bolívia e Equador contemplam, cada um a seu modo, a importância e a necessidade da manifestação direta da soberania, via referendo, para a realização de alterações nas Constituições vigentes, o Brasil optou por delegar essa função apenas às instituições representativas dos poderes constituídos, estabelecendo, para tanto, limites de ordem

---

<sup>88</sup> Dados extraídos dos sites oficiais dos Paramentos destes países. Disponível em: <<https://www.asambleanacional.gob.ec/es>> e <<http://senado.gob.bo/>>.

procedimental e material, o que o aproxima do formato estabelecido nas Constituições europeias do pós-guerra. Segundo porque, enquanto as Constituições da Bolívia e do Equador preveem expressamente a iniciativa popular como meio legítimo para impulsionar tanto o emendamento do texto em vigor quanto para a ativar os trabalhos das assembleias constituintes, a Constituição brasileira não autoriza que seu povo, ou parcela dele, inicie processos legislativos de reforma de seu texto. Com efeito, quer seja pela importância que atribuem à participação do povo nos processos de mudança constitucional, quer seja pela previsão expressa de latência do poder constituinte originário, os sistemas constitucionais equatoriano e boliviano aparentemente estabelecem uma relação mais dinâmica e democrática entre a Constituição e a soberania popular do que o ordenamento constitucional brasileiro.

Todavia, mesmo diante dessas disjuntivas, esses sistemas constitucionais passaram, ao longo do pouco período de vigência de suas Constituições, por um número considerável de alterações, sobretudo quando comparados ao exemplo norte-americano, cuja Constituição, ao largo do lapso compreendido entre 1787 e 2010, foi emendada apenas 26 vezes (AVRITZER, 2017). Essa constatação joga luzes para o fato de que, apesar das limitações específicas impostas por cada documento constitucional, os sistemas desses países latino-americanos se mostram permeáveis às mudanças de opinião coletiva, sejam elas decorrentes da atuação dos poderes constituídos representativos, sejam elas impulsionadas e referendadas pela manifestação da vontade popular.

Em outro ponto, como resultado da posição de proeminência que esses documentos constitucionais assumem no âmbito das diversas ordens político-jurídicas nas quais estão inseridos, o tema do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos infraconstitucionais adquiriu centralidade contundente em diversos países, circunstância que realça o papel do Judiciário, em geral, e dos Tribunais Constitucionais, em específico, como importantes arenas de disputa e de representação do interesse público (MENDONÇA e MARONA, 2015). Neste sentido, diferentes desenhos de revisão judicial foram adotados e algumas iniciativas têm sido utilizadas para tentar permitir a democratização do acesso à justiça aos seus povos.

O sistema de controle de controle de constitucionalidade brasileiro recepcionou tanto o modelo difuso, herdado dos Estados Unidos, quanto o modelo abstrato-concentrado, de inspiração europeia. A respeito deste último, o artigo 103 da Constituição Federal ampliou,



comparativamente à ordem constitucional anterior, o conjunto de atores que podem mobilizar as ações do controle de constitucionalidade concentrado, incorporando atores da sociedade civil, como é o caso das entidades de classe e dos sindicatos. Segundo Avritzer (2017, p. 33), “foi essa modificação que permitiu a ampliação e o aprofundamento do controle concentrado de constitucionalidade e um forte trânsito entre sociedade civil e Estado nesse âmbito”. Além disso, por força da lei 9869/99, a ordem jurídica brasileira autoriza ao Supremo Tribunal Federal a realização de audiências públicas que, pretendendo fomentar o debate entre a Corte e a sociedade civil em matérias litigiosas sensíveis, tem se colocado como um importante instrumento de aproximação entre o Judiciário e o povo, cujos impactos ainda estão sendo objeto de diagnósticos e discussões (MARONA e ROCHA, 2017).

Por outro lado, Equador e Bolívia adotam apenas o sistema de controle de constitucionalidade concentrado. A opção por este modelo reflete, segundo interpretação de Viciano Pastor e Martínez Dalmau (2011), a primazia que a soberania popular assume em ambos os contextos políticos. Isto é, na medida em que estas cartas constitucionais reivindicam legitimidade democrática, dado o fato de terem sido resultado de processos constitucionais democráticos, o entendimento é de que seus conteúdos refletem a vontade popular. Neste sentido, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos deve ser realizada de forma abstrata, de modo a permitir que as leis, resultantes das deliberações parlamentares, se adequem à vontade do povo plasmada no Texto Maior.

Sobre este tema vale ressaltar que, em que pesem os avanços promovidos pela adoção do pluralismo jurídico, as diferentes jurisdições especiais devem obediência – e por isso, se limitam – aos comandos contidos na Constituição, circunstância que devolve ao Tribunal Constitucional o monopólio do exercício do controle de constitucionalidade. Com isso, se, de um lado, ambos os países possuem, conforme antes registrado, regras expressas que visam a obter uma maior pluralização na composição de suas Cortes, por outro, deve-se registrar significativos retrocessos em matéria de operacionalização do pluralismo jurídico, sobretudo em razão, conforme ocorreu na Bolívia, da extinção das instâncias mistas de controle constitucional e da indeterminação quanto à possibilidade de controle misto intercultural nos conflitos que envolvam jurisdições distintas (YRIGOYEN FAJARDO, 2006; 2011).

De fato, uma *análise sumária* das principais nuances que envolvem alguns dos sistemas constitucionais da América Latina permite identificar que, ao lado de avanços em diferentes

matérias e em diversos sentidos, as recentes experiências constitucionais da região também comportam algumas contradições. Seja como for, embora os estudos sobre o tema partam de critérios analíticos diversos e utilizam nomenclaturas diferentes para caracterizar esses fenômenos, há um relativo consenso acerca das inovações promovidas em matéria de participação popular, o que, decerto, implica em um avanço quanto às possibilidades de ampliação do conteúdo e do escopo da soberania (VICIANO PASTOR e MARTÍNEZ DALMAU, 2010; WOLKMER, 2010; YRIGOYEN FAJARDO, 2011; AVRITZER, 2017; BARROS-SUVELZA, 2018).

Partindo de tal consideração e tendo em vista os exemplos cotejados – ainda que nos estritos termos em que foram mobilizados –, uma *análise preliminar* parece indicar que as recentes experiências constitucionais latino-americanas têm se lançado, com diferentes graus de intensidade, a levar a efeito um projeto de constitucionalismo que, absorvendo a permanência da soberania, pretende programar uma estrutura político-constitucional que avança em matéria de aprofundamento democrático. Tomando como objeto de exame os casos do Equador e da Bolívia – considerados os exemplares mais inovadores em função da estrutura plurinacional de seus estados –, é possível admitir, a partir de uma leitura de sua *configuração legal*, que tais Constituições se preocupam em viabilizar o exercício da soberania popular, tanto no que se refere a assuntos de natureza infraconstitucional, quanto no que versa sobre matérias de ordem constitucional, mantendo latente, inclusive, a possibilidade de ativação do poder constituinte originário pelo povo.

E mais: deve-se salientar que, a partir da estrutura plurinacional e do pluralismo jurídico, ambas as cartas intentam promover, apesar de algumas limitações, a inclusão política de grupos diversos em diferentes processos de tomada de decisão coletiva. Somando-se a este arquétipo, a consagração de diversificadas cartas de direitos parece indicar um salto qualitativo, pelo menos sob o ponto de vista deontológico, em relação ao desenho político homogeneizador e excludente que marca o constitucionalismo de feição liberal.

Ocorre que, se, de um lado, estas inovações têm produzido impactos positivos em diferentes contextos de suas comunidades políticas, por outro, fatos políticos ocorridos em ambos os países vêm realçando as contradições que envolvem tais sistemas constitucionais.

No caso do Equador, ao lado da ampliação de mecanismos de exercício da soberania pelo povo, o desenho institucional estabelecido na Constituição optou por praticamente não limitar os poderes presidenciais, estabelecendo, ao contrário, um aumento expressivo das capacidades do Chefe do Executivo (GARGARELLA, 2017). De fato, em diferentes ocasiões, o presidente Rafael Corrêa utilizou das prerrogativas que o cargo que ocupa lhe atribui, sobretudo em razão do excessivo controle da agenda legislativa, para levar a efeito projetos que se opõem ou ignoram a vontade das populações. Segundo análise empreendida por Silveira (2017), a sobreposição dos poderes do presidente em relação à vontade do povo pôde ser vislumbrada em diferentes ocasiões, sendo, todavia, emblemáticos os momentos de elaboração de veto às normas contidas nas disposições transitórias da Constituição e durante a aprovação da *Ley de Minería*.

Especificamente em relação a este último caso, o processo legislativo que envolveu a aprovação da lei contrariou expressamente o artigo 57, inciso 17, da Constituição equatoriana. Isso porque, na medida em que o conteúdo desta lei prevê a realização de atividades de mineração no interior de territórios indígenas, o processo legislativo de sua aprovação deveria ter contado, em obediência àquela norma constitucional, com consulta expressa às comunidades atingidas por tais atividades. No entanto, contrariando a normativa constitucional, o processo legislativo levado a efeito desconsiderou a necessidade da participação popular, vindo, por isso mesmo, a ensejar o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional do país.

Mesmo diante da incontestada inconstitucionalidade formal, a decisão final endossou a manobra arquitetada por Corrêa, e, com isso, “representou um forte golpe aos setores sociais”, uma vez que o juiz convocado a se manifestar sobre essa arguição “argumentou que a ausência de consulta pré-legislativa poder-se-ia ser justificada em função de ‘circunstâncias excepcionais’ sob as quais a lei que fora elaborada, logo após a promulgação da Carta Magna, na qual o país estava em um processo de ‘transição e mudanças’” (SILVEIRA, 2017, p. 147).

Na Bolívia, em 2017, a sua Corte Constitucional também desprezou a vontade do povo expressa na Constituição e corroborada por referendo realizado em 2016. Neste ano, Evo Morales propôs a realização de referendo para avaliar emenda à Constituição que pudesse viabilizar mudança no sistema eleitoral do país, de modo a autorizar a sua reeleição para além de dois mandatos consecutivos. Em que pese o resultado do referendo ter rechaçado sua

pretensão e confirmado a normativa contida no documento constitucional, Evo Morales interpôs ação abstrata de inconstitucionalidade perante o Tribunal Plurinacional, oportunidade na qual arguiu a superioridade hierárquica das normas que consagram os direitos políticos em relação às outras que limitam o número de mandatos consecutivos.

O argumento sustentado era o de que as normas relativas aos direitos políticos gozavam de maior importância e estatura porque protegidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional ao qual a Bolívia é signatária. Com arrimo nesta tese jurídica, o Tribunal Constitucional, ao arripio da vontade popular, realizou uma interpretação no sentido de determinar a *aplicação preferente* dos direitos políticos e de declarar a inconstitucionalidade de cinco artigos da lei eleitoral do país, aclamando, com isso, a pretensão de Morales. Como consequência, resta autorizado, no país, a possibilidade de reeleições ilimitadas para os cargos de Chefe dos Executivos.

Questões como estas desafiam os estudos que, de maneira quase laudatória, têm enaltecido e avaliado apenas positivamente o conteúdo das Constituições contemporâneas da América Latina. De fato, há uma tendência na literatura da área, sobretudo aquelas de perfil jurídico, a analisar as inovações a partir, tão somente, do conteúdo de seus marcos regulatórios (tanto constitucionais, quanto ordinários). Esforços exploratórios desta natureza, apesar de importantes, muitas das vezes não são capazes de compreender o constitucionalismo – e as estruturas a ele inerentes – de forma ampla, tampouco o analisam a partir de uma perspectiva relacional com a democracia. Isso porque a maioria deles centra suas energias na identificação de aspectos específicos, ora enfatizando a natureza dos processos constituintes, ora se dedicando ao conteúdo do catálogo de direitos, ora atribuindo especial atenção aos instrumentos de participação política.

Não obstante, o confronto entre perspectivas que enaltecem essas experiências e fatos que aparentemente as desprestigiam apenas realçam o fato de que o tema do constitucionalismo contemporâneo na América Latina é desafiador, constituindo uma agenda de pesquisa que demanda energia no sentido de se analisar cada uma das experiências de maneira abrangente e em profundidade. Na medida em que a avaliação quanto à emergência de um *novo* padrão de constitucionalismo na América Latina perpassa a verificação de sua capacidade em absorver a dinâmica democrática, tornando-se parte integrante dela e internalizando parte de seu risco, os estudos sobre as suas diversas experiências devem ter a capacidade de avaliar, faticamente, se,

e em que medida, o desenho constitucional desses países viabiliza processos constantes e inclusivos de constituição da soberania e se suas manifestações impactam as decisões políticas relativas tanto aos assuntos de natureza constitucional quanto aqueles outros de natureza infraconstitucional.

Portanto, a apresentação sumária das nuances que envolvem o tema acrescido do cotejo de alguns exemplos pontuais foi uma estratégia aqui mobilizada para demonstrar apenas que, na medida em que há indicações que sugerem uma ampliação da importância e do escopo da soberania, e uma vez que há apontamentos que indicam a existência de inovações de *design* institucional que refletem uma preocupação com a questão da diferença e da multiplicidade político-social, alguns casos do constitucionalismo contemporâneo da América Latina parecem prestigiar a tópica da pluralidade, de modo a não conferir importância intrínseca e indiscutível à unidade e à estabilidade político-institucional. Mesmo assim, para se apresentar qualquer análise conclusiva a este respeito, entende-se ser necessária a realização de estudos de caso, os quais, colocando em tensão as regras e as realidades engendradas pelas Constituições, avancem no sentido de, pormenorizadamente, demonstrar se, e de que forma, esses sistemas constitucionais são capazes de absorver o risco/instabilidade da democracia, permitindo, em última análise, que sejam constantemente democratizados – de maneira sempre plural, inclusiva e igualitária.

## CONCLUSÕES

O objetivo que orientou a realização deste trabalho foi o de, partindo da identificação dos elementos estruturantes da tradição constitucional liberal hegemônica e dos padrões de relação que se estabeleceu entre o constitucionalismo e a democracia, propor uma concepção de constitucionalismo alternativa a esta tradição e, ao mesmo tempo, alinhada com as exigências de aprofundamento democrático. O entendimento pressuposto foi o de que, assim procedendo, poder-se-ia estabelecer uma estratégia analítica para avaliação das recentes experiências constitucionais da América Latina. Deve-se salientar, neste sentido, que a complexidade que envolve o constitucionalismo latino-americano contemporâneo não foi o objeto central de análise, mas apenas o combustível que impulsionou a abordagem realizada.

À vista de tal desiderato, partiu-se de uma exploração dos elementos configuradores da tradição constitucional liberal, bem como dos padrões de relacionamento que este constitucionalismo estabelece com a democracia. Uma escavação histórico-evolutiva do tema foi capaz de diagnosticar que, apesar de possuir uma base de sustentação específica, o constitucionalismo liberal hegemônico passou por processos de desenvolvimento e de mutação contundentes quanto a alguns de seus elementos configuradores, o que repercutiu no formato de sua relação com a própria democracia.

A exploração quanto ao conteúdo do constitucionalismo teve como ponto de partida uma análise das experiências inauguradas a partir do final da Era Moderna, pois foi a partir daí que se estabeleceu uma noção de Constituição que, concebida como pacto assinado por indivíduos livres e iguais, encontra seu fundamento de validade na soberania popular. A aposta na racionalização do poder político pela via da soberania popular operou de tal forma que, ao articular Constituição e soberania do povo, acabou por se realizar uma conexão do constitucionalismo com a própria democracia. Foi seguindo esses pressupostos que os processos de constitucionalização, a partir do final do século XVIII, se realizaram.

Conforme interpretação proposta, apesar de o período assinalado comportar algumas experiências mais afetas ao republicanismo (como o foram os casos da Confederação norte-americana e da Constituição francesa de 1793), o padrão de constitucionalismo que se estabeleceu como modelo moderno foi aquele que nasceu dos influxos da tradição francesa e do documento constitucional dos Estados Unidos de 1787. Com isso, houve a conformação de

um modelo de organização estrutural do texto constitucional que o concebe a partir de dois eixos: uma dimensão que organiza a *estrutura institucional* do Estado (eixo orgânico) e outra que elenca a *carta de direitos* (eixo dogmático) (GARGARELLA, 2014).

A análise empreendida quanto a este formato de organização constitucional demonstrou que, quer seja no que diz respeito à estrutura de organização dos poderes, quer seja no que versa sobre o sistema de direitos, o padrão ideal de constitucionalismo estruturado no final do século XVIII é de perfil nitidamente liberal. Com efeito, tendo como referência o legado francês da consagração de direitos do tipo *individual e homogêneos*, o padrão de constitucionalismo nascido no final da Era Moderna preconiza um catálogo de direitos que, admitindo todos os indivíduos como iguais perante a lei, reduz a figura do cidadão a mero *portador/sujeito de direitos*, promove uma espécie de identidade cívica culturalmente homogênea (o que obscurece as diferenças) e se impõe como barreira de intervenções injustificada do Estado na vida privada.

Por outro lado, a análise do caso paradigmático dos Estados Unidos colocou em evidência que esta experiência legou ao modelo moderno de constitucionalismo um arranjo de organização e relação dos poderes que, até hoje, é considerado, sob o ponto de vista da *estabilidade* político-institucional, um caso exemplar. Alavancado pela gramática do *checks and balances*, tal sistema concebe a Constituição como estratégia *procedimental* de diluição do poder político (i) que impõe obstáculos à formação de facções majoritárias; (ii) que, ao argumento de se tratar de um pacto intergeracional, estabelece um processo de emendamento complexo e de difícil realização; e (iii) que programa o Estado para agir de maneira *neutra e procedimental* perante os *indivíduos*.

Como consequência, observou-se que tal estrutura legou à experiência política e jurídica contemporânea uma verdadeira tradição constitucional, a qual, por intermédio do mecanismo da representação política, do sistema de freios e contrapesos e da concepção de Constituição como compromisso pré-geracional, impõe austeros limites à soberania popular, tanto no que se refere ao seu exercício direto (pois é reduzida, ao longo da dimensão instituída, à definição do corpo legislativo e do governo), quanto indireto (pois o Legislativo resta constrangido por vários pontos de veto derivados da estrutura do *checks and balances*).

Nestes termos, em que pese ter apresentado a tradição constitucional moderna como uma articulação entre os legados específicos da França e dos Estados Unidos, este trabalho

observou que a centralidade assumida pela Constituição estadunidense de 1787 é incontestável, haja vista que é por força de seu espólio institucional que o paradigma moderno de constitucionalismo desenhou a sua própria relação com a democracia. Segundo esse enfoque, os freios constitucionais legados daquela arquitetura operam como elementos estabilizadores da democracia (HOLMES, 1999), impondo um padrão de relação entre democracia e constitucionalismo que se traduz nos termos de uma tensão irreconciliável entre ambos.

Se, a partir da lógica forjada nos Estados Unidos, pôde-se verificar um modelo de constitucionalismo que preconiza limites procedimentais à democracia, o foco sobre as experiências sobretudo europeias do século XX permitiu identificar que, particularmente no que se refere ao pós-Segunda Guerra, a égide dos direitos fundamentais, inclusive enquanto cláusulas pétreas, impôs às decisões majoritárias ocasionais, além de limites procedimentais, barreiras do tipo substantivo. A avaliação processual deste período jogou luzes para o fato de que a emergência dos direitos sociais, no México de 1917 e na Alemanha de 1919, e do Tribunal Constitucional austríaco em 1920 produziram eco no conjunto de referências do constitucionalismo desenvolvido na Alemanha e na Itália do pós-guerra, conformando, ao final, a tendência do “constitucionalismo democrático”.

Debruçando-se sobre as produções deste segundo momento, vislumbrou-se que o desenvolvimento teórico da vertente do liberalismo igualitário foi fundamental para subsidiar as inovações em processamento. A percepção de que a democracia também envolve requisitos substantivos (MARONA, 2017) resultou na conformação de um paradigma constitucional que aposta na centralidade dos direitos e princípios fundamentais constitucionalmente consagrados. Assim, a partir de uma exploração tanto da configuração constitucional da Itália e principalmente da Alemanha quanto dos suportes teóricos desenvolvidos por Rawls e por Dworkin, pôde-se verificar que, nos termos assinalados, os direitos e os princípios fundamentais são considerados como fundamentos morais da ordem e, como tais, fixam limites às deliberações democráticas exatamente porque expressam, genericamente, um valor pretensamente *neutro* de justiça e, especificamente, o conteúdo de uma noção de igualdade, a qual envolve tanto um mínimo existencial (Rawls) quanto um tratamento com igual respeito e consideração (Dworkin).

Nestes termos, restou identificado que, para este segundo ciclo, é o valor da *justiça* que qualifica os requisitos substantivos da democracia, segundo um movimento no qual acessar tais



requisitos demanda uma *resposta certa* em matéria de direitos e de princípios fundamentais. Sob o ponto de vista institucional, observou-se que esta engenharia conceitual implicou na atribuição de um papel central à jurisdição constitucional, pois devolveu a seus magistrados a autorização e a tarefa de acessarem os princípios morais conformadores da ordem, de modo a revelarem, em casos controvertidos, a resposta certa sobre as contendas que envolvem os direitos fundamentais.

Neste ponto, na esteira da teoria de Dworkin, viu-se que, em razão de os direitos fundamentais serem considerados como elementos garantidores de justiça e de democracia, a legitimidade democrática das decisões das Cortes Constitucionais, em especial, e do Judiciário, em geral, qualificam-se como tais em função, apenas, do resultado que produzem. Da pressuposição de que a Constituição encarna os princípios conformadores de justiça, e de que ela, a justiça, produz resultados democráticos substantivos, interpretou-se que a configuração da relação entre constitucionalismo e democracia resta então redesenhada, seguindo uma lógica na qual o constitucionalismo se antecipa à democracia, estabelecendo condições de possibilidades para a realização desta.

De maneira abrangente, considerando que o primeiro e o segundo ciclo de desenvolvimento do constitucionalismo liberal hegemônico compartilham a característica de se estruturarem a partir de um apeço intransponível ao postulado da *estabilidade política*, interpretou-se que o constitucionalismo liberal, genericamente considerado, estabelece-se como uma concepção *estática* de constitucionalismo. O caráter estático que particulariza essa tradição constitucional informa o formato e o conteúdo do conjunto de seus elementos estruturantes. De fato, é em virtude do apeço ao valor da estabilidade política que tal matriz constitucional (i) concebe a Constituição como pré-compromisso entre gerações, dimensionando-a a partir da lógica do contratualismo fundacional; (ii) apõe constrangimentos procedimentais e materiais ao poder de reforma de seu texto; (iii) estabelece freios procedimentais e aposta na precedência dos direitos fundamentais como formas de controlar e de condicionar a democracia; (iv) limita severamente o exercício da soberania popular, reduzindo sua manifestação aos momentos de definição dos quadros do sistema representativo, e concebendo seu processo de constituição a partir tão somente da lógica agregativa de interesses individuais; (v) estrutura uma esfera pública do tipo procedimental, onde os indivíduos são situados em uma suposta posição de igualdade, e onde o aparato burocrático do estado, agindo de maneira *neutra e procedimental*,

garante o pleno funcionamento do sistema político e resguarda a plena fruição das diversas concepções de vida boa.

De posse do levantamento destas características e dos desdobramentos que dela decorrem, observou-se que, em que pese ter se estruturado a partir de uma defesa da pluralidade e de uma oposição ao caráter totalizante da vontade geral republicana, o constitucionalismo de perfil liberal opera, em termos práticos, de modo a permitir a manifestação da pluralidade apenas na esfera privada, a arena onde se desenvolvem as diversas concepções de vida boa. O espaço público é aquele onde vigora a ordenação social, a harmonia e a igualdade de condições, sendo, por isso, estruturado a partir de categorias homogêneas e estáticas, como é o caso do cidadão universal, do povo unificado e da soberania agregada.

Os efeitos deletérios que decorrem dessa configuração são múltiplos, sobretudo porque engendram processos atroztes de manutenção e de reprodução de exclusões e de opressões. Diagnosticou-se, neste particular, que o liberalismo político, em suas diferentes vertentes, estrutura formas constitucionais que se situam nas margens da democracia, motivo pelo qual não se prestam a induzir e a permitir a realização de um contexto de democracia profunda.

À vista desta constatação e partindo das ressignificações da soberania democrática, da ideia de povo/*demos*, e da concepção de fundação política, todas orientada pelo princípio da pluralidade pública, propôs-se uma concepção de constitucionalismo como movimento dialético e dinâmico, o qual se erige não como uma estrutura estática, mas como um processo que, absorvendo os riscos e a instabilidade próprios da dinâmica democrática, permite a reconstrução constante de suas estruturas e dos princípios e direitos que consagra.

O pressuposto que envolveu essa construção foi o de que uma concepção alternativa de constitucionalismo ao paradigma liberal deve ser aquela que incorpora a ideia de uma soberania inacabada, diferida no tempo e difusa no espaço. Isto é, uma soberania que, ao invés de ser estabilizada pelas engrenagens constitucionais, possa se realizar e se constituir continuamente, trazendo os diferentes povos para que definam, de maneira agonística, conflitiva e inclusiva, os marcos da convivência coletiva, e, com isso, atualizem suas identidades e promovam o alargamentos dinâmicos dos limites da comunidade política. Neste passo, ao invés do constitucionalismo apenas impor limites estabilizadores à ação política democrática, verificou-se que ele pode se somar à potência democrática, revelando-se, tal como a soberania, um

processo permanente, contínuo e em cujo interior habitem princípios gerais reveladores de um universal sempre incompleto (LACLAU, 2011).

Em termos gerais, tal concepção refletiu uma tentativa de situar o constitucionalismo no interior de uma dinâmica democrática efetivamente densa e profunda. Neste quadro, embora não se considere possível eliminar a tensão que caracteriza as relações entre constitucionalismo e democracia, defendeu-se que, na medida em que o constitucionalismo avança no sentido de absorver a pluralidade pública e de se projetar como um movimento dinâmico e em constante processo de redefinição de seus contornos, ele pode integrar o movimento dinâmico das relações políticas, democratizando-se constantemente. Implica em dizer que, ao contrário de se estabelecer como um elemento externo à democracia, o constitucionalismo pode alimentar a democracia e ser, ao mesmo tempo, por ela alimentado, de modo a permitir não apenas a constitucionalização da democracia, mas, antes, a *democratização do constitucionalismo*.

Por fim, considerando as características, as contradições e as complexidades que conferem tonalidade específica ao constitucionalismo contemporâneo da América Latina, colocou-se em perspectiva a possibilidade de a abordagem analítica realizada ao longo deste trabalho ser utilizada para orientar futuros estudos de caso que intentem verificar, de forma profunda e abrangente, se, e em que medida, esses sistemas constitucionais representam, de fato, um avanço em relação ao paradigma constitucional liberal hegemônico. Não se trata, deve-se registrar, de uma defesa no sentido de situar o caminho ora trilhado como o único viável. No entanto, na medida em que se realizou uma escavação quase arqueológica das bases fundamentais que alicerçam as experiências constitucionais liberais, e com base nestas, foi proposta uma concepção de constitucionalismo a ele alternativa, acredita-se que este trabalho representa um acréscimo aos estudos que se debruçam sobre o tema, sobretudo para aqueles que examinam o constitucionalismo em perspectiva relacional com a democracia.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. ¿Un neofederalismo? In: ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. **Constitucionalismo y democracia**. Trad. Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- ACKERMAN, Bruce. **Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALEMANHA. **Constituição de 1919**. Disponível em: < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Disponível em: 18 mai. 2018.
- ALEMANHA. **Constituição de 1949**. Disponível em: < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Disponível em: 18 mai. 2018.
- ARANTES, Rogério Bastos. Cortes constitucionais. In: In: AVRITZER, L.; BIGNOTTO, N.; FILGUEIRAS, F.; GUIMARÃES, J. STARLING, H. (Orgs.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- ARATO, Andrew. Construção constitucional e teorias da democracia. 1997. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 42, p. 05-52, 1997.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007
- ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- AVRITZER, Leonardo. Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil. In: AVRITZER, L.; BIGNOTTO, N.; FILGUEIRAS, F.; GUIMARÃES, J. STARLING, H. (Orgs.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013a.
- AVRITZER, Leonardo. Revolução Americana e constitucionalismo. In: AVRITZER, L.; BIGNOTTO, N.; FILGUEIRAS, F.; GUIMARÃES, J. STARLING, H. (Orgs.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013b.
- AVRITZER, L.; MARONA, M. C. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política** (Impresso), v. 01, 2014, p. 69-94.
- AVRITZER, L.; GOMES, L. C. B.; MARONA, M. C.; DANTAS, F. A. C. Introdução. In: AVRITZER, L.; GOMES, L. C. B.; MARONA, M. C.; DANTAS, F. A. C. (Orgs.) **Constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.
- AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: AVRITZER, L.; GOMES, L. C. B.; MARONA, M. C.; DANTAS, F. A. C. (Orgs.). **O**

**Constitucionalismo Democrático Latino-Americano em debate:** soberania, separação de poderes e sistema de direitos. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

BAILYN, Bernard. **As origens ideológicas da Revolução Americana.** Bauru: Edusc, 2003.

BARBER, Benjamin. Foundationalism and Democracy. In: Benhabib, S. (Ed.). **Democracy and Difference:** contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996.

BARRIOS-SUVELZA, Franz. El control contramayoritario como marco de análisis de la influencia del nuevo constitucionalismo latinoamericano sobre la democracia. **Revista Española de Ciencia Política**, n. 47, p. 39-68, 2018.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova:** Revista de Cultura e Política, v. 61, p. 5-24, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: HARDY, H. e HAUSHEER, R. (Org). **Isaiah Berlin:** Estudos sobre a Humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BIGNOTTO, Newton. **Revolução Francesa e constitucionalismo.** In: AVRITZER, L.; BIGNOTTO, N.; FILGUEIRAS, F.; GUIMARÃES, J. STARLING, H. (Orgs.). **Dimensões políticas da justiça.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BOLÍVIA. **Constituição de 2009.** Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)>. Acesso em: 02 jul. 2018.

BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. **Constituição de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BURDEAU, François; MORABITO, Marcel. Les expériences étrangères et la première constitution française. **Pouvoirs-Revue française d'études constitutionnelles et politiques**, n. 50, p. 97-112, 1989.

CAMBAÚVA, D. F. Impactos da governança eleitoral no Equador, na Bolívia e na Venezuela. In: **Anais da II Semana de Pós-Graduação em Ciência Política - UFSCar**, São Carlos, v.2, p. 1-21, 2014.

CASSÉTE, Mariah L. Q. **A construção da soberania inacabada e a experiência constituinte de 1987-88**. Tese (Doutorado em Ciência Política). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A.; LOPES, D. F. Breves contribuições para uma reflexão sobre o poder constituinte e a legitimidade do direito na modernidade no marco do debate jusfilosófico e teórico-constitucional. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal de Minas Gerais, v. 49, p. 195-219, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. **Direito, política e filosofia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTILHO, Natalia Martinuzzi. **Pensamento descolonial e teoria crítica dos direitos humanos na América Latina**: um diálogo da partir da obra de Joaquín Herrera Flores. Dissertação (Mestrado em Direito). São Leopoldo: Universidade do Vale dos Sinos, 2013.

CITTADINO, Gisele G. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CITTADINO, Gisele G. Apresentação. In: ACKERMAN, Bruce. **Nós, o Povo Soberano**: Fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, n. 28-29, p. 85-106, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista RT**, São Paulo, v. 737, mar. de 1997.

CONSANI, Cristina Foroni. Os apontamentos de Frank Michelman sobre o paradoxo da democracia constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 42, 2013.

COSTA, A. B. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. **Teoria & Sociedade (UFMG)**. nº 19.1, p. 198-227, 2011.

DE VITA, Álvaro. Liberalismo contemporâneo. In: In: AVRITZER, L.; BIGNOTTO, N.; FILGUEIRAS, F.; GUIMARÃES, J. STARLING, H. (Orgs.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

DIPPEL, Horst. Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita. **Historia constitucional**, n. 6, p. 181-199, 2005.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DWORKIN, Ronald. "The original position". In: DANIELS, Norman (Ed.). **Reading Rawls: critical studies in Rawls' A theory of justice**. Stanford: Stanford University Press, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor – tradução Marcelo Brandão Cipolla – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.**

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. **The endurance of national constitutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ELSTER, Jon. Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris. **Cardozo Law Review**, n. 14, p. 549-558, 1993.

EQUADOR. **Constituição de 2008**. Disponível em: <[https://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](https://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)> Acesso em: 02 jul. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição de 1787**. Disponível em: <[http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOA\\_LJNETO.pdf](http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOA_LJNETO.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2018.

FERES JÚNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. **Teoria Política Contemporânea: uma Introdução**. São Paulo: Campus/Elsevier, 2010.

FILGUEIRAS, Fernando. Justiça constitucional, legitimidade e interesse público. **Revista Brasileira de Ciência Política** (Impresso), n. 7, p. 319-347, 2012.

FIORAVANTI, Maurizio. Público e privado: os princípios fundamentais da constituição democrática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 58, p. 07-24 2013.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: experiências históricas y tendencias actuales**. Tradução: Adela Mora Canada e Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2014.

FRANÇA. **Constituição de 1791**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>>. Acesso em: 22 de mar. 2018.

FRANÇA. **Constituição de 1793**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-24-juin-1793>>. Acesso em: 22 de mar. 2018.

FRANÇA. **Constituição de 1795**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-5-fructidor-an-iii>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

GALEOTTI, Anna Elisabetta. **Toleration as recognition**. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2002.

GARGARELLA, Roberto. **Los fundamentos legales de la desigualdade: el constitucionalismo en América (1776-1860)**. Madrid: Siglo XXI, 2005.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**. Dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

GARGARELLA, Roberto. 200 anos de Constitucionalismo Latino-Americano. In: VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. **Transformação constitucional e democracia na América Latina**. São Paulo: FGV Direito SP, p. 13-120, 2017.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? *Journal of Law Economics, and Organization*, Forthcoming; **Virginia Public Law and Legal Theory Research** nº 2013-29, p. 01-50, 2013.

HÄBERLE, Peter. Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 13, jul./ago. 2006.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, v. 36, p. 39-53, 1995.

HAMILTON, Alexander. Capítulo 78. In: HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard University Press, 2004.

HOLMES, S. El precompromiso y la paradoxa de la democracia. In: ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. **Constitucionalismo y democracia**. Trad. Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

HOBSBAWN, Eric J. **A era das revoluções: Europa, 1789-1848**. Paz e Terra, 1986.

HUTCHINSON, W. T.; RACHAL, W. M. E. **The Papers of James Madison**. Chicago: University of Chicago Press, 1975.

ITÁLIA. **Constituição de 1948**. Disponível em: <[https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/no\\_vita/XVII/COST\\_PORTOGHESE.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/no_vita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf)>. Acesso em: 19 mai. 2018.



LACLAU, Ernesto. **Emancipação e Diferença**. Trad. Alice Casimiro Lopes e Elizabeth. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2011.

LEVALLE, Adrián Gurza. Cidadania, igualdade e diferença. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n 67, p. 49-103, 2006.

LIMONGI, Fernando. O federalista: remédios republicanos para males republicanos. In: Weffort, F. C. (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 1989, p. 243-255.

LOIS, Cecilia Caballero; MARCHIORI NETO, Daniel de Lena. O constitucionalismo de John Rawls: elementos para a sua configuração. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 48, 2008.

LOPES CAMPOS, Barbara; NOVAIS TOLLEDO, Luísa. Poder e igualdade de gênero: Políticas de cotas para mulheres nos países da América Latina. **Mosaico** (Rio de Janeiro), v. 7, p. 148-173, 2016.

LORENZETTO, Bruno Menezes. **Os caminhos do constitucionalismo para a democracia**. Tese (Doutorado em Direito). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2014.

MACHADO, Igor Suzano. Comunidade de princípios e princípio responsabilidade: o juiz Hércules confuso diante de uma natureza ameaçada. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 13, n. 27, p. 243-265, 2016.

MADISON, James. Capítulo 10. In: HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

MADISON, James. Capítulo 48. In: HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

MADISON, James. Capítulo 51. In: HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

MARONA, Marjorie Corrêa. **Acesso à qual justiça?** A construção da cidadania brasileira para além da concepção liberal. Tese (Doutorado em Ciência Política). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2013.

MARONA, Marjorie Corrêa. Tradições Constitucionais, Justiça e Cidadania no Brasil. In: CUNHA, Eleonora; THEODORO, Hildelano. (Org.). **Desenho Institucional, Democracia e Participação: conexões teóricas e perspectivas analíticas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

MARONA, Marjorie Corrêa. Que magistrados para o século XXI? Desafios do processo de seleção da magistratura brasileira em tempos de novo constitucionalismo latino-americano. In: AVRITZER, L.; GOMES, L. C. B.; MARONA, M. C.; DANTAS, F. A. C. (Orgs.). **O Constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes. Para democratizar a jurisdição constitucional brasileira: analisando as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Sociologia e Política** (UFPR. IMPRESSO), v. 01, p. 131-156, 2017.

McDONALD, Forrest. **Novus Ordo Seclorum**: the intellectual origins of the Constitution. Lawrence: The University Press of Kansas, 1985.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Elsevier Brasil, 2008a.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008b.

MENDONÇA, R. F.; MARONA, M. C. O Novo Constitucionalismo e a Teoria do Reconhecimento. In: LAVALLE, A. G.; VITA, A.; ARAÚJO, C. O (Orgs.). **O papel da Teoria Política Contemporânea: Justiça, Constituição, Democracia e Representação**. São Paulo: Alameda, 2015.

MICHELMAN, Frank I. Traces of Self-Government. **Harvard Law Review**, vol. 100:1, 1986.

MILL, John Stuart. **O governo representativo**. Trad. Manoel Innocêncio de L. Santos Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

MORABITO, Marcel. Les nouveautés constitutionnelles de l'An III. In: DUPUY, Roger & Morabito, Marcel (orgs.). **1795: Pour une République sans Révolution**, Rennes, Press Universitaires de Rennes, 1996, p. 167-177.

MOTA, Aurea. **Sobre metamorfoses e adaptações: a proposta liberal constitucional atenuada latino-americana**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2013.

MOUFFE, Chantal. **The democratic paradox**. London, New York: Verso, 2000.

NASCIMENTO, Emerson Oliveira de. **Ciência, Política e Normatividade: dilemas metodológicos**. Tese (Doutorado em Ciência Política). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2011.

PAINE, Thomas. **The Rights of Man: Being an Answer to Mr. Floating Press**, 1791.

PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição Constitucional sem Supremacia Judicial: entre a legitimidade democrática e a proteção dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PISARELLO, Gerardo. **Um largo Termidor: historia y critica del constitucionalismo antidemocrático**. Quito: Corte Constitucional para el período de Transición, 2012.

PREUSS, Ulrich K. Constitutional powermaking for the new polity: some deliberations on the relation between constituent power and the constitution. **Cardozo Law Review**, n°14, p. 639-660, 1993.

RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**. Trad: Almiro Pisetta e Lenita. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

RAWLS, J. **O Liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2.ed. São Paulo: Editora Ática, 2000b.

REIS, Cláudio Araújo. Vontade geral e decisão coletiva em Rousseau. **Trans/Form/Ação**, v. 33, n. 2, p. 11-34, 2010.

RIBEIRO, Gustavo Cezar. **Modos da soberania e a questão contemporânea do poder**. Tese (Doutorado em Ciência Política). Rio de Janeiro/Paris: Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Université de Paris 1, 2014.

ROSANVALLON, Pierre. **Le peuple introuvable**: Histoire de la représentation démocratique en France. Paris: Gallimard, 1998.

ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**. Imparcialidad, reflexividad, proximidad. Buenos Aires: Mananthial, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RUBIANO, Mariana de Matos. **Revolução em Hannah Arendt**: compreensão e história. Tese (Doutorado em Filosofia). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016.

SANTOS, Boaventura Sousa. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala e Manuel García-Pelayo. Madrid: Alianza, 1982.

SGARBI, Adrian. **O referendo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SHAKESPEARE, W. Venus and Adonis. In: DUYCKINCK, G. L. (Ed.) **The Complete Works of William Shakespeare**. Philadelphia: Porter & Coates, 1869.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **A Constituinte Burguesa**: qu'est-ce que le tiers état? Trad. Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVEIRA, Guilherme Andrade. **Impasses no Constitucionalismo Decolonial Latino-Americano**: participação política e hierpresidencialismo na Constituição do Equador de 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2017.

SILVA, André Drumond Mello. **Da senzala ao mercado: O lugar da escravidão no pensamento liberal brasileiro do século XIX.** Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2009.

SILVA, Fabrício Pereira da. **Democracias errantes: reflexões sobre experiências participativas na América Latina.** Rio de Janeiro: Ponteio, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TARREGA, M. C. V. B.; FREITAS, V. S. Novo constitucionalismo democrático latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática. In: AVRITZER, L.; GOMES, L. C. B.; MARONA, M. C.; DANTAS, F. A. C. (Orgs.) **Constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos.** Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

TOMIO, F. R. L.; ORTOLAN, M. A. B. O sistema de repartições das competências legislativas da Lei Fundamental Alemã após a reforma federativa de 2006 em perspectiva comparada com o Estado Federal Brasileiro. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 51-80 2011.

TORRES, Ana Paula Repolês. Soberania popular e direitos no novo constitucionalismo latino-americano. In: AVRITZER, L.; GOMES, L. C. B.; MARONA, M. C.; DANTAS, F. A. C. (Orgs.) **Constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos.** Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

TULLY, James. **Strange multiplicity: Constitutionalism in an age of diversity.** Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

VARGAS, Daniel Barcelos. **O constitucionalismo contemporâneo e os limites da comunidade: uma análise das teorias constitucionais de Bruce Ackerman, Frank Michelman e Cass Sustein.** Dissertação (Mestrado em Direito). Brasília: Universidade de Brasília, 2005.

VELIZ, Claudio. **The Centralist Traditional in Latin America.** Princeton: Princeton University Press, 1980.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: **Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición: el nuevo constitucionalismo en América Latina.** Quito: Corte Constitucional de Ecuador, 2010. p. 9-44.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Gaceta Constitucional**, n. 48, 2011. p. 307-328.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 42, p. 53-97, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

VITULLO, Gabriel E. Representação política e democracia representativa são expressões inseparáveis? Elementos para uma teoria democrática pós-representativa e pós-liberal. **Revista Brasileira de Ciência Política** (Impresso), v. 2, p. 271-301, 2009.

VOIGT, Rüdiger. Quem é o Soberano? Sobre um conceito-chave na discussão sobre o Estado. **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 46, 2013.

WOOD, Gordon S. **A Revolução Americana**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. In: **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, Curitiba-PR. Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, p. 143-155, 2010.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Zonia. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena em las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In: BARRAONDO, Mikel (Org.). **Pueblos indígenas y derechos humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Zonia. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Roberto (Comp.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.