

Soberania do Estado, constitucionalismo, democracia¹

DOI: 10.54446/bcg.v13i2.3286

Pierre Dardot²

Introdução

O nosso título coloca lado a lado três conceitos, sem qualquer hierarquização, nem articulação. Entretanto, o segundo, que ocupa a posição do meio, merece especial atenção pois suscita uma dupla pergunta: qual a relação entre o constitucionalismo e a soberania do Estado, de um lado, e entre aquele e a democracia, do outro lado? Para responder, cabe, de saída, fazer a distinção entre constituição e constitucionalismo. A Constituição pode ser enxergada quer no sentido institucional, como premissa da ordem política, quer como norma. O constitucionalismo implica que a constituição seja entendida como lei fundamental ou norma suprema¹. Mas esse conceito é, em si, muito indeterminado: no sentido mais amplo, o constitucionalismo designa a limitação do poder político pelo direito, pela Constituição, no sentido jurídico da palavra. Nessa perspectiva e numa primeira abordagem, parece ser dificilmente compatível com a soberania do Estado, já que vem para limitar o seu poderio. Mas o constitucionalismo também impõe os limites do direito à democracia, entendida como poder do povo. Pretende proteger os direitos da pessoa contra qualquer arbítrio do poder político, inclusive quando este poder é exercido pelo povo. A questão é saber qual é o direito que fundamenta tal limitação. Além disso, o título relaciona de modo bastante singular a soberania do Estado e a democracia mediante o constitucionalismo, como se soberania do Estado e democracia fossem “extremos” que o conceito de constitucionalismo permitisse vincular. Mas entre esses dois “extremos”, a relação se mostra assimétrica: a democracia define determinado tipo de regime político, ao passo que a soberania do Estado é o alicerce sobre o qual faz sentido a partição dos regimes políticos.

I. Soberania do Estado e democracia: assimetria ou oposição?

Vamos começar pela questão da natureza da soberania do Estado. Tal como foi historicamente construída, a soberania do Estado traz consigo a ideia de um poder superior a todos os demais: soberano vem do latim *superanus* que significa superior. Mas superior ao quê? Os juristas dos séculos XVI e XVII, em especial Bodin, um autor-chave para a elaboração do conceito de soberania do Estado, trataram de mostrar, contra seus adversários, que a soberania só podia ser absoluta. Para tanto,

1 Texto baseado na conferência proferida por ocasião do II Seminário Internacional “Espaço urbano, pobreza e neoliberalismo: Construção e reconstrução das práticas espaciais coletivas”. Tradução do francês por Pascal Rubio.

2 Filósofo e pesquisador do laboratório Sophiapol da Universidade Paris-Nanterre

precisavam ter em mãos as duas pontas da argumentação: o soberano detinha um poder absoluto no seu reino, em matéria de legislação positiva, mas continuava sujeito ao Poder de Deus, soberano entre os soberanos, poder supremo de outra natureza, de onde o monarca, aliás, tirava o próprio poder. O que era uma maneira de dizer que também existiam limites transcendentais – das leis divinas – ao poder absoluto do monarca, no seu reino terrestre. O mesmo tipo de operação simbólica permitiu afirmar que existiam as leis consuetudinárias do reino ou ainda, as leis naturais da moralidade. Mas, qual era a força destes limites? E qual era a sua efetividade no modo de governar, quando se admitia como princípio, que apenas o monarca era *legibus solutus*, desprendido das leis positivas, por ser o único a poder extingui-las e a poder criar novas? Desde a Idade Média, toda a arte dos legistas e outras gentes do Estado, tão bem analisada por Kantorowicz, consistiu em demonstrar teoricamente e em mostrar teatralmente que o poder do rei era de outra essência, diferente dos poderes ordinários dos homens na sociedade. Não podemos esquecer que o modelo jurídico da soberania do Estado foi construído a partir da revolução ocorrida na Igreja, a partir do fim do século XI e do início século XII, para facultar um poder absoluto ao Papa.

Isso não parou com a transferência de sacralidade do monarca para o Povo ou a Nação na era do liberalismo e da democracia do sufrágio universal, quando novas transcendências viriam assentar a legitimidade da pessoa pública do Estado. A dominação soberana possui uma natureza específica e implica em formas de crença muito peculiares, inclusive para os representantes do Estado, depois da Revolução. Não se libertaram da ficção da *plenitudo potestatis* ao deslocar e reorganizar a distribuição dos poderes soberanos *dentro do Estado*, no sentido para o qual apelavam, aliás já no século XVII, os Parlamentos, quando outorgavam poderes de Estado a determinadas corporações ou grupos mais ou menos profissionalizados e que pretendiam “representar o povo”, “encarnar o interesse geral”, “defender a Constituição”, mas sem mexer com a soberania do Estado em si. Temos aqui uma façanha histórica que não ficou sem consequência para o fortalecimento da legitimidade da dominação estatal e sobre a sua perpetuação. Obviamente, essa nova distribuição do poder, interna ao Estado, entre o executivo, o legislativo e o judiciário, gerou “folgas” entre as instituições e entre as oligarquias rivais que as monopolizam, o que não foi sem consequências para o desenvolvimento das liberdades individuais e públicas. Essa reorganização do Estado liberal abriu espaço para o exercício de fiscalizações recíprocas entre os polos do poder, em especial, nos regimes chamados de “parlamentares”. Admite-se também que o Estado de direito significa a conformidade das leis à Constituição, isto é, o respeito da hierarquia das normas. Mas no Antigo regime, esse enquadramento da lei positiva e da sua execução não colocou em xeque a soberania do Estado, nem o respeito aos dogmas religiosos fundamentais. Deve-se admitir que a democracia liberal calçou as pantufas do Papa e as botas do monarca em troca, o que obviamente não é pouco, da imposição de limites à ação estatal, para proteger as liberdades e os direitos da pessoa. Mas, como não enxergar a fragilidade desses limites que não param de recuar frente à lógica estatal de controle e vigilância da população?

A polissemia contemporânea do termo soberania (independência, autonomia estratégica, etc.) não deve ser confundida com a diferenciação interna do conceito. Soberania interna e externa não são duas *formas* de soberania, mas sim, duas *faces* de uma única realidade. É enquanto tais que as distinguimos, longe de confundi-las. A soberania externa se define como independência absoluta de um Estado nas suas relações com todos os demais países. A soberania interna exclui qualquer forma de subordinação a um grupo ou uma instituição dentro de suas fronteiras. A independência externa parece inteiramente negativa, o controle interno assume um sentido mais positivo. Raymond Carré de Malberg, um dos grandes teóricos do Estado do início do século XX, encontrara a fórmula sintética: "O Estado é quem manda em sua própria casa". Pois, se o termo de "soberania" significar que instância alguma, poder algum, ninguém, pode se impor ao Estado e ditar a lei no território que é o seu domínio, entende-se que ele deve se dar *vis-à-vis* de potências externas, mormente outros Estados. A "soberania nacional" é uma denominação específica da face externa da soberania do Estado e isso ocorre já tarde, quando a nação se tornou titular da soberania, no século XVIII, na história das sociedades europeias. A Revolução francesa é o momento paradigmático dessa operação de transferência da fonte da soberania para a nação.

Fundamental é entender que a soberania do Estado define uma dominação impessoal: ela não é um Estado dominado pela pessoa de um soberano, mas um Estado que é soberano *enquanto Estado* e cujos representantes apenas são momentâneos e sucessivos depositários. A permanência e a continuidade do Estado para além de uma ou outra pessoa natural é que fazem do Estado um Estado soberano e acabam por torná-lo independente da existência do Príncipe ou do Rei. É o que Foucault não enxerga quando fundamenta a soberania na existência física do soberano, o que o leva a reduzir a soberania à monarquia feudal. O que está em pauta é a poderosa ficção do Estado como *pessoa pública*.

A conclusão que disso decorre é que a soberania do Estado é radicalmente incompatível com a democracia corretamente entendida, não como democracia eleitoral, mas como participação popular no exercício do poder, isto é, nas deliberações e decisões coletivas. Trata-se aí menos de um regime político específico do que de práticas de autogoverno coletivo mediante as quais os cidadãos podem fiscalizar com efetividade a ação dos governantes. Nesta perspectiva, não é assimétrica a relação entre soberania do Estado e democracia, mas sim de *oposição*.

Isso se verifica até quando não se vai tão longe na concepção da democracia e da soberania popular. É de se notar que a proposta constitucional chilena não fala uma palavra sobre soberania do Estado e coloca que a soberania pertence exclusivamente ao povo chileno e que se exerce democraticamente (art. 2.1). Ainda mais digno de nota é que esse artigo vem imediatamente após o art. 1.3 que faz da proteção e da garantia dos direitos humanos individuais e coletivos o fundamento do Estado e aquilo que norteia toda a sua ação. É preciso conectar os dois artigos para perceber todo o alcance do que está aqui em jogo: o Estado embasado na obrigação de garantir os direitos dos cidadãos não é um Estado soberano. Assim, por exemplo,

os serviços públicos não procedem do poder do Estado, mas de uma *obrigação positiva* do Estado para com os cidadãos e os governados. Nesse sentido pode-se dizer que o Estado dos serviços públicos se opõe ao Estado soberano, como bem vislumbrara o jurista Léon Duguit no início do século XX.

II. Soberania do Estado / constitucionalismo de mercado

O que é que o neoliberalismo faz com a soberania do Estado? E, o que torna imprescindível para ele determinado tipo de constitucionalismo? De acordo com o ideal de uma “sociedade de direito privado” (*Privatrechtsgesellschaft*) (Franz Böhm, citado por Hayek³), a pessoa pode ser coagida a obedecer desde que seja apenas às regras do direito privado e penal. Pois essas últimas são regras de conduta individual universais, ao contrário das regras relativas à organização e à condução do Estado ou regras do direito público. Mas como afirmar ao mesmo tempo a necessidade tanto de um Estado forte para impor o cumprimento destas regras quanto da limitação do poder governamental por estas mesmas regras? A questão toda é a natureza da limitação pelo direito. O termo de “constitucionalismo” parece se impor aqui, desde que não nos contentemos com a definição hayekiana que reza: “Constitucionalismo significa governo contido dentro de limites”⁴. Pois essa definição omite o principal: os limites que cerceiam o governo são as do *direito privado*. Por isso chamaremos de “constitucionalismo de mercado” a elevação das regras do direito privado à condição de leis constitucionais, quer se prolongue ou não por uma constituição, no sentido estatal da palavra. Estão especialmente na mira os direitos ditos “sociais e econômicos” tidos como incompatíveis com as regras universais do direito privado por precederem do ideal de “justiça social”, como mostra a crítica hayekiana da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁵.

Mas o que devemos entender por “constitucionalização”? Qual a relação entre constitucionalização e Constituição? E qual sentido dar à ideia tão tipicamente neoliberal de “constituição econômica”? A originalidade do neoliberalismo é inserir a constituição na ordem da economia mediante o direito, sem necessariamente pressupor a sua incorporação em uma constituição política estatal. Originalmente, na década de 1930, Eucken e Böhm, dois dos fundadores do ordoliberalismo alemão, davam dois sentidos ao conceito de “constituição econômica”: um sentido descritivo, o de determinada realidade sociológica, e um sentido normativo, o de uma almejada ordem jurídica. Portanto, não enxergavam a “constituição econômica” no seu sentido literal, nem mesmo afirmavam que essa constituição tivesse que ser incorporada em um documento jurídico fundador⁶. Em *Direito, Legislação e Liberdade*, Hayek rotula as regras do direito privado de leis “constitucionais” enquanto afirma que antecedem a Constituição política e não formam parte dela. Para mais clareza, faremos aqui

3 F. Hayek, «Les principes d'un ordre social libéral», in *Essais de philosophie, de science politique et d'économie*, Les Belles Lettres, 2007, p. 258-259.

4 Hayek, *Droit, législation et liberté*, PUF, 2007, p. 56.

5 *Ibid.*, p. 522-523.

6 Quinn Slobodian, *Globalists*, 2018, p. 211.

esquemáticamente a distinção entre três grandes vias da constitucionalização neoliberal: a da promulgação de uma nova Constituição autoritária, a da alteração da Constituição existente com um viés autoritário, a de um Tratado constitucional sem Estado, impondo uma política de concorrência.

II. A

A promulgação de uma nova Constituição. Vamos primeiro considerar o exemplo do Chile de Pinochet. O presidencialismo autoritário característico da constituição de 1980 não é próprio do neoliberalismo. Mais no cerne desta constituição, cujo idealizador foi Jaime Guzman, constitucionalista discípulo de Hayek, encontra-se um princípio fundamental, o *princípio de subsidiariedade*. O conceito vem da Igreja católica para quem a ordem social precisa estar assentada em uma hierarquia de comunidades naturais que constituem meios de integração para as pessoas. Tratava-se de resgatar o valor de uma série de organismos intermediários, como a família, as corporações (o "gremialismo"), as regiões, a Igreja, todos considerados como os depositários naturais do poder na sociedade. Os ideólogos da ditadura reinterpretaram este princípio no sentido da eliminação do Estadismo paralisante em benefício da liberdade individual, cuja base fundamental residia na liberdade econômica, na propriedade privada e no mercado. A esfera protegida dos indivíduos é vista como o fruto não intencional de uma seleção natural de tradições culturais que nenhum agente coletivo pode razoavelmente transformar, ideia onde encontramos a influência de Hayek. Mas elevado à condição de princípio constitucional, significa que o Estado e seus organismos só podem participar dos mercados quando a iniciativa privada é insuficiente e sob a condição de uma prévia autorização outorgada pelo Congresso. Portanto, o Estado só pode atuar na esfera dos mercados quando as partes privadas não o fizerem ou não o fizerem o bastante. Tal lógica privilegia a privatização dos serviços básicos, a entrega dos direitos fundamentais (saúde, educação, moradia, pensões, etc.) nas mãos de atores privados e retira do Estado a responsabilidade de garantir os direitos das pessoas. Pois, ao contrário do que sustenta Hayek a respeito da ordem espontânea do mercado, a transformação social que a Junta Militar ambicionava operar pressupunha "um enorme esforço construtivista"⁷: tratava-se de construir as condições para o funcionamento de mercados que não estariam enquadrados em uma legislação rígida relativa aos mecanismos de proteção social. Era então preciso construir o mercado do trabalho, um mercado da educação, um mercado da saúde, um mercado da previdência, etc. A constitucionalização assumiu então a forma, não do pretenso "reconhecimento" de leis do direito privado anteriores à Constituição política, mas sim de uma nova Constituição política onde os princípios do neoliberalismo estavam expressamente registrados.

7 Carlos Ruiz Schneider levanta com muita acuidade essa questão: "Notas sobre algunas condicionantes de la política actual", *Golpe 2013-1973*, volumen 2, Ediciones El Desconcierto, 2013, p. 84.

II. B

No Brasil, o golpe de estado institucional de 2016 contra Dilma Rousseff, presidenta eleita em 2014, ilustrou esta tendência persistente do neoliberalismo à constitucionalização. O pretexto para lançar contra ela o processo de *impeachment* foram manobras contábeis das quais o governo lançou mão depois de ter usado os bancos públicos para executar pagamentos diversos. O tribunal responsável por fiscalizar os gastos públicos recusou as contas governamentais, assemelhando as manobras a um empréstimo tomado junto aos bancos públicos, o que veta a Lei de Responsabilidade Fiscal. O subsequente processo de impeachment no Congresso nacional retomou a mesma acusação dos juízes, a de uma tentativa de contornar a lei orçamentária. No fundo, para além do pretexto contábil, o *impeachment* visava criminalizar qualquer política que permitisse gastar mais que o teto permitido pelas leis de austeridade. Como diz Tatiana Roque: “Tratava-se nesse sentido, do ponto de partida de um processo de constitucionalização da política econômica, cujo ápice foi alcançado com a primeira medida do governo empossado em 2016: uma emenda constitucional impondo um teto para os gastos públicos.”⁸. Embora apenas valesse na esfera federal, esta constitucionalização sem precedente na história do Brasil atingiu em cheio os sistemas da educação e da saúde. Logo depois do golpe de Estado institucional, o novo presidente, o conservador e ex-Vice-Presidente Michel Temer, introduziu alterações constitucionais que visavam congelar as despesas públicas durante 20 anos, conforme o livrinho-programa que reprisava no famoso tríptico “estabilidade monetária, equilíbrio fiscal, concorrência livre e sem distorções”. Com isso, pavimentou o caminho do candidato de extrema-direita Jair Bolsonaro. Uma vez eleito, este precisou mandar alterar a Constituição para levar a cabo a reforma da Previdência. Em ambos os casos, o mecanismo foi o mesmo: a alteração se deu mediante proposta de emenda constitucional (PEC). Em ambos os casos, a emenda foi incorporada à Constituição vigente, proclamada em 1988. Percebe-se que a “constitucionalização” não assume necessariamente a forma da promulgação de uma nova Constituição, nem da incorporação formal de uma constituição econômica na Constituição política existente.

II. C

A construção europeia nos possibilita percorrer uma terceira via. Os pioneiros do ordoliberalismo alemão, W. Eucken e F. Böhm, já haviam aberto a porta para um decisionismo constitucional inspirado em Schmitt, ao enxergar a “constituição econômica” como uma “decisão basilar” ou “decisão fundamental”. Já em 1937, Böhm descreveu a constituição econômica como uma “ordem normativa da economia nacional” que só poderia vir a existir “através do exercício de uma vontade política consciente e equilibrada, uma decisão autoritária de liderança”⁹.

8 Tatiana Roque, « Brésil : une crise en trois actes », *La vie des idées*, le 28 mai 2019.

9 Q. Slobodian, *op. cit.*, p. 211.

A partir dos trabalhos de Eucken e Böhm, os ordoliberalis transpuseram essa concepção da constituição econômica para a escala supranacional da Europa. De fato, a partir da assinatura do Tratado de Roma, ficou claro que, longe de ser mera cópia da doutrina neoliberal, apenas era um marco jurídico bastante geral fadado a ser formatado por uma direção política. Foi somente mais tarde, em 1962, que acrescidos ao Tratado outorgaram uma "jurisdição ilimitada" à Corte de Justiça da União Europeia (CJUE) em matéria de multas e sanções. Os neoliberais pró-Europa valeram-se dois princípios: o poder da Corte de sobrepujar o direito nacional e o poder reconhecido às pessoas de acionar diretamente a Corte. Tamanha bifurcação dos poderes, para cima em direção à Comunidade Europeia e para baixo em direção às pessoas, era fundamental para leitura constitucionalista da construção europeia: a Europa era uma "ordem jurídica supranacional" garantindo direitos privados e diretamente aplicável pela Corte de justiça¹⁰.

Por este motivo, a dimensão autoritária do neoliberalismo se revestiu na Europa de um formato diferente do autoritarismo *estatal* clássico. Na falta de um Estado europeu, temos uma expressão concentrada do constitucionalismo de mercado, através do empilhamento das normas ditas "comunitárias" prevalecendo sobre o direito estatal nacional. A equação que prevalece é aquela mesma formulada por Hayek na sua época: soberania do direito privado garantida por um poder forte. Essa soberania é efetivada nos Tratados europeus; o poder forte responsável por zelar pelo respeito a essa soberania assume a forma de órgãos diversos, porém complementares, como a Corte de Justiça, o Banco Central Europeu (BCE), os Conselhos interestados (dos chefes de Estado e dos Ministros) e a Comissão. É o constitucionalismo de mercado, quaisquer que sejam suas feições, que requer não mais apenas os poderes do Estado-nação, mas também dos mecanismos institucionais de decisão eximidos de qualquer fiscalização democrática em escala supranacional.

Nessa perspectiva, cabe frisar que o Tratado de Lisboa não possui formalmente o estatuto de Constituição: trata-se mais bem de um acordo entre países que tem valor constitucional, o que é muito diferente. Entretanto, representa uma forma de "constituição econômica europeia" (em especial na sua parte III) ao sacramentar as famigeradas "regras de ouro" (estabilidade monetária, equilíbrio fiscal, livre concorrência sem distorções). Com isso, essas regras receberam a chancela da constitucionalidade sem aguardar pela hipotética criação de uma Constituição europeia no sentido estatal da palavra. Mais ainda, essa constitucionalização permitiu economizar uma Constituição supranacional de ordem estatal, cuja adoção teria enfrentado seguramente fortíssimas resistências. Assim, temos uma ordem constitucional europeia sem Estado europeu, mas dentro da qual a soberania dos Estados pode seguir atuando: dessa forma e mediante intenso lobby, dois Estados como a França e a Alemanha conseguiram aprovar a nova taxonomia reclassificando a energia nuclear e o gás entre as "energias verdes".

10 *Ibid.*, p. 210.

Percebe-se que, para além dessa diversidade das formas de constitucionalização, resultado das diferentes histórias nacionais, o que não muda nunca é a afirmação da necessidade de uma “constituição econômica” capaz de amarrar os Estados, qualquer que seja a forma política. Ai está o cerne da dimensão autoritária da política neoliberal: podem variar a estrutura do Estado ou o regime político, os governantes e suas maneiras também, o fundamental é que os governantes tenham força suficiente para impor, por uma ou outra via, a constitucionalização do direito privado. O que está em jogo é a *decisão fundadora de restringir a priori o campo do deliberável* ao excluir a política econômica da deliberação coletiva. Podemos identificar aqui a *irreduzível dimensão autoritária do neoliberalismo*.

III. Democracia/ constitucionalismo popular e deliberativo

O constitucionalismo de mercado é, portanto, incompatível tanto com a exigência democrática de abertura do campo do deliberável, como com as práticas do autogoverno coletivo que pressupõem tal abertura. Como definir a relação entre o constitucionalismo e a democracia de tal forma que não seja conflituosa? Pois a democracia significa originalmente poder exercido pelo povo. O constitucionalismo ganha ao ser redefinido a partir de uma concepção diferente dos direitos individuais e coletivos, mas será que tal mudança afeta o âmago do constitucionalismo na sua relação com a democracia?

III. A – O vício do constitucionalismo latino-americano

Uma leitura atenta da proposta constitucional chilena nos convence da extensão dos novos direitos que promove. Não só temos os direitos civis e políticos chamados de primeira geração, como também direitos econômicos, sociais e culturais, chamados de segunda geração e até mesmo direitos chamados de terceira geração (como o direito à proteção dos dados pessoais ou o direito à cidade e ao território). Entendemos que o Estado chileno seja redefinido já no artigo 1.1 como um “Estado de direito social e democrático”. De fato, a emergência do Estado social requer alterar os termos da questão do constitucionalismo: não se trata mais apenas de impor ao Estado uma obrigação de abstenção para preservar os direitos do homem, mas de obrigar o Estado a intervir para solucionar problemas de natureza positiva e material¹¹. A questão decisiva que está colocada é, portanto, de saber *a quais poderes* cabe garantir e proteger esses direitos. Para responder, é preciso se interessar pela organização dos poderes proposta pelo projeto. Toda Constituição possui duas grandes partes: uma parte chamada de “dogmática”, que inclui a lista dos direitos fundamentais; uma parte dita “orgânica”, que versa justamente sobre a organização dos poderes. Essa segunda parte é que Roberto Gargarella chama de “núcleo duro” ou ainda, com uma eloquentíssima metáfora, a “casa de máquinas” da Constituição¹². Para ele, o “grande problema” do constitucionalismo latino-americano foi ter se transformado, no início do século XX, em um “constitucionalismo de duas

¹¹ Olivier Beaud, *op. cit.*, p. 140-141.

almas”: uma, relativa aos direitos, que estava começando a brilhar com um perfil social avançado e ambições democráticas, um pouco no espírito do *Bill of Rights* dos Estados-Unis¹³; a outra, relativa à organização do poder, que manteve os “traços elitistas e autoritários típicos do constitucionalismo latino-americano do século XIX”. Por óbvio, existem variantes nacionais. Por exemplo, a Constituição brasileira de 1988 confere ao poder Judiciário (não apenas aos magistrados, mas também ao Ministério Público) o poder adicional de promover uma ação pública para garantir a extensão ou uma nova interpretação de um direito (direitos coletivos e difusos). Resta, como diz Gargarella, que o constitucionalismo latino-americano fomenta e incorpora uma longa lista de novos direitos enquanto mantém “trancada a porta da casa de máquinas da Constituição”¹⁴.

A Constituinte chilena faz jus à mesma crítica? Para sabê-lo é preciso olhar mais de perto a relação entre as duas partes, dogmática e orgânica, da proposta constitucional. A parte dogmática é caracterizada pelo reconhecimento de novos direitos, a tal ponto que se pode falar em certa exuberância neste quesito. Já a parte orgânica está muito aquém. O motivo é que o debate interno na Constituinte não lidou de frente com a questão decisiva: *qual* organização interna do Estado é *requerida* pela ampliação dos direitos, em especial, sociais? Deve-se manter, com alguns ajustes, a organização tradicional do Estado, correndo o risco de incumbir o Estado de uma tarefa que será incapaz de cumprir? Não seria necessário repensar essa organização de cima a baixo e demonstrar uma capacidade de invenção democrática à altura das novas responsabilidades conferidas ao Estado em matéria de garantia dos direitos?

III. B – O impasse do presidencialismo

Nesse ponto, só nos resta observar que as propostas relativas à distribuição dos poderes (em especial, entre Executivo e Legislativo) não brilham nem pela originalidade, nem pela radicalidade. Ora, essa repartição é que resolve amplamente a natureza do regime político. Em que consistem as principais mudanças neste quesito? Mormente na passagem de um presidencialismo “exacerbado” para um presidencialismo “mitigado” e de um bicameralismo “simétrico” para um bicameralismo “assimétrico”¹⁵. No que diz respeito ao primeiro item, cabe frisar que na Constituição chilena ainda vigente, o poder Executivo tem como característica de ser *co-legislador*, dispondo até, em alguns casos, do poder *exclusivo* de apresentar projetos de lei (por exemplo, quando se trata de despesas públicas). A despeito dos

12 Roberto Gargarella, “Dix points sur le changement constitutionnel au Chili”, *Revista de Frente*, 13 de fevereiro de 2020. Essa metáfora é novamente utilizada no artigo “El proyecto de dejar atrás la “Constitución de Pinochet” publicado em *La Nación*, em 16 de julho de 2022.

13 Trata-se das dez primeiras emendas à Constituição dos Estados-Unidos adotada em 15 de dezembro de 1791 que introduzem garantias em matéria de direitos e liberdades.

14 R. Gargarella, “Dix points sur le changement constitutionnel. 6. Organisation du pouvoir.”, *op. cit.* (o autor se refere, em especial, à Constituição mexicana de 1917).

15 Cf. *LaBot Constituyente*, newsletter de 22.07.2022.

debates internos na Constituinte sobre a necessidade de passar para um sistema semipresidencialista, o presidencialismo é mantido na proposta, com escassas mudanças. Formalmente, não se fala mais em “veto” presidencial¹⁶, mas o presidente ainda tem o poder de rejeitar ou solicitar alterações nos projetos de lei encaminhados pelo Congresso. Quanto ao bicameralismo, a mudança consiste em substituir o Congresso bicameral existente (Câmara dos Deputados e Senado) por um sistema de duas Câmaras (Congresso das deputadas e deputados e Câmara das Regiões), onde a Câmara das Regiões dispõe de poderes mais limitados do que o antigo Senado. À Câmara dos Deputados é reconhecido um poder mais amplo do que à das Regiões, entre os quais o de propor projetos de lei relativos aos gastos públicos, sendo necessário o patrocínio da Presidência pra esses projetos avançarem. Só podemos dar razão a quem pensa que o sistema político constitui o “ponto fraco” do texto constitucional¹⁷.

Em suma, embora o texto reconheça (151.2) que é dever do Estado tomar todas as providências para garantir “a participação efetiva de *toda* a sociedade no processo político e o *pleno* exercício da democracia”, embora reconheça, conseqüentemente, (153.1) que “o Estado deve garantir a todos os cidadãos, sem discriminação de qualquer tipo, o pleno exercício de uma democracia participativa mediante mecanismos de democracia direta”, continua muito evasivo quanto à maneira como cumpriria essa obrigação para com todos os cidadãos

Em outras palavras, o que falta não são “contrapesos” para garantir o equilíbrio entre os poderes, no sentido da Constituição dos Estados Unidos, também não são mecanismos tais como a iniciativa popular para revogar uma lei ou emendar a Constituição ou ainda os plebiscitos, referendos ou consultas em escala regional ou municipal (previstos nos artigos 155 a 158 do texto constitucional), são, antes de tudo, *novos órgãos* cujo modo de composição garantiria a participação do maior número de cidadãos nos assuntos públicos, indo além do princípio representativo. Mas, avançar nesse caminho exigiria romper com o presidencialismo sob *todas* suas formas, em especial, a que faz do Presidente da República o chefe do Estado e o chefe do governo (279). Ora a maior parte dos Estados latino-americanos possuem regimes presidencialistas, inclusive aqueles cuja Constituição foi bastante longe na introdução de mecanismos de democracia participativa.

Na história recente da América Latina, a divisão acima abordada entre outorga generosa de direitos e confisco dos poderes centrais do Estado redundou em um presidencialismo reforçado mediante o qual alguns chefes de Estado acabaram violando a Constituição. Assim, o Presidente de Equador, Rafael Correa, viabilizou o saque do território da comunidade Shuar por uma mineradora chinesa, em total violação dos direitos constitucionais dos membros dessa comunidade, chegando a ordenar, em dezembro de 2016, uma ofensiva do exército contra aqueles que estavam defendendo o próprio território e seus direitos.

16 A proposta constitucional fala em “leis que requerem a aprovação presidencial”.

17 Arlette Gay, Christian Sanchez, Cécile Schildberg, “La hora de la verdad de la nueva Constitución chilena”, *Nueva Sociedad*, Julho de 2022.

Na Bolívia, a violação da Constituição pelo Presidente manifestou-se na forma de um “presidencialismo constituinte” “visando contornar “a vedação do continuísmo presidencial”¹⁸. No intuito de revogar as disposições da Constituição de 2009 que impediam sua reeleição para um quarto mandato em 2019, o Presidente Evo Morales tomou a iniciativa de organizar um referendo, em 21 de fevereiro de 2016. Com uma taxa de participação de 84,5%, os bolivianos rejeitaram por 51,3% a alteração do texto da Constituição proposta para derrubar o princípio da não-reeleição. Embora tenha reconhecido a derrota, o poder executivo não hesitou em instrumentalizar os órgãos judiciários e eleitorais: em 2017, o Tribunal Constitucional Plurinacional eliminou diversos artigos da Carta Magna relativos à reeleição presidencial. E em outubro de 2018, Evo Morales foi autorizado a se candidatar para a eleição presidencial de 20 de outubro de 2019. “O hiperpresidencialismo, estimulado pela Constituição de 2009 e acentuado pela prática de Evo Morales, acarretou, portanto, a subordinação ao executivo dos poderes constituídos, inclusive o Juiz constitucional e a justiça eleitoral”¹⁹.

A lógica do presidencialismo, iniciada por Evo Morales, acabou por se impor, em detrimento da lógica da soberania popular, embora estivesse presente na Constituição, com a previsão de diferentes mecanismos para a fiscalização dos governantes pelo povo e sua participação nos processos decisórios. Reconhecia, além da iniciativa legislativa cidadã, o referendo revogatório, a assembleia, o *cabildo* e a consulta prévia para os povos “indígenas”²⁰. Entretanto, todos esses mecanismos foram neutralizados por um poder executivo que subjugou o Juiz constitucional e a Justiça Eleitoral.

III. C – A alternativa do constitucionalismo popular e deliberativo

Precisamos partir do que nos ensina o processo deliberativo praticado pela Constituinte chilena para chegar às suas propostas. O que nos ensina? Que a deliberação coletiva levou a decisões que são, para algumas, fruto do consenso, e para outras, para muitas outras, o reflexo da vontade política da maioria qualificada (dos dois terços dos votos, nesse caso). Que esse processo deliberativo não impediu um debate ao longo do qual as diferentes partes expressaram seus motivos, defenderam suas perspectivas e acabaram se enfrentando. A deliberação constitucional é, nesse sentido, uma deliberação *conflituosa* suscetível de reverter ou não em consenso, não sendo, nem podendo ser uma democracia consensual.

De maneira mais geral, esta concepção da deliberação rompe radicalmente com a ideia de que as constituições seriam um tipo de “contrato consensual”. Pois a premissa subjacente ao conceito de contrato é de uma negociação entre os contratantes a partir de seus respectivos interesses particulares. Pertence à lógica de

18 Tomamos emprestada a expressão de Hubert Gourdon, citado por Victor Audubert, “L’interprétation présidentieliste de la Constitution bolivienne au cœur de la crise post-électorale de 2019”, *Cahiers des Amériques latines* n° 96, 2021, [8].

19 *Ibid.*, [22].

20 *Ibid.*, [12].

composição de interesses que rege o direito privado. Ora, as constituições resultam de uma *decisão* política fundamental²¹. É justamente esse lugar eminente da deliberação coletiva que qualifica o mecanismo da assembleia de delegados eleitos pelos cidadãos como o mais adequado para a elaboração de uma Constituição. Caso escolham um procedimento elitista, os óbices à deliberação coletiva serão ainda mais difíceis de superar já que “as partes tenderão a se impor como intérpretes qualificados dos setores que representam e se limitarão a negociar ganhos e perdas da maneira que consideram mais vantajosa”²².

Por este motivo é que Aristóteles faz legitimamente da deliberação a atividade por excelência da Assembleia do povo que é a instância suprema da Cidade. A deliberação tem como objeto “os assuntos comuns”: deliberar em comum sobre os assuntos comuns e decidir sobre os assuntos mais importantes, eis em que consiste a atividade da Assembleia. Qual a natureza dessa atividade de deliberação coletiva? No capítulo 11 do Livro III das *Políticas*, Aristóteles argumenta a favor da supremacia das massas. Afirma que muitos indivíduos, entre os quais nenhum é um homem virtuoso, podem, quando se reúnem, ser melhores do que um número restrito de pessoas virtuosas, melhores “não individualmente, mas coletivamente, como as refeições coletivas são melhores que aquelas organizadas por uma única pessoa”. Aí está o argumento da “excelência coletiva por composição”, bem diferente daqueles que justificam o poder da maioria na época moderna: não é o número em si que faz a diferença, é a qualidade da massa reunida que possibilita essa superioridade do juízo coletivo formado pela composição dos julgamentos dos diferentes indivíduos. Tal composição pressupõe, portanto, que *cada indivíduo* possa contribuir com o banquete pelas próprias qualidades e essa única condição, claramente decisiva, não é nada óbvia. É preciso lembrar que “deliberar” vem de “*librare*” que significa “*pesar*”: deliberar, é pesar os prós e os contras. É pesando os prós e os contras que o julgamento de *cada* cidadão se forma e compõe com os julgamentos dos *outros* cidadãos.

Uma concepção como essa da deliberação comum é radicalmente incompatível com o conceito de deliberação promovido por toda a tradição do contrato social. Assim, em Rousseau, o ideal é o da unanimidade, que se obteria se todas as vontades individuais fossem razoáveis (“gerais”). Portanto, seria necessário que os cidadãos deliberassem não tendo “nenhuma comunicação entre si”²³. Ora, o que importa antes de tudo na prática da deliberação coletiva, é a formação do julgamento de toda a assembleia pela composição dos julgamentos de todos os seus membros. Finalmente, na tradição contratualista, a deliberação de si mesmo consigo mesmo tem a primazia sobre a deliberação em comum. Em Rawls como em Rousseau, a forma suprema da deliberação é a deliberação racional *interior*.

21 Sobre a oposição entre a Constituição como contrato e a constituição como resultado de uma decisão, cf. Luis Lloredo Alix, *op. cit.*

22 Luis Lloredo Alix, *op. cit.*

23 J.-J. Rousseau, *Du Contrat social*, Flammarion GF, 2001, p. 69.

Já em Aristóteles, aos membros da Assembleia do povo (*ekklēsia*) é que cabe deliberar sobre os assuntos comuns, sendo a “deliberação consigo mesmo” nada mais do que a forma interiorizada da deliberação coletiva. A primeira característica da deliberação é, portanto, de ser comum, enquanto atividade coletiva (*sumbouleuein*), mas também pelo objeto (os assuntos comuns). A sua segunda característica é que incide no possível, isto é, no futuro (na melhor Constituição para o Chile de hoje), e não no impossível (uma Constituição que nada diria sobre a organização e a repartição do poder) ou no passado (a existência da ditadura de Pinochet). A terceira característica é que é pendente da escolha dos meios com relação a determinado fim, mas que o fim só é realmente determinado pela escolha dos meios. Os meios são irreduzíveis a simples instrumentos. Assim, não se pode ao mesmo tempo querer uma boa deliberação coletiva e entregá-la a um cenáculo restrito de especialistas, conversando entre si, longe da intervenção direta dos cidadãos, pois neste caso, o meio entra em contradição com o fim.

Somente se esforçando para fazer jus a esta exigência de participação direta dos cidadãos é que poderemos esperar superar a tensão entre constitucionalismo e democracia: de um lado, o constitucionalismo tende a impor limites à ação da maioria, do outro, a democracia apela para a primazia da soberania do povo²⁴. Hoje, diversas correntes tratam de remediar essa dissociação. Mark Tushnet rechaça a ideia de que as Cortes supremas ou constitucionais possam arrogar-se a prerrogativa de decidir em última instância sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade das leis, e defende um “constitucionalismo popular” que priorize outros procedimentos (como os plebiscitos a respeito de decisões específicas)²⁵. Outra corrente, a do constitucionalismo “dialógico” ou “deliberativo”, ao qual é vinculado Gargarella que se inspira em Tushnet, enxerga nos tribunais constitucionais catalizadores de diálogo com outros poderes (como o Parlamento), ou com o povo.

Mas, para além da questão das prerrogativas e da composição das Cortes constitucionais, a questão política fundamental não é tanto a da ação majoritária pelo “constitucionalismo” e sim a do *tipo* de limitação imposto por *uma* determinada Constituição. De fato, a Constituição chilena de 1980 não é uma Constituição como as outras. Não pode representar o “constitucionalismo” e sua desconfiança originária com relação à “democracia”. O que a caracteriza entre todas é que restringe de antemão o campo do deliberável por uma decisão constituinte em favor da ordem de mercado (o princípio da subsidiariedade do Estado). Aliás, Guzmán nunca escondeu a sua aposta para o futuro. Por isso é que qualquer alternativa política ao neoliberalismo deve começar por reabrir o campo do deliberável, isto é, o campo dos possíveis. O valor insubstituível da experiência constituinte chilena reside no que nos ensina na prática sobre as condições que conferem toda a sua qualidade à deliberação coletiva como sobre as limitações que a tolhem, até mesmo, a tornam simplesmente impossível. O verdadeiro constitucionalismo deliberativo é aquele

24 R. Gargarella, “Dix points sur le changement constitutionnel au Chili”, 7. Démocratie, *op. cit.*

25 Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, 1999, Princeton University Press.

movido pela preocupação de abrir a deliberação constituinte à mais ampla participação cidadã, contra qualquer procedimento elitista ou expertocrático. Também é aquele que trata, até na decisão constituinte e além, de manter aberto o campo do deliberável, em vez de fechá-lo por medo da democracia. Portanto, não se trata apenas de implantar as instituições do Estado social, mas de fazer com que a interpretação e a ampliação dos direitos sociais possam ser periodicamente atualizadas pelos próprios cidadãos mediante mecanismos participativos.

Tradução: *Pascal Rubio*