

Cristina Foroni Consani

**O PARADOXO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E A
TENSÃO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA NA FILOSOFIA
POLÍTICA CONTEMPORÂNEA**

Tese submetida ao Programa de Pós-
graduação em Filosofia da
Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do Grau de
Doutor em Filosofia

Orientador: Prof. Dr. Alessandro
Pinzani

Florianópolis
2013

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Consani, Cristina Foroni

O paradoxo da democracia constitucional e a tensão
entre o direito e a política na filosofia política
contemporânea / Cristina Foroni Consani ; orientador,
Alessandro Pinzani - Florianópolis, SC, 2013.
235 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa
de Pós-Graduação em Filosofia.

Inclui referências

1. Filosofia. 2. Filosofia política. 3. Filosofia
constitucional. 4. Democracia deliberativa. 5. Direitos
fundamentais. I. Pinzani, Alessandro. II. Universidade
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em
Filosofia. III. Título.

Esta tese foi julgada adequada para a obtenção do título de Doutora em Filosofia e aprovado em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina.



Prof. Dr. Alessandro Pinzani
Coordenador do Programa de
Pós-Graduação em Filosofia da UFSC

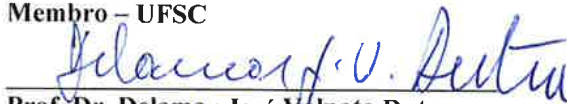
Banca Examinadora:



Prof. Dr. Alessandro Pinzani
Presidente – UFSC



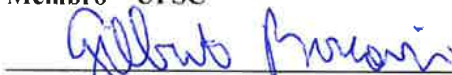
Prof. Dr. Denilson Luis Werle
Membro – UFSC



Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra
Membro – UFSC



Prof. Dr. Selvino José Assmann
Membro – UFSC



Prof. Dr. Gilberto Bercovici
Membro – USP



Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa
Membro – UFRGS

Ao meu esposo, Joel Thiago Klein

AGRADECIMENTOS

Ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia e à CAPES pela concessão de bolsa de Doutorado Sanduíche no período de fevereiro a dezembro de 2010 na Columbia University, em Nova Iorque.

A Alessandro Pinzani, meu orientador, pelo comprometimento e dedicação na orientação deste trabalho, pelo respeito às minhas escolhas, pelas aulas, debates e conversas sobre filosofia, sobre política, sobre arte e sobre tantos outros temas que contribuíram muito para a minha formação acadêmica e pessoal. Obrigada pela amizade que mantivemos durante esses anos de doutorado e pelo apoio oferecido em vários momentos importantes da minha trajetória acadêmica.

À Professora Nadia Urbinati, por ter me recebido na Columbia University e por me proporcionar a oportunidade de realizar parte desta pesquisa naquela Universidade.

Ao Professor Selvino José Assmann, com quem tive a oportunidade de conviver durante o estágio de docência, pelas valiosas discussões realizadas e conhecimentos transmitidos.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Filosofia, principalmente da área de Ética e Filosofia Política, pelas aulas, cursos, palestras e grupos de estudo e discussão, que muito contribuíram para a minha formação.

Aos membros da banca, Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra, Prof. Dr. Denilson Luis Werle, Prof. Dr. Gilberto Bercovici, Prof. Dr. Selvino José Assmann e Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa, por terem aceitado debater minha tese.

Aos Professores Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender e Denilson Luis Werle pela leitura e discussão deste trabalho no exame de qualificação.

Aos amigos e colegas com quem convivi nesses anos de doutorado, sobretudo no grupo de estudos de orientandos, Alessandro, Amaro, Bete, Diogo, Evania, Gisa, Joel, Leon, com quem aprendi muito.

À Procuradoria Regional do Trabalho em Santa Catarina por ter autorizado o meu afastamento para a realização do Doutorado Sanduíche.

Aos meus colegas e amigos da Procuradoria Regional do Trabalho, em especial Ângela, Chico, Daniela, Edio, Luiza, Marcos, Maria Cristina e Patrícia, que acompanharam de perto meu percurso acadêmico e, de diferentes modos, me apoiaram em momentos importantes.

À minha mãe Olinda, ao meu pai Paulo (*in memoriam*) e ao meu irmão Vinicius, pelo apoio e pela compreensão nos momentos de ausência.

Ao meu esposo Joel, pelo apoio, incentivo e pelas muitas conversas sobre Filosofia.

Há dois tipos de despotismo (...): O despotismo direto ocorre em todos os países onde os representantes dos cidadãos não exercem o direito negativo mais extenso, e não têm os meios suficientes para fazer reformar as leis que acham contrárias à razão e à justiça. O despotismo indireto existe quando, apesar da resolução da lei, a representação não é nem igual, nem real, ou quando se está submetido a uma autoridade que não é estabelecida pela lei.

(...)

É mais fácil livrar uma nação do despotismo direto do que do despotismo indireto; ela vê o primeiro, e sofre do segundo sem o saber, frequentemente vendo aqueles que o exercem como seus protetores.

Condorcet, *Idées sur le despotisme*, 1789

RESUMO

Esta tese trata da relação entre constituição e democracia na filosofia política e constitucional moderna e contemporânea. Apresenta-se os conceitos de constituição e democracia e mostra-se que eles abrigam uma tensão inerente. Afirma-se que as teorias modernas e contemporâneas ao enfrentarem essa tensão não conseguem eliminá-la e acabam por priorizar um conceito em detrimento do outro. Sustenta-se que a tensão entre constituição e democracia não pode ser resolvida, mas pode ser acomodada a partir de uma teoria da democracia constitucional em que a própria constituição contenha meios de suportar e promover a participação popular na tomada de decisões políticas. Busca-se isso a partir de uma análise da teoria política e constitucional de Condorcet, haja vista que o arranjo político-institucional por ele proposto permite pensar uma mudança no modo como se compreende elementos centrais dentro do próprio conceito de democracia constitucional, tais como povo e vontade. Defende-se então que a acomodação da tensão entre constituição e democracia está atrelada a um conceito de democracia constitucional que abrigue um conceito de *povo sincrônico* com *vontade diacrônica*.

Palavras-chave: constituição; democracia; direitos fundamentais; povo; vontade; Condorcet

ABSTRACT

This PhD dissertation examines the relationship between constitution and democracy in modern and contemporary political and constitutional philosophy. It presents the concepts of constitution and democracy and demonstrates that they harbor an inherent tension. In confronting this tension, modern and contemporary theories cannot eliminate the contentious relationship between constitution and democracy, so these theories end up prioritizing one concept over another. It is argued in this PhD dissertation that the tension between constitution and democracy cannot be resolved; however, it can be accommodated with a theory of constitutional democracy wherein constitution itself contains resources to support and promote popular participation in political decision-making. This response is pursued based on an analysis of Condorcet's political and constitutional theory because the political-institutional arrangement proposed by him suggests a change in the way we understand the core elements within the concept of constitutional democracy, such as people and will. It is argued, then, that the accommodation of the tension between constitution and democracy is linked to a concept of constitutional democracy that houses a concept of *synchronic people* and *diachronic will*.

Keywords: constitution, democracy, fundamental rights, people, will, Condorcet

SUMÁRIO

Introdução	17
Capítulo I - Democracia constitucional: conceitos preliminares	21
1.1. <i>Constituição</i>	21
1.1.1 - Limitação do poder político	27
1.1.2 - Direitos.....	51
1.2. <i>Democracia</i>	58
1.2.1 - Soberania popular	59
1.2.2 - Povo	76
Capítulo II – O debate contemporâneo acerca do paradoxo da democracia constitucional	83
2.1. <i>O constitucionalismo e a salvaguarda dos direitos fundamentais</i> .	85
2.1.1 - Constituição	88
2.1.2 - Povo	91
2.1.3 - Democracia	94
2.2. <i>A constituição como baluarte da soberania popular</i>	100
2.2.1 - Constituição	102
2.2.2 - Povo	106
2.2.3 - Democracia	112
2.3. <i>Considerações críticas a respeito dos direitos fundamentais e da soberania popular</i>	121
Capítulo III – Uma proposta de constitucionalismo democrático	125
3.1. <i>Condorcet e as bases democráticas do constitucionalismo moderno</i>	127
3.1.1 - O povo sincrônico	130
i. Constituição, direitos e povo.....	133
ii. Democracia representativa	143

iii. Soberania popular e controle do poder político	153
3.1.2 - A vontade diacrônica	163
i. O método	164
ii. A formação do cidadão esclarecido	178
iii. O diacronismo da vontade	190
3.2. <i>A acomodação da tensão entre constituição e democracia</i>	199
Considerações finais	217
Bibliografia	221

Introdução

Democracia constitucional é um termo comumente tratado como um oxímoro ou paradoxo, uma vez que abriga conceitos que apresentam uma contradição inerente. Enquanto o primeiro remete ao ideal de autogoverno do povo ou de soberania popular, o segundo simboliza o próprio limite à ação política do povo cujo objetivo é preservar tanto direitos fundamentais quanto procedimentos democráticos de alterações promovidas pelas paixões ou interesses não razoáveis da maioria.

A tensão existente entre constituição e democracia é apontada por autores do constitucionalismo moderno e retomada por filósofos, juristas e cientistas políticos contemporâneos, cujas teorias buscam apresentar respostas a este conflito inerente acentuando um ou outro dos conceitos em tensão. Na esteira dessa discussão, este trabalho tem a pretensão de, primeiramente, avaliar em que medida a Filosofia Política e Constitucional contemporânea apresenta respostas capazes de eliminar essa antiga tensão entre a política (democracia) e o direito (constitucionalismo) e, em segundo lugar, apresentar uma contribuição à discussão acerca da democracia constitucional colocando o foco mais sobre os aspectos políticos do que sobre os aspectos jurídicos desse debate.

Assim sendo, assume-se que para se enfrentar os problemas relacionados à relação conflituosa entre constituição e democracia é preciso colocar em segundo plano a discussão acerca da jurisdição e interpretação constitucional e pensar em como aprimorar nossas práticas democráticas, pois muitos dos argumentos que levam à polarização da própria tensão entre constituição e democracia estão associados à falta de credibilidade nas instituições democráticas ou, parafraseando Jeremy Waldron, à *indignidade da legislação*, sobretudo no que diz respeito à democracia representativa.

Problemas como a crise do sistema partidário, a desconfiança dos cidadãos em relação aos seus representantes e o sentimento geral de falta de legitimidade, gerado pela dificuldade de controle político dos representados sobre os representantes, podem ser apontados como causas da apatia e do descrédito dos cidadãos com relação à participação política e, por conseguinte, à transferência de credibilidade para outras instituições, como o poder judiciário. Por essa razão, entende-se que questões tão debatidas na atualidade como aquelas relativas à judicialização da política, podem ser consideradas um sintoma de um

problema anterior que é aquele enfrentado neste trabalho. Nesse sentido, a judicialização da política não será objeto de análise, aparecendo apenas de forma secundária e na medida em que se apresenta na trama das complexidades que são acrescentadas a este debate na contemporaneidade.

Adota-se como fio condutor desta pesquisa a sugestão de Stephen Holmes em *Precommitment and the paradox of democracy*, segundo a qual a relação conflituosa entre constituição e democracia deve ser enfrentada a partir de sua vinculação histórica que remonta ao início do constitucionalismo moderno e também por meio do desenvolvimento de um estudo mais aprofundado dos conceitos envolvidos.¹

Sendo assim, o *primeiro capítulo* apresenta, a partir de uma análise histórica, alguns conceitos considerados fundamentais tanto para nortear o estudo das teorias contemporâneas em suas respostas apresentadas ao paradoxo da democracia constitucional, como também necessários para caracterizar um modelo de democracia constitucional no qual a tensão inerente a esses conceitos possa ser acomodada. A reconstrução desses conceitos é feita tendo como pano de fundo o debate travado entre alguns dos principais teóricos da política e da constituição na modernidade, sobretudo no contexto das duas principais revoluções do século XVIII, a saber, a Revolução Americana e a Revolução Francesa. No que diz respeito ao constitucionalismo norte-americano, são revisitados alguns argumentos e teses do debate travado entre Federalistas e Antifederalistas em torno da Constituição Federal de 1787, mas enfatiza-se o diálogo entre Madison e Jefferson (e em alguns momentos também Paine). Quanto ao constitucionalismo francês, são analisadas as teorias de Sieyès e de Condorcet. Busca-se apontar para as diferenças na forma como cada um desses autores define os elementos constitutivos do conceito de constituição (limitação do poder político e proteção aos direitos fundamentais), e do conceito de democracia (a soberania popular e povo). Ressalta-se que, apesar dos autores estudados sustentarem posicionamentos distintos sobre a relação entre constituição e democracia, no constitucionalismo moderno a constituição é compreendida mais como uma estrutura política dentro da qual a proteção aos direitos se insere do que como uma estrutura jurídico-normativa dentro da qual a política opera. Considera-se que a retomada dessa concepção de constituição é relevante para se repensar a relação entre constituição e democracia na atualidade.

¹ Cf. HOLMES, 1988b, 198.

O *segundo capítulo* mostra como o debate a respeito desses conceitos se atualiza e quais as novas complexidades que ele assume num contexto de diversidade e pluralidade social, cultural e de valores. Isso é feito a partir da análise das teorias de Stephen Holmes e de Jeremy Waldron, que são aqui tomadas como exemplos de teorias que apresentam argumentos opostos e representativos da polarização da discussão em questão. A teoria desses autores é estudada à luz de três conceitos, a saber: constituição, democracia e povo. A forma como cada um deles define esses conceitos mostra um posicionamento mais em prol do constitucionalismo ou mais em prol da soberania popular. A partir dessa constatação, verifica-se então em que medida as respostas oferecidas por essas teorias solucionam os problemas de fundo relacionados ao paradoxo da democracia constitucional.

O *terceiro capítulo* retoma o problema da tensão entre constituição e democracia e busca oferecer uma contribuição a este debate apoiando-se em conceitos delineados a partir da teoria política e constitucional de Condorcet, que apresenta elementos para se repensar de forma não tão polarizada os próprios conceitos de constituição e de democracia. Sustenta-se que um modelo elaborado a partir da teoria condorcetiana pode ser capaz de promover a acomodação (e não a eliminação) da relação conflituosa entre esses conceitos. Tal proposta de democracia constitucional é erigida tendo em conta um modelo de democracia representativa amplamente aberto à participação popular, mas no qual a ação popular é mediada pelas instituições criadas pela própria constituição. Sendo assim, por um lado, o aspecto da constituição como uma estrutura política que cria e organiza os poderes sociais é ressaltado. Por outro lado, defende-se que as práticas democráticas, a fim de não resultarem em uma espécie de tirania da maioria, devem ser orientadas por uma categoria que no decorrer desta tese será definida como *povo sincrônico* com *vontade diacrônica*.

Capítulo I - Democracia constitucional: conceitos preliminares

Este primeiro capítulo terá a história como fio condutor para chegar a elaboração de conceitos que considero fundamentais para o desenvolvimento de uma concepção de democracia constitucional na qual o ideal democrático não se subordine ao ideal jurídico-normativo, ou seja, um modelo de democracia constitucional no qual efetivamente haja espaço para a deliberação e tomada de decisões democráticas. Esses conceitos são: constituição (1.1) e democracia (1.2).

Para tanto, volto-me para a análise dos principais textos do período inicial do constitucionalismo moderno a fim de fazer uma reconstrução desses conceitos a partir dos argumentos apresentados nos debates travados no contexto das duas principais revoluções do século XVIII: a Revolução Americana e a Revolução Francesa. Nesses textos podem ser encontradas as raízes do conflito entre constituição e democracia, mas acredito poder encontrar também elementos e argumentos que lançam luz sobre esse dilema, uma vez que ao lado da vertente vitoriosa – aquela que nos legou o constitucionalismo como uma teoria que restringe a soberania popular, encontra-se também aquela que, embora não oficialmente adotada pelas sociedades democráticas modernas e contemporâneas, continua a figurar nas teorias constitucionais e da democracia, ainda que nas críticas tecidas ao paradigma vigente.

1.1. Constituição

Pode-se dizer que o constitucionalismo, como o entendemos hoje, é de certa forma inventado durante as revoluções do século XVIII², quando os homens que lutaram pelos ideais republicanos, pela submissão do governante à uma lei comum e pela preservação dos direitos e liberdades defendidos pelas revoluções, tiveram que se debruçar sobre a construção de um instrumento jurídico capaz de proporcionar tudo isso. Nesse contexto, e antes nos Estados Unidos do que na França, a constituição surge como um mecanismo no qual se estabelece a própria estrutura da República.

Historiadores do constitucionalismo atribuem a Thomas Paine a autoria do conceito moderno de constituição, qual seja:

² SARTORI, 1962, 853-864.

A constituição é uma coisa antecedente ao governo, e um governo é somente a criatura da constituição. A constituição de um país não é o ato de seu governo, mas do povo constituindo um governo. Ela (...) contém os princípios sobre os quais o governo será estabelecido, a forma na qual ele será organizado, os poderes que ele terá, o modo de eleições, a duração dos parlamentos (...), os poderes que a parte executiva do governo terá, e, por fim, tudo o que diz respeito à completa organização de um governo civil, e o princípio por meio do qual ele agirá, e pelo qual ele será limitado.³

Embora existam autores que visualizam certa continuidade histórica do constitucionalismo moderno com teorias do período antigo e medieval, a história da palavra “constituição” em seu sentido moderno começa no século XVIII, com a conotação a ela atribuída nos Estados Unidos durante os anos que se passaram entre a Revolução Americana e a aprovação da Constituição de 1787. É isso o que sustenta Sartori em um artigo de 1962 intitulado *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*⁴, no qual ele contrapõe-se às teses levantadas por McIlwain em seu clássico texto sobre a história do constitucionalismo publicado em 1940⁵. Sartori nega a existência de conexão entre o antigo conceito

³PAINE, 2009, 89. Todas as traduções das obras citadas são minhas, salvo quando indicado diversamente.

⁴SARTORI, 1962, 853-864.

⁵ De acordo com McIlwain, em seus primórdios, o constitucionalismo vinculou-se primeiramente com o ideal grego de *Politeia* e, na sequência, com a *constitutio* latina. A noção de *Politeia*, teria chegado a Cícero por meio dos estóicos e, em sua teoria, esse ideal sofreu algumas alterações. McIlwain ressalta que quando Cícero, em sua obra *Da República*, define o Estado como um vínculo da lei (*vinculum juris*), ele não está se referindo à lei do próprio Estado, mas a uma lei antecedente, temporal e coercitivamente. Por essa razão o republicanismo romano pode ser considerado o precursor da teoria constitucional e política moderna. O constitucionalismo romano, no entendimento de McIlwain, exerceu forte influência não apenas no renascimento italiano, quando se deu a retomada do pensamento político clássico, mas também no período medieval. O autor visualiza no cenário jurídico inglês da Idade Média grande influência da *common law* romana. O que McIlwain busca demonstrar é que a tradição constitucional romana influenciou fortemente a prática político-jurídica dos países europeus ocidentais e fixou as bases sobre as quais se erigiram as teorias da soberania e, inclusive da soberania popular. (Cf. McIlwain, 2007). As teses de McIlwain são revisitadas nos anos de 1980 por Graham Maddox, que elabora uma crítica ao constitucionalismo garantista de Sartori. Maddox ressalta que a constituição em sentido amplo, conforme entendida pelas teorias políticas tradicionais, conseguiu estabelecer princípios do governo limitado sem solapar a participação popular na tarefa de controle do poder político. O

de constituição, o qual é comumente derivado do ideal grego *Politeia*, e o conceito moderno, que abriga o ideal de uma estrutura política organizada pela lei com o propósito de garantir os direitos e liberdades individuais por meio da limitação da ação governamental. Ele ressalta que na modernidade o termo *constituição* foi “reconceituado, adotado e apreciado não por que ele significava meramente uma ‘ordem política’, mas porque ele significava muito mais, porque ele significava ‘liberdade política’”,⁶ ou seja, uma ordem ou estrutura política capaz de limitar o governo e proteger os direitos do homem.⁷

No que segue apresento os elementos que compõem o conceito de constituição a partir de uma análise histórico-conceitual, com início nos textos produzidos no contexto das revoluções setecentistas, a fim de defender que o constitucionalismo pode ser uma teoria que concebe a constituição mais como uma estrutura política, na qual a proteção e realização dos direitos se inserem, do que como uma estrutura jurídico-normativa, dentro da qual a política opera. Em outras palavras, enquanto no primeiro modelo os mecanismos políticos exercem uma função primária, na segunda eles exercem uma função secundária.

A constituição no pensamento político-jurídico setecentista é delineada como uma estrutura política. Isto parece ser evidente para os autores dos mais diversos matizes ideológicos e, pode ser visto, por exemplo, nas obras de Paine e Sieyes, autores que divergem em muitos pontos sobre a relação entre constituição e democracia, mas de certo modo convergem sobre esse aspecto do conceito de constituição. Como visto anteriormente, o conceito de constituição oferecido por Paine inaugura uma tradição na qual a constituição é entendida como um documento escrito, mas também como uma estrutura política que limita

autor interessa-se principalmente pelos mecanismos que possibilitam o exercício do controle por meio da política e não apenas por meio de instrumentos jurídicos como o da revisão judicial ou controle de constitucionalidade das leis. Cf. MADDOX, 1982, p. 805-809 e MADDOX, 1989, 50-67. Apesar de não concordar com o ponto de partida de McIlwain e Maddox, qual seja, o da continuidade histórica do constitucionalismo, seus argumentos contribuem para repensar o constitucionalismo de modo que ele não se restrinja ao modelo jurídico-normativo. Contudo, penso ser possível encontrar também nos textos iniciais do constitucionalismo moderno elementos que possibilitam escapar a este modelo.

⁶ Cf. SARTORI, 1962, 860.

⁷ A este respeito ver também SEELAENDER, 2006, 197-232. Ele chama a atenção para a diferença entre o conceito moderno de constituição e o de lei fundamental. A constituição consiste no ato fundador do poder político e abarca elementos tais quais a defesa da igualdade, a soberania popular, a tripartição dos poderes, e a garantia dos direitos individuais, inclusive contra o Estado, ao passo que o conceito de Lei Fundamental refere-se ao Antigo Regime e define-se predominantemente como uma garantia do Estado e de sua forma de governo existente, sem levar em consideração o princípio da igualdade e da soberania popular e tampouco os direitos individuais.

o poder e confere e assegura direitos. Só podem ser chamadas “constituições” as leis que criam e cedem poder ao governo, estabelecendo o modo como este poder será realizado e aquilo que permanece com o povo, fonte do próprio poder.⁸ Ao referir-se à constituição Sieyes considera que “é impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que preencha as funções às quais quisemos destiná-lo. Isso é o que chamamos a *constituição* desse corpo.”⁹ De forma mais específica, “a constituição abrange ao mesmo tempo a formação e a organização interior dos diferentes poderes públicos, sua correspondência necessária e sua independência recíproca.”¹⁰ Nem mesmo Sieyes, cuja teoria constitucional talvez seja a mais distante do que se poderia chamar de um constitucionalismo democrático, aproxima a constituição de um modelo unicamente jurídico-normativo.

A concepção (jurídico-normativa), embora atualmente muito forte no constitucionalismo americano, também não encontra amparo nas teorias surgidas naquele país. No Federalista, a constituição é pensada como uma estrutura de compensação de poder, cujo principal foco está na autoridade e não na legalidade, uma vez que os pais fundadores preocuparam-se mais em criar um conjunto de instituições que pudessem garantir a estabilidade do exercício do poder político por meio da separação dos poderes e do governo representativo, do que em estabelecer limites legais que poderiam ser reforçados por cortes constitucionais. Não se pode negar que existem duas leituras da Constituição americana: uma política baseada em uma análise geral do Federalista, e outra legalista feita a partir dos últimos artigos, particularmente dos números 78 a 83. Pode-se dizer que a primeira tem um viés madisoniano, enquanto a segunda apóia-se nas considerações de Hamilton sobre o poder judiciário.¹¹ Todavia, acredito ser mais acertada a leitura política feita com base em todo o Federalista, na qual raramente há referência ao status legal da Constituição, mas, ao contrário, este texto confere primazia aos arranjos institucionais que devem nortear a política e o governo republicano.¹² Madison reforça essa ideia em 1792 ao sustentar que, nos Estados Unidos, assim como na França, as

⁸ PAINE, 2009, 191.

⁹ SIEYES, 1986, 116. O itálico consta no original.

¹⁰ SIEYES, 1994, 198.

¹¹ Cf. THOMAS, 2008, 14-38. Essas duas leituras serão ainda exploradas no decorrer deste capítulo.

¹² Nesse sentido ver THOMAS, 2008, 14-38.

constituições são “cartas de poder garantidas pela liberdade.”¹³ Se o Federalista permite uma dupla leitura, política e legalista, parece que a causa é menos a existência de elementos que sustentam a constituição como um documento jurídico-normativo, do que a própria estrutura política que, no intuito de controlar e filtrar a participação do povo nos negócios públicos, na discussão e proteção dos direitos, assim como na atualização e interpretação da constituição, acabou permitindo que o judiciário se responsabilizasse por essas tarefas. Em outras palavras, o Federalista moldou a constituição em sua forma política e não meramente jurídica e, por conseguinte, conferiu ao povo o controle sobre o governo e a responsabilidade pela proteção dos direitos. Contudo, as instituições criadas para intermediar e refinar a participação popular, acabaram por afastá-la.

Se no Federalista a estrutura constitucional de divisão de poder e o sistema representativo ofuscam a participação popular, no pensamento constitucional de Jefferson ela aparece como algo inerente à constituição. Para o autor, jamais uma constituição poderia ser entendida unicamente sob o ponto de vista jurídico-normativo, pois além de ser uma lei, ela é também um documento no qual são enunciados os princípios e estruturas de governo, os quais devem acompanhar as mudanças e progressos da sociedade. Por essa razão, a lei fundamental deve mudar de tempos em tempos¹⁴ e o povo tem o direito de participar dessa alteração, já que é no povo que se assenta a salvaguarda do republicanismo e a própria proteção aos direitos fundamentais.

Acredito que na esteira do pensamento republicano democrático, a teoria constitucional que melhor abriga um constitucionalismo democrático, inserindo a participação popular dentro de um conjunto de instituições que limitam o poder político ao mesmo tempo em que protegem os direitos dos cidadãos, é aquela de Condorcet. Considerado um dos pais fundadores da República Francesa¹⁵, Condorcet desenvolveu um profícuo trabalho na área de teoria constitucional. Seus primeiros ensaios sobre direito constitucional datam do final de 1780, mas foi em 1793 que surgiu seu principal texto sobre o tema, o *Plan de Constitution*. Nesse texto ele definiu a constituição como um documento que contém todas as leis que concernem o estabelecimento, a organização, as funções, o modo de agir e os limites de todos os poderes

¹³MADISON. National Gazette, January 19, 1792. Disponível em: <http://www.constitution.org/jm/jm.htm>

¹⁴ Cf. JEFFERSON, 1977, 559 (Letter to Samuel Kercheval, July 12, 1816).

¹⁵ Cf. AULARD, 1926, 04.

sociais.¹⁶ Esta definição abriga a forma constitucional de organização do poder político, à qual o autor entendeu ser imprescindível acrescentar conteúdo. Por esta razão, ele justifica que sua meta foi criar

uma constituição que, fundada unicamente sobre os princípios da razão e da justiça, assegure aos cidadãos o gozo mais completo de seus direitos; combinar as partes dessa constituição de maneira que a necessidade de obediência às leis, de submissão das vontades individuais à vontade geral, deixe subsistir em toda a sua extensão a soberania do povo, a igualdade entre os cidadãos e o exercício da liberdade natural.¹⁷

Nesse excerto estão expostas as bases do constitucionalismo de Condorcet. Por um lado, ele trata da forma da constituição, que é pensada como uma estrutura de organização do poder; por outro lado, ele estabelece o conteúdo, segundo o qual este documento deve proteger os direitos individuais, conciliando-os com o interesse público e com a soberania popular.

Da análise de alguns dos principais textos da teoria constitucional do início do século XVIII extrai-se que a constituição foi concebida, predominantemente, como uma estrutura política, na qual a participação popular tem um papel relevante, embora nem sempre o desenho político-institucional adotado consiga na prática efetivar a importância sustentada na teoria. É o caso do Federalista. Embora Madison afirme, no Federalista nº 51, que o governo depende do povo, o sistema representativo e de divisão do poder político delineado pelos *founding fathers* coloca a responsabilidade pelo governo mais sobre as instituições do que sobre o povo. Desse modo, embora não tenham desejado que a Constituição americana fosse compreendida como um documento jurídico-normativo, a estrutura política por eles criada dá margem a esta interpretação. Isso gera uma tensão dentro do próprio texto e, principalmente, dentro da teoria constitucional, pois ao modelo de constituição desenvolvido pelos *Framers* opõem-se aqueles de Jefferson, Paine e, em outro contexto aquele de Condorcet, nos quais a relevância da participação popular não é apenas anunciada, mas também implementada.

Independentemente das diferenças acima mencionadas, pode-se defender que o conceito de constituição faz parte de uma tradição que o

¹⁶ Cf. CONDORCET, 1847, XII, 409.

¹⁷ CONDORCET, 1847, XII, 335.

associa fortemente a um ideal de ordem ou estrutura política na qual se inserem a limitação do poder e a proteção aos direitos, mas na qual também a participação popular tem um papel relevante. Para defender esta interpretação, a sequencia da argumentação divide-se em duas partes nas quais se busca mostrar que: (1.1.1) o ideal de limitação do poder político não está predominantemente relacionado à proteção dos direitos fundamentais;¹⁸ (1.1.2) os direitos fundamentais se inserem nessa tradição e sua proteção pode dar-se não apenas por meio de sua retirada do debate político, mas também pelo próprio processo político-participatório. Ao se lançar luz sobre estes aspectos, pode-se chegar a um conceito de constituição no qual a proteção aos direitos e a soberania popular se acomodem de modo que não haja uma preponderância do aspecto jurídico-normativo sobre o aspecto político da própria constituição. É o que se passará a estudar a seguir.

1.1.1 - Limitação do poder político

Vile, em seu estudo sobre constitucionalismo e separação dos poderes, identificou três teorias que ao longo da história foram delineadas para promover o controle e a limitação do poder político, são elas: a teoria do governo misto, a teoria pura da separação dos poderes e a teoria pura da separação dos poderes combinada com os mecanismos de freios e contrapesos.¹⁹ Com algumas diferenciações, são a estes

¹⁸ Uso a nomenclatura direitos fundamentais mas, como se sabe, os direitos que os constitucionalistas modernos buscavam proteger eram os direitos individuais, civis e políticos. Após mais de dois séculos de constitucionalismo o rol dos direitos protegidos constitucionalmente se ampliou. Hodiernamente, os direitos fundamentais podem ser definidos, formalmente, como aqueles aos quais a constituição confere proteção especial, impedindo a sua modificação ou dificultando a mudança por meio da exigência de um *quorum* especial ou qualificado. Com relação a quais direitos podem ser considerados fundamentais, de modo geral a teoria constitucional contemporânea tem classificado-os, seguindo critérios de implementação, em “gerações”. Fala-se atualmente em cinco gerações de direitos fundamentais: a *primeira geração* corresponde aos direitos de liberdade (liberdade individual, de expressão, propriedade, segurança), direitos civis e políticos, conforme defendidos pelas revoluções do século XVIII; a *segunda geração* corresponde aos direitos que buscam fazer valer o princípio da igualdade, abarcando os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos ou de coletividades; a *terceira geração*, fazendo referência ao terceiro dos princípios invocados pela Revolução Francesa, busca assegurar o princípio da fraternidade ou solidariedade protegendo os direitos que ultrapassam a esfera meramente individual ou de grupos, tais como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação; a *quarta geração* abarca direitos como a democracia (direta), o direito à informação e ao pluralismo, por fim, a *quinta geração* de direitos fundamentais erige o direito à paz como meta jurídica a ser implementada no século XXI. A esse respeito ver BONAVIDES, 2010, 560-593;

¹⁹ Cf. VILE, 1998,02.

modelos que as constituições do século XVIII recorrem para delimitar e controlar o poder político. A preocupação central dessas teorias não é apenas proteger os indivíduos contra o Estado, mas também estabelecer os limites dentro dos quais a política pode se realizar. Nesse caso, a proteção aos direitos se apresenta como uma consequência do bom funcionamento dessa estrutura.

A teoria do governo misto teve origem no pensamento político clássico e manteve sua influência na teoria política até aproximadamente o século XVII, quando começaram a ser delineadas as teorias da separação dos poderes. De acordo com Vile, a teoria do governo misto não está logicamente conectada com a teoria da separação dos poderes, mas proporcionou ideias que formaram a base da nova doutrina, pois ambas preocupam-se com a limitação do poder pela criação de controles dentro do governo.²⁰

O ponto central da teoria do governo misto é o estabelecimento do controle recíproco do poder político de um grupo social pelo outro no exercício das funções do governo. É importante ressaltar que nesse modelo não há separação entre pessoas e funções, haja vista os representantes dos elementos monárquico, aristocrático e popular exercerem concomitantemente as funções de legislar, administrar e julgar a fim de impedir que uma vontade imponha-se sobre as demais.

A teoria da separação dos poderes, por outro lado, pelo menos em sua forma pura, caracteriza-se pela distinção rigorosa do governo em: a) funções (legislativa, executiva e judiciária), b) agências (legislativa, executiva e judiciária) e c) pessoas (as mesmas pessoas não podem exercer mais de uma função nem tampouco atuar em mais de uma agência).²¹ Nessa perspectiva, não poderia haver nenhuma forma de partilhamento de uma função com as demais e tampouco a interferência de uma agência nas outras. O propósito desta diferenciação tão precisa era evitar que indivíduos ou grupos pudessem ser juízes em causa própria, um dos principais vícios que a teoria política de Locke tentou evitar.²² Contudo, Vile chama a atenção para o fato de que a teoria pura da separação dos poderes é apenas um ideal, ao qual foram introduzidos elementos de outras teorias políticas que se dedicaram a este tema.²³

A teoria da separação dos poderes fazia parte das doutrinas de muitos teóricos ingleses do século XVII e XVIII, mas foi Montesquieu que enfatizou certos elementos que não haviam recebido atenção antes,

²⁰ Cf. VILE, 1998, 38.

²¹ Cf. VILE, 1998, 21.

²² Cf. LOCKE, 1988, Livro II, Cap. VII, parágrafos 87 e 91.

²³ Cf. VILE, 1998, 37.

particularmente em relação ao judiciário, e concedeu à doutrina uma posição mais importante do que tinha sido conferida em períodos anteriores.

No livro XI do *Espírito das Leis* Montesquieu anuncia algumas premissas básicas de sua teoria da separação dos poderes: a liberdade política,²⁴ o controle do poder político²⁵ e, finalmente, uma separação funcional nas agências do governo capaz de efetuar o controle. A liberdade política é definida como “o direito de fazer tudo o que as leis permitem” e contrapõe-se à independência, que remete ao estado de natureza e à possibilidade de fazer tudo aquilo que se quer.²⁶ Porém, a liberdade política somente pode ser encontrada nos governos moderados, e desde que não se abuse do poder.²⁷ De acordo com o autor, “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.²⁸

É no Capítulo 6 do Livro XI, dedicado à Constituição da Inglaterra, que Montesquieu apresenta a forma de governo capaz de realizar a liberdade política. Segundo ele,

Há, em cada Estado, três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das coisas que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou abroga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de

²⁴ No cap. 1 do Livro XI Montesquieu informa que irá se dedicar ao estudo da liberdade política, distinguindo-a segundo dois aspectos: a liberdade política em sua relação com a constituição (representada pela separação dos poderes – Livro XI, cap. 3) e a liberdade política em sua relação com o cidadão (relacionada à redução dos critérios arbitrários na aplicação das leis penais – Livro XII, cap. 2). Vou deter-me apenas na relação da liberdade política com a constituição, pois ela está diretamente relacionada como o objeto de estudo desta tese. A respeito da “dupla definição” da liberdade política em Montesquieu. Conferir JAUME, 2000, 95-124.

²⁵ Cf. MONTESQUIEU, 1985, Livro XI, Cap. IV.

²⁶ Cf. MONTESQUIEU, 1985, 148.

²⁷ Cf. MONTESQUIEU, 1985, 148.

²⁸ Cf. MONTESQUIEU, 1985, 148.

julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.²⁹

Desse modo, verifica-se que num primeiro momento Montesquieu segue a divisão feita por Locke³⁰ entre o poder legislativo e o executivo, sendo que o segundo tinha atribuições internas e externas. Contudo, logo a seguir ele introduz o “poder de julgar” com atribuições diferentes daquelas dos outros poderes. O legislativo, cuja atribuição era deliberar e elaborar as leis, deveria ser dividido em duas câmaras de modo que uma pudesse controlar a outra e, em alguns casos peculiares, essa instituição era autorizada a realizar julgamentos por meio de uma câmara especial; o poder executivo, poderia participar da atividade legislativa por meio do veto, mas não era admitido no processo de discussão e deliberação das leis; o poder judiciário tinha uma função bem mais restrita, já que, diferentemente dos outros dois, não era um corpo permanente, deveria ser apenas “a boca da lei”, não podendo dar nova interpretação às diretrizes estabelecidas.³¹ A distinção entre os poderes feita por Montesquieu, de acordo com Vile, é uma adaptação do que poderia ser considerada a teoria pura, haja vista abarcar tanto elementos do governo misto quanto mecanismos de freios e contrapesos (*checks and balances*).³² A relação entre os ramos executivo e legislativo exhibe claramente as características da ideia de controle mútuo utilizada anteriormente na teoria inglesa da constituição equilibrada (*balanced constitution*).³³

As teses de Montesquieu foram retomadas e retrabalhadas nos contextos das duas principais revoluções do século XVIII, fornecendo elementos importantes para sustentar a ruptura com o poder hereditário

²⁹ Cf. MONTESQUIEU, 1985, 148/149.

³⁰ Locke faz a distinção entre três poderes: Legislativo (poder supremo); Executivo (que tinha a atribuição de cuidar dos assuntos de administração interna, inclusive da aplicação da lei) e o Federativo (responsável pelos assuntos internacionais). Cf. LOCKE, 1988, II, Cap. XII, parágrafos 143 a 153.

³¹ Cf. MONTESQUIEU, 1985, Livro XI, Cap. VI.

³² De acordo com Vile, existem duas interpretações para a teoria da separação dos poderes de Montesquieu. A primeira, associada ao continente europeu e mais aos juristas do que aos teóricos da política, vê nas teses de Montesquieu o que se pode chamar de teoria pura da separação dos poderes, uma eficaz separação de agências, funções e pessoas. A segunda, representada principalmente pelos pais da Constituição americana, escritores franceses como Benjamin Constant e comentaristas ingleses dos séculos XVIII e XIX, observa nesse texto uma separação parcial dos poderes, que é a doutrina pura modificada pelo sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Vile partilha do último entendimento. Também entendendo o seu posicionamento como o mais adequado para a interpretação da teoria de Montesquieu. Cf. VILE, 1988, 94.

³³ Cf. VILE, 1998, 102.

e despótico, bem como com o modelo social nobiliário. Contudo, a teoria consolidou-se primeiramente nos Estados Unidos. Na França, embora as circunstâncias também fossem propícias para a adoção dessa doutrina, a influência do pensamento de Rousseau, principalmente quanto à negação da divisibilidade da soberania, fez com que as discussões a respeito da limitação do poder político assumissem primeiramente outras formas.³⁴

No contexto norte-americano pós-revolução a teoria da separação dos poderes de Montesquieu sofreu nova modificação. Embora a teoria tenha sido considerada desde o início da república o baluarte da liberdade e da prosperidade política e tenha sido incorporada às constituições estaduais, as principais inovações foram introduzidas apenas onze anos mais tarde, com a elaboração da Constituição Federal. Nos anos de 1776 e seguintes as constituições dos estados enfatizaram a necessidade de poderes separados e distintos, mas houve bastante discrepância entre o que as constituições estabeleceram e aquilo que se adotou como prática. De fato, nos estados as legislaturas eram o principal poder e aos poucos foram assumindo atividades administrativas e judiciais. Até mesmo Jefferson, um árduo defensor do fortalecimento das atividades legislativas e democráticas, em *Notes on the State of Virginia*, reconheceu que um dos principais vícios da Constituição da Virginia foi a absorção de todos os poderes do governo pelo legislativo, o que potencialmente resultaria em um “governo despótico.”³⁵ Este foi um dos problemas centrais que levou à crise política dos anos de 1780 e que teve como consequência a revisão da doutrina da separação dos poderes.³⁶

Em uma breve digressão, neste momento é preciso adentrar um pouco na história americana e nos fatos que motivaram a Convenção da Filadélfia e as mudanças do final de 1780, haja vista que em outros momentos deste trabalho será preciso fazer referência a este contexto.

Pode-se afirmar que muitas das causas que levaram à revisão do pacto político estabelecido depois de 1776 já estavam presentes na organização política que se estabeleceu após a Declaração de Independência. A América republicana organizou-se por meio de uma instituição central e uma lei comum: o Congresso Continental e os Artigos da Confederação.

³⁴ Cf. VILE, 1998, Cap. 7.

³⁵ JEFFERSON, 1977, 164.

³⁶ Cf. WOOD, 1998, 150-161.

Os Artigos da Confederação foram aprovados pelo Congresso Continental em 1777 e, após, adotados pelos estados. Eles figuraram como a única lei comum para todos os estados até 1788. Os Artigos da Confederação e a política americana durante esses anos tiveram como principais características a concentração do poder na periferia, em cada estado e, dentro dos estados o poder estava mais concentrado nos legislativos, sem comprometimento forte com a separação de poderes.³⁷

O Congresso Continental foi a única instituição integrativa criada no centro do país sob a vigência dos Artigos. Ele era formado por uma casa legislativa única, na qual cada estado tinha direito a um voto. Cada legislatura estadual poderia indicar entre dois e sete delegados para o mandato de um ano.³⁸ Não havia nenhum ramo executivo ou judiciário central. As atividades administrativas eram realizadas por um comitê do próprio Congresso. Embora o Congresso Continental devesse cuidar dos assuntos de política externa, no âmbito interno seus poderes eram bastante restritos. Ele não tinha poder para regular o comércio e tampouco para estabelecer tributos. Os estados cunhavam suas próprias moedas, tinham suas próprias frotas navais, recusavam-se a dar cumprimento às deliberações do Congresso Continental com as quais não concordavam e afirmavam-se como os soberanos que realmente eram. Desse modo, a falta de poder central foi apontada como o principal defeito dos Artigos e exerceu um papel crucial na produção das reformas dos anos finais de 1780.³⁹

Sob a égide dos Artigos da Confederação o ideal de liberdade política expressou também um forte igualitarismo. Na maioria dos estados de 1776 a 1789 o sufrágio foi estendido, e 70 a 90% de todos os homens adultos brancos tornaram-se elegíveis por voto. Juramentos religiosos foram completamente eliminados. O percentual de votantes aumentou de 40% antes da Revolução para 65% depois. Na maioria dos estados os requerimentos de propriedade e riqueza para o cidadão se tornar elegível foram reduzidos e isso tudo produziu uma drástica mudança no perfil dos homens que passaram a fazer parte das legislaturas estaduais, havendo um grande aumento do número de pequenos e médios proprietários. A presença de homens comuns na política foi uma característica marcante nos anos precedentes à Convenção Constitucional, principalmente porque após o final da guerra de independência a maioria dos estados estava em severa crise

³⁷ Cf. HAMILTON, JAY, MADISON, 1978, 17.

³⁸ Cf. Art. 5; Articles of Confederation (1777/1781). Appendix I In: KETCHAM, 2003, 358.

³⁹ Cf. HAMILTON, JAY, MADISON, 1978, 19/20.

financeira, tentando pagar os débitos da guerra e coletando altos impostos. Um grande número de indivíduos, especialmente fazendeiros, estava em débito com comerciantes e banqueiros.⁴⁰ Como observa Beard, o cenário político-econômico estava marcado por interesses contrários de pequenos e grandes proprietários.⁴¹

Diante dessas circunstâncias os legislativos estaduais, sob pressão popular, usavam suas prerrogativas para emitir papel moeda e para perdoar dívidas. Desse modo, em muitos estados os legislativos assumiram a administração da justiça decidindo casos a respeito de títulos de terras, contratos e débitos. Como reportado por Madison no *Federalista* nº 48, repetindo os termos do aviso anteriormente dado por Jefferson ao comentar a Constituição da Virginia, as legislaturas haviam absorvido os outros poderes e corrompido o próprio ideal de liberdade.⁴²

A gota d'água para a deflagração do movimento reformista foi a “rebelião de Shays” ocorrida no oeste de Massachusetts no outono de 1786. Daniel Shays liderou uma multidão de devedores a impedir uma corte municipal de se reunir em sessão. Quando receberam ordens para dispersar, capturaram o arsenal federal. Shays e seu exército de fazendeiros foram repelidos e caçados por uma milícia financiada por comerciantes. Quatorze líderes da rebelião foram sentenciados à morte, mas todos foram perdoados ou tiveram sua pena relaxada para prisão de curto período.⁴³ Tal episódio acentuou a impressão já bastante forte na América pós-revolucionária de que a supremacia legislativa dos estados estava colocando em risco o ideal republicano e submetendo o governo da lei ao governo das paixões e dos interesses populares.

Diante da insatisfação geral a respeito do modo como estava sendo conduzida a política nos estados e da fragilidade dos Artigos da Confederação para lidar com problemas tais como os acima apontados, em fevereiro de 1787 o Congresso Continental concordou em apoiar a realização de uma convenção na Filadélfia, mas somente para a tarefa limitada de recomendar revisões aos Artigos da Confederação. Contudo, a convenção teve como resultado final uma Constituição que promoveu uma nova fundação da república americana na medida em que ela criou uma estrutura de governo completamente diferente da anterior, na qual um dos principais pontos foi o triunfo da doutrina da separação dos poderes, combinada com mecanismos de freios e contrapesos, sobre o princípio da supremacia legislativa dos estados.

⁴⁰ Cf. HAMILTON, JAY, MADISON, 1978, 22/23.

⁴¹ Cf. BEARD, 1966, 19-51.

⁴² Cf. HAMILTON, JAY, MADISON, 1978, 308-312.

⁴³ A rebelião de Shays é abordada nos *Federalistas* nº 6, 21, 25, 28, 43 e 74.

A Constituição foi submetida ao Congresso Continental em 20 de setembro de 1787. Embora alguns membros do Congresso tenham censurado a Convenção por ter excedido sua tarefa de simplesmente corrigir os Artigos da Confederação, votou-se para que a Constituição fosse levada aos estados para ratificação. Por determinação do art. 7º, a nova Constituição não poderia ser aprovada pelos legislativos estaduais, mas deveriam ser chamadas convenções com essa finalidade especial.

Durante o período de ratificação da Constituição seus defensores, denominados “federalistas” e seus opositores, chamados “antifederalistas” travaram um profícuo debate tanto dentro das convenções para a ratificação quanto em artigos publicados em jornais, os quais deram origem a uma obra-prima do constitucionalismo e da teoria política modernos: *The Federalist Papers*, assinados por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay com o pseudônimo “Publius” e, *The Anti-federalist papers*, cujos autores fizeram uso de codinomes diversos e não raras vezes fazendo referência a figuras históricas do republicanismo clássico (Brutus, por exemplo). Esses textos expõem divergências em torno do modelo de sociedade e governo que se buscava para a República dos Estados Unidos, mas também contêm muitos dos princípios de organização política que permeiam o debate na filosofia política e constitucional até hoje.

Um dos principais temas de discordância entre federalistas e antifederalistas foi a respeito das doutrinas da separação dos poderes e do governo misto. Como já mencionado anteriormente, logo após a Independência predominou no território americano a noção de que a liberdade requeria um sistema político com máxima atuação legislativa e mínima atuação executiva e judicial. Essa ideia perseverou entre os antifederalistas. A Constituição de 1787, entretanto, enfraqueceu o poder legislativo ao dividi-lo em duas casas e fortaleceu o executivo e o judiciário. Isso foi feito em nome do princípio da separação dos poderes, ao qual os *Framers* da Constituição incorporaram um contra-ideal da liberdade apoiados nas teses de Locke e de Montesquieu.

No Federalista nº 10 Madison anuncia que a Constituição destina-se a “proteger o bem público e os direitos privados” contra o perigo das facções, assim como “preservar o espírito e a forma do governo popular”.⁴⁴ A fim de implementar esses objetivos o governo sustentado pelo princípio republicano deve evitar a subversão dos princípios fundamentais de uma Constituição livre pelo exercício de todo o poder

⁴⁴ Cf. HAMILTON, JAY, MADISON, 1978, 125.

político por um único órgão ou pessoa.⁴⁵ Esta máxima, apresentada no Federalista nº 47, dá origem à divisão de poderes na Constituição americana, que é justificada no Federalista nº 51. Aqui aparece primeiramente a visão pessimista de Madison acerca da natureza humana, sua razão falível, sempre vulnerável ao amor-próprio e às paixões, o que cria a necessidade de um governo que limite seus governados e limite a si mesmo. Pergunta ele: “o que é o próprio governo senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana?” E então conclui: “se os homens fossem anjos nenhum governo seria necessário. Se anjos fossem governar os homens, nem controles externos nem internos sobre o governo seriam necessários.”⁴⁶

Para levar a cabo esta proposta o poder político conferido ao governo pelo povo deveria primeiramente ser dividido entre dois governos – o federal e aquele dos estados. Em segundo lugar, cada porção repartida deveria ser subdividida entre departamentos distintos e separados, a saber, legislativo, executivo e judiciário. Esta segunda divisão, ou subdivisão, do poder insere-se em uma estrutura compensatória, segundo a qual aquele departamento que possui mais força social deve ser enfraquecido, ao passo que aquele mais frágil deve ser fortalecido. Assim sendo, o legislativo, considerado por Madison como o mais próximo do povo e mais numeroso, é dividido em duas câmaras. Por outro lado, o executivo e o judiciário, detentores de poucos membros e mais afastados da interferência popular, necessariamente devem ser tornados mais robustos.⁴⁷

Retomando os ensinamentos de Montesquieu, Madison assevera que a separação dos poderes deve dar-se de modo a assegurar o governo livre, mas isso não implica a ausência de interferência de um poder nos demais. Como já visto, Montesquieu não desenvolveu uma teoria pura da separação dos poderes, mas abarcou também princípios da doutrina do governo misto, cujo fundamento último era o exercício do controle não apenas por meio de funções governamentais, mas também por forças sociais. Os federalistas, ao adaptarem a doutrina para o contexto americano, também desenvolveram um sistema no qual estava presente o compartilhamento de poderes por meio dos freios e contrapesos exercidos por um poder sobre o outro. Desse modo, as ações do legislativo sofrem um duplo controle, tanto pelo poder de veto do executivo sobre a legislação aprovada quanto pelo controle judicial de

⁴⁵ Cf. HAMILTON, JAY, MADISON, 1978, 302-308 (Federalista nº 47).

⁴⁶ HAMILTON, JAY, MADISON, 1987, 319/320 (Federalista nº 51).

⁴⁷ Cf. Federalista nº 49.

constitucionalidade das leis; o legislativo tem a prerrogativa de pedir o Impeachment do presidente e o judiciário é escolhido pelo poder executivo mediante aprovação do legislativo (senado). O controle popular sobre a representação eleita (legislativo e executivo) é realizado periodicamente por meio de eleições.

Na Constituição americana de 1787 os poderes são separados da seguinte forma: legislativo bicameral (composto pelo senado e pela câmara dos representantes), executivo nacional e judiciário nacional. Seguindo a mesma lógica de Montesquieu, a divisão do legislativo em duas casas tinha por objetivo o exercício do controle de uma sobre a outra. Dentre os poderes da República, o legislativo era o mais temido pelos federalistas. Acreditavam que a autoridade legislativa poderia predominar sobre as demais se não fosse bem delimitada.⁴⁸ O poder executivo, por outro lado, foi fortalecido, podendo exercer o veto sobre a legislação aprovada pelo legislativo. De acordo com Hamilton, o poder executivo forte é uma característica central de um bom governo, e, nessa perspectiva, ele defendeu que fosse exercido por um único homem a fim de facilitar o processo de tomada de decisões e de fiscalização.⁴⁹ Uma das grandes inovações da Constituição americana nesse aspecto foi a introdução da eleição para o poder executivo, cargo que nas teorias anteriores deveria ser ocupado pelo monarca, o que conferiu um aspecto democrático também para o poder executivo.

O Poder judiciário, no constitucionalismo americano, recebeu outras atribuições diferentes daquelas inicialmente apontadas por Montesquieu. No Federalista nº 78, Hamilton defende que a completa independência das cortes é uma das principais características de uma constituição limitada, a qual é definida como aquela que impõe certos limites à atuação legislativa, como por exemplo, a proibição de promulgação de leis de proscricção ou retroativas, entre outras. Ele acredita que limitações desta espécie só podem ser preservadas na prática por meio da ação dos tribunais e, sem elas a proteção aos direitos estaria comprometida. Por essa razão, ele autoriza a Suprema Corte a declarar nula qualquer lei que seja considerada contrária às disposições da Constituição. Ele afirma que “a interpretação das leis é função própria e peculiar das cortes.” Logo a seguir ele complementa: “uma Constituição é, de fato, e deve ser considerada pelos juizes como, uma lei fundamental.”⁵⁰ A conclusão que se extrai dessas passagens é que se

⁴⁸ Cf. Hamilton, Jay, Madison, 1978, 318/319 (Federalist nº 51).

⁴⁹ Cf. HAMILTON, JAY, MADISON, 1978, 402- 408 (Federalist nº 70).

⁵⁰ HAMILTON, JAY, MADISON, 1987, 439 (Federalista nº 78).

trata de um silogismo, ou seja, a principal atribuição das cortes é interpretar leis, a Constituição é uma lei, logo, cabe ao judiciário interpretá-la. Embora Hamilton tenha afirmado que a interpretação legislativa é uma função *própria* e não *exclusiva* das cortes, as disposições constitucionais a respeito das atribuições do judiciário e do legislativo causaram bastante polêmica no debate a respeito da Constituição Federal.

Quando Hamilton escreveu o Federalista nº 78 ele já estava tentando enfrentar as críticas antifederalistas dirigidas ao papel atribuído ao judiciário federal pela Constituição, o qual foi considerado superior ao legislativo. Respondendo a esta acusação, ele sustenta que quando a Suprema Corte considera nula uma lei promulgada pelo legislativo, ela não está agindo contra o povo (representado no legislativo), mas está agindo em nome do povo, na defesa de seus direitos e interesses porque “cada ato de uma autoridade delegada, contrário ao teor da comissão sob a qual ela é exercida, é nulo. Nenhum ato legislativo, portanto, contrário à Constituição, pode ser válido.” Negar isso seria afirmar que “os representantes do povo são superiores ao próprio povo.”⁵¹ Segundo ele, isso não significa a superioridade do judiciário sobre o legislativo, mas pressupõe que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do legislativo é contrária à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem ser governados pela última e não pela primeira. As cortes devem fundamentar suas decisões na lei fundamental e não naquelas que não são.⁵² Este é um princípio que, em seu entendimento, não é criado pela Constituição americana, mas faz parte da teoria geral da constituição limitada.⁵³ Por fim, Hamilton busca tranquilizar seus opositores afirmando que o judiciário é o mais fraco dos três poderes, haja vista não ter nem *força* (característica do executivo que controla a força militar) e nem *vontade* (característica do legislativo que controla a economia e cria as leis), mas apenas *juízo*, dependendo do braço executivo até mesmo para tornar seus julgamentos eficazes.⁵⁴

Os federalistas também pensaram que o judiciário deveria ser um corpo profissional permanente e não eleito, cujos membros permaneceriam no cargo enquanto mantivessem um bom comportamento. Assim sendo, ressaltou-se sua independência, afastando-o do controle popular. Os freios e contrapesos aplicados a este

⁵¹ HAMILTON, JAY, MADISON, 1987, 438 (Federalista nº 78). Tradução própria.

⁵² Cf. HAMILTON, JAY, MADISON, 1987, 439 (Federalista nº 78).

⁵³ Cf. HAMILTON, JAY, MADISON, 1987, 451 (Federalista nº 81).

⁵⁴ Cf. HAMILTON, JAY, MADISON, 1987, 437 (Federalista nº 78).

poder foram a nomeação dos juízes pelo Presidente e pelo Senado e a concessão de poder ao Congresso para regular a jurisdição da Corte.⁵⁵ Como visto acima, o papel atribuído ao judiciário federal pela Constituição de 1787, assim como as afirmações de Hamilton no Federalista nº 78, deram margem a uma leitura legalista do Federalista, a qual extrai da teoria da separação dos poderes americana *não apenas a revisão judicial*⁵⁶, segundo a qual as cortes poderiam declarar a inconstitucionalidade da legislação aprovada pelo legislativo e das medidas adotadas pelo executivo, *mas também a supremacia judicial*, mediante a qual o poder judiciário é a última instância de decisão acerca de questões constitucionais. A diferença entre revisão judicial e supremacia judicial é que, enquanto na primeira permite-se também aos outros poderes interpretar a constituição e acatar ou não a interpretação dada pelo judiciário, na segunda a interpretação feita pelas cortes é a única correta, cabendo aos demais poderes apenas obedecê-la.

A leitura legalista, entretanto, não parece encontrar amparo no pensamento de Madison e nem mesmo no de Hamilton. O que Madison propôs no Federalista nº 51, ao explicar seu modelo de separação dos poderes combinado com os freios e contrapesos foi uma estrutura de compensação de poder, segundo a qual aqueles departamentos com mais força social deveriam receber mais limites institucionais. Na esteira deste pensamento, o judiciário foi concebido como o mais fraco dos três, como afirma Hamilton no Federalista nº 78, por possuir apenas a atribuição de julgar, sem ter o poder para se imiscuir em assuntos de ordem militar, econômica ou na elaboração legislativa. Os argumentos apresentados por Madison sempre defendem o departamentalismo na interpretação constitucional, o que significa reconhecer que cada departamento, ou poder, é o primeiro intérprete da Constituição no que diz respeito aos temas que se aplicam à sua especificidade. É o que se verifica em seu posicionamento em casos de notória relevância para a história americana, os quais são apontados a seguir.

Em 1789, no Primeiro Congresso, foi debatido se os oficiais do ramo executivo, que haviam sido admitidos com o consentimento do Senado, poderiam ser destituídos somente pelo Presidente sem a aprovação do Senado. De acordo com Madison, o legislativo deve sustentar sua responsabilidade constitucional e, nesse caso, como a

⁵⁵ Cf. USA Constitution, Article III, section 2, clause 2.

⁵⁶ Revisão judicial é o termo utilizado no direito constitucional norte-americano para referir-se ao controle de constitucionalidade das leis. Adoto aqui e doravante a expressão *revisão judicial* ao invés de *controle de constitucionalidade* porque tal expressão é sempre utilizada para fazer referência ao debate travado no contexto daquele país.

constituição não é suficientemente clara neste ponto, o Congresso deveria situar a cláusula dentro do esquema delineado da separação dos poderes. A respeito dessa questão, sugeriu-se que o caso deveria ser levado ao judiciário, responsável pela interpretação da Constituição, e só depois da decisão da Suprema Corte é que se deveria tomar alguma medida. *Madison discordou por considerar que o legislativo tinha os mesmos direitos que o judiciário para determinar o significado constitucional desta questão.*⁵⁷

Um outro exemplo é a opinião de Madison a respeito da criação do primeiro banco dos Estados Unidos. Madison, assim como Jefferson, posicionou-se contra a criação do Banco por entender que a Constituição não garantia ao governo nacional o poder de incorporação. Ao sustentar tal posicionamento, o que ele estava afirmando é que a interpretação da constituição não é uma prerrogativa judicial.⁵⁸ Neste sentido, não cabe ao judiciário a interpretação de todos os casos, uma vez que ele não pode agir por iniciativa própria, mas apenas dos casos que são levados até ele. Entendida deste modo, a separação dos poderes madisoniana admite a revisão judicial, mas rejeita a supremacia judicial segundo a qual a Suprema Corte é o intérprete final da Constituição como um todo.⁵⁹

Não obstante a defesa feita por Madison e Hamilton a respeito da necessidade da estrutura de compensação de poder na Constituição americana, as críticas antifederalistas não tardaram a incidir sobre o poder que havia sido concedido pela nova Constituição ao executivo e ao judiciário em detrimento do legislativo. A interferência recíproca entre os poderes desagradou muito os antifederalistas, que passaram a reivindicar uma verdadeira separação dos poderes, principalmente porque não acreditavam que a organização, tal qual havia sido estabelecida na Constituição, seria capaz de evitar a corrupção e assegurar a liberdade.

Em um artigo de 05 de outubro de 1787 o antifederalista Samuel Bryan, sob o codinome “Centinel”, dirige-se aos “homens livres da Pennsylvania” e apresenta uma refutação às teses defendidas por Publius (Madison) nos números 10 e 51 do Federalista, realizando um ataque direto ao sistema de freios e contrapesos da nova Constituição. Nesse texto, “Centinel” apresenta um dos mais básicos argumentos

⁵⁷ Cf. MADISON, *Speech in Congress on Presidential Removal Power, June 16, 1789*. In: http://www.constitution.org/jm/17890616_removal.htm

⁵⁸ Cf. MADISON, *Speech in Congress Opposing the National Bank, February 2, 1791*. In: http://www.constitution.org/jm/17910202_bank.htm

⁵⁹ A este respeito ver THOMAS, 2008, 14-38.

antifederalistas contra a estrutura política da nova Constituição, qual seja, que o sistema proposto seria incapaz de proteger a liberdade e, de forma ainda mais grave, impediria que o povo denunciasse a corrupção e a tirania dos governantes. Logo, um governo simples e responsivo seria mais adequado. Em suas palavras:

um governo republicano, ou livre, somente pode existir onde o corpo do povo é virtuoso, (...) em tal governo o povo é o soberano e seu senso ou opinião é o critério de cada medida pública, quando isso cessa, a natureza do governo é modificada, e uma aristocracia, monarquia ou despotismo se levantará sobre sua ruína.⁶⁰

Ele considera que o plano de governo proposto pela Constituição não tem nenhum dos requisitos essenciais do governo livre, pois não é fundado sobre os poderes equilibrados restritivos e tampouco impinge responsabilidade para seus constituintes, o que, em sua opinião, é a única segurança efetiva para a liberdade e felicidade do povo. Ao contrário, ele entende o plano como “a mais temerária tentativa de estabelecer uma aristocracia despótica entre homens livres.”⁶¹ Assim como muitos antifederalistas, “Centinel” discorda do papel atribuído pela nova Constituição ao legislativo. Segundo ele, o legislativo é tradicionalmente nas teorias políticas o detentor do poder soberano, o que fora radicalmente modificado pela proposta advinda da Filadélfia.⁶²

Alguns dos receios antifederalistas foram compartilhados por Jefferson, que, apesar de ter se declarado imparcial na disputa⁶³, com o decorrer dos anos acabou posicionando-se contra muitas das medidas implementadas pelos federalistas. Jefferson inicialmente foi favorável às reformas introduzidas pela nova Constituição. Desde o início dos anos de 1780, quando escreveu *Notes on the State of Virginia*, ele apontava para a necessidade de que os estados vivenciassem na prática a divisão do poder entre os departamentos de governo, sob pena de se submeterem a um “despotismo eletivo”.⁶⁴ Quando recebeu uma cópia da Constituição na França, onde estava desde 1784 servindo como embaixador dos Estados Unidos, ele aprovou a força conferida ao governo nacional, o modo como se delineou a separação dos poderes,

⁶⁰ KETCHAM, 2003,231 (Centinel n.º 1, October 5, 1787).

⁶¹ KETCHAM, 2003,232 (Centinel n.º 1, October 5, 1787).

⁶² KETCHAM, 2003,232-236 (Centinel n.º 1, October 5, 1787).

⁶³ Cf. JEFFERSON, 1977, 435-437 (Letter to Francis Hopkinson, March 13, 1789).

⁶⁴ JEFFERSON, 1977, 164 (Notes on the State of Virginia).

com o congresso bicameral e o poder de veto conferido ao presidente, assim como o sistema de freios e contrapesos. Mas o desagradou, de forma geral, a falta de rotatividade nos cargos e particularmente a ausência de limites à reeleição presidencial, característica que foi entendida como um traço monárquico no governo republicano.⁶⁵ Todavia, ele dispôs-se a aceitar a Constituição caso ela fosse ratificada nas convenções estaduais, pois, como ele confessou a Madison, “é meu princípio que a vontade da maioria deve sempre prevalecer.”⁶⁶

Nos anos de 1790, entretanto, Jefferson já não tem a mesma opinião a respeito da separação dos poderes na estrutura política americana. Segundo ele, Hamilton, na condição de secretário do tesouro, havia tomado uma série de medidas que buscavam sobrepor o executivo e o judiciário ao legislativo e isso havia desestruturado a separação dos poderes.⁶⁷ Em 1796, em uma carta escrita à Phillip Mazzei, Jefferson reconhece que a liberdade republicana está ameaçada por um “partido aristocrático monárquico anglicano” que busca dar à América a forma do governo britânico.⁶⁸

Nos anos de 1800, principalmente após ser eleito presidente em um momento em que o partido republicano também conseguiu maioria nas duas casas do Congresso, Jefferson chegou a afirmar que os Estados Unidos vivenciavam uma nova revolução, só que desta vez uma revolução de princípios de governo, levada a cabo pelo voto do povo, ao passo que a Revolução de 1776 foi por ele considerada uma revolução de forma de governo efetivada pela espada.⁶⁹ Contudo, durante seu mandato como Presidente ele confrontou-se diversas vezes com o judiciário federal e, o primeiro e talvez o mais conhecido desentendimento foi aquele que deu causa a *Marbury vs. Madison*, a saber, o *Judiciary Act* de 1801. O *Judiciary Act* alterou o antigo sistema da Suprema Corte e aumentou o número de juízes em outras jurisdições. Jefferson considerou que este ato aumentaria a jurisdição das cortes federais e isso também criaria novos cargos que seriam preenchidos por juízes federalistas, haja vista que já haviam sido nomeados pelo Presidente John Adams às vésperas do final de seu mandato. Jefferson compreendeu o *Judiciary Act* como um “uso fraudulento da

⁶⁵ JEFFERSON, 1977, 428-432 (Letter to James Madison, December 20, 1787).

⁶⁶ JEFFERSON, 1977, 432, (Letter to James Madison, December 20, 1787).

⁶⁷ Cf. JEFFERSON, 1977, 455-464, (Letter to George Washington, September 9, 1792).

⁶⁸ JEFFERSON, 1977, 470, (Letter to Phillip Mazzei, April. 24. 1796).

⁶⁹ Cf. JEFFERSON, 1977, 562 (Letter to Judge Spencer Roane, September 6, 1819).

Constituição, que tornou juízes irremovíveis multiplicando cargos inutilmente meramente para aumentar sua legião.”⁷⁰

William Marbury e outros três juízes do Distrito de Columbia, aos quais Jefferson recusou-se a dar posse, decidiram testar a legalidade da decisão da administração ajuizando uma ação na Suprema Corte e pedindo que Madison, secretário de Estado de Jefferson, desse-lhes posse de suas funções. A decisão da Suprema Corte de 1803 em *Marbury vs. Madison* produziu elementos para a elaboração da teoria da separação dos poderes de Jefferson. Marshall apresentou o problema para a Corte formulando três questões: 1) Marbury tem o direito ao cargo? 2) Se ele tem um direito e este foi violado, a lei proporciona a ele algum remédio? 3) Se há um remédio, pode ele ser emitido por esta Corte? Considerando essas questões, Marshall emitiu sua decisão em duas partes: primeiramente ele considerou que Marbury efetivamente tinha um direito ao cargo, o qual havia sido violado pela decisão da administração de Jefferson; contudo, na segunda parte da decisão ele considerou que embora Marbury tivesse o direito, a Suprema Corte não tinha um remédio para oferecer porque isso ultrapassava suas atribuições.⁷¹

Embora a segunda parte da decisão seja mais importante para a discussão acerca da revisão judicial, foi a primeira parte que fez com que Jefferson se voltasse contra o judiciário. Ele considerou que o cargo de Marbury não era um direito até ele ser entregue e entendeu o ato de não dar posse como algo que estava dentro de seu poder discricionário de presidente, último e sem apelo. Para Jefferson, era o princípio da separação dos poderes e não o art. 3º da Constituição que privava a Corte de jurisdição para emitir alguma medida no caso de Marbury.⁷² Esta situação, entre outras, o fez defender a doutrina “tripartite da interpretação da constituição”, que sustentava que cada ramo do governo federal era autorizado a interpretar independentemente a Constituição com relação às suas próprias funções. A base constitucional para a doutrina tripartite de Jefferson foi a teoria pura da separação dos poderes, na qual cada ramo do governo era mantido dentro dos limites de seus poderes delegados não por um sistema elaborado de freios e contrapesos, mas pela independência dos ramos

⁷⁰Cf. JEFFERSON, Letter to John Dickinson, December 19, 1801. <http://www.constitution.org/tj/jeff10.txt>

⁷¹*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, (1803).

⁷² Cf. JEFFERSON, 1977, 563/564 (Letter to Judge Spencer Roane, September 6, 1819).

um em relação ao outro e pela dependência de cada em relação à vontade do povo.⁷³

A partir disso, Jefferson passa cada vez mais a acreditar que a melhor forma de controle do poder político é aquela exercida pelos próprios cidadãos. Claro que essa confiança no povo como vigilante do exercício do poder político não aparece apenas em seus escritos tardios. Ao contrário, esta sempre foi uma das principais características de seu pensamento político. De acordo com Mayer, Jefferson acreditou que a Revolução Americana proporcionou o mais favorável fundamento para a preservação da liberdade, tornando-a possível por meio de um sistema de freios e contrapesos exercidos pelo povo (poder constituinte) sobre os poderes constituídos. Esse fundamento é a constituição escrita, a qual forneceu um texto que especificou o escopo da legitimidade e os princípios sobre os quais o governo fora constituído.⁷⁴ Talvez a melhor expressão dessas ideias – o dever de desconfiança do poder político e o uso da constituição como um padrão para mantê-lo sob controle – possa ser encontrada na oitava das *Kentucky Resolutions* que Jefferson esboçou em 1798. Disse ele: “o governo livre é fundado na desconfiança e não na confiança; é a desconfiança e não a confiança que prescreve constituições limitadas (...).”⁷⁵ Aqui aparece uma relação paradoxal entre confiança e desconfiança, a qual é típica da tradição republicana em que se elege um grupo (poucos ou muitos) ao qual se confia o poder em razão de desconfiar-se do outro. Assim, como ressalta Dahl, o republicanismo possuiu duas vertentes, uma aristocrática, que confia o governo a um grupo seletivo por duvidar da capacidade popular de governar, e outra democrática, que confia o governo ao povo e desconfia das elites.⁷⁶ Jefferson se filia à vertente democrática do republicanismo, contrapondo-se, neste aspecto, a Madison, que confere a uma elite escolhida por virtude e talento o exercício do governo.

Em meados da segunda década do século XIX a teoria da separação dos poderes de Jefferson toma uma forma bastante diferente daquela elaborada pelos *Framers* da Constituição de 1787 e, por conseguinte, é a partir desta data que o povo assume um papel ainda mais importante no esquema constitucional por ele delineado. De acordo com Vile, após 1816 Jefferson passa a rejeitar os freios e contrapesos e a

⁷³ Cf. MAYER, 1994, 131.

⁷⁴ Cf. MAYER, 1994, 129.

⁷⁵ JEFFERSON, 1977, 287/288, (The Kentucky Resolutions).

⁷⁶ Cf. DAHL, 1989a, 25/26.

defender a doutrina da separação dos poderes em sua versão pura.⁷⁷ Isso se verifica em uma série de cartas escritas naquele ano.

Em uma carta a John Taylor, Jefferson afirmou que um governo republicano é aquele realizado pelos cidadãos “em massa, agindo diretamente e pessoalmente, de acordo com as regras estabelecidas pela maioria (...). Quanto mais se afastar do controle direto e constante dos cidadãos, menos o governo tem o ingrediente do republicanismo.”⁷⁸ Na carta a P.S. Dupont de Nemours ele sustentou que os Estados Unidos eram uma sociedade “constitucionalmente e conscientemente democrática”, na qual os homens possuíam as qualidades para e o direito de “regular e controlar” o governo.⁷⁹ Talvez a mais famosa das cartas desse período, pelo conjunto de temas abordados, seja aquela enviada a Samuel Kercheval em 12 de julho de 1816. Nesta correspondência, para afirmar que os cidadãos detêm o controle do poder político Jefferson pergunta: “Onde então nosso republicanismo pode ser encontrado?” “Não na Constituição”, diz ele, “mas meramente no espírito de nosso povo.”⁸⁰

Jefferson, ao comparar os governos da antiguidade clássica com o de seu tempo em uma carta a Isaac H. Tiffany, considerou que seus contemporâneos

tinham ideias justas sobre o valor da liberdade pessoal, mas nenhuma sobre estrutura de governo julgada melhor para preservá-la. Não conheciam meio-termo entre uma democracia (a única pura, mas impraticável além dos limites de uma cidade) e o abandono de si mesmos a uma aristocracia ou tirania independente do povo. (...) Meu mais forte desejo é ver o elemento republicano do controle popular incitado ao máximo de seu exercício prático. Acreditarei então que nosso governo poderá ser puro e perpétuo.⁸¹

Desse modo, a teoria da separação dos poderes de Jefferson está estreitamente conectada ao seu republicanismo, pois requer que cada

⁷⁷ Cf. VILE, 1998, 180-182.

⁷⁸ JEFFERSON, Letter to John Taylor, May 28, 1816. Disponível em: <http://etext.virginia.edu/toc/modeng/public/JefLett.html> (Acessado em 21/12/2011).

⁷⁹ JEFFERSON, Letter to P.S. Dupont de Nemours, April 24, 1816. Disponível em: <http://etext.virginia.edu/toc/modeng/public/JefLett.html> (Acessado em 21/12/2011).

⁸⁰ JEFFERSON, 1977, 555 (Letter to Samuel Kercheval, July 12, 1816). Nesta carta Jefferson também defende a tese de que a terra pertence aos vivos e por essa razão uma geração não precisa submeter-se às leis formuladas por seus antepassados.

⁸¹ JEFFERSON, 1964, 83 (Carta a Isaac H. Tiffany, 26 de agosto de 1816).

departamento do governo esteja sujeito ao controle popular. Ele desenvolveu os princípios de sua teoria constitucional antes de 1800, mas deu a eles forma apenas anos mais tarde, durante o seu afastamento do governo. O resultado foi uma teoria constitucional que tentou demonstrar ser o controle popular muito mais eficaz do que aquele proporcionado pelos freios e contrapesos. Ele somou ao controle feito pelos cidadãos o federalismo, que também era um dispositivo vital de seu constitucionalismo.⁸² Neste sentido, a concepção jeffersoniana de limitação do poder político abriga, em certa medida, uma tensão com aquela dos pais da Constituição, pois enquanto eles colocam a ênfase nas instituições, Jefferson atribui primeiramente à participação popular a responsabilidade pela limitação e controle do poder político.

Ao adotar uma teoria da limitação do poder político tendo como principal base a doutrina pura da separação dos poderes, a proposta de Jefferson se aproxima mais das teses que foram defendidas na França do que daquelas de seus conterrâneos. De acordo com Vile, o papel desempenhado pela separação de poderes foi diferente na França e nos Estados Unidos. Na França a doutrina pura foi mantida devido à influência do pensamento de Rousseau no que diz respeito à indivisibilidade do poder soberano.⁸³

A rejeição de qualquer possibilidade de delegar o poder legislativo fez a teoria de Rousseau inapropriada para uma grande nação como a França. Contudo, a ênfase sobre a soberania popular serviu exatamente aos ânimos dos revolucionários franceses. Algumas das premissas de Rousseau e seu vocabulário foram encampados e adaptados pelos teóricos franceses da constituição. Isso pode ser visto no legado de dois autores que se dedicaram à elaboração de constituições para a França, tendo teorias com propósitos bastante distintos: Sieyes, um dos criadores da Constituição monárquica de 1791 e Condorcet, principal autor do projeto da primeira Constituição republicana da França em 1793.

Sieyes delineou um modelo constitucional de separação dos poderes muito diferente daquele proposto por Montesquieu e aprimorado pelos Federalistas.⁸⁴ Embora seu ideal de unidade do poder soberano tenha muito do pensamento de Rousseau, ele afastou-se, em muitos pontos, também das teses do filósofo genebrino. O abade francês, que atacou veementemente a aristocracia e os privilégios

⁸² A esse respeito Cf. MAYER, 1994, 127-144.

⁸³ Cf. VILE, 1998, 194/195.

⁸⁴ Cf. PASQUINO, 1998b, 12.

políticos vigentes em seu tempo no livro “*Qu’est-ce que le Tiers Etat?*”, nesta mesma obra, publicada em janeiro de 1789, defendeu a unidade do poder soberano, o qual para ele consubstanciava-se na nação. A nação é então definida como “um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura.”⁸⁵ “A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural.”⁸⁶ Diferentemente de Rousseau, para quem o poder soberano não pode ser representado e tampouco alienado⁸⁷, Sieyes admite a representação do poder soberano ou da vontade da nação. Segundo ele, ao delegar o exercício da vontade, a comunidade não se despoja da própria vontade, pois é concedida apenas uma parte do poder destinado a manter a boa ordem.

É a partir da admissão da representação do poder soberano que Sieyes passa a delinear seu modelo de separação de poderes. Segundo Pasquino, o texto do abade mais importante sobre esse aspecto é *Préliminaire de la Constitution*, no qual ele distingue três formas de poder: o comitente, o constituinte e o constituído. O *poder comitente* é aquele por meio do qual o povo delega seu poder soberano aos seus representantes extraordinários, os quais exercerão o *poder constituinte* (que tem por função elaborar a constituição e criar as instituições públicas da nação), e aos representantes ordinários, que serão os titulares do *poder constituído* e irão desempenhar as funções legislativas e executivas. Desse modo, o poder comitente caracteriza-se por ser um poder permanente, por meio do qual o povo autoriza a ação dos poderes constituinte e constituído. É nele que reside a influência do povo sobre seus eleitos.⁸⁸ Já o poder constituinte é intermitente. Surge no momento de criação da constituição e após, assim como o legislador de Rousseau,⁸⁹ deve sair de cena, isto é, embora permaneça latente, podendo ser exercido novamente sempre que houver interesse, o poder

⁸⁵ SIEYES, 1986,69.

⁸⁶ SIEYES, 1986, 117.

⁸⁷ Cf. ROUSSEAU, 1996, 114 (Livro III, Cap. 15).

⁸⁸ Cf. PASQUINO, 1987. 226/227. Nesse texto Pasquino apresenta um esquema bastante útil para se compreender a tripartição de poderes de Sieyes.

⁸⁹ Rousseau, no Livro II, Cap. 7 do Contrato Social, apresenta a figura do legislador como o responsável pela elaboração da constituição. O legislador é superior às leis por ele emanadas e deve desaparecer após cumprir sua tarefa, pois “se aquele que manda nos homens não deve mandar nas leis, aquele que manda nas leis não deve tampouco mandar nos homens.” O poder constituinte de Sieyes parece abarcar tanto as funções do soberano quanto as do legislador de Rousseau, pois, ao mesmo tempo que ele é a expressão da vontade da nação, ele é também o responsável pela elaboração da constituição e pelo estabelecimento do governo e dos poderes delegados.

constituente não pode exercer as funções legislativas ordinárias.⁹⁰ A legislação ordinária, assim como as demais atividades de governo, são atribuições dos poderes constituídos, corpo permanente cuja atuação está limitada pela constituição. Por outro lado, o poder constituinte não se encontra submetido a nenhuma lei, haja vista ele ser o responsável pela elaboração das formas constitucionais.

Assim sendo, se o poder constituinte equipara-se à nação, os poderes constituídos são aqueles que formam o governo e surge aqui então uma segunda ordem de divisão de poder, a saber, aquela realizada dentro do poder constituído, entre as atribuições legislativas (faculdade de *querer*) e executivas (faculdade de agir).⁹¹ O poder legislativo ordinário é confiado à assembléia legislativa nacional, ao passo que o poder executivo é exercido pelo Rei.⁹² No âmbito dos poderes delegados, Sieyes não admitiu qualquer espécie de interferência mútua. Por essa razão o veto real era inaceitável, uma vez que o executivo real não tinha o direito de participar da elaboração das leis, nem mesmo impedindo-as de serem promulgadas.⁹³ Ele entendeu que, caso a legislação necessitasse de alguma espécie de veto, este deveria ser dado pela representação extraordinária, o poder constituinte, o qual ele considerou o único tribunal no qual essa espécie de queixa poderia ser colocada.⁹⁴

O posicionamento de Sieyes a respeito do exercício de controle sobre os poderes constituídos é definido melhor em um de seus escritos do período republicano quando, assim como os Federalistas, ele também desenvolve uma proposta de controle de constitucionalidade da legislação ordinária. Em 1795 ele apresentou à Convenção Nacional um projeto para a criação do Júri Constitucional, um órgão político encarregado de velar pelo cumprimento e aperfeiçoamento da Constituição e dos direitos individuais.⁹⁵ O Júri Constitucional possuía basicamente três atribuições: cuidar para que a legislação ordinária e atos dos poderes delegados não violassem a constituição; revisar a constituição a cada dez anos; e proteger os direitos individuais suplementando as lacunas da lei ordinária, se fosse preciso. Seus cento e

⁹⁰ SIEYES, 1994, 198/199 (Préliminaire de la Constitution).

⁹¹ SIEYES, 1994, 198 (Préliminaire de la Constitution).

⁹² Nos escritos dos anos de 1789 até 1791 Sieyes defende um governo limitado no qual admite a monarquia assumindo as atribuições executivas. Contudo, Pasquale Pasquino sustenta que após a fuga de Luis XVI para Varennes em 1791, Sieyes passou a defender em seus escritos e pronunciamentos a forma republicana de governo. Cf. PASQUINO, 2006, 107-117.

⁹³ SIEYES, 1994, 233 (Dire sur la question du veto Royal).

⁹⁴ SIEYES, 1994, 240 (Dire sur la question du veto Royal).

⁹⁵ SIEYES, 1795. (Opinion sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire).

oito membros seriam eleitos entre os cidadãos que já possuíam assento na assembléia legislativa e um terço deles seria renovado anualmente.⁹⁶

Entre as atribuições do Júri Constitucional, talvez a mais polêmica seja a revisão da constituição a cada dez anos, pois ela confere a este órgão um papel não apenas de guardião da constituição, mas o assemelha ao poder constituinte. Sieyes tenta fugir deste impasse ao separar os órgãos encarregados de propor e de ratificar a revisão. Assim sendo, o Júri Constitucional seria o responsável pela elaboração da proposta de alteração, a qual seria submetida às assembléias primárias do povo, que declarariam por meio de *sim* ou *não* se delegariam um poder constituinte temporário à assembléia legislativa para votar a proposta de mudança constitucional. Se o povo negasse esse poder constituinte temporário ao poder legislativo, estaria rejeitando a proposta de alteração da constituição, a qual somente seria proposta novamente dentro de dez anos.⁹⁷

O modelo de revisão constitucional apresentado por Sieyes tem dupla finalidade. Por um lado, ele permite que a constituição permaneça aberta às mudanças e ao aperfeiçoamento. Por outro lado, a revisão feita pelo Júri Constitucional evita convenções periódicas, o que o autor considera perigoso e utópico.⁹⁸ Embora Sieyes afirme que nesta proposta o poder constituinte permaneça com o povo, seu modelo está longe de admitir o controle popular sobre o poder político e sobre as alterações na Constituição. O que se verifica aqui, nos moldes da democracia rousseauiana, é o modelo aclamatório.⁹⁹ O povo em assembléia primária decide por aclamação (sim ou não) se quer delegar ao legislativo ordinário um poder constituinte temporário para que este também por aclamação (sim ou não) se manifeste sobre a mudança constitucional. Sobre este aspecto Negri parece ter razão quando afirma que o poder constituinte de Sieyes não passa de uma caricatura de si mesmo, pois ao final, o verdadeiro julgamento a respeito das mudanças ou aperfeiçoamento da ordem social é feito por um corpo delegado – o Júri Constitucional.¹⁰⁰

A obra de Sieyes apresenta grandes contribuições para a doutrina do governo limitado.¹⁰¹ Contudo, assim como na proposta Federalista,

⁹⁶ SIEYES, 1795, 34/35.

⁹⁷ SIEYES, 1795, 22/23.

⁹⁸ SIEYES, 1795, 19. Cf. PASQUINO, 1998b, 94.

⁹⁹ Cf. ROUSSEAU, 1999, 128-130 (Livro IV cap. 2).

¹⁰⁰ NEGRI, 2002, 315.

¹⁰¹ PASQUINO, 1998b, 10/11.

confere pouco espaço para a efetiva participação popular na limitação e controle do poder político.

A explanação de Condorcet sobre a organização dos poderes na República demonstra um diálogo com a teoria política de sua época a respeito da institucionalização dos poderes delegados. Por um lado, ele reporta-se aos pais da Constituição americana e à teoria da separação dos poderes combinada com os freios e contrapesos. Por outro, utiliza conceitos presentes nas teses de Sieyes, mas confere a eles uma forma mais democrática. Segundo ele, dois sistemas foram sugeridos: o do *equilíbrio entre os poderes* e o da *unidade de ação*.¹⁰² O primeiro requer a existência de princípios de ação independentes entre si, tradicionalmente nomeados *executivo, legislativo e judiciário*, de modo que cada um possa regular os outros em nome da liberdade geral. O segundo pressupõe uma ação única, limitada e regrada por uma autoridade primeira que dirija todas as outras e que possa ser detida somente pela lei. Essa autoridade é a soberania popular, responsável pela delegação à Convenção Nacional (ou qualquer outro nome que se atribua a uma assembléia constituinte), do poder para a elaboração e modificação da constituição.¹⁰³

Desse modo, Condorcet, assim como Sieyes, tem em mente uma estrutura organizacional formada pelo poder constituinte e pelo poder constituído ou delegado. Embora o termo “poder constituinte” não seja usado no *Plan de Constitution*, texto no qual o autor molda a organização e limitação dos poderes políticos, ele aparece em textos anteriores, tais como: *Sur l'étendue des pouvoirs de l'assemblée nationale* (1790)¹⁰⁴ e *Discours sur les Conventions Nationales* (1791).¹⁰⁵ Em *Sur l'étendue des pouvoirs de l'assemblée nationale*, o autor define o poder constituinte como aquele “encarregado pelo povo de estabelecer uma constituição, é o princípio único de todos os outros poderes (...)”. É este princípio que está na base do sistema de limitação do poder adotado por Condorcet, a saber, o da unidade da ação.

Neste aspecto, como muitos constitucionalistas franceses do período pós-revolução¹⁰⁶, o autor mostra sua vinculação mais aos ideais

¹⁰² Cf. CONDORCET, 1847, XII, 354.

¹⁰³ O exercício e a delegação da soberania popular na teoria de Condorcet serão analisados mais detalhadamente no Capítulo III desta tese.

¹⁰⁴ Cf. CONDORCET, 1847, X, 25-34.

¹⁰⁵ Cf. CONDORCET, 1847, X, 209-222.

¹⁰⁶ Segundo Vile a França pós-revolucionária rejeitou a teoria da separação dos poderes de Montesquieu e abraçou a crítica tecida por Rousseau à divisibilidade do poder soberano. Cf. VILE, 1998, 194/195.

de governo defendidos por Rousseau do que aos de Montesquieu,¹⁰⁷ concedendo ao povo o poder soberano e negando sua divisibilidade. Desse modo, apenas o soberano pode “querer”, os demais poderes delegados podem apenas “velar” para que a vontade do soberano seja cumprida. Com base nessas premissas, Condorcet estabelece as instituições da República com atribuições legislativas (o Corpo Legislativo e as Assembléias Primárias), com atribuições administrativas e executivas (o Conselho Executivo da República, a Tesouraria Nacional, os Corpos Administrativos dos Departamentos e das Comunas) e a Administração da Justiça (com atribuições administrativas e judiciárias, mas nesse caso as funções judiciárias limitavam-se às querelas individuais, sem poder de revisão da legislação, como o judiciário americano). A revisão da legislação era atribuição do Corpo Legislativo, que poderia agir mediante solicitações apresentadas pelo povo em suas assembléias primárias.¹⁰⁸

Condorcet deu forma a uma teoria de controle do poder político baseada no controle popular. O modelo de constituição por ele delineado era representativo, mas ele deu um passo a mais em direção à democratização das instituições representativas. Primeiramente porque todas as instituições, incluindo o judiciário, eram compostas de representantes escolhidos pelo povo. Em segundo lugar, ele ampliou o significado de povo ao conferir direitos políticos a todos os cidadãos franceses, independentemente de gênero, nacionalidade ou critérios censitários. Tais elementos foram fundamentais para que o autor pudesse conciliar o controle institucional do poder com o controle por meio da participação do povo.

Assim sendo, no contexto francês pode-se dizer que as diferenças entre a teoria constitucional de Sieyès e de Condorcet, *mutatis mutandis*, podem ser equiparadas àquelas existentes entre a obra dos Federalistas e de Jefferson acerca da limitação do poder político quanto ao grau democrático que essas teorias abarcam.

O que se viu até agora foram teorias cujo principal objetivo foi criar meios de limitar o poder político, tanto para permitir aos cidadãos o gozo de seus direitos individuais quanto para estabelecer as regras segundo as quais a política e a participação dos indivíduos nos negócios

¹⁰⁷ De acordo com Ian McLean e Fiona Hewett, na teoria democrática de Condorcet predomina a influência de Rousseau. Entendem que o autor adotou o conceito de vontade geral rousseauiano e tentou torná-lo coerente. Esse ponto será analisado detalhadamente na seção 3.1.2 desta tese. Cf. CONDORCET, 1994, 73/74.

¹⁰⁸ As assembléias primárias serão analisadas de forma mais detalhada na seção 3.1.2 desta tese.

públicos pudesse se realizar. Por um lado, é possível identificar teses que confiam o controle do poder político mais às instituições do que ao povo, como por exemplo, as propostas de Sieyes e dos Federalistas. Por outro, nas obras de autores como Jefferson e Condorcet, verifica-se uma desconfiança da eficiência das instituições longe do olhar vigilante dos cidadãos. Nesse sentido, o que está em questão é qual doutrina da limitação do poder político é a mais adequada para ao mesmo tempo proteger os direitos dos indivíduos e possibilitar a realização da política.

Há, ainda, outra distinção que merece atenção neste debate, desta vez, entre as teorias americanas e francesas. Na teoria constitucional que surge com a Constituição americana bastante atenção é dedicada ao papel atribuído ao judiciário, instituição encarregada pela própria Constituição de fazer a revisão da legislação ordinária. Mesmo nas teses daqueles que se tornaram críticos desta instituição e do poder que ela suscitou, muito espaço é dedicado a esta discussão, o que ressalta o caráter jurídico-normativo da Constituição. Nas Constituições francesas, como se viu a partir dos exemplos de Sieyes e Condorcet, o poder judiciário tem atribuições bastante limitadas. A tarefa de revisão constitucional é conferida a órgãos políticos e a discussão centra-se em grande medida no legislativo extraordinário, aquele a quem é conferido o direito de criar, alterar e interpretar a constituição. As nuances desse debate são de grande relevância para esta tese, haja vista que muitos dos argumentos contrapostos pelos fundadores do constitucionalismo são retomados no debate contemporâneo a respeito da democracia constitucional.

1.1.2 - Direitos

Desde os primeiros esboços da teoria constitucional, a proteção aos direitos foi tomada como consequência do estabelecimento de uma forma de governo apta a regular o exercício do poder político. Desse modo, quando Locke¹⁰⁹ enfatiza a necessidade de um juiz imparcial, ele demonstra que o constitucionalismo depende mais de uma forma de governo capaz de dar substância aos direitos do que do próprio reconhecimento dos direitos naturais.¹¹⁰ O mesmo pode ser afirmado com respeito ao constitucionalismo americano em suas origens. O projeto de constituição que foi aprovado pelos estados nem mesmo continha uma declaração de direitos e, no Federalista nº 84, Hamilton

¹⁰⁹ Cf. LOCKE, 2009, 275/276.

¹¹⁰ Cf. BELLAMY, 1996, 438.

ressalta que isso não era necessário, haja vista os direitos estarem assegurados ao longo do texto constitucional. Ainda, no tocante às liberdades, ele ressalta que sua defesa dependia mais da “opinião pública e do espírito geral do povo e do governo” do que de boas declarações.¹¹¹ Nem mesmo Madison, que dedicou muito de sua teoria política a fim de evitar que os direitos individuais fossem usurpados por meio de uma ação movida por paixões ou interesses e, nesse caso, ele foi um dos que se preocupou em criar vários limites à participação popular, nem mesmo ele colocou a atribuição de proteger os direitos apenas nas mãos das cortes de direito. Pelo contrário, ele estabeleceu mecanismos políticos, como a separação dos poderes e o sistema representativo, para dar conta desta tarefa. No constitucionalismo americano as divergências giraram mais em torno de qual mecanismo político seria o mais eficiente: o sistema representativo combinado com a separação de poderes proposto pelos federalistas, do qual as cortes faziam parte, ou um sistema no qual o povo pudesse participar diretamente dos negócios públicos.

Claro que não se pode desconsiderar que inicialmente houve uma forte reação ao fato da Constituição de 1787 não ter uma declaração de direitos. Os antifederalistas não acreditavam que os direitos e liberdades individuais estariam devidamente protegidos da interferência do governo sem que fossem elencados e declarados em um documento específico.¹¹² Jefferson chegou até mesmo a defender que os estados não deveriam ratificar a Constituição caso não fosse incluída uma Declaração de Direitos.¹¹³ Contudo, concomitantemente discutia-se qual a melhor forma de governo para assegurar esses direitos, pois para os antifederalistas e também para Jefferson, o principal direito, aquele que deveria assegurar os demais, era o direito de autogoverno do povo. Quando Patrick Henry alertou os cidadãos da Virgínia a respeito dos problemas existentes na Constituição Federal, ele chamou a atenção tanto para a ausência de proteção aos direitos individuais quanto aos direitos políticos. Disse ele: “você não devem se perguntar como seu comércio pode ser melhorado, nem como vocês se tornarão um povo

¹¹¹ HAMILTON, MADISON e JAY, 1987, 476.

¹¹² Cf. KETCHAM, 2003, 247-256 (Pennsylvania Minority, December 18, 1787) e 194-198 (John DeWitt, October 27, 1787).

¹¹³ Cf. JEFFERSON, <http://pt.scribd.com/doc/73403432/The-Works-of-Thomas-Jefferson-Vol-5> (letter to William Stephens Smith, February 2, 1788; letter to James Madison, February 6, 1788).

grande e poderoso, mas como suas liberdades podem ser asseguradas; pois a liberdade deve ser o fim direto de seu governo.”¹¹⁴

Como observa Arendt, quando os homens das revoluções falavam sobre liberdade, eles não estavam pensando apenas nas liberdades individuais associadas aos direitos civis (*liberties*), mas também na liberdade como participação nos assuntos públicos.¹¹⁵ Ambas as concepções de liberdade foram buscadas. É isso o que se vê no posicionamento do antifederalista Patrick Henry e também nos escritos políticos de Jefferson.

Quando Jefferson defendeu que o homem possui direitos naturais que devem ser reconhecidos e assegurados por meio das leis civis, ele não estava colocando esses direitos acima do ideal de autogoverno do povo. Em uma carta a Francis W. Gilmer ele afirma que a função dos legisladores é “declarar e fazer cumprir somente nossos direitos e deveres naturais, e não retirá-los de nós” porque “nenhum homem tem um direito natural para cometer agressão ao direito natural de outro.”¹¹⁶ Jefferson foi um grande defensor da inserção de uma carta de direitos na Constituição Federal de 1787, como se verifica em sua correspondência com Madison, na qual ele sugere, inclusive, que direitos como a liberdade de religião e de imprensa, proteção contra exércitos permanentes, restrições contra os monopólios, habeas corpus e julgamentos pelo tribunal do júri, constassem no rol de direitos assegurados.¹¹⁷ Contudo, ele não submeteu o direito de autogoverno do povo aos direitos e liberdades individuais. Embora reconheça que nenhuma autoridade poderia legitimamente transgredir os direitos naturais, Jefferson admite que o legislativo atual não pode restringir a atuação de seus sucessores, nem mesmo em nome da preservação desses direitos.¹¹⁸ Por fim, Jefferson acredita que o autogoverno do povo tem mais a função de assegurar esses direitos do que retirá-los. É o que ele afirma em uma carta enviada a Adamantios Coray: “[o]s tempos modernos têm agora também esta vantagem evidente, a de ter descoberto o único processo pelo qual esses direitos podem ser assegurados, a saber: governo pelo povo (...).”¹¹⁹

¹¹⁴ KETCHAM, 2003, 199/200 (Patrick Henry, June 5, 1788). Tradução própria.

¹¹⁵ Cf. ARENDT, 2011, 60/61.

¹¹⁶ JEFFERSON, Letter to Francis W. Gilmer, June 7, 1816. Disponível em: http://pt.scribd.com/doc/73403468/The-Works-of-Thomas-Jefferson-Vol-1#outer_page_299

¹¹⁷ JEFFERSON, 1977, 429 (Letter to James Madison, December 20, 1787).

¹¹⁸ Cf. JEFFERSON, 1977, 253 (Bill for Establishing Religious Freedom).

¹¹⁹ JEFFERSON, 1964, 57 (Carta a Adamantios Coray, 31 de outubro de 1823).

Portanto, no contexto americano, a discussão acerca da necessidade de conferir uma proteção especial aos direitos do homem não se sobrepôs à real implementação de formas de controle permanentes ao poder político e tampouco atribuiu exclusivamente ao poder judiciário esta atribuição. Esse é um dos pontos que Arendt considera uma vantagem da Revolução Americana sobre a Revolução Francesa.¹²⁰ Em sua análise comparativa das duas revoluções setecentistas, a autora tece críticas à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa por ter funcionado mais como uma base de fundação do governo do que como algo que estabelece limites à sua atuação.¹²¹

Arendt tem razão quanto aos direitos do homem na França serem tomados como fundamento do governo. Sieyes, em sua clássica distinção entre os direitos civis e políticos afirma esta função primordial dos direitos do homem. Segundo ele, a diferença entre os direitos naturais ou civis e os direitos políticos consiste em que a sociedade é formada para a manutenção e desenvolvimento dos primeiros, enquanto os segundos são aqueles pelos quais a sociedade se forma.¹²² Esta distinção também tem outras implicações. Enquanto os direitos naturais ou civis são concedidos a todos os cidadãos, os direitos políticos podem ser exercidos apenas por alguns. Surge então a distinção entre cidadãos passivos e ativos. Os cidadãos passivos podem gozar das vantagens da sociedade, mas não podem tomar parte nas decisões a respeito de seus rumos; eles têm o direito à proteção pessoal e à proteção da propriedade e da liberdade, mas não podem fazer parte da formação dos poderes públicos. Sieyes inclui nesse rol as mulheres, as crianças, os estrangeiros e aqueles que não contribuem para sustentar a nação. Os cidadãos ativos, nas palavras do autor, “são os verdadeiros acionários da grande empresa social”, ou ainda, “os verdadeiros membros da associação.”¹²³

Mas em se tratando da filosofia política de Condorcet, a avaliação arendtiana está parcialmente equivocada. Condorcet, como muitos de seus contemporâneos, acreditou sim que o propósito do governo civil e também do sistema jurídico era a proteção dos direitos naturais do homem¹²⁴, contudo, o autor concebe esses direitos de tal forma que eles não apenas servem de limite ao poder político como também funcionam

¹²⁰ ARENDT, 2011, 150/151.

¹²¹ ARENDT, 2011, 196.

¹²² Cf. SIEYES, 1994, 199 (Préliminaire de la Constitution).

¹²³ SIEYES, 1994, 199 (Préliminaire de la Constitution).

¹²⁴ Cf. CONDORCET, 1993, p. 135.

como uma prerrogativa democrática para que o povo permaneça no exercício de sua soberania.

De acordo com o autor, há uma forte conexão entre a natureza humana e os direitos do homem. Em *Sur le sens du mot révolutionnaire*, ele afirma que esses direitos “são fundados nas leis eternas da razão e da natureza.”¹²⁵ Essa ligação aparece de forma ainda mais clara no seguinte trecho de *Esquisse*: “enfim os publicistas conseguiram conhecer os verdadeiros direitos do homem, conseguiram deduzi-los desta única verdade: *que ele é um ser sensível, capaz de formar raciocínios e de adquirir ideias morais.*”¹²⁶ Os direitos naturais do homem e do cidadão eram por ele considerados a pedra fundamental da constituição¹²⁷ e, caso não estivessem estipulados em um documento escrito (uma declaração ou uma constituição), correr-se-ia o risco da criação de um espaço no qual seria possível o exercício da tirania¹²⁸, ou seja, uma das principais funções das declarações de direitos era estabelecer um limite à ação do governo.

Entre os muitos textos nos quais Condorcet aborda a temática dos direitos do homem, três deles merecem especial atenção por elencarem um rol de direitos, assim como o seu papel na estrutura político-jurídica da nação. O primeiro deles é *De l'influence de La révolution d'Amerique sur l'Europe*, de 1786. Nele Condorcet estabelece quatro direitos primordiais, a saber: segurança pessoal, segurança e o usufruto da propriedade, justiça (sistema de leis) e o direito de participar na elaboração das leis.¹²⁹ Este último direito é aquele que confere validade aos demais, haja vista ser por meio dele que o povo tem autorização para alterar a constituição e as leis que não estejam de acordo com os seus direitos naturais. Desse modo, o direito de mudar a constituição é reconhecidamente “a primeira garantia de todos os outros.”¹³⁰ A

¹²⁵ Cf. CONDORCET, 1847, XII, 618.

¹²⁶ CONDORCET, 1993, p. 135. O itálico consta do original.

¹²⁷ Esta definição pode ser encontrada em *Réflexions sur les pouvoirs*: “é necessário para que uma nação seja livre, para que ela possa deliberar e para que sua liberdade seja assegurada, para que suas vontades sejam executadas; ou, sua liberdade pode ser assegurada *apenas por uma carta*, e essa pedra fundamental da constituição pública deve ser colocada e sustentada por todas as forças da nação (...). CONDORCET, 1847, IX, 281.

¹²⁸ Condorcet define a tirania em *Idées sur le despotisme*. “Não se deve confundir o despotismo com a tirania. Deve-se entender por esta palavra toda violação do direito dos homens, feita pela lei em nome da autoridade pública. Ela pode existir mesmo independentemente do despotismo. O despotismo é o uso ou abuso de um poder ilegítimo, de um poder que não emana da nação ou dos representantes da nação; a tirania é a violação de um direito natural exercida por um poder legítimo ou ilegítimo. CONDORCET, 1847, IX, 164.

¹²⁹ Cf. CONDORCET, 1847, VIII, 05/06.

¹³⁰ CONDORCET, 1993, 136.

prerrogativa democrática estabelecida por este “quarto direito” é bastante relevante para o desenvolvimento dos trabalhos futuros do autor. Ela reaparecerá no *Projet de déclaration des droits naturels, civils et politique* de 1793. Nesse projeto, que faz parte do *Plan de Constitution*, ele apresenta o seguinte rol de direitos: liberdade, igualdade, segurança, propriedade, garantia social e resistência à opressão. Aqui merece destaque a abordagem que o autor faz sobre a igualdade que, segundo ele, “consiste em que cada um possa gozar dos mesmos direitos.”¹³¹ Esse direito, como todos os demais, deriva da qualidade do indivíduo como ser sensível, suscetível de ideias morais e capaz de raciocinar.¹³² Por essa razão, o autor entende que os direitos políticos devem ser estendidos a todos os cidadãos, homens ou mulheres, independentemente de sua condição sócio-econômica, raça ou nacionalidade, desde que tenham completado vinte e um anos de idade, participem da vida política em uma assembléia primária e residam no território francês durante um ano sem interrupção. Todo cidadão torna-se elegível a partir dos vinte e cinco anos de idade. A única causa de exclusão de um indivíduo dos seus direitos de cidadania seria a comprovação de algum tipo dependência que o impedisse de obedecer apenas à sua própria vontade.

No restante do projeto Condorcet expõe o que consiste cada um desses direitos e, na parte final de seu texto ele explica que “a garantia social dos direitos do homem repousa sobre a soberania nacional.”¹³³ A soberania é conferida ao povo todo e, assim sendo, cabe aos cidadãos o direito de cuidar, por meio da participação na elaboração da lei, para que seus direitos não sejam afrontados.

A *Declaration des Droits*¹³⁴ de 1789 é um texto bastante extenso, no qual o autor preocupa-se não apenas em estipular um rol de direitos, mas também em explicar os conceitos apresentados. Aqui Condorcet elenca cinco direitos básicos, quais sejam: segurança pessoal, liberdade pessoal, segurança dos bens, a liberdade dos bens e a igualdade natural. O direito de participação na elaboração da lei não aparece neste rol, mas é mencionado no preâmbulo do texto, quando o autor ressalta que sem o consentimento do povo o poder legislativo ordinário não pode alterar nenhum dos direitos assegurados na declaração.¹³⁵ Desse texto também merece destaque o alerta que Condorcet faz a respeito do

¹³¹ CONDORCET, 1847, XII, 418.

¹³² CONDORCET, 1847, XII, 384.

¹³³ CONDORCET, 1847, XII, 421.

¹³⁴ Cf. CONDORCET, 1847, IX, 175-212.

¹³⁵ Cf. CONDORCET, 1847, IX, 181.

estabelecimento de limites para a ação do poder judiciário, o qual ele teme ser uma ameaça aos direitos individuais. O poder judiciário, diz ele, “é uma arma perigosa da qual é fácil abusar contra os cidadãos, e que pode, se não for confiada a mãos imparciais, ser mais funesta à sua segurança do que as violências particulares, das quais ele deve defendê-los.”¹³⁶

Desse modo, verifica-se que a concepção de direitos do homem de Condorcet tem por finalidade não apenas estabelecer uma base sobre a qual a própria estrutura política e o direito se fundam, mas também estabelecer limites para o governo e, ainda, instituir o povo como árbitro final da aplicação e da necessidade de alteração desses direitos.

O que se observa, portanto, é que nas origens do constitucionalismo moderno embora a proteção aos direitos fosse um dos objetivos do estado civil, os mecanismos delineados para sua proteção eram, em grande medida, políticos e não essencialmente jurídicos. A constituição era compreendida como uma estrutura política que deveria proporcionar a proteção dos direitos que estavam dentro, e não fora da política.

Em tempos recentes os direitos fundamentais, sustentados pela revisão judicial ou controle de constitucionalidade das leis, se tornaram o principal elemento do constitucionalismo, configurando a parte substantiva das constituições que define os fins de uma determinada forma de governo, ao passo que o elemento político assumiu um papel secundário relacionado ao conjunto de regras formais que dizem respeito a quem e como se decide a fim de alcançar as metas estipuladas pelos direitos. Como consequência, a constituição passa a ser entendida como uma estrutura legal dentro da qual a política opera. Esse modo de compreender a constituição acentua seus aspectos jurídico-normativos, e não encontra amparo no constitucionalismo moderno, pois como foi mostrado, no momento de surgimento da teoria constitucional, os principais mecanismos para a identificação e proteção dos direitos eram mais políticos do que jurídicos, e estavam diretamente ligados à limitação do poder político e à acomodação dos interesses sociais.¹³⁷

¹³⁶ CONDORCET, 1847, IX, 187.

¹³⁷ Cf. BELLAMY, 1996, 436/437.

1.2. Democracia

O conceito de democracia associado ao de democracia constitucional é aquele que a modernidade conheceu como democracia representativa. Por essa razão, o conceito de democracia que servirá de parâmetro para o que se busca discutir nesta tese será também o de democracia representativa. Contudo, o conceito tradicional (de democracia representativa), entendido como a “forma indireta de governo pelo povo”, na qual “a presença de intermediários” é o critério que a distingue da democracia direta,¹³⁸ é insuficiente para dar conta do problema aqui enfrentado, a saber, a preponderância do direito sobre a política, uma vez que, por um lado, confere o direito de tomar decisões aos representantes eleitos, sobre os quais o povo exerce controle apenas durante as eleições. Nesse sentido, faltam meios para o cidadão fiscalizar seus representantes. Por outro lado, como as decisões políticas não competem aos cidadãos, isso causa um afastamento dos indivíduos da vida pública e também da responsabilidade inerente a estas decisões.

A insuficiência deste conceito tem impulsionado estudos a respeito de como a representação pode ser complementada com outras práticas participativas e de que modo podem ser superados os déficits de representatividade em sociedades pluralistas, nas quais questões de identidade e de direito de grupos minoritários carecem de uma defesa adequada. As teorias da democracia deliberativa, assim como de algum modo as teorias da justiça, têm apresentado algumas respostas para esses problemas. Na esteira do pensamento crítico a respeito da representação moderna e tentando dar conta tanto das questões de justiça que afetam a representação quanto da falta de participação e de deliberação, Urbinati tem defendido que a modernidade produziu também um conceito de representação efetivamente conectado ao de democracia.¹³⁹ A fim de identificar essa matriz democrática e entender em que medida ela se distingue das teorias tradicionais, analisar-se-á alguns dos principais textos que vinculam a representação com a democracia, assim como aqueles que promovem o afastamento desses conceitos. Essa análise será feita a partir de dois temas relevantes para se confrontar o próprio conceito de democracia constitucional predominante na atualidade, são eles: soberania popular e povo.

138 Cf. MANIN, 1996, 16.

139 Cf. URBINATI, 2006, 1-16, 27.

1.2.1 - Soberania popular

Para tratar do tema da soberania popular na democracia constitucional é preciso analisar o conceito de representação. Farei isso a partir de dois autores que apresentam categorias distintas, mas em certa medida complementares para os propósitos deste trabalho. Por um lado, Manin defende que o conceito de representação nascido na modernidade acentua a diferença entre o governo por representação e a democracia. O governo representativo é definido pelo autor por meio de quatro princípios:

1 – os governantes são designados por eleições em intervalos regulares. 2 – os governantes conservam, em suas decisões, uma certa independência com respeito à vontade de seus eleitores. 3 – os governados podem exprimir suas opiniões e suas vontades políticas sem que essas sejam submetidas ao controle dos governantes. 4 – As decisões públicas são submetidas à aprovação da discussão.¹⁴⁰

Nesta definição o que se observa predominantemente é ausência de controle efetivo do povo sobre seus governantes. Embora Manin reconheça que o governo representativo comporta elementos democráticos, ele chama a atenção para a dimensão oligárquica desta teoria, a qual se manifesta principalmente por meio do que ele chama de “princípio da distinção”. Analisando a criação do governo representativo na Inglaterra, França e Estados Unidos, Manin ressalta que a ordem jurídico-social destes países foi conscientemente elaborada de modo que os representantes eleitos fossem socialmente distintos e superiores aos eleitores. Isso se configurou pela inclusão de critérios censitários para a concessão de direitos políticos.¹⁴¹ Neste sentido, Manin toma as teorias de Sieyès e de Madison como exemplos de governo representativo.

Por outro lado, Urbinati sustenta que no século XVIII foram também desenvolvidas teorias que buscaram conciliar representação e

¹⁴⁰ Cf. MANIN, 1996, 17/18.

¹⁴¹ O critério censitário não foi instituído pela Constituição Americana de 1787. Contudo, Manin chama a atenção para o fato de que a exclusão deste critério não foi baseada em um princípio dos pais fundadores, mas ocorreu porque não houve consenso durante a Convenção da Filadélfia a respeito de como se delimitaria este critério em um país com tantas diferenças culturais e patrimoniais entre os Estados. Por essa razão, optou-se por admitir como eleitores federais todos aqueles que eram admitidos como eleitores em seus próprios estados, nos quais poderia haver critérios de exclusão baseados em renda e propriedade. Cf. MANIN, 1996, 139-141.

democracia. De acordo com a autora, a representação na modernidade pode ser compreendida a partir de dois paradigmas: o *jurídico-institucional*, vinculado ao pensamento político de Rousseau e de Sieyes, e o *político*, atribuído a Paine e a Condorcet. Esses paradigmas possuem concepções diferentes de soberania e de política. O primeiro tem um conceito voluntarista da soberania, segundo o qual o poder soberano repousa sobre a vontade geral do povo (Rousseau) ou da nação (Sieyes). Além disso, esse modelo compreende a representação como um contrato privado, estabelecendo instruções a respeito do vínculo entre representante e representado que podem oscilar entre a vinculação total (como no caso de Rousseau, no qual se admite a delegação da vontade, mas não a representação, pois ele entende que na representação acontece a alienação da vontade, realocando-se a soberania, ao passo que a delegação é um mandato temporário dado ao delegado para tomar decisões específicas) e a alienação sem limites. Está baseado no dualismo estado-sociedade, no qual a sociedade é deixada sob a responsabilidade dos representantes e a participação popular fica restrita às eleições.¹⁴²

Já no segundo paradigma ocorre uma mudança no conceito de soberania, mudança esta diretamente relacionada à forma como se compreende a política e a representação. Rompe-se com a visão dualista segundo a qual a política é uma atribuição dos representantes eleitos. A representação passa a designar um processo político que é estruturado de forma circular entre instituições e sociedade, no qual cada cidadão pode participar. Cria-se um sistema político de representação que transmite a vontade política do povo por meio de assembleias eleitas. Desse modo, Urbinati ressalta que *ao lado da vontade é admitido também o julgamento na soberania popular*. Aqui, vontade e julgamento são compreendidos como duas formas de racionalidade. A vontade é “uma razão puramente analítica, ela é mais cognitiva do que interpretativa, mais assertiva do que hipotética; ela opera de acordo com princípios de identidade e não contradição e produz proposições verdadeiras/falsas.” O julgamento, por sua vez, é tomado como “uma razão dialógica, ou uma combinação de experiência, máximas éticas, eloquência e prudência”.¹⁴³ Assim, a relação entre representação e democracia está diretamente vinculada ao modo como se concebe a soberania. “Se a soberania é vista como a voz unitária de uma espécie de vontade geral que a nação contém já implicitamente mas não pode

¹⁴² Cf. URBINATI, 2006, 22/23.

¹⁴³ URBINATI, 2006, 79.

articular e descobrir por si mesma”, diz ela, “então os cidadãos não têm nenhuma função (ou voz política) além de designar a elite da qual eles são o reflexo”. Por outro lado, se a soberania é entendida como “um processo de articulação de opiniões cuja fonte são os múltiplos locais e componentes da sociedade e o julgamento de cada cidadão, então o corpo representativo central não é sua única voz, mesmo se ele precisar ser sua voz final, ainda que provisória.”¹⁴⁴

O recurso a ambas as teses, de Manin e de Urbinati, é necessário porque elas são complementares no que diz respeito ao tema ora estudado. Por um lado, a definição de governo representativo dada por Manin é mais aberta e isso possibilita a avaliação das teorias e autores abordados nesta tese de modo a estabelecer uma escala que vai das teorias menos até as mais democráticas e, nesse sentido, pode-se verificar o quanto de participação e controle popular elas abrigam, avaliando-se também a própria natureza do mandato. Por outro lado, as categorias utilizadas por Urbinati possibilitam não apenas pensar um modelo de democracia representativa no qual o povo exerce efetivo controle sobre seus representantes, mas também permite pensar no modelo em que a soberania abriga além da vontade o julgamento dos cidadãos. Contudo, ao estabelecer a distinção entre os paradigmas jurídico-institucional e político, Urbinati desconsidera dois autores cujas teses são de grande relevância para o debate a respeito da democracia constitucional – Madison e Jefferson, teses às quais se retornará utilizando essas categorias como parâmetro.

O modelo de representação de Sieyes é elaborado na tentativa de estabelecer a melhor forma de governo para uma sociedade marcada pelo desenvolvimento do comércio, da agricultura e da indústria, ou seja, na qual as atividades de produção e consumo assumiram um papel central. Então, ele passa a defender a divisão do trabalho como um meio de diminuir as despesas, aumentar a produção e aperfeiçoar o próprio trabalho.¹⁴⁵ O princípio da divisão social do trabalho que ele utiliza para compreender as relações privadas será também utilizado para fundamentar sua teoria do governo representativo. Em *Observations sur le rapport du comité de constitution, concernant la nouvelle organisation de la France*, Sieyes transfere para a política esses conceitos inicialmente elaborados para explicar a sociedade comercial e, faz isso acentuando as diferenças entre a democracia pura e o governo representativo. Segundo ele, um governo legítimo pode se apresentar de

¹⁴⁴ URBINATI, 2006, 166.

¹⁴⁵ SIEYES, 1994, 62-75.

duas formas diferentes: “[o]s membros de uma associação política querem, ou se reger eles mesmos, ou escolher alguns dentre eles para tratar de tudo que as necessidades públicas podem exigir de cuidados e de vigilância.”¹⁴⁶ A primeira forma refere-se à *democracia direta*, ou bruta, como ele faz questão de acrescentar para indicar que se trata de uma forma ainda não aprimorada. Trata-se de um modelo, a seu ver, incompatível com as ocupações do homem moderno, que deve empregar sua energia na produção e no aperfeiçoamento de seu trabalho. Por essa razão, a divisão do trabalho, entendida como “efeito e causa do aumento da riqueza e do aperfeiçoamento da indústria humana” deve aplicar-se “aos trabalhos políticos como a todos os gêneros de trabalho produtivo.” E ele acrescenta ainda que “o interesse comum, o melhoramento do próprio estado social, nos exigem fazer do governo uma profissão particular.”¹⁴⁷ Assim sendo, o melhor governo é aquele realizado por meio de uma “constituição *representativa*: a segunda forma legítima de governo.”¹⁴⁸ Desse modo, Sieyes introduz o governo representativo como aquele no qual ocorre a formação indireta da lei.¹⁴⁹

Como já mencionado anteriormente, Sieyes admite a representação, mas não a alienação da soberania. Para explicar como a soberania pode ser representada sem ser alienada, ele recorre ao artifício de identificar três épocas distintas na formação das sociedades políticas. Na primeira época os indivíduos isolados manifestam seu desejo de reunirem-se em sociedade e, ao associarem-se, dão origem à nação; a segunda época caracteriza-se pela ação da vontade comum, a qual torna a sociedade capaz de querer e agir; na terceira época surgem os problemas relacionados à extensão do território e ao grande número de indivíduos, os quais tornam difícil o exercício da vontade comum. Para superar este inconveniente, o exercício da vontade da nação é delegado a um governo por procuração,¹⁵⁰ no qual a *vontade comum real*, que pertence à nação, é exercida por meio da *vontade comum representativa*, derivada da primeira e limitada em seus poderes àquilo que foi estipulado pelo ato que a instituiu.¹⁵¹

A representação torna-se então o elemento central de uma forma de governo legítima e, sendo assim, estando presente a representação, tanto um governo monárquico quanto um governo republicano são

¹⁴⁶ SIEYES, 1994, 262.

¹⁴⁷ SIEYES, 1994, 262.

¹⁴⁸ SIEYES, 1994, 263. O itálico é colocado pelo próprio autor.

¹⁴⁹ Cf. SIEYES, 1994, 236.

¹⁵⁰ SIEYES, 1986, 114/115.

¹⁵¹ SIEYES, 1986, 114/115.

considerados legítimos. Sieyes equipara seu modelo de governo representativo à figura de um triângulo, do qual fazem parte o monarca, os representantes eleitos e os eleitores. Segundo ele, esta é a melhor forma de se manter o princípio da unidade de ação, pois se confere a um único indivíduo, o rei, o poder de tomar as decisões. Contudo, a manutenção do monarca hereditário, um representante não escolhido pelo povo, implica grave vício de representatividade no modelo de Sieyes. Isso gera uma contradição dentro de sua teoria, uma vez que por um lado ele mesmo reconhece que a transmissão hereditária de um cargo público não está de acordo com as verdadeiras leis da representação, mas por outro lado, ele considera que os problemas advindos do processo eleitoral justificam esta opção.¹⁵² Parece que de certo modo essa contradição se resolve quando Sieyes anuncia que um dos principais alicerces de seu modelo representativo é a confiança conferida pelo povo aos seus representantes. Desse modo, ainda que o monarca não seja escolhido pelo povo, pode receber sua confiança e isso afirmaria seu caráter representativo.

O autor salienta esse aspecto em um texto de julho de 1789 denominado *Quelques idées de constitution applicables à la ville de Paris*, no qual ele também demonstra as diferenças entre o governo representativo e a democracia:

Na democracia, os cidadãos fazem eles mesmos as Leis, e nomeiam diretamente seus oficiais públicos. Em nosso plano, os cidadãos fazem, mais ou menos imediatamente, a escolha de seus deputados para a Assembléia legislativa; a legislação deixa então de ser democrática e torna-se representativa: o povo tem, em verdade, toda a influência sobre os representantes; não se pode obter essa qualidade se não há a confiança de seus Comitentes, não se pode conservar essa qualidade ao perder aquela confiança; mas o povo não pode ele mesmo fazer a Lei e muito menos se encarregar de sua execução.¹⁵³

Nesta passagem estão contidos dois elementos que tornam a teoria da representação de Sieyes pouco aberta à democracia. O primeiro deles é a confiança. Embora a confiança seja um elemento comum a várias espécies de mandatos, ela se torna problemática em um modelo

¹⁵² SIEYES, 2003, 168-170.

¹⁵³ SIEYES, 1789, 03.

representativo como o proposto por Sieyes, o qual pressupõe um mandato livre, em que o eleito pode se desvincular das causas de seus eleitores em nome do interesse público. Na ausência de um liame entre representantes e representados e de mecanismos de controle durante o exercício do mandato, nada garante que suas causas serão defendidas e muito menos que o interesse público será observado. No caso da teoria do abade o aspecto democrático da representação fica ainda mais comprometido, como salientará Paine, pela admissão do monarca hereditário na função executiva, sobre o qual jamais incidirá a avaliação popular regular feita durante o processo de eleição.

O segundo elemento é a relação entre representação e soberania. Sieyes transferiu a soberania do povo para a nação e concedeu seu exercício aos representantes eleitos. Ademais, como ele afirma em *Préliminaire de la constitution*, o próprio povo foi dividido em duas classes: os cidadãos ativos, que podem usufruir dos direitos civis e políticos, e os cidadãos passivos, que gozam de direitos e liberdades individuais, mas “não têm direito de assumir uma parte ativa na formação dos poderes públicos.”¹⁵⁴ Desse modo, o exercício do direito de soberania, que pertence à nação, é bastante restrito, pois apenas pode se efetivar por meio da ação dos cidadãos ativos e nas eleições periódicas.

O modelo representativo de Sieyes é o protótipo do que Manin chama de governo representativo e Urbinati de paradigma jurídico-institucional pois, por um lado, concebe a representação como uma delegação que mantém a independência dos eleitos com relação aos eleitores e, ainda, defende a exigência de critérios censitários para a concessão de direitos políticos, o que cria duas classes de cidadãos e favorece a criação de uma aristocracia eleita. Por outro lado, sustenta um conceito voluntarista de soberania segundo o qual o poder soberano pertence à nação, e é exercido pelos representantes, os cidadãos ativos, enquanto os demais cidadãos (passivos) não possuem direitos e nem responsabilidade com os assuntos políticos.

A criação de um sistema baseado na divisão do trabalho, no qual os representantes são aqueles que se ocupam dos assuntos públicos para que os representados possam dedicar-se aos seus assuntos privados, assim como o estabelecimento de uma linha divisória bem definida entre

¹⁵⁴ SIEYES, 1994, 199. Observa-se que estão excluídos da cidadania ativa as mulheres, as crianças e os estrangeiros, de acordo com o critério censitário, pois aqueles que não contribuem para a sustentação do estabelecimento público não são admitidos a influenciar nas decisões a respeito da coisa pública.

cidadãos ativos e passivos, são características que aproximam o modelo de representação de Sieyes ao de Madison.

O governo representativo de Madison é delineado no Federalista nº 10 e tem como um de seus principais objetivos evitar a tirania, que ocorre quando as facções, entendidas como “um número de cidadãos, quer formem a maioria ou a minoria do todo, unidos e influenciados por algum impulso comum de paixão, ou de interesse”, agem de forma contrária “aos direitos de outros cidadãos, ou aos interesses permanentes e agregados da sociedade.”¹⁵⁵ Sendo assim, Madison pensa em uma estrutura política que deve ser capaz de controlar os efeitos das facções, já que a sua causa, a saber, própria liberdade, não pode ser removida. Este é um dos pontos nos quais emerge o seu republicanismo aristocrático. Ele tem como pressuposto uma visão pessimista da natureza humana, a qual é suscetível a animosidades que podem despertar paixões e interesses contrários ao interesse comum. Por essa razão um governo republicano precisa de boas instituições e de cidadãos virtuosos, no intuito de conter esses males.¹⁵⁶ Aqui primeiramente pode ser questionado como uma teoria que parte de uma visão pessimista da natureza humana pode contar com cidadãos virtuosos, não haveria uma contradição? Madison considera ser possível que os cidadãos apresentem virtudes e talentos, mas estas características devem ser buscadas tanto por meio de um sistema de escolha que promoverá uma espécie de filtragem social, elegendo os mais aptos, quanto por meio de uma estrutura política que dificulte a atuação de paixões e interesses. Por essa razão, alguns autores entendem que a concepção madisoniana de natureza humana não é pessimista, mas sim realista.¹⁵⁷

O modelo representativo de Madison, portanto, é republicano. Mas o governo republicano deve ser entendido de forma distinta de uma democracia. Esta é definida como “uma sociedade composta por um pequeno número de cidadãos, que se reúnem e administram o governo por si mesmos”, enquanto uma república consiste em “um governo em que o esquema da representação realiza-se.”¹⁵⁸ As duas principais diferenças entre estas formas de governo são que, na república, o governo é delegado a poucos cidadãos eleitos pelos demais e, além disso, o território é mais extenso e o número de cidadãos é maior. Madison acredita que essas características aprimoram o modelo da democracia pura. A primeira diferença tem como efeito “refinar e

¹⁵⁵ HAMILTON, MADISON e JAY, 1987, 123.

¹⁵⁶ Cf. HAMILTON, MADISON e JAY, 1987, 125. Ver também WILLS, 2001, 207.

¹⁵⁷ Cf. THOMAS, 2008, 17.

¹⁵⁸ HAMILTON, MADISON e JAY, 1987, 126.

ampliar as visões públicas passando-as através de um corpo escolhido de cidadãos, cuja sabedoria pode melhor discernir o verdadeiro interesse de seu país e cujo patriotismo e amor da justiça tornarão menos provável sacrificá-lo a considerações temporárias ou parciais.”¹⁵⁹ Assim, acredita-se que as eleições podem selecionar entre o povo os melhores, os mais sábios e os mais virtuosos cidadãos.¹⁶⁰ A segunda diferença apontada aposta que um eleitorado numeroso e variado em composição e diversificado em interesses pode senão evitar, ao menos dificultar a formação de facções.

Na prática, esse sistema, que se refere à representação federal, funcionaria da seguinte forma: o povo elege seus representantes para o legislativo e para o executivo federal. Sendo o legislativo bicameral, a forma de escolha é diferente para cada uma das casas, desse modo, o povo escolhe diretamente os representantes (deputados) e indiretamente (por meio dos legislativos estaduais) os senadores. O representante no poder executivo (presidente) também é eleito de forma indireta, por meio de um colégio eleitoral formado especialmente para esta finalidade. Os membros do poder judiciário são apontados pelo presidente mediante a aprovação do senado. Os representantes no poder legislativo e executivo são eleitos por prazo determinado. Os juízes das cortes federais permanecem no cargo vitaliciamente, salvo se violado o preceito do “bom comportamento”.

A natureza da representação madisoniana é demarcada pela noção de filtro proposta pelo sistema eleitoral. Para Madison, o representante era escolhido por sua superior habilidade para discernir o bem público. Para ser eleitor federal nenhum critério censitário foi exigido. Os eleitores eram os mesmos que exerciam o direito de voto em cada estado para o poder legislativo (os estados, contudo, poderiam impor condições censitárias). Para ser eleito também não havia nenhuma restrição de classe social, escolaridade ou credo, mas os eleitores deveriam optar por um cidadão “cujo mérito possa recomendá-lo à estima e confiança de seu país.”¹⁶¹

Implícita na noção de filtro, entretanto, estava a negação do representante como mero delegado de seus constituintes. Esse foi um ponto de conflito entre federalistas e antifederalistas. O sistema representativo delineado por Madison, e materializado na Constituição de 1787, foi recebido com críticas pelos antifederalistas, que desde cedo

¹⁵⁹ HAMILTON, MADISON e JAY, 1987, 126.

¹⁶⁰ Cf. WILLS, 2001, 228.

¹⁶¹ HAMILTON, MADISON e JAY, 1987, 343 (Federalista nº 57).

o acusaram de aristocrático. As críticas incidiram sobre a divisão do legislativo em duas câmaras, sobre a forma indireta de eleições e sobre o número de representantes, considerado pequeno, sobre a pouca rotatividade dos cargos e, especialmente, sobre a natureza do mandato. Os antifederalistas consideravam que, se houvesse representação os representantes deveriam ser pelos menos diretamente responsáveis para com os seus constituintes e facilmente removíveis se assim não o fossem. Essa era a prática institucionalizada com as frequentes eleições durante o período dos Artigos da Confederação. Os antifederalistas partiam do pressuposto de que toda representação é desvantajosa e, assim sendo, os representantes deveriam estar o mais próximo possível de seus representados, comungando as mesmas ideias e interesses.¹⁶² Por essa razão, a proposta antifederalista era de uma representação baseada na semelhança, diametralmente oposta à de Madison, baseada na diferença e na seleção dos cidadãos mais virtuosos para o exercício do governo.

O modelo representativo de Madison busca evitar a tirania das facções por meio de controles formalmente estipulados pela constituição (representação, eleições periódicas e separação dos poderes) e por meio de controles sociais (a virtude dos cidadãos). Contudo, Madison aposta mais nos meios de controles formais do que na virtude dos cidadãos. Apesar de afirmar no Federalista nº 51 que “a dependência do povo é, sem dúvida, o controle primário sobre o governo” a teoria política do autor deixa pouco espaço para o exercício deste controle, o qual pode se realizar apenas durante as eleições que ocorrem de tempos em tempos. Portanto, prevalece a segunda parte da frase acima citada, qual seja: “a experiência ensinou a humanidade a necessidade de precauções auxiliares”.¹⁶³

De acordo com Manin a teoria do governo representativo de Madison, comparada à de Sieyes, dá alguns passos rumo à democracia.¹⁶⁴ Ainda que Madison tenha em mente uma aristocracia natural escolhida pelos próprios cidadãos por possuírem virtudes e talentos superiores, a ausência de restrições formais de elegibilidade

¹⁶² Cf. KETCHAM, 2003, 336-342 (Speech of Melancton Smith, June 20, 1788).

¹⁶³ HAMILTON, MADISON e JAY, 1987, 320 (Federalista nº 51). A respeito da forma de controle exercido sobre o governo na teoria política de Madison há um embate teórico entre Robert Dahl e Garry Wills. Dahl considera que a atenção de Madison repousa mais sobre os controles formais tais como o sistema representativo, as eleições periódicas e a separação dos poderes, do que na virtude do povo. Wills, por outro lado, procura demonstrar que a virtude política assume um papel relevante na estrutura política delineada por Madison. Adoto aqui a posição de Dahl a este respeito. Cf. DAHL, 1989, 13-40; WILLS, 2001.

¹⁶⁴ MANIN, 1996, 307.

pautada em critérios censitários e a realização de eleições periódicas possibilitam, respectivamente, maior participação política e maior controle sobre os representados. Contudo, as críticas feitas ao modelo representativo de Sieyes podem também ser aplicadas ao governo representativo madisoniano. A representação pautada no mandato livre assume que as eleições periódicas são o principal meio de controle por parte dos eleitores, o qual é insuficiente. Em sentido semelhante, como observa Urbinati, por confiar mais nas instituições do que na virtude dos cidadãos, os espaços destinados ao exercício da soberania popular são reduzidos às eleições e, deste modo, como observa Urbinati, o que se manifesta é a vontade e não o julgamento, uma vez que não existe espaço, ou existe de forma bastante reduzida, para a realização de práticas dialógicas e de deliberação dos cidadãos.

Ainda no contexto americano, verifica-se que o modelo de representação proposto por Jefferson está mais aberto ao controle popular sobre os representantes e ao exercício do direito de soberania em outros espaços que não apenas as eleições periódicas. Com o passar dos anos ele se tornou um grande crítico de alguns dos princípios norteadores da Constituição e do governo americano, principalmente com relação ao sistema representativo. Em 1816 ele elencou uma série de emendas que deveriam ser incorporadas à Constituição, dentre as quais se destacam a reivindicação de sufrágio geral. Jefferson foi contrário à concessão de direitos políticos somente para os proprietários por considerar que isso viola o direito natural ao autogoverno e, como já visto anteriormente, embora a Constituição americana não tenha estipulado restrições aos direitos políticos com base em critérios econômicos, ela reconheceu como eleitores apenas aqueles que eram assim reconhecidos nos estados e isso implicava inevitavelmente restrições dessa ordem. Jefferson defendeu também a igual representação no legislativo, o executivo eleito diretamente pelo povo (e não por um colégio eleitoral), juízes eletivos ou removíveis, subdivisão do território e emendas periódicas à Constituição.¹⁶⁵ O objetivo de tais mudanças era assegurar o autogoverno pelo povo, o qual, segundo ele, não encontrava espaço suficiente na Constituição na forma como ela encontrava-se.

O ponto de partida de Jefferson é distinto daquele de Madison. Jefferson sustentou suas teses democráticas na crença do progresso do espírito humano¹⁶⁶ e na conseqüente oportunidade de cada geração

¹⁶⁵ Cf. JEFFERSON, 1977, 557 (Letter to Samuel Kercheval, July 12, 1816).

¹⁶⁶ Cf. JEFFERSON, 1977, 478/479 (Letter to Elbridge Gerry, January, 26, 1799).

aperfeiçoar as instituições estabelecidas pela geração passada. Por essa razão, apostou no caráter educativo e emancipatório que o processo de participação na vida pública poderia gerar. Assim sendo, em seus textos mais tardios, ele delineou um sistema no qual a grande república seria dividida em pequenas unidades políticas a fim de viabilizar o envolvimento dos cidadãos com os negócios públicos.¹⁶⁷ Em uma carta a Samuel Kercheval de 1816, Jefferson definiu o seu modelo representativo-democrático da seguinte forma:

O ponto, porém, que mais aprecio é o da divisão dos condados em distritos. Estes serão puras repúblicas elementares, a soma de todas as quais, consideradas em conjunto, compõem o Estado, e tornará o todo uma verdadeira democracia quanto aos negócios dos distritos que são os de maior interesse cotidiano. As questões das grandes seções: de condados, de Estados e da União, não admitindo transações pessoais pelo povo, serão delegadas a agentes eleitos por ele mesmo, e a representação será assim um *substituto* para onde a ação pessoal se torne impraticável.¹⁶⁸

Jefferson pensou que o sistema representativo poderia ser complementado e reforçado por essas células políticas, nas quais os cidadãos cuidariam de seus assuntos locais com frequência, não apenas em eleições periódicas. Ele acreditou que por meio dessas “repúblicas elementares” o envolvimento com a vida pública seria facilitado e isso impulsionaria até mesmo a fiscalização da representação nas grandes seções. Essa divisão também serviria para os propósitos de formação do cidadão, uma vez que o aproximaria dos negócios públicos.

No que diz respeito à educação, Jefferson propôs que cada distrito tivesse uma escola elementar na qual todos os alunos receberiam uma educação básica e, os melhores alunos seriam enviados, às custas da comunidade, a uma escola distrital na qual receberiam um grau mais elevado de educação e, destes alunos, os mais promissores seriam enviados às universidades. Assim ele acreditava estar formando, sem

¹⁶⁷ Cf. JEFFERSON, 1964, 92 (Carta a Joseph C. Cabell, 31 de janeiro de 1814).

¹⁶⁸ Tradução modificada (a palavra “substituto” tomou o lugar de “substituída”. O termo em inglês é *substituted* e havia sido traduzido de forma literal como substituído. Contudo, tal tradução confere a esta passagem uma ideia contrária àquela defendida por Jefferson, segundo a qual a representação funciona como um complemento à democracia direta em situações nas quais seu exercício não é possível. A respeito desse mesmo tema ver também a Carta de Jefferson a Joseph C. Cabell, 31 de janeiro de 1814. Cf. JEFFERSON, 1964, 92.

distinção de riqueza e de nascimento, os homens para o exercício das funções públicas.¹⁶⁹ Desse modo, “cada distrito seria assim uma pequena república em si mesma, e cada homem no Estado tornar-se-ia, portanto, um membro ativo do governo comum.”¹⁷⁰ De certo modo, pode-se acusar Jefferson de estar sustentando a formação de uma aristocracia intelectual. De fato, como observa Wills, a ideia de uma meritocracia de virtude e talento era comum entre os pais fundadores.¹⁷¹ Contudo, ao pensar em um sistema de financiamento público para a educação e formação daqueles que seriam os representantes políticos, Jefferson elimina as barreiras econômicas que os cidadãos poderiam enfrentar para chegar a ocupar esses cargos e, assim sendo, embora ele defenda que o governo representativo deva ser composto pelos melhores, democratiza-se o processo de formação dos futuros representantes.

A respeito do papel desempenhado pelo povo no governo, a opinião de Jefferson nada mudou durante o decorrer dos anos. O povo era para ele a fonte de autoridade da nação e, nesse sentido, sua vontade “é o único fundamento legítimo de qualquer governo.”¹⁷² Jefferson, diferentemente de Madison, não teme que a ação popular fira os direitos das minorias. Ele declarou-se completamente favorável a uma democracia majoritária e acreditou que “esse princípio sagrado”, que é a vontade da maioria, deve prevalecer em todos os casos. Mas, “para ser legítima, ela precisa ser razoável” e deve aceitar que “a minoria possui seus direitos iguais, os quais leis iguais devem proteger, e cuja violação seria opressão.”¹⁷³ Como observa Mayer, Jefferson considerou o princípio majoritário uma lei natural, fundada na lei e no direito comum. Esse princípio, tomado como uma lei fundamental em qualquer sociedade que reconhecesse direitos iguais, era o princípio vital das repúblicas.¹⁷⁴ Por essa razão, enquanto muitos de seus compatriotas ficaram alarmados com a rebelião de Shays, Jefferson considerou um sinal de força ao invés de fraqueza que durante todo o período de república tivesse havido apenas uma grande revolta¹⁷⁵ e afirmou ainda

¹⁶⁹ Cf. JEFFERSON, 1964, 94/95. (Carta a John Adams, 28 de outubro de 1813).

¹⁷⁰ JEFFERSON, 1964, 95/96. (Carta a John Cartwright, 05 de junho de 1824).

¹⁷¹ WILLS, 2001, 236.

¹⁷² JEFFERSON, 1964, 76. (Carta a Benjamin Waring, 23 de março de 1801).

¹⁷³ JEFFERSON, 1977, 291 (First Inaugural Address, March 4, 1801). Tradução própria.

¹⁷⁴ Cf. MAYER, 1994, 103.

¹⁷⁵ Cf. JEFFERSON, 1977, 431/432 (Letter to James Madison, December 20, 1787).

que este tipo de turbulência previne a degeneração do governo e nutre a atenção geral aos negócios públicos.¹⁷⁶

Parece então que a teoria da representação delineada por Jefferson aproxima-se do que Urbinati chama de paradigma político da representação. Embora a autora não o mencione, os elementos por ele introduzidos no sistema representativo anteriormente apresentado por Madison são semelhantes àqueles encontrados nas teorias de Paine e Condorcet, talvez com a diferença de que Condorcet, assim como Madison, pensa em instituições que possam mediar a formação da vontade popular. Jefferson esboça algo parecido com a proposta de “repúblicas elementares”, mas não chega a descrever procedimentos para a deliberação e tomada de decisões. Contudo, o modelo de representação Jeffersoniano rompe com a dualidade estado-sociedade anteriormente vista nas obras de Sieyes e de Madison, pois ao propor a divisão do território em pequenas unidades políticas ele permite aos cidadãos responsabilizarem-se pela política, seja exercendo controle e fiscalização sobre seus representantes, seja participando diretamente da vida política em pequenas comunidades. Essa proposta muda a forma de compreender o mandato que, não deixa de ser livre, ou seja, exercido em nome do interesse comum, mas ao aproximar eleitores e eleitos, cria canais para que as reivindicações populares possam facilmente chegar até a representação. Do mesmo modo, a criação de espaços de participação e decisão complementares àqueles das assembléias estaduais e nacional permite que o povo exerça sua soberania em outras instâncias, possibilitando assim a discussão e a deliberação. Dessa forma, verifica-se então que, ao lado da vontade, o povo pode exercer também o seu julgamento.

Não obstante a teoria democrática da representação defendida por Jefferson, segundo Urbinati foi Paine que fez a primeira tentativa consciente de dar uma fundação democrática à representação.¹⁷⁷ A relação entre representação, democracia e soberania popular é desenvolvida por Paine na 2ª parte de *The Rights of Man*. Nesse texto, a conexão destes conceitos se dá a partir da definição de República e da negação de sua compatibilidade com um governo que não seja também em seus fundamentos republicanos. Por essa razão, o capítulo terceiro do livro é a continuação do debate travado entre Paine e Sieyes, o qual havia começado com cartas publicadas nos jornais *Le Republicain* e *Le Moniteur*, em 1791, a respeito da melhor forma de governo para a

¹⁷⁶ Cf. JEFFERSON, 1977, 416/417 (Letter to James Madison, January 30, 1787).

¹⁷⁷ Cf. URBINATI, 2006, 167.

França e da possibilidade de conciliação entre monarquia, república e sistema representativo.¹⁷⁸

Paine nega que a república seja uma forma de governo. Segundo ele, as únicas formas de governo são a monárquica, a aristocrática, a democrática e a representativa, sendo que esta última é entendida como adequação e aperfeiçoamento da democracia direta, aplicável a territórios extensos e populosos. “O que é chamado *república* não é nenhuma *forma particular* de governo. É completamente característico do sentido, matéria ou objeto para o qual o governo deve ser instituído, e sobre o que ele será empregado, *res publica*, os negócios públicos, ou o bem público, ou, literalmente traduzido, *coisa publica*.”¹⁷⁹ Sendo assim, o governo republicano é aquele estabelecido e conduzido em nome do interesse público e, segundo Paine, a melhor forma de governo para se alcançar este fim é a representativa, pois ela conserva os fundamentos democráticos que permitem a uma sociedade governar a si mesma, mas supera os limites da democracia simples com relação à extensão e ao número de habitantes. Desse modo, o sistema representativo consegue abarcar todos os interesses existentes em uma grande sociedade.

Paine utiliza a figura do círculo para explicar como o poder político se realiza em um modelo de representação democrático. Segundo ele, a nação é como “um corpo contido dentro de um círculo, tendo um centro comum em que cada raio se encontra; e o centro é formado por representação.”¹⁸⁰ Uma república democrática presume que todas as funções sejam preenchidas pelo consentimento do povo, por meio de eleições rotativas e também requer a igualdade de direitos políticos. Por essas razões, uma monarquia não pode ser um governo representativo, uma vez que não é um sistema no qual a representação se submete a mudanças constantes e tampouco é baseado na igualdade de direitos entre cidadãos. Ao contrário, trata-se de um sistema hereditário e a hereditariedade é entendida como uma imposição à humanidade,

¹⁷⁸ Cf. SIEYES, 2003, 165-173 (Debate between Sieyes and Tom Paine). De acordo com Elizabeth Badinter e Robert Badinter, a discussão entre Paine e Sieyes em torno da melhor forma de governo não passou de uma “falsa polêmica” a fim de propagar as ideias republicanas. Os autores sustentam que o poder executivo pensado por Sieyes a partir da noção de monarquia poderia ser eleito e, poderia até mesmo ser equiparado a um Primeiro Ministro ou Presidente. Cf. BADINTER, 1988, 335-338. No mesmo sentido, Pasquale Pasquino sustenta que a obra de Sieyes pode ser dividida em a) textos endereçados à opinião pública e, b) textos técnicos destinados à Assembleia. A correspondência com Paine faz parte do primeiro grupo de textos e, no entendimento de Pasquino, buscava mais fazer uma defesa da limitação do poder legislativo do que propriamente da monarquia. Cf. PASQUINO, 1998b, 80.

¹⁷⁹ PAINE, 2009, 177/178. O itálico consta no texto original.

¹⁸⁰ PAINE, 2009, 180/181.

inadequada aos propósitos para os quais um governo é necessário. Diz Paine, “o homem não tem nenhuma autoridade sobre a posteridade em matéria de direito pessoal; e, por conseguinte, nenhum homem ou corpo de homens teve, ou pode ter, o direito de iniciar governos hereditários.”¹⁸¹

Para Paine qualquer sistema hereditário contrapõe-se ao governo representativo democrático, pois “o governo não é um negócio que qualquer homem ou corpo de homens tem o direito de iniciar e exercer para seu próprio proveito, mas é de modo geral a confiança, em direito daqueles por quem esta confiança foi delegada, e por quem ela é sempre recuperável.”¹⁸²

Esse caráter de recuperação da confiança entregue à representação eleita é fundamental para caracterizar um sistema representativo como democrático. A confiança que pode ser retomada é o critério de distinção entre um mandato livre e um mandato no qual os representados exercem controle sobre os seus representantes. É exatamente isso que define a forma como Paine compreende a soberania. O direito de soberania “pertence à nação apenas, e não a qualquer indivíduo; e uma nação tem em todo tempo um direito inerente, irrevogável de abolir qualquer forma de governo que ela ache inconveniente.”¹⁸³ Os cidadãos são soberanos por serem parte da nação e, “a autoridade soberana em qualquer país é o poder de fazer as leis.”¹⁸⁴

Ele considera que “quando assuntos públicos são abertos ao debate e o julgamento público é livre, não será decidido erradamente a menos que seja decidido apressadamente.”¹⁸⁵ Portanto, em Paine o grande inimigo do interesse público não é a ação popular movida por paixões ou interesses, mas é a participação não mediada por procedimentos, os quais têm a função de acalmar as paixões e permitir que o julgamento, além da vontade, faça parte da soberania. Por isso que na teoria política de Paine, como observa Urbinati, a soberania não é um ato de vontade ou algo que antecede a constituição, mas sim um processo de unificação das opiniões por meio de critérios de interesse geral e de procedimentos de consentimento.¹⁸⁶

A proposta de Paine de conciliação entre democracia e representação recebe formas ainda mais definidas na obra de Condorcet.

¹⁸¹ PAINE, 2009, 172.

¹⁸² PAINE, 2009, 187.

¹⁸³ PAINE, 2009, 150.

¹⁸⁴ PAINE, 2009, 202.

¹⁸⁵ PAINE, 2009, 189.

¹⁸⁶ Cf. URBINATI, 2006, 168.

Ao dedicar-se à redação de uma Constituição para a recém criada República da França, Condorcet teve em mente que estava diante da árdua tarefa de regular uma sociedade pós-revolução, uma sociedade que se encontrava no limiar, entre a atividade política genuína, originária, e a necessidade de estabelecimento de um novo conjunto de normas capazes de trazer estabilidade. Contudo, *a grande questão era produzir estabilidade sem enfraquecer o envolvimento dos cidadãos com a vida pública.*¹⁸⁷

Na proposta condorcetiana a representação assume um caráter completamente diferente daquele visto anteriormente nas teorias políticas de Sieyes e de Madison. A representação proposta por esses autores foi uma tentativa de tornar o processo de decisão o mais indireto possível, a fim de evitar a interferência das paixões e interesses pessoais na formação da vontade geral. Em razão do temor despertado pela possível ação da paixão na vida pública, a participação intensa dos cidadãos na política foi sempre objeto de preocupação de grande parte dos pensadores políticos das sociedades pós-revolucionárias. *Para Condorcet, todavia, o problema não é a participação em si, mas a ausência de regras que a regulem.* O verdadeiro obstáculo ao bom funcionamento da ordem social é então a decisão sem mediação e não a participação popular. Sua meta foi “prevenir a participação ‘imprudente’ pelos cidadãos ou por seus representantes, expostos à ignorância, a interesses sectários e à intemperança das paixões.”¹⁸⁸ A fim de evitar esse tipo de problema, o autor propôs em seu *Projet de Constitution* a multiplicação dos locais de debate e um complexo sistema de aumento do tempo para a tomada de decisões, criando assim outro modo de formação indireta da vontade.

O ideal de soberania popular é a ponte entre a forma (representativa) e o conteúdo da Constituição condorcetiana, pois ao mesmo tempo em que a participação popular é o objeto e o sustentáculo da República, ela é também um dos principais direitos reconhecidos pela Constituição. O direito de soberania compreendia muitos direitos e não somente a possibilidade de escolher candidatos e eleger representantes, mas também de revisar a constituição de tempos em tempos, de sugerir emendas constitucionais a qualquer tempo e de propor novas leis, o que se pode chamar de poderes positivos. Os cidadãos poderiam ainda rejeitar leis e medidas contrárias aos seus direitos e interesses e, em

¹⁸⁷ Como se mostrará no terceiro capítulo, essa meta foi brilhantemente alcançada pelo autor em seu *Plan de Constitution*.

¹⁸⁸ URBINATI, 2006, 183.

algumas ocasiões especificadas por normas e critérios rigorosos, provocar novas eleições. Nesse sentido, exerciam uma espécie de poderes negativos.¹⁸⁹

Em uma constituição verdadeiramente livre, diz ele, “não somente todo poder emana do povo, e se refere à vontade unânime de se submeter à opinião da maioria (...) mas também toda a força dos poderes delegados se reduz àquela do próprio povo, de modo que ela cai necessariamente com sua confiança (...).¹⁹⁰ Assim sendo, a formação da vontade soberana ocorre por meio de deliberações mediadas por procedimentos que estabelecem critérios objetivos a respeito do tempo e do lugar, mas também, de certo modo, do conteúdo daquilo que será deliberado, uma vez que, caso os cidadãos considerem que seus representantes estão afrontando seus direitos ou a própria constituição, podem destituí-los de seus cargos.

Com este desenho político-institucional, Condorcet acreditou estar prevenindo a flutuação fortuita do povo entre um estado de despolitização passiva e um estado de mobilização extralegal. Ele buscou conciliar o grande espaço do governo representativo com pequenos espaços de participação política. Desse modo, assim como Paine, Condorcet baseia seu conceito de soberania popular não apenas na vontade, mas também no julgamento ao conceder ao povo o direito de deliberar e criar espaços para que a deliberação se torne possível. Tal forma de compreender a representação e a soberania popular fazem da teoria da representação de Condorcet o principal exemplo do que Urbinati considera o paradigma político de representação.

O paradigma político de representação permite conciliar representação e democracia direta. Acredito que essa conciliação é fundamental para se enfrentar os problemas oriundos da relação entre constituição e democracia, pois sempre que se depara com questões políticas que demandam decisões relevantes, principalmente a respeito de direitos fundamentais, tem predominado nas teorias políticas e constitucionais o posicionamento favorável à exclusão desses temas do debate político invocando-se as falhas da democracia representativa como motivo. Então, um modelo de democracia no qual essas falhas são corrigidas possui naturalmente mais força para reivindicar para si a decisão sobre esses temas.

¹⁸⁹ O papel de cada um desses poderes no exercício da soberania será analisado no capítulo terceiro.

¹⁹⁰ CONDORCET, 1847, X, 611.

1.2.2 - Povo

A definição do conceito de povo é de fundamental importância para a discussão acerca da relação entre constituição e democracia. Para examinar esse conceito nas teorias constitucionalistas modernas, adoto a distinção feita por Pinzani entre *povo em sentido diacrônico* (povo entendido de forma abstrata, compreende a geração presente, as passadas e as futuras) e *povo em sentido sincrônico* (indivíduos concretos que formam neste momento o corpo de cidadãos).¹⁹¹ Pinzani equipara o povo diacrônico à vontade geral de Rousseau, aquela que transcende as vontades particulares dos indivíduos, e o povo sincrônico à vontade de todos, equivalente à vontade de todos os indivíduos concretos que formam o corpo de cidadãos em um determinado momento histórico. Segundo ele, a dificuldade de se assumir a perspectiva do povo diacrônico é a de não se conseguir chegar à definição de vontade geral, pois se torna difícil até mesmo estabelecer quem é o povo; o risco da perspectiva do povo sincrônico seria o da tirania da maioria ou, para evitar que a maioria seja tirânica, se retira da agenda de debate um rol de temas (os direitos fundamentais) e chega-se justamente ao dilema que a presente tese enfrenta – a sobreposição da constituição à democracia.

Nesse sentido, as teorias que estabelecem critérios rigorosos para as alterações constitucionais filiar-se-iam à concepção diacrônica, porque impingem aos homens de hoje que sejam governados por uma vontade que deve perpassar várias gerações. O prefácio da Constituição americana traz um bom exemplo disso ao afirmar que aquele documento destina-se à geração presente e também à posteridade:

Nós o Povo dos Estados Unidos, a fim de formar a mais perfeita União, estabelecer a Justiça, assegurar a Tranquilidade doméstica, proporcionar a defesa comum, promover o Bem-estar geral e assegurar os Benefícios da Liberdade para nós e para a nossa Posteridade, ordenamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.¹⁹²

¹⁹¹ Cf. PINZANI, 2013. (Trata-se de um texto ainda inédito e que foi aceito para publicação na Revista Lua Nova. Foi gentilmente cedido pelo autor).

¹⁹²The Constitution of the United States. As letras maiúsculas foram mantidas como no texto original.

A teoria política e constitucional de Madison, criadora e criatura da Constituição de 1787, comunga desta concepção de povo. Seu apelo à estabilidade em detrimento da concessão aos cidadãos do direito de mudanças nas leis e na constituição, feito tanto no *Federalista* nº 49 quanto em sua correspondência com Jefferson, mostra que quando ele se refere ao povo como soberano ele não tem em mente apenas os cidadãos de seu tempo, mas também as várias gerações que irão usufruir dos benefícios de um governo livre e estável.

Ao responder a Jefferson contestando a tese de que a terra pertence aos vivos e, portanto, que o povo tem o direito de mudar as leis e a constituição, Madison formulou seu argumento considerando que os atos da sociedade política podem ser divididos em três classes: a) a constituição fundamental do governo; b) leis envolvendo condições que as tornam irrevogáveis pela vontade do legislativo e, c) leis revogáveis. Quanto à questão da constituição fundamental do governo, ele novamente considerou que revisões periódicas poderiam produzir facções e isso tornaria o governo instável; com respeito à irrevogabilidade de determinadas leis, ele considerou que as melhorias feitas pelos mortos formam uma espécie de encargo para os vivos que se beneficiaram delas e, por esta razão, benefícios e encargos devem ser assumidos conjuntamente; por fim, a respeito da alteração constante de leis comuns ele manifestou seu receio de que mudanças frequentes gerassem na população a sensação de insegurança com relação aos seus direitos. Então ele conclui que a única solução encontrada para este problema é reconhecer um consentimento tácito “para estabelecer Constituições e leis, e esse consentimento pode ser inferido onde nenhuma discordância positiva aparecer.”¹⁹³ Ao afirmar que as melhorias feitas pelos mortos são um encargo para os vivos, Madison está acentuando o aspecto da responsabilidade e não meramente dos direitos, que a geração presente tem com aquilo que foi construído pelas gerações passadas e que também será legado para as gerações futuras.

Ainda dentro da perspectiva do povo diacrônico, pode ser inserida a teoria de Sieyes. Embora o autor tenha substituído o ideal de soberania do povo pelo de soberania da nação, aqui os termos podem ser tomados como equivalentes. A opção pelo monarca hereditário feita por Sieyes, considerado o ponto no qual o governo termina, traduz perfeitamente uma intenção de proporcionar à forma e ao conteúdo da constituição uma certa durabilidade. Assim como Madison, Sieyes ressalta o aspecto da responsabilidade em detrimento daquele dos

¹⁹³ MADISON, 1790. (Letter to Thomas Jefferson, February. 4. 1790).

direitos de fazer mudanças. É assim que ele justifica sua preferência por um governo monárquico ao invés do republicano. Segundo ele, a diferença entre esses dois modelos é a diferença “entre uma decisão individual responsável, recusada por uma vontade eleitoral irresponsável, e uma decisão por uma maioria despida de toda responsabilidade legal.”¹⁹⁴ Parece então que a responsabilidade deve aumentar à medida que o agente aproxima-se das atribuições de governo e, neste sentido Sieyes estabelece várias distinções. A primeira delas se verifica no próprio conceito de povo. Quem é o povo de Sieyes? De modo geral, todos os cidadãos, mas quando se trata de tomar decisões, apenas os eleitores (homens adultos, nacionais e proprietários) pois, segundo ele, o exercício do poder público não é apenas um direito, mas um dever para o qual nem todos possuem as qualificações necessárias.¹⁹⁵

Como ressalta Pasquino, a engenharia constitucional de Sieyes é voltada primeiramente para a limitação do poder político. É isso que marca seus posicionamentos a favor de uma forma de governo ou de outra ao longo da história da França revolucionária, ou seja, a grande preocupação do abade é qual ator político terá mais condições de assegurar o governo limitado. Nesse sentido, Pasquino ressalta que a própria distinção feita entre poder constituinte e poder constituído atende a esse propósito na medida em que o poder constituinte e a “superlegalidade” atribuída à constituição figuram como um limite colocado ao legislativo ordinário, uma vez que Sieyes, assim como Madison, mantinha uma profunda desconfiança da ação de corpos representativos muito numerosos, tal qual a assembleia legislativa francesa de sua época.¹⁹⁶ Isso transforma o próprio conceito de poder constituinte, cujo dinamismo e sincronismo é inerente, em um ideal estático e diacrônico, pois de poder fundante ele passa a figurar também e na maior parte do tempo como o poder que serve de referencial e limite à política ordinária no intuito de frear possíveis ações irresponsáveis.

Por outro lado, as teorias que concebem a constituição como um documento aberto a mudanças adotariam uma concepção sincrônica de povo, pois deixariam aos cidadãos presentes as decisões tanto sobre a forma quanto sobre o conteúdo político e sobre direitos. A esta concepção podem ser associadas as teorias de Jefferson, Paine e

¹⁹⁴ SIEYES, 2003, 169/170.

¹⁹⁵ Cf. SIEYES, 1994, 199/200 (Préliminaire de la Constitution).

¹⁹⁶ PASQUINO, 1998b, 75.

Condorcet. A tese do direito dos vivos contra a autoridade dos mortos foi defendida por Jefferson e Paine em termos muito semelhantes.

Jefferson apresentou essa ideia pela primeira vez em uma carta enviada a Madison em setembro de 1789, na qual ele considerou que a questão a respeito de uma geração de homens ter o direito de obrigar a outra toca em princípios fundamentais de todo governo e, em seu entendimento, uma obrigação como essa não pode ser transmitida de uma geração para a outra pois, “*a terra pertence em usufruto aos vivos*”: os mortos não têm poderes ou direitos sobre ela.”¹⁹⁷ Usando os direitos de propriedade como exemplo, Jefferson observou que qualquer direito que as pessoas tenham enquanto vivas cessa após a sua morte. Ele calculou que dezenove anos era a média do tempo de vida de uma geração e, por conseguinte, este seria o termo além do qual nem representantes de uma nação, nem toda a nação em assembleia poderia validadamente estender um compromisso. Logo, nenhuma sociedade pode fazer uma constituição perpétua, nem mesmo uma lei perpétua. Cada constituição e cada lei expiram ao final de dezenove anos e se elas mantiverem-se em vigor após esse período será pela força e não pelo direito.¹⁹⁸

Jefferson continuou a defender esta tese ao longo de sua vida e obra como político. Em 1816 em uma carta enviada a Samuel Kercheval, ele defendeu novamente que

[c]ada geração é tão independente da que a precedeu como esta de todas as outras que passaram antes. Ela tem, pois, como as outras, o direito de escolher para si a forma de governo que acredita promover sua própria felicidade, consequentemente, de acomodar-se às circunstâncias em que se encontra e que recebeu de seus predecessores; e é para a paz e o bem dos homens que uma solene oportunidade de fazer isto a cada dezenove ou vinte anos deve ser estabelecida na Constituição, de modo que possa ser transmitida, com reparos periódicos, de geração a geração até ao fim dos tempos, se qualquer coisa humana pode persistir tanto tempo...¹⁹⁹

¹⁹⁷ JEFFERSON, 1977, 445 (Letter to James Madison, September 6, 1789).

¹⁹⁸ Cf. JEFFERSON, 1977, 445-451 (Letter to James Madison, September 6, 1789).

¹⁹⁹ JEFFERSON, 1964, 118. (Carta a Samuel Kercheval, 12 de julho de 1816).

Posteriormente, em 1824, escrevendo a John Cartwright, retomou a ideia de que a terra pertence aos vivos, reiterando o argumento que ele havia apresentado para Madison, mas com duas importantes diferenças: ele não mais se referiu ao período de dezenove anos ou a qualquer outro como o período de vida de uma geração, e ele aparentemente aceitou o argumento de Madison a respeito do consentimento tácito.²⁰⁰

Naquilo que poderia ser considerada uma resposta a Madison a respeito dos deveres que são advindos juntamente com os melhoramentos, Paine coloca a seguinte questão: “quando um homem deixa uma propriedade para seus herdeiros, ele não a conecta com uma obrigação que eles devem aceitar. Por que faríamos isso com respeito a constituições?”²⁰¹ Aqui é Paine quem recorre à posteridade, mas, de forma contrária a Madison, ele faz isso justamente para afirmar que “os direitos do homem são os direitos de todas as gerações de homens e não podem ser monopolizados por nenhuma.”²⁰² Ou seja, não é permitido ao povo de uma determinada época determinar quais serão os direitos e qual será a forma de governo de seus sucessores. Neste sentido, a ênfase recai sobre o direito de mudar e não sobre o dever de preservar aquilo que já está estabelecido.

Isso é o que se verifica também na obra de Condorcet. O autor acredita que mudar a constituição é um dos direitos mais básicos dos cidadãos. Inclusive inclui esse direito em seu *Projet de Déclaration des Droits* de 1793, afirmando que “uma geração não tem o direito de submeter às suas leis as gerações futuras.”²⁰³ Ele estende o direito de mudança até mesmo para os direitos fundamentais do homem. Na sua *Déclaration des Droits* de 1789 ele já havia reconhecido que uma declaração de direitos bem precisa é uma “obra semelhante, neste aspecto, aos quadros que representam o movimento dos astros, podem apenas alcançar sua perfeição com o tempo, com a colaboração de muitas mãos, e de uma longa sequência de correções, fruto de um exame metucioso e refletido.”²⁰⁴

Estabelece-se então uma tensão entre deveres/responsabilidades e direitos. Por um lado, uma concepção diacrônica de povo conecta-se ao dever e à responsabilidade de manutenção do projeto político e dos direitos afirmados por uma geração, associando esta manutenção com um ideal de interesse comum ou de vontade geral e, compreendendo o

²⁰⁰ Cf. JEFFERSON, 1977, 577-582 (Letter to John Cartwright, June 5, 1824).

²⁰¹ PAINE, 2009, 204.

²⁰² PAINE, 2009, 204.

²⁰³ CONDORCET, 1847, XII, 422.

²⁰⁴ CONDORCET, 1847, IX, 179/180.

povo deste modo corre-se o risco de não se chegar a um conceito de vontade geral, tendo em vista a dificuldade de se estabelecer um modo de determinar uma vontade intergeracional. Por outro lado uma concepção sincrônica estaria vinculada ao direito de mudança, o qual automaticamente remete ao medo de que as alterações possam causar retrocessos políticos, sociais e a perda ou restrição de direitos.

Este capítulo pautou-se na história e em algumas das principais teorias políticas e constitucionais da modernidade para identificar conceitos que se pretende utilizar como base para chegar a um modelo de democracia constitucional capaz de lidar com as tensões entre direito e política sem que haja o predomínio de um elemento sobre o outro.

As teorias estudadas, tanto americanas quanto francesas, apresentam em praticamente todos os pontos analisados posicionamentos opostos ou conflituosos. As diferenças entre elas foram exploradas a fim de demonstrar que naquele debate havia um conceito de democracia constitucional distinto do que tem predominado nas teorias contemporâneas. Nesse sentido, na seção 1.1 reconsiderou-se o conceito de constituição assumindo-o, primeiramente, como uma estrutura política, dentro da qual a limitação do poder político e a proteção dos direitos se inserem e são tomados como seus principais elementos. Observou-se que dentre as teorias apresentadas, existem aquelas que desenvolvem uma estrutura de controle do poder político na qual a participação popular é de grande relevância e que conferem a proteção dos direitos não apenas a órgãos jurisdicionais, mas a órgãos políticos, capacitando-os com mecanismos adequados para a realização desta proteção.

Na seção 1.2 o conceito de democracia foi revisitado a partir de dois elementos, soberania popular e povo. Considerando que o conceito de democracia constitucional ancora-se no modelo representativo de democracia, considerou-se que, para apresentar respostas satisfatórias ao conflito entre direito e política seria necessário buscar um modelo de democracia no qual a representação e a participação política dos cidadãos pudessem coadunar-se. Desse modo, este modelo deveria conter um conceito de soberania popular que abarcasse tanto a vontade quanto o julgamento dos cidadãos e, nesse caso, o julgamento significa a capacidade de avaliar racionalmente e opinar sobre as decisões políticas relevantes. Além disso, identificou-se duas formas de se compreender o povo, principal agente da soberania. Do ponto de vista diacrônico, o povo aparece como limitado em sua soberania pela constituição, a fim de que os direitos protegidos constitucionalmente não sejam afrontados

ou violados por uma ação potencialmente irresponsável. Do ponto de vista sincrônico a ação popular é tomada como responsável e os direitos estão disponíveis para o debate político, de modo que a constituição não é apresentada como uma restrição.

Os argumentos e os conceitos aqui apresentados servirão de fundamento para a discussão realizada nos próximos capítulos. No próximo capítulo, mostra-se como os argumentos divergentes deste debate iniciado há mais de duzentos anos são, *mutatis mutandis*, retomados na discussão contemporânea acerca da relação entre constituição e democracia. Sendo assim, o segundo capítulo mostra como este debate se atualiza e como novos argumentos e nuances mais complexas são acrescentadas. Os conceitos delineados serão retomados no terceiro capítulo, quando servirão de base para se buscar um modelo de democracia constitucional que responda aos problemas relacionados à tensão entre direito e política, constituição e democracia.

Capítulo II – O debate contemporâneo acerca do paradoxo da democracia constitucional

O paradoxo da democracia constitucional, assim denominado pelos constitucionalistas contemporâneos, pode ser definido como uma tensão existente entre o constitucionalismo, que consiste no ideal de governo limitado pela lei cuja atribuição precípua é a proteção aos direitos fundamentais, e a democracia, conceito que abriga o ideal do governo pela ação do povo. Essa tensão, como se viu no capítulo anterior, surge juntamente com o constitucionalismo moderno no século XVIII.

Neste capítulo pretendo mostrar como os problemas enfrentados pelos teóricos do início do constitucionalismo continuam a se colocar para as teorias contemporâneas, quais sejam, como impulsionar a prática da democracia e da soberania popular, consideradas fonte de legitimidade do poder político, sem deixar que os direitos e garantias fundamentais, assim como o próprio processo democrático, sejam violados.

Essa discussão depara-se, contudo, com elementos que acrescentam complexidade ao embate. Como já visto, as constituições modernas, sobretudo no caso dos Estados Unidos e da França, criam, por meio de um ato de vontade do povo, a forma de governo e de exercício do poder político, além de reconhecer e oferecer proteção especial aos direitos naturais. Predominava nessas constituições um caráter prescritivo, no sentido de que estabeleciam o modo de ser de um Estado e de um povo. Esse caráter prescritivo, todavia, não reduzia a constituição meramente a uma norma jurídica (centrada na forma de proteção dos direitos), mas tomava-a também como uma estrutura política na qual estava contida a forma de exercício do poder e, por essa razão, o aspecto político relacionado à soberania popular também era enfatizado. Nem mesmo no caso da constituição norte-americana, cujo caráter de norma jurídica foi ressaltado desde o início com a criação de uma instituição responsável pela jurisdição constitucional (a Suprema Corte) com a atribuição de proteger os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, o aspecto político da constituição foi minimizado.²⁰⁵

²⁰⁵ Não tenho a pretensão de fazer uma reconstrução histórica das mudanças no conceito de constituição, mas apenas apontar para aspectos que assumem relevância na discussão atual. Para uma reconstrução histórica desse conceito ver: MOHNAUPT; GRIMM, 2002; FIORAVANTI, 2001; McILWAIN, 2007.

Hodiernamente, historiadores do conceito de constituição têm apontado para uma acentuação da compreensão da constituição como uma norma jurídica, enfatizando a proteção aos direitos e relegando a segundo plano os aspectos políticos que dizem respeito diretamente ao exercício da soberania popular. Isso se verifica sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, quando praticamente todas as democracias ocidentais introduziram ou fortaleceram em suas constituições a jurisdição constitucional, cuja finalidade é funcionar como um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais em face de uma possível atuação legislativa contrária a estes direitos.²⁰⁶

Quando os direitos fundamentais passaram a ser o elemento predominante no constitucionalismo ocorreu também uma mudança na forma de se compreender a constituição. Como observa Pasquino, a constitucionalização dos direitos fundamentais, considerados princípios de justiça, faz com que a constituição seja mais do que um mecanismo que afirma direitos e estabelece procedimentos para o exercício da soberania popular e limites ao governo. Ela passa a ser um “conjunto de normas com conteúdo ético e algumas vezes até mesmo valor programático.”²⁰⁷ Isso favorece uma leitura legalista da constituição e acentua a participação dos tribunais constitucionais na interpretação deste documento porque os princípios são normas jurídicas que em caso de conflito dependem da ponderação para sua aplicação. Diferentemente do que ocorre com o conflito entre regras jurídicas, no qual uma será declarada nula, os princípios nunca são inválidos, eles apenas aplicam-se ou não a um determinado caso.²⁰⁸ Como consequência da adoção do paradigma legalista, tem-se, como aponta Bercovici, uma crise na Teoria da Constituição, caracterizada pela despolitização da própria constituição por meio dos excessos tanto da normatização quanto do controle judicial sobre a constituição.²⁰⁹

Isso tem acentuado a polarização, dentro da filosofia política, entre constitucionalismo e soberania popular, colocando em cena conceitos distintos de democracia. De um lado, os defensores do constitucionalismo sustentam que é impossível haver democracia sem que se estabeleçam limites ao exercício da soberania popular, uma vez que quando direitos e liberdades básicos não são respeitados, então o próprio ideal democrático também não o é. Por outro lado, defensores

²⁰⁶ Cf. MOHNAUPT; GRIMM, 2002, p. 152-153.

²⁰⁷ PASQUINO, 1998a, 48.

²⁰⁸ Cf. DWORKIN, 2002, 24-72.

²⁰⁹ Cf. BERCOVICI, 2003, 75-150.

do ideal democrático sustentam que o estabelecimento de limites ao debate político por meio do entrincheiramento de direitos em constituições, e da conseqüente retirada desses temas da discussão, relegando a decisão a respeito desses temas para outras instituições, fere o princípio da soberania popular e isso, por sua vez, também afronta a própria democracia.

A seguir, apresento os principais argumentos desse debate a partir do estudo das teses de dois autores que entendo serem bons representantes das posições em debate. Os argumentos em prol do constitucionalismo serão estudados a partir das teses de Stephen Holmes e os argumentos em prol da soberania popular serão examinados a partir da teoria de Jeremy Waldron.

2.1. O constitucionalismo e a salvaguarda dos direitos fundamentais

O ideal constitucionalista está relacionado à limitação do poder político. No debate contemporâneo, essa limitação dirige-se, sobretudo, à atuação legislativa, que é tomada como possível violadora de direitos fundamentais. Autores que se dedicam à história e ao conceito deste tema ressaltam seu aspecto de limitação ou restrição. Nesse sentido, McIlwain, em seu clássico estudo sobre a história do constitucionalismo, sustenta que em todas as fases do constitucionalismo o elemento que mais se destaca é a “limitação legal sobre o governo.”²¹⁰ Outras definições deste conceito, do mesmo modo, chamam a atenção para este elemento. Gordon sustenta que o termo constitucionalismo é usado “para denotar que o poder coercitivo do Estado é restringido.”²¹¹ Sajó define o constitucionalismo como “um conjunto de princípios, modos e arranjos institucionais que foram usados tradicionalmente para limitar o governo” e que deve servir como “um limite à democracia funcionando descontroladamente.”²¹² Dworkin entende que o constitucionalismo é “um sistema que institui direitos individuais legais que a legislatura dominante não tem poder para anular ou comprometer.”²¹³

Um dos modos que tem sido adotado para justificar a legitimidade das restrições constitucionais à soberania popular é o

²¹⁰ McILWAIN, 2007, 21.

²¹¹ GORDON, 1999, 5.

²¹² SAJÓ, 1999, xiv.

²¹³ DWORIN, 1995, 02.

recurso à teoria do pré-compromisso, segundo a qual as limitações constitucionais são restrições auto-impostas e, por essa razão, não há comprometimento do elemento volitivo que confere legitimidade à retirada de alguns temas do debate político.

Desde os anos de 1960, quando Hayek considerou que a constituição é um mecanismo que permite o “apelo do povo bêbado ao povo sóbrio”²¹⁴, a ideia do pré-compromisso constitucional tem sido utilizada para indicar a harmonização desses dois ideais. No final dos anos de 1970 e durante as duas décadas seguintes, a ideia de pré-compromisso voltou ao centro do debate da filosofia constitucional com a comparação que se estabeleceu entre o pré-compromisso e o mito de Ulisses, retomada de Spinoza²¹⁵ por Elster²¹⁶ e também por Holmes.²¹⁷

Tal como o mito é narrado por Homero, Ulisses, em sua viagem de retorno para Ítaca, queria ouvir o canto das sereias. Mas tinha consciência de sua falibilidade ao ouvir a melodia, então, deu ordens bastante precisas à sua tripulação (que deveria estar com os ouvidos tapados) para atá-lo ao mastro de seu navio e não soltá-lo, nem mesmo se ele reformulasse sua intenção original e desse novas ordens, deveria permanecer atado ao mastro até que se afastassem do perigo. Do mesmo modo, usa-se a figura de uma pessoa sóbria que, antes de começar a beber entrega a chave do carro para um amigo por saber que ao final da noite não terá discernimento para tomar a decisão mais prudente. Os exemplos de Ulisses e do bêbado aproximam-se do ideal defendido pelo constitucionalismo quando estabelece que as normas constitucionais que protegem direitos, tendo sido estabelecidas por meio de decisões racionais, devem permanecer de fora da discussão política eventualmente realizada em momentos de comoção social ou falta de racionalidade.

Segundo Elster, “a estratégia de Ulisses consiste em comprometer as gerações posteriores estabelecendo uma constituição que inclua cláusulas que lhes impeçam de alterá-la facilmente.”²¹⁸ Holmes, ao explicar essas metáforas recorda que elas equiparam a constituição ao agente racional do seguinte modo:

A constituição é Pedro sóbrio enquanto o eleitorado é Pedro bêbado. Cidadãos precisam de

²¹⁴ HAYEK, 2011, 268.

²¹⁵ Cf. SPINOZA, 1994.

²¹⁶ Cf. ELSTER, 1989.

²¹⁷ HOLMES, 1988b, 195-240.

²¹⁸ ELSTER, 1989, 160.

uma constituição assim como Ulisses precisava ser atado ao seu mastro. Se fosse permitido aos eleitores conseguir aquilo que desejam, eles inevitavelmente naufragariam. Ao vincular a si mesmos a normas rígidas, eles evitam tropeçar em seus próprios pés.²¹⁹

Ao se analisar essa estratégia, percebe-se que ela reforça o caráter restritivo da constituição em termos de uma autolimitação para afirmar que a tensão entre constituição e democracia, reconhecida por autores do constitucionalismo moderno como Jefferson e Madison, na realidade não existe, pois a constituição é uma limitação colocada pelo povo sobre si mesmo, cujas restrições são necessárias para assegurar o exercício da liberdade (dos antigos) e das liberdades (dos modernos).

A assunção dessa perspectiva está ancorada em determinadas concepções de constituição, povo e democracia, as quais serão analisadas a partir dos argumentos apresentados por Holmes.²²⁰ Partindo da tese apresentada por Ely em *Democracy and Distrust*²²¹, segundo a

²¹⁹ HOLMES, 1988b, 196. Esse não é exatamente o enfoque dado por Holmes ao pré-compromisso constitucional, como se verá a seguir. O autor usa essa definição apenas para ilustrar como o tema é mais frequentemente abordado.

²²⁰ A teoria de Holmes é tomada como exemplo porque apresenta de forma bastante clara o que se pode chamar de “tese constitucionalista” no que diz respeito à relação entre constituição e democracia, a saber, de que a democracia e a soberania popular devem ser limitadas a fim de proteger os direitos fundamentais. Muitos outros autores compartilham este entendimento, como por exemplo, aqueles que vem sendo chamados em países como o Brasil, Itália e Espanha de neoconstitucionalistas. O neoconstitucionalismo é definido por Miguel Carbonell como um “termo ou conceito que explica um fenômeno relativamente novo dentro do Estado constitucional contemporâneo” que pode ser caracterizado pela reunião de teorias que enfrentam as seguintes questões: a) a tentativa de explicar o surgimento de textos constitucionais, a partir da segunda metade do século XX, que não se limitam a estabelecer as competências do Estado ou a promover a separação e controle do poder político, mas também contêm uma grande quantidade de normas cujo conteúdo condiciona a atuação do Estado, ou seja, um amplo rol de direitos fundamentais apresentados como princípios ou valores; b) inovação no exercício das práticas jurisprudenciais, que passam a se deparar com a necessidade de interpretar esses princípios e valores abstratos, fazendo com que entrem em cena novas técnicas de interpretação, a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade e a ampliação dos efeitos normativos dos direitos fundamentais; c) o desenvolvimento de novas teorias, baseadas em textos constitucionais cujo aspecto substantivo é predominante, cujo objetivo não é apenas explicar um fenômeno jurídico, mas também criá-lo, de modo que “se constitui como uma espécie de meta-garantia do ordenamento jurídico em seu conjunto.” São considerados neoconstitucionalistas autores de diversas vertentes teóricas como Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Santiago Nino, Roberty Alexy e Ronald Dworkin, entre outros.

Cf. CARBONELL, 2007, 09-11.

²²¹ John Hart Ely, que é comumente apontado como o mais influente expoente da visão procedimentalista da democracia constitucional. Em um livro de 1980, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, ele critica o que chama de tese dos “valores

qual as constituições e as restrições impostas ao debate político não são antidemocráticas, mas, ao contrário, reforçam a democracia, Holmes assume uma postura que pode ser chamada de “madisoniana”, muito embora negue uma tensão que Madison certamente reconheceu.

2.1.1 - Constituição

Holmes, ao prefaciar o livro de Sajó define as constituições como “ordens de restrições gigantescas motivadas por uma paixão pela prevenção. Elas são impelidas pelo desejo de escapar de resultados políticos perigosos e desagradáveis.”²²² Alguns anos antes, Holmes já havia assumido o posicionamento sustentado por Madison segundo o qual a Constituição é um mecanismo que limita o poder, mas que também o cria e organiza as regras de seu funcionamento. Nesse sentido, o estabelecimento de um rol de temas inatingíveis pelas decisões populares, como os direitos e garantias fundamentais e procedimentais, é necessário para proteger o próprio processo de participação política.²²³ O autor insere a discussão a respeito das limitações constitucionais na perspectiva intergeracional e busca justificar porque as gerações passadas têm o direito de criar normas para as gerações futuras, ou seja, ele apresenta argumentos favoráveis ao modelo do pré-compromisso constitucional.

A teoria do pré-compromisso é uma tentativa de resposta ao que Elster definiu como o paradoxo da democracia (constitucional), a saber, “cada geração deseja ser livre para obrigar seus sucessores, mas não quer ser obrigada pelos seus predecessores.”²²⁴ No entendimento de Holmes, as normas herdadas do passado, ou o pré-compromisso

fundamentais” de acordo com a qual as cortes constitucionais têm poderes para invalidar a legislação que infringe os princípios-chave consagrados na constituição. Ely propõe um enfoque alternativo: em seu entendimento o que as cortes constitucionais deveriam realmente fazer é assegurar que o processo político, que é o mecanismo por meio do qual esses valores são propriamente identificados, pesados e acomodados, esteja aberto para todos os pontos de vista de forma igual. As restrições constitucionais funcionariam então como proteções ao próprio processo democrático e as cortes constitucionais teriam a atribuição de guardar a democracia. Cf. ELY, 1997. Holmes parte da conclusão de Ely, mas considera que o constitucionalista, por limitar-se à análise das controvérsias jurídicas contemporâneas, não consegue o suporte teórico necessário para sustentar sua tese. Por essa razão, Holmes volta os olhos para os argumentos apresentados pela teoria política e constitucional moderna. Cf. HOLMES, 1988b, 198.

²²² SAJÓ, 1999, x.

²²³ HOLMES, 1988b, 215-218.

²²⁴ ELSTER, 1989, p.159.

constitucional, não devem ser entendidas como um fardo, haja vista possuírem também um aspecto positivo e constitutivo. A posição de Holmes é sustentada a partir de três principais argumentos.

Primeiramente, ele defende que o pré-compromisso constitucional permite a “divisão intergeracional do trabalho”, proporcionando vantagens tais como a organização da vida política para as futuras gerações ao criar instituições e procedimentos que nortearão o exercício do poder político em sociedade. Sendo assim, uma estrutura política herdada pode fortalecer e estabilizar a democracia ao liberar a geração presente de ter que se ocupar constantemente com a fundação de uma estrutura básica para a vida política. Nesse sentido, haveria uma dependência da soberania popular presente com o pré-compromisso do passado. Para Holmes, a crítica formulada por Jefferson e Paine contra as obrigações (constituições) impostas a uma geração pela predecessora, a qual ele considera “intoxicada pela garantia do progresso”, falha justamente por não entender a importância do papel organizacional desempenhado pela constituição, que pode desincumbir as gerações futuras. Assim, a herança do passado não é vista como um fardo, mas como algo que desobriga da tarefa de se dedicar constantemente a uma nova fundação.²²⁵

Um segundo argumento é apresentado por Holmes em face da dessemelhança apontada por Elster entre a ação política dos fundadores (poder constituinte) e a ação política das gerações subsequentes (poder constituído).²²⁶ Holmes tende a diminuir a diferença entre essas duas formas de exercício do poder político invocando um certo *ethos* intergeracional. Segundo ele, mesmo o poder constituinte nunca está completamente isento de influências passadas, mas ao contrário sempre reconhece e faz uso de conhecimentos e experiências dos antecessores. Ele usa como exemplo os *Framers* da Constituição norte-americana, que se apoiaram nas teorias políticas de autores como Harrington, Locke e Montesquieu, entre outros, além de na experiência da prática política inglesa e também nas constituições estaduais pré-existentes. Diz ele: “o

²²⁵ HOLMES, 1988b, 222-223.

²²⁶ Essa distinção apontada por Elster é identificada também por outra teoria que busca justificar a legitimidade das restrições constitucionais à soberania popular, a saber, a teoria da democracia dualista de Bruce Ackerman. Segundo este autor, o processo político pode ser compreendido de dois modos distintos: a partir da *política constitucional* – que consiste nos momentos raros em que o povo é chamado a decidir questões políticas consideradas fundamentais, como ocorreu na elaboração das emendas constitucionais após a guerra civil norte-americana ou no New Deal; e a partir da *política normal* – aquela feita corriqueiramente pelo Congresso. Cf. ACKERMAN, 1991, 03-33.

influenciador deve ser influenciado: este é um axioma central da teoria realista do poder.²²⁷ Ou seja, aqueles que fundam uma constituição hoje fazem isso com base na influência do passado e, futuramente, exercerão influência sobre as novas gerações. Ademais, ele relembra que apesar da constituição figurar como um pré-compromisso estabelecido no passado, sempre há espaço para inovações introduzidas por meio de reformas.²²⁸

O terceiro argumento sustenta que o pré-compromisso constitucional tem um aspecto predominantemente constitutivo na medida em que preserva algumas possibilidades que poderiam estar indisponíveis para as gerações futuras caso não houvesse nenhuma restrição. O exemplo invocado por Holmes é a proibição da escravidão, quando “por meio de uma constituição, a geração *a* pode ajudar a geração *c* a proteger-se de ser vendida como escrava pela geração *b*.”²²⁹ Sendo assim, para assegurar o poder de decisão das maiorias futuras, é preciso limitar constitucionalmente o poder de cada maioria. Holmes equipara as regras constitucionais àquelas da gramática ou de um jogo: “[e]nquanto *regras regulativas* (por exemplo, ‘proibido fumar’) governam atividades preexistentes, *regras constitutivas* (por exemplo, ‘bispos se movem na diagonal’) tornam uma prática possível pela primeira vez.”²³⁰ Assim, o elemento essencial aqui é que a rigidez constitucional pode criar espaço para a flexibilidade. Isso ocorre, por exemplo, quando essas normas estabelecem a estrutura de governo, garantem a participação popular no processo político, regulam o modo como os poderes são empregados, asseguram a igualdade de tratamento. Desse modo, no entendimento de Holmes, as normas constitucionais possibilitam ao invés de incapacitar a democracia. Por essa razão, o autor considera insatisfatória a identificação do constitucionalismo unicamente com a limitação do poder. Nesse sentido, o modelo de pré-compromisso de Ulisses não pode ser tomado como análogo ao ato de criar e ratificar constituições, exatamente por centrar-se nos aspectos restritivos e não abarcar o aspecto criativo e organizacional inerente às constituições.

Como resultado, tem-se que embora Holmes sustente que o constitucionalismo tem como uma de suas funções precípuas o estabelecimento de limites à democracia a fim de preservar os direitos

²²⁷ HOLMES, 1988b, 223.

²²⁸ HOLMES, 1988b, 224-225.

²²⁹ HOLMES, 1988b, 226.

²³⁰ HOLMES, 1988b, 227.

fundamentais, esse não é seu único papel, haja vista que a própria constituição é compreendida como um mecanismo capaz fortalecer a democracia na medida em que cria as instituições nas quais se realizarão as práticas democráticas. Por essa razão, pode-se dizer que ele nega a existência da tensão entre constituição e democracia.²³¹

2.1.2 - Povo

Quando se trata de tentar definir a concepção de povo à qual se reporta o constitucionalismo e a teoria do pré-compromisso constitucional, novamente Madison pode ser invocado como referência. Por um lado, afirma-se uma concepção diacrônica de povo, no sentido de que as proteções estabelecidas pela constituição têm o intuito de velar pelo legado dos mortos e pelo direito dos vivos e também daqueles que ainda irão nascer, ou seja, o povo é pensado a partir das várias gerações. Por outro lado, predomina uma concepção pessimista da natureza humana, que joga com a dicotomia lucidez/embriaguês, força e fraqueza da vontade, de modo que a lucidez e a vontade racional encontram-se sempre presentes naqueles que erigem as restrições constitucionais e abandonam os que almejam mudanças. Ou seja, uma racionalidade rara deve regular a vida daqueles que, na maior parte do tempo, não são racionais.

A teoria do pré-compromisso constitucional recorre a metáforas como a de Ulisses ou do caso da embriaguês, nas quais um agente “A” (indivíduo ou povo) em pleno uso de suas faculdades racionais compromete-se a si mesmo em um determinado tempo (T1) prevendo que em tempo posterior (T2) estará sob a influência de paixões e seu julgamento será afetado. Sendo assim, o agente “A” confia ao agente “B” o poder de tomar decisões em T2, as quais deverão seguir rigorosamente as instruções previstas no pré-compromisso estipulado pelo próprio agente “A” em T1.

²³¹ Nesse sentido também é o posicionamento de Dworkin. De acordo com o autor, para saber se a democracia prevalece em um país deve ser perguntado o que suas leis dizem e não quem, como e quando estas leis são feitas. As leis básicas devem prevenir o uso opressivo do poder do Estado, assim como discriminações legais arbitrárias, devem respeitar a liberdade de pensamento, de expressão, de associação e, devem ainda assegurar a independência moral e intelectual de cada cidadão. Assim sendo, Dworkin entende que o conflito entre direitos individuais e autogoverno do povo não ocorre, pois a liberdade depende da relação entre o governo e todo o conjunto de cidadãos considerados em sua coletividade e não do governo e cada indivíduo. Por isso, a liberdade positiva é aquela que vigora quando o povo controla aqueles que governam, e não o contrário; e é esta liberdade que se afirma quando se impede que a maioria faça valer a sua vontade. Cf. DWORKIN, 2006b, 32/33.

Em ambos os casos, o pré-compromisso dirige-se àqueles passíveis de irracionalidade. O modelo de Ulisses reapresentado por Elster,²³² trata de um agente autônomo que se auto-restringe justamente para não perder sua autonomia no momento de perda de sua capacidade racional. No caso da embriaguês apresentado por Hayek, quando as restrições constitucionais são invocadas para atender um “apelo do povo bêbado ao povo sóbrio”, o que se está sustentando é que “todos os homens na busca de objetivos imediatos são aptos – ou, em razão da limitação de seu intelecto, de fato limitado – a violar regras de conduta que eles não obstante desejariam ver geralmente observadas.”²³³ Por essa razão, a constituição deve funcionar como uma decisão de longo prazo que impõe-se sobre o poder temporário das maiorias.²³⁴

Isso revela uma profunda desconfiança da capacidade do povo em tomar decisões corretas, haja vista que na proposta constitucionalista T2 parece ser o tempo padrão dos cidadãos nas sociedades contemporâneas. Nesse sentido, Holmes reconhece que “não faz sentido falar sobre governo popular além de algum tipo de estrutura legal que possibilite ao eleitorado ter uma vontade coerente.” Essa estrutura legal deve necessariamente estabelecer restrições pois, “sem atar suas próprias mãos, o povo não terá mãos.”²³⁵

Holmes, entretanto, não pensa que a analogia da embriaguês trazida por Hayek seja completamente adequada porque, em seu entendimento, “mesmo uma geração futura perfeitamente racional, lúcida e virtuosa poderia se beneficiar com procedimentos pré-estabelecidos para resolver conflitos.”²³⁶ Seria mais apropriado pensar o pré-compromisso em termos de autopaternalismo, no qual as “[p]essoas podem voluntariamente renunciar sua capacidade de escolha (em algumas matérias) a fim de realizar sua vontade (em outras matérias). A autolimitação coletiva pode ser um instrumento do autogoverno coletivo.”²³⁷ Exemplos cotidianos podem ser invocados para demonstrar como pré-compromissos individuais são feitos na forma de autopaternalismo, como quando se coloca o despertador longe da cama para obrigar-se a levantar para desligá-lo e assim evita-se que se volte a dormir, ou quando se está fazendo dieta e evita-se ter em casa alimentos calóricos. Embora considere o autopaternalismo uma categoria útil para

²³² Cf. ELSTER, 1989.

²³³ HAYEK, 2011, 266.

²³⁴ HAYEK, 2011, 269/270.

²³⁵ HOLMES, 1988b, 231.

²³⁶ HOLMES, 1988b, 237.

²³⁷ HOLMES, 1988b, 236.

esclarecer a função democrática das restrições constitucionais, Holmes considera que o autopaternalismo constitucional difere do autopaternalismo individual em três aspectos.

Em primeiro lugar, o autopaternalismo constitucional não deve ser pensado em termos de auto-incapacitação. Segundo Holmes, no caso do autopaternalismo individual a auto-restrição implica inevitavelmente a limitação da capacidade preexistente de escolha, até mesmo se o subsequente âmbito de escolhas for aumentado em decorrência da limitação inicial (no caso do despertador longe da cama, por exemplo, o agente não poderá mais optar por desligar o alarme sem sair da cama, ainda que aumente suas chances de chegar no horário em seu trabalho). O mesmo não ocorreria com a autolimitação constitucional, uma vez que as constituições possuem mecanismos que fomentam a discussão, estabelecem prazos para a tomada de decisões e acabam por melhorar a qualidade das escolhas. Sendo assim, “[q]uando uma assembléia constituinte estabelece um procedimento de decisão, ao invés de restringir a vontade preexistente, ela de fato cria uma estrutura na qual uma nação pode, pela primeira vez, ter uma vontade.”²³⁸

Em segundo lugar, em questões individuais, o autopaternalismo permite a substituição da força de vontade pela auto-obrigação, como no caso da pessoa que quer emagrecer e não tem chocolates em casa. No caso de sociedades, essa substituição não se estabelece nos mesmos termos pois a exigência de manutenção de uma “virtude coletiva inabalável” é algo que “sobrecarregaria a consciência individual, forçaria a padronização do caráter dos cidadãos e privaria a sociedade de uma variedade extrapolítica de *selves*.”²³⁹ Por essa razão, os dispositivos constitucionais, como por exemplo os freios e contrapesos, são concebidos como superiores à virtude pessoal dos cidadãos e à força de caráter. Novamente aqui os argumentos de Holmes assumem um viés madisoniano, no sentido de que as instituições criadas pela constituição não devem depender apenas da virtude dos cidadãos.²⁴⁰

Em terceiro lugar, o autopaternalismo constitucional afasta-se do individual porque este possui um único propósito, a saber, a auto-incapacitação, enquanto aquele tem muitos e “é intencionalmente delineado para ser útil a propósitos futuros ainda desconhecidos.”²⁴¹

²³⁸ HOLMES, 1988b, 238.

²³⁹ HOLMES, 1988b, 238. Itálico acrescentado na palavra não traduzida do original.

²⁴⁰ A esse respeito ver nesta tese o item 1.2.1.

²⁴¹ HOLMES, 1988b, 238.

Holmes afasta o argumento da irracionalidade do povo enquanto agente político, mas sua defesa do pré-compromisso como autopaternalismo ainda guarda uma certa desconfiança da capacidade de autonomia coletiva, uma vez que embora o autopaternalismo não se apóie na irracionalidade do agente, ele parece se basear em uma espécie de fraqueza da vontade, que também compromete a ideia de autonomia.

2.1.3 - Democracia

O conceito de democracia adotado pelo constitucionalismo é delineado por Holmes a partir de dois aspectos complementares, a saber: a retirada de alguns temas do debate político (*gag rules*) e a autovinculação (*self-binding*). O primeiro aspecto é defendido em *Gag rules or politics of omission*, o segundo em *Precommitment and the paradox of democracy*, ambos de 1988.

Em *Gag rules or politics of omission* Holmes propõe pensar a democracia do ponto de vista inverso ao qual ela é sempre pensada, isto é, a democracia é geralmente associada àquilo que Berlin chamou de *liberdade positiva*²⁴² e as restrições à inserção de temas no debate político normalmente são consideradas como uma diminuição do caráter democrático de uma sociedade. Seu ponto de partida é, ao contrário, pensar nos benefícios que podem advir para a vida pública excluindo-se certas questões, sobretudo aquelas extremamente controvertidas, da discussão política. Nesse sentido, seria o conceito negativo de liberdade, ou seja, a ausência de interferência em alguns campos, que daria o tom para a democracia.

Apoiando-se na tese de Rawls²⁴³, Holmes sustenta que a exclusão de alguns temas da agenda política se justificaria porque para se estabelecer uma concepção de justiça que possa ser aceita por todos os membros de uma sociedade diversificada é preciso abstrair questões que suscitam um desacordo radical. Sendo assim, questões afetas à religião, por exemplo, devem ficar fora da pauta, haja vista a dificuldade de se chegar a um acordo sobre elas. Do mesmo modo, ele menciona o aborto, tema extremamente controvertido para o qual argumentos (“pró-vida” e “pró-escolha”) podem ser suficientemente fortes para sustentar um desacordo genuíno entre os opositores. A colocação dessa espécie de temas na pauta, no entendimento de Holmes, apenas promoveria o

²⁴² Cf. BERLIN, 2002.

²⁴³ Holmes está se referindo ao seguinte texto de Rawls: Justice as fairness: political not metaphysical. In: *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, nº 3 (Summer, 1985) 223-51.

retardamento da discussão de outros temas para os quais um acordo seria possível. Nesse sentido, “direitos privados contribuem vitalmente para o governo democrático expurgando disputas insolúveis da esfera pública.”²⁴⁴ A função desses direitos não é apenas proteger o espaço privado dos indivíduos, mas liberar o espaço público.

Por essa razão, o autor conclui que o “auto-amordaçamento é então uma forma de autocontrole, não de auto-estrangulamento.”²⁴⁵ A omissão de alguns temas do debate pode ser útil tanto para postergar a discussão a respeito desses temas para um momento em que a sociedade estiver mais preparada para isso ou, ainda, para deslocar a discussão de uma instituição para outra (por exemplo, do legislativo para o judiciário ou vice-versa). Portanto, a democracia é definida mais pela “remoção de certos itens da agenda democrática”²⁴⁶ do que pela inclusão.

Em *Precommitment and the paradox of democracy* Holmes ressalta que o conceito de democracia em sociedades que almejam uma constituição para proteger seus direitos fundamentais é efetivamente um conceito paradoxal. Aqui a palavra paradoxo parece ser utilizada no sentido de *termos distintos mas complementares* e não no sentido de *contradição* ou de *absurdidade*. Caso contrário, o autor não poderia sustentar, como sustenta, que não há tensão entre o constitucionalismo e a democracia.²⁴⁷ A principal característica é então que, para que a democracia exista, a própria ação democrática precisa ser limitada. A democracia, diz Holmes, “nunca é simplesmente o governo do povo,

²⁴⁴ HOLMES, 1988a, 24.

²⁴⁵ HOLMES, 1988a, 24.

²⁴⁶ HOLMES, 1988a, 24/25.

²⁴⁷ Conferir, por exemplo, as seguintes passagens: “A existência de uma ‘tensão’ irreconciliável entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno. Colocando isso em questão, eu não pretendo negar fatos bem conhecidos. Ao invés disso, duvidando de uma assunção largamente compartilhada, isto é, insistindo na sugestão (em algum sentido óbvia) de que constitucionalismo e democracia suportam-se mutuamente, eu espero lançar luz em algumas dimensões negligenciadas da teoria democrática e constitucional.” (HOLMES, 1988b, 197). “Para um número surpreendentemente grande de pensadores sérios, democracia constitucional permanece um paradoxo, senão uma contradição em termos.” (HOLMES, 1988b, 198). “A dificuldade de vincular o futuro não é sempre uma causa para celebração. Nossa incapacidade de comprometer nossos sucessores em um modo semi-autocrático pode levar à destruição da democracia. De fato, o colapso da República de Weimar em última análise foi devido à deslealdade de suas elites, não ao Artigo 48 ou ao desenho constitucional defeituoso. Ainda a catástrofe de 1933 sugere, mais uma vez, que o pré-compromisso constitucional e a política democrática podem não ser tão antagônicos quanto Jefferson e Paine às vezes acreditaram. *Há um paradoxo, mas não uma contradição, tal como Madison compreendeu isso.*” (HOLMES, 1988b, 226 – sem itálico no original).

mas sempre o governo do povo dentro de certos canais predeterminados, de acordo com certos procedimentos pré-estabelecidos (...)”²⁴⁸

A necessidade de imposição de limites está relacionada à concepção de indivíduo e de povo acima apresentada, segundo a qual o povo carece de uma *virtude inabalável* ou mesmo de *fibra moral*²⁴⁹ para não causar a si mesmo ou às gerações futuras um mal irreparável ou de difícil reparação, como por exemplo, a auto-escravidão que, aliás, seria extremamente contraditória na medida em que por meio de um ato voluntário um indivíduo (ou povo) abdicaria do direito de voluntariamente concordar ou discordar de algo. Assim, os limites ou obrigações impostos pela constituição são um parâmetro a partir do qual os

[c]idadãos podem somente reforçar sua vontade por meio de eleições mantidas sobre a base de um plano de distribuição preexistente, um plano que pode ser injusto ou obsoleto. Como resultado, a responsabilidade pela redistribuição deve ser alojada fora da legislatura popularmente eleita (por exemplo, na Corte). Para preservar a democracia, votantes devem parcialmente abdicar do poder de distribuição, isto é, devem removê-lo das mãos dos representantes eleitos e responsáveis. Este é um notável exemplo do paradoxo da democracia: cidadãos podem aumentar seu poder atando suas próprias mãos. A democratização limitada é útil para a continuidade do governo democrático.²⁵⁰

Desse modo, “para preservar a voluntariedade, a própria voluntariedade deve ser restringida.”²⁵¹ Holmes sugere que essa seria uma possível resposta ao paradoxo da democracia. O ponto central do conceito de democracia constitucional é que a constituição e as restrições impostas à democracia servem para fortalecer a própria democracia. Não há uma tensão entre os conceitos, mas um paradoxo na medida em que a democracia se fortalece quando é restringida pela retirada de alguns temas da pauta de discussão. A constituição, por sua vez, assume um papel positivo na criação de regras que permitem o debate e o exercício da participação política.

²⁴⁸ HOLMES, 1988b, 231.

²⁴⁹ Cf. HOLMES, 1988b, 238.

²⁵⁰ HOLMES, 1988b, 232.

²⁵¹ HOLMES, 1988b, 239.

O diagnóstico constitucionalista é de grande valia, seja sobre o papel constitutivo da constituição na edificação de mecanismos para a formação da *vontade coerente*,²⁵² seja alertando a respeito dos limites que devem ser colocados à democracia para que ela continue sendo democrática. Mas esse aspecto constitutivo e propositivo da constituição, assim como o aspecto positivo da colocação de limites à soberania popular se perdem sem uma teoria da democracia que volte sua atenção para os meios de fomentar práticas democráticas e sobretudo espaços formais para que a participação popular se traduza em efetiva influência e possibilidade de decisão acerca das questões políticas de grande relevância.

O grande nó dessa questão parece estar atrelado ao modo como se compreende o povo, que é a quem se dirigem as teorias do pré-compromisso, sejam elas pensadas a partir do modelo de Ulisses, do caso da embriaguês ou do autopaternalismo. Elster, que havia sustentado que as sociedades deveriam ser limitadas por mecanismos de pré-compromisso constitucional²⁵³, reavaliou sua posição anterior.²⁵⁴ De acordo com o autor, sociedades não podem ser equiparadas a indivíduos, primeiramente porque elas não são unitárias, elas são formadas por muitos indivíduos e grupos que possuem interesses divergentes e, sendo assim, as constituições são frequentemente impostas às minorias e às gerações futuras no interesse da maioria da geração fundante que, aliás, não é apenas motivada por paixões, mas também por arranjos políticos que podem inclusive deixar as minorias sem a devida representação. Em segundo lugar, surge o problema da dicotomia entre os fundadores (constituintes) e os cidadãos (constituídos). Enquanto nas teorias do pré-compromisso os primeiros são geralmente tomados como isentos de paixões e interesses, os segundos são sempre considerados vulneráveis à irracionalidade. Como ressalta Elster, “[a] ideia de que os *framers* são *semideuses legislando para bestas* é uma ficção.”²⁵⁵ Os fundadores

²⁵² HOLMES, 1988b, 231.

²⁵³ Cf. ELSTER, 1989.

²⁵⁴ Cf. ELSTER, 2000.

²⁵⁵ ELSTER, 2000, 172. O itálico consta no original, com exceção da palavra “Framers”, à qual o itálico foi acrescentado em razão de ter sido mantida no idioma original.

estão sujeitos aos mesmos problemas de miopia e falta de racionalidade que os demais cidadãos e isso traz para a política constitucional as mesmas imperfeições que acometem a política normal.

As constatações de Elster desvelam o mito da fundação e mostram que estão submetidos aos mesmos problemas, ou seja, à mesma vulnerabilidade à irracionalidade, à mesma miopia ou falta de virtude ou de fibra moral, o povo que criou as restrições constitucionais e aquele que deve se submeter a elas. Isso significa que, embora a democracia precise de limites e as constituições possam exercer um papel constitutivo na elaboração de mecanismos para a formação da vontade, o potencial emancipatório da contribuição constitucionalista se perderá caso não sejam pensadas novas formas de admissão do povo, ora racional e ora míope, no debate e nas decisões a respeito de temas políticos relevantes para a sociedade.

O que se pode chamar de leitura constitucionalista da democracia, nos termos daquela feita por Holmes, comunga de muitas das preocupações de Madison com relação ao controle do poder político. Assim como ele, os autores que sustentam esse argumento, embora atribuam aos cidadãos faculdades morais que os capacitam ao compartilhamento dos mais elevados princípios políticos de uma determinada sociedade, fiam-se mais nas instituições políticas criadas pela constituição do que no povo para efetuar o controle do poder político, principalmente no poder judiciário que, por meio da corte constitucional, é a instituição que assume maior relevância nessas teorias. Essa relevância fica ainda mais evidente quando se trata de assegurar direitos e liberdades fundamentais, os quais são colocados como limites ao exercício da soberania popular e cujos mecanismos de proteção são essencialmente jurídicos, quais sejam, sua interpretação e ponderação pelo poder judiciário. Compreendidos desse modo, não obstante o argumento do pré-compromisso constitucional, os direitos estão fora e não dentro da política. A constituição, logo, passa a ser compreendida como uma lei, com status superior ao das demais, cuja “interpretação própria e peculiar” cabe às cortes, como diria Hamilton²⁵⁶, e o aspecto político deste documento passa a ser secundário.

Se a discussão política limita-se à interpretação constitucional, ou seja, a saber se uma determinada proposta ou desacordo sobre questões políticas é ou não compatível com a proteção constitucional conferida

²⁵⁶ Hamilton, Madison e Jay, 1987, 439 (Federalista nº 78).

aos direitos fundamentais, os únicos que têm a possibilidade de participar da formação de uma *vontade coerente* são os intérpretes da constituição que, na maioria das democracias ocidentais, são os juízes das cortes constitucionais. Surge então, como um sintoma da colocação da proteção dos direitos fundamentais acima das práticas democráticas, o problema que vem sendo chamado de judicialização da política,²⁵⁷ com a filosofia política e do direito centrada mais nos problemas de interpretação e argumentação do que no processo de autodeterminação coletiva.²⁵⁸

Ao final, uma vez que os direitos fundamentais assumem um lugar central na arena política, a conciliação sugerida por Holmes parece não ser alcançada.²⁵⁹ Isso leva a discussão para o outro extremo, no qual surgem teorias que ressaltam o papel central da constituição na proteção e criação de meios para a realização da soberania popular.

²⁵⁷ Embora em alguns momentos desta tese seja ventilado o problema do ativismo judicial e da judicialização da política, não tenho a intenção de abordar detalhadamente esta temática, haja vista considerá-la um problema derivado de outro anterior, que é aquele enfrentado por esta tese, a saber, a relação conflituosa entre constituição e democracia, na qual os elementos que fazem parte do conceito de constituição têm se sobreposto àqueles inerentes ao conceito de democracia. Sobre supremacia judicial e judicialização da política ver: BELLAMY, 1996, 436-456; 1997, 595-618; 2007; CITTADINO, 2002, KOZICKI; BARBOZA, 2012; KRAMER, 2004, MOREIRA 2012, NOBRE; RODRIGUES, 2011, TUSHNET, 1999; WALDRON, 1993, 18-51; 1998, 271-299; 199; 2006; 2009.

²⁵⁸ Esse é um dos principais argumentos levantados por Jeremy Waldron contra o constitucionalismo, como se verá a seguir.

²⁵⁹ Além de Holmes, outros autores sustentam ser possível superar a tensão entre constituição e democracia. A partir de um viés substancialista, pode ser mencionado Ronald Dworkin (cf. nota 231). A partir da defesa da teoria procedimentalista da democracia, John Hart Ely também tem essa pretensão. Ely atribui grande valor ao processo político e à soberania popular. Contudo, como tem sido reiteradamente apontado por seus críticos, defensores ou não da tese dos direitos fundamentais, os limites dessa leitura são encontrados em suas contradições internas. Ela tem que lidar com o fato de que não se pode julgar se o processo é justo sem uma visão do que conta como um resultado justo e não se pode julgar um resultado justo sem uma referência a algum enfoque de valores fundamentais. De fato, participação e procedimentos tornam-se valores cujo significado está ao desacordo popular como qualquer outra coisa na política. As pessoas discordam sobre como os direitos de participação deveriam ser entendidos e como eles deveriam ser equilibrados com outros valores (visões a respeito dos limites constitucionais, representação proporcional, frequência das eleições, fundação dos partidos, a relação entre a liberdade de expressão e propaganda política, a necessidade de referendos, etc.). Cf. ELY, 1997; BELLAMY, 2007; WALDRON, 1999a.

2.2. A constituição como baluarte da soberania popular

Um dos principais exemplos de teorias que buscam lançar luz sobre o papel da constituição na salvaguarda da soberania popular e da autonomia coletiva é a teoria de Jeremy Waldron.²⁶⁰ O constitucionalista neozelandês diagnostica a centralidade dos direitos fundamentais na Filosofia Política e do Direito e propõe um deslocamento da atenção para as teorias da democracia e da autoridade. Segundo ele, a Filosofia Política tem duas tarefas precípuas, a saber, teorizar a respeito da justiça (direitos e bem-comum) e teorizar sobre a política (teorias da autoridade e teorias da democracia). Desde que Rawls publicou *A Theory of Justice*, em 1971, Waldron considera que filósofos da política e do direito estão mais interessados em contribuir para o debate acerca de questões relacionadas às teorias da justiça do que em enfrentar o significado dos desacordos sobre justiça. Sua obra, entretanto, pretende apresentar uma contribuição para as teorias da autoridade e para as teorias da democracia, teorizando sobre os meios pelos quais as comunidades agem quando seus membros discordam.²⁶¹

Reportando-se a uma conclusão de Mangabeira Unger²⁶² segundo a qual há, na Teoria e na Filosofia do Direito, um mal-estar com a democracia que resulta na marginalização da legislação, Waldron, tanto em *Law and Disagreement* assim como em *The Dignity of Legislation*²⁶³ e em outros textos, busca desfazer esse mal-estar, ou seja, procura delinear

uma filosofia do direito que efetivamente apóie o ideal de autogoverno; uma filosofia do direito que realmente coloque este ideal em prática – trabalho árduo e detalhado – com relação à natureza do direito, à base de legitimidade, à tarefa de

²⁶⁰ Outras teorias, além da desenvolvida por Jeremy Waldron, buscam deslocar a discussão dos direitos fundamentais (e do papel do judiciário na interpretação desses direitos) para a política. Assim, podem também ser mencionadas como referências as teorias de Mark Tushnet, Larry Kramer e Richard Bellamy. No contexto brasileiro, Gilberto Bercovici e Luiz Moreira têm elaborado críticas semelhantes àquelas formuladas pelos autores acima mencionados (vide referências na Bibliografia desta tese).

²⁶¹ Cf. WALDRON, 1999a, 01-04.

²⁶² Waldron refere-se ao texto *What Should Legal Analysis Become?* Cf. UNGER, 1996; WALDRON, 1999a, 08.

²⁶³ WALDRON, 1999b.

interpretação e às respectivas responsabilidades das legislaturas, dos cidadãos e das cortes.²⁶⁴

Tendo como ponto de partida aquilo que Rawls considerou como as “circunstâncias da justiça”²⁶⁵, a saber, que em condições normais sob as quais a cooperação humana é possível e necessária, as regras sociais e legais criam certos direitos para estabilizar as relações humanas, o constitucionalismo contemporâneo sustenta que as constituições devem abrigar três diferentes conjuntos de direitos relacionados à *justiça* (liberdade individual de pensamento, consciência e ação, propriedade, trabalho, família, entre outros); à *consistência* (devido processo legal e igualdade perante a lei); e à *equidade* (aqueles associados ao funcionamento da democracia, tais como a liberdade de expressão e associação, funcionamento do sistema eleitoral, etc).²⁶⁶

Embora esses direitos sejam relacionados e suportem-se mutuamente, pode haver tensão entre eles no momento de sua aplicação social, uma vez que sua natureza e significado podem ser objeto de divergências (por exemplo: direito à vida v. aborto; direito de propriedade v. bem-estar social; liberdade de expressão v. privacidade). Desse modo, embora os direitos sejam necessários em razão das “circunstâncias da justiça”, eles devem ser identificados e interpretados no que Waldron chamou de “circunstâncias da política”, ou seja, em circunstâncias nas quais é preciso chegar a um acordo coletivo e coercitivo sobre o caráter dos direitos, haja vista a existência de opiniões e interesses divergentes.²⁶⁷ Considerando que as pessoas divergem sobre a interpretação dos direitos e, também levando em conta que essas divergências muitas vezes espelham desacordos não apenas sobre direitos, mas principalmente a respeito da política, de sua estrutura e de suas metas (debates entre liberais e conservadores, por exemplo), o desacordo a respeito dos direitos e também da política mostra que a relação entre constituição e democracia continua a ser conflituosa, assim como reconhecido pelo constitucionalismo moderno. A proposta de Waldron para avaliar essa relação é, contudo, bastante distinta daquela do constitucionalismo segundo apresentado a partir da teoria de Holmes. Isso pode ser constatado a partir da forma como o autor define os mesmos conceitos analisados anteriormente segundo a leitura

²⁶⁴ WALDRON, 1999a, 09.

²⁶⁵ Cf. RAWLS, 1999, 109.

²⁶⁶ Essa apresentação e distinção dos conjuntos de direitos é tomada de Richard Bellamy. Cf. BELLAMY, 2007, 18/19.

²⁶⁷ Cf. WALDRON, 1999a, 101/102.

constitucionalista da democracia constitucional, quais sejam: constituição, povo e democracia.

2.2.1 - Constituição

De acordo com Waldron o conceito de constituição não deve ser definido meramente pelas restrições que esse documento coloca à política e ao governo. É exatamente esse aspecto restritivo atribuído à constituição pelo constitucionalismo que é objeto de contestação pelo autor. Waldron considera que existem alguns aspectos das constituições escritas que devem ser ressaltados em detrimento de outros. Em seu entendimento, uma das desvantagens das constituições escritas é que elas reforçam, entre os juristas, a teoria interpretativa e encorajam um formalismo textual rígido. Por outro lado, ele reconhece que as constituições escritas desempenham uma importante função na política, qual seja, a de servir de base para as deliberações e, nesse sentido, seu papel é mais de fortalecer a política e o governo do que de restringi-los.²⁶⁸

O constitucionalismo, segundo Waldron, define as constituições principalmente a partir de três verbos: controlar (*control*) restringir (*restraint*) e limitar (*limit*). A reavaliação do conceito de constituição passa pela diferenciação desses termos. O sentido atribuído ao termo *controle* é positivo, e difere da conotação restritiva com a qual comumente ele é associado. O controle deve ser entendido no sentido de *direção* e não de repressão ou restrição. “Se eu controlo um veículo, eu determino não somente aonde ele não vai, mas também aonde ele vai. E se o governo é controlado, deve-se pensar que a questão importante é quem está no banco do motorista.”²⁶⁹ Na proposta waldroniana este lugar deve ser ocupado pelo povo, ou por seus representantes, que devem decidir quais as metas e diretrizes políticas devem estar contidas na constituição para que possam ser dirigidas ao fim escolhido. Assim, “[s]e o povo quer que seu governo atenua a pobreza, por exemplo, é tarefa da constituição proporcionar instituições que possam ser controladas por este desejo.”²⁷⁰

Já o termo *restrição*, ao contrário do termo *controle*, efetivamente guarda um sentido negativo. Trata-se de impedir o governo, por meio de

²⁶⁸ Cf. WALDRON, 2009, 269/270.

²⁶⁹ WALDRON, 2009, 271.

²⁷⁰ WALDRON, 2009, 271.

proibições inseridas no texto constitucional, de adotar determinadas atitudes definidas como abuso, tais como a prática da tortura ou a interferência em questões religiosas. Essas proibições, herança do constitucionalismo moderno, assumem a forma de direitos. Contudo, o autor identifica no constitucionalismo contemporâneo uma outra função atribuída à noção de restrição imposta pela constituição, que é a de “limitar afirmativamente o tipo de coisa que os governos podem fazer.”²⁷¹ O significado atribuído ao termo *limitação* é similar ao de *restrição*, ou seja, não está vinculado apenas à ideia de evitar abusos do governo sobre direitos e interesses particulares, mas de dizer o que é ou não função do governo. A crítica de Waldron aqui não recai sobre o que poderia ser estabelecido na constituição como aquilo que é função do governo, pois isso coadunar-se-ia com o papel de *direção* que ele considera fundamental para o fortalecimento das metas estabelecidas politicamente, papel, aliás bastante comum em constituições que possuem normas programáticas que visam a implementação sobretudo de direitos fundamentais de cunho social.²⁷² Sua preocupação recai sobre a possibilidade de que esse aspecto restritivo-limitativo a respeito do que o governo deve fazer seja utilizado para impedir a implementação de decisões democráticas.²⁷³

²⁷¹ WALDRON, 2009, 272.

²⁷² Embora Waldron não mencione, o aspecto “diretivo” da constituição é ressaltado pelo constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho ao tratar da “Constituição Dirigente”, isto é, das constituições que contêm em seus textos fins e metas sociais que vinculam o governo, sobretudo por temer os excessos que podem advir da atuação legislativa (Cf. CANOTILHO, 2001). Mas vale lembrar a crítica feita por Gilberto Bercovici à teoria da Constituição Dirigente. Segundo o autor, “um dos problemas dessa concepção de Constituição é o fato de que, ao reear deixar a Constituição nas mãos do legislador, a Teoria da Constituição Dirigente acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao judiciário. Como os problemas da Constituição Dirigente são, em grande medida, de concretização constitucional, o papel dos órgãos judiciais de controle de constitucionalidade torna-se fundamental, contribuindo, ainda mais, para a despolitização da Constituição.” BERCOVICI, 2004, 12. Certamente não é esse o ponto de Waldron, que associa o aspecto “diretivo” das constituições à atuação legislativa.

²⁷³ Aqui Waldron preocupa-se com uma possível associação ou uso do ideal constitucionalista por ideólogos do Estado mínimo, como se verifica no seguinte excerto: “Se, entretanto, o governo limitado é tratado como o princípio central do constitucionalismo, então alguém está na posição de levantar a ideia de que muitas aspirações do governo – particularmente do governo democrático – são *per se* ilegítimas. Aqueles que estabelecem uma democracia podem estar esperando pela intervenção do governo para atenuar a pobreza, promover a saúde pública, proteger o meio ambiente. Eles sabem que provavelmente enfrentarão a oposição de seus oponentes que afirmam que isso não é tarefa do governo. Mas agora parece que esses oponentes podem assumir o manto do constitucionalismo e adicionar ao seu caso contra a intervenção que os intervencionistas não estão levando suficientemente a sério a dimensão constitucional do governo.” WALDRON, 2009, 272.

Direção (controle) e restrição são aspectos que podem levar a compreensões distintas do papel desempenhado pela constituição. A crítica que Waldron direciona ao constitucionalismo é de, ao ressaltar o aspecto de restrição do texto constitucional, diminuir seu papel no fortalecimento da democracia. Como visto acima, esse aspecto foi também apontado por Holmes. Contudo, a argumentação de Holmes vai no sentido oposto àquela de Waldron. Enquanto Holmes pensa que a constituição fortalece a democracia justamente porque restringe e limita o debate político, Waldron defende que a constituição pode fortalecer a democracia desde que não seja colocada como algo que restringe e limita a discussão e deliberação sobre os temas em desacordo.

Segundo Waldron, quando Holmes ressalta o aspecto criativo e organizacional da constituição, ele está se referindo aos procedimentos políticos e, nesse aspecto, ele equipara as regras constitutivas (as regras procedimentais que criam as condições das práticas democráticas) ao pré-compromisso, uma vez que elas são retiradas da conversação política justamente para que possam nortear o debate e as decisões políticas. Para Waldron, as regras procedimentais não podem ser consideradas meramente como uma limitação ou restrição ao debate uma vez que “elas tornam a participação possível por meio do estabelecimento de uma matriz de interação na qual contribuições particulares podem tomar o seu lugar e serem ‘registradas’, por assim dizer.”²⁷⁴ Assim sendo, embora ambos sustentem a importância da constituição na criação das instituições e regras procedimentais que nortearão a prática democrática, Waldron discorda de Holmes quanto ao aspecto restritivo dessas regras.

Desse modo, a constituição pode contribuir para o fortalecimento da democracia na medida em que ela estabelece “instituições que permitem ao povo cooperar e coordenar para perseguir projetos que ele não alcançaria sozinho.”²⁷⁵ Essas instituições se referem a cada um dos poderes (executivo, legislativo e judiciário), assim como às agências administrativas ligadas a eles, as quais possibilitam e canalizam as demandas cotidianas dos cidadãos. Ao lado das instituições, as constituições também estabelecem os procedimentos por meio dos quais a política se realiza. Uma política constitucionalizada, diz Waldron,

²⁷⁴ WALDRON, 1998, 290.

²⁷⁵ WALDRON, 2009, 273.

é uma política articulada que deliberadamente e deliberativamente, de estágio a estágio e de fórum a fórum, leva a sério a integridade de cada parte de (dizer) o processo de elaboração da lei ou de outro processo de decisão política. Eu tenho em mente processos como a legislação bicameral, o requerimento do consentimento executivo, a relação articulada entre a legislatura, de um lado, e as cortes e agentes do executivo que administram, interpretam e aplicam as leis.²⁷⁶

A proposta do autor é que tais mecanismos sejam vistos como um meio de estruturar a deliberação e não meramente como um modo de frear e diluir o poder político. Nesse sentido, “arranjos bicamerais podem ser vistos como modos de capacitar diferentes vozes na sociedade; e a separação dos poderes pode ser vista como um modo de levar a sério a integridade do que vem à existência como resultado de um genuíno exercício legislativo.”²⁷⁷

Waldron não chega a propor novos arranjos institucionais, mas sim uma readaptação dos arranjos já existentes, a fim de que seja ressaltada

a importância do modo em que a constituição fornece abrigo para a atividade política de uma sociedade, estabelecendo um meio-termo de equipamento e formalidade de modo que a deliberação pública se torne um empreendimento estruturado, permitindo que as visões de uma pessoa sejam trazidas articuladamente em relação às visões de outras e facilitando a formação de opiniões bem pensadas, responsáveis e politicamente efetivas. Isso não é primariamente uma questão de restrição; é uma questão do que uma constituição afirmativamente torna possível fora do que seria de outra maneira a política solta e cambaleante das ruas.²⁷⁸

A constituição pode então ser definida como um mecanismo que confere poder ao “povo ordinário em uma democracia e permite a ele controlar as fontes do direito e aproveitar o aparelho do governo para

²⁷⁶ WALDRON, 2009, 273/274.

²⁷⁷ WALDRON, 2009, 274.

²⁷⁸ WALDRON, 2009, 274.

suas aspirações.²⁷⁹ Desse modo, o que entra em conflito com o ideal democrático não é a constituição propriamente dita, mas sim o modo como ela é definida. Se compreendida como uma restrição, ela pode ser inconciliável com a democracia. Se compreendida como algo que fortalece ou cria condições, então ela de fato possibilita a democracia. O problema apontado por Waldron é a ênfase dada pelo constitucionalismo no aspecto restritivo da constituição. Sendo assim, *não haveria necessariamente um conflito entre constituição e democracia, mas sim entre o constitucionalismo e a democracia.*²⁸⁰

2.2.2 - Povo

Se o conceito de povo atribuído ao constitucionalismo é definido em termos madisonianos, ou seja, parte de uma concepção pessimista da natureza humana e é pensado a partir de uma perspectiva diacrônica na medida em que funda uma constituição com validade intergeracional justamente para impedir que a atuação dos indivíduos movidos por paixões ou interesses viole direitos fundamentais, o conceito de povo da teoria de Waldron pode ser equiparado àquele de Jefferson, pois toma os indivíduos como agentes autônomos e responsáveis, capazes de pensamento moral e, por consequência, aptos a participarem do debate e da tomada de decisões políticas. Para Waldron, assim como para Jefferson, a participação política é para os cidadãos “o direito dos direitos.”²⁸¹ Nesse sentido, o povo poderia ser pensado sincronicamente,

²⁷⁹ WALDRON, 2009, 279.

²⁸⁰ Richard Bellamy tece críticas ao constitucionalismo muito semelhantes às formuladas por Waldron. Contudo, o cientista político faz uma distinção entre *constitucionalismo legal*, ao qual ele dirige suas críticas, e *constitucionalismo político*, conceito utilizado para fazer uma defesa, em bases republicanas, da democracia constitucional. Bellamy propõe uma divisão horizontal do poder, a qual pode ser alcançada por arranjos que compartilham as funções executiva e legislativa entre grupos competitivos. Uma divisão horizontal do poder político suportaria um enfoque procedimental de argumentação pública, assegurando direitos e o governo da lei mais do que a noção tradicional da separação dos poderes. O aspecto-chave desse mecanismo de equilíbrio de poder é a competição entre governantes. A competição, nesse caso, teria a função de promover a inclusão por meio de incentivos à construção de uma ampla coalizão de apoiadores e institucionalizaria a contestação. Cf. BELLAMY, 196 e ss. Waldron não chega a rotular sua teoria e assume que tenta evitar o uso de termos como Constitucionalismo Popular ou Democrático. Mas é certo que as teses sustentadas por Waldron, por Bellamy e por autores que se filiam ao Constitucionalismo Popular como Larry Kramer e Mark Tushnet, têm em comum o desejo de apresentar uma forma alternativa de constitucionalismo, na qual as práticas democráticas assumem mais relevância.

²⁸¹ Cf. WALDRON, 1999a, 232.

uma vez que todos os direitos, valores e princípios que estão sujeitos a desacordo devem ser submetidos ao debate político realizado entre os indivíduos da geração atual. Não há uma reserva de temas e de direitos como na proposta constitucionalista.

A análise da crítica de Waldron ao pré-compromisso constitucional parece oferecer uma chave de leitura para identificar o conceito de povo contido em sua teoria. A crítica é formulada a partir do conceito de autonomia dos cidadãos enquanto sujeitos de direitos e também a partir da constatação da submissão das sociedades contemporâneas às “circunstâncias da política”.²⁸² Essa crítica, formulada inicialmente em *Precommitment and Disagreement*,²⁸³ é reproduzida posteriormente como um dos capítulos de *Law and Disagreement*²⁸⁴ e dirige-se, sobretudo, à assunção do constitucionalismo segundo a qual “o pré-compromisso é uma forma de autogoverno – que é, governo não somente do povo mas *pelo* povo – ou que preserva o caráter democrático e de autogoverno de um regime.”²⁸⁵

Ao debruçar-se sobre os argumentos que sustentam as teorias do pré-compromisso constitucional, notadamente sobre o argumento da autolimitação, Waldron observa que quando um agente limita a si mesmo isso implica, ao menos temporariamente, depositar sua vontade em uma estrutura externa, como na tripulação no caso de Ulisses, ou no amigo, no caso do bêbado. Retomando de Elster o estudo da relação entre pré-compromisso e mecanismos causais (como exemplo de um mecanismo causal, Waldron imagina algo como um dispositivo instalado em carros com a capacidade de detectar a quantidade de álcool que o motorista possui no sangue e, se for identificado que essa quantidade é superior à permitida por lei, o mecanismo automaticamente impede que o motor do carro seja ligado), o autor constata que o pré-compromisso não funciona mecanicamente. O fato de alguém entregar as chaves de seu carro a um amigo antes de beber, por exemplo, não funcionaria como um mecanismo causal, haja vista depender do julgamento do amigo. As restrições constitucionais, assim como o

²⁸² Cf. WALDRON, 1999a, capítulos 5 e 12.

²⁸³ WALDRON, 1998, 271-299.

²⁸⁴ WALDRON, 1999a.

²⁸⁵ WALDRON, 1998, 279. O itálico consta no original. O próprio Waldron reconhece o aspecto diacrônico no povo delineado pelo constitucionalismo ao considerar que ele pode ser entendido como “uma entidade que é contínua ao longo de vários séculos”, a qual estabelece as regras a serem observadas desde sua época até o presente momento. E, em seu entendimento, isso compromete a credibilidade da autonomia e do autogoverno sustentados pelas teorias do pré-compromisso, como se verá a seguir. Cf. WALDRON, 1998, 285.

modelo do julgamento do amigo, não funcionam como um mecanismo causal, mas investem “o poder de decisão em alguma pessoa ou corpo de pessoas (uma corte) cujo trabalho é determinar *como uma questão de julgamento* se a conduta que é contemplada (diga-se, pela legislatura) em T2 viola uma restrição escrita em T1.”²⁸⁶

Segundo o autor, há vantagens e desvantagens no uso desse tipo de mecanismo. A vantagem do uso de um mecanismo não causal é que ele não opera de forma deontológica ou rígida, o que possibilita que em situações-limite como, por exemplo, quando uma pessoa que ingeriu mais bebida alcoólica do que o permitido por lei é a única que pode conduzir até um hospital alguém que está correndo risco de vida, há a possibilidade de o responsável pelo julgamento conforme as restrições iniciais, mediante a ponderação dos interesses e bens em questão, abrir uma exceção à regra. A desvantagem é que o agente externo pode decidir de modo distinto das intenções iniciais do agente que instituiu as regras.²⁸⁷

Essa desvantagem é acentuada na proporção da abstração das regras contidas no pré-compromisso. Se as instruções dadas inicialmente são bastante precisas, a decisão do julgador externo torna-se apenas um meio de cumprimento da vontade racional daquele que as instituiu e, desse modo, em tese, não haveria incompatibilidade entre a autonomia e pré-compromisso. Contudo, Waldron ressalta que os problemas referentes ao julgamento externo devem ser enfrentados levando-se em consideração que os princípios e valores embutidos em uma constituição serão interpretados perante as “circunstâncias da política”, ou seja, em circunstâncias nas quais vigora o desacordo político não apenas a respeito de questões de direito, mas também a respeito de questões de justiça e de política. Sendo assim, nas sociedades hodiernas, dificilmente o requisito da precisão da instrução inicial estará presente para que o pré-compromisso constitucional possa ser conciliado com a autonomia. Nas palavras de Waldron:

O pré-compromisso não pode preservar a aura de autonomia (ou democracia no caso constitucional) a menos que a pessoa vinculada realmente seja o

²⁸⁶ WALDRON, 1998, 278. O problema do julgamento externo é invocado novamente por Waldron em sua crítica à supremacia judicial. Os argumentos do autor a este respeito serão abordados no item 2.2.3. deste trabalho.

²⁸⁷ Cf. WALDRON, 1998, 277/278.

juiz do ponto e extensão de sua vinculação. (...) Então, similarmente, se seguimos a lógica do pré-compromisso no caso político, o povo é presumivelmente autoridade – não juízes em sua própria causa, mas *autoridades* – sobre o que ele comprometeu a si mesmo. Se essa autoridade é desafiada, por exemplo, porque o povo é agora pensado estar no próprio estado (de pânico ou fúria, etc.) que ele desejou se comprometer para combater, então tudo que podemos dizer é que a noção de pré-compromisso já não é útil em relação à controvérsia. Uma vez que se torna incerto ou controverso ao que o povo comprometeu a si mesmo, já não existe mais qualquer base na ideia de pré-compromisso para defender uma interpretação particular contra as objeções democráticas.²⁸⁸

Surge aqui, então, a questão da autonomia dos sujeitos de direito e da capacidade do povo de fazer julgamentos a respeito de questões políticas. Segundo Waldron, a tradição democrática sempre partiu do pressuposto de que o povo “é capaz de governar a si mesmo por seu próprio julgamento.”²⁸⁹ Esse é também o ponto de partida da teoria da democracia waldroniana. Em *Law and Disagreement*, ao analisar a relação entre “direitos” e “declarações de direitos”, o autor constata que as declarações figuram como pré-compromissos que retiram do debate político os direitos fundamentais. Em seu entendimento, o entrincheiramento dos direitos em declarações pode ser considerado uma afronta à autonomia e à responsabilidade dos cidadãos, uma vez que “o povo tem o direito de participar em todos os aspectos do governo democrático de sua comunidade, um direito que está profundamente conectado aos valores da autonomia e da responsabilidade que são celebrados em nosso compromisso com outras liberdades básicas.”²⁹⁰

O autor levanta, assim, um ponto que também fora mencionado por Elster em seus apontamentos sobre os limites do pré-compromisso constitucional, a saber, a desigualdade de consideração destinada aos fundadores da constituição e aos cidadãos. Essa dessemelhança é apontada a partir da contraposição entre autoconfiança e desconfiança, de modo que aqueles que instituem as restrições constitucionais confiam

²⁸⁸ WALDRON, 1998, 281. O itálico consta no original.

²⁸⁹ WALDRON, 1998, 281.

²⁹⁰ WALDRON, 1999a, 213.

em si mesmos como agindo em nome do interesse comum e desconfiam das futuras gerações considerando que serão movidas por paixões e interesses. A desconfiança para com os concidadãos, diz Waldron, “não se encaixa particularmente bem com a aura de autonomia e responsabilidade que é veiculada pela substância dos direitos que estão sendo entrincheirados desse modo.”²⁹¹ Há, então, uma contradição dentro da própria concepção (liberal) de sujeito de direito pois, por um lado, quando se trata de adquirir direitos, os indivíduos são tomados como merecedores de igual consideração e respeito justamente porque são considerados capazes de agir moral e racionalmente, por outro lado, no momento do exercício de seus direitos políticos os indivíduos são considerados pouco confiáveis, irresponsáveis e irracionais. Sendo assim,

se o desejo de entricheiramento é motivado por uma visão predatória da natureza humana e do que as pessoas farão umas para as outras quando soltas na arena da política democrática, será difícil explicar como ou porque as pessoas são vistas como essencialmente portadoras de direitos.²⁹²

Logo, também é contraditório tentar combinar, como faz o constitucionalismo, a proteção aos direitos e a desconfiança do povo na participação em decisões políticas nas quais há direitos em desacordo. Para que haja coerência, é preciso assumir que os indivíduos são tão confiáveis como portadores de responsabilidades políticas quanto o são como portadores de direitos. Waldron expressa essa confiança nos seguintes termos: “é precisamente porque eu vejo cada pessoa como um potencial agente moral, dotado de dignidade e autonomia que estou disposto a confiar ao povo *em massa* o encargo do autogoverno.”²⁹³

É exatamente essa concepção dos indivíduos e, por conseguinte, do povo, como agentes autônomos e responsáveis que serve de base para a recusa do pré-compromisso pautado no modelo de Ulisses ou do bêbado. Waldron considera que existe uma grande diferença entre o pré-compromisso individual, ao qual fazem menção as narrativas de Ulisses e do bêbado, e o pré-compromisso coletivo (propriamente o que seria o modelo de autolimitação por meio de uma constituição). Em uma sociedade, mesmo em momentos de “lucidez” há desacordos a respeito

²⁹¹ WALDRON, 1999a, 222.

²⁹² WALDRON, 1999a, 222.

²⁹³ WALDRON, 1999a, 223. O itálico consta no original.

de como os direitos são concebidos, pesados e relacionados a outros valores. E, o que está presente não é uma embriaguez, mas sim incertezas genuínas e mudanças de opinião. Por essa razão, os desacordos sobre direitos devem ser considerados desacordos de boa fé ou razoáveis. A questão do aborto é trazida como um exemplo, haja vista que tanto os grupos em defesa da vida do feto quanto aqueles que priorizam o direito de escolha da mulher não são movidos por paixões ou interesses unicamente privados, mas estão convictos de que sua posição é a mais justa para a sociedade.²⁹⁴

Segundo o autor, a metáfora ideal seria a do caso teológico, no qual uma pessoa dividida entre crenças religiosas distintas opta por uma fé fundamentalista e entrega a chave de sua biblioteca pessoal, na qual existem livros sobre diversas crenças, a um amigo e pede que a chave jamais lhe seja devolvida. Algum tempo depois a pessoa quer voltar à sua biblioteca e solicita ao amigo a devolução da chave. Com base nesse exemplo, ele busca demonstrar que as opiniões sobre decisões relevantes mudam ao longo do tempo e devem estar disponíveis para serem reavaliadas pelo próprio agente que as instituiu. Por essa razão, ele sustenta que os temas divergentes devem ser submetidos ao debate atual.²⁹⁵

Na esteira dessas conclusões, o autor reconhece que alguma espécie de pré-compromisso pode ser importante para *constituir o povo*. Em um sentido puramente formal, diz ele,

uma comunidade política pode ser constituída por uma regra sobre a votação, mas tais regras procedimentais constituem uma realidade política significativa somente em relação ao contexto legal e social que condiciona o caráter do debate público. O governo pela maioria popular é uma coisa se os votos são tomados após longos períodos de argumentos trocados entre os cidadãos e seus representantes; é outra coisa se os votos são tomados sem qualquer interação deliberativa ou se a cultura política é tal que

²⁹⁴ Note-se aqui que Waldron invoca o mesmo exemplo de Holmes e, de certo modo, até o mesmo argumento segundo o qual o desacordo é profundo e genuíno. Contudo, as opiniões de ambos dirigem-se a lados opostos. Holmes reconhece o desacordo e o invoca como motivo para tirar esse tipo de tema do debate político. Waldron, ao contrário, considera que é justamente em razão da existência de desacordo que o tema deve estar disponível para o debate.

²⁹⁵ Cf. WALDRON, 1993, 48 e também WALDRON, 1998, 284.

muitas pessoas temem manifestar sua oposição tão logo qualquer indício de consenso majoritário começa a emergir.²⁹⁶

Sendo assim, o único pré-compromisso compatível com a autonomia e responsabilidade dos cidadãos e, portanto, com a democracia, é aquele que leva em consideração o fato do desacordo político existente nas sociedades contemporâneas, deixando aberta a possibilidade de discussão sobre todos os temas que são objeto de desacordo. Nesse sentido, se é possível falar em um conceito de povo na teoria de Waldron, ele assume o caráter sincrônico, ou seja, é o conjunto dos indivíduos que formam no presente o corpo dos cidadãos e, para usar as palavras de Jefferson, na condição de “vivos”, estão autorizados a reavaliar a decisão e as instruções dos “mortos”.

2.2.3 - Democracia

A compreensão da democracia na perspectiva de Waldron passa pela resposta dada a duas questões: *que direitos temos e quem decide?* A resposta para a primeira questão é dada por teorias dos direitos e, para a segunda, por teorias da autoridade. Dependendo das respostas dadas, pode haver compatibilidade ou descompasso entre essas teorias. De todo modo, o autor sustenta que qualquer resposta deve levar em consideração as *circunstâncias da política*, isto é, “a existência de desacordo e a necessidade de, apesar do desacordo, estabelecer uma estrutura comum.”²⁹⁷

Em *Law and Disagreement* Waldron sustenta que para a democracia o elemento popular deve ser decisivo.²⁹⁸ Disso não é possível inferir, contudo, que o direito de participação conflita com outros direitos, ou ainda, que o direito de participação tem prioridade sobre os demais. Isso significa apenas que “a participação é um direito cujo exercício parece peculiarmente apropriado em situações em que portadores de direitos razoáveis discordam sobre que direitos eles têm.”²⁹⁹

²⁹⁶ WALDRON, 1998, 292.

²⁹⁷ WALDRON, 1999a, 212.

²⁹⁸ Cf. WALDRON, 1999a, 212.

²⁹⁹ WALDRON, 1999a, 212.

Como já visto anteriormente, Waldron sustenta que pode haver compatibilidade entre a ideia de direitos e democracia, haja vista a assunção de que a igual consideração que suporta os direitos é a mesma que deve suportar a autonomia e responsabilidade dos sujeitos de direitos. Do mesmo modo, ele considera que a relação entre direitos e democracia é uma via de mão dupla:

Um teórico dos direitos não deveria retratar os membros ordinários de uma democracia majoritária como predadores egoístas e irresponsáveis. Mas igualmente um teórico da democracia não deveria assumir um puro interesse procedimentalista sobre a sorte dos direitos individuais sob um sistema de decisão majoritária, pois muitos desses direitos (até mesmo aqueles não implicados no ideal democrático) são baseados no respeito pela agência moral individual que a própria democracia envolve.³⁰⁰

Assim, uma das principais questões para uma teoria da democracia é saber como proteger os direitos em um sistema de tomada de decisões democráticas. Para levar a cabo esta análise, o autor considera dois conjuntos de direitos: a) *direitos constitutivos do processo democrático* (direito de participar em termos iguais na resolução dos desacordos) e, b) *direitos que são condição de legitimidade ou de respeitabilidade moral da tomada de decisões democráticas* (liberdade de expressão e de associação e algo pouco ou não procedimental relacionado ao igual respeito pelo julgamento dos outros membros).³⁰¹ A legitimidade democrática está então associada à relação estabelecida entre esses conjuntos de direitos, sendo que os direitos do conjunto “a” pressupõem os direitos do conjunto “b”. E eles devem ser considerados de modo que nem os direitos relacionados a valores morais (substância), nem aqueles relacionados aos procedimentos democráticos (forma) sejam excluídos do debate político, haja vista Waldron considerar que “[e]m um sentido amplo todos os direitos são associados com a democracia porque (...) todos os direitos

³⁰⁰ WALDRON, 1999a, 282.

³⁰¹ WALDRON, 1999a, 283/284. Aqui Waldron reporta-se à tese de Dworkin em *Law's Freedom*, segundo a qual as decisões oriundas de um processo democrático não podem se tornar obrigatórias para os indivíduos se eles não fizeram parte, de modo satisfatoriamente substantivo, da comunidade na qual a decisão foi tomada democraticamente.

requerem a mesma espécie de respeito para com os indivíduos que a democracia também requer.³⁰²

Parece que para Waldron não há incompatibilidade entre direitos e democracia, mas, como já anunciado em sua compreensão de constituição e de povo, pode haver incompatibilidade entre uma declaração de direitos funcionando na forma de um pré-compromisso constitucional, ou seja, retirando os direitos nela salvaguardados do debate político, e democracia. Isso porque, o entrincheiramento dos direitos em uma constituição modifica o modo de ser do processo democrático. Se o debate é norteado pela constituição, a qual diz o que pode e o que não pode ser discutido, então, discute-se se um determinado tema é ou não constitucional. Nesse caso, ao invés de se discutir a existência ou não de direitos, transforma-se a questão na discussão a respeito da constitucionalidade ou não do ponto sob desacordo. Sendo assim, trata-se mais de uma questão de hermenêutica constitucional do que de enfrentamento e discussão de todos os princípios relacionados ao tema em debate.³⁰³

Assim, o principal ponto em relação ao comprometimento da democracia pelo entrincheiramento de direitos é a retirada desses direitos em desacordo do debate político. Não se trata de saber quem deve interpretar a constituição, mas quem decide quando há direitos em desacordo. Esse é o ponto no qual a questão dos direitos se cruza com a questão da autoridade. No entendimento de Waldron, a política diz respeito tanto a princípios quanto a diretrizes políticas pois, “[o] que acontece no processo político determina não somente o que nossas metas sociais são, mas também o conteúdo e a distribuição dos direitos individuais”.³⁰⁴ Uma vez que as pessoas discordam sobre que direitos possuem, a especificação dos direitos que devem ser protegidos pelo Direito deve ser feita por meio do processo político. Diante do desacordo, uma teoria da autoridade deve ser invocada e deve prevalecer sobre os critérios que são a fonte do desacordo original.

Em meio às teorias da autoridade tradicionalmente conhecidas na teoria política (monarquia, aristocracia, democracia) Waldron entende que na democracia é o povo quem deve decidir sobre os direitos que estão em discussão, devendo participar em termos iguais dessa decisão.³⁰⁵ A pergunta *quem decide* deve ser complementada por outra,

³⁰² WALDRON, 1999a, 284/285.

³⁰³ WALDRON, 1999a, 290.

³⁰⁴ WALDRON, 1999a, 243.

³⁰⁵ WALDRON, 1999a, 244.

a saber, *como se decide?* O autor opta pela decisão majoritária como princípio de autoridade, pois segundo ele, esse tipo de princípio de autoridade respeita os indivíduos de dois modos:

Primeiro, respeita suas diferenças de opinião sobre justiça e bem comum; não requer que a visão sinceramente mantida de ninguém seja depreciada ou silenciada em razão da importância imaginária do consenso. Segundo, incorpora um princípio de respeito com relação a cada pessoa no processo pelo qual decidimos sobre uma visão a ser adotada como *nossa*, mesmo em face do desacordo.³⁰⁶

Contudo, Waldron reconhece que em razão das circunstâncias da política, pode haver um eventual descompasso entre teorias dos direitos e teorias da autoridade e, nessa condição, alguém se encontrará submetido a um arranjo social que considera injusto, ainda que esse arranjo seja provisório e possa mudar com as mudanças na própria política. O exemplo trazido pelo autor é bastante esclarecedor a esse respeito:

Uma pessoa que possui uma completa teoria política –que inclui uma teoria da autoridade tanto quanto teorias da justiça, dos direitos e da política – pode encontrar a si mesma comprometida com uma visão de que a decisão errada pode prevalecer. Sua teoria da justiça pode desaprová-la política B e preferir a política A baseada em direitos, mas sua teoria da autoridade pode apoiar um procedimento de decisão (desenhado para produzir uma escolha social em face do desacordo sobre, por exemplo, a justiça de A ou B) que, quando seguida, requer que B seja implementada.³⁰⁷

Para o autor essa é uma situação natural, não contraditória, haja vista que a pessoa do exemplo está oferecendo, na realidade, respostas para duas questões diferentes, embora complementares. Desse modo, “[q]ue B deveria ser implementado é sua resposta para a questão ‘O que

³⁰⁶ WALDRON, 1999a, 109. O itálico consta no original.

³⁰⁷ WALDRON, 1999a, 246.

devemos fazer dado que discordamos sobre se A ou B é justo?’ Que A é a decisão correta é sua própria contribuição ao desacordo que suscitou essa questão.”³⁰⁸

Além de não ser contraditória, Waldron considera que também não há uma situação de conflito entre o princípio da autoridade (decisão majoritária) e outros direitos considerados fundamentais, desde que se tenha em mente um desacordo de boa fé. Desse modo, se as pessoas discordam sobre o que os direitos requerem ou o que eles realmente são, o resultado da decisão majoritária irá parecer, ao grupo que apoiou essa decisão, estar de acordo com a justiça e, de modo distinto, para aqueles contrários à decisão majoritária o resultado irá parecer injusto. Ainda que outra teoria da autoridade seja escolhida (monarquia, aristocracia, decisão judicial) e se opte pelo uso da decisão majoritária como princípio de autoridade, o autor entende não fazer sentido falar em conflito entre o princípio da autoridade e os direitos sobre os quais a autoridade deve decidir, pois se há desacordo a respeito da existência ou do significado dos direitos, “não há modo neutro de estabelecer o que exatamente se pressupõe estar competindo com a participação majoritária (ou qualquer outro princípio de autoridade).”³⁰⁹

Para Waldron, questões controversas a respeito de direitos em desacordo devem então ser decididas pelo povo, ou por seus representantes. A retirada desses direitos do debate político, com o intuito de protegê-los, fere o ideal democrático e de autogoverno. A democracia tem, assim, que assumir o desacordo. O autor aceita que “tudo está em disputa na democracia, incluindo os direitos associados com a própria democracia. Ou, certamente, tudo o que está submetido ao desacordo de boa fé está em disputa.”³¹⁰ Ele nem sequer admite que esses direitos figurem no debate político protegidos pela exigência de um quorum especial ou decisão por maioria qualificada. Em seu entendimento, a dificuldade de se atingir a maioria requerida em um quorum qualificado apenas reforça o caráter de restrição atribuído aos direitos assim resguardados. E sustenta que “se há uma objeção a certas restrições constitucionais, nós não podemos refutar essa objeção apontando para uma oportunidade formal para emenda ou mudança.”³¹¹

³⁰⁸ WALDRON, 1999a, 247/248.

³⁰⁹ WALDRON, 1999a, 248/249.

³¹⁰ WALDRON, 1999a, 303.

³¹¹ WALDRON, 1999a, 275.

Sendo assim, a possibilidade de emendar a constituição não modifica o caráter de pré-compromisso atribuído às restrições constitucionais e, portanto, não serve de base para a afirmação do autogoverno.

Na esteira dessa concepção, a democracia não pode ser avaliada pelos seus resultados, apenas.³¹² Para Waldron, é preciso fazer uma distinção entre “decisões *sobre a democracia* e decisões *tomadas por meios democráticos*.”³¹³ Esse é um argumento que leva a discussão para a consideração das responsabilidades dos cidadãos, das legislaturas e das cortes. Se uma decisão é avaliada pelo resultado parte-se do pressuposto que, se uma lei aprovada pelo legislativo fere direitos requeridos para uma democracia, então essa lei deve ser considerada não democrática e, por conseguinte, a democracia tem um ganho quando uma corte constitucional impede que tal legislação seja aplicada. No entendimento de Waldron,

Se uma questão vem para a decisão política em uma comunidade, um membro da comunidade pode razoavelmente pedir para participar da decisão em termos iguais com seus concidadãos. Nessas circunstâncias pode haver todos os tipos de razões para negar sua solicitação, mas seria absurdo negá-la sob o fundamento de que a questão era sobre democracia. Isso seria absurdo porque falharia em endereçar sua preocupação a uma questão sobre democracia que, tanto quanto qualquer questão política, deveria ser decidida por meios democráticos.³¹⁴

Isso apenas reforça a concepção de democracia waldroniana segundo a qual os direitos em desacordo devem ser decididos pelo povo ou por seus representantes. Por essa razão o autor defende que há de fato uma perda para a democracia quando a legislatura eleita de uma sociedade é submetida ao poder judicial. Apenas como uma ressalva, cabe ressaltar que não é a intenção desta tese entrar nas discussões específicas relacionadas ao ativismo judicial. Porém, algumas das

³¹² Esse é um argumento levantado contra Dworkin, mas também poderia ser apresentado a Holmes, que também aceita avaliar a democracia a partir dos resultados, como fica claro quando sustenta uma política de omissão das questões controversas da agenda política justamente para evitar que elas se sobreponham a outras questões sobre as quais é possível haver acordo. Cf. HOLMES, 1988a.

³¹³ WALDRON, 1999a, 292.

³¹⁴ WALDRON, 1999a, 293.

considerações feitas por Waldron a este respeito são importantes para que se compreenda melhor a posição do próprio autor a respeito do procedimento democrático. Como dito anteriormente, a discussão sobre o ativismo judicial, ou judicialização da política, é um problema que se delinea como um sintoma do problema mais fundamental que é o objeto desta tese, qual seja, a relação conflituosa presente na própria conceituação de constituição e democracia.

Waldron enfrenta o problema do ativismo judicial em muitos dos seus textos, mas abordo aqui principalmente um ensaio de 2006 denominado *The Core of the Case Against Judicial Review*, no qual o autor faz claramente a distinção entre a revisão judicial em sentido forte (que ele rejeita) e em sentido fraco (que ele aceita).

A *revisão judicial em sentido forte* é definida como aquela em que: a) as cortes possuem autoridade para não aplicar um estatuto a um caso particular ou para modificá-lo (na sua aplicação) a fim de adequá-lo aos direitos individuais; b) as cortes possuem autoridade para deixar de aplicar um estatuto; c) ou ainda, as cortes possuem autoridade para derrubar leis em sua totalidade ou em parte.³¹⁵

Contra a revisão judicial em sentido forte Waldron busca identificar um argumento central independente das manifestações históricas e dos efeitos que tais decisões produzem. Aqui ele reporta-se diretamente à afirmação de Dworkin em *O Império do Direito*, segundo a qual “os Estados Unidos são uma sociedade *mais justa* do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias.”³¹⁶ É exatamente contra a possibilidade de averiguação da relação (necessária) entre revisão judicial e justiça que se voltam as críticas de Waldron. Segundo ele, essa é uma questão mal colocada. O quanto a revisão judicial é capaz de tornar uma sociedade mais justa é algo de difícil verificação, pois se decisões como a de *Brown vs. Board of Education*³¹⁷ foram capazes de promover a igualdade racial e combater a segregação, por outro lado, durante a “*Lochner era*”, entre 1885 e 1930, cortes americanas estaduais e federais revogaram aproximadamente 150 partes de leis que protegiam as relações e condições de trabalho tais como salário mínimo,

³¹⁵ Cf. WALDRON, 2006, 1354.

³¹⁶ DWORKIN, 2003, 426 (grifo meu).

³¹⁷ Decisão da Suprema Corte norte-americana de 1954. Declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais que estabeleciam a segregação racial nas escolas públicas. Cf. *Brown vs. Board of Education* 347 US 483 (1954).

proibição de trabalho infantil entre outras.³¹⁸ Assim sendo, tanto exemplos de justiça quanto de injustiça podem facilmente ser encontrados na jurisprudência de cortes constitucionais. Por essa razão, a defesa da revisão judicial não pode ser feita apenas sob o argumento da justiça. Para Waldron, o que se deve verificar é a relação existente entre revisão judicial e democracia, ou melhor, a compatibilidade entre ambas.

A partir dessa perspectiva, a revisão judicial em sentido forte é considerada vulnerável em dois pontos: em primeiro lugar, não é o meio adequado para uma sociedade avaliar direitos sobre os quais discorda; em segundo lugar, é politicamente ilegítima, pois é uma decisão majoritária de um pequeno número de oficiais não eleitos, logo, fere o princípio da representação e da igualdade política.³¹⁹ Waldron sustenta que, embora a revisão e interpretação judicial sejam necessárias, não se pode inferir disso que outras instituições não possam também ter o poder de revisar entendimentos oficiais sobre direitos. O autor acredita ser um grande erro considerar que os direitos que os juízes estão interpretando e revisando são colocados além do alcance da reinterpretção e revisão democrática. Ele acredita que a questão é a seguinte: ou uma sociedade assume a necessidade de emendas constitucionais ou não e, uma vez consideradas necessárias, as emendas devem ser feitas por instituições representativas democráticas.³²⁰

Se um povo considera desejável que uma Declaração de Direitos seja tratada como um “organismo vivo” capaz de adaptação a novas condições, então tem que enfrentar a questão da autoridade: *quem* deve ter poder para participar nesse processo orgânico cotidiano? Pois se é necessário a uma sociedade adaptar cânones do direito a situações não previstas pelos fundadores da constituição, é difícil ver por qual razão o povo (atual) e seus representantes deveriam ser excluídos desse processo.³²¹

Por fim, Waldron considera que o argumento mais insidioso em prol do ativismo judicial é aquele que aponta para as imperfeições da democracia, pois esse argumento busca tirar o poder de cidadãos ordinários sobre questões de mais alta importância política e moral.³²² Desse modo, ao invés de se falar sobre dificuldades contramajoritárias,

³¹⁸ Cf. WALDRON, 1999a, 288.

³¹⁹ Cf. WALDRON, 2006, 1351.

³²⁰ Cf. WALDRON, 1993, 42.

³²¹ Cf. WALDRON, 1993, 43.

³²² WALDRON, 1993, 45.

dever-se-ia distinguir entre cortes decidindo por voto majoritário e cidadãos ordinários decidindo por voto majoritário pois, ao final, *é também desse modo que são decididos casos controversos dentro dos tribunais constitucionais*. Então, a questão é *quem consegue participar? E não como se decide em caso de desacordo*” (porque a resposta para *como*, é sempre, *por maioria*).³²³

Contudo, Waldron admite a prática *da revisão judicial em sentido fraco*, a qual dar-se-ia nos seguintes termos: as cortes podem inspecionar a legislação a respeito de sua conformidade com os direitos individuais, mas os juízes não podem deixar de aplicá-la ou moderar sua aplicação simplesmente porque de outro modo direitos seriam violados; esse modelo confere aos juízes pouca autoridade; um clássico exemplo é o Reino Unido onde as cortes podem revisar a legislação e declarar a incompatibilidade com os direitos fundamentais, mas não podem invalidá-la.³²⁴

De acordo com Waldron, a revisão judicial em sentido fraco é pressuposto para uma democracia constitucional que não escamoteia a política e, ela pode sustentar-se em qualquer sociedade na qual estejam presentes as seguintes condições: a) instituições democráticas em ordem razoável de bom funcionamento incluindo um legislativo representativo eleito na base do sufrágio universal; b) um conjunto de instituições judiciais em boa ordem de funcionamento escolhidas de forma não representativa para ouvir reivindicações individuais e assegurar *o governo da lei*; c) o comprometimento da maior parte dos membros da sociedade e de seus oficiais com os direitos individuais e das minorias; d) um desacordo substancial, de boa fé e persistente sobre direitos.³²⁵

Para Waldron, a revisão judicial em sentido forte impede que o desacordo sobre direitos seja confrontado diretamente, pois ele é sempre colocado como uma questão de interpretação. Além disso, tratar a autoridade judicial como a principal base para o reforço constitucional deixa a constitucionalidade do próprio poder judiciário sem controle externo. Conectado a isso há o perigo de que a revisão judicial possa

³²³ Em um artigo recente Waldron convidou aqueles que criticam a premissa majoritária (em especial Dworkin) a justificar o uso desse tipo de decisão pelos tribunais. Em suas palavras: “Faz mais de vinte anos desde que eu comeci a desafiar os defensores da revisão judicial a explicar o uso do princípio majoritário pelas cortes exercendo a revisão judicial contramajoritária; há muito eu já desisti de uma resposta respeitável.” Cf. WALDRON, 2010, 1043.

³²⁴ Cf. WALDRON, 2006, 1355.

³²⁵ WALDRON, 2006, 1360.

facilmente tornar-se uma forma de elaboração da lei pelo judiciário.³²⁶ Analisada desse modo, a revisão judicial é incompatível com a democracia.

Assim, de acordo com os critérios anteriormente colocados para análise da democracia, quais sejam, decisões *sobre a democracia* e decisões *tomadas democraticamente*, Waldron sustenta que ainda que as decisões tomadas por cortes judiciais sejam bem sucedidas em seus resultados (o que ainda assim depende de critérios variáveis), elas comprometem o ideal democrático porque, em seu entendimento, não são *tomadas democraticamente*. Recusar a revisão judicial em sentido forte é, para o autor, um modo de ressaltar “a dignidade da legislação”. Nosso respeito pela legislação, diz ele, “é em parte o tributo que deviríamos prestar à realização da ação coletiva combinada, cooperativa e coordenada nas circunstâncias da vida moderna.”³²⁷

2.3. Considerações críticas a respeito dos direitos fundamentais e da soberania popular

Ambas as teorias analisadas anteriormente foram tomadas como exemplos de posicionamentos que polarizam a discussão a respeito da democracia constitucional, retomando, de certa forma, o debate travado entre Madison e Jefferson. Por um lado, a teoria de Holmes foca sua análise na legitimidade das restrições constitucionais impostas à democracia tomando-as como um meio necessário para se assegurar a própria democracia. Pode-se dizer que a teoria de Holmes se filia à perspectiva madisoniana, haja vista assumir o aspecto restritivo da constituição e das instituições por ela criadas na proteção dos direitos fundamentais. Também no que diz respeito ao conceito de povo, assume-se uma perspectiva diacrônica na medida em que, partindo-se de uma concepção pessimista da natureza humana, deposita-se a confiança em uma geração peculiarmente movida pela razão em detrimento dos cidadãos ordinários, que seriam vulneráveis à irracionalidade e, portanto, ficam limitados quanto ao exercício de sua soberania. Como consequência, a democracia deve essencialmente ser exercida dentro dos limites criados pela constituição. Por outro lado, a teoria de Waldron aponta para a necessidade de assumir que os desacordos existentes nas

³²⁶ WALDRON, 2009, 278.

³²⁷ WALDRON, 1999a, 101.

sociedades contemporâneas são amplos, abarcando questões relacionadas a direitos, procedimentos e à própria política. Assim sendo, a legitimidade democrática está exatamente em não retirar nada do debate, deixando todos os temas sob desacordo abertos para discussão e decisão por meio do legislativo representativo, que pode decidir por maioria simples, uma vez que o autor recusa até mesmo a exigência de maioria qualificada. Sendo assim, percebe-se que a teoria de Waldron mantém alguns pontos em comum com a teoria de Jefferson, sustentando a Constituição como um documento aberto a mudanças, o povo como agente capaz de realizar essas mudanças em qualquer tempo e a democracia como algo que não se limita.

O ponto forte de uma teoria como a de Holmes é que ela busca encontrar alternativas para que a democracia não se autodestrua ou produza resultados não democráticos, tanto em relação aos indivíduos, quanto às minorias e à sociedade em geral. Essas alternativas são garantidas na medida em que certas questões são retiradas da apreciação popular por meio de decisão majoritária.

Contudo, uma forma de testar os limites de uma teoria é averiguar quais seriam as suas respostas a determinados casos limite. Uma teoria como a de Holmes, cujo critério essencial para a definição da democracia e sua legitimidade se assenta sobre a avaliação do resultado, teria que reconhecer como democrática inclusive uma tecnocracia ou uma monarquia, desde que ela assegurasse os direitos fundamentais para os indivíduos, para minorias, assim como o bem-estar da sociedade em geral. Nesse caso percebe-se que o critério central de uma teoria como a de Holmes desconsidera um dos aspectos que comumente são tomados como essenciais para a noção de democracia, qual seja, a soberania popular e a autonomia coletiva vinculadas com a noção de participação popular nos processos de tomada de decisão.

Ademais, quando existe um conjunto de decisões relativas a direitos assegurados formalmente por uma constituição, a qual falta um vínculo com algo que pode ser chamado de vontade popular ou de cultura política de um povo, pode faltar também força normativa para as decisões tomadas, por exemplo, por uma corte constitucional.³²⁸ Ainda

³²⁸ A respeito desse aspecto, Waldron também ressalta que constituições e declarações de direitos valem muito pouco sem uma cultura política que as sustentem. Cf. WALDRON, 1999a, 312. Nesse mesmo sentido, Bellamy questiona até mesmo a efetividade da revisão judicial em casos nos quais o desacordo social é muito forte. Como exemplo, ele evoca o julgamento de *Brown vs. Board of Education* para mostrar que a vitória por meios legais dificilmente põe fim a uma disputa, a menos que a decisão judicial tenha amplo suporte político. A decisão da Suprema Corte americana que reconheceu a inconstitucionalidade de leis

que exista um poder coercitivo que obrigue o cumprimento de certas decisões, caso não haja um certo consenso dos membros de uma determinada sociedade em torno daquela decisão, dificilmente pode-se esperar que os valores expressos na constituição sejam de fato cumpridos.

Já uma teoria como a de Waldron, cuja proposta abraça o ideal de soberania popular e de supremacia legislativa, pode dar conta de lidar com os problemas de desacordos a respeito da interpretação e ponderação de direitos, principalmente porque é capaz de abarcar e acomodar as mudanças sociais. Ou seja, permite que os desacordos políticos sejam avaliados e reconsiderados por meio do próprio processo político levado a cabo por representantes eleitos democraticamente.

Entretanto, também quanto à teoria da qual Waldron foi tomado como representante, pode-se apresentar uma situação limite que expõe seus pontos fracos. Ao admitir que tudo está aberto ao debate e que a legitimidade democrática é garantida essencialmente a partir da ampla participação popular na tomada de decisões, e desde que essas decisões não impeçam futuras decisões populares, Waldron deve admitir que mesmo uma decisão que retire direitos de minorias ainda deve ser considerada democrática. A questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo pode ser invocada como um exemplo. Partindo-se do pressuposto de que há um desacordo razoável e de boa fé sobre a existência ou não de um direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, se um parlamento decidir, seguindo a premissa majoritária, que pessoas do mesmo sexo não possuem o direito ao casamento, ainda assim, segundo a teoria de Waldron, a decisão precisaria ser considerada democrática. Essa mesma questão também poderia ser pensada em relação à retirada de direitos políticos e civis de qualquer minoria.

Parece haver na teoria de Waldron uma base normativa implícita que não se encontra fundamentada, pois a questão é sempre sobre o significado de um desacordo razoável ou de boa-fé e de quanto essa noção possui força normativa para restringir determinadas posições. Se essa própria noção puder ser objeto de uma decisão majoritária, então,

estabelecendo a segregação racial nas escolas públicas ocorreu em 1954. Contudo, o autor ressalta que as mudanças sociais passaram mesmo a acontecer dez anos após essa decisão, em razão da atuação contínua do movimento em prol dos direitos civis e da aprovação, pelo Congresso, do Civil Rights Act (1964) e do Voting Rights Act (1965). Cf. BELLAMY, 2007, 44.

qualquer decisão da maioria pode ser considerada pautada num desacordo razoável.³²⁹

Além disso, como o próprio Waldron reconhece, falta em sua teoria da democracia uma reavaliação da representação política.³³⁰ Sem repensar a democracia representativa, torna-se problemático conferir tanto poder ao legislativo, pois o desenho do legislativo precisa garantir ao mesmo tempo tanto o controle popular em relação aos representantes quanto precisa pensar em meios de desenvolver e qualificar o próprio debate político, pois a vontade política do povo não pode ser tomada simplesmente como algo dado *a priori*: ela precisa ser fruto de um processo que, por sua vez, crie uma cultura política democrática. O bom funcionamento de uma teoria da democracia constitucional precisa pressupor uma cultura política democrática, a qual deve ser fomentada pelas próprias instituições democráticas.³³¹

Com base no que foi visto até aqui, pode-se dizer que uma teoria da democracia constitucional precisa dar conta tanto das garantias aos direitos fundamentais quanto da participação popular na tomada de decisões. Em outras palavras, parece ser necessário buscar uma teoria que ao mesmo tempo permita uma ampla discussão democrática, mas que também aponte para garantias de que as decisões democráticas possuam também um conteúdo que possa ser considerado democrático. É sobre isso que trata o próximo capítulo.³³²

³²⁹ Essa é uma limitação apontada também por Thomas Christiano. Cf. CHRISTIANO, 2000, 513-543.

³³⁰ Cf. WALDRON, 1999a, 110, nota de rodapé nº 60.

³³¹ Nesse sentido também é a crítica que János Kis faz às objeções de Waldron ao pré-compromisso constitucional. Cf. KIS, 2009.

³³² As críticas dirigidas a essas teorias serão retomadas no final do terceiro capítulo.

Capítulo III – Uma proposta de constitucionalismo democrático

Até aqui procurei delinear, a partir de uma análise histórico-conceitual, os parâmetros dentro dos quais pretendo propor uma leitura da democracia constitucional. No primeiro capítulo, ao examinar as teorias políticas e constitucionais que estabeleceram os fundamentos teóricos do constitucionalismo moderno, identifiquei alguns conceitos que entendo ser fundamentais para repensar a relação entre constituição e democracia. No segundo capítulo, ao examinar o modo como a filosofia contemporânea lida com a tensão existente entre esses dois conceitos, constatei a existência de uma polarização tendo-se, por um lado, Holmes sustentando que os direitos fundamentais devem ser retirados do debate político e que essa limitação ao debate não gera uma tensão entre constituição e democracia, pois as restrições constitucionais, ou pré-compromisso, são restrições auto-impostas. Por outro lado, Waldron aceita a existência do conflito e assume que ele deve ser ajustado, mas não resolvido, por meio de processos democráticos. A princípio a tese de Waldron parece dar uma resposta mais apropriada aos problemas que surgem da relação entre esses conceitos ao propor que os desacordos a respeito de direitos sejam ponderados e interpretados politicamente, notadamente, dentro do poder legislativo. Contudo, essa proposta confere ao legislativo uma supremacia em relação aos outros poderes e não propõe modificações no modo de realização da democracia representativa a fim de criar outras formas de controle sobre esse poder. Isso traz novos problemas porque a ideia de qualquer poder sem controle também é antidemocrática.

Neste capítulo, pretendo dedicar-me à análise de uma teoria política e constitucional na qual é possível encontrar elementos para se repensar a relação entre constituição e democracia a partir da redefinição desses próprios conceitos. Refiro-me à obra de Condorcet. Esse autor tem sido retomado pelas teorias constitucionais contemporâneas principalmente em razão de seu *teorema do júri*.³³³ Contudo, penso que a grande contribuição de Condorcet para a discussão a respeito da democracia constitucional encontra-se em seu *Plan de Constitution*.

³³³ O teorema do júri é um método de escolha social racional e propõe que grupos agirão melhor do que indivíduos e grandes grupos melhor do que pequenos, desde que duas condições sejam encontradas: a) a regra da maioria seja utilizada; b) quando for mais provável que cada pessoa não esteja certa. Cass Sunstein e Jeremy Waldron são exemplos de autores que têm recorrido a este teorema. Analisarei melhor sua aplicação, assim como tem sido utilizado pelo constitucionalismo contemporâneo no decorrer deste capítulo.

Essa obra, escrita em 1793, foi um dos últimos textos políticos de Condorcet e abriga praticamente todos os conceitos relevantes que o autor desenvolveu ao longo de sua trajetória como filósofo e como político. Nesse texto, Condorcet demonstra como a estrutura política de uma determinada sociedade pode incorporar, promover e proteger os aspectos mais difundidos do iluminismo: razão, liberdade, igualdade e direitos do homem. Ele dá forma a uma constituição que propõe a divisão do território de modo a criar pequenos espaços institucionais nos quais os cidadãos podem participar, discutir, decidir e fazer com que suas propostas cheguem até as instituições representativas nacionais. Contudo, ele também institui procedimentos que devem mediar a formação da vontade popular e seu percurso até que alcance as instituições formais de governo.

Desse modo, pretendo estruturar esse capítulo dividindo-o em duas partes. Na primeira retomo a teoria política e constitucional de Condorcet. Na segunda apresento indicações de como os conceitos delineados a partir da teoria do filósofo francês podem ser atualizados e introduzidos na discussão contemporânea a respeito da democracia constitucional. Faço isso analisando dois conceitos que entendo centrais no debate a respeito da democracia constitucional: o conceito de *povo* e aquele de *vontade*.

A definição do conceito de povo é de fundamental importância para a discussão acerca da relação entre constituição e democracia. Sempre que a participação popular na tomada de decisões políticas relevantes está em questão, entra em cena também o medo de que o povo, movido por paixões e interesses, coloque em risco as conquistas já alcançadas em relação aos direitos que são assegurados constitucionalmente. O povo então é comumente associado à multidão, aquela que age de forma irracional e/ou manipulada, na atualidade, pelos meios de comunicação ou lideranças diversas que formam a opinião e a vontade. A partir desses receios, a questão que se coloca é pensar em que medida o povo pode ser compreendido de modo a escapar dos riscos da irracionalidade ou da manipulação na política. Meu propósito então é uma associação entre os conceitos de povo e de vontade que permita atribuir mais credibilidade à participação popular nas decisões políticas do que se confere hodiernamente. Buscar-se-á, também, verificar como um determinado conceito de povo (*o povo sincrônico com vontade diacrônica*) não apenas pode ser encontrado em um Projeto de Constituição efetivamente democrático (e aqui me reporto ao Projeto de Constituição elaborado por Condorcet em 1793), como

também serve de base para a elaboração de um projeto de tal envergadura.

3.1. Condorcet e as bases democráticas do constitucionalismo moderno

No final do primeiro capítulo desta tese a análise do conceito de povo feita a partir de teorias constitucionais modernas mostrou a existência de uma tensão entre deveres/responsabilidades e direitos. Por um lado, uma concepção diacrônica de povo conecta-se ao dever e à responsabilidade de manutenção do projeto político e dos direitos afirmados por uma geração, associando esta manutenção com um ideal de interesse comum ou de vontade geral. Afirmou-se que essa concepção de povo, ao ressaltar o aspecto intergeracional, pode ter dificuldade para chegar a um conceito de vontade, sobretudo diante das dificuldades de definição de uma vontade intergeracional. Por outro lado uma concepção sincrônica estaria vinculada ao direito de mudança, o qual automaticamente remete ao medo de que as alterações possam causar retrocessos políticos, sociais e a perda ou restrição de direitos.

Contudo, a fim de fugir dos impasses acima mencionados acredito ser melhor desmembrar os conceitos apresentados por Pinzani, separando o conceito de povo do conceito de vontade. Nesse caso surgem quatro categorias, as quais passo a analisar.

A primeira categoria pode ser chamada de *povo diacrônico com vontade diacrônica*. Este seria o povo pensado por Madison, pois o povo que funda a constituição se concebe de forma diacrônica, isto é, ele institui uma constituição com validade não apenas para si, mas também para as gerações futuras. E isso seria legítimo porque a vontade do povo que a estava instituindo naquele momento não era a vontade da geração presente, mas pressupunha aquilo que seria a vontade das gerações futuras. Aqui, o aspecto diacrônico da vontade oferece uma espécie de limite à ação popular irresponsável.

A segunda categoria pode ser chamada de *povo diacrônico com vontade sincrônica*. Essa seria a forma como Jefferson e Paine entendem o povo de Madison, isto é, um povo que funda uma constituição para as gerações futuras, porém com a vontade de sua época. Nesse caso, esse mesmo aspecto diacrônico quando relacionado ao povo simboliza o engessamento da estrutura político-jurídica do país, impedindo, desse modo, que modificações necessárias ocorram.

A terceira categoria pode ser chamada de *povo sincrônico com vontade sincrônica*. Esta seria a forma como Madison compreende o conceito de povo tal como defendido por Jefferson. Trata-se de um povo que institui uma constituição que vale apenas para sua geração, segundo seus interesses e desconsiderando as conquistas das gerações passadas e os direitos e interesses das gerações futuras.

A quarta categoria pode ser nomeada como *povo sincrônico com vontade diacrônica*. Esta será a categoria defendida e explorada no restante deste trabalho. Ela pressupõe um povo que se compreende de forma sincrônica, isto é, que funda uma constituição que tenha validade a princípio apenas para si, mas que não leva em conta apenas os interesses de sua época. Trata-se de um conceito de povo que pensa não apenas na geração presente ou na maioria, mas que deve levar em conta o legado das gerações passadas e o bem-estar e os direitos das gerações futuras, assim como os direitos e interesses das minorias de seu próprio tempo. Nessa categoria, o sincronismo relacionado ao conceito de povo permite que a constituição seja considerada um documento vivo e aberto ao processo de mudança. Por outro lado, o elemento diacrônico da vontade oferece a segurança de que a abertura da constituição ao povo não implicará a perda ou a supressão de direitos fundamentais e tampouco a destruição da própria democracia. Considero este o conceito mais adequado para uma sociedade que não quer permitir que o aspecto democrático submeta-se ao jurídico e tampouco quer expor-se à tirania da maioria.³³⁴

³³⁴ Entende-se aqui por *sincrônico* “um conjunto de fatos que coincidem no tempo, sem levar em conta o processo evolutivo” e, por *diacrônico* “o conjunto dos fenômenos sociais e culturais, etc., que ocorrem e se desenvolvem através do tempo.” (Definições dadas pelo Dicionário Houaiss). Esses termos não serão aqui utilizados no sentido clássico a eles atribuído na Linguística por Ferdinand Saussure, uso este que deu origem ao estruturalismo linguístico e que foi posteriormente apropriado pelas teorias estruturalistas na sociologia e na antropologia. O linguista suíço, ao analisar a interferência do fator tempo no desenvolvimento da língua, propôs a divisão da Linguística segundo dois eixos: a) *o eixo das simultaneidades* (A→B) – “concernente às relações entre coisas coexistentes, de onde toda intervenção do tempo se exclui”; b) *eixo das sucessões* (C↓D) – “sobre o qual não se pode considerar mais que uma coisa por vez, mas onde estão situadas todas as coisas do primeiro eixo com suas respectivas transformações”.³³⁴ O eixo da simultaneidade é também chamado pelo autor de *Linguística sincrônica*, a qual estuda “tudo quanto se relacione com o aspecto estático”. Já o eixo das sucessões é aquele da *Linguística diacrônica*, relacionado a “tudo que diz respeito às evoluções”. Desse modo, a princípio as definições de *sincrônico* e *diacrônico* apresentadas na Linguística assemelham-se às definições adotadas neste trabalho, pois indicam respectivamente simultaneidade e continuidade temporal. Contudo, quando Saussure ressalta o aspecto *estático* da Linguística sincrônica e o *evolutivo* da Linguística diacrônica, surgem aí elementos dissonantes. Quando analisados a partir do ponto de vista da relação entre constituição e democracia, o termo *sincrônico* indica sim simultaneidade, mas opõe-se ao ideal estático (pois simboliza o direito de um povo atual modificar a sua constituição), ao passo que o termo

Nas teorias políticas de Jefferson, Paine e Condorcet não parece haver uma contraposição entre direitos, deveres e responsabilidades. Pelo contrário, os autores entendem que a estrutura de governo, assim como os direitos do homem, estão constantemente sujeitos não a restrições ou perdas por uma ação popular irresponsável, mas ao aperfeiçoamento decorrente do próprio progresso da humanidade. Dentre esses autores, foi Condorcet que desenvolveu, com mais precisão, elementos que tornam possível delinear o conceito de *povo sincrônico com vontade diacrônica*. Esses elementos são apresentados em diversos textos políticos do filósofo iluminista e servem de base para a elaboração de uma proposta de organização política concreta, que é o *Projet de Constitution Française*³³⁵ elaborado em 1793 para a República francesa. Nesse Projeto o autor percebe, com muita clareza, a existência do conflito entre os ideais da constituição (assegurar os direitos individuais e a estabilidade política) e os da democracia (o exercício da soberania popular) e busca acomodá-los da melhor forma possível.

O principal texto de Condorcet que serve de base para a análise a ser realizada a seguir é o *Plan de Constitution* de 1793,³³⁶ que é a

diacrônico afirma o ideal estático, ou de estabilidade e segurança do ponto de vista jurídico, ou seja, em certa medida recorre-se ao fator tempo para negar ao povo de hoje o direito de fazer mudanças que possam prejudicar o povo de amanhã. Verifica-se então uma alteração dos aspectos estático/evolutivo delineados por Saussure. Cf. SAUSSURE, 2006, 95/96. Agradeço a Leon Fahi Neto por advertir-me a respeito das distinções entre o uso dos termos sincrônico/diacrônico feito pela Linguística e aquele que está sendo adotado neste trabalho.

³³⁵ O Projeto de Constituição de 1793 também é denominado por comentadores de Condorcet e historiadores da Revolução Francesa como “Constituição Girondina” ou Plano de Condorcet. Embora o Projeto tenha sido assinado por todos os membros do Comitê de Constituição (Sieyes, Paine, Brissot, Pétion, Vergniaud, Gensonné, Barère, Danton e Condorcet), Léon Cahen e Franck Alengry, considerados os maiores biógrafos de Condorcet, sustentam que a elaboração do Projeto de Constituição foi de autoria exclusiva do filósofo iluminista. Paine e Sieyes, também membros do Comitê e reconhecidos por seu legado ao constitucionalismo moderno, não teriam tido uma participação capaz de lhes conferir uma co-autoria. Paine é apontado como um importante interlocutor de Condorcet. Quanto a Sieyes, por outro lado, não há relatos de qualquer participação, assim como também não há dos demais membros do Comitê. Cf. ALENGRY, 1904; CAHEN, 2010. Ainda quanto à denominação do texto como “Constituição Girondina”, Gabriele Magrin entende ser uma denominação inadequada, seja pelo Projeto ter sido escrito apenas por Condorcet, embora tenha recebido apoio girondino e tenha sido subscrito por alguns girondinos que faziam parte do Comitê de Constituição, seja porque o projeto abrigava muitas ideias defendidas também pelos jacobinos, como a implementação de medidas de proteção social e de assistência pública, ou ainda a necessidade de complementar o governo representativo com a participação direta dos cidadãos na vida pública. Cf. MAGRIN, 2001, 137-141.

³³⁶ Aqui faço referência ao *Plano de Constituição*, e não apenas ao *Projeto de Constituição*, porque o Plano é um documento que abarca a *Exposição de Princípios e Motivos do Projeto de Constituição* apresentada à Convenção Nacional nos dias 15 e 16 de fevereiro de 1793, assim

compilação das ideias constitucionais do autor. Essa obra é o resultado do amadurecimento das muitas ideias e propostas desenvolvidas desde a Revolução Americana, fruto do diálogo com pensadores como Paine, Jefferson, Sieyes, entre outros. Quando necessário, recorrer-se-á também a outros textos de Condorcet, mas não há aqui a preocupação de apontar para as continuidades e descontinuidades teóricas entre os textos referenciados, uma vez que, neste trabalho, não se tem o objetivo de fazer uma reconstrução histórica de seu pensamento.³³⁷ Importa aqui ver em que medida a teoria constitucional de Condorcet, exposta no *Plan de Constitution* e em textos anteriores, oferece uma concepção de democracia constitucional que possa lançar luz sobre os problemas enfrentados nesta tese.

A relação entre constituição e democracia na teoria de Condorcet será analisada em dois momentos. Primeiramente, verificar-se-á em que medida a teoria constitucional por ele proposta abriga um conceito de povo que pode ser pensado sincronicamente. Para tanto, é necessário estudar a estrutura político-jurídica e as instituições erigidas pela constituição a fim de verificar em que medida elas permitem e regulam a participação popular. Em segundo lugar, buscar-se-á identificar como é possível a formação de uma vontade diacrônica e, aqui, é preciso voltar a atenção para as teorias que servem de base para a teoria constitucional condorcetiana, a saber, a matemática social, a instrução pública e as teses a respeito do progresso do espírito humano.

3.1.1 - O povo sincrônico

Em seu estudo sobre a história da representação democrática na França, Rosanvallon chama a atenção para a dificuldade de figuração da democracia tanto moderna quanto contemporânea, uma vez que o termo democracia, analisado sob o aspecto político, designa um regime de autoridade, mas examinado sob o prisma sociológico, faz menção ao sujeito que a exerce. A principal dificuldade então se refere à definição do agente da democracia: o povo.³³⁸ A impossibilidade, ou improbabilidade, de se chegar a uma definição do povo concreto leva à

como o *Projeto de Declaração de Direitos Naturais, Cívicos e Políticos dos Homens* e o *Projeto de Constituição Francesa*.

³³⁷ Um estudo mais abrangente de toda a teoria de Condorcet pode ser encontrado em ALENGRY, 1904 e CAHEN, 2010. A respeito apenas da teoria constitucional ver MAGRIN, 2001. Magrin analisa as continuidades e descontinuidades da doutrina constitucional condorcetiana desde o período pré-revolucionário até as discussões ocorridas na Convenção Nacional sobre o Projeto de Constituição de 1793.

³³⁸ ROSANVALLON, 1998, 10-12.

construção de um ideal ou de uma ficção à qual se possa fazer referência.

A ideia de *construção do povo* como um ideal ou ficção guarda em si um aspecto negativo, que é aquele da criação de um rótulo não correspondente à realidade e que remete inevitavelmente a uma noção de totalidade cujo viés antidemocrático é inerente. É isso que aponta Rosanvallon ao identificar as ficções contemporâneas de povo, que são por ele compiladas em três categorias: o *povo-opinião* (aquele caracterizado, sobretudo, pelas pesquisas de opinião, que criam a visão da sociedade como uma unidade, dotada de caráter próprio e facilmente identificável);³³⁹ o *povo-exclusão* (ideal criado a partir da exaltação de sentimentos de identidade, a qual é forjada comumente pela exclusão das diferenças); e o *povo-emoção* (ideal criado pela mídia por meio da sensibilização a respeito de certos estereótipos ou personalidades como por exemplo ídolos nacionais, mitos ou personagens simbólicos, a fim de evocar o ideal de um determinado modo de vida).³⁴⁰

Por outro lado, pode-se admitir que a ideia de *construção do povo* abriga também um aspecto positivo. Esse aspecto é visualizado quando se cogita a possibilidade do conceito de povo ser dado pela constituição de um país. Ao se admitir que é a constituição que cria o povo abre-se espaço para se pensar também a possibilidade de mudança em uma determinada cultura política, inclusive optando-se conscientemente pelo abandono do ideal de povo como identidade ou totalidade. Nessa perspectiva, a constituição define o povo a partir do momento em que diz *quem é o povo e como ele deve agir*.

Sem fechar os olhos para os problemas que podem surgir ao se assumir a possibilidade de se forjar um determinado conceito de povo, esse trabalho pretende defender que o ideal de povo considerado sincronicamente é, em certa medida, criado pela constituição e pelas instituições democráticas às quais ela dá origem. São essas instituições que irão permitir a ação do povo, são elas que irão canalizar todas as reivindicações e permitir que os conflitos de interesses sejam discutidos

³³⁹ Aqui é preciso assinalar uma distinção feita pelo autor entre duas funções da opinião pública para a democracia, sendo que, apesar de estarmos apontando agora para o aspecto negativo, também é reconhecido um aspecto positivo. Segundo Rosanvallon, a opinião pública pode ser definida a partir de sua *forma política*, extremamente importante para a democracia por exercer a função de compensação das disfunções procedimentais da democracia representativa, e em sua *forma social* que, ao contrário, apresenta-se como um perigo para a democracia justamente por tentar forjar uma identidade que não se verifica no contexto social. Cf. ROSANVALLON, 1998, 340-344.

³⁴⁰ Cf. ROSANVALLON, 1998, 340-347.

e ponderados politicamente, assim como é dentro delas que se realizará de forma plena a formação de uma vontade diacrônica.

Pensar o povo de forma sincrônica é uma condição necessária para se pensar a própria democracia constitucional na medida em que se propõe uma revitalização da ação dos cidadãos na tomada de decisões sobre questões políticas relevantes. Contudo, como alerta Rosanvallon, “o povo é como Janus: ele tem duas faces. Ele é ao mesmo tempo um perigo e uma possibilidade.”³⁴¹ O perigo é recorrentemente reconhecido pela filosofia política apontando-se para a hipótese da ação popular destruir elementos inerentes à democracia, como as liberdades e direitos individuais ou mesmo a liberdade política. As possibilidades desse conceito estão estreitamente ligadas ao sucesso das instituições democráticas em conduzir adequadamente a participação popular.

Para chegar a uma definição mais precisa do conceito de povo sincrônico recorre-se novamente à teoria de Condorcet. Na obra do filósofo iluminista também há uma *concepção construída de povo*, que leva em consideração as duas faces apontadas por Rosanvallon. Pode-se dizer, todavia, que foi a precisa identificação de todos os *perigos* ligados a esse conceito que fez com que Condorcet abrigasse em sua teoria constitucional também todas as suas *possibilidades*, que consistem no estabelecimento de instituições democráticas que criam canais formais de participação popular de modo a evitar os excessos tão temidos quando se tem em mente a ação do povo.

A análise desse conceito na teoria constitucional de Condorcet será feita em dois momentos. Primeiramente buscar-se-á responder à pergunta *quem é o povo* e, para isso é preciso verificar como é estabelecida a relação entre três conceitos, a saber, *constituição, direitos e povo (i)*. Em um segundo momento será enfrentada a questão *como o povo deve agir* e, para oferecer uma resposta a esta indagação será necessário um estudo mais rigoroso do *Projet de Constitution* de 1793 e das instituições por ele criadas e então examinar-se-á: *(ii)* a democracia representativa e, *(iii)* o exercício da soberania popular e a limitação do poder político. Ao final, verificar-se-á em que medida a estrutura política criada pela constituição possibilita que a ação sincrônica do povo, ou melhor, que o povo sincrônico não seja uma ameaça aos direitos e à própria democracia.

³⁴¹ ROSANVALLON, 1998, 33.

i. Constituição, direitos e povo

Constituição, direitos (em geral) e o próprio conceito de povo estão interligados, na teoria de Condorcet, com o modo pelo qual ele entende e sustenta a existência dos direitos naturais. Os direitos naturais são fundamentados a partir da capacidade racional do ser humano. Em *Lettres d'un bourgeois de New Haven a um citoyen de Virginie* o autor explica que esses direitos são chamados naturais

porque eles derivam da natureza do homem, isto é, porque desde que existe um ser sensível, capaz de raciocinar e de ter ideias morais, dele resulta, por uma consequência evidente e necessária, que ele deve gozar de todos esses direitos, que ele não pode ser privado deles sem injustiça.³⁴²

O direito natural deve servir de fundamento para o direito positivo e efetivamente Condorcet recorre a essa noção para sustentar a Declaração de Direitos do Homem, a Constituição e as bases de sua teoria constitucional, sobretudo os princípios da liberdade, da igualdade e da soberania popular. Mas o princípio legitimador dos direitos naturais é diferente daquele do direito positivo. Embora o fundamento último dos direitos naturais e dos direitos positivos seja o mesmo, a saber, a capacidade racional do ser humano, eles são erigidos de forma distinta. Os direitos naturais retiram sua legitimidade da sensibilidade que permite a emergência da dimensão moral da vida humana. Os direitos positivos, como se verá detalhadamente no decorrer deste capítulo, extraem sua legitimidade do consenso racional dos cidadãos.

Sensação e cognição são as faculdades que permitem definir o que é natural. Os direitos do homem são considerados naturais em virtude de sua identidade com a estrutura moral do homem, que é filosoficamente cognoscível. Nas páginas iniciais de *Esquisse*, Condorcet discorre sobre a relação que se estabelece entre o fenômeno da sensação, a percepção individual e a organização social. Diz ele:

O homem nasce com a faculdade de receber sensações (...). Essa faculdade se desenvolve no homem pela ação dos objetos exteriores (...). As sensações são acompanhadas de prazer e de dor (...). Enfim, desta faculdade, unida àquela de formar e de combinar ideias, nascem, entre ele e

³⁴² CONDORCET, 1847, IX, 14. Essa definição será repetida posteriormente em textos de grande relevância como *Sur l'admission des femmes au droit de cité* (1790) e *Esquisse* (1795).

seus semelhantes, relações de interesse e de dever, às quais a própria natureza liga a porção mais importante, mais preciosa de nossa felicidade e os mais dolorosos de nossos males.³⁴³

Essas relações de interesse e dever marcam o surgimento da sociedade civil a partir das necessidades naturais dos indivíduos. Na Primeira Época descrita em *Esquisse* Condorcet narra a passagem harmoniosa das sociedades familiares para os povoados e o surgimento das primeiras instituições políticas em virtude da necessidade de se nomear uma autoridade. Desse modo, ele reconhece que o estado de sociedade “é tão natural ao homem quanto à abelha.”³⁴⁴ Essa concepção não aproximaria Condorcet dos pensadores antigos, notadamente Aristóteles, afastando-o dos modernos e do jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII? De fato, Condorcet considera a passagem da vida familiar e comunal para a vida social algo natural. Por outro lado, ele faz referência em seus textos ao pacto social, como se observa no *Projet de déclaration des droits naturels, civils et politiques des hommes* ao sustentar que “o objetivo de toda reunião de homens em sociedade é a conservação de seus direitos naturais, civils e políticos, estes direitos são a base do *pacto social*: seu reconhecimento e sua declaração devem preceder a constituição que os salvaguarda.”³⁴⁵ Isso faz com que seus intérpretes apontem para a existência, em sua obra, de uma teoria do contrato social *sui generis*.³⁴⁶ Alengry entende que se trata de um *quase-contrato*, pois, considerando que a vida social é natural e espontânea, os homens consentem em entrar em uma associação política (e não social). Desse modo, o contrato orienta a associação política, mas não a vida social. Todavia, é a associação política que torna os direitos naturais respeitáveis.³⁴⁷

Magrin, em um estudo recente sobre a teoria constitucional de Condorcet, considera que as incongruências encontradas na obra do filósofo a respeito da categoria dos direitos naturais e de uma concepção

³⁴³ CONDORCET, 1993, 19/20. Tradução modificada. Suprimiu-se o superlativo de superioridade porque tal estrutura não é usual na língua portuguesa. O texto original tem a seguinte redação: “(...) às quais a própria natureza liga a porção a mais importante, a mais preciosa de nossa felicidade e os mais dolorosos de nossos males.”

³⁴⁴ Essa analogia encontra-se em uma nota manuscrita, destinada a fazer parte do texto *Esquisse*, que foi publicada pela primeira vez por Léon Cahen em 1914. Cf. CAHEN, 1914, 584/585.

³⁴⁵ CONDORCET, 1847, XII, 417. O itálico foi acrescentado por mim.

³⁴⁶ A esse respeito ver: ALENGRY, 1904, 368-381 e 795; BAKER, 1975, 214-225; MAGRIN, 2001, 28-42; WILLIAMS, 2004, 69-75.

³⁴⁷ ALENGRY, 1904, 410.

da história que nega a condição pré-política se devem à sua filiação a duas teorias distintas do direito natural, a saber, o jusnaturalismo clássico de Locke e a tradição fisiocrata de Quesnay e Turgot. Por um lado, o jusnaturalismo sustenta que o objetivo da sociedade política é a conservação dos direitos individuais que surgiram das relações econômicas na fase pré-política. Por outro lado, a tradição fisiocrata considera que os direitos do homem são naturais não em razão de sua origem em uma fase pré-política, mas em virtude do exato conhecimento da estrutura moral do homem, capaz de transportar para a linguagem dos direitos as necessidades dos indivíduos dentro das sociedades. Assim sendo, enquanto para o jusnaturalismo lockeano os direitos naturais são *historicamente preservados* e devem ser subtraídos à ação do poder político, para os fisiocratas os direitos são *filosoficamente instaurados* e precisam ser promovidos pelo poder político.³⁴⁸ Segundo o intérprete italiano, essa é uma tensão que embora não resolvida na obra de Condorcet, encontra-se “substancialmente dissolvida *a priori* a favor de uma hermenêutica ‘constitutivista’ e não meramente ‘conservativa’, na qual os direitos se desdobram do conhecimento humano e passam à realidade política com curso progressivo.”³⁴⁹

O elemento constitutivista reconhecido por Magrin permite pensar os direitos, a constituição e o ordenamento jurídico de forma aberta, destinados a um constante aperfeiçoamento. Isso muda a forma de se compreender a relação entre a soberania popular e os direitos fundamentais, uma vez que ressalta o aspecto positivo da ação política, qual seja, contribuir para o aprimoramento do conjunto de direitos constitucionalmente protegidos, em detrimento do aspecto negativo simbolizado pelo ideal de não interferência do poder político a fim de deixar que os direitos sejam usufruídos livremente. Essa forma de conceber a relação entre a ação política e a conservação de direitos é indissociável da crença no potencial de aperfeiçoamento moral do homem. Mas ela está também amparada por um conjunto de instituições que devem estabelecer os contornos da ação do homem na vida pública, assim como contribuir para o seu aperfeiçoamento, sua formação moral e política. Esses contornos e limites são colocados pela Declaração de Direitos e pela constituição, ambas com caráter vinculante para o poder político (seja ele legislativo, executivo ou popular). Na *Exposition des Principes et des Motifs du Plan de Constitution*, Condorcet ressalta que

³⁴⁸ Cf. MAGRIN, 2001, 35/36.

³⁴⁹ MAGRIN, 2001, 39.

as condições gerais da associação política são dadas pela própria Declaração de Direitos pois,

uma declaração de direitos adotada pelo povo, esta exposição de condições às quais cada cidadão se submete ao entrar na associação nacional dos direitos que ele reconhece a todos os outros, esse limite colocado pela vontade geral às operações das autoridades sociais, esse pacto, no qual cada uma delas se engaja para manter o respeito dos indivíduos, é ainda um poderoso escudo para a defesa da liberdade, para a manutenção da igualdade e ao mesmo tempo um guia seguro para dirigir os cidadãos em suas reclamações. É nela que eles podem ver se uma lei é contrária às obrigações que a sociedade inteira contrata em consideração aos indivíduos; se uma lei não é um dos deveres dos depositários da vontade comum, se a constituição atual oferece garantia suficiente aos direitos reconhecidos por ela; pois tanto será perigoso se o povo delegar a direção de seus interesses, quanto o será também se abandonar a outras mãos a conservação de seus direitos.³⁵⁰

Sendo assim, a Declaração de Direitos serve de base à associação política porque consagra os direitos naturais, civis e políticos dos homens, que no *Projet de Déclaration des Droits* de 1793 são os seguintes: igualdade, liberdade, segurança, propriedade, garantia social e resistência à opressão.³⁵¹ O modo como o autor compreende cada um desses direitos acaba justificando a estrutura institucional por ele proposta no *Projet de Constitution Française*.

De todos os direitos naturais, a igualdade é aquele que assume maior relevância na obra de Condorcet, pois é esse direito que fundamenta todos os demais.³⁵² É por serem iguais em sua capacidade racional que os seres humanos devem ser considerados iguais em seus direitos. O conceito de igualdade defendido pelo filósofo iluminista é, contudo, o da igualdade de direitos e não a igualdade de fato. Ele admite a “desigualdade pessoal, a desigualdade de fortuna e aquela de

³⁵⁰ CONDORCET, 1847, XII, 354.

³⁵¹ CONDORCET, 1847, XII, 417.

³⁵² Condorcet apresenta a igualdade como um direito do qual derivam todos os outros em seu texto *De l'influence de la Révolution d'Amérique sur l'Europe*. Cf. Condorcet, 1847, VIII, 03-113. Sobre este tema ver também Williams, 2004, 45-68 e, Montfort, 1915, 30-33.

opinião”³⁵³ mas, sustenta veementemente que deve ser excluída “toda desigualdade que não é uma consequência necessária da natureza do homem e das coisas e que, conseqüentemente, seria a obra arbitrária das instituições sociais.”³⁵⁴ Por essa razão, a lei positiva não pode instituir nenhuma desigualdade, como Condorcet deixa claro nos artigos do *Projet de Déclaration des Droits* consagrados à igualdade natural, civil e política de todos os homens.

De modo geral, “a igualdade consiste em que cada um possa gozar dos mesmos direitos.”³⁵⁵ Disso deriva a igualdade civil, segundo a qual “a lei deve ser igual para todos, seja aquela que recompense ou aquela que puna, seja aquela que proteja ou aquela que reprima”³⁵⁶, e também a igualdade política, por meio da qual os direitos políticos são estendidos a todos os cidadãos, homens ou mulheres, independentemente de sua condição socioeconômica, raça ou nacionalidade, desde que tenham completado vinte e um anos de idade, participem da vida política em uma assembleia primária e residam no território francês durante um ano sem interrupção. Todo cidadão torna-se elegível a partir dos vinte e cinco anos de idade. A única causa de exclusão de um indivíduo dos seus direitos de cidadania seria a comprovação de algum tipo de dependência que o impedisse de obedecer apenas à sua própria vontade (como no caso das crianças ou de pessoas com deficiência intelectual).

O que mais se pode esperar da igualdade na teoria política de Condorcet? Será que ela abriga também um ideal de igualdade material? A igualdade à que se refere o filósofo iluminista é, como se mostrou acima, aquela referente aos direitos. Contudo, nos escritos condorcetianos a concretização de determinados direitos e a implementação de medidas político-institucionais têm o condão de levar à redução de certos tipos de desigualdades, a saber, as desigualdades econômicas, de riqueza e de instrução.³⁵⁷ As desigualdades econômicas e de riqueza, em seu entendimento, tendem a reduzir progressivamente caso a lei positiva não favoreça desigualdades tais como a primogenitura ou a hereditariedade de status social e do exercício de cargos públicos. A desigualdade de instrução pode ser combatida com a instituição da

³⁵³ Condorcet, 1847, IX, 227.

³⁵⁴ Condorcet, 1847, IX, 166.

³⁵⁵ Condorcet, 1847, XII, 418.

³⁵⁶ Condorcet, 1847, XII, 418.

³⁵⁷ Nesse sentido cf. Alengry, 1904, 405; Lukes e Urbinati, 2012, xxiii.

instrução pública elementar, universal e gratuita.³⁵⁸ A redução das desigualdades sociais, não daquelas consideradas naturais, é uma meta que deve ser alcançada por meio do direito e das instituições republicanas. É por essa razão que a instrução pública e a seguridade social são direitos consagrados no *Projet de Déclaration des Droits* de 1793.³⁵⁹

Assim como a igualdade, a liberdade também é um conceito central na teoria política de Condorcet, fundamental para seu constitucionalismo democrático e para o modo como ele concebe a emancipação dos cidadãos por meio de seu esclarecimento. Esse conceito assume quatro sentidos distintos: natural, social, político e pessoal.³⁶⁰ A *liberdade natural* é definida como uma faculdade, não absoluta, mas relativa, que deriva da natureza do homem e que todos possuem. Ela pode ser ampliada com o aprimoramento do uso da razão, da sensibilidade e com a instrução dos indivíduos.³⁶¹ É da liberdade natural que derivam todas as demais. A *liberdade social* é aquela que surge quando o indivíduo consente livremente em associar-se com outros e em submeter-se às regras comuns. Essas regras comuns são estabelecidas por participantes em bases iguais e por decisão majoritária, levando em consideração os direitos das minorias.³⁶² A exigência de igualdade, já presente na liberdade social, será o critério constitutivo da *liberdade política*, que é definida como “o poder de concorrer com uma inteira igualdade à formação das regras comuns que obrigam com igualdade segundo a vontade da maioria.”³⁶³ A liberdade política é tomada como um ramo da liberdade do indivíduo, pois se ele não contribuisse de nenhum modo para a criação da vontade expressa na lei, ou se contribuisse de forma desigual, estaria submetido a uma vontade externa.³⁶⁴ Por fim, a *liberdade pessoal* é aquela que garante os direitos civis e refere-se aos aspectos da liberdade que são separados da liberdade política. Condorcet equipara a liberdade pessoal à *independência*. Segundo ele, “o homem é tanto mais independente

³⁵⁸ O papel político desempenhado pela instrução pública na formação do cidadão será estudado na seção seguinte.

³⁵⁹ Condorcet, 1847, XII, 420/421.

³⁶⁰ Essas definições de liberdade são dadas em um texto de 1793/1794, cuja única versão impressa foi editada em 1914 por Léon Cahen. Cf. CAHEN, 1914, 581-594.

³⁶¹ Cf. CAHEN, 1914, 588.

³⁶² Cf. CAHEN, 1914, 589.

³⁶³ CAHEN, 1914, 589.

³⁶⁴ Cf. CAHEN, 1914, 590.

quanto menos as leis, as regras comuns a todos, se estendem às suas ações.”³⁶⁵

O direito à segurança está relacionado ao gozo da liberdade física, às garantias processuais referentes ao devido processo legal, à aplicação de penas proporcionais aos crimes cometidos e úteis à sociedade. A segurança, diz o autor no *Projet de déclaration des droits*, “consiste na proteção dada pela sociedade a cada cidadão, para a conservação de sua pessoa, de seus bens e de seus direitos.”³⁶⁶ A propriedade, assim como a igualdade e a liberdade, é um direito praticamente absoluto e dele se deduz a liberdade do trabalho, do comércio e da indústria. Contudo, Condorcet admite a limitação desse direito em nome do interesse público.³⁶⁷ A garantia social elencada entre os direitos naturais consiste na garantia aos direitos que deve ser promovida pelas instituições democráticas de controle popular sobre os poderes políticos e sociais, os quais são estabelecidos pela constituição. A garantia social, diz Condorcet, “repousa sobre a soberania nacional.”³⁶⁸ Por sua vez, a soberania nacional “é una, indivisível, imprescritível e inalienável.”³⁶⁹ Mas, o autor ressalta que “a soberania reside no povo inteiro”, ou seja, “nenhuma reunião parcial de cidadãos, e tampouco algum indivíduo, pode atribuir a si a soberania.”³⁷⁰ A soberania nacional é a principal garantia dos direitos naturais. Por fim, o último direito elencado no rol de direitos naturais do *Projet de déclaration* é a resistência à opressão. “Os homens reunidos em sociedade devem ter um meio legal de resistir à opressão.”³⁷¹ Condorcet considera que existe opressão em três hipóteses: a) quando uma lei viola os direitos naturais, civis e políticos que ela deve garantir; b) quando uma lei é violada por funcionários públicos em sua aplicação a fatos individuais; c) quando atos arbitrários violam os direitos dos cidadãos indo contra disposições legais. As constituições de governos livres

³⁶⁵ CAHEN, 1914, 593.

³⁶⁶ CONDORCET, 1847, XII, 418/419.

³⁶⁷ Cf. Artigo 20 do *Projet de déclaration des droits naturels, civis et politiques des hommes*. CONDORCET, 1847, XII, 420.

³⁶⁸ Cf. Artigo 25 do *Projet de déclaration des droits naturels, civis et politiques des hommes*. CONDORCET, 1847, XII, 421.

³⁶⁹ Cf. Artigo 26 do *Projet de déclaration des droits naturels, civis et politiques des hommes*. CONDORCET, 1847, XII, 420.

³⁷⁰ Cf. Artigos 27 e 28 do *Projet de déclaration des droits naturels, civis et politiques des hommes*. CONDORCET, 1847, XII, 421.

³⁷¹ Cf. Artigo 31 do *Projet de déclaration des droits naturels, civis et politiques des hommes*. CONDORCET, 1847, XII, 422.

devem regulamentar o modo pelo qual o povo pode opor resistência a esses atos de opressão.³⁷²

Assim sendo, a constituição deve ser erigida de modo a salvaguardar esses direitos, mas ela própria se funda sobre esses direitos. Contudo, como anteriormente ressaltado, o papel desempenhado pela constituição não é apenas conservativo, mas também instaurador de direitos e de poderes sociais. Uma constituição, diz Condorcet na *Exposition*, “segundo o sentido natural dessa palavra, deveria conter todas as leis que concernem ao estabelecimento, à formação, à organização, às funções, ao modo de agir e aos limites de todos os poderes sociais.”³⁷³

Mas uma constituição que instaura e protege direitos e define os poderes políticos precisa ainda, para ser considerada legítima, do consenso expresso dos membros do corpo político, ou seja, do povo.³⁷⁴ Quem, então, é o povo? O conceito de povo em Condorcet é comumente analisado em contraposição àquele de seus contemporâneos e, portanto, afirmando-se aquilo que ele *não é*. O povo que emerge dos escritos condorcetianos não é o *povo-totalidade*³⁷⁵, aquele pensado sob a forma do todo, da unidade, pois o filósofo recusa as visões totalizantes que em seu entendimento remetem ao modo de vida política das sociedades antigas. É isso que se vê em seus escritos sobre a instrução pública, quando ao se reportar à noção de liberdade, ele recusa a possibilidade do poder político forjar um determinado modo de vida.³⁷⁶ Essa mesma ideia aparece também em *De l'influence de la Révolution d'Amérique sur l'Europe* (1786), quando o autor analisa o conceito de *felicidade pública*. Diz ele:

Uma nação considerada como corpo, sendo um ser abstrato, não pode ser feliz nem infeliz. Assim, quando se fala da felicidade de uma nação coletivamente, pode-se entender apenas duas coisas: ou uma espécie de valor médio, considerado como o resultado da felicidade e da infelicidade dos indivíduos, ou os meios gerais de felicidade, isto é, de tranquilidade e de bem-estar

³⁷² Cf. Artigo 32 do *Projet de déclaration des droits naturels, civils et politiques des hommes*. CONDORCET, 1847, XII, 422.

³⁷³ CONDORCET, 1847, XII, 409. O itálico consta no texto original.

³⁷⁴ Cf. CONDORCET, 1847, XII, 410.

³⁷⁵ Esse conceito é apresentado por Rosanvallon como sendo aquele predominante em 1789 após a Revolução Francesa. Cf. ROSANVALLON, 1998, 30.

³⁷⁶ Cf. CONDORCET, 2008, 45/46.

que o solo, as leis, a indústria, as relações com as nações estrangeiras podem oferecer à *generalidade dos cidadãos*. Basta ter uma ideia de justiça para sentir que se deve ter dela o último sentido.

Caso contrário, precisar-se-ia adotar a máxima muito difundida entre os republicanos antigos e modernos, que o pequeno número pode ser legitimamente sacrificado ao maior; máxima que coloca a sociedade em um estado de guerra perpétua, e submete ao império da força isso que o deveria apenas à razão e à justiça.³⁷⁷

Nesse excerto fica claro que para Condorcet é a *generalidade dos cidadãos* que deve ser considerada titular de uma eventual felicidade pública, ou seja, não são os cidadãos considerados individualmente e nem a nação como um corpo que pode partilhar das benesses oferecidas por uma sociedade política.³⁷⁸ Esse modo de entender a felicidade pública, analisado à luz do conjunto de instituições propostas por Condorcet no Projeto de Constituição de 1793, tem como consequência que aquilo que se aplica à coletividade é fruto de uma decisão construída de baixo para cima e não, ao contrário, imposto pelo poder político de modo a criar uma identidade inexistente.

Assim sendo, distanciando-se do jacobinismo, ele recusa a ideia de uma unidade moral do soberano, presente, por exemplo, no pensamento de Robespierre, que vê o povo como um sujeito coletivo possuindo uma unidade indivisível.³⁷⁹ Em Condorcet, unidade e indivisibilidade assumem um caráter totalmente distinto daquele dos jacobinos. A unidade é estabelecida politicamente quando a constituição cria as regras de comportamento na vida pública. No *Projet de Constitution Française*, Título II, art. 1º, a pergunta *quem é o povo* é respondida da seguinte forma: “todo homem com vinte e um anos completos que se inscrever no quadro cívico de uma assembleia primária e depois que tiver residido durante um ano sem interrupção sobre o território francês é cidadão da República.”³⁸⁰ Portanto, a unidade resultante do texto constitucional é política e independe das diferentes visões morais, culturais ou religiosas, de gênero ou de critérios econômicos, independe até mesmo de raça ou de etnia, uma vez que os

³⁷⁷ CONDORCET, 1847, VIII, 05. O itálico é de minha autoria.

³⁷⁸ A esse respeito ver MAGRIN, 2001, 31.

³⁷⁹ A esse respeito ver JAUME, 1989, 311.

³⁸⁰ CONDORCET, 1847, XII, 425.

estrangeiros também são admitidos no exercício dos direitos políticos. Embora o texto fale em “homens” e haja bastante discussão entre os comentadores a respeito da razão pela qual Condorcet teria feito essa opção, penso que, considerando-se a teoria constitucional do autor como um todo, aqui o termo “homem” deve ser tomado no sentido de humanidade, sobretudo porque em textos anteriores³⁸¹ e posteriores³⁸² ao *Projet de Constitution* Condorcet defendeu a igualdade de direitos entre homens e mulheres. Desse modo, pode-se falar em unidade a partir da ideia de igualdade de direitos de participação na vida pública.

Pode-se também falar em unidade e em indivisibilidade a partir do exercício do direito de soberania. No *Projet de Déclaration des droits* de 1793, Condorcet estipula que “a soberania é una, indivisível, imprescritível e inalienável.”³⁸³ De acordo com Jaume, Condorcet foi o único a conseguir resolver, pelo menos em princípio, a contradição entre indivisibilidade e inalienabilidade.³⁸⁴ A unidade, diz Jaume, “não é um dado pressuposto, mas ela resulta da pluralização.”³⁸⁵ A pluralização em questão se refere à noção de soberania, que na teoria constitucional condorcetiana é cindida em uma parte inalienável (o poder constituinte) e uma parte alienável (os poderes constituídos). Há então uma divisão, mas a unidade entre as partes é mantida na medida em que o vínculo criado entre elas, por meio de instituições de controle e fiscalização do poder constituído pelo poder constituinte, seja forte o suficiente para evitar qualquer espécie de usurpação. Ao regular o exercício do direito de soberania, a constituição estabelece *como o povo deve agir* e a partir disso lhe confere uma função política. Esse papel decisivo da constituição na modelagem do conceito de povo já havia sido enxergado por Condorcet em 1786 quando ele sustentou, em *Vie de M. Turgot*, que as instituições políticas, notadamente o governo representativo, têm o condão de “dar uma educação nova a todo um povo, de lhe criar novas ideias ao mesmo tempo em que o chamaria a funções novas.”³⁸⁶

Sendo assim, pode-se considerar que a constituição cria o povo em duas etapas. Primeiramente, em um sentido meramente formal, o texto constitucional estabelece quais são as condições que devem ser

³⁸¹ Ver, por exemplo, *Cinco Memórias sobre a Instrução Pública* (CONDORCET, 2008) e *Sur l'admission des femmes au droit de cité* (CONDORCET, 1847, X, 119-130).

³⁸² Condorcet volta a sustentar a igualdade de direitos entre homens e mulheres em *Esquisse* (CONDORCET, 1993).

³⁸³ *Projet de Déclaration des droits naturels, civils et politique des hommes*, art. XXVI. Cf. CONDORCET, 1847, XII, 421.

³⁸⁴ JAUME, 1989, 311.

³⁸⁵ JAUME, 1989, 311.

³⁸⁶ CONDORCET, 1847, V, 122.

preenchidas para que alguém faça parte do povo de um país. No Projeto de Condorcet, como visto acima, essas condições são bastante amplas e admitem como membros do corpo político, como povo, todos os indivíduos dotados de capacidade racional, sem distinção de raça, gênero, classe social ou nacionalidade. Em um segundo momento, quando a constituição dá origem às instituições político-democráticas que irão regular a ação popular, essas mesmas instituições passam a atuar sobre os cidadãos de modo a provocar, como o próprio autor reconheceu, uma educação para a cidadania. São também essas instituições que permitirão a atribuição do caráter sincrônico ao povo, uma vez que ao canalizarem e controlarem a ação popular, as instituições criam condições para uma participação atual e efetiva do povo na vida pública.

A seguir, serão então apresentadas as instituições criadas pelo *Projet de Constitution Française* cujo objetivo é estipular *como o povo deve agir*. O que importa para este trabalho são os princípios gerais que regem a democracia constitucional delineada por Condorcet e não especificamente como cada uma das instituições tem sua atribuição regulamentada. Contudo, as instituições e suas respectivas atribuições e limites são o que possibilitam a realização desse modelo pautado na manutenção do poder soberano/constituente com o povo e a limitação do poder político de modo a não colocar em perigo os direitos fundamentais.

ii. Democracia representativa

Logo no início da *Exposition des Principes et des Motifs du Plan de Constitution* Condorcet explica que o modelo proposto em seu Projeto é de uma “constituição representativa.”³⁸⁷ O filósofo não foi o primeiro a considerar a representação um instrumento necessário para a realização da democracia. Esse tema já havia figurado em escritos políticos bastante expressivos na literatura do século XVIII, como nos *Federalist Papers* e nos escritos de Sieyes e de Paine. Todavia, a singularidade de sua teoria consiste justamente em ter percebido o risco de uma expropriação, pela via da representação, da soberania nacional. Por essa razão, ele tem uma preocupação especial em manter os poderes constituídos sob a fiscalização e controle popular, a fim de evitar

³⁸⁷ CONDORCET, 1847, XII, 340.

qualquer espécie de usurpação ou desvirtuamento que possa caracterizar um “despotismo representativo.”

A análise do conceito de despotismo proposto por Condorcet assume aqui grande relevância, uma vez que ele desvela as arbitrariedades às quais qualquer sociedade democrática pode estar submetida quando seus representantes políticos de fato não estão comprometidos com aqueles que os constituíram. As reflexões sobre esse tema encontram-se principalmente em um texto de 1789, *Idées sur le despotisme*³⁸⁸, no qual Condorcet considera haver duas espécies de despotismo: o direto e o indireto. O despotismo direto, diz ele, “tem lugar em todos os países em que os representantes dos cidadãos não exercem o direito negativo mais amplo, e não possuem os meios adequados para fazer a reforma das leis que eles consideram contrárias à razão e à justiça.”³⁸⁹ Já o despotismo indireto existe quando “apesar da vontade da lei, apesar do que está consignado na lei, a representação não é igual, nem real, ou quando se está submetido a uma autoridade que não foi estabelecida por uma lei.”³⁹⁰

O despotismo indireto é então muito mais insidioso e de difícil constatação do que o direto, exigindo da estrutura política do país muito mais do que meios de reforma legislativa (que bastaria para combater o despotismo direto). Ele pode se instalar mesmo em países com garantias constitucionais e eleições livres, uma vez que qualquer grupo que detém o poder (legislativo, executivo, clérigos, juízes, exército, homens de negócios, exército, povo) pode exercer uma interferência despótica sobre o governo de maneira indireta e sem modificar sua estrutura político-jurídica.³⁹¹ Isso porque o que está por trás dessa forma indireta de despotismo é a ação, também indireta, de grupos que usam as garantias democráticas (liberdade de expressão e de associação, por exemplo) para influenciar de forma desigual as ações governamentais. Por essa razão o modo como Condorcet define o despotismo abarca não apenas a violação dos procedimentos, mas também as desigualdades na distribuição do poder e da influência social.³⁹² Assim, quando se trata de evitar o despotismo da representação, além das garantias constitucionais aos direitos do homem e dos meios legais de modificação da legislação, ele entende ser necessário criar mecanismos para que os cidadãos possam rechaçar ou consentir com as medidas do governo, assim como

³⁸⁸ CONDORCET, 1847, IX, 147-173.

³⁸⁹ CONDORCET, 1847, IX, 148.

³⁹⁰ CONDORCET, 1847, IX, 148.

³⁹¹ Cf. CONDORCET, 1847, IX, 151; LUKES e URBINATI, 2012, xxx.

³⁹² Cf. LUKES e URBINATI, 2012, xxxi.

velar para que sua representação seja “igual e real”.³⁹³ Desse modo, o governo representativo é complementado com mecanismos que permitem o exercício do governo direto e, conseqüentemente, os poderes delegados são delineados de forma bastante limitada e submetidos à constante fiscalização popular.

O pensamento constitucional de Condorcet deve muito à experiência constitucional norte-americana, sobretudo quando aos princípios e à forma da constituição, fundada sobre os direitos do homem e sobre o consenso popular, como um documento escrito que cria a forma de governo ao mesmo tempo em que estabelece seus limites. Todavia, o filósofo recusou o conteúdo da constituição americana, notadamente a teoria do equilíbrio dos poderes e o sistema de freios e contrapesos, o legislativo bicameral e o executivo monocrático. Uma possível chave de leitura para a teoria constitucional condorcetiana no que diz respeito à organização dos poderes políticos pode ser o seu diálogo com a teoria do equilíbrio dos poderes.

Em *Lettres d'un bourgeois de New Haven a um citoyen de Virginie* (1787)³⁹⁴ Condorcet expõe seus principais argumentos contra a teoria do equilíbrio dos poderes. Especificamente a Quarta Carta é escrita na forma de um conselho aos americanos para que mantenham em sua prática política e em seu sistema legal a igualdade social alcançada pela ausência de regras e costumes nobiliários e também da “velha política” da qual o equilíbrio de poderes faz parte. As críticas não recaem apenas sobre a teoria de Montesquieu, mas remontam às antigas repúblicas gregas e romanas e à tradição do governo misto. Em seu entendimento, o conflito de interesses em que se baseia o sistema de equilíbrio de poderes pressupõe sempre a existência de “grandes, habituados desde longo tempo a exercer o poder, e de um povo cansado desse poder”³⁹⁵, ou seja, pressupõe a desigualdade política e social. Assim, as conseqüências da adoção desse sistema são a instituição de um princípio aristocrático no governo, sobretudo quando o legislativo é dividido em duas câmaras,³⁹⁶ e a impossibilidade de se alcançar a paz social e a igualdade em razão de se manter preso ao conflito de interesses ligado às classes sociais. Sendo assim, se um dos objetivos de toda organização política é a garantia dos direitos do homem,³⁹⁷ deve-se

³⁹³ CONDORCET, 1847, IX, 151.

³⁹⁴ CONDORCET, 1847, IX, 01-93.

³⁹⁵ CONDORCET, 1847, IX, 84.

³⁹⁶ As críticas de Condorcet ao bicameralismo serão apresentadas quando forem estudados os poderes delegados.

³⁹⁷ Cf. CONDORCET, 1847, IX, 14.

analisar em que medida o sistema de equilíbrio de poderes cumpre eficazmente essa tarefa. No entendimento de Condorcet esse sistema não oferece as garantias que diz oferecer, uma vez que compromete os princípios da igualdade e também da liberdade. O espírito de partido, diz o autor, “é uma consequência necessária de divisões desse gênero; é preciso reconhecê-lo, uma vez que é do equilíbrio desses poderes que deve resultar, dizem, a paz e a liberdade.”³⁹⁸

Condorcet volta a tecer críticas ao equilíbrio de poderes na *Exposition des Principes et des Motifs du Plan de Constitution*,³⁹⁹ quando compara-o à sua proposta para o controle do poder político. Segundo o autor,

Duas opiniões têm até aqui dividido os publicistas:

Alguns querem que uma ação única, limitada e regulada pela lei, dê movimento ao sistema social, que uma autoridade primeira dirija todas as outras, e que possa ser detida apenas pela lei cuja vontade geral do povo garante a execução contra esta autoridade primeira, se ela tentar se arrogar de um poder que ela não recebeu, se ela ameaçar a liberdade ou os direitos dos cidadãos.

Outros, ao contrário, querem que os princípios de ação, independentes entre eles, se façam equilibrar de certa maneira e se sirvam mutuamente de regulador; que cada um deles seja contra os outros o defensor da liberdade geral, e, pelo interesse de sua própria autoridade, se oponha às usurpações deles. Mas o que se tornará a liberdade pública, se esses poderes, ao invés de se controlarem, se reunirem contra ela? O que se tornará a tranquilidade geral, se, pela disposição dos espíritos, a massa inteira dos cidadãos se dividir entre os diversos poderes e se agitar por ou contra cada um deles?⁴⁰⁰

Novamente aqui aparece a desconfiança a respeito da viabilidade da teoria do equilíbrio de poderes para dar conta de problemas gerados pelo conflito de interesses que é o próprio fundamento dessa teoria. Ele teme que o controle mútuo dê lugar a intrigas e à corrupção e que isso

³⁹⁸ CONDORCET, 1847, IX, 86.

³⁹⁹ CONDORCET, 1847, XII, 335-415.

⁴⁰⁰ CONDORCET, 1847, XII, 354/355.

possa gerar uma dupla estrutura de poder, na qual a constituição, embora em vigor, sirva apenas de fachada para a verdadeira lei, que seria aquela fruto de uma “convenção tácita entre os poderes estabelecidos.”⁴⁰¹ Por essa razão, ele entende ser melhor a adoção de um sistema de controle do poder político pautado na *unidade da ação*, que mantém o poder soberano e constituinte com o povo na medida em que lhe confere diretamente o controle sobre os poderes constituídos.

Quando se trata da distinção feita pelo constitucionalismo moderno entre *poder constituinte* e *poder constituído* a referência teórica que automaticamente vem à mente é Sieyes e seu texto de 1789 *Qu'est-ce que le Tiers Etat?* Contudo, essa categoria conceitual também é utilizada por Condorcet, que lhe conferiu um caráter muito mais complexo do que aquele delineado pelo abade. Isso porque além de estabelecer uma separação necessária entre esses poderes, Condorcet conferiu ao poder constituinte atribuições muito mais amplas do que elaborar a constituição e sair de cena. A soberania popular, e o poder constituinte dela decorrente, como se verá, pode ser colocada em prática periodicamente, conforme pré-estabelecido no texto constitucional, ou sempre que o conjunto dos cidadãos entender necessário. Além disso, o poder soberano assume também a função de realizar a fiscalização e o controle dos poderes constituídos. Opto aqui por seguir a classificação feita por Alengry⁴⁰², segundo a qual os poderes em Condorcet não se dividem meramente em *constituinte* e *constituído*, mas em poderes *retidos* (com o povo), *comuns* (ao povo e aos representantes) e *delegados* (esses seriam basicamente os poderes constituídos). Em sua teoria, todos esses poderes originam-se do poder constituinte. Aqui serão analisados os poderes *delegados* e na seção seguinte os poderes *retidos* e *comuns*.

Os poderes constituídos, ou delegados aos representantes pelo povo, são o legislativo, o executivo e o judiciário. Há ainda, no *Projet de Constitution Française*, poderes derivados dos poderes delegados, a saber, a organização financeira, a arrecadação de impostos, a contabilidade, o exército e as relações internacionais.⁴⁰³ Embora esta divisão dos poderes seja a mesma encontrada em outras teorias

⁴⁰¹ CONDORCET, 1847, XII, 355.

⁴⁰² ALENGRY, 1904, 476. Rosanvallon propõe uma classificação do poder soberano em *soberania delegada* (o poder legislativo representativo) e *soberania de controle* (o poder constituinte ressuscitado nas convenções). Cf. ROSANVALLON, 2000, 67. Prefiro a classificação sugerida por Alengry porque a considero mais detalhada quanto ao estudo das diferentes formas de manifestação da soberania que são propostas por Condorcet.

⁴⁰³ Reporto-me novamente à classificação feita por Alengry. Cf. ALENGRY, 1904, 476.

constitucionais modernas, alguns elementos específicos da proposta de Condorcet servem para atribuir aspectos mais democráticos à representação, tais como a escolha de todos os membros de cada um dos poderes por meio de eleições diretas, as atribuições conferidas a cada um dos poderes e os contornos delineados para o mandato.

Todos os poderes, todas as funções, sejam elas nacionais, regionais, distritais ou locais, têm origem por meio de eleição direta. As eleições, embora não sejam o único modo de exercício do direito de soberania, são o primordial. Os cidadãos devem eleger todos os seus representantes nas assembleias primárias. Logo no início do *Projet de Constitution* Condorcet define que o território francês deverá ser dividido em departamentos e estes deverão ser subdivididos em comunas, as comunas em seções municipais e estas em assembleias primárias. Essa divisão territorial é realizada no intuito de tornar possível a participação direta e frequente dos cidadãos nos atos de governo, principalmente buscando evitar que as assembleias primárias fossem compostas por um grande número de membros, o que inviabilizaria a participação, a discussão e a deliberação nos moldes idealizados para manter o poder decisório com o povo. Essas assembleias são as instituições nas quais os cidadãos exercem todos os seus direitos políticos (escolha de candidatos, votação em eleições, deliberações, referendos, direito de censura, provocação da revisão constitucional, colocação de funcionários públicos em julgamento).⁴⁰⁴

Condorcet explica na *Exposition* que “o princípio único da ação social” é colocado na “assembleia de representantes do povo, que encontrará nas outras autoridades apenas os executores das leis feitas por ela e os agentes das medidas de administração que ela tiver determinado (...)”.⁴⁰⁵ Sendo assim, entre os poderes delegados, o legislativo possui superioridade hierárquica. A organização e a delimitação de suas funções estão previstas no Título VII do *Projet de Constitution*. Conforme estipulado no artigo 1º, “o corpo legislativo é uno; ele será composto de uma só câmara e será renovado todos os

⁴⁰⁴ O Título III do *Projet de Constitution Française* trata da organização das assembleias primárias. Essas instituições deveriam ser distribuídas por todo o território e cada uma delas deveria ter inscrito em seus quadros no mínimo 450 e no máximo 900 membros. Após formada a assembleia primária deveria ser constituído um escritório para coordenar os trabalhos. Esse escritório deveria ser formado pelos membros da própria assembleia primária, à proporção de um membro para cada 50 cidadãos inscritos no quadro da assembleia. Os membros que compõem o escritório deveriam ser renovados a cada nova convocação da assembleia primária. O processo eleitoral e de deliberação serão estudados de forma mais aprofundada no item 3.2.1., “f” desta tese.

⁴⁰⁵ CONDORCET, 1847, XII, 365.

anos.” Alguns motivos são apresentados para fundamentar a rejeição do bicameralismo. Um dos argumentos mais antigos sustentados por Condorcet é de ordem metodológica. Segundo ele, a divisão em muitos corpos não é um bom meio de se obter decisões por maioria cujo resultado aproximar-se-ia da verdade (e este é, como se verá no estudo do método de tomada de decisões coletivas, o objetivo do autor). Os demais argumentos são políticos e repousam sobre a tentativa de manter a coerência com os princípios de sua teoria constitucional. Primeiramente o autor considera que uma divisão em duas câmaras seguindo o exemplo inglês (câmara dos lordes e câmara dos comuns) apóia-se no princípio da desigualdade e apenas esse motivo já bastaria para recusá-lo. Em segundo lugar, ele considera que o bicameralismo pauta-se na tentativa de tornar mais difícil a mudança legislativa e também essa medida não se coaduna com os fins do projeto constitucional por ele proposto, no qual, “a reforma das leis subsistentes, o estabelecimento de um novo sistema de legislação, é um dos primeiros deveres dos representantes do povo (...)”⁴⁰⁶ Por fim, ele entende que a divisão do legislativo em duas câmaras não contribui para evitar os abusos de poder que podem ser perpetrados pelos seus membros. O autor sustenta que mais eficaz do que o bicameralismo é a renovação frequente dos mandatos, a possibilidade de responsabilização dos membros do legislativo pelos cidadãos que os constituem e, sobretudo, a separação entre o poder legislativo e o poder constituinte. Embora o legislativo seja o único responsável pela potência legislativa, a elaboração de leis constitucionais não faz parte de suas atribuições. A ele cabe a elaboração de leis ordinárias (normas gerais e de duração indefinida) e de decretos (normas de aplicação local ou particular e duração por prazo determinado). Essa distinção entre lei e decreto é importante, como se verá, porque a censura popular incide sobre as leis, mas não sobre os decretos.

O poder executivo no *Projet de Constitution Française* é delineado em bases *democráticas*, uma vez que os membros do executivo são escolhidos por eleição direta, e *republicanas*, já que o poder executivo é exercido por um colegiado e não por um monarca e há a possibilidade de responsabilização dos membros desse colegiado por seus atos. Intérpretes de Condorcet têm considerado que a melhor definição do republicanismo condorcetiano pode ser dada a partir do

⁴⁰⁶ CONDORCET, 1847, XII, 357.

modo como o autor define o poder executivo.⁴⁰⁷ Essa definição encontra-se em uma carta endereçada a Sieyes, na qual Condorcet faz uma intervenção no debate travado entre Paine e Sieyes em 1791 a respeito das formas de governo. Nessa correspondência, Condorcet considera que em uma constituição fundada sobre os direitos do homem e sobre o princípio da igualdade não pode admitir qualquer prerrogativa hereditária sob pena de violação desse princípio. Por essa razão, o poder executivo

pode ser confiado a um conselho pouco numeroso eleito pela nação, esse conselho pode não ter chefe ou ter um com mais ou menos preponderância. Ou então o poder executivo pode ser entregue a um só chefe eletivo que nomeia ele mesmo os seus colaboradores, mas que, primeiro magistrado da nação, seja como todos os outros responsável por sua conduta perante as leis. Nessa hipótese, nós temos uma *república*. Mas se esse mesmo poder é conferido a um só indivíduo; se esse indivíduo, que o obteve por eleição ou pela sorte de nascimento, escolhe seus ministros que não podem agir sem ele enquanto ele pode agir só; se esse chefe é irresponsável, em todas essas hipóteses têm-se uma *monarquia*.⁴⁰⁸

Aqui Condorcet acrescenta elementos novos em sua concepção de república. Em *Vie de M. Turgot*, ele havia considerado que uma “constituição republicana é a melhor de todas” porque nela os direitos do homem são conservados e disso decorre o direito dos cidadãos contribuírem em condição de igualdade para a formação da lei.⁴⁰⁹ Segundo essa definição, até mesmo uma monarquia pode ser um governo republicano, haja vista que sua principal característica é a igualdade política entre os cidadãos no exercício do poder legislativo, por si mesmos ou por seus representantes. Com a definição apresentada na carta à Sieyes, Condorcet passa a considerar república apenas a forma de governo caracterizada pela *eletividade* e *responsabilidade política* do executivo, que passa a ser submetido à fiscalização e ao controle popular.

⁴⁰⁷ A esse respeito ver: ALENGRY, 1904, 549-575; MAGRIN, 2001, 114-131; GUILHAUMOU, 1997, 223-239.

⁴⁰⁸ *Manuscrit de Condorcet sur la Republique* (Bibliothèque de l’Institut de France, MS 861, f. 401/402), ora in: GUILHAUMOU, 1997, 235-239 (*Annexe*). Sem itálico no original.

⁴⁰⁹ CONDORCET, 1847, V, 209/210.

Na *Exposition* Condorcet apresenta o poder executivo como um corpo intermediário entre o poder legislativo e os cidadãos, cuja atribuição é meramente vigiar a execução das leis e das medidas de administração em geral. Segundo o autor, o conselho executivo é “um vínculo necessário à ordem social”, mas “não deve ser considerado como um verdadeiro poder” uma vez que ele “não deve *querer*, mas sim *velar*, ele deve fazer de modo que a vontade nacional, uma vez expressa, seja executada com precisão, com ordem, com segurança.”⁴¹⁰ Esse conselho é privado de qualquer atribuição em matéria legislativa. Assim, o executivo apresenta-se mais como uma *função* do que como um *poder* da República. Aliás, Alengry sustenta que o mesmo se aplica ao legislativo, que não recebe na teoria condorcetiana o status de poder, mas sim de mera função de elaborar leis de acordo com as disposições constitucionais e aquelas da declaração de direitos. O verdadeiro poder, a vontade nacional, permanece com o povo soberano e é exercitado nos momentos de elaboração e reforma da constituição, ou no direito de censura, de petição e na fiscalização e controle dos poderes constituídos.⁴¹¹ Os membros do conselho executivo devem ser eleitos diretamente pelo povo para um mandato de dois anos, sendo que a metade deve ser renovada anualmente, mas é permitida a reeleição (Título V, Seção II, artigos 1º a 9º do *Projet de Constitution*).

O poder judiciário também é composto por juízes eleitos diretamente pelo povo. Ele é encarregado de garantir os direitos individuais e suas atribuições se restringem ao julgamento das querelas individuais (Título X do *Projet de Constitution*). O poder judiciário, ou administração da justiça, é composto por quatro principais instituições: a *justiça civil* (que corresponde à justiça de paz responsável pela arbitragem privada e conciliação, ao júri civil composto por jurados escolhidos pelo povo e, por fim, ao júri de apelação); a *justiça criminal* (composta por um júri de acusação e um júri de julgamento); os *censores judiciais* (espécie de tribunal de revisão e de julgamento de causas envolvendo os próprios juízes) e, por fim, o *júri nacional* (responsável pelo julgamento de crimes de alta traição e da destituição de membros do conselho executivo). O judiciário é expressamente proibido de se imiscuir no exercício do poder legislativo, ele não pode interpretar, estender ou suspender a execução das leis. Portanto, diferentemente do judiciário americano, o poder judiciário delineado por Condorcet tem contornos bem delimitados. Aliás, essa é a principal

⁴¹⁰ CONDORCET, 1847, XII, 367. Sem itálico no original.

⁴¹¹ ALENGRY, 1904, 504.

característica da limitação do poder político por ele delineada: todos os poderes encontram-se isolados, sem a possibilidade de interferência nas atividades dos demais. Não há, como no modelo americano, o sistema de freios e contrapesos.

Isso não quer dizer que não exista nenhuma relação entre os poderes delegados. O corpo legislativo tem o direito de colocar em julgamento os membros do conselho executivo (Título V, Seção I, artigo 22), mas o julgamento será realizado pelo júri nacional. Os membros do conselho executivo podem propor ao legislativo que leve em consideração assuntos que lhe pareçam exigir celeridade e, podem também convocar a reunião imediata do legislativo durante o intervalo de suas sessões caso o interesse público assim o exija (Título V, Seção III, artigos 2º e 3º). Como mencionado anteriormente, há uma supremacia hierárquica da função legislativa sobre as demais. Contudo, não há o efetivo exercício de controle, o qual é feito pelos próprios cidadãos que fazem a delegação do poder. Por isso Condorcet retém com o povo determinados poderes.

Essa relação que se estabelece entre representantes e representados também tem consequências no modo de se compreender o instituto do *mandato*. Condorcet recusa o mandato imperativo, típico do *Ancien Régime* quando os deputados representavam uma *ordem* ou *classe* e recebiam o mandato para responder a uma questão específica, previamente decidida pelos membros de sua ordem. A principal característica do mandato imperativo é que o deputado é um mero *comissário*, assim como pensado por Rousseau. Na proposta condorcetiana os eleitores não podem oferecer instruções tão precisas aos seus representantes, os quais devem estar livres para agir em nome do interesse público. Contudo, ele cria mecanismos (eleições periódicas e possibilidade de destituição dos deputados a qualquer tempo) para que os eleitores possam desconstituir seus representantes em caso de atuação contrária ao interesse público. De acordo com Urbinati, esse modo de compreender o mandato cria uma categoria por ela denominada *advocacy*, na qual o mandato político não é imperativo, uma vez que o representante pode falar em nome do interesse público, mas também não é completamente livre, pois deve submeter-se à avaliação constante de seus eleitores.⁴¹²

Desse modo, o modelo de democracia constitucional contido na obra de Condorcet é representativo, mas confere aos cidadãos maior representatividade na decisão das questões centrais da vida pública. A

⁴¹² Cf. URBINATI, 2006, 44-48.

ampliação da representatividade, marcada pela possibilidade de escolha e de responsabilização direta dos representantes pelos representados, é um dos elementos da teoria condorcetiana que mais contribui para se atribuir novos contornos à relação entre constituição e democracia. Nesse sentido, a descrição das atribuições conferidas a cada uma dos poderes ou funções (legislativo, executivo e judiciário) serve para mostrar como, por meio da minimização do poder conferido aos poderes delegados, maximiza-se o poder e a responsabilidade atribuída ao povo detentor da soberania.

iii. Soberania popular e controle do poder político

Não estaria Condorcet sendo demasiadamente ingênuo por deixar com o povo a fiscalização e o controle do poder político? Não seria essa proposta demasiadamente frágil e passível de causar desordem e conduzir o governo às mãos de uma autoridade despótica? Não estaria ele ignorando que os conflitos são inerentes a qualquer sociedade? O próprio autor se antecipa a essas questões e oferece uma resposta ao discorrer sobre os propósitos da Constituição por ele esboçada:

É preciso que a constituição nova convenha a um povo no qual um movimento revolucionário termina, e que, no entanto, ela seja boa também para um povo pacífico; é preciso que, acalmando as agitações sem enfraquecer a atividade do espírito público, ela permita a este movimento aparecer sem deixá-lo mais perigoso reprimindo-o, sem perpetuá-lo por medidas mal combinadas ou incertas, que transformariam este calor passageiramente útil em um espírito de desorganização e de anarquia.⁴¹³

Condorcet está plenamente ciente de todos os riscos que envolvem a participação popular na vida pública. Nesse excerto percebe-se que ele também visualiza a própria tensão que envolve a relação entre constituição e democracia, ou seja, a dificuldade de conciliar a proteção aos direitos do homem, a estabilidade política e a participação popular intensa. Mesmo assim ele continua a sustentar que o melhor sistema para a compatibilização da liberdade política e dos direitos e liberdades individuais é aquele da *unidade de ação*. Diz ele:

⁴¹³ CONDORCET, 1847, XII, 336.

Nós não ignoramos que os amigos esclarecidos da liberdade não consideram senão com uma espécie de pavor a instituição de um poder único, cuja autoridade, limitada somente pelas leis escritas, não teria outros limites reais senão a resistência do povo: mas é que eles tinham considerado apenas uma resistência espontânea e dirigida somente pela opinião do momento; ao passo que aqui *essa resistência se exerce sob as formas que a própria lei prescreveu*.⁴¹⁴

Nessa passagem se encontra um ponto central da teoria política e constitucional de Condorcet, que é o que Rothschild chama de tese do “conflito civilizado ou constitucional”.⁴¹⁵ O autor viu com clareza que a aceitação dos conflitos é de fundamental importância para qualquer sociedade que pretende se manter democrática, contudo, a fim de evitar que as manifestações populares ocorram de forma desordenada e acabem se transformando em levantes ou revoltas, ele entendeu ser necessário que a constituição crie meios formais para a colocação das reivindicações dos cidadãos e para o exercício do poder de soberania. É por essa razão que intérpretes de Condorcet afirmam que a grande originalidade e contribuição de sua teoria constitucional consiste na institucionalização de vários canais para a expressão da soberania popular, para a limitação do poder, para a resolução de conflitos e concomitantemente para a proteção dos direitos individuais.⁴¹⁶

O modelo de governo proposto por Condorcet é representativo, mas a singularidade de sua proposta permite conciliar o exercício da soberania popular, o controle do poder político e a proteção aos direitos por meio de um conjunto de instituições nas quais são exercidos os *poderes retidos* com o povo e os *poderes comuns* ao povo e aos representantes.

⁴¹⁴ CONDORCET, 1847, XII, 366. Sem itálico no original.

⁴¹⁵ Cf. ROTHSCCHILD, 2001, 204.

⁴¹⁶ Nesse sentido Rosanvallon considera que “a grande ideia de Condorcet é pluralizar as modalidades de exercício da soberania do povo (...)”. Cf. ROSANVALLON, 2000, 67; Rothschild entende que “a principal inovação de Condorcet na teoria política foi ter esboçado uma estrutura constitucional para o conflito político.” Cf. ROTHSCCHILD, 2001, 204; Para Magrin, o constitucionalismo de Condorcet é fruto de uma ordem consensual integralmente fundada sobre os direitos do homem e, ainda, considera que Condorcet foi o artífice de uma “rara síntese constitucional capaz de conciliar o pleno desenvolvimento da democracia com uma eficaz estratégia de limitação do poder.” Cf. MAGRIN, 2001, 11 e 13. Segundo Urbinati, “Condorcet traduziu a soberania para a linguagem dos ‘direitos’ e concebeu a constituição como o processo de fundação de uma ordem legal, política e ética cuja meta era facilitar ‘o mais completo gozo dos direitos individuais’”. Cf. URBINATI, 2006, 180.

Os *poderes retidos* e exercidos diretamente pelo povo estão previstos no Título VIII do *Projet de Constitution* e consistem no gozo de quatro direitos: *censura e iniciativa popular em matéria legislativa; referendun de consulta, direito de petição* e, por último, o *direito de provocar o julgamento de funcionários públicos em caso de abuso de poder ou de violação da lei*. A conservação de tais poderes com os cidadãos, no entendimento do autor, é o que caracteriza uma “constituição popular” na qual o povo delega seus poderes, “mas não delega sua razão”, ou seja, é aquela em que o povo “entrega o direito de agir, mas que ele se reserva aquele de ver se os homens que agem por ele e em seu nome cumprem as leis e velam por seus interesses.”⁴¹⁷

O primeiro dos poderes retidos é o *direito de censura*, que consiste basicamente na possibilidade de qualquer cidadão “incitar a vigilância dos representantes do povo sobre os atos de constituição, de legislação ou de administração geral, de provocar a reforma de uma lei existente ou a promulgação de uma lei nova” e, para fazer isso o cidadão interessado deve apresentar sua proposta ao escritório de sua assembleia primária e solicitar a convocação da assembleia para deliberar sobre sua proposição.⁴¹⁸ Assim, no exercício do direito de censura ou de iniciativa popular, a requisição de proposição de lei, de reforma legislativa ou a alegação de violação à constituição poderá ser apresentada por apenas um cidadão em sua assembleia primária. Caso tenha a aprovação de um determinado número de seus concidadãos (no *Projet de Constitution* Condorcet estipula pelo menos o apoio de 50 cidadãos), a requisição tem que ser colocada em votação em sua assembleia primária e, caso seja aprovada, deve seguir para ser deliberada e votada pelas demais assembleias primárias da seção municipal, da comuna, do departamento e assim por diante, até chegar ao poder legislativo nacional (artigos 2 a 18). As deliberações em cada uma dessas instâncias deve seguir rigorosamente as formas e os prazos previamente estabelecidos no texto constitucional para a deliberação nas assembleias primárias.⁴¹⁹

Após a deliberação pelo poder legislativo, há duas hipóteses possíveis: a) no caso do poder legislativo rejeitar a proposição de reforma ou proposição legislativa aprovada pela maioria das assembleias primárias do país, a questão deverá retornar às assembleias primárias (art. 19) e, caso seja mantida a intenção originária, o corpo legislativo será dissolvido e serão chamadas novas eleições (art. 22); b)

⁴¹⁷ CONDORCET, 1847, X, 341.

⁴¹⁸ Cf. *Projet de Constitution Française*, Título VIII, art. 1°.

⁴¹⁹ A forma das deliberações nas assembleias primárias é regulada no *Projet de Constitution Française*, Título III, Seção V, artigos 1° a 13°.

no caso do poder legislativo admitir a reforma ou proposição legislativa, será facultado às assembleias primárias que haviam inicialmente se posicionado contra a demanda impugnarem tal decisão (art. 22). Caso nessa segunda consulta à nação a maioria dos cidadãos em assembleias primárias decida de forma contrária ao legislativo, como na hipótese anterior, o corpo legislativo será dissolvido e será chamada nova eleição. Disso resulta que o poder legislativo nacional não pode decidir de forma contrária àquela que foi decidida pela maioria dos cidadãos, sob pena de dissolução.

A respeito do direito de censura cabe ainda ressaltar que ele é sempre exercido em momento posterior à promulgação da lei pelo poder legislativo. O artigo 29 do *Projet de Constituion* determina que “a execução provisória da lei será sempre obrigatória.” Portanto, com relação às leis ordinárias, não há previsão de ratificação popular antes do início de sua vigência. Ou seja, o direito de censura é realizado *ex post* e configura-se como um poder negativo de interdição ou suspensão de uma norma que já está em vigor, diferenciando-se nesse aspecto do consenso *ex ante* exigido para a constituição, que só entrará em vigor após a ratificação popular, como se verá a seguir.⁴²⁰ Ao retirar a exigência de ratificação popular anterior à entrada em vigor Condorcet evita o engessamento das atividades dos poderes constituídos.

Sob o aspecto da funcionalidade das medidas de fiscalização e controle, merece destaque a distinção feita pelo autor entre os atos do corpo legislativo que serão submetidos ao direito de censura. Como já mencionado anteriormente, no *Projet de Constitution* os atos do poder legislativo são divididos em duas classes, a saber: *as leis* (gerais e de duração indefinida) e os *decretos* (normas particulares e de duração

⁴²⁰ Magrin considera que a impossibilidade de ratificação popular da lei ordinária e o controle a *posteriori* são os dois principais elementos que diferenciam o Projeto de Condorcet tanto da proposta de Rousseau no *Contrato Social* quanto da “Constituição Montanhesa”, aprovada em junho de 1793 após a recusa daquela esboçada pelo filósofo. Magrin traça as semelhanças entre os dois Projetos e sustenta que Condorcet, na fase madura de seu constitucionalismo, desenvolveu uma espécie de jacobinismo liberal e democrático. No entendimento de Magrin, o que aproxima Condorcet dos jacobinos é a defesa de reformas sociais e não meramente política, cujas implicações podem ser vistas no *Projet de déclaration des droits* pela introdução das “assistências sociais” e pela defesa de redução das desigualdades de riqueza que é levada a cabo em *Esquisse*. A esse respeito ver: MAGRIN, 2001, 160-163. O próprio Condorcet também aponta as semelhanças entre seu Projeto e aquele dos montanheses em um panfleto denominado *Aux citoyens français sur la nouvelle constitution*, escrito logo após a aprovação da “Constituição Montanhesa”, no qual ele acusa seus opositores de terem usado seu Projeto como base, reproduzindo seus acertos, retirando elementos fundamentais de controle popular e de revisão constitucional sem reparar em nada seus erros. Cf. CONDORCET, 1847, XII, 651-676.

determinada).⁴²¹ Apenas as leis podem ser objeto de reforma ou de iniciativa popular (art. 27). Condorcet afasta do direito de censura “os decretos e os atos de simples administração, as deliberações sobre os interesses locais e parciais” e também os atos dos “funcionários públicos e as medidas de segurança geral, quando elas não forem renovadas” (art. 28). Ao afastar os decretos e atos de simples administração do controle popular, o autor agiu de modo a evitar o colapso da própria administração, que se tornaria ineficaz se estivesse aberta ao constante (ainda que hipotético) direito de censura popular. Ademais, tratando-se de atos de vigência por prazo determinado, os riscos de manutenção de uma medida autoritária se dissolvem com a possibilidade de tal decreto ou medida administrativa não ser renovada.

O segundo modo de exercício dos poderes retidos é por meio do *referendum de consulta*, que resulta na possibilidade do poder legislativo consultar, quando julgar conveniente, “a resolução dos cidadãos reunidos nas assembleias primárias sobre as questões que interessarem essencialmente à República inteira” (art. 30). O terceiro é o *direito de petição*, que assegura aos cidadãos a possibilidade de endereçar petições diretamente às autoridades constituídas em favor de seus interesses privados. Nesse caso, por se tratar de uma questão inerentemente pessoal e privada, não há a exigência de submissão da reclamação à aprovação popular em assembleias primárias (art. 31). Por fim, o quarto e último poder retido é o “*direito de provocar a colocação em julgamento dos funcionários em caso de abuso de poder ou de violação da lei*” (art. 33). Esse direito conferido ao povo é de fundamental importância para o fortalecimento da representatividade, pois permite aos cidadãos destituírem seus representantes durante o exercício de seu mandato.

Ao criar canais formais para que os cidadãos pudessem colocar suas reivindicações a qualquer tempo, Condorcet assegurou a possibilidade de reversão de decisões políticas consideradas inconstitucionais, ilegais ou contrárias ao interesse público, assim como a possibilidade de promover a retirada de um representante que não corresponda às expectativas de seus eleitores. Uma das consequências importantes do modelo condorcetiano de controle e fiscalização política é que ao exigir que a proposta vinda de um indivíduo seja submetida à aprovação de seus concidadãos em assembleias primárias, o autor afasta a possibilidade de um interesse privado macular a legislação e comprometer a segurança jurídica e a estabilidade política. Isso é

⁴²¹ A esse respeito ver *Projet de Constitution Française*, Título VII, Seção II, artigos 3º a 6º.

possível, sobretudo, em razão da *multiplicação dos lugares de deliberação e de decisão* (as assembleias primárias de cada seção municipal, das comunas e dos departamentos) e também do *estabelecimento de prazos* (sistema de retardamento da decisão) entre as deliberações. Tais mecanismos funcionam como uma espécie de “filtro” com relação ao *quantum* de interesse público que existe em uma determinada proposta de lei ou de censura legislativa, ou mesmo de julgamento de um funcionário público. Servem também para evitar que decisões sejam tomadas de forma precipitada, sob a comoção causada por uma situação específica, ou seja, são mecanismos que permitem maximizar o elemento diacrônico na vontade que será formada por meio do processo de deliberação.

Visualiza-se também no *Projet de Constituion* a possibilidade dos cidadãos atacarem diretamente, sem a intermediação de outro poder (no caso o judiciário) as irregularidades dos atos dos poderes delegados, assim como a interpretação dada à constituição. Tem-se, então, na teoria constitucional de Condorcet, um modelo de controle de constitucionalidade difuso e político pautado no exercício da soberania popular e do controle direto dos cidadãos sobre seus representantes, o que, de fato, acentua o caráter democrático de sua teoria. Sendo assim, essa proposta evita atribuir a um órgão jurisdicional uma função essencialmente política.

Os *poderes comuns exercidos pelo povo e pelos representantes* são aqueles relacionados à revisão constitucional. Como já ressaltado anteriormente, Condorcet sustenta que a constituição deve passar pelo processo de revisão com certa frequência e isso é tomado como uma condição de aprimoramento das instituições políticas e jurídicas por ela instituídas e salvaguardadas. Esse posicionamento foi cristalizado no *Projet de déclaration des droits naturels, civils et politique des hommes* (1793),⁴²² especificamente no artigo 33 quando o autor afirma: “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar sua constituição. Uma geração não tem o direito de submeter às suas leis as gerações futuras (...).”

No Título IX do *Projet de Constitution Française* estão estabelecidas as regras para o exercício do direito de solicitar a revisão constitucional, que pode dar-se de dois modos: periodicamente, dentro do prazo estabelecido pela própria constituição para essa revisão (Condorcet prevê, no artigo 4º, o período de 20 anos), ou em qualquer tempo, desde que a revisão seja solicitada pelos cidadãos ou pelo corpo

⁴²² CONDORCET, 1847, XII: 417-422.

legislativo. Havendo a solicitação de revisão constitucional, deve ser formada uma assembléia constituinte, composta por membros eleitos diretamente pelo povo. A assembléia constituinte (que Condorcet denomina “Convenção Nacional”) terá o prazo de um ano para elaborar o novo Projeto, o qual será submetido à ratificação popular.

Tanto a provocação da revisão originária do povo quanto aquela que é solicitada pelo corpo legislativo estão sujeitas à aprovação popular. Quanto ao povo, Condorcet admite que qualquer cidadão possa provocar a convocação de uma convenção para a reforma da constituição, mas esse direito está condicionado ao cumprimento das regras estabelecidas para o exercício do direito de censura (art. 5º). Do mesmo modo, o corpo legislativo não poderá convocar uma convenção nacional sem que sua proposta tenha sido aprovada pela maioria do povo (art. 7º). Nesse caso, os membros do corpo legislativo não poderão ser eleitos membros da convenção nacional. Aliás, Condorcet ressalta em muitas partes da *Exposition* e também nos artigos do *Projet de Constitution* a necessidade de distinção entre a assembléia constituinte (poder constituinte) e o legislativo ordinário (poder constituído), inclusive inserindo determinação expressa para que esses poderes nem mesmo realizem suas sessões na mesma cidade (artigos 2º e 3º). A nova constituição apenas entrará em vigor após a ratificação popular. A fim de evitar a instabilidade política e a insegurança jurídica, Condorcet estipula, no artigo 10º, que “todas as autoridades estabelecidas continuarão sua ação até que a nova constituição seja aceita pelo povo, segundo o modo regulamentado pela constituição existente, e até que as novas autoridades tenham sido formadas e postas em atividade.”

Verifica-se então que os poderes *retidos* e *comuns* conferem ao povo o exercício de poderes *positivos* (proposição da revisão constitucional, iniciativa popular em matéria legislativa) e também *negativos* (direito de censura, direito de petição, direito de promover a colocação em julgamento de funcionários públicos). Ao analisar os aspectos positivo e negativo dos poderes conferidos ao povo no *Projet de Constitution*, Magrin sustenta que a forma atribuída por Condorcet ao poder constituinte, a qual possibilita uma reforma legal e constitucional “de baixo para cima”, define o seu constitucionalismo como *democrático* e *liberal*. É democrático na medida em que, por meio do uso de poderes positivos os cidadãos em assembleias primárias possuem uma autoridade superior àquela dos deputados. É liberal porque no exercício dos poderes negativos os cidadãos realizam a moderação do governo, ou seja, o controle e a limitação do poder político. Magrin sustenta que esse papel das assembleias primárias é ignorado pela

interpretação republicana de Condorcet feita principalmente por Alengry e Cahen. O intérprete italiano defende que o conceito de poder constituinte de Condorcet figura como um instrumento que permite pensar o caráter limitado do poder constituído, e não apenas o exercício da soberania popular.⁴²³

Aqui talvez se tenha que tocar em um ponto até este momento não enfrentado diretamente neste trabalho, embora muitas vezes tenha havido oportunidade para isso, que é a da filiação de Condorcet ao pensamento liberal ou republicano. Em muitas passagens surge o questionamento a esse respeito, haja vista que alguns posicionamentos do autor, como, por exemplo, quando ele apresenta uma definição de *liberdade pessoal*,⁴²⁴ ou quando ele recusa o ideal de liberdade dos antigos, ou mesmo sua fervorosa defesa dos direitos do homem, aproximam-no muito do pensamento liberal. Por outro lado, há elementos para se sustentar o viés republicano de sua teoria apoiando-se sobre o papel relevante que ele atribui às instituições (como no caso da instrução pública ou das instituições políticas de participação popular) e também sua exigência de submissão dos interesses privados à “razão coletiva” capaz de abarcar o ideal republicano de império da lei. Esses elementos e outros levam intérpretes de Condorcet a identificar um republicanismo bastante peculiar, definido por Urbinati como “republicanismo de norma”,⁴²⁵ ou por Bignotto como “republicanismo da razão”.⁴²⁶

Penso, contudo, que diante da dificuldade existente em se alcançar uma definição precisa, inclusive dentro de cada uma dessas

⁴²³ Cf. MAGRIN, 2001, 66-68. Como visto anteriormente, também na teoria constitucional de Sieyes o poder constituinte funciona como um limite à ação dos poderes constituídos (cf. PASQUINO, 1998b, 75). Contudo, em Condorcet justamente em razão das inúmeras possibilidades de atuação do poder constituinte, como se verá, esse caráter de limitação não acarreta o engessamento político-jurídico da sociedade.

⁴²⁴ Cf. definição na seção 3.1.1, “i”.

⁴²⁵ De acordo com Urbinati, Condorcet, no *Plan de Constitution* “redirecionou a participação de uma espécie de virtude emocional-impulsiva para um tipo discursivo e de julgamento, prefigurando a transição do republicanismo clássico para uma espécie deliberativa de democracia.” Então, o *republicanismo de norma* é definido como o conjunto de instituições com a possibilidade de “atuar sobre o comportamento por meio de procedimentos e normas a fim de orientar a razão, moderar as paixões e tornar o julgamento um guia para a vontade.” Cf. URBINATI, 2006, 180.

⁴²⁶ Aquilo que Bignotto chama de *republicanismo da razão* é uma teoria cujas raízes encontram-se no consenso racional da maioria, sustentado pela teoria da instrução pública e pela teoria constitucional que deve salvaguardar os direitos do homem e no qual a razão é a principal virtude. Como ressalta o autor, “o republicanismo de Condorcet foi marcado pelo apego aos direitos humanos, à liberdade política, à liberdade de expressão e à igualdade entre os cidadãos.” Cf. BIGNOTTO, 2010, 258.

correntes de pensamento⁴²⁷, talvez seja melhor tratar o pensamento de Condorcet como pertencendo à tradição constitucionalista que, como mostra Pinzani, reúne elementos de outras tradições tais como a ideia da existência de direitos inalienáveis que devem ser salvaguardados (liberalismo), a exigência da autonomia coletiva (democracia radical) e supremacia do império da lei que impõe limites inclusive à soberania popular (republicanismo).⁴²⁸

O que há de relevante no ponto levantado por Magrin, para os propósitos deste trabalho, não é a tentativa de enquadrar Condorcet em uma ou outra tradição, mas sim a possibilidade de se pensar, a partir do elemento liberal por ele identificado, em uma democracia capaz de colocar limites a si mesma. Os poderes retidos e comuns (ou positivos e negativos) atribuídos ao povo, uma vez previstos dentro da constituição, servem como uma barreira contra uma possível usurpação do direito de autodeterminação e dos direitos fundamentais. Por sua vez, o próprio poder constituinte, atendo-se à forma e aos prazos previstos no texto constitucional, também perde o seu caráter absoluto. Assim, o que se observa no *Projet de Constitution* de Condorcet é a constitucionalização da democracia que ocorre sem que se elimine o caráter dinâmico e atual da participação popular e do exercício do poder constituinte.

Desse modo, a constituição cria condições legais para que todos os membros do corpo político possam influir de forma igual sobre a decisão coletiva. Nesse sentido, o papel desempenhado pelas instituições na formação do povo consiste em oferecer um processo de continuidade de sua educação cívica iniciada nas instituições de ensino.⁴²⁹ Como observa Pinzani ao defender que as constituições democráticas desempenham um papel importante na educação dos cidadãos para a liberdade, as instituições têm a possibilidade de criar hábitos democráticos, os quais acabam também por definir um povo.⁴³⁰ Mas esse povo cujos hábitos democráticos são criados pela constituição e pelas instituições só pode ser considerado sincrônico, ou seja, só pode agir sincronicamente em razão de encontrar dentro da própria constituição as regras que permitem e ao mesmo tempo limitam a sua ação soberana. É por isso que o desenho institucional criado pelo *Projet de Constitution Française* de Condorcet assume grande relevância para o estudo dos impasses da relação entre constituição e democracia,

⁴²⁷ A esse respeito ver PINZANI, 2010.

⁴²⁸ Cf. PINZANI, 2009, 493.

⁴²⁹ A instrução do cidadão para o exercício das atividades políticas será estudada na seção seguinte.

⁴³⁰ Cf. PINZANI, 2009, 472-495.

porque ao constitucionalizar os meios de participação direta, ao reservar ao povo o exercício do controle sobre os poderes delegados, sobre a legislação e sobre a própria constituição, ele criou também os meios para o exercício atual, presente e sincrônico da soberania popular.

A teoria constitucional de Condorcet mostra como é possível, por meio de instituições democráticas, erigir um determinado conceito de povo e mostra também como é possível sua ação sincrônica. As vantagens e principais características do povo sincrônico são, em primeiro lugar, a (re)fundação contínua, ou mesmo a contínua ratificação do texto constitucional pela geração atual, de modo que a constituição passa a ser entendida como um documento vivo e dinâmico que abriga e ao mesmo tempo instaura novos direitos, aperfeiçoando, desse modo, a própria ordem social e adequando-se às novas exigências históricas e culturais. Em segundo lugar, permite-se a participação popular contínua no exercício da soberania e do controle do poder político. Desse modo, adéqua-se as instituições a um modelo político que faz jus à ideia do governo do povo pelo povo, ou seja, é apenas o caráter sincrônico do conceito de povo que pode atribuir realidade ao ideal democrático de soberania popular.

Por outro lado, também podem ser apontadas algumas insuficiências inerentes ao sincronismo, ao menos se considerado isoladamente. Em uma sociedade cuja ação popular seja meramente sincrônica a estabilidade política pode ser comprometida, uma vez que pode não haver comprometimento com projetos e obrigações anteriormente assumidas (como por exemplo, investimento público em educação, pesquisas, preservação do patrimônio histórico e cultural, ou mesmo das instituições democráticas) e, nesse sentido, o próprio aperfeiçoamento político, social e individual fica prejudicado. Um segundo problema está relacionado ao uso dos recursos naturais, pois um povo que se regula tendo em mente apenas as necessidades de sua geração, pode fazer escolhas que inviabilizarão a vida das futuras gerações. Um terceiro problema é que uma vontade cujo resultado seja apenas sincrônico pode comprometer a própria democracia assim como os direitos fundamentais.

Assim, quando se trata da formação da vontade, outros elementos devem ser levados em conta a fim de que se obtenha resultados que não beneficiem apenas um grupo ou mesmo a maioria, causando prejuízos às minorias de hoje ou às gerações futuras. A constituição cria condições legais (portanto formais) de igual influência nas decisões coletivas, mas para a formação de uma vontade diacrônica é preciso ir além, é necessário oferecer também algumas condições materiais para que a

influência seja, senão igual, gradativamente menos desigual. Nesse sentido, a educação cívica promovida pelas instituições democráticas é um elemento importante, mas precisa ser complementada a fim de evitar que a ação popular seja influenciada por outro poder que explore seus preconceitos, interesses e paixões. Apenas qualificando a vontade segundo um princípio diacrônico é que se pode escapar da redução do conceito político de povo às categorias apontadas por Rosanvallon, a saber, ao *povo-opinião*, ao *povo-exclusão* ou ao *povo-emoção*.

Até agora, a teoria constitucional de Condorcet serviu de base para se delinear o conceito de povo sincrônico, ou seja, um conceito político de povo que permite a participação popular contínua e ativa na vida política, o que confere à constituição um caráter vivo e dinâmico. Na seção seguinte, recorrer-se-á novamente à teoria do filósofo iluminista a fim de identificar elementos que permitam enfrentar o problema da formação da vontade segundo a perspectiva do diacronismo.

3.1.2 - A vontade diacrônica

Tentar delinear um conceito de vontade ligado ao diacronismo no pensamento político de Condorcet parece ser um bom modo de ir ao encontro dos grandes problemas da filosofia política enfrentados por sua teoria. A obra do filósofo iluminista é marcada por aquilo que Kintzler chama de *circularidades*, a saber, as relações complementares entre verdade e processo de votação, entre forma (a matemática do processo eleitoral) e conteúdo (a necessidade de homens esclarecidos) e entre instrução pública e liberdade individual.⁴³¹ Essas circularidades podem ser entendidas como elementos que se inter-relacionam em vários níveis. Assim, a formação da vontade também se insere nesse processo circular, no qual forma e conteúdo se entrelaçam. A legitimidade das decisões que expressam essa vontade depende tanto da observância da forma legal estipulada para o processo de votação e deliberação quanto da racionalidade daqueles que decidem.⁴³² Ou seja, a vontade diacrônica não é algo dado, ela é construída. Sua construção depende de elementos metodológicos (voto e deliberação realizados dentro de instituições democráticas) e substanciais (o sujeito esclarecido e a igualdade de direitos).

⁴³¹ Cf. KINTZLER, 1984, 27/28.

⁴³² Cf. KINTZLER, 1984, 29.

Desse modo, para se chegar ao conceito de vontade diacrônica, três elementos precisam ser analisados, a saber: o método, a formação do cidadão esclarecido e as instituições democráticas. Aqui serão estudados os dois primeiros elementos, uma vez que o último já foi analisado na seção anterior e será retomado ao final, pois é exatamente dentro das instituições democráticas que os conceitos de vontade diacrônica e de povo sincrônico se entrelaçam.

i. O método

No estudo da metodologia é que aparece, ao lado do filósofo e do político, também o matemático Condorcet. Antes de se dedicar à teoria e à prática política o autor foi reconhecido como um brilhante matemático, consagrado pelo estudo do cálculo de probabilidades.⁴³³ Seus estudos matemáticos foram a base para o desenvolvimento da teoria por ele denominada *matemática social*,⁴³⁴ cujo objetivo era “contribuir para o aperfeiçoamento da espécie humana.”⁴³⁵ Essa ciência tinha por objeto o estudo do homem em suas relações sociais, sendo que o termo “social” abarca tanto a política quanto a moral. Segundo Alengry, o método utilizado por Condorcet em sua matemática social mescla elementos do empirismo de Hume e de Locke com o racionalismo e apriorismo cartesiano.⁴³⁶ Por um lado, ele “parte da sensação para chegar imediatamente à ideia e ao cálculo”, mas, por outro lado, em sua teoria o raciocínio por análise assume a forma do cálculo. Condorcet teria transportado para o domínio das ciências morais e políticas a matemática de Descartes, o que o permitiu afastar, em nome da razão, a autoridade da Igreja, a superstição e a intolerância. Como já visto, foi também a partir da razão que ele laicizou a ideia de direitos naturais e fundamentou a igualdade de direitos de todos os homens, da qual derivou os demais direitos civis e políticos.⁴³⁷

Ao aplicar a matemática às ciências sociais e à política, seu objetivo foi aproximar, tanto quanto possível, as ciências sociais das

⁴³³ Cf. CHOUILLET, 1993, 19-31.

⁴³⁴ Esse conceito é apresentado em *Tableau Général de la science qui a pour objet l'application du calcul aux sciences politiques et morales*. Esse texto foi publicado apenas em 1795, após a morte de Condorcet, mas as ideias nele contidas já vinham sendo defendidas publicamente desde 1785, quando foi publicado o *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*. Cf. CONDORCET, 1847, I, 539-573; CONDORCET, 1785.

⁴³⁵ CONDORCET, 1847, I, 541.

⁴³⁶ Cf. ALENGRY, 1904, 816. A esse respeito ver também BAKER, 1975, 129-194.

⁴³⁷ ALENGRY, 1904, 784/785 e 814/815.

ciências exatas em relação à precisão dos resultados.⁴³⁸ Esse tema está presente em muitos de seus escritos, mas pode ser encontrado de forma mais detalhada nos seguintes textos: *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*⁴³⁹ (1785); *Essai sur la constitution et les fonctions des assemblées provinciales* (1788),⁴⁴⁰ *Sur la forme des élections* (1789)⁴⁴¹, *Projet de Constitution Française* (1793)⁴⁴², *Sur les élections* (1793)⁴⁴³ e *Tableau général de la science qui a pour objet l'application du calcul aux sciences politiques et morales* (1795).⁴⁴⁴ Nesses escritos ele discorre sobre os procedimentos de votação, de deliberação e sobre o cálculo das maiorias (simples ou qualificada). Mas em todos esses textos há uma questão central, a saber, a formação da vontade coletiva, à qual Condorcet atribuirá, como se verá, nomes diferenciados.

No primeiro desses textos, o *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Condorcet revisa a teoria da formação da vontade seguindo o critério da decisão majoritária. O autor considera que

quando o costume de submeter todos os indivíduos à vontade do maior número se introduziu nas sociedades e os homens concordaram em considerar a decisão da maioria como a vontade comum de todos, eles não adotaram esse método como um meio de evitar o erro e de se conduzir de acordo com decisões fundadas na verdade, mas eles acreditaram que para o bem da paz e da utilidade geral era preciso colocar a autoridade no lugar da força e que, visto

⁴³⁸ A adoção desse método faz com que Condorcet seja considerado o precursor de Saint-Simon, de Augusto Comte e do positivismo. Contudo, cabe ressaltar que em Condorcet essa metodologia ainda possui um caráter crítico e revolucionário na medida em que busca afastar das ciências sociais qualquer dogma que não possa ser justificado racionalmente (como, por exemplo, os dogmas da religião e aqueles que sustentavam a monarquia e a aristocracia, legitimando assim as desigualdades de direitos). O filósofo iluminista não concordaria com os aspectos conservadores, em relação à ordem social, que foram introduzidos nas ciências sociais por Comte. Isso pode ser observado no modo pelo qual Condorcet concebe a lei em geral e a constituição. Segundo ele, as leis positivas são o produto do meio social e, portanto, a evolução jurídica deve acompanhar a evolução social. Cf. ALENGRY, 1904, 784 e 851; LÖWY, 2000, 37-39.

⁴³⁹ CONDORCET, 1785.

⁴⁴⁰ CONDORCET, 1847, VIII, 115-648.

⁴⁴¹ CONDORCET, 1847, IX, 285-329.

⁴⁴² CONDORCET, 1847, XII, 423-497.

⁴⁴³ CONDORCET, 1847, XII, 637-644.

⁴⁴⁴ CONDORCET, 1847, I, 539-573.

que era preciso deixar-se guiar por uma vontade única, era a vontade do pequeno número que naturalmente devia sacrificar-se àquela do maior número.⁴⁴⁵

Para Condorcet, contudo, essa justificação inicial da opção pela decisão majoritária não parece ser suficiente. Por isso ele busca algo mais além da paz e da utilidade geral, ele busca aproximar-se da verdade. Nesse texto o filósofo iluminista revisita o conceito de vontade geral de Rousseau, tentando, segundo alguns de seus intérpretes, esclarecer muitos dos aspectos desse conceito deixados obscuros pelo genebrino.⁴⁴⁶

É no *Essai* de 1785 que Condorcet desenvolve o seu teorema do júri,⁴⁴⁷ que trata da utilização do cálculo de probabilidade para demonstrar que as decisões coletivas podem ser corretas dependendo do tamanho, da competência dos membros do corpo votante e do número de alternativas sob consideração. O principal argumento presente nesse texto é que eleitores esclarecidos tentarão honestamente avaliar qual decisão será mais adequada à sociedade. Os eleitores esclarecidos e bem intencionados podem ocasionalmente julgar errado, mas assumindo-se que eles estarão mais frequentemente certos do que errados, a opinião da maioria provavelmente será a correta.⁴⁴⁸ Assim, o que Condorcet visa com o teorema do júri é garantir um meio seguro e aplicável de atribuir conteúdo ao ideal abstrato representado pelo conceito de vontade geral.

⁴⁴⁵ CONDORCET, 1785, iii.

⁴⁴⁶ Cf. GROFMAN; FELD, 1988, 567-576; ESTLUND; WALDRON; GROFMAN; FELD; 1989, 1317-1340; YOUNG, 1988, 1231-1244; PONS, 1993. Grofman e Feld consideram que o teorema do júri de Condorcet reavalia três aspectos inerentes ao conceito de vontade geral de Rousseau, a saber: o bem comum; a ideia de que os cidadãos não estão sempre certos em seus julgamentos sobre o que é o bem comum; e a suposição de que quando os cidadãos tentam seriamente identificar o bem comum e votam de acordo com suas percepções dele, o voto da assembléia popular pode ser considerado um meio confiável de determinar o que é o bem comum. Cf. GROFMAN; FELD, 1988, 569. Ressalto que meu propósito aqui não é adentrar na teoria de Rousseau para avaliar se o uso que Condorcet faz dos conceitos rousseauianos é ou não apropriado. Limitar-me-ei à análise da obra de Condorcet, pois o que me interessa são os desdobramentos que ele dá aos conceitos tomados como ponto de partida, e não os conceitos em si.

⁴⁴⁷ O teorema do júri é retomado por alguns constitucionalistas contemporâneos para justificar as decisões majoritárias. Nesse sentido ver WALDRON, 1999 e SUNSTEIN, 2009.

⁴⁴⁸ A afirmação da existência de uma resposta correta, ou da verdade, é o que faz McLean e Hewitt definirem Condorcet como um “realista platônico” que acreditou em verdade morais objetivas. Condorcet teria sustentado que as falhas do ser humano em alcançar o entendimento são falhas de percepção. Nesse sentido, quando os indivíduos se tornam mais esclarecidos a probabilidade de que a maioria deles pense corretamente aumentará. Cf. McLEAN; HEWITT, 1994, 32.

O teorema do júri é então um mecanismo de justificação por meio do qual, dada uma determinada forma e matéria, poder-se-ia chegar muito próximo da verdade no contexto jurídico ou daquilo que chamo de vontade diacrônica no contexto político. Nesse momento não há ainda no texto condorcetiano um viés democrático no sentido de possibilitar a ampla participação popular na tomada de decisões. Mas há a justificação de um determinado procedimento metodológico (cujo funcionamento é de difícil compreensão uma vez que se trata da aplicação da matemática às decisões coletivas) que depende de elementos formais e substanciais para alcançar ou aproximar-se da decisão correta.⁴⁴⁹ Logo, o autor está mais preocupado em ter participantes esclarecidos decidindo do que em ter um grande número de indivíduos participando da vida pública. Isso porque aplicando seu método, se uma assembléia (ou tribunal) for formada por indivíduos esclarecidos, quanto maior o tamanho do corpo deliberante, maior a probabilidade da decisão aproximar-se da verdade. Por outro lado, se os membros forem pouco esclarecidos, quanto maior o número de participantes, maior a probabilidade de que decidam errado, isto é, maior a probabilidade de que decidam de acordo com seus interesses privados em detrimento do interesse comum ou da vontade diacrônica.⁴⁵⁰

Paradoxalmente, embora o *Essai* de 1785 seja quase em sua totalidade dedicado à forma, ou seja, ao método capaz de aproximar as decisões coletivas da verdade, a conclusão do autor é que o método apenas funcionará adequadamente se for utilizado por cidadãos esclarecidos. Em suas palavras:

Assim a forma das assembleias que decidem a sorte dos homens é bem menos importante para a felicidade deles do que o esclarecimento daqueles que as compõem, e os progressos da razão contribuirão mais ao bem dos Povos do que a forma das constituições políticas.⁴⁵¹

Forma e cidadãos esclarecidos: esses são os dois elementos que Condorcet exige para que as decisões coletivas se aproximem da verdade, ou seja, para que a vontade resultante do processo de eleição e deliberação seja um reflexo do interesse comum. Antes de se analisar o

⁴⁴⁹ Cf. CONDORCET, 1785, lxiv/lxv.

⁴⁵⁰ Cf. CONDORCET, 1785, xxiv.

⁴⁵¹ CONDORCET, 1785, lxx.

problema do esclarecimento dos cidadãos, é preciso primeiro entender melhor como Condorcet aplica a matemática social à formação da vontade por meio dos processos de eleição e deliberação pois, segundo ele, a eleição e a deliberação, entendidas como processos de tomada coletiva de decisões, são as bases de uma constituição livre.⁴⁵² Isso porque, como ressalta Granger em seu estudo sobre a matemática social de Condorcet, o voto não é apenas um problema parcial de ciência política, mas é uma questão que diz respeito ao “sistema arquitetônico da fisiologia social por inteiro”, uma vez que do direito de participar igualmente da elaboração das leis dependem todos os demais direitos.⁴⁵³

Esse método trazido a público em 1785 é reapresentado pelo autor em outros textos, antes e após a Revolução Francesa, nos quais ele traduz para a linguagem da filosofia e teoria política algo explicado inicialmente a partir da matemática.⁴⁵⁴ Neles, Condorcet analisa detalhadamente os procedimentos e métodos de eleição e de deliberação que podem aproximar as decisões coletivas da verdade. Com relação ao modo de eleição e de deliberação, a exposição mais clara e precisa encontra-se no *Projet de Constitution Française* de 1793, embora os fundamentos de suas teses tenham sido expostos em textos anteriores, notadamente, no *Essai sur la constitution et les fonctions des assemblées provinciales* (1788) e em *Sur la forme des élections* (1789).

Ao analisar o procedimento eleitoral, Condorcet sustenta que as eleições não deveriam seguir o método mais comum segundo o qual é eleito o candidato que recebeu o maior número de votos. O principal argumento aqui é que essa metodologia pode levar ao erro para eleições nas quais o número de candidatos for superior a dois, haja vista que o candidato com maior número de votos não é necessariamente aquele que tem a aprovação da maioria dos votantes, mas ao contrário, os votos dados aos seus concorrentes podem, se somados, representar a vontade da maioria. Então, o autor entende que esse método não proporciona aos eleitores um direito de eleição, mas um direito de exclusão dos candidatos menos desejados. Ele sugere um método no qual a resolução

⁴⁵² Cf. CONDORCET, 1847, VII, 561.

⁴⁵³ GRANGER, 1989, 95.

⁴⁵⁴ Apenas recentemente as implicações da metodologia utilizada por Condorcet no *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, que combina a teoria da escolha social com a probabilidade matemática, começaram a ser exploradas. Como observam Mclean e Hewitt “parte do argumento de Condorcet não foi esclarecido até as investigações de Michaud (1985) e Young (1988).” Cf. McLEAN; HEWITT, 1994, 35. Sobre as implicações da utilização do método de Condorcet na teoria da escolha social contemporânea ver: Cf. YOUNG, 1988, 1231-1244; McLEAN; HEWITT, 1994, 32-48; McLEAN; URKEN, 1992, 445-457.

da maioria sobre o mérito de todos os concorrentes seja tomada a partir da comparação entre os candidatos, cujos nomes seriam inscritos em listas seguindo a ordem do mérito que cada eleitor atribuir ao seu candidato.⁴⁵⁵

Essa ideia encontra-se melhor delineada no Título III, Seção III do *Projet de Constitution Française* (1793),⁴⁵⁶ no qual Condorcet propõe um método de escolha que implica a eleição em duas etapas, realizada por meio de duas votações: “a primeira, simplesmente preparatória, servirá apenas para formar uma lista de apresentação; a segunda, aberta somente aos candidatos inscritos na lista de apresentação, será definitiva e consumará a eleição” (art.1º). Na primeira votação cada eleitor inscreverá em seu boletim de votação o “número de nomes igual àquele de cargos a eleger” (art. 3º). A lista de apresentação será formada pelos cidadãos que obtiveram o maior número de votos. O número total de candidatos que passará da primeira para a segunda etapa da eleição será três vezes maior do que o número de cargos a serem preenchidos (art. 7º). Na segunda e última votação cada eleitor receberá “um boletim com duas colunas, divididas cada uma com tantas casas quanto houver sujeitos a nomear. Uma dessas colunas será intitulada: *primeira coluna da eleição*; a outra, *coluna suplementar*” (art. 13). No momento da votação cada eleitor inscreverá “na primeira coluna tantos indivíduos quanto houver de cargos a eleger; e, em seguida, na coluna suplementar, um número de nomes igual àquele inscrito na primeira coluna” (art.13). Nos artigos do *Projet de Constitution* não fica claro se os eleitores podem indicar os mesmos nomes em ambas as colunas. Condorcet esclarece esse ponto na *Exposition des principes et motifs du Plan de Constitution*. Segundo o autor,

Para formar a segunda resolução, cada cidadão nomeará, em primeiro lugar, entre os candidatos, aqueles que ele julga os mais dignos, em número igual àquele dos cargos e, em seguida, aqueles que ele acredita também os mais dignos após esses primeiros, em número ainda igual àquele dos cargos. Assim, por exemplo, se o número de cargos é dez, cada cidadão nomeará, em primeiro

⁴⁵⁵ Cf. CONDORCET, 1847, IX, 305.

⁴⁵⁶ Cf. CONDORCET, 1847, XII, 431-437. Essa mesma proposta já havia sido apresentada em textos anteriores, mas é no *Projet de Constitution* que esse tema aparece de forma mais clara e precisa.

lugar, os dez mais dignos entre os trinta candidatos e, em seguida, os dez mais dignos entre os vinte que restaram.⁴⁵⁷

Quando há apenas um cargo a ser preenchido, o procedimento de escolha é um pouco distinto daquele acima descrito. Embora também se realize por meio de duas votações, na votação de apresentação cada eleitor escreverá apenas um nome em seu boletim de votação, mas a lista de apresentação não conterà o número de candidatos equivalentes a três vezes o número do cargo vago, mas sim um número previamente determinado, que é o de treze. A votação definitiva também se fará em duas colunas e, “se durante a contagem geral dos votos contidos na primeira coluna um dos candidatos reunir a maioria absoluta, ele será eleito.” Caso contrário, “serão reunidos os votos em favor de cada candidato contidos nas duas colunas: aquele que então obtiver mais votos será eleito”, sempre seguindo a ordem do maior número de votos. (art. 22).

A argumentação de Condorcet a respeito desse método de eleição pode ser melhor acompanhada a partir de um exemplo dado pelo próprio autor. Diz ele:

Supondo-se que haja 3 candidatos e 25 eleitores, por exemplo; que o primeiro dos candidatos tenha 10 votos, o segundo 8 e o terceiro 7; é claro que aqueles que deram seu voto ao primeiro não se pronunciaram entre o segundo e o terceiro; e se eles tivessem se pronunciado, eles teriam preferido o terceiro ao segundo. Igualmente, aqueles que deram seu voto ao segundo não se pronunciaram entre o primeiro e o terceiro e eles poderiam ter se reunido em favor desse. Enfim, aqueles que votaram em favor do último, não se pronunciaram entre o segundo e o primeiro e eles poderiam todos conceder a preferência ao segundo. Imaginem todas essas hipóteses realizadas. 15 votos contra 10 teriam julgado o terceiro preferível ao primeiro; 17 votos contra 8, o terceiro preferível ao segundo; e 15 votos contra 10 o segundo preferível ao primeiro: é então o terceiro que teria sido preferido aos dois outros pela maioria, se a resolução tivesse sido completa; essa mesma resolução teria ainda preferido o

⁴⁵⁷ CONDORCET, 1847, XII, 396/397.

segundo ao primeiro: contudo, esse teria mais votos, e o terceiro teria menos. Vê-se então por esse exemplo, como no método ordinário de eleger o julgamento dos eleitores não é completo e como, por essa razão, o resultado de uma eleição feita sob essa forma pode exprimir uma resolução realmente contrária àquela da maioria.⁴⁵⁸

Esse método de eleição apresenta três aspectos que são dignos de nota. Primeiramente, ele permite aos eleitores não apenas escolherem seus representantes, mas também possibilita aos cidadãos formarem a lista de candidatos a representantes. Em segundo lugar, ele faz com que o eleitor realize um escalonamento de suas preferências, uma vez que ele terá que se pronunciar a respeito de todos os candidatos, realizando um juízo de valor a respeito de cada um deles de modo a escolher qual será sua primeira, segunda ou terceira opção e assim por diante, o que não é possível no modo tradicional uma vez que ao optar por um candidato o eleitor está automaticamente impedido de manifestar sua opinião sobre os demais. Sendo assim, surge a possibilidade de, por meio do voto, mostrar-se não apenas a aceitação, mas também a rejeição a um determinado candidato ou projeto político. Por fim, esse método, ao fazer com que o eleitor realize um juízo de valor a respeito de cada candidato (ou projeto), força os indivíduos a fazerem uso de seu julgamento, de sua capacidade racional e, desse modo, passa a ser um coadjuvante na tarefa de formar cidadãos mais esclarecidos.⁴⁵⁹

Em *Sur la forme des élections* (1789) Condorcet discorre sobre a importância de um bom método de eleger. Segundo ele, é preciso “procurar em um método de eleição a probabilidade de escolher frequentemente o mais digno, e a garantia de fazer apenas raramente a

⁴⁵⁸ CONDORCET, 1847, VIII, 194/195.

⁴⁵⁹ Pensando no método proposto por Condorcet à luz dos dados das eleições municipais de 2012 e, tomando a cidade de Florianópolis como exemplo, pode-se dizer que aplicado seu método, poder-se-ia ter um resultado diferente daquele que fora alcançado. Os resultados obtidos no primeiro turno das eleições foram em linhas gerais os seguintes: candidato A (PSOL) 14,4%; candidato B (PCdoB/PT) 25%; candidato C (PMDB) 27%; candidato D (PSD) 31,6%. Com esse resultado os candidatos C e D foram para o segundo turno, sendo o candidato D vitorioso. Tomando-se agora a forma de eleição proposta por Condorcet, poderiam ser tecidas as seguintes considerações: é muito provável que os eleitores do candidato A tivessem como segunda opção o candidato B, e sabendo-se da antiga rivalidade entre os partidos dos candidatos C e D, é muito provável que o candidato B teria o maior número de votos e ganharia a eleição, uma vez que o candidato B seria aquele que teria o menor índice de rejeição de modo que ele receberia quase a totalidade dos votos do candidato A e uma razoável parcela dos demais candidatos.

má escolha.”⁴⁶⁰ Um bom método deveria conseguir lidar com situações sociais inóspitas nas quais “não é à razão, à virtude, à identidade de interesses dos cidadãos e de seus delegados que a nação pode então confiar sua sorte; é ao equilíbrio das paixões opostas, dos interesses contrários, dos preconceitos que se combatem.”⁴⁶¹

Em 1793, ao defender perante a Convenção Nacional o método de eleição proposto no *Projet de Constitution Française*, Condorcet acredita que tal método cumpre com a tarefa de equilibrar politicamente os conflitos e de revelar de forma adequada a vontade da maioria. Diz ele:

Seria quase impossível impedir um homem de mérito real de ser colocado na lista dos candidatos, se os votos devem naturalmente escolhê-lo. Seria igualmente difícil a uma conspiração impedir a maioria de se reunir em favor de um homem superior, ou de seduzi-la em prol de um sujeito verdadeiramente indigno.

(...) Em uma palavra, essa forma de eleição, retirando do partido menos numeroso a esperança de ter êxito pela sedução ou pelo barulho, dando ao partido contrário uma segurança de sucesso que o dispensa de se servir de suas forças, as eleições serão necessariamente ainda tranquilas, mesmo quando os cidadãos estiverem divididos. Elas servirão para indicar o poder dos partidos, mas elas não serão sua obra.⁴⁶²

Condorcet também aplica a sua matemática social ao processo de deliberação. Esse tema vem a público de forma bastante minuciosa em 1788, no, *Essai sur la constitution et les fonctions des assemblées provinciales*. Nesse texto o método proposto consiste em reduzir os temas a serem deliberados a proposições simples, de modo que os votantes possam decidir por *sim* ou *não*. Isso pode ocorrer de dois modos:

1º as proposições podem ser isoladas entre si de modo que uma mesma pessoa possa igualmente pronunciar o *sim* ou o *não* a respeito de cada uma

⁴⁶⁰ CONDORCET, 1847, IX, 289.

⁴⁶¹ CONDORCET, 1847, IX, 288.

⁴⁶² CONDORCET, 1847, XII, 400 e 401/402.

delas, sem cair em nenhuma contradição; 2º elas podem ser ligadas entre si de modo que aquele que teria pronunciado o *sim* ou o *não* a respeito das primeiras, não poderia mais pronunciar senão um ou outro a respeito daquelas que restam, a menos que se contradiga. A análise de um objeto de deliberação consiste então em reduzi-lo a uma série de proposições simples, isoladas, ou de sistemas isolados, de proposições simples, ligadas entre si.⁴⁶³

Os responsáveis pela redução do tema em debate a proposições simples devem de todo modo evitar combinações contraditórias (por exemplo: “Pierre é melhor do que Paul; Jacques é melhor do que Pierre; Paul é melhor do que Jacques”).⁴⁶⁴ Uma proposição que apresentasse tais contradições deveria ser considerada nula e, desse modo, Condorcet buscou prescrever uma forma de votação que tornasse impossível a emissão de uma resolução baseada em informações contraditórias ou absurdas.

Pois bem, Condorcet define o modo pelo qual um tema pode ser preparado para ser decidido por uma assembléia por meio da emissão da concordância ou discordância dos votantes. Contudo, como e por quem esse trabalho será feito? O autor reconhece que esse não pode ser um trabalho atribuído para todos os membros da assembléia, sob pena de se tornar o processo todo de deliberação demasiadamente lento. Sugere então que seja designado um comitê, formado por membros da própria assembléia, os quais se dedicariam exclusivamente a essa tarefa. Mas, ao se incumbir um pequeno número de membros da realização de uma atividade de extrema importância não estar-se-ia retirando dos representantes do povo o direito de discutir e de opinar sobre aquilo que será colocado em votação? Ele não estaria aqui repetindo o modelo aclamatório delineado por Rousseau? Esse é o primeiro ponto relevante na discussão apresentada por Condorcet acerca da deliberação no *Essai* de 1788 (o segundo será a discussão a respeito dos tipos de maioria e do quorum de votação). De acordo com o autor, esse método não pretende substituir os representantes do povo pelos membros do comitê. Ele adverte que não se deve confundir

a instituição de um comitê encarregado de fazer a análise de uma questão de modo que ela possa ser

⁴⁶³ CONDORCET, 1847, VIII, 584.

⁴⁶⁴ CONDORCET, 1847, VIII, 586.

decidida segundo uma forma que não deixe nenhum espaço para o medo enganar a resolução da maioria, com o direito de conceder a um corpo, ou a um só homem, propor os objetos que devem ser colocados em deliberação.⁴⁶⁵

Dessa forma, observa-se que enquanto os membros de uma assembléia estão no exercício de um *direito*, os membros do comitê estão apenas exercendo uma *função*, uma função de demasiada importância que é tratada pelo autor como se fosse efetivamente um trabalho intelectual, aquele de transformar em proposições simples questões complexas e possibilitar o bom desempenho dos representantes durante as votações. Os membros dos comitês não são mais do que “comissários encarregados pelo próprio corpo de representantes de submeter a uma análise exata um objeto sobre o qual ele resolveu deliberar.”⁴⁶⁶ Em razão das características desse comitê, nada impede que a discussão sobre o tema que será reduzido a proposições simples seja feita por todos os membros da assembléia, haja vista que é somente após o debate geral entre todos os representantes que a questão será submetida ao comitê encarregado de analisá-la e reduzir todas as possíveis soluções que poderão resultar em uma série de proposições simples. Desse modo, como ele mesmo observa, “concilia-se a liberdade da discussão nas deliberações ao método e à precisão na forma das decisões.”⁴⁶⁷

Para tornar o resultado da deliberação ainda mais preciso, além da decisão ter que ocorrer por meio da concordância ou discordância com proposições simples previamente preparadas por um comitê, deve-se pré-estabelecer, de acordo com a natureza do tema, o tipo de maioria, simples ou qualificada, que se exigirá no momento da votação. Esse é o segundo ponto que deve ser ressaltado no ensaio de 1788. Segundo Condorcet, a determinação de uma regra que estipule o quorum a ser exigido para cada votação é uma das questões que exige mais cuidado por parte de uma assembléia, pois ela

poderia fornecer as armas contra a precipitação muito grande e a incoerência das decisões, contra as paixões passageiras que poderiam extraviar as assembleias, contra o espírito de conspiração ou

⁴⁶⁵ CONDORCET, 1847, VIII, 599.

⁴⁶⁶ CONDORCET, 1847, VIII, 599.

⁴⁶⁷ CONDORCET, 1847, VIII, 213.

de intriga que se desejaria nelas introduzir, contra as visões aristocráticas que seriam nela introduzidas. Extrair-se-ia dela ainda a vantagem de não ter a temer as deliberações próprias a espalhar o tumulto, a excitar as divisões sobre os objetos que poderiam dela fazer nascer, porque exigir-se-ia então uma maioria tal que a decisão que se obteria não poderia ser senão a verdadeira expressão de uma resolução geral formada a sangue-frio e com maturidade.⁴⁶⁸

Condorcet sugere que quando se tratar de restringir ou limitar direitos deve-se sempre exigir maioria qualificada. Por outro lado, quando se tratar de ampliar esses direitos, a maioria simples é suficiente. Também pode ser adotada maioria simples para a aprovação de questões urgentes.⁴⁶⁹ Desse modo, ele considera não haver razão para se temer as decisões tomadas por assembleias, pois esse método permitiria tanto que as decisões necessárias não seriam retardadas, uma vez que seriam tomadas por maioria simples, e aquelas que demandariam mais cuidado seriam tomadas por maioria qualificada.

Em 1793, ao estabelecer, no *Projet de Constitution Française*, as formas de deliberação, Condorcet permanece fiel a esse método criado em 1788, estipulando, quanto ao método, apenas pequenas alterações. Antes de iniciar a exposição acerca das mudanças metodológicas, deve-se ressaltar que entre 1788, quando Condorcet apresentou pela primeira vez seu método de deliberação, e 1793, muitos dos pressupostos de sua teoria política e constitucional foram reformulados, tendo sido estendidos a praticamente toda a população adulta os direitos políticos e a possibilidade de tomar parte nas decisões coletivas. Essa ressalva se faz necessária porque a “guinada democrática” do autor tem implicações no que se falará a seguir a respeito do método.

No *Projet de Constitution* todas as deliberações ocorrem nas assembleias primárias, que são instituições nas quais os cidadãos deveriam exercer todos os seus direitos políticos. As assembleias primárias estavam distribuídas por todo o território nacional e deveriam ter inscritos em seus quadros entre quatrocentos e cinquenta e novecentos membros. Cada comuna (equivalente a uma cidade) poderia ter tantas assembleias primárias quanto bastasse para que seus membros

⁴⁶⁸ CONDORCET, 1847, VIII, 216/217.

⁴⁶⁹ Cf. CONDORCET, 1847, VIII, 216.

não ficassem acima do número permitido.⁴⁷⁰ Nas assembleias primárias os cidadãos exerciam diretamente muitos de seus direitos políticos e, portanto, participavam diretamente do processo de deliberação.

Pode-se mencionar duas principais diferenças entre o processo de deliberação proposto em 1788 e aquele de 1793. A primeira é que no lugar de um comitê escolhido pelos representantes eleitos, quem deve reduzir a questão sob debate a uma proposição simples é o presidente da assembleia primária e o escritório (composto por membros da própria assembleia escolhidos a cada convocação). A segunda diferença é que Condorcet estipulou um rigoroso sistema de prazos para a realização da deliberação em duas etapas. A forma de deliberação nas assembleias primárias é descrita no Título III, Seção V do *Projet de Constitution Française*.⁴⁷¹

Após formada a assembleia primária e havendo uma questão a ser deliberada, “o presidente fará conhecer o assunto da deliberação, reduzido a uma questão simples que se possa responder com sim ou não; no final da sessão, ele suspenderá a assembleia por oito dias para produzir a decisão” (art. 1º). Então, nessa primeira sessão os cidadãos tomam conhecimento do tema a ser deliberado e têm o prazo de oito dias para se esclarecerem e discutirem a respeito disso. O espaço físico da assembleia primária pode ser utilizado como local de encontro para troca de informações e debate, mas nesse primeiro momento a discussão se dá de modo informal, como Condorcet faz questão de ressaltar na *Exposition des principes et motifs du Plan de Constitution*: “o primeiro gênero de discussões pertence mais a homens isolados do que a uma assembleia deliberante; mais a uma sociedade particular do que a uma assembleia de funcionários públicos.”⁴⁷² O segundo gênero de deliberação, ao contrário do primeiro, deve obedecer às formas estipuladas. Encerrado o prazo de suspensão da assembleia, os cidadãos devem se reunir para deliberar. Nessa ocasião, o presidente lembrará os cidadãos a respeito do assunto da deliberação e os membros do escritório “afixarão no interior da sala um placar contendo a exposição sumária da questão submetida à assembleia e, em duas colunas as palavras *sim* e *não*, com a explicação precisa da vontade que cada uma destas palavras exprime” (art. 4º). Depois dos esclarecimentos, “cada votante escreverá ou fará escrever sobre seu boletim *sim* ou *não*, e o

⁴⁷⁰ Cf. CONDORCET, 1847, XII, 427. (art. 1º, Seção primeira, Título III do *Projet de Constitution Française*).

⁴⁷¹ Cf. CONDORCET, 1847, XII, 438-441. Doravante todos os artigos citados fazem parte do Título III, Seção V do *Projet de Constitution Française*.

⁴⁷² CONDORCET, 1847, XII, 343.

assinará ou o fará assinar em seu nome, por um dos membros do escritório, antes de depositá-lo na urna” (art. 5º). Os cidadãos não precisam apresentar os seus votos todos ao mesmo tempo após os esclarecimentos prestados pelos membros do escritório. A votação tem início após o encerramento dos oito dias concedidos para que os cidadãos se esclareçam a respeito do tema a ser deliberado e “será fechada apenas na sessão da tarde do segundo dia, às quatro horas; durante esse intervalo, cada cidadão será livre para apresentar-se na sessão na hora que melhor lhe convier para emitir sua resolução” (art. 6º).

Condorcet acredita ser esse o melhor método para assegurar a aproximação do resultado das decisões coletivas (sejam elas eleições ou deliberações) da verdade, ou seja, o melhor método para se descobrir qual é o interesse comum. Mas em *Sur les élections* (1793) ele afirma novamente que apenas uma boa forma não basta, é preciso também que os sujeitos que participam da tomada de decisões sejam esclarecidos:

Em uma sociedade livre e fundada sobre a igualdade, a prosperidade pública, a segurança do Estado, a própria conservação dos princípios dessa sociedade depende da excelência das escolhas populares.

Se a massa dos representantes e dos funcionários é composta por homens animados pelo espírito público, esclarecidos, honestos, os vícios das formas constitucionais não podem ter uma influência perigosa; e ter-se-á o tempo de reformá-las antes que elas possam degenerar.

Se, ao contrário, os homens corrompidos, ignorantes presunçosos, são levados aos cargos, então as melhores leis se tornam um fraco baluarte contra a ambição e a intriga; e o povo que julga corretamente, mas que julga apenas os resultados, se repugna, não da liberdade, mas da tirania anárquica à qual se deu o nome de liberdade.⁴⁷³

A princípio a conciliação dos métodos e procedimentos de tomada de decisão coletiva e o esclarecimento dos cidadãos parece dar suporte a uma teoria da democracia elitista, que tende a excluir da

⁴⁷³ CONDORCET, 1847, XII, 637.

participação política os cidadãos menos instruídos. Essa impressão poderia ser desfeita afirmando-se que o autor, ao longo dos anos, passou a atribuir um peso maior à forma do que ao esclarecimento dos cidadãos. Mas esse não é o caso, Condorcet continua a sustentar, em todos os seus textos, que o esclarecimento daqueles que decidem é mais relevante do que a boa forma legislativa. Como, então, conciliar a ampla participação popular nos processos decisórios e a decisão próxima à verdade? Condorcet não opta por excluir do processo de participação aqueles que não são esclarecidos.⁴⁷⁴ Ele toma o caminho contrário, decidindo instruir os cidadãos de modo que eles possam participar adequadamente do processo de tomada de decisões. Essa é uma escolha republicana e democrática: é uma escolha republicana na medida em que conta com instituições para a realização do projeto de instrução dos indivíduos e formação dos cidadãos; é uma escolha democrática porque está fundamentada no princípio da igualdade, ou seja, visa estender a todos os cidadãos o direito de aprimorarem os seus conhecimentos e de tomarem parte nas decisões coletivas.

ii. A formação do cidadão esclarecido

O cidadão esclarecido assume relevância política na teoria de Condorcet na medida em que o autor estabelece uma estreita relação entre o indivíduo esclarecido e a possibilidade de formação de uma vontade coletiva pautada no interesse público. O homem esclarecido é aquele que, “conhecendo os seus direitos, aprende a deles conhecer também os limites”, ou seja, o homem esclarecido é aquele que consegue realizar a ponderação entre os seus interesses e direitos e

⁴⁷⁴ Na verdade, Condorcet chegou a considerar a perspectiva da restrição da participação popular em seus primeiros escritos a respeito da aplicação da matemática à política. É isso o que se verifica, por exemplo, tanto no *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix* quanto na carta enviada a Frederico II, rei da Prússia, na qual ele apresenta os principais argumentos desse texto. Diz ele a respeito da tomada de decisões coletivas: “O segundo resultado é a impossibilidade de chegar, por meio das formas às quais as decisões podem ser submetidas, a preencher as condições que se deve exigir, a menos que essas decisões sejam tomadas por homens muito esclarecidos: do que se deve concluir que a felicidade dos povos depende mais dos conhecimentos daqueles que os governam do que da forma das constituições políticas; e que quanto mais essas formas são complicadas, quanto mais elas se aproximam da democracia, menos elas convêm às nações onde falta ao cidadão comum instrução e tempo para se ocupar dos negócios públicos; enfim, há mais esperança em uma monarquia do que em uma república de ver a destruição dos abusos se produzir com prontidão e de uma maneira tranquila.” CONDORCET, 1847, I, 306 (*Au Roi de Prusse - 1785*). Contudo, a perspectiva restritiva e monarquista foi substituída pela opção republicana e democrática após a Revolução Francesa.

aqueles de seus concidadãos, é aquele que consegue pensar de forma abstrata de modo a fazer essa ponderação. Ele contrapõe-se ao ignorante, definido como aquele que é guiado por um mestre e que, ciente de seus interesses e direitos, clama por independência, mas não é capaz de orientar-se na vida pública realizando a construção abstrata de abdicar de seu interesse privado em prol do interesse público.⁴⁷⁵ Desse modo, por não reconhecer os limites inerentes aos (seus) direitos, o ignorante também desconhece a liberdade que surge desses limites e dá origem a uma dupla relação de dominação: por um lado, devido à sua falta de conhecimento, torna-se uma vítima em potencial de relações de dominação e sujeição, por outro lado, por não conseguir colocar-se abstratamente no lugar dos outros, torna-se um potencial tirano.⁴⁷⁶

Assim sendo, é dever da República criar um sistema de instrução capaz de proporcionar o desenvolvimento das faculdades intelectuais dos indivíduos, considerados iguais em sua capacidade racional.⁴⁷⁷ É por essa razão que o filósofo iluminista não poupa esforços para erigir um modelo de instrução pública que, por um lado, define e delimita um conjunto de saberes a ser estudado, assim como o método adequado para a difusão desses saberes e, por outro lado, protege o desenvolvimento da episteme em dois campos: no campo individual, para que a instrução pública não adentre a esfera privada e viole as liberdades pessoais; e no campo do próprio conhecimento tomado como um conjunto de saberes independentes da interferência político-ideológica do poder público. Condorcet afirma o dever da República de promover a instrução pública de forma universal e gratuita, possibilitando aos indivíduos o esclarecimento necessário para participação na vida política de seu país e também para controlarem o próprio desenvolvimento da ciência e da técnica sem que sejam dominados por elas.⁴⁷⁸

Os dois principais textos do autor sobre esse tema são *Cinq mémoires sur l'instruction publique* (1791-1792) e *Rapport et Projet de Décret sur l'organisation générale de l'instruction publique* (1792). O modelo de instrução pública delineado nesses textos apóia-se sobre os princípios da igualdade, consubstanciado na proposta de acesso universal (incluindo também as mulheres) e gratuito à formação e ao conhecimento, e da liberdade, sustentado pela ideia de independência individual frente a qualquer tipo de dominação. Esses princípios se

⁴⁷⁵ CONDORCET, 1785, clxxxvi.

⁴⁷⁶ A esse respeito ver KINTZLER, 1984, 56-66.

⁴⁷⁷ Lucien Jaume ressalta que Condorcet não recorre à *virtude* do povo, mas à sua *capacidade de julgar*, que a instrução pública deve desenvolver. Cf. JAUME, 1989, 232.

⁴⁷⁸ Cf. KINTZLER, 1984, 87-93 e 148-151.

entrelaçam sem, contudo, confundirem-se. A instrução pública tem por objeto tornar real a igualdade de direitos e não deixar subsistir nenhuma desigualdade que leve à dependência. Para tanto, é preciso que a sociedade assuma como seu dever “proporcionar a cada homem a instrução necessária a exercer as funções comuns do homem, do pai de família e do cidadão, para sentir e conhecer todos os seus deveres.”⁴⁷⁹

De modo geral, o objetivo final da instrução pública é *tornar a razão popular*.⁴⁸⁰ Mas, o que significa tornar a razão popular? Qual é a concepção de razão à qual o filósofo iluminista refere-se? Como já visto anteriormente, para Condorcet, o homem é um “ser sensível, capaz de formar raciocínios e de adquirir ideias morais.”⁴⁸¹ A razão, então, é algo inerente ao indivíduo, é uma faculdade que, contudo, precisa ser desenvolvida. A razão, diz ele, é “o único instrumento que nos foi dado para reconhecer” a verdade.⁴⁸² Mas, como observa Kintzler, a razão em Condorcet é como um talento natural, ela apenas se desenvolve se for descoberta ou formada.⁴⁸³ Ao explicar esse conceito, a autora considera que Condorcet pensa a razão por meio de sua aplicação aos objetos, ou seja, ela não existe senão na realidade dos atos de conhecimento. Consequentemente, “não se pode ser virtuoso sem ser um pouco instruído, e a legitimidade de toda decisão prática (ética ou jurídica) se mede pelo grau de verdade que ela pode alcançar.”⁴⁸⁴ Assim, *tornar a razão popular* significa instruir os cidadãos e fazer com que a racionalidade que cada indivíduo possui em potencial seja desenvolvida. Isso cria uma relação de interdependência entre a epistemologia e a política pois, por um lado, a legitimidade das decisões coletivas subordina-se ao uso da razão e, por outro lado, a racionalidade dos sujeitos que decidem depende de seu grau de instrução. A institucionalização da instrução pública é a via adotada por Condorcet para sair dessa situação circular. Entretanto, resta indagar até onde se estendem os direitos do poder público a respeito da instrução e, consequentemente, o que se deve ensinar nas instituições públicas? Os limites à atuação do poder público são colocados pela distinção feita entre educação e instrução.

A educação, diz Condorcet, “não se limita apenas à instrução positiva, ao ensino das *verdades* de fato e de cálculo, mas abarca todas

⁴⁷⁹ CONDORCET, 2008, 21.

⁴⁸⁰ CONDORCET, 2008, 65.

⁴⁸¹ CONDORCET, 1993, 135.

⁴⁸² CONDORCET, 1993, 143.

⁴⁸³ Cf. KINTZLER, 1984, 37.

⁴⁸⁴ KINTZLER, 1984, 37.

as *opiniões* políticas, morais e religiosas.”⁴⁸⁵ Aqui o autor contrapõe o conceito de verdade àquele de opinião. Em seu entendimento, *verdades* são passíveis de fundamentação racional, ao passo que *opiniões* não o são. Por abarcar também as opiniões, a educação é uma atividade mais ampla do que a instrução e tem um caráter suplementar, ou seja, as famílias e as instituições privadas de ensino podem complementar a instrução pública com tudo que consideram necessário para a formação pessoal e intelectual de seus filhos. O poder público, diz o autor, “não pode estabelecer um corpo de doutrina que deva ser ensinado com exclusividade.”⁴⁸⁶ Nesse sentido, a educação é uma atividade eminentemente privada, destinada ao ambiente familiar, no qual se pode transmitir crenças e opiniões.

A instrução, ao contrário da educação, tem caráter público e, em virtude disso, deve limitar-se à difusão de conhecimentos relacionados ao exercício da razão, tais como ciências, técnicas, filosofia e todas as disciplinas e matérias sujeitas à argumentação. O ensinamento da moral e do direito pode ser incluído na instrução desde que tais temas não sejam tratados como dogmas, mas sim se submetam ao critério primordial de serem estudados à luz da sujeição à argumentação arrazoada.⁴⁸⁷ Condorcet aqui rejeita o modelo de educação no qual o cidadão é educado pela República e não pela família, pois segundo ele tal proposta não convém às nações modernas, haja vista ela forjar uma igualdade absoluta incompatível com a liberdade pessoal. Em uma passagem que serviu de base para a distinção formulada anos mais tarde por Benjamin Constant entre a liberdade dos antigos e aquela dos modernos,⁴⁸⁸ Condorcet diz o seguinte:

Os antigos não tinham nenhuma noção desse gênero de liberdade; pareciam mesmo não ter como fim, em suas instituições, senão aniquilá-la. Teriam preferido deixar nos homens somente as ideias, as opiniões que faziam parte do sistema do legislador. Para eles, a natureza só tinha criado máquinas cujas peças e cuja ação a lei deveria regular e dirigir. Esse sistema era perdoável, sem dúvida, em sociedades nascentes, onde só se viam preconceitos e erros, enquanto um pequeno número de verdades, mais suspeitadas do que

⁴⁸⁵ CONDORCET, 2008, 44/45. Sem destaque no original.

⁴⁸⁶ CONDORCET, 2008, 49.

⁴⁸⁷ Cf. KINTZLER, 1984, 153/154.

⁴⁸⁸ Cf. CONSTANT, 1985, 12.

conhecidas, mais adivinhadas do que descobertas, eram partilhadas por alguns homens privilegiados, forçados até mesmo a dissimulá-las. Podia-se crer que era necessário fundar a felicidade da sociedade sobre erros e, conseqüentemente, conservar, colocar a salvo de qualquer exame perigoso as opiniões que haviam sido julgadas próprias para assegurá-la.

Todavia hoje, que se reconhece que somente a verdade pode ser a base da prosperidade durável e que as luzes, crescendo sem cessar, não permitem mais que o erro se vanglorie de ter um império eterno, o fim da educação não pode ser mais o de consagrar as opiniões estabelecidas, mas, ao contrário, o de submetê-las ao exame livre de gerações sucessivas, cada vez mais esclarecidas.⁴⁸⁹

O que Condorcet recusa é a possibilidade do poder público usar suas opiniões e crenças como base da instrução e adentrar num âmbito essencialmente privado. Desse modo, o poder e o dever da nação para com a instrução “limita-se, pois, a fixar o objeto da instrução e a assegurar que esse objetivo seja bem cumprido.”⁴⁹⁰ Condorcet coloca sua proposta entre dois extremos, quais sejam: aquele de uma supremacia do direito individual e aquele de uma nação totalizante. Por um lado, a supremacia do direito individual seria a não atuação do poder público na difusão do conhecimento, deixando que as famílias ou associações privadas realizassem essa tarefa. Como consequência, o conhecimento seria um privilégio de nascimento porque estaria destinado apenas aos filhos de famílias abastadas e, além disso, na medida em que fosse relegado a instituições privadas (ordens religiosas, congregações, confrarias) estaria vinculado às suas opiniões e crenças.

Por outro lado, uma difusão do conhecimento de modo totalizante seria aquele encontrado em muitos projetos para a educação elaborados por contemporâneos de Condorcet.⁴⁹¹ Em tais projetos, o conceito de educação estava estreitamente relacionado ao sentimentalismo, ao

⁴⁸⁹ CONDORCET, 2008, 45/46.

⁴⁹⁰ CONDORCET, 2008, 53.

⁴⁹¹ Esse modelo rejeitado por Condorcet pode ser encontrado na proposta do jacobino Saint-Just para a educação das crianças por meio de instituições republicanas. Ele estabelece, por exemplo, com qual idade as crianças devem deixar os pais para serem educadas pelo Estado, estipula o que devem vestir, como devem se alimentar, o que devem aprender, enfatizando principalmente a educação masculina, militar e agrícola. Cf. SAINT-JUST, 2010, 322-324.

entusiasmo, à desconfiança das atividades puramente intelectuais e à primazia da nação enquanto comunidade sobre os indivíduos. O sentimentalismo buscava orientar o povo por meio do entusiasmo, pela ideia de pertencimento a uma fraternidade, a uma comunidade, a algo que ultrapassa os limites do indivíduo. De acordo com Kintzler, o entusiasmo faz uso de medidas espetaculares impregnadas de simbolismo republicano, as quais se apresentam na *versão doce*, na forma de cerimônias, desfiles, festas e celebrações nacionais, jogos e exercícios esportivos, entre outros, mas também na *versão dura*, com a militarização, o apego ao trabalho, a exaltação da vida em comum, a vigilância constante sobre todos e o desprezo ao trabalho intelectual.⁴⁹² Para Condorcet, esse modelo não é republicano, mas comunitário, uma vez que cria entre os indivíduos e entre eles e a nação laços de fraternidade, os quais se sobrepõem aos direitos e interesses pessoais. Um modelo republicano, segundo ele, é aquele concebido apenas sobre os pontos jurídicos que irão assegurar os direitos e, por limitar-se aos aspectos jurídicos, tal proposta consegue realizar a mediação entre o público e o privado a fim de manter a separação entre cada uma das esferas.⁴⁹³

Portanto, na concepção condorcetiana qualquer espécie de dogmatismo deve ser excluído da instrução pública. Até mesmo a legislação e a constituição não podem ser estudadas como textos de caráter inviolável e imutável. Há uma forte oposição ao ensino de uma *religião política*,⁴⁹⁴ que tornaria as leis de um determinado tempo sagradas e impediria a sua revisão. Aqui é possível apontar mais um problema de uma concepção de povo diacrônico com vontade diacrônica, isto é, uma concepção na qual se pensa a fundação de uma constituição com validade ilimitada acaba por instituir um verdadeiro catecismo político que inviabiliza a reflexão dos cidadãos a respeito de suas leis, assim como o próprio aperfeiçoamento político e social. Para

⁴⁹² Cf. KINTZLER, 1984, 228-231.

⁴⁹³ Lucien Jaume também ressalta as diferenças entre a concepção jacobina e aquela de Condorcet a partir do desenvolvimento da noção de igualdade. Segundo ele, enquanto os jacobinos sustentam que a ideia de vontade geral implica a submissão do particular ao universal e a igualdade cívica acarreta a igualdade geral, de modo que qualquer um, mesmo sem a devida instrução, pode ser juiz de qualquer coisa, Condorcet considera que a igualdade de direitos não leva à igualdade de faculdades, ou seja, mesmo que os indivíduos sejam submetidos à mesma instrução, os resultados obtidos não serão iguais em razão da diferença de talentos e de capacidades. A diferença de resultados, todavia, não gera uma dependência real, desde que mantida a igualdade de direitos. A desigualdade de resultados também não se opõe à liberdade dos cidadãos. O que se opõe à liberdade é forjar um igualitarismo suprimindo as diferenças naturais. Cf. JAUME, 1989, 227/228.

⁴⁹⁴ CONDORCET, 2008, 53.

evitar essas mazelas, Condorcet propõe que o ensino da legislação deve seguir o princípio já anunciado segundo o qual pode fazer parte da instrução pública tudo que puder ser sustentado a partir de uma argumentação arrazoada. Então, é em seu tratado sobre a instrução pública que o autor enuncia uma de suas principais teses acerca do direito constitucional. Diz ele:

O fim da instrução não é fazer com que os homens admirem uma legislação pronta, mas torná-los capazes de avaliá-la e corrigi-la. Não se trata de submeter cada geração às opiniões bem como às vontades daquela que a precede, porém de esclarecê-las cada vez mais, a fim de que cada uma se torne cada vez mais digna de governar-se por sua própria razão.⁴⁹⁵

Uma vez estabelecidos os limites dentro dos quais a instrução pública deve operar, resta verificar qual é a estrutura institucional e qual o conteúdo que lhe são atribuídos. A instrução pública é realizada por um conjunto de instituições de ensino, as quais devem abarcar vários graus de instrução. Em *Cinq mémoires sur l'instruction publique* o autor sugere uma divisão em três partes: a instrução comum, a profissional e a científica.⁴⁹⁶ No *Rapport*, ele apresenta uma divisão mais minuciosa na qual aparecem cinco graus de instrução, a saber: primeiro grau (escolas primárias), segundo grau (escolas secundárias), terceiro grau (institutos), quarto grau (liceus) e o quinto e último grau seria representado pela Sociedade Nacional das Ciências e das Artes.⁴⁹⁷

As escolas primárias deveriam existir por todo o território nacional e seu número variava de acordo com o número de habitantes, sendo que em cada povoado que tivesse pelo menos quatrocentos habitantes deveria haver uma escola primária. Essas instituições se destinavam à difusão de conhecimentos considerados comuns e elementares e nelas os alunos aprenderiam a ler e a escrever, aprenderiam a matemática, assim como os primeiros conhecimentos

⁴⁹⁵ CONDORCET, 2008, 53. Note-se que a formulação apresentada aqui por Condorcet a respeito do direito de cada geração modificar a sua constituição é, em princípio, a mesma esboçada por Jefferson em 1789 em sua correspondência com Madison e também por Paine em *Rights of Man, II*. De fato esses autores tiveram contato pessoal e foram leitores uns das obras dos outros. É bastante provável que tenham compartilhado muitas de suas posições a respeito da teoria política e constitucional, pois essa semelhança apontada aqui não é a única que se encontra na teoria desses autores.

⁴⁹⁶ CONDORCET, 2008, 32-34.

⁴⁹⁷ CONDORCET, 1847, VII, 530.

econômicos, morais e políticos.⁴⁹⁸ Essa instrução elementar teria por objetivo “colocar todos os habitantes de um país em condições de conhecer seus direitos e deveres, a fim de poder exercer uns e cumprir os outros, sem serem obrigados a recorrer a uma razão alheia.”⁴⁹⁹ Essa primeira instrução já deve servir de base para a aquisição de conhecimentos mais amplos, e precisa ainda tornar os cidadãos capazes de exercer as funções públicas. A instrução pública inicia-se então com ensinamentos básicos e simples nos primeiros graus até chegar ao ensino de disciplinas e questões mais complexas nos graus mais avançados de estudo. Entre as disciplinas ensinadas desde o primeiro grau de instrução destacam-se a moral e a política, cujas diretrizes gerais devem ser apresentadas antes de se verificar como elas devem ser ensinadas nos diversos graus de instrução pois, é exatamente na difusão desse tipo de conhecimento que se corre o risco de extrapolar os limites entre o público e o privado tão cuidadosamente estipulados por Condorcet.

A instrução moral tem por finalidade “acostumar os homens a refletir sobre suas próprias ações” e a saber julgá-las segundo preceitos. Seu objetivo é o aperfeiçoamento e a conservação do *senso moral*, definido por Condorcet como

a faculdade de experimentar diversos graus de prazer ou de dor, pela lembrança de nossas ações passadas, pelo projeto de nossas ações futuras, pelo espetáculo ou pelo relato das ações dos outros. Essa faculdade é um efeito necessário da sensibilidade física reunida à memória. Pode-se explicar sua origem e os fenômenos sem recorrer à hipótese da existência de um sentido particular, como o da visão ou da audição. Quando se toma o sentimento e não a razão como guia de uma ação refletida ou como um motivo de julgamento, o *senso moral* toma o nome de consciência.⁵⁰⁰

O papel da instrução no desenvolvimento do *senso moral* é fazer com que os indivíduos adquiram o hábito de julgar suas próprias ações e

⁴⁹⁸ CONDORCET, 1847, VII, 530-533.

⁴⁹⁹ CONDORCET, 2008, 71.

⁵⁰⁰ CONDORCET, 2008, 160. Não me interessa aqui fazer um estudo aprofundado da teoria moral de Condorcet, investigando seu status ontológico ou normativo. Cabe apenas indicar que ele teve uma forte influência da filosofia moral inglesa (Locke, Hume). O meu objetivo é apenas mostrar que, segundo o autor, é possível fazer com que o Estado promova uma instrução moral no sentido de impulsionar a reflexão a respeito dos costumes.

trabalhem para adequá-las a princípios morais, aperfeiçoando a si mesmos. Contudo, o autor pensa que isso apenas é possível se a instrução oferecer aos indivíduos um método de avaliação de suas ações. Esse método poderia ser uma espécie de “quadro analítico dos princípios da moral”, o qual teria então uma dupla função: “sob um ponto de vista, conteria o sistema metódico das regras da moral; sob o outro, conteria o sistema das diversas classes de procedimentos aos quais esses princípios remetem.”⁵⁰¹ Na verdade a proposta implica pensar em dois quadros distintos: um contendo os princípios morais e o outro com as regras de conduta que são sua consequência. Condorcet acredita que por meio da utilização desses quadros “um homem poderia, sem um grande hábito de reflexão e com a instrução mais comum, fazer progressos na moral prática, compensar as luzes que lhe faltam e adquirir novas luzes maquinalmente e quase sem trabalho.”⁵⁰² De todo modo, a instrução moral não tem o condão de dizer aos indivíduos como eles devem agir ou ensinar aquilo que é certo ou errado, não deve e não pode querer governar a ação individual, mas apenas criar os meios para o desenvolvimento da própria moralidade.

A instrução política, por sua vez, deve ensinar aos homens não apenas as leis vigentes ou as atribuições administrativas e de governo, mas deve prepará-los para avaliar as novas questões políticas que surgem. Deve estender-se ao conhecimento dos princípios e dos motivos das leis propostas, deve “remeter aos direitos do homem todas as disposições das leis, todas as operações administrativas, todos os meios, assim como todos os princípios. A declaração dos direitos seria a escala comum à qual tudo seria comparado, pela qual tudo seria medido.”⁵⁰³

Voltando à questão da estrutura organizacional da instrução pública, o segundo grau de instrução é aquele realizado nas escolas secundárias, que devem ser erigidas na capital de cada distrito ou em localidades com mais de quatro mil habitantes. Nessas escolas ensinam-se noções de gramática necessárias para que se possa falar e escrever corretamente, história, geografia, artes mecânicas, desenho, comércio, moral e ciência social, as principais leis, convenções e contratos, matemática, física, história natural e uma língua estrangeira.⁵⁰⁴

O terceiro grau de instrução é realizado nos Institutos. Neles o ensino é dividido em vários cursos, de modo que os estudantes possam avançar em seus conhecimentos frequentando um ou mais deles. As

⁵⁰¹ CONDORCET, 2008, 163.

⁵⁰² CONDORCET, 2008, 163.

⁵⁰³ CONDORCET, 2008, 159/160.

⁵⁰⁴ CONDORCET, 1847, VII, 534.

disciplinas a serem estudadas são organizadas em quatro grupos distintos, são elas: ciências matemáticas e físicas; ciências morais e políticas (estuda-se a análise das sensações, das ideias, da moral, do método das ciências sociais e da lógica, os princípios gerais das constituições políticas, legislação, economia política, elementos do comércio, geografia e história filosófica dos povos); aplicação das ciências às artes; e, por fim, literatura e belas artes. No *Rapport* Condorcet estipula que deverá haver pelo menos um Instituto por departamento e outros espalhados entre as localidades.⁵⁰⁵ O quarto grau de instrução é ensinado nos Liceus e são ministradas as mesmas disciplinas acima citadas, só que a elas é atribuído um maior grau de complexidade e profundidade. Condorcet propõe que haja um Liceu para cada região da França, o que, de acordo com a divisão territorial de sua época correspondia ao número de nove.

O quinto e último grau de instrução é representado pela Sociedade Nacional das Ciências e das Artes, instituição que funciona mais como aquela que dirige e fiscaliza a instrução em geral do que como uma escola propriamente dita.⁵⁰⁶ Seus membros são eleitos entre aqueles inscritos em uma lista de aspirantes pelo voto dos que já fazem parte da Sociedade Nacional. Condorcet propõe que haja, dentro da Sociedade Nacional, um “diretório de instrução”, responsável por elaborar propostas para o aperfeiçoamento das ciências e também pela deliberação de questões relativas aos Liceus.

Embora o poder público proporcione os recursos necessários para o funcionamento da instrução pública, como o pagamento dos professores e a manutenção dos estabelecimentos, a coordenação, a vigilância e a execução das atividades relacionadas à difusão do conhecimento são efetuadas pelas próprias instituições de ensino. Primeiramente, a diretriz é dada pela Sociedade Nacional, mas as demais instituições também desempenham atividades administrativas e de decisão acerca de questões de ensino. Elas realizam, por exemplo, a escolha dos professores e instrutores, além de todos os cargos administrativos, por meio de eleições. Assim, a Sociedade Nacional deve escolher, a partir de uma lista de aspirantes ao cargo, os professores dos Liceus. Por sua vez, os professores dos Liceus escolhem, por meio do mesmo procedimento, os professores dos Institutos, os quais irão indicar os candidatos para a formação da lista dos aspirantes ao cargo de professor nas escolas secundárias, mas a

⁵⁰⁵ CONDORCET, 1847, VII, 539.

⁵⁰⁶ CONDORCET, 1847, VII, 544-546.

escolha final dos professores secundários deve ser feita pelo conselho geral da comuna na qual se localiza a escola. Os professores dos Institutos devem também formar a lista de aspirantes ao cargo de professor de escolas primárias mas, nesse caso, são os pais de família do local onde a escola está situada que irão escolher entre os candidatos contidos na lista.⁵⁰⁷

Cabe ainda ao tesouro público financiar os alunos cujos pais não têm recursos financeiros para custear a instrução nos níveis mais elevados, ou seja, a partir do segundo grau quando já não há mais uma escola em cada povoado. No entendimento de Condorcet, esse é um meio de manter a igualdade e também de aproveitar todos os talentos naturais. Os melhores alunos ou, *alunos da pátria*, como são chamados, devem ter as despesas de moradia e alimentação pagas pelo poder público, que deverá oferecer bolsas de estudos e criar residências estudantis para dar suporte aos jovens cujos talentos tenham sido reconhecidos por seus professores e instrutores no decorrer de sua instrução.⁵⁰⁸ No que diz respeito à instrução para adultos, propõe-se a organização de aulas e conferências abertas ao público em geral aos domingos. Essas conferências têm por fim complementar a instrução elementar daqueles que não puderam dar continuidade aos seus estudos. Nelas devem ser abordados temas relacionados à formação moral e política, assim como os progressos e inovações das ciências e das artes.⁵⁰⁹

Na concepção de Condorcet, é fundamental que a instrução pública seja institucionalizada e assegurada por meio do direito. Em 1792, na condição de deputado do departamento de Paris e membro do Comitê de Instrução Pública, ele apresentou à Assembleia Nacional o *Rapport* (Relatório e projeto de decreto sobre a organização geral da instrução pública); em 1793, ele incluiu a instrução pública no rol de direitos do *Projet de déclaration des droits naturels, civils et politiques des hommes* apresentado à Convenção Nacional. Segundo Kintzler, na concepção condorcetiana “a instituição jurídica é necessária ao funcionamento da episteme exatamente da mesma maneira que os interditos e as leis garantem a existência da liberdade.”⁵¹⁰ É por estar assegurada pelo direito e por tornar os cidadãos iguais *em direito* que a

⁵⁰⁷ CONDORCET, 1847, VII, 547-552.

⁵⁰⁸ Cf. CONDORCET, 1847, VII, 552; CONDORCET, 2008, 109-112 e 144-146.

⁵⁰⁹ Cf. Cf. CONDORCET, 1847, VII, 532; CONDORCET, 2008, 171-174.

⁵¹⁰ KINTZLER, 1984, 145.

instrução pública conduz à *autonomia intelectual*⁵¹¹, conceito que se vincula à independência ou à extirpação da dependência no campo dos saberes elementares, tais como o domínio da leitura, da escrita e da própria língua, da matemática e de conhecimentos básicos sobre direitos e sobre a legislação em geral. A autonomia intelectual é o que possibilita ao cidadão o exercício crítico da razão para avaliar, julgar, concordar ou discordar das decisões políticas tomadas, ou ainda, permite que os cidadãos participem adequadamente da tomada de decisões.

Autonomia intelectual e independência são conceitos que conduzem à ampliação do grau de liberdade política e individual. Isso porque Condorcet admite a existência de graus de liberdade, os quais podem ser aumentados segundo arranjos político-institucionais.⁵¹² Assim, a liberdade pessoal (os direitos individuais) podem existir com ou sem liberdade política (participação igual na elaboração da lei), mas nesse caso ela não será uma liberdade completa. Aqui então entram em cena os graus de liberdade. Condorcet visualiza na história a existência de casos de semi-liberdade (como por exemplo, em sociedades em que apenas alguns participam da elaboração da lei e todos devem obedecer, ou onde a participação de todos ocorre, mas de forma desigual).⁵¹³ Segundo o autor, “um homem livre é aquele que goza da liberdade social. Um povo livre é aquele em que todos os membros alcançaram a idade da razão, gozando dessa liberdade.”⁵¹⁴ Assim sendo, a concepção de liberdade do autor tem uma dupla finalidade, por um lado, ela é um ideal para o qual indivíduos e sociedades devem caminhar, por outro lado, ela é um parâmetro de avaliação do aperfeiçoamento pessoal, social e político.

A instrução pública é aquilo que deve impulsionar esse aperfeiçoamento. Fazendo uso das categorias apresentadas por Kintzler,

⁵¹¹ O conceito de *autonomia intelectual* é apresentado por Kintzler em contraposição ao de *autossuficiência intelectual*. Segundo a autora, a autossuficiência intelectual é um conceito empírico que repousa sobre condições impossíveis de serem cumpridas, uma vez que é impensável dar a cada qual um saber lhe permitindo fazer face a todas as situações que ele encontrará sem ter a necessidade do auxílio de outro. A autonomia intelectual, por sua vez, é um conceito jurídico e consiste na liberação dos homens da sujeição, fazendo-os iguais em direitos e em dignidade, e criando os meios de desenvolvimento de suas faculdades intelectuais para que exerçam o controle e a crítica sobre os saberes necessários ao desempenho de suas atividades cotidianas, seja na vida pessoal, seja na vida pública. Cf. KINTZLER, 1984, 182.

⁵¹² Cf. definições de liberdade na seção 3.1.1.

⁵¹³ Cf. CAHEN, 1914, 592.

⁵¹⁴ CAHEN, 1914, 590. Apenas para recordar, Condorcet define a liberdade social como aquela que surge quando o indivíduo consente livremente em associar-se com outros e submeter-se às regras comuns. Essas regras comuns são estabelecidas por participantes em bases iguais e por decisão majoritária, levando em consideração os direitos das minorias. Cf. CAHEN, 1914, 589.

a instrução deve possibilitar a transição do *cidadão no sentido restrito*, ou seja, aquele que meramente exerce o direito de participar da soberania nacional, ao *cidadão em sentido filosófico*, aquele que além de ter o direito de participar das decisões coletivas, também é “capaz de formular uma vontade universal graças à autonomia de sua razão”.⁵¹⁵

iii. O diacronismo da vontade

Chega-se então ao ponto no qual é possível voltar a falar do diacronismo da vontade. Condorcet apropria-se do vocabulário rousseauiano e faz uso do termo *volonté general*, contudo, em sua teoria esse termo assume um sentido menos ambíguo do que aquele cunhado pelo genebrino, haja vista as condições procedimentais e epistemológicas por meio das quais o filósofo iluminista tenta qualificar de forma pormenorizada esse conceito. Em alguns momentos do texto condorcetiano o termo vontade não adjetivado (geral, comum) é usado para denotar um interesse privado. A *volonté general*, termo relacionado ao interesse público, recebe o nome de *razão coletiva*. Isso porque Condorcet pensa que as decisões coletivas devem conter não apenas a *vontade* dos cidadãos, mas também o seu *juízo*. Assim sendo, é importante frisar que a probabilidade de que a decisão coletiva esteja correta é erigida com base no *juízo* e não apenas na *vontade*, como se vê em *Sur la forme des élections*:

Uma eleição, como toda outra decisão, deveria exprimir somente o *juízo* [*judgement*] daqueles que têm o direito de decidir ou de eleger; mas os homens agem frequentemente segundo seu interesse ou suas paixões bem mais do que segundo sua razão; assim, de fato, toda decisão, toda eleição exprime realmente apenas a *vontade* [*volonté*] da maioria dos opinantes ou dos eleitores. Um bom método de eleição deve então ter dois objetos: o primeiro de certificar-se que em geral a *resolução* [*voeu*] dos eleitores seja conforme à sua opinião; o outro, que o resultado da eleição seja conforme a *resolução* [*voeu*] da maioria dos eleitores. É sobretudo para o último

⁵¹⁵ KINTZLER, 1984, 194/195.

objeto que a escolha do método de eleger é importante (...).⁵¹⁶

Aqui Condorcet reconhece que o resultado das eleições é em geral produzido pela *vontade* dos eleitores, e a vontade, por sua vez, é formada a partir de *interesses* e *paixões*, associadas ao interesse privado. O *juízo*, por outro lado, implica a capacidade do eleitor de refletir e decidir de acordo com o interesse público. Portanto, nessa passagem deve ser assinalada a diferença entre vontade (*volonté*) e resolução (*voeu*). A resolução deve ser compreendida como uma decisão tomada após reflexão. É exatamente neste momento que as condições procedimentais e as condições epistemológicas se cruzam e se complementam. Como o próprio autor ressalta, *o método de eleger é importante*, como já visto, pois ele deve prever a possibilidade de que a

⁵¹⁶ CONDORCET, 1847, IX, 289. Texto original sem destaque. A palavra *voeu* pode ser traduzida como *desejo*, *voto*, *prece*, *promessa*, *compromisso* ou *resolução*. Opto aqui pela tradução de *voeu* por “resolução”, no sentido de uma decisão, individual ou coletiva, tomada após reflexão a respeito de um tema sob análise, por entender ser o termo que mais se aproxima do sentido a ele atribuído originalmente pelo autor, principalmente a partir dessa passagem na qual ele contrapõe *volonté* e *voeu*. Essa distinção apresentada no texto supra citado, que data de 1789, é mantida em textos posteriores, nos quais o autor continua a fazer uso concomitantemente desses dois conceitos. Outras soluções foram adotadas por tradutores de Condorcet para a língua portuguesa. Carlos Alberto Ribeiro de Moura, na tradução de *Esquisse*, optou pela tradução de *voeu* por *voto* (cf. CONDORCET, 1993, 136). Maria das Graças de Souza, na tradução de *Cinq mémoires sur l’instruction publique* também optou por *voto* (cf. CONDORCET, 2008, 145). A escolha da palavra “voto” tem a vantagem, assim como a palavra “resolução”, de marcar a distinção feita pelo próprio autor entre *volonté* e *voeu*. Contudo, “voto” é um termo ambíguo. Por um lado, é demasiadamente subjetivo uma vez que designa a manifestação de um desejo, como por exemplo “voto de felicidade”, ou ainda, pode indicar uma obrigação assumida voluntariamente como no caso de “votos religiosos” ou “votos de pobreza”; por outro lado, é demasiadamente formal quando usado no sentido de sufrágio, indicando um processo que pode ser meramente volitivo sem abarcar a reflexão. A tradução de *Esquisse* e de outros textos políticos de Condorcet feita Francisco González Aramburo, para o espanhol, traduz *voeu* às vezes por *voluntad* (cf. CONDORCET, 1997, 150) e, em outros casos, por *voto* (cf. CONDORCET, 1997, 375). A tradução por *voluntad* (*vontade*) é bastante problemática porque suprime uma distinção feita pelo próprio autor, sobretudo quando se trata da expressão, usada com muita frequência por Condorcet “*voeu de la majorité*”. Entre as traduções inglesas mais recentes dos escritos políticos de Condorcet, Ian MacLean e Fiona Hewitt optam pela tradução de *voeu* por *will* (cf. CONDORCET, 1994, 193); Steven Lukes e Nadia Urbinati (cf. CONDORCET, 2012) fazem uso de termos distintos para a tradução deste termo, a saber: *requirements* (p. 164) *vote* (p. 175) e, quando acompanhado de “majority”, eles optaram por *view* (p. 184) e também por *will* (p. 185). O substantivo *will* é um termo polissêmico. Pode ser usado tanto para significar vontade e, quando associado a palavras como *general* ou *majority* é automaticamente assim caracterizado; mas também pode designar a capacidade de escolha consciente e de decisão. Esta última definição aproxima-se de *resolução*, no sentido aqui adotado. Agradeço a Amaro Fleck pelo debate a respeito da tradução desse termo.

votação seja precedida de discussão e de deliberação. É na deliberação que os cidadãos esclarecidos podem colocar em prática o seu julgamento, a sua capacidade de raciocínio abstrato para fazer a ponderação entre o interesse privado e o interesse público. Mas, a deliberação em si também assume o papel de um coadjuvante na tarefa de proporcionar o esclarecimento dos cidadãos a respeito do que seria o interesse público. Por isso, na *Exposition des principes et motifs du Plan de Constituion* Condorcet ressalta que não há necessidade dos cidadãos terem lido ou se informado a respeito de todos os aspectos relacionados a um tema sob apreciação antes de serem admitidos no processo de tomada de decisões coletivas, ou seja, o cidadão comum, que possua apenas a formação oferecida pela instrução pública elementar, é capaz de participar adequadamente nesse processo. Segundo o autor,

Ao examinar a marcha de uma assembleia deliberante, vê-se facilmente que as discussões têm nela dois objetivos bem distintos: nela se discute os princípios que devem servir de base à decisão de uma questão geral; examina-se essa questão em suas partes diversas, nas consequências que resultariam das maneiras diferentes de decidi-la. Até ali as opiniões são pessoais, todas diferentes entre si; nenhuma, como um todo, reúne a maioria dos votos. Então se sucede uma nova discussão, à medida que a questão se esclarece, as opiniões se aproximam, se combinam entre si: forma-se um pequeno número de opiniões mais gerais, e logo se pode reduzir a questão em discussão a um número maior ou menor de questões mais simples, claramente colocadas, sobre as quais é possível consultar a resolução da assembleia e ter-se-á atingido uma espécie de ponto de perfeição se estas questões forem tais que cada indivíduo, ao responder *sim* ou *não* a cada uma delas, tiver verdadeiramente emitido a sua *resolução*.⁵¹⁷

Esse é o ápice da relação forma/conteúdo. O autor tem como pressuposto, é claro, que os cidadãos tenham uma instrução elementar, mas é a própria forma do procedimento de tomada de decisões que permitirá um esclarecimento mais aprofundado a respeito do assunto a ser decidido. Por um lado, o método de simplificação das proposições

⁵¹⁷ CONDORCET, 1847, XII, 342. Sem destaque no original.

possibilita aos cidadãos fazerem uso de seu esclarecimento na ponderação dos interesses, particular e público, sob análise. Por outro lado, o método não seria eficaz se os cidadãos já não tivessem sido impulsionados ao desenvolvimento de sua faculdade racional. Então em Condorcet não é a vontade, mas a razão coletiva que funciona como fonte das normas criadas por meio das decisões coletivas. Diz ele:

a razão, de acordo com a natureza, coloca um só limite à independência individual, acrescenta uma única obrigação social àquelas da moral particular: é a necessidade e a obrigação de obedecer nas ações que devem seguir uma regra comum, não à sua própria razão, mas à razão coletiva do maior número; eu disse à sua razão e não à sua vontade [*volonté*], pois o poder da maioria sobre a minoria não deve ser arbitrário; ele não se estende até violar o direito de um só indivíduo; ele não vai até obrigar a submissão quando ele contradiz evidentemente a razão. Essa distinção não é fútil: um conjunto de homens pode e deve, bem como um indivíduo, distinguir aquilo que ele quer daquilo que ele acha razoável e justo.⁵¹⁸

Aqui se verifica então o quanto Condorcet afasta-se de Rousseau, uma vez que não é a *vontade*, mas sim a *razão* o fundamento último da legalidade. A razão coletiva não preexiste à atividade política, ao contrário, ela surge da interação e da reflexão dos cidadãos no momento em que participam do processo de discussão e de deliberação. Assim, não basta que os cidadãos cheguem a um consenso para dar origem à lei, é também preciso que esse consenso seja racional. Como bem observado por Kintzler, na teoria condorcetiana, “não é porque a maioria é majoritária que ela tem razão; é porque ela tem razão que ela deve ser majoritária.”⁵¹⁹

Condorcet acredita que as condições procedimentais e epistemológicas por ele estipuladas para o processo de tomada de decisões coletivas podem levar à produção dessa razão coletiva na medida em que o interesse privado seja submetido ao interesse público. Isso não implica, todavia, que os direitos das minorias possam ser desrespeitados pois está implícito na ideia de razão coletiva que os

⁵¹⁸ CONDORCET, 1847, X, 589/590.

⁵¹⁹ KINTZLER, 1984, 79. A esse respeito ver também: ALENGRY, 1904, 850/851; MAGRIN, 2001, 57/58; ROSANVALLON, 2000, 69.

diversos interesses em questão em um processo de deliberação foram devidamente pesados de modo a não violar direitos. A submissão da minoria “à resolução da maioria é então fundada sobre a necessidade de ter uma regra comum de ação, e sobre o interesse de preferir a regra comum, que será mais frequentemente conforme à razão e ao interesse de todos.”⁵²⁰ O esclarecimento sustenta a confiança na produção da razão coletiva e, também é o esclarecimento que introduz o aspecto diacrônico nas decisões coletivas. Para Condorcet, a instrução pública é um meio de aperfeiçoar a espécie humana na medida em que ela prepara as novas gerações por meio da cultura daquelas que as precederam. Assim, a instrução é um elemento de ligação intergeracional, que deve fazer com que os cidadãos conheçam, em termos de desenvolvimento técnico, científico, político e moral, os feitos de seus antepassados e ajam com responsabilidade no presente a fim de possibilitar um contínuo aperfeiçoamento das ciências, das artes e das instituições políticas e morais para as gerações futuras.⁵²¹

Ainda que as condições procedimentais e epistemológicas estejam satisfeitas, o que garante que a vontade irá operar diacronicamente? Condorcet não poderia ser acusado de otimismo ingênuo a respeito das faculdades e ações humanas? O que garante que os homens, ainda que no pleno uso de suas faculdades racionais, não agirão seguindo seus interesses privados, suas opiniões particulares e preconceitos? Há uma estreita relação entre o aperfeiçoamento da razão coletiva, ao longo do tempo, e a crença no progresso do espírito humano, defendida por Condorcet em *Esquisse*. O progresso do qual o autor trata nesse texto não é aquele do homem enquanto indivíduo, mas do homem enquanto espécie. Trata-se também dos progressos, no plural, considerados como ferramentas técnicas e intelectuais que os homens dispõem tanto para difundir o conhecimento quanto para impulsionar o desenvolvimento das faculdades racionais. Por isso, tendo em mente o quadro da história da humanidade, Condorcet defende que não obstante os momentos de estagnação (como por exemplo, no período medieval, no qual em seu entendimento a superstição se sobrepôs à razão), não há retrocesso no desenvolvimento da humanidade; cessada a causa que o impede, o progresso continuará a seguir seu curso exatamente a partir do momento no qual foi interrompido.⁵²² Pensado desse modo, não há nenhuma incompatibilidade entre o progresso e as grandes tragédias que

⁵²⁰ CONDORCET, 1847, X, 590.

⁵²¹ CONDORCET, 2008, 28-30.

⁵²² CONDORCET, 1993, 20/21.

afetaram a humanidade ao longo de sua história. Fatos como a Inquisição ou os campos de concentração nazistas não autorizariam a pensar na falência da faculdade da razão, mas devem ser considerados momentos em que uma força, social ou política, por meio de um poder que Condorcet classificaria como despótico, impediram o exercício da faculdade da razão.

É por pensar em situações como aquelas que levaram ao declínio e à supressão do uso da razão que o autor defende que o progresso técnico e científico deve ser acompanhado do aperfeiçoamento intelectual, moral e também das leis e das instituições públicas, de modo que os homens sejam capazes de controlar a técnica e a ciência para promover a felicidade e o bem-estar geral.⁵²³ A felicidade aqui assume dois sentidos, a saber, privado ou individual e público. A felicidade individual está ligada a causas sociais, isto é, o homem só pode ser feliz em uma sociedade organizada sobre as bases da igualdade e da liberdade, somente assim ele pode ter uma razão independente e uma consciência esclarecida.⁵²⁴ A felicidade pública, por sua vez, depende do estado das instituições e dos costumes por ela criados, ou seja, a felicidade pública só pode de fato existir em uma sociedade na qual a constituição seja edificada sobre a liberdade, a igualdade e na qual os cidadãos tenham o hábito de cultivar sua razão e respeitar os direitos de seus concidadãos.⁵²⁵

Por isso, esse conjunto de progressos, científico, moral e jurídico, deve ser pensado como um *programa* cujo objetivo é evitar o *interesse mal-entendido*, que é a ponderação inadequada entre os interesses individuais e o interesse público, o qual se torna a “causa mais frequente das ações contrárias ao bem geral.”⁵²⁶ A tese do progresso em Condorcet, como observa Kintzler, “não é somente histórica, ela é voluntarista, e ela assume frequentemente em seu autor a forma de um programa administrativo e jurídico.”⁵²⁷ Trata-se de um programa administrativo porque deve criar os meios para o esclarecimento dos cidadãos, para “tornar a razão pública”, para que os cidadãos tenham os conhecimentos necessários para decidirem a respeito do melhor uso, em termos de bem-estar geral, que deve ser feito da ciência e da técnica. Trata-se de um programa jurídico porque deve assegurar o acesso ao conhecimento como um direito de todos e também porque deve

⁵²³ CONDORCET, 1993, 191.

⁵²⁴ Cf. CONDORCET, 1847, VI, 595.

⁵²⁵ Cf. CONDORCET, 1847, V, 203.

⁵²⁶ CONDORCET, 1993, 193/194.

⁵²⁷ KINTZLER, 1984, 90.

resguardar os direitos individuais nos desdobramentos do uso da ciência e da técnica.

Condorcet não toma a razão como algo infalível. Fazendo uso de termos matemáticos (certo e errado), ele reconhece que a razão pode errar e, ainda assim, observa que nem todo erro é injusto. No *Essai* de 1785 ele esclarece que o erro pode ocorrer ainda que sejam tomadas todas as precauções para evitá-lo. Mas ele será injusto apenas quando resultar de uma decisão cuja própria forma contenha a possibilidade de erro. A razão pode errar simplesmente porque o conhecimento que se tinha à disposição no momento da tomada de uma determinada decisão não era suficiente. E, caso em momento futuro se venha a descobrir, por meio do aperfeiçoamento do próprio conhecimento, que a decisão foi errada, ela deve ser reformulada.⁵²⁸ Assim, mede-se a virtude e a justiça de uma decisão verificando se ela seguiu o melhor raciocínio possível e acessível ao entendimento daqueles que decidiram à época em que a decisão foi tomada.⁵²⁹ Desse modo, porque a razão coletiva pode errar é que todos os processos de decisão coletiva, inclusive a constituição e as leis, estão sempre abertos à mudança e ao aperfeiçoamento que deve ser fruto do próprio aprimoramento do conhecimento em geral.

Desse modo, verifica-se que Condorcet cria condições materiais para a formação de uma vontade diacrônica. Por um lado, ele acredita que a forma por meio da qual uma decisão é tomada pode interferir diretamente no conteúdo de seu resultado. Por isso ele insiste na adoção de uma metodologia rigorosa para o procedimento de deliberação, isto é, na redução de uma questão complexa a proposições simples que possam ser facilmente compreendidas e respondidas com *sim* ou *não*, pois a forma como uma questão é colocada interfere no julgamento dos cidadãos sobre essa mesma questão. Por outro lado, ele sabe que de nada adiantaria um bom método se não se fomentasse o desenvolvimento da capacidade racional e moral dos cidadãos por meio da instrução pública, gratuita e igualitária. Tanto a metodologia quanto a instrução são fundamentais para se permitir o esclarecimento dos cidadãos a respeito de uma questão a ser decidida. É então o esclarecimento que cria as condições para o aumento gradual da igualdade de influência dos cidadãos na formação da lei. É também o esclarecimento dos cidadãos que permite buscar-se um ideal diacrônico na vontade.

⁵²⁸ CONDORCET, 1785, xxi.

⁵²⁹ KINTZLER, 1984, 70.

A vontade diacrônica não se encontra simplesmente dada ou pronta de uma vez por todas, mas ela é um princípio que deve orientar o resultado das decisões coletivas. O diacronismo é o princípio que assegura a presença do elemento intergeracional segundo o qual uma geração no momento de tomar uma decisão, por um lado, leva em consideração os interesses das gerações futuras e, por outro lado, preserva as conquistas de seus antepassados. É também o diacronismo que orienta o aperfeiçoamento político, social e individual. Ele também impede a violação dos direitos das minorias e permite que o povo sincrônico não seja manipulado.

Sincronismo e diacronismo são conceitos complementares e interdependentes. Sem a contínua possibilidade de mudança introduzida pelo sincronismo a democracia perde a sua essência que é autogoverno popular. Por outro lado, sem o ideal de estabilidade e de aperfeiçoamento proporcionado pelo diacronismo, os resultados produzidos pela ação sincrônica do povo podem causar danos à sociedade e aos indivíduos. Desse modo, as instituições democráticas que dão forma ao povo sincrônico são de grande relevância para o ideal democrático, sobretudo porque contribuem para a formação do cidadão esclarecido à medida que produzem hábitos democráticos. Contudo, apenas a forma democrática criada por uma constituição não consegue lidar adequadamente com os problemas que podem advir de uma ação unicamente sincrônica do povo, como apontado anteriormente. Por outro lado, também o elemento diacrônico, sozinho, é incapaz de produzir resultados, pois, figurando como conteúdo, ele precisa de uma forma dentro da qual a vontade se expressará. Assim, de nada adianta desenvolver uma excelente metodologia de deliberação e ter um povo altamente esclarecido em um país cuja constituição não ofereça instituições adequadas à participação popular.

Pensar a democracia constitucional a partir do conceito de *povo sincrônico com vontade diacrônica* permite delinear novos contornos para a relação entre a política e os direitos fundamentais, uma vez que esse conceito abre caminho para que se tenha nas decisões coletivas tomadas por votação majoritária, ao mesmo tempo, a responsabilidade (para com os dissidentes do presente e com as gerações futuras) e a liberdade (no sentido da ação política). Voltando ao mito de Ulisses, tem-se, em certa medida, meios de garantir que o herói aprenda a lidar com a própria paixão e, uma vez desamarrado, não se jogue ao mar rumo a morte certa. Acredito que os elementos colocados pela filosofia de Condorcet indicam que isso é possível. Os requisitos procedimentais e epistemológicos que servem de base para o aprimoramento da tomada

de decisões políticas são factíveis, sua implementação pode ser realizada.

3.2. A acomodação da tensão entre constituição e democracia

Muito do que se discutiu neste trabalho aponta para a existência de uma tensão entre os elementos que fazem parte do conceito de constituição e aqueles que fazem parte do conceito de democracia. Essa tensão foi reconhecida pelos principais autores do constitucionalismo moderno, que enfrentaram esse problema posicionando-se em prol de um ou de outro dos elementos constitutivos dos conceitos em tensão. Nesse sentido, Madison e Sieyès podem ser apontados como autores mais favoráveis à restrição da participação popular em nome da proteção aos direitos e à estabilidade política. Por outro lado, autores como Jefferson, Paine e Condorcet sustentam que a soberania popular e o autogoverno são os principais direitos que devem ser assegurados em uma sociedade por uma constituição ou declaração de direitos.

Do mesmo modo, a relação conflituosa entre constituição e democracia permanece na filosofia e teoria constitucional contemporânea que, em certa medida, tem o debate retomado de uma forma mais acirrada, uma vez que a constitucionalização dos direitos fundamentais, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, concentra a discussão na questão da proteção e interpretação dos direitos retirados do debate político. Isso, por sua vez, torna essa discussão mais jurídica do que política e faz com que o aspecto jurídico-normativo da constituição prevaleça sobre o aspecto político. Nesse contexto algumas teorias chegam a negar a tensão existente ao sustentarem a legitimidade das restrições constitucionais ao debate político a partir de teses como a do pré-compromisso constitucional, afirmando que o ideal de autogoverno é preservado na medida em que as restrições constitucionais são restrições auto-impostas. Em sentido oposto, surgem teorias que assumem a existência do conflito e sustentam que desacordos a respeito de direitos, se estes direitos existem ou o que significam, devem ser resolvidos por meio da política e não da interpretação constitucional. Mantendo-se fiéis ao princípio da soberania popular, afirmam que tanto questões relacionadas aos procedimentos democráticos quanto aos direitos fundamentais estão abertas ao debate.

Nesse contexto, a teoria de Condorcet pode ser considerada uma proposta intermediária entre os posicionamentos favoráveis à retirada dos direitos fundamentais do debate político ou ao exercício da soberania popular sem qualquer proteção a estes direitos. A grande contribuição teórica de Condorcet para este debate encontra-se naquilo que se pode chamar de *pensamento institucional*. Condorcet erigiu uma

teoria constitucional delineando cuidadosamente um conjunto de instituições. Contudo, diferentemente de outros autores, as instituições políticas e jurídicas por ele delineadas tinham por objetivo enfrentar os problemas relacionados ao exercício da soberania popular em seu mais amplo aspecto sem comprometer a estabilidade política e os direitos fundamentais. Seus ilustres contemporâneos, embora também tenham deixado um legado institucional relevante, como é o caso de Sieyès, de Madison e dos Federalistas, suas obras não chegam a dar respostas satisfatórias aos problemas aqui enfrentados por não conseguirem tratar adequadamente o tema do exercício da soberania popular. A mesma crítica pode ser direcionada a Jefferson e Paine com relação à proteção aos direitos.⁵³⁰ Assim sendo, uma teoria delineada nos moldes daquela de Condorcet apresenta respostas mais adequadas para a acomodação da tensão entre constituição e democracia em dois aspectos, a saber, primeiramente, a partir da redefinição dos próprios conceitos de constituição e democracia e, em segundo lugar, escapa às críticas formuladas a teorias como as de Holmes e de Waldron, tal como apresentadas no final do segundo capítulo.

A respeito do *primeiro aspecto*, com relação ao conceito de constituição, a teoria de Condorcet, como as demais teorias constitucionais francesas do século XVIII, ressalta o aspecto político do texto constitucional na criação da estrutura política, da ordem jurídica e na garantia aos direitos. De fato, a constituição não chega a ser pensada a partir do aspecto jurídico-normativo, ou seja, como uma norma jurídica que deve ser invocada pelo judiciário para a resolução de conflitos e, por razões históricas relacionadas ao exercício das funções judiciárias no *Ancien Régime*,⁵³¹ o próprio judiciário é delineado com atribuições bastante modestas e afastadas da possibilidade de interferência na política. Contudo, nada impede que esse modelo seja adaptado para conferir à constituição também um aspecto jurídico-normativo, considerado hodiernamente fundamental para a proteção de

⁵³⁰ Outras teorias não abordadas nesta tese, como a dos jacobinos Robespierre e Saint-Just, embora tenham deixado um profícuo legado a respeito da democracia na esteira do pensamento de Rousseau, e das instituições, sobretudo de instituições republicanas, acabam atribuindo a essas instituições aspectos totalizantes que as tornam incompatíveis com os direitos individuais e com os anseios de respeito às diferenças existentes em sociedades plurais, o que também torna essas teorias menos interessantes para enfrentar os problemas aqui colocados.

⁵³¹ A principal crítica formulada por Condorcet ao poder judiciário do *Ancien Régime* foi quanto à confusão entre as atribuições judiciárias e legislativas, ou seja, ao papel político desempenhado por estas instituições que, aliadas ao poder eclesiástico, contribuíram não para proteger, mas para impedir a realização de direitos como a liberdade de pensamento e de expressão. A esse respeito ver ALENGRY, 1904, 610-614.

direitos e garantias fundamentais. O importante é ressaltar que a forma como essa teoria compreende a limitação do poder político e a proteção aos direitos, tomados como os principais elementos do conceito de constituição, abre espaço para que o aspecto político figure *ao lado* do aspecto jurídico-normativo.

A limitação ao poder político, como visto anteriormente, tem um duplo intuito, a saber: assegurar aos cidadãos o gozo de seus direitos e também estabelecer as regras segundo as quais os cidadãos poderão exercer o seu direito de soberania, ou seja, traçar as diretrizes para a participação dos cidadãos na vida pública. Nesse sentido, não seria ir muito longe na interpretação do texto condorcetiano comparar sua perspectiva de limitação de poder político àquela de Waldron, segundo a qual a ideia de controle associada ao papel exercido pela constituição com relação ao poder político deve ser entendida não meramente de forma negativa (restrição/limitação), mas também e sobretudo positiva, no sentido de que abre possibilidades para que os cidadãos digam para onde a política deve ir, isto é, para que participem da escolha das metas e diretrizes sociais que devem ser realizadas pela ordem política e jurídica, ou sobre a decisão a respeito dos direitos que existem e qual o seu significado. As instituições propostas no *Projet de Constitution Française* são um exemplo de como o controle da política pelos cidadãos pode ser realizado, mesmo em sociedades populosas e de grande extensão territorial, uma vez que multiplicam os lugares de discussão e deliberação, ao mesmo tempo em que conectam as decisões locais ao governo central tornando obrigatória a sua observância.

Na esteira dessa proposta, há de fato uma grande ênfase nos direitos fundamentais, em sua proteção e plena realização nas sociedades. Contudo, esses direitos não precisam ser confinados no texto constitucional de modo que qualquer possibilidade de discussão sobre eles (esses direitos) na política seja de antemão tomada como uma possível afronta ou violação dos mesmos. Como bem salientou Magrin, na teoria constitucional condorcetiana ao lado da necessidade de preservação dos direitos conquistados e assegurados constitucionalmente, há também a possibilidade de que novos direitos sejam instaurados por meio da ação política.

Esse elemento instaurador ou construtivo dos direitos abre espaço para que sua proteção ocorra também por meio da participação popular nas decisões políticas. Isso se torna possível com a criação de instituições políticas, e não apenas jurisdicionais, por meio das quais os cidadãos podem fazer valer os seus direitos ou reclamar uma reparação para sua afronta ou violação, como por exemplo, pedir a revogação de

uma lei considerada contrária aos direitos assegurados constitucionalmente ou contrária ao interesse público de forma geral, ou ainda, pedir a perda do mandato de um representante que não cumpra o papel para o qual foi designado ou que atue de forma contrária aos direitos ou ao interesse público. Claro que nesse caso deve-se levar em consideração que não é tarefa fácil chegar a um acordo sobre o significado dos direitos ou do interesse público em questão.

Ademais, vale lembrar de outro aspecto importante ressaltado pelo filósofo iluminista, que é a noção de que os direitos podem ser aprimorados pelas modificações advindas ao longo do tempo. Ainda que não se queira estabelecer um vínculo entre a filosofia política e a filosofia da história, a questão que se coloca é que os direitos possuem uma história e eles também precisam ser adaptados às necessidades e às concepções que o povo possui em uma determinada época. Se isso não acontecer, os próprios direitos podem se tornar os grilhões da liberdade, pois eles podem servir para entrincheirar preconceitos e injustiças. Pode-se trazer como exemplo o direito à propriedade, consagrado tanto por Condorcet quanto por muitas das constituições hodiernas como um direito fundamental. Esse direito, no século XVIII, permitia que indivíduos fossem escravizados na medida em que eram considerados objetos passíveis de se tornarem propriedade. Da mesma forma pode se colocar em questão hoje o significado do direito de propriedade quando se discute questões de patentes de remédios ou direitos autorais em contraposição ao interesse público. Na esteira dessa discussão, pode-se invocar também as modificações e descobertas relacionadas à cultura e à técnica, as quais proporcionam novos elementos importantes para a discussão e decisão a respeito do que é um direito fundamental. Por exemplo, questões relativas à aceitação do casamento entre pessoas do mesmo sexo ou poligâmico no que diz respeito à cultura, e ao desenvolvimento de meios para descobrir má formações genéticas graves (como o caso do feto anencéfalo) para o caso do aborto, no que diz respeito à técnica. Tanto o desenvolvimento da cultura quanto da técnica permitem e exigem uma redefinição do que se entende por direitos, pois eles poderiam parecer os mesmos na forma, mas isso não se verifica de fato.

Esse é um dos aspectos apontados pela teoria de Waldron, e que é contemplado por uma teoria como a de Condorcet, qual seja, que há um desacordo a respeito do significado dos direitos e que o melhor fórum para debate é o político. E, no caso de uma teoria como a de Condorcet, tem-se a vantagem da multiplicação dos locais e tempos para a discussão e deliberação, o que de certo modo serve para acalmar os

ânimos e produzir um amplo debate a respeito do tema sob análise, de forma que pode ocorrer maior esclarecimento da população em geral e o amadurecimento dos posicionamentos sobre a questão objeto de divergência, o que tende a gerar maior aceitabilidade entre os dissidentes. Uma teoria que atribua *apenas* ao judiciário fazer essa “reatualização histórica” do significado dos direitos escamoteia o caráter político que está envolvido nesse processo, pois visto mais de perto, pode-se inclusive dizer, como nos exemplos apontados no parágrafo anterior, que não se trata do mesmo direito, mas de um direito completamente novo. Nesse caso, poder-se-ia até mesmo questionar a própria noção de reinterpretação, já que o que se está fazendo parece muito mais ser o estabelecimento de novos direitos.

Outro aspecto importante e bastante conhecido na filosofia e teoria constitucional, é o estabelecimento dos quoruns qualificados para a discussão política a respeito dos direitos. Condorcet trabalha com esses quoruns de forma dinâmica, de modo que para se instituir direitos a maioria simples é suficiente. Por outro lado, para que direitos sejam retirados, exige-se maioria qualificada. Embora Condorcet não fale nos direitos como cláusulas pétreas, a declaração de direitos é tida como algo que precede a formulação dos mecanismos constitucionais que lhe oferecerão proteção e, ademais, toda legislação, seja ela ordinária ou constitucional, seria considerada opressiva se violasse os direitos naturais, civis e políticos. Considerando que a constituição sempre está aberta a mudanças, as quais podem ser reformas parciais ou totais, sempre há o risco, é claro, de que uma nova constituição deixe de incorporar direitos e garantias anteriormente assegurados, haja vista a soberania do poder constituinte. Mas o autor parece duvidar que em uma sociedade na qual a cultura política do povo tenha sido erigida atribuindo grande importância a esses direitos, haja consenso ou força majoritária para que direitos conquistados sejam retirados.

A referência à cultura política remete necessariamente ao conceito de democracia que, assim como o conceito de constituição, também é redefinido na teoria de Condorcet. Como já visto, sua teoria trata da democracia representativa, contudo, a representação é conciliada com a ampla participação popular e isso promove uma grande mudança na forma como se compreende os dois principais elementos que dão vida ao próprio conceito de democracia, a saber, o povo e a soberania popular.

Quando se trata do povo, uma das questões que permeia o debate acerca da democracia constitucional é a contraposição entre deveres, responsabilidades e direitos. Como muito bem observado por Waldron,

as teorias constitucionais que rejeitam ou buscam restringir o direito de participação do povo no autogoverno coletivo fazem isso sob o argumento da irracionalidade e da irresponsabilidade, criando, desse modo, uma contradição dentro da própria concepção liberal de sujeito de direitos, considerando os indivíduos autônomos e responsáveis para adquirir direitos individuais, civis e políticos, mas irresponsáveis para o exercício do seu direito (e dever) de participar da vida pública. Na teoria de Condorcet, assim como nas teorias de Jefferson, Paine e de Waldron, não há tensão entre direitos, deveres e responsabilidades, uma vez que se parte do pressuposto de que a ação popular poderá ser responsável. Isso não implica, é claro, que a tensão entre constituição e democracia seja eliminada. Essa tensão permanece na medida em que o próprio desacordo ou conflito político também subsiste. Mas a conciliação (ao menos teórica) entre deveres, responsabilidades e direitos, é um dos elementos que dá suporte à tese, aqui defendida, de que uma teoria da democracia constitucional pensada nos termos daquela de Condorcet consegue acomodar (ainda que não resolver) a relação conflituosa entre constituição e democracia.

Nesse caso não se trata apenas de ter uma visão otimista da natureza humana, o que na teoria de Condorcet é de fato possível em razão de sua filosofia da história e da crença no aperfeiçoamento moral e político de indivíduos e sociedades. Mas trata-se sobretudo de erigir, por meio da constituição, um conjunto de instituições que ao mesmo tempo permitem a ampla participação popular na vida pública e atuam de modo a prevenir, inibir ou reduzir as ações irracionais dos cidadãos na política e, por fim, até mesmo promovem a educação dos indivíduos para a cidadania.

Uma teoria da democracia constitucional pautada nos termos daquela de Condorcet pode até mesmo partir do pressuposto madisoniano de que “os homens não são anjos” e, assim sendo, instituições são necessárias para que a estabilidade política e os direitos sejam assegurados. Na verdade, ao criar canais formais para a resolução dos conflitos políticos pode-se considerar que a perspectiva de Condorcet não fica muito distante daquela de Madison e de Holmes, segundo a qual é preciso criar mecanismos para “filtrar a virtude do povo”, como diria Madison, ou mecanismos constitucionais de autopaternalismo, como diria Holmes. Na linguagem condorcetiana, entretanto, dir-se-ia que esses mecanismos, ao invés de filtrar a virtude, ajudam a formar a “razão coletiva.”

Assim como Madison, Condorcet dedicou-se a pensar em um desenho institucional dentro do qual a ação política se realizaria.

Contudo, a engrenagem político-institucional delineada pelo filósofo francês é muito mais complexa, no sentido de oferecer um conjunto maior de instituições e de mecanismos para a participação política, para o controle do poder político e para a proteção dos direitos, do que aquela apresentada pelo subscritor da Constituição americana.

As instituições e mecanismos que figuram como canais constitucionais pelos quais os conflitos passam são estruturados por meio dos *poderes delegados* (executivo, legislativo e judiciário), mas também pelos *poderes retidos* com o povo (direito de censura e iniciativa popular em matéria legislativa, referendun de consulta, direito de petição e direito de provocar o julgamento de funcionários públicos em caso de abuso de poder ou de violação da lei) e os *poderes comuns* exercidos pelo povo e por seus representantes (revisão constitucional) e são essenciais para o efetivo exercício da soberania popular e, sobretudo, para a manutenção do poder constituinte ativo.

Por meio dos *poderes retidos* confere-se ao povo o direito permanente de decisão e interferência direta nos rumos da política, de modo que a ação popular pode ocorrer tanto pela voz de seus representantes, quanto por sua própria voz quando se fizer necessário, isto é, a participação direta do povo pode ocorrer concomitantemente com sua ação indireta. Por meio dos *direitos comuns* o povo é mantido na titularidade do poder constituinte, que pode ser exercido a qualquer tempo, ou seja, o poder constituinte é conservado com o povo e pode ser exercido diretamente por ele tanto ao provocar a revisão constitucional quanto ao ratificar o texto elaborado pela assembléia constituinte. O poder constituinte pode ser exercido mesmo na vigência da constituição e, assim sendo, o povo não perde a sua soberania após ter instituído uma constituição. Desse modo, estabelece-se uma relação distinta entre poder constituinte e poderes constituídos, ou seja, entre poder constituinte e representação, o que tem implicações diretas na relação entre poder constituinte e constituição.

A questão do poder constituinte é um dos pontos mais caros à teoria constitucional e às teorias do direito em geral. Trata-se de um poder externo ao direito na medida em que cria o próprio direito e, ou sai de cena até o próximo momento de fundação, ou permanece dormente para ser invocado na condição de poder constituinte derivado na criação de emendas constitucionais. Muito se discute nas teorias constitucionais sobre as formas de relacionar esse poder originário com as instituições por ele criadas, isto é, sobre modos de institucionalizar aquilo que a princípio não pode ser institucionalizado, sob pena de perda da sua própria essência. O exercício desse poder é compreendido como

o ápice da democracia. Sendo assim, há sempre um retorno a essa ideia quando se busca meios de tornar o ideal democrático mais vivo nas sociedades. Como ressalta Negri em seu estudo sobre o poder constituinte, trata-se de um poder absoluto ou da expressão radical da vontade democrática. Nesse sentido, ele considera que a melhor definição do conceito de poder constituinte, aquela que abarca toda a sua força e potencialidade, é a que o associa à revolução. Segundo o autor italiano, Condorcet é quem mais se aproxima dessa definição.⁵³²

O filósofo iluminista entendeu que, não obstante as perdas inevitáveis para a democracia em seu sentido extremo, era preciso *institucionalizar a revolução*, ou melhor, ele defendeu que sem abrir mão da ampla e acalorada participação popular na vida pública, também deveriam ser criados meios de resolução dos conflitos de forma pacífica. Seu *Projet de Constitution* teve que oferecer respostas justamente para esse conflito entre o ápice da espontaneidade que caracteriza o movimento revolucionário, e o próprio esgotamento dos aspectos criativos e positivos desse movimento em decorrência da violência e da instabilidade política e jurídica. Talvez Negri pudesse criticar Condorcet por institucionalizar aquilo que escapa à institucionalização, mas Condorcet entendeu perfeitamente que a revolução em todas as suas facetas é incompatível com outros objetivos tão primordiais para sociedades e indivíduos quanto a liberdade em toda a sua potência. E criou meios de que essa liberdade fosse recuperada tão logo os cidadãos entendessem necessário.

A referência às teses de Negri é importante para relembrar que a tensão entre constituição e democracia vai além da relação entre direitos e soberania popular, ela é inerente e conceitual, pois esses conceitos pensados a partir de suas últimas consequências ou de forma radical são de fato contrapostos. Por um lado, a democracia pensada radicalmente é mesmo um momento de criação, fundação, de contínua possibilidade de se ter um novo começo, ou seja, representa algo dinâmico; por outro lado a constituição é aquilo que consolida, estabiliza e representa algo estático. Contudo, uma teoria que repense esses conceitos, trazendo o dinamismo e o aspecto criativo próprio da democracia para dentro da constituição, ou traços de estabilidade para a realização das práticas democráticas, sem eliminar a tensão inerente, pode ser capaz de atingir

⁵³² Cf. NEGRI, 2002, 40. Negri não está se referindo ao *Projet de Constitution Française*, mas sim a outro texto do mesmo ano (1793) *Sur le sens du mot révolutionnaire*. Contudo, penso que a mesma consideração poderia ser feita tendo em conta outros textos de Condorcet dessa mesma época, como o próprio *Projet de Constitution Française*.

uma síntese cujos resultados devem proporcionar grandes ganhos para a prática política de nossas sociedades.

Assim, não se trata de compreender a constituição como um limite à democracia ou à ação popular, mas sim de, por meio de instituições democráticas criadas constitucionalmente, permitir que a própria democracia coloque limites a si mesma. Nesse sentido, mesmo após a entrada em vigor da constituição o povo permanece no exercício do seu direito de soberania, podendo atuar de forma direta (e indireta), atual e sincrônica nas decisões políticas.

O *povo sincrônico*, como já visto, também apresenta algumas limitações que podem ser associadas à tirania da maioria. Contudo, o caráter sincrônico atribuído à ação do povo pode ter suas insuficiências supridas quando associado ao caráter diacrônico da vontade formada por meio do processo de deliberação. Um aspecto relevante ressaltado na teoria de Condorcet é que ao lado da vontade ele considera também que o processo de deliberação, desde que regulado por procedimentos adequados (os quais incluem a adoção de um sistema de multiplicação dos lugares para discussão e tomada de decisões, de retardamento das decisões, assim como métodos para se evitar contradições e que sejam adotados quoruns diferenciados de acordo com o tema sob discussão) pode produzir não apenas a vontade dos cidadãos, mas também seu julgamento.

O julgamento é tomado então como um elemento que qualifica a democracia. Esse elemento assume tamanha relevância para se repensar as práticas democráticas contemporâneas que é sobre ele que Urbinati se apóia para sustentar sua tese de que uma teoria como a de Condorcet dá forma a um paradigma de representação por ela denominado de *paradigma político*, no qual a representação deixa de ser um mal necessário ou um substituto para a ação direta dos cidadãos e passa a designar um processo político que é estruturado de forma circular entre instituições e sociedade, no qual cada cidadão pode participar tanto por meio de seus representante quanto diretamente das ações de governo. Assim, o julgamento passa a figurar ao lado da vontade porque os cidadãos podem, em seus múltiplos locais de discussão e deliberação (as assembleias primárias) esclarecer-se sobre os temas em debate e também realizar a ponderação entre os interesses e valores em conflito.⁵³³

⁵³³ A autora identifica dois paradigmas de representação, o *jurídico-institucional* e o *político*, cujas definições encontram-se na seção 1.2.1 desta tese.

Vontade e julgamento, como ressalta a autora, são duas formas de racionalidade. Enquanto a vontade é entendida como uma *razão analítica*, ou seja, que pode ser formada por meio de um raciocínio de desmembramento e análise de partes complexas em partes mais simples; o julgamento é definido como uma *razão dialógica* e depende do encontro no espaço público, da discussão, da exposição e reflexão sobre as várias posições em jogo para que seja formado.⁵³⁴ Ou seja, é no processo de deliberação que os cidadãos podem colocar em prática o seu julgamento e a sua capacidade de raciocínio abstrato para fazer a ponderação entre os diversos interesses em questão. Nesse sentido, o próprio processo de deliberação, por meio do qual o julgamento emerge, tem um papel emancipatório a partir do momento em que confronta as opiniões e posições de indivíduos e grupos com as opiniões e posições de outros, forçando uma reflexão que poderia não ser impulsionada de outro modo.

Esse é um aspecto importante da deliberação também apontado por alguns autores vinculados às teorias da democracia deliberativa.⁵³⁵ Embora as teorias da democracia deliberativa⁵³⁶ não tenham sido objeto de estudo desta tese, aqui é importante invocar alguns de seus pressupostos, pois na teoria de Condorcet, assim como em uma teoria da democracia constitucional pensada a partir das teses do filósofo iluminista, está presente um modelo de política deliberativa bastante singular, justamente porque institucionaliza, ou formaliza, os canais de participação direta dos cidadãos e as deliberações por eles tomadas, o que aqui é assumido como uma vantagem em relação a um modelo de política deliberativa que não propõe essa institucionalização.

⁵³⁴ Cf. URBINATI, 2006, 79.

⁵³⁵ Nesse sentido, Seyla Benhabib considera que o processo deliberativo é capaz de informar, tornando os indivíduos mais conscientes dos conflitos, o que os compele a uma ordenação coerente. Cf. BENHABIB, 2007, 47-79. Do mesmo modo, Bernard Manin considera que “[o] processo de deliberação e a confrontação de vários pontos de vista ajudam a esclarecer a informação e refinar suas próprias preferências.” Cf. MANIN, 2007, 31. Também os teóricos deliberativos apontam para o elemento constitutivo do processo deliberativo quanto à formação da vontade ou do que se compreende como *bem comum*. De acordo com Jack Knight e James Johnson “o resultado dos procedimentos democráticos representa **um** – não **o** – bem comum.” Um “bem comum”, continuam os autores “é moldado, não descoberto. É produzido pelas partes no processo deliberativo e não tem um status normativo único e superior”. Cf. KNIGHT e JOHNSON, 2007, 270.

⁵³⁶ Utilizo “teorias da democracia deliberativa” no plural em razão do modelo abarcar as obras de vários autores, nas quais é possível encontrar temas e propostas comuns, mas também divergências sobre muitos aspectos. Por isso, é mais adequado falar em “teorias” e não apenas em “teoria” democrática deliberativa.

Sem caracterizar de forma extensiva a posição das teses das teorias da democracia deliberativa,⁵³⁷ em linhas gerais pode-se dizer que essas teorias formulam uma crítica ao modelo de democracia representativa liberal, pautado em ideais como divisão de poderes, eleições periódicas e regra da maioria, e no qual a organização do poder

⁵³⁷ Explorar essas teorias não é o objetivo deste trabalho, e nem este é o lugar para isso. Trata-se apenas de apontar para alguns pressupostos para traçar um paralelo com a teoria ora estudada e defendida. Um estudo aprofundado sobre as teorias da democracia deliberativa e como elas enfrentam a questão da constituição como um limite à democracia é feito por Cláudio Pereira de Souza Neto. Partindo do pressuposto de que na filosofia política contemporânea estamos diante de dois modelos antagônicos de constituição, a saber, a *constituição-programa* (ou constituição dirigente, associada ao modelo *substantivo* de democracia deliberativa, o qual vincula a deliberação a princípios de justiça previamente justificados como na teoria de John Rawls), e a *constituição-processo* (cujo modelo de democracia deliberativa é o *procedimental*, associado às teorias de Habermas ou de Ely, segundo o qual a deliberação deve se manter aberta quanto ao conteúdo dos resultados e o único limite que se admite é o respeito às próprias condições procedimentais que a legitimam), o autor propõe um modelo intermediário, por ele denominado de *modelo cooperativo*. Sua proposta aproxima-se da habermasiana na medida em que não considera adequado incluir no núcleo material da constituição objetivos a serem obrigatoriamente perseguidos pela deliberação pública, como por exemplo ocorre na teoria da justiça de Rawls ou na teoria da Constituição Dirigente. Por outro lado, os direitos fundamentais, notadamente a liberdade e a igualdade, são considerados como “condições para cooperação na deliberação democrática. Assim sendo, ele admite que esses direitos figurem como limites à deliberação democrática, mas sustenta que o que está protegido é o núcleo essencial de cada direito fundamental (que é formal e não substancial) e, nessas condições, o que estiver além disso está disponível para ser alterado pelo poder constituinte derivado. As “condições para a cooperação democrática” devem ser garantidas institucionalmente e as instituições por ele sugeridas para realizar essa proteção são a esfera pública autônoma (informal, portanto) e a jurisdição constitucional. Em seu entendimento, a jurisdição constitucional tem um papel subsidiário com relação à deliberação pública e deve atuar meramente para restaurar as condições para a cooperação quando a deliberação em outros fóruns não foi capaz de fazê-lo. Para que a atuação da corte constitucional seja considerada compatível com o princípio da soberania popular, essa instituição deve manter sua argumentação no campo da “neutralidade política” (ou seja, refutando o uso de doutrinas abrangentes particulares e lançando mão apenas de razões públicas, em sentido rawlsiano). Cf. SOUZA NETO, 2006; 2009, 79-112. Algumas questões podem ser levantadas em face das premissas de Souza Neto. Em primeiro lugar, como já apontara Waldron, a própria neutralidade política das cortes constitucionais é algo que pode ser questionado. Em segundo lugar, ainda que de fato houvesse neutralidade política, quem avalia, em se tratando de uma corte constitucional e portanto não passível de responsabilização política, se de fato a decisão seguiu os critérios da razão pública. Por fim, e novamente recorrendo-se à teoria de Waldron, ainda que os direitos fundamentais (a liberdade e a igualdade) necessários para a instauração de um contexto propício à interação cooperativa, na condição de valores bastante abstratos e portanto sujeitos ao desacordo político, sejam discutidos e ponderados por meio da deliberação pública, não sendo este processo de deliberação algo com força vinculante para a esfera pública formal, nada garante que de fato essa deliberação seja transformada em uma decisão vinculante para toda a sociedade. Esse é um problema que se coloca a todo modelo de política deliberativa que não institucionaliza os meios de transmissão da vontade formada por meio da deliberação pública dos cidadãos engajados politicamente.

político ocorre por meio de mecanismos de agregação de preferências, principalmente pelo voto, buscando-se a conciliação de interesses privados de indivíduos ou grupos com o interesse público. As críticas apontam para a pouca eficácia desse modelo em apresentar respostas satisfatórias para os problemas que se colocam às sociedades contemporâneas, marcadas pelo pluralismo, pelo aumento da complexidade das tarefas do Estado e pela falta de representatividade política, que levam a uma desvitalização do espaço público. Nesse contexto, as teorias da democracia deliberativa apresentam-se como um modelo normativo, ancorado em princípios e fundamentos que norteiam o processo decisório e que tem entre os seus objetivos a retomada do espaço político como um local para a discussão e deliberação de temas de interesse da coletividade. De forma geral, apresentam-se como um modelo conciliatório entre ideais contrapostos da teoria política, tais como: a liberdade dos antigos (soberania popular) e a liberdade dos modernos (direitos e liberdades individuais), o substancialismo e o procedimentalismo, o mercado (agregação de preferências individuais) e o fórum (participação política intensa visando o interesse público).⁵³⁸

Tomando como exemplo de modelo de política deliberativa aquele proposto por Habermas⁵³⁹, tem-se uma proposta que divide a esfera pública em *esfera pública parlamentar* e *esfera pública geral*. Desta forma, as deliberações devem acontecer dentro de uma esfera pública parlamentar, mas têm como pauta temas advindos de uma esfera pública geral, "da qual é titular o público de cidadãos em geral."⁵⁴⁰ A esfera pública geral caracteriza-se por sua "estrutura anárquica", que mesmo estando sujeita aos efeitos da repressão e exclusão do poder social distribuído desigualmente e a distorções que podem surgir nos processos comunicativos, ainda assim tem a vantagem de ser um meio de comunicação livre de limitações e eficaz para captar novas necessidades e problemas, colocando-os sob perspectiva, para que possam ser posteriormente inseridos na agenda parlamentar.⁵⁴¹ Esses temas oriundos do fluxo comunicacional da esfera pública geral, serão então, dentro da esfera pública parlamentar, transformados em leis

⁵³⁸ A esse respeito, ver os artigos que fazem parte da coletânea organizada por Denilson Luis Werle e Rúrion Soares Melo. Cf. WERLE; MELO, 2007.

⁵³⁹ Devido aos recortes deste trabalho, não se busca analisar específica e detalhadamente a teoria de Habermas. Busca-se apenas analisar as vantagens e desvantagens dos modelos em comparação no que diz respeito ao vínculo entre as esferas informal e formal da formação da vontade política.

⁵⁴⁰ HABERMAS, 1997, II, 32.

⁵⁴¹ HABERMAS, 1997, II, 33.

através de deliberações e, desta forma, atingem o poder administrativo aplicado à sociedade.

A principal diferença de uma teoria como a de Condorcet equiparada à uma teoria nos termos da habermasiana, no que diz respeito especificamente à deliberação como um elemento que qualifica a democracia representativa, é a institucionalização dos canais da formação da vontade. Ainda que se possa alegar que um modelo como o de Habermas possibilita um fluxo contínuo e espontâneo, o qual não é alvo de uma suposta ingerência deontológica por parte de uma filosofia normativa⁵⁴², a escassez de institucionalização parece gerar, todavia, uma contradição, ou ainda, um oxímoro. Isso ocorre na medida em que não é possível oferecer garantia de que a deliberação tomada na esfera pública informal de fato irá vincular a esfera pública parlamentar. Nesse sentido, é possível questionar se efetivamente se trata de uma deliberação no sentido de decisão.

Falar de uma deliberação do povo pressupõe ao menos dois aspectos. O primeiro aspecto é que haja uma garantia de que diversas posições e argumentos sejam levados em consideração. Em segundo lugar, que a escolha da melhor posição tenha passado por um procedimento considerado democrático. A questão é que não havendo uma esfera formal em que isso possa acontecer, a única coisa verificada de fato na política é que certos grupos com maior poder econômico conseguem veicular suas opiniões como se fossem a vontade do povo e tivessem passado pelos dois aspectos acima apontados. É apenas a institucionalização da participação direta que pode garantir tanto uma análise do que o povo sincrônico quer, assim como a formação de uma vontade diacrônica nesse próprio povo. Falar de deliberação informal é meramente idealizar uma série de pressupostos deontológicos que não condizem com o que de fato acontece na atividade política cotidiana de um Estado.

A institucionalização dos canais de participação direta, ou seja, de formação da vontade do povo, são exatamente condição de possibilidade para se falar de tal vontade. Num contexto de sociedades plurais, esses canais institucionais são essenciais por dois aspectos, a saber: para que o povo descubra o que de fato quer não enquanto indivíduos ou grupos isolados (ruralistas, evangélicos, ambientalistas,

⁵⁴² Agradeço a Denilson Luis Werle por ter chamado a minha atenção para este aspecto de uma política deliberativa não institucionalizada.

socialistas, etc.), mas enquanto coletividade, na medida em que exerce o seu julgamento em uma atividade de confrontação de diferentes argumentos; e para que o Estado saiba qual é a vontade do povo, pois um grupo economicamente poderoso poderia aparentar ser a vontade do povo inteiro ao utilizar-se de meios midiáticos para veicular sua opinião. Ainda que houvesse esclarecimento político, se não houvesse uma garantia mínima de vinculação da vontade do povo com relação aos seus representantes o máximo que se poderia fazer seria esperar pelas próximas eleições.

A falta de institucionalização dos canais de diálogo torna menos atrativa para os cidadãos a participação em si, uma vez que isso pode reforçar a impressão, já bastante forte nas sociedades democráticas contemporâneas, de que o engajamento em atividades políticas não surte resultados na vida prática (e esse é um dado que pode ser confirmado pela grande quantidade de eleitores que deixam de comparecer às urnas em países nos quais o voto não é obrigatório). Portanto, como enfatizado por Constant, sem uma garantia mínima de que vale a pena abrir mão de seu tempo e cuidado com assuntos privados para agir no mundo público, o cidadão passa a não ter nenhum estímulo nem mesmo para desenvolver as habilidades necessárias à ação no espaço público. Nesse sentido, é o próprio Holmes que chama a atenção que para Constant tratar-se-ia de uma má compreensão da relação existente entre capacidades e oportunidades: “[a]s pessoas não desenvolvem capacidades que elas sabem que nunca irão ter a chance de exercitar. (...) ‘porque a nação adquire, por meio da própria instituição, a capacidade que lhe falta previamente.’”⁵⁴³

Assim sendo, a falta de meios formais de formação da vontade faz com que um modelo de política deliberativa falhe na formação da vontade diacrônica justamente por ser incapaz de garantir a atuação sincrônica do povo. Na medida em que não há instâncias que garantam a formação de um julgamento que de fato condiga com o interesse público ou coletivo, os indivíduos permanecerão encerrados em seus interesses particulares. Claro que o diacronismo da vontade não se sustenta apenas pela institucionalização dos canais de formação da vontade e da vinculação desta vontade com a esfera pública formal. Ela depende também da institucionalização de uma proposta político-pedagógica para a instrução pública. Discutir democracia deliberativa sem tocar de forma consistente nesse problema também se apresenta como uma discussão incompleta da própria noção (substancial) de vontade

⁵⁴³ HOLMES, 2009, 63.

diacrônica na democracia. Esse é mais um aspecto que merece destaque na teoria de Condorcet, ou seja, ele conecta sua reflexão política a propostas pedagógicas cujo objetivo é trabalhar de forma conjunta com as instituições políticas a meta de proporcionar a educação para a cidadania.

O *segundo aspecto* no qual se pode apontar as vantagens de uma teoria como a de Condorcet diz respeito à forma como ela lida com os problemas com os quais foram confrontadas as teorias de Holmes e de Waldron no final do segundo capítulo.

Assim como na teoria de Holmes, é possível encontrar em uma teoria como a de Condorcet meios para que a democracia não se autodestrua ou produza resultados não democráticos para indivíduos, para grupos ou para a coletividade. Contudo, os limites à ação democrática do povo sincrônico são colocados pela própria democracia, pelas instituições democráticas e pelas regras de deliberação que impõem ao povo sincrônico meios tanto de retardar suas decisões quanto de fazer com que essas mesmas decisões, até se tornarem vinculantes para toda a sociedade, passem pelo crivo de múltiplas esferas políticas. Nesse sentido, os direitos não são retirados da deliberação popular, mas pode-se dizer que se impõe à deliberação popular critérios mais rigorosos quando se trata da apreciação de direitos.

Poder-se-ia dizer que a teoria condorcetiana tem em comum com a de Holmes uma concepção de democracia orientada não só, mas também, para os resultados (sobretudo porque no caso do filósofo iluminista, as instituições políticas e jurídicas devem contribuir para o progresso e o aperfeiçoamento da humanidade) uma vez que ao conservar e instaurar novos direitos tanto a constituição quanto a democracia devem servir para produzir e manter uma cultura política democrática. Pode-se considerar esse como sendo o núcleo normativo dessa teoria. Contudo, é justamente por não focar *apenas* nos resultados que essa teoria não incorre no principal problema que foi apontado na teoria de Holmes, qual seja, a necessidade de reconhecer como democrática qualquer forma de governo que oferecesse proteção adequada aos direitos fundamentais, mesmo sendo ela uma monarquia ou uma tecnocracia. No caso de Condorcet, uma forma de governo que não estivesse aberta ao autogoverno popular falharia justamente por não oferecer os meios necessários para se alcançar o resultado esperado e que é ao mesmo tempo o seu núcleo normativo, ou seja, falharia em produzir e manter uma cultura política democrática. Desse modo, não se

tem que admitir em última instância que a proteção aos direitos fundamentais (resultado) possa ocorrer por meios não democráticos.

Por outro lado, o modelo condorcetiano aproxima-se da perspectiva de Waldron na medida em que sustenta o ideal de soberania popular, defende que direitos em desacordo devem estar abertos à discussão na política e que o direito deve abarcar e refletir as mudanças sociais. Contudo, pode-se dizer que o modelo de Condorcet escapa às críticas tecidas a Waldron, com relação às deficiências na proteção aos direitos e à dificuldade de evitar uma eventual tirania da maioria, principalmente a partir de dois aspectos.

Em primeiro lugar, embora admita que os direitos estão abertos para a discussão por meio da política, a teoria condorcetiana admite a inserção de quoruns especiais e maiorias qualificadas quando se trata de deliberar a respeito de direitos já protegidos constitucionalmente, hipótese esta recusada pelo constitucionalista neozelandês. A admissão de quoruns qualificados torna mais difíceis as mudanças, de fato. Mas também serve para aprofundar a discussão a respeito dos temas em discussão e tende também a gerar um maior esclarecimento a respeito das consequências oriundas da decisão a ser tomada e, nesse sentido, maximiza o aspecto diacrônico da vontade. A exigência de maioria qualificada torna ainda mais difícil se formar uma coalizão entre as partes em conflito, entretanto, a partir do momento em que um acordo for realizado, as dificuldades de sua formação serão inversamente proporcionais à aceitação social em torno da questão controversa, haja vista esse acordo ser mais representativo daquilo que pode ser considerado a vontade popular. Nesse sentido, a proteção oferecida aos direitos pelo modelo condorcetiano é mais forte do que aquela da teoria de Waldron que, partindo do pressuposto de que tudo está sujeito ao desacordo político, parece ter que admitir, para se manter coerente, que até mesmo o núcleo normativo de sua teoria, qual seja, de que é preciso que o desacordo seja razoável, deve estar aberto ao conflito e às interpretações divergentes no espaço público, o que por sua vez não oferece qualquer garantia aos direitos.

Em segundo lugar, por redefinir a democracia representativa, instituindo canais de participação direta e atribuindo caráter vinculante às deliberações tomadas nesses canais, o modelo condorcetiano cria meios políticos para que os cidadãos controlem e contestem, caso necessário, as decisões tomadas pelos seus representantes, o que por si só pode figurar como um modo de defesa de direitos. Do mesmo modo, como já bastante ressaltado neste trabalho, as instituições permeáveis à participação direta dos cidadãos têm o condão de, ao abrir canais de

diálogo, introduzir o julgamento nas decisões políticas na medida em que permite a troca de informações e opiniões, permitindo a maximização do aspecto diacrônico da vontade ali formada. Nesse sentido, tanto os cidadãos podem questionar decisões contrárias ao direito (e, portanto, podem buscar a proteção aos direitos) por meios políticos, evitando assim a tirania da maioria, como também a vontade diacrônica passa a ser uma barreira contra uma eventual tirania da maioria na medida em que uma cultura política democrática tende a gerar um círculo virtuoso, no qual o respeito pelos direitos e pelas condições de exercício das práticas democráticas devem ser aprimoradas.

Aqui pode-se dizer, ao contrário do que se afirmou acima a partir das críticas a Holmes, que não se torna necessário, para realizar a defesa da democracia, que os direitos fundamentais sejam deixados desprotegidos.

Por isso, com base no que foi investigado e defendido nesta tese, pode-se afirmar que uma teoria da democracia constitucional nos moldes daquela de Condorcet talvez seja a melhor forma de acomodação (mas não de eliminação, o que é impossível) da tensão entre constituição e democracia.

Considerações finais

Partindo do pressuposto de que existe na filosofia política e constitucional hodierna uma tensão entre os conceitos de constituição e de democracia, este trabalho buscou apresentar alguns argumentos para este debate, adotando-se como proposta metodológica enfrentar o problema de forma histórica e também normativa.

No que diz respeito à história, no *primeiro capítulo* buscou-se, a partir de uma análise histórica, apresentar conceitos considerados fundamentais para a caracterização de um modelo de democracia constitucional no qual a tensão inerente aos conceitos em questão pudesse ser acomodada. Assim, recorreu-se ao período inicial do constitucionalismo no século XVIII, sobretudo ao período revolucionário porque as teorias originárias daquele período tiveram que lidar com os extremos da tensão ora apontada. Por um lado, juntamente com as revoluções, essas teorias depararam-se com o aspecto mais radical da democracia que consiste na possibilidade de se iniciar algo novo, seu caráter fundante, constituinte, dinâmico. Por outro lado, reivindicaram a constituição como algo que deveria consolidar e estabilizar o movimento revolucionário, reconhecer e assegurar os direitos em nome dos quais a própria soberania popular fora colocada em ação e, nesse sentido, o ponto extremo desse conceito é justamente seu caráter estático.

As teorias políticas e constitucionais setecentistas reconhecem essa tensão e buscam lidar com ela colocando a ênfase ou no aspecto da estabilidade consagrado na ideia de constituição, ou no aspecto dinâmico associado ao ideal democrático. Assim, autores como Madison e Sieyes acentuam em suas teorias da constituição e da democracia elementos que consideram capazes de produzir estabilidade política e segurança jurídica. De modo distinto, autores como Jefferson e Paine e Condorcet buscam ressaltar a importância da manutenção do ideal democrático mesmo sob a égide de uma constituição.

Além disso, buscou-se também chamar a atenção para uma característica das constituições desse período que é a ênfase no aspecto político, segundo o qual a constituição é uma estrutura política dentro da qual a proteção aos direitos se insere, e não meramente uma estrutura jurídico-normativa que funciona como um limite para as práticas democráticas. Nesse sentido, nem mesmo a Constituição norte-americana, a qual possui certamente um forte caráter jurídico-normativo em razão de sua guarda ter sido confiada *também* a um órgão

jurisdicional, pode ser reduzida ao âmbito meramente legal. Esse retorno a um conceito político de constituição é relevante diante da proposta de se repensar os conceitos inerentes aos conceitos de constituição e democracia de modo a ir aos poucos moldando uma relação menos conflituosa e que escape, em certa medida, da polarização entre os aspectos estático e dinâmico desses conceitos.

Essa polarização é apontada novamente no *segundo capítulo* a partir de teorias políticas e constitucionais contemporâneas, as quais, *mutatis mutandis*, acabam por retomar os argumentos do debate travado entre Madison e Jefferson e, portanto, incorrem nos mesmos problemas que implicam ou a criação de uma teoria da democracia constitucional que protege direitos ao custo de comprometer as práticas democráticas e de autodeterminação coletiva, ou assumem um compromisso com o ideal democrático sem delinear adequadamente meios de proteção aos direitos assim como meios de evitar a tirania da maioria.

Diante desse impasse, no *terceiro capítulo* buscou-se então de forma abstrata e normativa esboçar uma resposta a partir do estudo de uma teoria política e constitucional cujos elementos e argumentos podem ser colocados como intermediários entre os dois posicionamentos em contraste e lançam luz sobre a relação conflituosa entre constituição e democracia, entre direitos fundamentais e soberania popular.

Trata-se da teoria de Condorcet, o filósofo iluminista cuja teoria foi praticamente esquecida pela historiografia do pensamento político, mas cuja obra tem sido aos poucos retomada pela teoria e filosofia política contemporânea. Assim, suas teses têm contribuído para melhor compreender os problemas relacionados à determinação da vontade coletiva na teoria da escolha social, para repensar a teoria da democracia representativa associando-a com a participação direta nas decisões e deliberações públicas, nas teorias constitucionais o teorema do júri condorcetiano tem sido invocado para justificar as decisões majoritárias e, aqui neste trabalho, as teses desse autor servem de base para delinear um modelo de democracia constitucional capaz de acomodar a tensão entre constituição e democracia, sobretudo a partir das categorias do *povo sincrônico* e da *vontade diacrônica*.

É a partir dessas categorias que se arrisca pensar na possibilidade de uma relação mais *circular* entre os elementos constitutivos do conceito de constituição e aqueles do conceito de democracia, uma vez que o povo, pensado sincronicamente, acaba por ser definido (no sentido mesmo de criado/constituído) pelas instituições democráticas fundadas

pela constituição, ou seja, o sincronismo do povo é definido pela forma da constituição democrática. A vontade diacrônica, por sua vez, é um conteúdo construído segundo um método de votação e de deliberação. Esse conteúdo, para ganhar vida, precisa ser erigido dentro de instituições democráticas que comportem o processo de discussão e deliberação e que possam, sobretudo, funcionar como coadjuvante no processo de formação dos cidadãos. Aqui reside a circularidade: o ideal democrático, colocado em prática por meio do povo sincrônico, encontra como limite para sua atuação a própria vontade diacrônica, que funciona ao mesmo tempo como uma garantia aos direitos e ao processo democrático. Entretanto, se o povo sincrônico e a vontade diacrônica estão em uma relação de interdependência é preciso saber em que momento essa relação se inicia. Então, deve-se admitir um momento decisionista, que é o momento em que se funda a constituição democrática que irá colocar essa engrenagem para funcionar e que irá dar as condições de existência tanto do povo sincrônico quanto da vontade diacrônica.

Talvez seja possível dizer que esse modelo apenas coloca de forma distinta o próprio paradoxo da democracia constitucional. De fato, não foi pretensão deste trabalho afirmar a inexistência de tal paradoxo, mas apenas apontar para uma forma distinta de acomodar seus elementos de modo a ressaltar que é possível a institucionalização de canais por meio dos quais a discussão a respeito dessa relação conflituosa pode ocorrer não apenas no campo do direito, mas também no campo da política.

Bibliografia

ACKERMAN, Bruce. *We The People: Vol. 1: Foundations*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1991.

ALENGRY, Franck. *Condorcet: Guide de la Révolution Française, Théoricien du Droite Constitutionnel, et Précurseur de la Science Sociale*. 5ª Ed. Paris: V. Giard et E. Brière.

ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. Tradução de Denise Bottmann, São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

AULARD, A. *Histoire Politique de la revolution française : Origines et Développement de la Democratie et de la République (1789-1804)*. 1926. Disponível em: <http://gallica2.bnf.fr>. Acesso em 19/02/2009.

BADINTER, Elizabeth; BADINTER, Robert. *Condorcet. Un intellectual en politique*. Paris: Fayard, 1988.

BAKER, Keith Michael. *Condorcet: From Natural Philosophy to Social Mathematics*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1975.

BEARD, Charles A. *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. New York: The Free Press, 1966.

BELLAMY, Richard. The Political Form of Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy. *Political Studies*, 1996, XLIV, pp. 436-456.

BELLAMY, Richard; CASTIGLIONE, Dario. Constitutionalism and Democracy – Political Theory and the American Constitution. *B.J.Pol.S*, 27, 1997, pp. 595-618.

_____. Introduction. In:(org) *Constitutionalism and Democracy*: Ashgate Publishing, 2006.

_____. *Political Constitutionalism: A republican defense of the constitutionality of democracy*. New York: Cambridge University Press, 2007.

BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In: WERLE, Denílson Luis, MELO, Rúrion Soares (orgs). *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, pp. 47-79.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; e LIMA, Marco Antonio Mont'Alverne Barreto, *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, pp. 75-150.

_____. Constituição e Política: Uma relação difícil. In: *Lua Nova* nº 61, 2004, pp. 05-24.

_____. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*, São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*; editado por Henry Hardy e Roger Hausheer; prefácio de Noel Annan e introdução de Roger Hausheer; tradução de Rosaura Eichenberg; São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BIGNOTTO, Newton. *As aventuras da virtude. As ideais republicanas na França do século XVIII*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CAHEN, Léon. Un fragment inédit de Condorcet. In: *Revue de métaphysique et de morale*, T. 22, nº 5, Septembre, 1914, pp. 581-894.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARBONELL, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CITTADINO, Giselle. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: Luiz Werneck Vianna (Org). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, pp. 17-42.

CREPEL, Pierre; RIEAUCAU, Jean-Nicolas. Condorcet's Social Mathematics: A Few Tables. In: *Social Choice and Welfare*, Vol. 25, No. 2/3 (2005), pp. 243-285.

CHOUILLET, Anne-Marie. Qui était Condorcet? In: *Condorcet: Le condor des lumières. Lektion*, Vol. 3, nº 1, Printemps, pp. 19-31.

CHRISTIANO, Thomas. Waldron on Law and Disagreement. In: *Law and Philosophy*, Vol. 19, nº4, Jul., 2000, pp 513-543.

CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat de. *Oeuvres de Condorcet*, publiées par A. Condorcet O'Connor et M.F. Arago, Paris: F. Didot, 1847, 12v. Disponível em: <http://books.google.com>. Acesso em: 01/05/2011.

_____. Aux citoyens français sur la nouvelle constitution. In: *Oeuvres de Condorcet*, publiées par A. Condorcet O'Connor et M.F. Arago, Paris: F. Didot, 1847, Tome XII.

_____. *Cinco memórias sobre a instrução pública*. Tradução e apresentação Maria das Graças de Souza. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

_____. De la nature des pouvoirs politique dans une nations libre. In: *Oeuvres de Condorcet*, publiées par A. Condorcet O'Connor et M.F. Arago, Paris: F. Didot, 1847, Tome X.

_____. De l'influence de la Révolution d'Amérique sur l'Europe. In: *Oeuvres de Condorcet*, publiées par A. Condorcet O'Connor et M.F. Arago, Paris: F. Didot, 1847, Tome VIII.

_____. *Esboço de um quadro histórico dos progressos do espírito humano*. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. Campinas: Editora da Unicamp, 1993.

_____. *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions* rendues à la pluralité des voix. 1785. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k417181.r=.langPT> Acesso em 25/09/2012.

_____. Essai sur la constitution et les fonctions des assemblées provinciales. In: *Oeuvres de Condorcet*, publiées par A. Condorcet O'Connor et M.F. Arago, Paris: F. Didot, 1847, Tome VIII.

_____. Fragment de l'histoire de la X^e époque. In: *Oeuvres de Condorcet*, publiées par A. Condorcet O'Connor et M.F. Arago, Paris: F. Didot, 1847, Tome VI.

_____. Idées sur le despotisme. In: *Oeuvres de Condorcet*, publiées par A. Condorcet O'Connor et M.F. Arago, Paris: F. Didot, 1847, Tome IX.

_____. L'Assemblée Nationale aux français. In: *Oeuvres de Condorcet*, publiées par A. Condorcet O'Connor et M.F. Arago, Paris: F. Didot, 1847, Tome X.

_____. Lettres d'un bourgeois de New Haven a um citoyen de Virginie. In: *Oeuvres de Condorcet*, publiées par A. Condorcet O'Connor et M.F. Arago, Paris: F. Didot, 1847, Tome IX.

_____. Plan de Constitution. In: *Oeuvres de Condorcet*, publiées par A. Condorcet O'Connor et M.F. Arago, Paris: F. Didot, 1847, Tome XII.

_____. Sur la forme des élections. In: *Oeuvres de Condorcet*, publiées par A. Condorcet O'Connor et M.F. Arago, Paris: F. Didot, 1847, Tome IX.

_____. Sur les élections. In: *Oeuvres de Condorcet*, publiées par A. Condorcet O'Connor et M.F. Arago, Paris: F. Didot, 1847, Tome XII.

_____. Tableau Général de la science qui a pour objet l'application du calcul aux sciences politiques et morales. In: *Oeuvres de Condorcet*,

publiées par A. Condorcet O'Connor et M.F. Arago, Paris: F. Didot, 1847, Tome I.

_____. Vie de M. Turgot. In: *Oeuvres de Condorcet*, publiées par A. Condorcet O'Connor et M.F. Arago, Paris: F. Didot, 1847, Tome V.

_____. *Political Writings*. Edited by Steven Lukes and Nadia Urbinati. New York: Cambridge University Press, 2012.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: *Filosofia política*, Porto Alegre, L&PM, 1985.

DAHL, Robert A. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1989a.

_____. *Um Prefácio à Teoria Democrática*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989b.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*. 3:1, 1995, pp. 2-11.

_____. Equality, Democracy and Constitution: We the people in Court. In: *Alberta Law Review*, Vol. 28, nº 2, 1989/1990, pp. 324-346.

_____. *Is Democracy Possible Here?* New Jersey: Princeton University Press, 2006a.

_____. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

_____. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

_____. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2002b.

ELSTER, Jon. *Ulises y las Sirenas: Estudios sobre la racionalidad e irracionalidad*. Traducción de Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica: México, 1989.

_____. *Ulysses Unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints*. New York: Cambridge University Press, 2000.

ELY, John Hart. *Democracia y Desconfianza: una teoría del control constitucional*. Traductora Madaglena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

ESTLUND, David; WALDRON, Jeremy; GROFMAN, Bernard; FELD, Scott L. Democratic Theory and the Public Interest: Condorcet and Rousseau Revisited. In: *The American Political Science Review*, Vol. 83, Issue 4, Dec., 1989, pp. 1317-1340.

FIORANVATI, Maurizio. *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GORDON, Scott. *Controlling the state : constitutionalism from ancient Athens to today*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1999.

GRANGER, Gilles-Gaston. *La mathématique sociale du Marquis de Condorcet*. Paris: Éditions Odile Jacob, 1989.

GROFMAN, Bernard; FELD, Scott L. Rousseau's General Will: A Condorcetian Perspective. In: *The American Political Science Review*, Vol. 82, n° 2 (Jun., 1988), pp.567-576.

GUILHAUMOU, Jacques. Condorcet- Sieyes: Une amitié intellectuelle (Annexe). In: CHOUILLET, Anne-Marie; CRÉPEL, Pierre. *Condorcet: Homme des lumières et de la Révolution*. Paris: ENS Editions, 1997, pp. 223-240.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: estudos sobre teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I e II. Tradução de Flávio Beno Sievencichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist Papers*. Edited by Isaac Kramnick, London: Penguin Books, 1987.

HAYEK, F.A. *The Constitution of Liberty: the definitive edition*. Edited by Ronald Hamowy, Chicago: Chicago University Press, 2011.

HOLMES, Stephen. Gag rules or the politics of omission. In: J. Elster/R. Slagstad (Orgs.), *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988a, pp. 19-58.

_____. Precommitment and the Paradox of Democracy. In: J. Elster/R. Slagstad (Orgs.), *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988b, pp. 195-240.

_____. The Liberty to Denounce: Ancient and Modern. In: *The Cambridge companion to Constant*. Edited by Helena Rosenblatt. New York: Cambridge University Press, 2009, pp. 47-68.

JAUME, Lucien. *La liberté et la loi: les origines philosophiques du libéralisme*. Paris, Librairie Arthème Fayard, 2000.

_____. *Le discours Jacobin et la démocratie*. Paris: Fayard, 1989.

JEFFERSON, Thomas. *Escritos Políticos*. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Ibrasa, 1964.

_____. *The Portable Thomas Jefferson*. Edited by Merrill D. Peterson, Penguin Books, 1977.

_____. *Letter to John Dickinson, December 19, 1801*. Disponível em <http://www.constitution.org/tj/jeff10.txt>. Acesso em 21/12/2011.

_____. *Letter to P.S. Dupont de Nemours, April 24, 1816*. Disponível em <http://etext.virginia.edu/toc/modeng/public/JefLett.html>, Acesso em 21/12/2011.

_____. *Letter to John Taylor, May 28, 1816*. Disponível em <http://etext.virginia.edu/toc/modeng/public/JefLett.html>. Acesso em 21/12/2011.

_____. *Letter to Francis W. Gilmer, June 7, 1816*. Disponível em <http://pt.scribd.com/collections/3352297/The-Complete-Works-of-Thomas-Jefferson-Federal-Edition>. Acesso em 21/12/2011.

KETCHAM, Ralph (Org.). *The Anti-federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*. Edited and with an introduction by Ralph Ketcham. New York: Signet Classic, 2003.

KINTZLER, Catherine. *Condorcet: L'instruction publique et la naissance du citoyen*. Paris, Le Sycomore, 1984.

KNIGHT, Jack e JOHNSON, James. Agregação e deliberação. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares (orgs). *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, pp. 253-276.

KIS, János. *Constitutional Precommitment Revisited*. Texto apresentado no Legal, Political and Social Philosophy Colloquium realizado na New York University, 2009. Disponível em: http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv4/groups/public/@nyu_law_website_academics_colloquia_legal_political_and_social_philosophy/documents/documents/ecm_pro_062725.pdf. Acesso em 19/12/2011.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: *Revista Direito GV*, vol. 8 nº 1, Jan-jun 2012, pp. 59-86.

KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.

KRAMNICK, Isaac. Editor's Introduction. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist Papers*. Edited by Isaac Kramnick, London: Penguin Books, 1987.

LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Edited by Peter Laslett. New York: Cambridge University Press, 1988.

LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista*. 14ª ed. São Paulo: Cortez, 2000.

MADISON, *Speech in Congress on Presidential Removal Power, June 16, 1789*. In: http://www.constitution.org/jm/17890616_removal.htm. Acesso em 21/12/2011.

_____. *Speech in Congress Opposing the National Bank, February 2, 1791*. In: http://www.constitution.org/jm/17910202_bank.htm. Acesso em 21/12/2011.

MADDOX, Graham. A Note on the Meaning of 'Constitution'. *The American Political Science Review*, Vol. 76, Nº 4 (Dec., 1982), p. 805-809;

_____. Constitution. In T. Ball, J. Farr e R. Hanson (eds.), *Political Innovation and Conceptual Change*. Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 50-67.

MAGRIN, Gabriele. *Condorcet: un costituzionalismo democratico*. Milano: Francoangeli, 2001.

MANIN, Bernard. *Principes du gouvernement representative*. Paris: Champs Flammarion, 1996.

_____. Legitimidade e Deliberação Política. In: WERLE, Denilson Luis, MELO, Rúrion Soares (orgs). *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, pp. 15-45.

MAYER, David N. *The Constitutional Thought of Thomas Jefferson*. University Press of Virginia, 1994.

McILWAIN, C.H. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

McLEAN, Ian; HEWITT, Fiona. *Condorcet: foundations of social choice and political theory*. Aldershot, Hants, England; Brookfield, Vermont: E. Elgar, 1994.

McLEAN, Iain and URKEN, Arnold B. Did Jefferson or Madison Understand Condorcet's Theory of Social Choice? In: *Public Choice*, Vol. 73, No. 4 (Jun., 1992), pp. 445-457

MOHNHAUPT, Heinz; GRIMM, Dieter. *Costituzione: Storia di un concetto dall'Antichità a oggi*. Edizione italiana a cura di Mario Ascheri e Simona Rossi. Roma: Carocci editore, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *Do Espírito das Leis* (Os Pensadores). Introdução e notas de Gonzague Truc; traduções de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rorigues. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

MONTFORT, H. Archambault de. *Les idées de Condorcet sur le suffrage*. Paris: Société Française d'Imprimerie et de Librairie, 1915.

MOREIRA, Luiz. *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

_____. *Judicialização da Política* (Org). São Paulo: 22 Editorial, 2012.

NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2002.

NOBRE, Marcos; RODRIGUES, José Rodrigo. Judicialização da Política: déficits explicativos e bloqueios normativistas. In: *Novos Estudos*, nº 91, Novembro 2011, pp. 05-20.

PAINE, Thomas. The Rights of Man, Part I. In: *Paine: Political Writings*. Edited by Bruce Kuklick. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy. In: *Ratio Juris*. Vol. 11 n° 1 March 1998a, pp. 38-50.

_____. Emmanuel Sieyes, Benjamin Constant et le gouvernement dès modernes. Contribution à l'histoire du concept de représentation politique. In: *Revue française de science politique*, 37 année, n°2, 1987. pp. 214-229.

_____. Sieyes et l'invention de la constitution en France. Éditions Odile Jacob: Paris, 1998b.

_____. The constitutional republicanism of Emmanuel Sieyes. In: FONTANA, Biancamaria (Org.). *The invention of the modern Republic*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 107-117.

PINZANI, Alessandro. Alienados e culpados: os cidadãos no republicanismo contemporâneo. In: *Ethic@*, v.9, n.2, Dez. 2010, pp. 267-288.

_____. Democracia x tecnocracia. Apatia e participação em sociedades complexas. *Lua Nova* (Impresso), 2013.

_____. Democratic constitutions and education to freedom. In: *Civitas*, v. 9, n. 3, set. – dez. 2009, pp. 472-495.

PONS, Alain. Condorcet: Science et philosophie du progrès. In: *Condorcet: Le condor des lumières*. Lektou, Vol. 3, n° 1, Printemps, 1993, pp. 93-109.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

_____. *Justiça e Democracia*. Seleção, Apresentação e Glossário de Catherine Audard. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O Liberalismo Político*. Tradução. Dinah de Abreu. Revisão da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Editora Ática, 2000b.

ROSANVALLON, Pierre. *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*. Paris: Gallimard, 2000.

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

ROTHSCHILD, Emma. *Economic Sentiments: Adam Smith, Condorcet and the Enlightenment*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.

ROUSSEAU, J.J. *O Contrato Social*. Trad. Antonio de Pádua Danesi, 3ªed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAINT-JUST. Fragmentos sobre as instituições republicanas. Tradução de Amaro Fleck, Cristina Foroni Consani e Fernando Coelho. In: *Ethic@* - Florianópolis v. 9, n. 2, Dez. 2010, pp. 157 – 387.

SAJÓ, András. *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*. Budapest, Hungary, New York, USA: Central European University Press, 1999.

SARTORI, Giovanni. Constitutionalism. A Preliminary Discussion. *The American Political Science Review*, Vol. 56, nº4, Dec., 1962, pp. 853-864.

SAUSSURE, F. de. *Curso de Linguística Geral*. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

SEELAENDER, Airton L. Cerqueira Leite. Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais. *Revista Sequencia*, nº 53, dez. 2006, pp. 197-232.

SIEYES, Emmanuel-Joseph. *A Constituinte Burguesa – Que é o Terceiro Estado?* Org. e introd. De Aurélio Wander Bastos, pref. de José Ribas Vieira, trad. de Norma Azeredo, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

_____. *Écrits politiques*. Choix et presentation de Roberto Zapperi. Bruxelles, Belgique: Edition des Archives Contemporaines S.R.L, 1994.

_____. *Opinion sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire*. 1975. Disponível em: <http://books.google.com.br>. Acesso em 21/12/2011.

_____. *Quelques idées de constitution applicables à la ville de Paris*. 1789. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k416898.r=.langPT>. Acesso em 21/12/2011.

_____. *Political Writings: including the debate between Sieyes and Tom Paine in 1791*. Edited, with an introduction and translated by Michael Sonescher. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. *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.

SPINOZA, Benedictus (Baruch) de. *Tratado Político*. Trad. N. de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1994.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton University Press, New Jersey, 2009.

_____. *Interest Groups in American Public Law*, 38 *Stanford L. Rev.* 29, 1985, pp. 29-87.

THOMAS, George. *The Madisonian Constitution*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2008.

TRIBE, Laurence H. *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitution Theories*. In: *Yale Law Journal*, v. 89, 1979/1980, pp.1063-1080.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should Legal Analysis Become?* London/New York: Verso, 1996.

URBINATI, Nadia. *Condorcet's Democratic Theory of Representative Government*. In: *European Journal of Political Theory*. SAGE Publications Ltd, Thousand Oaks and New Delhi, London: 2004; 3; pp. 53-75.

_____. *Representative Democracy. Principles and Genealogy*. Chicago: Chicago University Press, 2006.

VILE, M.J.C. *Constitutionalism and Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

WALDRON, Jeremy. A majority in the lifeboat. In: *Boston University Law Review*, Vol. 90, 2010, pp. 1043-1057.

_____. A right-based critique of constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 13, N° 1, 1993, pp. 18-51.

_____. Precommitment and Disagreement. In: L. Alexander, (org.). *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, pp. 271-299.

_____. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999a.

_____. *The Dignity of Legislation*. New York: Cambridge University Press, 1999b.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115, 2006, pp. 1346-1406.

_____. Constitutionalism – A Skeptical View. In: T. Christiano/ J. Christman (orgs.). *Contemporary Debates on Political Philosophy*. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, pp. 267-282.

WERLE, Denílson Luis; MELO, Rúrion Soares (orgs). *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

WILLIAMS, David. *Condorcet and Modernity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

WILLS, Garry. *Explaining America: The Federalist*. New York: Penguin Books, 2001.

WOOD, Gordon S. *The Creation of the American Republic 1776-1787*, 2ª Ed., Chapel Hill/London, The University of North Carolina Press, 1998.

YOUNG, H.P. Theory of Voting. In: *The American Political Science Review*, Vol. 82, nº 4, Dec., 1988, pp.1231-1244.