

UNIVERSIDADE  
AUTÓNOMA  
DE LISBOA



**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**  
**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA**  
**“LUÍS DE CAMÕES”**

**NEORREPUBLICANISMO E CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E PORTUGAL**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Thiago Brhanner Garcês Costa

Orientador: Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário

Número do candidato: 2016/1372

**Novembro de 2021**

**Lisboa**

UNIVERSIDADE  
AUTÓNOMA  
DE LISBOA



# **NEORREPUBLICANISMO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E PORTUGAL**

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Autônoma de Lisboa  
como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas

Professor Doutor PEDRO TROVÃO DO ROSÁRIO, *orientador*

**Novembro de 2021**

**Lisboa**

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiro a Deus, que nos livrou do frio, do medo, da saudade e nos manteve vivos, apesar da tragédia passada pela humanidade.

À minha família, minha mãe, Edivaldina, meu pai, João, minha esposa e filhas, minhas Marias, Leoíza, Elis e Cecília, por tudo e por sempre.

À UAL, seus docentes e a todos os colaboradores, pelo carinho, acolhimento e eterna amizade da casa amarela.

Aos colegas, que enfrentaram o Atlântico para uma empreitada inesquecível, cujo caminho já valeu mais que a chegada.

A todos, muito obrigado.

## **RESUMO**

A presente pesquisa tem como objetivo apresentar, explorar e (re)discutir o princípio republicano, como postulado ou critério de controle de constitucionalidade e de interpretação constitucional, fazendo-o com cotejo no legado do pensamento neorrepblicano para o direito público, no Brasil e em Portugal, tendo por forte influência a doutrina estadunidense e a comparação das jurisprudências das respectivas Cortes Constitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Brasil; Portugal; Estados Unidos; Controle; Constitucionalidade; Republicanismo; Neorrepblicanismo; Direito Público.

## **ABSTRACT**

This research aims to present, explore and (re)discuss the republican principle, as a postulate or criterion for the control of constitutionality and constitutional interpretation, comparing it to the legacy of neo-republican thought for public law, in Brazil and in Portugal, having as a strong influence the American doctrine and the comparison of the jurisprudence of the respective Constitutional Courts.

**KEYWORDS:** Brazil; Portugal; United States; Control; Constitutionality; Republicanism; Neo-Republicanism; Public Law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO – A REPÚBLICA COMO POSTULADO DA ORDEM CONSTITUCIONAL E SUAS DIFICULDADES.....</b>	<b>6</b>
<b>1 O DEBATE REPUBLICANO CONTEMPORÂNEO: NOVOS APORTES PARA UMA REINTERPRETAÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE REPÚBLICA.....</b>	<b>14</b>
1.1 REPUBLICANISMO CONTEMPORÂNEO: ORIGENS, PRINCIPAIS RAMIFICAÇÕES E TEMAS CENTRAIS .....	15
1.1.1 Republicanismo aristotélico ou neoateniense.....	16
1.1.2 Republicanismo neorromano.....	20
1.2 O NEORREPUBLICANISMO JURÍDICO ESTADUNIDENSE E O PROBLEMA DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA SUPREMA CORTE .....	23
1.2.1 A Visão de Ackerman .....	24
1.2.2 A visão de Michelman.....	26
1.3 REPUBLICANISMO, TEORIA CRÍTICA E O RECONHECIMENTO COMO FUNDAMENTO DA JUSTIÇA E DA LIBERDADE .....	33
1.4 UM NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL: SEGURANÇA, DIVERSIDADE, E SOLIDARIEDADE, AO INVÉS DE LIBERDADE, IGUALDADE E FRATERNIDADE .....	43
1.5 REPUBLICANISMO E AUTORITARISMO: O FANTASMA DE CARL SCHMITT .....	56
<b>2 FORMA REPUBLICANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL E NA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: PEQUENO ESTUDO COMPARATIVO.....</b>	<b>72</b>
2.1 O REPUBLICANISMO “EVASIVO” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	76
2.2 O REPUBLICANISMO <i>NON-JUSTICIABLE</i> E A <i>POLITICAL QUESTIONS DOCTRINE</i> DA U.S. SUPREME COURT .....	90
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>104</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>108</b>

## INTRODUÇÃO – A REPÚBLICA COMO POSTULADO DA ORDEM CONSTITUCIONAL E SUAS DIFICULDADES

O Direito Constitucional brasileiro reclama a delimitação de um conceito juridicamente operável de *república* – ou, para sermos fiéis à expressão empregada pelo legislador constituinte originário, da *forma republicana* que deve caracterizar a conformação jurídico-política do Estado brasileiro. É algo que deflui, de forma imediata, da redação do art. 34, VII, ‘a’, da Constituição da República Federativa do Brasil, um dispositivo que, junto a outros, dá fundamento à chamada representação interventiva, forma de controle da constitucionalidade. O Direito Constitucional Português, por sua vez, que se vale de idêntica expressão ao tratar dos limites materiais à ação do legislador constituinte derivado, igualmente demanda que a ideia de forma republicana seja aquilatada juridicamente, haja vista, em especial, o conteúdo do art. 288º, b, da Constituição da República Portuguesa.

O trabalho que desenvolveremos adiante tem a ver com esses fatos e com uma dupla tarefa que, a partir deles, se nos afigura necessária, a saber: 1) definir os contornos conceituais de uma ideia de república no plano jurídico abstrato, segundo o estado atual da reflexão sobre o tema; e 2) distinguir e descrever sistematicamente os diferentes modos pelos quais os diferentes ordenamentos jurídicos, especialmente de Portugal e do Brasil, fixam as balizas normativas dos conceitos operativos de forma republicana, nos respectivos contextos. O resultado dessa empreitada deve ser um conjunto articulado de reflexões capaz de orientar a ação interpretativa dos tribunais constitucionais em sua tarefa de realizar o controle da constitucionalidade no tocante ao tema.

A decisão de investigar o conceito jurídico da forma republicana originou-se de uma primeira e persistente impressão de que os manuais e os tratados de Direito Constitucional eram, praticamente todos, parcimoniosos demais, exíguos demais no tratamento dispensado à questão, na maioria das vezes fazendo apenas referências tópicas a ideias de longa data *associadas* ao tema: tripartição de poderes, periodicidade dos mandatos políticos, responsabilidade dos agentes públicos, prestação de contas, fiscalização e controle popular etc. Esse enfoque comum, além de normalmente superficial, ao conceber a república como um amalgamado de muitas instituições heterogêneas, fazia com que o chamado *princípio republicano* acabasse por englobar muitos sentidos diversos, embora nenhum

sentido próprio seu. Ataliba<sup>1</sup>, por exemplo, coloca sob a proteção do princípio republicano, *além* dos institutos e mecanismos citados acima, também o regime presidencial, o regime de competências do Congresso Nacional, a competência regulamentar do Executivo, a ideia de segurança do direito, e mesmo a autonomia municipal. Essa amplitude demasiada, no nosso sentir, torna a formulação nebulosa, opaca, conceitual e juridicamente. Nossa indagação básica, pois, é sobre se seria possível torná-la mais clara.

Além disso, com a realização do plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da atual Constituição brasileira, que confirmou a preferência popular por um regime republicano, e a redação do art. 60, § 4º, dessa mesma Constituição, que fixa os limites materiais do poder constituinte derivado *e exclui nominalmente a forma republicana dentre estas*, criou-se uma situação curiosa. A forma republicana, que foi ratificada em plebiscito de índole constitucional, ainda assim não mais fazia parte do rol de limites materiais à ação das emendas à Constituição, como fez durante praticamente todo o período republicano. A Constituição brasileira de 1988, desse modo, se juntava, espantosamente, à constituição autoritária de 1937, única anterior a ela, desde 1891, a deixar a forma republicana ao desabrigo das cláusulas pétreas<sup>2</sup>. Como interpretar isso?

Meramente afirmar, como faz Ataliba<sup>3</sup>, que a república permaneceria, de toda forma, entre as cláusulas pétreas, por ser, em síntese, uma junção de forma federativa, voto secreto, direto, universal e periódico, separação de poderes e direitos individuais, nos parece uma resposta insatisfatória. Monarquias funcionais podem conviver, e convivem na maioria dos casos atuais, com todas ou a maior parte dessas instituições. Ademais, não fica claro como se seleciona, dentre a multiplicidade de institutos correlatos que se conjugam

---

<sup>1</sup> ATALIBA, Geraldo – **Instituições de Direito Público e República**. São Paulo: Edição mimeografada, 1984; id. – **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

<sup>2</sup> A ver: **1891** – **art. 90, § 4º** (“Art 90 - A Constituição poderá ser reformada, por iniciativa do Congresso Nacional ou das Assembléias dos Estados. § 4º - Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a **forma republicano-federativa**, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado”); **1934** – **art. 7º, I, a** (“Art 7º - Compete privativamente aos Estados: I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: a) **forma republicana representativa**”), e **178, § 5º** (“Art 178 - A Constituição poderá ser emendada, quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado [arts. 1 a 14, 17 a 21]; a organização ou a competência dos poderes da soberania [Capítulos II III e IV, do Título I; o Capítulo V, do Título I; o Título II; o Título III; e os arts. 175, 177, 181, este mesmo art. 178]; e revista, no caso contrário. § 5º - Não serão admitidos como objeto de deliberação, projetos tendentes a abolir a **forma republicana federativa**”); **1946** – **art. 217, § 6º** (“Art 217 - A Constituição poderá ser emendada. § 6º - Não serão admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação ou a **República**”); **1967** – **art. 50, § 1º** (“Art 50 - A Constituição poderá ser emendada por proposta: § 1º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a **República**”); e **1969** – **art. 47, § 1º** (“Art. 47. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 1º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a **República**”)

<sup>3</sup> ATALIBA, Geraldo, op. cit., 1984, p. 38.

comumente na ideia, segundo o esquema proposto pelo próprio Ataliba, o que entra e o que não entra nessa definição de *princípio republicano*.

Seja como for, o fato é que, concretamente, temos ainda aquela forma republicana do art. 34, VII, ‘a’, como salvaguarda do sistema federativo, erigida à condição de princípio constitucional sensível, cuja inobservância pode deflagrar a já citada *representação interventiva*, procedimento de competência originária do Supremo Tribunal Federal que tem como legitimado ativo o Procurador-Geral da República, detentor de discricionariedade e autonomia para propor a ação. Cuida-se, portanto, de uma questão manifestamente viva no direito positivo brasileiro – como, de resto, no português também, embora num sentido algo diverso.

A referência à noção de republicanidade, é verdade, se tornou bem mais comum no debate político brasileiro ao longo de todo o período da Nova República e, mais recentemente, muito a propósito de questões atinentes ao combate à corrupção, aos privilégios, à desigualdade e à apropriação do público pelo privado, aparecendo até mesmo em decisões judiciais. Na literatura especializada, contudo, em especial a lusófona, muito pouco se falou sobre a temática da forma republicana como noção *jurídica*, menos ainda de maneira sistemática, consistente, dedicada e extensiva, com honrosas e preciosas exceções<sup>4</sup>. No caso particular brasileiro, os juristas, mesmo estimulados pelo advento da Constituição de 1988 a refletir mais detidamente sobre o que poderia significar aquela Nova República, sob cujo signo a nascente ordem constitucional se inaugurava, acabaram por relegar a questão a um plano secundário, dando a entender que se tratava de algo claro por si, autoevidente.

---

<sup>4</sup> Na literatura jurídica brasileira, como monografias dedicadas ao assunto, destacam-se notavelmente o já citado Geraldo Ataliba (**Instuições de Direito Público e República**. São Paulo: Edição mimeografada, 1984; **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985). Também de mencionar-se, como obra monográfica que enfoca de modo específico a questão da forma republicana, o livro de Cármen Lúcia Antunes Rocha (**República e Federação no Brasil – Traços Constitucionais da Organização Política Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997). Alguns artigos e capítulos de livros jurídicos mais recentes buscam, igualmente, delimitar os contornos normativos da ideia de república e republicanidade, dentre os quais podemos citar PILATTI, Adriano – O Princípio Republicano na Constituição de 1988. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.) – **Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 129-136; LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo – Reflexões em torno do princípio republicano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Vol. 100, p. 189-200, 2005; e SARMENTO, Daniel – **Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. No Direito Constitucional português, Canotilho, nas edições anteriores a 1997 de seu “Direito Constitucional”, dedicava o breve Capítulo 4 da Parte IV (“Padrões Estruturais do Direito Constitucional Vigente”) ao problema do princípio republicano. A partir de 1997, quando a obra é refundida como “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, o tema é tratado no Capítulo 2 (“A República Portuguesa”) do Título I (“Constituição, República e Estado na Ordem Jurídico-Constitucional de 1976) da Parte III (“Padrões Estruturais do Direito Constitucional Vigente”) do livro. Consultando, no ponto, a bibliografia citada por este autor referencial, verifica-se, porém, que *não há* citações de nenhuma obra *jurídica* sobre a ideia de forma republicana em língua portuguesa, senão daquelas que fazem a *historiografia* da ideia *política* de república em Portugal. Vide tb. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Por outro lado, desde meados dos anos 70 do século passado, principalmente nos campos da historiografia, da ciência política e da filosofia, e a partir, inicialmente, do ambiente acadêmico estadunidense, um renovado interesse teórico acerca do impacto das ideias republicanas sobre a formação das instituições democráticas gerou uma cascata de estudos sobre virtudes cívicas, vida pública e organização da comunidade política. Guiando-se pelas obras seminais de Pocock<sup>5</sup>, Skinner<sup>6</sup> e Pettit<sup>7</sup>, entre outros, diversos trabalhos posteriores retomaram o caminho das ideias políticas republicanas, desde suas origens remotas no renascimento italiano, até insuspeitas e relevantes implicações presentes<sup>8</sup>. A discussão extrapolou os círculos de historiadores, filósofos, cientistas políticos e juristas<sup>9</sup> do mundo anglo-norte-americano e se desenvolveu também no âmbito da filosofia política europeia continental. Atestam-no, por exemplo as discussões que se desdobraram a partir de uma base de reflexões comuns da teoria crítica frankfurtiana, envolvendo reconhecimento, identidade coletiva, *ethos* democrático, patriotismo constitucional e cidadania ativa<sup>10</sup>.

No Brasil, prolongamentos desse debate se desenvolveram, sobretudo, nos quadrantes da filosofia e da ciência política, pelos trabalhos de autores como Bignotto<sup>11</sup>, Cardoso<sup>12</sup>, Ribeiro<sup>13</sup>, entre outros. Estes autores vislumbraram no reflorescimento do ideário

---

<sup>5</sup> POCOOCK, John Greville Agard – **The Machiavellian Moment – Florentine Republican Thought and the Atlantic Republican Tradition**, Princeton: Princeton University Press, 1975; id. – **Political thought and History – Essays on Theory and Method**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

<sup>6</sup> SKINNER, Quentin – **The Foundations of Modern Political Thought: the Renaissance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1978. Vol. 1-2; id. – The State. In GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip (ed.) – **Contemporary Political Philosophy – An Anthology**. Oxford; Cambridge: Blackwell Publishers, 1997. p. 3-25.

<sup>7</sup> PETTIT, Philip – **Republicanism: A Theory of Freedom and Government**. Oxford: Oxford University Press, 1997.

<sup>8</sup> Cf., p. ex., PANGLE, Thomas L. – The Spirit of Modern Republicanism: The Moral Vision of the American Founders and the Philosophy of Locke. **Transactions of the Charles S. Peirce Society**. Vol. 25, n.º 3, p. 370-373, 1988; TAYLOR, Charles – **Philosophical Arguments**. Harvard: Harvard University Press, 1995; MACINTYRE, Alasdair – **Liberalism and the limits of justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988; SANDEL, Michael – **Liberalism and the Limits of Justice**. 2nd. ed. Cambridge: University Press, 1998; id. – The Constitution of the Procedural Republic: Liberal Rights and Civic Virtues. **Fordham Law Review**. Vol. 66, n.º 1, p. 1-20, 1997; e WALZER, Michael – **Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad**. Indiana: University of Notre Dame, 1994. É aqui que se introduz o debate sobre o chamado *comunitarismo*.

<sup>9</sup> Algumas das obras associadas a esse republicanismo no campo jurídico, nos EUA, são de ACKERMAN, Bruce – The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. **Yale Law Journal**. Vol. 93, p. 1013-1072, 1984. SUNSTEIN, Cass – The Law of Group Polarization. **The Journal of Political Philosophy**. Vol. 10, n.º 2, p. 175-195, 2002; SHERRY, Suzanna – Civic Virtue and the Feminine voice in constitutional Adjudication. **Virginia Law Review**. Vol. 72, p. 543-616, 1986; e MICHELMAN, Frank I. – Law’s Republic. **Yale Law Journal**. Vol. 97, n.º 8, p. 1493-1537, 1988; id. – **Brennan and Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 1999, principalmente deste último.

<sup>10</sup> Honneth, Habermas, Fraser etc.

<sup>11</sup> BIGNOTTO, Newton – **Maquiavel republicano**. São Paulo: Loyola, 1991; id. – **Origens do Republicanismo Moderno**. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

<sup>12</sup> CARDOSO, Sérgio (org.) – **Retorno ao Republicanismo**. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

<sup>13</sup> RIBEIRO, Renato Janine – **A República**. São Paulo: Publifolha, 2001.

republicano possibilidades para a construção de uma via participativa de transformação e proteção das instituições públicas políticas, contra os avanços deletérios do patrimonialismo individualista e das intenções corrompidas de interesses privados inescrupulosos contra interesses públicos fundamentais. Aqui, também, cuidava-se de, percorrendo a trilha aberta pela revisão moderna do republicanismo, opor uma concepção substantiva de democracia, calcada no pressuposto do compartilhamento social de noções e aspirações comuns de bem viver, que serviriam como pano de fundo e lastro das próprias normas constitucionais – a uma concepção formal, ou procedimental, de democracia, baseada na ideia de que a mera obediência aos *procedimentos* legais pelos quais se operacionalizam os mecanismos decisórios da democracia seria suficiente para proteger o interesse e a finalidade públicos, entendidos como expressão da vontade geral. Este *ethos* particular seria indispensável para a formação do tipo de cultura política capaz de possibilitar uma adequada realização da democracia, na medida em que os procedimentos que instrumentalizam essa última, sozinhos, restariam incompletos sem determinados compromissos substantivos básicos, pressupostos seus.

Mas o fato é que essa corrente de questionamentos e reflexões, a que nos referiremos de forma ampla como *republicanismo contemporâneo*, ou *neorrepublicanismo*, passou, em grande medida, à margem da agenda intelectual dos juristas brasileiros – e, ao que tudo indica, também da dos portugueses, em seu contexto e por suas razões próprias<sup>14</sup>. Isso não significa, porém, que certos aspectos da temática republicana não tenham sido contemplados na seara jurídica. Pelo menos *um* aspecto fundamental do republicanismo, antigo e moderno, acaba por ser reintroduzido no direito positivo e na glosa doutrinária brasileira por outra via, a saber, como princípio da moralidade administrativa.

Com efeito, a tradição do pensamento republicano se consagra, em grande medida, como uma reflexão sobre a ética e sobre as virtudes cívicas no âmbito da ação política<sup>15</sup>. E é justamente a um tipo de consumação dessa ética que se visa, em última instância, ao lançar-se mão da *moralidade administrativa* como ferramenta jurídica de controle institucional. A introdução desse princípio pressupunha que a nova institucionalidade dos direitos fundamentais, individuais, coletivos e sociais, e das instâncias representativas e participativas da democracia, deveria se conformar a certa *ética pública*, ou seja, a uma exigência latente de que os cidadãos, notadamente aqueles encarregados de exercer funções estatais, devessem agir sempre imbuídos de *valores cívicos* e *espírito público*. Trata-se, a toda

---

<sup>14</sup> Questão da “conexão ítalo-atlântica”

<sup>15</sup> Cf., p. ex. BIGNOTTO, Newton – **As aventuras da virtude**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

evidência, de uma tese republicana, ainda que não reconhecida e tratada como tal. Nesse sentido, a introdução, na Constituição Federal de 1988, da *moralidade administrativa*, erigida ao patamar de princípio jurídico a reger toda a administração pública, dá densidade jurídica à exigência que a tese republicana expressa.

De toda sorte, assim como em relação à própria discussão sobre forma republicana como conceito jurídico, o debate republicano contemporâneo também permaneceu desconectado de praticamente tudo que se produziu sobre moralidade administrativa no Brasil.

O ordenamento jurídico português, a seu turno, não estatui a moralidade como categoria jurídica aplicável à administração pública, e a jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal mostra mesmo uma boa dose de desconfiança com relação a possíveis moralismos decorrentes dessa inoculação da moralidade no Direito (cf. p. ex., o recente Acórdão n.º 341/2021). A própria questão da forma republicana parece não ter exigido, até aqui, maiores problematizações: uma consulta simples à jurisprudência do Tribunal Constitucional revela que nenhum acórdão daquele órgão faz menção ao art. 288º, b, da Constituição da República Portuguesa<sup>16</sup>. E pode ser, de fato, que o tópico nunca venha a reclamar qualquer atenção mais detida dos tribunais portugueses – o que de modo algum infirma a indagação quanto a se a teoria pode prover meios para configurar uma noção jurídica mais bem definida para o princípio republicano, que possa vir a ser útil, eventualmente. É o próprio Canotilho<sup>17</sup>, aliás, que indica a necessidade de se empreender uma reconfiguração do princípio republicano na discussão constitucional atual, referenciando-se, justamente, pelas fontes do republicanismo moderno. Para ele, o modo tradicional de compreender a República merece ser revisado. Com isso, colocar-nos-íamos em consonância com o *republican turn* ou *republican revival*, que hoje se desdobra no direito constitucional, na história das ideias e na filosofia política.<sup>18</sup>

O intento dessa investigação, assim, pode ser resumido na seguinte fórmula: seguir e desenvolver a proposição de Canotilho<sup>19</sup>, e assim, pois, situar a discussão propriamente jurídica de tal forma republicana – exigida, de modos distintos, tanto do Estado brasileiro quanto do português – em relação às balizas demarcadas pelo debate

---

<sup>16</sup> Dos dois únicos acórdãos do Tribunal Constitucional de Portugal que se referem ao art. 288º, o acórdão 84/18 alude à alínea d), e o acórdão 612/11 se refere à alínea f).

<sup>17</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 223.

<sup>18</sup> Canotilho (ibid., loc. cit.) opta por contornar a discussão teórica, ao pretender “captar os *traços constitutivos* da República Portuguesa sem sobrecarregar o discurso expositivo com discussões teóricas”.

<sup>19</sup> Ibid., loc. cit.

contemporâneo sobre a influência e o legado filosófico-político-jurídico do pensamento republicano. A hipótese de que partimos é modesta: a aproximação entre a teoria constitucional e a teoria republicana contemporânea pode nos oferecer, no mínimo, uma perspectiva *diferente* desde onde, talvez, nos seja possível compreender mais claramente o que está compreendido naquela forma republicana protegida constitucionalmente, aqui e alhures.

Assim, nosso objetivo será alcançado se formos capazes de sedimentar teoricamente uma reavaliação crítica do conteúdo jurídico operativo da ideia de república, ou, alternativamente, demonstrar por que isso não seria possível ou desejável, ou ainda que se faz só até determinado ponto. De todo modo, se é certo que as principais frentes de releitura do princípio republicano se localizam nos domínios da filosofia, da ciência política e da historiografia dos conceitos, e não do direito constitucional ou da teoria jurídica, também nos parece certo que o conhecimento estruturante do direito deva incorporar, ainda que de forma necessariamente seletiva, resultados consistentes obtidos em outros níveis de reflexão. Importa, assim, compreender como se pode tornar esta interpenetração compatível com a tarefa de circunscrever a forma republicana e útil para ela, *em termos de direito positivo*.

Para tanto, propomos fornecer um tratamento sistemático do assunto, seguindo um trajeto que passa pelos seguintes pontos:

- 1) reconstrução do debate republicano atual, enfatizando seu conteúdo normativo, de modo a colocar o panorama intelectual do problema;
- 2) observação, comparativamente, de como as cortes constitucionais americana, portuguesa e brasileira têm tratado a forma republicana em sua jurisprudência; e
- 3) apontar se, e de que modos, a releitura moderna do republicanismo pode nos ajudar, no campo normativo constitucional, a obter resultados mais consonantes com os ideais de um constitucionalismo.

A vertente pesquisa tem como justificativa buscar esclarecer a atual conjuntura jurídico-política para análise da forma republicana contemporânea, utilizada como critério para controle de constitucionalidade das leis, bem como seu modo de interpretação constitucional. Por isso, são feitas reflexões sobre os recentes (anos 80 até hoje) estudos acerca pensamento neorrepublicano para o direito público, com enfoque principal nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Tudo isso levando em consideração a forte influência da doutrina estadunidense, fértil campo de discussão sobre tema.

O objetivo geral importa, eminentemente, na análise da forma republicana como pilar para a ordem constitucional e os obstáculos para a sua definição teórica e jurídica. Já os objetivos específicos consistem no estabelecimento de critérios para a reinterpretação do conceito jurídico de república, análise do ideário republicano expressado na jurisprudência das cortes constitucionais com o estudo comparativo doutrinário e jurisprudencial das Cortes Constitucionais de Portugal, Brasil e Estado Unidos.

A metodologia utilizada foi a dedutiva com procedimento expositivo e discursivo, para tanto lançamos mão de ampla literatura de conteúdo *on-line* e material físico, como artigos e livros. Para a pesquisa, as palavras-chave foram, basicamente: república, neorrepublicanismo, Brasil, Portugal, Estados Unidos, controle, constitucionalidade e direito público.

Essas palavras pesquisadas, isolada ou conjuntamente, tiveram o efeito prático de gerar inúmeras publicações, o que nos fez adotar como critério principal o papel da ideia de república para a interpretação constitucional, bem assim o manuseio de conteúdo de natureza gratuita de língua portuguesa e inglesa.

Diante desse panorama, fizemos a seleção dos textos mais afetos à discussão contida nesta pesquisa e filtramos aqueles que mais se alinhavam à principal discussão: o papel do conceito república como método efetivo de hermenêutica constitucional.

A pesquisa é dividida em introdução, dois capítulos e conclusão.

No primeiro capítulo, expomos, de logo, a necessidade de rediscussão do conceito jurídico de república, através da análise e apreciação do republicanismo contemporâneo, suas origens e principais ramificações e temas centrais; o neorrepublicanismo jurídico estadunidense e o problema da legitimação democrática da Suprema Corte; o republicanismo, com ênfase no seu reconhecimento como fundamento da justiça e da liberdade; o novo paradigma constitucional, expressado nos fundamentos de segurança, diversidade e solidariedade, em vez de liberdade, igualdade e fraternidade; e em conclusão ao capítulo, tratamos do debate sobre o fantasma de Carl Schmitt.

No segundo capítulo, fazemos um breve estudo comparativo da forma republicana na jurisprudência das cortes constitucionais: Suprema Corte Estadunidense, Supremo Tribunal Federal no Brasil e Tribunal Constitucional de Portugal.

Em conclusão, expomos a real necessidade de uma renovação do conceito de república, a fim de que cesse a inquietude quanto à necessidade de reformularmos ou mesmo redefinirmos a noção de *república* e de *republicanismo*, como referencial categórico constitucional.

# 1 O DEBATE REPUBLICANO CONTEMPORÂNEO: NOVOS APORTES PARA UMA REINTERPRETAÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE REPÚBLICA

Após pontuarmos, na introdução, as razões para que se sustente ainda o interesse sobre a temática republicana desde o ponto de vista do direito constitucional, apresentaremos agora, de forma esquemática, um panorama do republicanismo contemporâneo, fazendo um mapeamento das principais correntes de ideias e obras do ressurgimento republicano recente, com especial ênfase em seus aspectos juridicamente mais relevantes. Nossa intenção é fornecer aportes para que se pense de que forma o conceito jurídico de *república* pode, se pode, ser reinterpretado de acordo com o estado atual da arte na reflexão filosófico-política sobre o tema.

Para tanto, desenvolveremos um percurso dividido em cinco partes, no qual:

1) mostraremos as origens, as ramificações principais, os argumentos-chave e os motivos centrais do neorrepublicanismo na teoria política, filosófica e histórica;

2) analisaremos a contribuição do neorrepublicanismo jurídico estadunidense, suas ideias básicas, autores e obras – especialmente o trabalho de Michelman<sup>20</sup>.

3) exploraremos as interações entre republicanismo e a filosofia crítica frankfurtiana, primeiramente numa discussão sobre o modelo social de liberdade individual da teoria do reconhecimento de Honneth<sup>21</sup>;

4) num segundo momento, e ainda seguindo os pontos de contato entre teoria crítica e republicanismo, analisaremos a proposta de um novo paradigma constitucional, expresso na fórmula de Denninger<sup>22</sup>; e

5) por fim, discutiremos uma das acusações, ou a principal delas, dirigidas contra o cerne das teses republicanas, ou seja, sua caracterização como uma teoria autoritária

Nessa segunda parte da dissertação, voltaremos a atenção para a continuação do tema republicano no séc. XX, segundo a perspectiva de um diálogo entre o direito constitucional e da filosofia política.

---

<sup>20</sup> MICHELMAN, Frank I. – Law’s Republic. **Yale Law Journal**. Vol. 97, n.º 8, p. 1493-1537, 1988; id. – **Brennan and Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

<sup>21</sup> HONNETH, Axel – Gerechtigkeit und kommunikative Freiheit: Überlegungen im Anschluss an Hegel. In MERKER, Barbara; MOHR, Georg; QUANTE, Michael (ed.) – **Subjektivität und Anerkennung. Paderborn: Mentis Verlag, 2004.** p. 213-227; id. – **The Struggle for Recognition – The Moral Grammar of Social Conflicts**. Cambridge: The MIT Press, 1996.

<sup>22</sup> DENNINGER, Erhard – “Security, Diversity, Solidarity” Instead of “Freedom, Equality, Fraternity”. **Constellations**. Vol. 7, n.º 4, p. 507-521, 2000; id. – ‘Segurança, Diversidade e Solidariedade’ ao invés de ‘Liberdade, Igualdade e Fraternidade’. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. N.º 88, p. 21-46, dez. 2003.

## 1.1 REPUBLICANISMO CONTEMPORÂNEO: ORIGENS, PRINCIPAIS RAMIFICAÇÕES E TEMAS CENTRAIS

O renascimento contemporâneo do republicanismo tem início como um trabalho de resgate histórico de uma esquecida tradição do pensamento ocidental. Desafiando a visão convencional de que a modernidade liberal, no mundo anglo-americano, exsurge de uma ideologia Lockeana dos direitos naturais, historiadores revisionistas mostraram que havia uma tradição republicana coerente, que partia do humanismo cívico neoclássico da Itália renascentista – ilustrado de forma poderosa em Maquiavel – e chegava até as obras de James Harrington e os *Commonwealthmen* (John Milton, Marchamont Nedham, Algernon Sidney, Henry Neville), alcançando, mais tarde, até Jean-Jacques Rousseau e James Madison. Essa tradição, segue o argumento central, influenciou profundamente o pensamento inglês até o final do século XVIII, e foi uma força inspiradora para a Revolução Americana.

O novo republicanismo, como o antigo, está centrado nos temas da *liberdade* (1), da *participação política* (2), da *virtude cívica/corrupção* (3) e do *autogoverno* (4). Todos esses temas têm levantado muitas discussões entre os estudiosos, e a importância relativa de cada um deles em relação aos demais é objeto de intensa disputa. Assim, não por acaso, muitos evitam uma referência unívoca ao republicanismo, preferindo indicar pontualmente, em cada caso, as diversas correntes em seu interior, que se diferenciam em função do valor e da significância atribuídos aos referidos eixos temáticos. A existência dessas múltiplas abordagens ao republicanismo se compreende facilmente, quando temos em vista que todo o périplo do pensamento republicano moderno se faz em contraponto com as ideias liberais. Na medida em que a compreensão do liberalismo varia entre os neorrepublicanos, também variam consideravelmente as compreensões que estes sustentam do próprio republicanismo. O liberalismo, do mesmo modo que o republicanismo, não consegue se definir como um conjunto delimitado de postulados essenciais, como uma enumeração cabal princípios teóricos. Por conta disso, Ovejero<sup>23</sup>, oferecendo uma visão sintética do panorama assim posto, diz-nos que cada corrente neorrepublicana “destaca um aspecto diferente do liberalismo: democracia indireta (Arendt), os direitos individuais como proteção (Pocock), a democracia ‘negocial’ (Sunstein), a liberdade negativa (Pettit), a neutralidade do Estado [...] (Sandel). Consequentemente, para desenhar o republicanismo, cada qual coloca a tônica num princípio

---

<sup>23</sup> OVEJERO LUCAS, Félix – **Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo.** Buenos Aires; Madrid: Katz, 2008, p. 348-349.

distinto: a autorrealização e a participação (Arendt), a virtude e os deveres cívicos (Pocock), a deliberação (Sunstein), a liberdade (Pettit), o autogoverno e o patriotismo (Michael Sandel)”.

Isso não obstante, podemos identificar, numa distinção que é a um mesmo tempo genealógica e teórica, duas grandes vertentes do republicanismo: antigo e moderno. A primeira, capitaneada por Pocock<sup>24</sup>, compartilha a preocupação aristotélica com a vida boa e argumenta que os seres humanos só podem realizar sua natureza como “animais políticos” através da participação ativa em comunidades autogovernadas. Esta leitura do republicanismo tornou-se intimamente ligada a escritores como Sandel<sup>25</sup> e Taylor<sup>26</sup>, que defendem uma leitura chamada neoateniense do republicanismo, com forte inclinação cívico-humanista. A segunda, dita neorromana, que tem como fautores Skinner<sup>27</sup> e, sobretudo, Pettit<sup>28</sup>, centra sua discussão no problema da liberdade enquanto não dominação, como veremos adiante.

### 1.1.1 Republicanismo aristotélico ou neoateniense

Para a primeira vertente, em resumo, o modelo ideal das comunidades políticas deve ser buscado em Atenas, a *polis* grega na qual surgiu a própria democracia, e a autoridade clássica a que se atribuem suas concepções básicas é Aristóteles<sup>29</sup>, e sua *Política*, onde enuncia a famosa fórmula segundo a qual “o homem é por natureza ‘zoon politikon’, um animal político”. De acordo com o republicanismo que remonta a essa linhagem, uma *vida ativa*, não uma *vida contemplativa*, é o que se deve buscar ter, para alcançar a maior felicidade possível, ou o bem supremo da vida humana. Dito de outra forma, a visão aristotélica está em que o mais valioso na vida humana não seria buscar a revelação divina por meio da fé religiosa, nem encontrar a verdade objetiva por meio da reflexão filosófica, mas *participar positivamente na arena política, com virtude cívica, e deliberar o bem comum junto com os concidadãos de sua república*. A vida ideal, de acordo com essa corrente, se dá em uma pólis livre, como observada em comunidades políticas democráticas tal qual a antiga

---

<sup>24</sup> POCOCK, John Greville Agard – **The Machiavellian Moment – Florentine Republican Thought and the Atlantic Republican Tradition**, Princeton: Princeton University Press, 1975; id. – **Political thought and History – Essays on Theory and Method**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

<sup>25</sup> SANDEL, Michael J. – The Constitution of the Procedural Republic: Liberal Rights and Civic Virtues. **Fordham Law Review**. Vol. 66, p. 1-30, 1997, p. 24-25.

<sup>26</sup> TAYLOR, Charles – **Philosophical Arguments**. Harvard: Harvard University Press, 1995, p. 192.

<sup>27</sup> SKINNER, Quentin – **The Foundations of Modern Political Thought: the Renaissance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1978. Vol. 1-2.

<sup>28</sup> PETTIT, Philip – **Republicanism: A Theory of Freedom and Government**. Oxford: Oxford University Press, 1997.

<sup>29</sup> ARISTÓTELES – **Política**. Livro I. Tradução António Campelo Amaral e Carlos Gomes. Edição Bilingue. Belo Horizonte: Vega, 1998, p. 53, 1253a.

Atenas, onde as pessoas *governavam a si próprias e não eram dominadas* por déspotas ou potências estrangeiras.

Alguns dos estudiosos modernos que podemos apontar como representativos, em alguma medida, desta vertente do republicanismo, seriam Arendt<sup>30</sup>, Pocock<sup>31</sup>, Sandel<sup>32</sup>, Taylor<sup>33</sup>, Michelman<sup>34</sup> e Sunstein<sup>35</sup>. Essa corrente ou linhagem é conhecida na discussão atual como *neoateniense* por causa da expressão usada por Pettit<sup>36</sup>, em sua influente obra, para nomear a vertente a que se opunha, como *neorromano*.

É preciso termos clareza quanto a que a principal distinção entre essas duas grandes vertentes neorrepúblicas se dá em torno da concepção de *liberdade*. Dito de forma sucinta, os *neoatenienses* consideram a liberdade como *autogoverno*, ao passo que os neorromanos a concebem como ausência de dominação, como veremos. De um ponto de vista genealógico, conforme já mencionamos, a ideia de autogoverno remonta à política democrática da Grécia antiga e implica um governo direto dos cidadãos. Nesse contexto, a famosa fórmula aristotélica pode ser considerada como designativa das características de cidadãos que se autogovernam – e que, dessa forma, são livres. Como observa Pocock<sup>37</sup>, o bem supremo, para Aristóteles, estava em que os cidadãos, a partir de posições relativas equitativas, participassem ativamente da arena política e decidissem, por meio da discussão pública, o que é o bem comum para si. Assim, a mais elevada forma de vida humana concebível era a do cidadão que governava como chefe de seu *oikos*, ou família, e governava e era governado como membro de uma comunidade de iguais, tomando decisões vinculativas para todos.

É essa visão aristotélica da liberdade que está na base das concepções republicanas neoatenienses. Para eles, o autogoverno é o bem supremo e, ao mesmo tempo, a atividade essencial do ser humano – ou seja, o autogoverno possui um valor intrínseco próprio. Essa visão é frequentemente apresentada como contraposta à do liberalismo

---

<sup>30</sup> ARENDT, Hannah – **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012; id. – **Sobre a revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

<sup>31</sup> POCOCK, John Greville Agard – **The Machiavellian Moment – Florentine Republican Thought and the Atlantic Republican Tradition**, Princeton: Princeton University Press, 1975; id. – **Political thought and History – Essays on Theory and Method**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

<sup>32</sup> SANDEL, Michael J. – The Constitution of the Procedural Republic: Liberal Rights and Civic Virtues. **Fordham Law Review**. Vol. 66, p. 1-30, 1997, p. 24-25.

<sup>33</sup> TAYLOR, Charles – **Philosophical Arguments**. Harvard: Harvard University Press, 1995, p. 192.

<sup>34</sup> MICHELMAN, Frank I. – Law's Republic. **Yale Law Journal**. Vol. 97, n.º 8, p. 1493-1537, 1988; id. – **Brennan and Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

<sup>35</sup> SUNSTEIN, Cass – The Law of Group Polarization. **The Journal of Political Philosophy**. Vol. 10, n.º 2, p. 175-195, 2002.

<sup>36</sup> PETTIT, Philip – **Republicanism: A Theory of Freedom and Government**. Oxford: Oxford University Press, 1997.

<sup>37</sup> POCOCK, John Greville Agard, op. cit., p. 75.

moderno. Sandel<sup>38</sup>, por exemplo, afirma que a visão liberal da liberdade consiste na possibilidade que um indivíduo tem de determinar suas questões privadas por si próprio. Em outras palavras, a liberdade dos liberais consiste em que cada pessoa seja livre para decidir os assuntos relativos a seu próprio modo de vida – o que vestir, como se pentear, com quem se relacionar ou que fé seguir etc. A ideia republicana de liberdade, no entanto, é diferente da liberal. Para a teoria republicana, central é a ideia de que a liberdade depende do compartilhamento do autogoverno. Essa ideia não é, em si própria, incompatível com a liberdade do liberalismo. Participar da política pode ser uma das maneiras que as pessoas escolhem para perseguir seus objetivos. De acordo com a teoria política republicana, contudo, compartilhar o autogoverno envolve algo mais. Significa deliberar com os concidadãos sobre o bem comum e ajudar a moldar o destino da comunidade política. E deliberar bem sobre o bem comum requer mais do que a capacidade de escolher os próprios fins e respeitar os direitos dos outros de fazer o mesmo. Requer um conhecimento dos assuntos públicos, um sentimento de pertencimento, uma preocupação com o todo, assim como um vínculo moral com a comunidade cujo destino está em jogo. Participar da autossuficiência, portanto, requer que os cidadãos possuam, ou venham a adquirir, certas qualidades de caráter ou virtudes cívicas. Isso significa que a política republicana não pode ser neutra no que concerne aos valores e fins que seus cidadãos defendem. A concepção republicana de liberdade, ao contrário da concepção liberal, exige uma política formativa, uma política que cultive nos cidadãos as qualidades de caráter que o autogoverno exige.

Para os neoatenienses, a liberdade não significa aquilo que nos é familiar, em uma perspectiva liberal moderna, mas sim o que nos aponta a tradição original do republicanismo. A característica central da definição apontada por Sandel<sup>39</sup> está na ligação entre *liberdade* e *virtude cívica*. Porém, participar da política e discutir o bem comum costuma ser apenas um fardo para nós, especialmente para aqueles que estão estritamente acostumados com a liberdade de escolha da vida privada. Por conta disso, para que os cidadãos se sintam responsáveis coletivamente pelo bem comum, a empatia e o bom senso devem ser cultivados em pequenas comunidades, como associações, igrejas, escolas e bairros. A ideia de estimular o desenvolvimento de virtudes cívicas por meio de tais comunidades remonta à tradição republicana aristotélica, segundo a qual esse cultivo é essencial para lidar com os descontentamentos da democracia.

---

<sup>38</sup> SANDEL, Michael J. – The Constitution of the Procedural Republic: Liberal Rights and Civic Virtues. *Fordham Law Review*. Vol. 66, p. 1-30, 1997, p. 5-6.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 26.

Alguns neoatenienses, no entanto, embora compartilhem a visão da liberdade como autogoverno, opondo-a à visão liberal, caracterizam-na de uma maneira diferente da versão canônica dessa vertente. Michelman<sup>40</sup>, um autor cujo pensamento será tratado em maiores detalhes adiante, por exemplo, afirma que a liberdade tem sido considerada, desde Descartes, num sentido negativo, como capacidade do indivíduo de escolher o que deseja, desde que livre de qualquer compulsoriedade externa. Ele chama a posição que insiste nessa ideia de decisionista, embora não pareça identificá-la com a tradição liberal, atribuindo-a, genericamente, ao um senso comum típico da modernidade. Contrastando-a com essa visão negativa da liberdade, ele denomina a visão positiva de autogoverno, para tanto recorrendo a elementos da filosofia kantiana. Segundo essa visão positiva, a liberdade de escolher conforme se deseja, dando livre curso às próprias inclinações pessoais, é considerada, antes, como uma forma de sujeição. Para Michelman, é a teoria da liberdade de Kant que melhor equaciona a tensão interna entre esses elementos subjetivos e objetivos. Segundo ele, em termos kantianos, somos livres apenas na medida em que somos autogovernados, direcionando nossas ações de acordo com razões normativas que adotamos para nós mesmos, como próprias de nós mesmos, mediante reflexão crítica consciente sobre nossas identidades (ou naturezas) e situações sociais. A liberdade, portanto, é composta por um elemento volitivo e por um elemento cognitivo, tanto de vontade quanto de autoconhecimento. Pode-se muito bem denominar esse ideal kantiano de liberdade como integridade. O sentido kantiano de liberdade tem raízes profundas na tradição republicana. O próprio Kant estava diretamente ligado ao republicanismo por meio de Rousseau, cujo trabalho o inspirou.<sup>41</sup>

Em sua explicação, a ideia de autogoverno está ligada às funções de *participação e deliberação*. Michelman, ao derivar a premissa de autogoverno de Kant, incorpora o ideal kantiano de autolegislação à ideia de cidadania. Para ele, a autolegislação não se faz nem pode se fazer individualmente, mas é sempre socialmente situada, o que significa que ela deve se fazer, necessariamente, pelo embate entre diferentes perspectivas na arena pública. Essa é, precisamente, a característica que o distingue daqueles que enfatizam o cultivo da virtude cívica, como Sandel. Seja como for, a vertente neoateniense do republicanismo, herdado da filosofia aristotélica, ainda mantém sua unidade, no sentido de que compartilha o entendimento da liberdade como autogoverno, em direta oposição à visão liberal e em contraste com a outra tradição republicana.

---

<sup>40</sup> MICHELMAN, Frank I. – The Supreme Court 1985 Term-Foreword: Traces of Self-Government. **Harvard Law Review**. Vol. 100, p. 4-77, 1986.

<sup>41</sup> Ibid., p. 25-26.

### 1.1.2 Republicanismo neorromano

A segunda corrente dentro do republicanismo moderno, que também se radica em uma tradição, em uma genealogia distinta, é a vertente neorromana – cuja preocupação central é a *libertas*, o ideal de liberdade sob o império da lei, defendido por oradores romanos como Cícero. Em uma série de escritos históricos, Skinner<sup>42</sup> demonstrou que os pensadores neorromanos tinham uma concepção distinta de liberdade. Por um lado, eles não endossavam a visão aristotélica de que a verdadeira liberdade consiste em autogoverno ou em autorrealização dentro da comunidade política. Em contraste com a tradição neoateniense, eles acreditavam que a liberdade não é, por definição, ligada à possibilidade de participação popular nos desígnios da pólis. O povo, dizem os neorromanos de Maquiavel a Harrington, não quer mandar; ao invés disso, ele quer *não ser mandado*, ou antes, não ser mandado de certo modo particular. E a única garantia de não ser governado desse modo indesejado é viver no que eles designam como um *Estado livre*. Um Estado livre é um Estado em que os cidadãos não estão sujeitos ao poder arbitrário de um governante. Não é preciso que este Estado assuma a forma institucional de uma república (pode mesmo ter uma forma mista, com uma monarquia limitada, como preferem mesmo alguns autores), mas ele *precisa ser* uma república – no sentido de que somente se os governantes se acham compelidos a defender a *res publica*, em vez de seguir seus próprios caprichos ou interesses, podem os cidadãos desfrutar de liberdade.

Essas percepções neorrepublicanas foram aprofundadas e formalizadas no trabalho de Pettit<sup>43</sup> – provavelmente o livro que mais inspirou o recente renascimento da teoria política republicana. Como Skinner, Pettit acredita que a liberdade republicana representa uma concepção distinta de liberdade, que ele descreve como não dominação. Pettit argumenta que a liberdade republicana é uma *terceira* concepção de liberdade. Seu argumento se centra na afirmação de que a liberdade não consiste na não interferência de outros, como na definição negativa de liberdade, nem pode ser o mero autogoverno, como na definição positiva. Em vez disso, argumenta Pettit, os sujeitos são livres quando não estão sujeitos à possibilidade de interferência arbitrária, ou dominação, da parte de outrem. Em contraste com as abordagens liberais tradicionais, para Pettit, a *interferência*, ou a ausência dela, não é a medida primária de liberdade. Vejamos por quê.

---

<sup>42</sup> SKINNER, Quentin – **The Foundations of Modern Political Thought: the Renaissance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1978. Vol. 1-2.

<sup>43</sup> PETTIT, Philip – **Republicanism: A Theory of Freedom and Government**. Oxford: Oxford University Press, 1997.

Existem duas maneiras pelas quais a *dominação* difere significativamente da *interferência*. Em primeiro lugar, pode-se ser dominado sem sofrer interferência. Isso fica claro ao considerarmos o paradigma republicano clássico da falta de liberdade: a escravidão. Mesmo que o mestre seja de uma disposição benigna e não interfira nas ações e sobre a própria pessoa do escravo, este, ainda assim, é dependente da vontade daquele, e vulnerável à sua interferência – e é este fato que o torna desprovido de liberdade. Assim, a dominação é uma função da relação de poder desigual entre pessoas, grupos de pessoas ou entes estatais: o ideal republicano de liberdade é que ninguém seja capaz de interferir de forma arbitrária – a seu bel-prazer – nas escolhas de uma pessoa livre.

Mas isso também abre a possibilidade, em segundo lugar e inversamente, de que se possa vir a sofrer uma interferência sem que haja dominação. Isso acontece quando a interferência não é arbitrária, ou seja, quando ela se guia por interesses legitimamente resguardados. É o caso quando o Estado interfere na vida das pessoas, por exemplo, arrecadando impostos e impondo leis e medidas coercitivas, na busca de fins e com o emprego de meios derivados e consequentes com o bem público, quer dizer, com os interesses comuns dos cidadãos, reconhecidos por estes entre si.

Skinner e Pettit, portanto, realizam uma revisão histórica e teórica na própria tradição republicana. Eles minimizam, e até abandonam, alguns dos principais conceitos até então centrais para a corrente neoateniense, como a concepção mais enfática e exigente do ideal da vida ativa, bem como sua associação com a ideia de liberdade positiva, ao mesmo tempo em que incorporaram outros ideais ao cerne do republicanismo, em especial o ideal da liberdade como não dominação. Conforme observou Urbinati<sup>44</sup>, a teoria republicana neorromana da liberdade como não dominação adquiriu posição de preeminência na ciência política e reconfigurou a geografia dos estudos políticos.

Essa recuperação da tradição republicana moderna do pensamento político, impulsionada pela reconstrução de sua história realizada por Skinner e Pettit, provou ser um produtivo recurso para aqueles que desejam oferecer uma crítica ao liberalismo, como mostra o emprego de temas republicanos na obra de Habermas, Taylor ou Michelman. A retomada do ponto de vista republicano como filosofia política pôs em evidência também outro possível emprego desta tradição: o de reconfigurar o republicanismo como um ideal ou modelo político alternativo viável tanto para o liberalismo quanto para o socialismo. Para fazê-lo, o republicanismo deve responder, em seus próprios termos, às necessidades fundamentais que

---

<sup>44</sup> URBINATI, Nadia – Competing for Liberty: the republican critique of democracy. **American Political Science Review**. Vol. 106, n.º 3, p. 607-621, 2012.

deram vida àqueles dois outros modelos políticos: salvaguardar a liberdade do indivíduo e abolir as relações de dominação na sociedade. Pettit acredita que o republicanismo é capaz de fazer face a este desafio por meio de uma teoria do governo ideal, tornando o Estado em um ator central para a conquista da liberdade individual pela supressão de toda forma de dominação.

A tradição do pensamento político republicano moderno, particularmente o neorromano, distingue-se das tradições liberais e socialistas por sua preocupação em esclarecer as condições de real liberdade de uma comunidade política, isto é, as condições de estabelecimento de uma verdadeira república. Uma das mais formulações mais concisas para descrever essas condições vem de Arendt<sup>45</sup>: “o Estado de direito [rule of law], apoiado no poder do povo, acabaria com o domínio do homem sobre o homem”. De acordo com esta formulação, uma república é uma comunidade política caracterizada pelo ser livre de toda dominação, pela ausência de um “domínio do homem sobre o homem”. Um dos componentes de uma república, nessa visão, é o poder do povo, sobre o qual o Estado precisa apoiar, a fim de pôr termo a qualquer condição de dominação. Se uma forma de governo é o que estabelece a diferença entre governantes e governados, então o poder do povo, da forma como a tradição republicana emprega este termo, está fora dessa diferença e torna possível, em princípio, viver numa “condição de não domínio, sem divisão entre dominantes e dominados”<sup>46</sup>. O ideal republicano moderno de não dominação identifica o poder do povo como a base a partir da qual podemos questionar a legitimidade do governo como tal.

De acordo com a principal tradição do pensamento político republicano moderno, uma vida política livre requer um equilíbrio entre a liberdade – ligada ao poder do povo – e o componente da ordem – vinculado ao Estado de Direito –, em sua inevitável tensão. O republicanismo de Pettit diverge desta tradição na medida em que inclui o polo da liberdade e poder ao abrigo da lei e da ordem, de modo que as condições da não dominação estão preponderantemente ligados ao centrado no estado manutenção do Estado de direito. Ao fazer isso, Pettit restringe o âmbito do ideal de liberdade como não dominação encontrado na tradição. Ao focar na liberdade como ausência de dominação, Pettit recupera uma forma nova e poderosa de criticar o entendimento liberal da liberdade individual como ausência de interferência.

---

<sup>45</sup> ARENDT, Hannah – **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

<sup>46</sup> Id. – **Sobre a revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 58.

## 1.2 O NEORREPUBLICANISMO JURÍDICO ESTADUNIDENSE E O PROBLEMA DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA SUPREMA CORTE

Parece-nos correto supor que o desenvolvimento de uma específica visão do republicanismo como doutrina constitucional deve centrar suas questões em torno do funcionamento *prático* de uma ordem jurídica operativa. O *constitucionalismo republicano*, ou *republican revival*, como ficou conhecido um conjunto de reflexões de juristas estadunidenses dos anos 80-90 do século passado, procurou fazer justamente isso, trazendo a influência da discussão inaugurada por Pocock<sup>47</sup> e Skinner<sup>48</sup>, e estendida por Pettit<sup>49</sup>, para os limites do direito constitucional, particularmente para o âmbito da atividade do controle de constitucionalidade. Os expoentes desse debate foram Ackerman<sup>50</sup>, Sunstein<sup>51</sup>, Sherry<sup>52</sup> e, sobretudo, Michelman<sup>53</sup>.

O *republican revival* logicamente se inclinou, tal qual o republicanismo histórico-político-filosófico, para os temas do *bem comum*, da *virtude cívica*, da *vontade popular* e da *deliberação participativa*, na história e na política constitucional. Diferenciava-o, contudo, sua discussão sobre um fundamento original para o controle de constitucionalidade (*judicial review*) exercido pela Suprema Corte daquele país. O problema de como é possível legitimar a atuação da Suprema Corte no controle de constitucionalidade, já que esta pode declarar a nulidade de uma lei aprovada por representantes eleitos pelo voto popular, sem ter ela própria legitimação popular, é particularmente delicado nos EUA, haja vista que o poder daquela Corte de realizar o controle de constitucionalidade é resultante de uma *interpretação*, e não da *literalidade* da Constituição estadunidense. A lógica democrática, a esse propósito, determinaria que a última palavra sobre as leis fosse dada pelos congressistas, que são eleitos diretamente pelo povo, não por juízes togados.

---

<sup>47</sup> POCOCK, John Greville Agard – **The Machiavellian Moment – Florentine Republican Thought and the Atlantic Republican Tradition**, Princeton: Princeton University Press, 1975.

<sup>48</sup> SKINNER, Quentin – **The Foundations of Modern Political Thought: the Renaissance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.

<sup>49</sup> PETTIT, Philip – **Republicanism: A Theory of Freedom and Government**. Oxford: Oxford University Press, 1997.

<sup>50</sup> ACKERMAN, Bruce – The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. **Yale Law Journal**. Vol. 93, 1984.

<sup>51</sup> SUNSTEIN, Cass – The Law of Group Polarization. **The Journal of Political Philosophy**. Vol. 10, n.º 2, p. 175-195, 2002.

<sup>52</sup> SHERRY, Suzanna – Civic Virtue and the Feminine voice in constitutional Adjudication. **Virginia Law Review**. Vol. 72, p. 543-616, 1986.

<sup>53</sup> MICHELMAN, Frank I. – The Supreme Court 1985 Term-Foreword: Traces of Self-Government. **Harvard Law Review**. Vol. 100, p. 4-77, 1986; id. – Law's Republic. **Yale Law Journal**. Vol. 97, n.º 8, p. 1493-1537, 1988; id. – **Brennan and Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

Essa contradição intrínseca do sistema constitucional norte-americano é conhecida na literatura como *dificuldade contramajoritária*, e é o pensamento de Bickel<sup>54</sup> que nos fornece uma referência fundamental para a compreensão da problemática assim posta. Para ele, a decisão no controle de constitucionalidade que invalida uma lei legitimamente confeccionada por instituições políticas democráticas contraria diretamente a própria vontade popular. Mesmo que o julgado tenha como base uma desconformidade entre a norma sob escrutínio e a vontade política do povo garantida constitucionalmente, sua efetivação “impede a realização da vontade dos representantes da sociedade concreta, do aqui e agora; [e] exerce o controle não em nome da maioria prevalecente, mas contra ela”<sup>55</sup>.

Defrontado com essa situação paradoxal e (aparentemente) insolúvel, Bickel propõe que a legitimidade da decisão que torna nula uma lei, no controle de constitucionalidade, deva ser verificada *a posteriori*. Em outras palavras, Bickel afirma que a legitimidade da decisão se aperfeiçoaria com o tempo, na medida em que esta granjeasse a aquiescência, a concordância da opinião pública. Com isso, a justificação da decisão da Suprema Corte é diferida para um futuro incerto. No momento do julgamento, o que se tem, no máximo, é uma expectativa de legitimidade, que pode ou não se confirmar, a depender de como a percepção dos humores da maioria se movimentarem.

### 1.2.1 A Visão de Ackerman

Ao debater a questão, Ackerman<sup>56</sup> parte de uma crítica à chamada *dificuldade contramajoritária*. Para ele, as ideias de Bickel se elaboram sobre uma falsa premissa: a de que toda a atividade política é homogênea, quer dizer, indiferenciada qualitativamente. Para Bickel, não há diferença entre uma norma aprovada numa legislatura ordinária e uma resultante de uma Assembleia Constituinte, sendo o resultado do processo político, em ambos os casos, um único e mesmo: a expressão da vontade popular. O efeito dessa compreensão, nos diz Ackerman, é a impossibilidade de se explicar por que devemos nos ater mais à vontade social expressa sob determinadas circunstâncias do que sob outras, ainda que estas outras expressem uma vontade presente, atual. Para ele, a história constitucional não pode ser reduzida a um único plano de significação normativa. A qualidade do envolvimento popular

---

<sup>54</sup> BICKEL, Alexander – **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. Indianapolis; New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>56</sup> ACKERMAN, Bruce – The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. **Yale Law Journal**. Vol. 93, 1984.

no apoio a determinado ato normativo precisa ser levada em consideração. Certas decisões políticas, ainda que obtidas tão democraticamente quanto outras, podem ter mais legitimidade do que estas outras, em função justamente da natureza dos pactos políticos subjacentes.

Ackerman argumenta que esse entendimento nivelado da política, proposto por Bickel, não se coaduna com uma visão moderna do regime democrático. A supremacia constitucional, para ele, precisa ser explicada segundo uma visão *dualista* da política. Sua proposição é simples de compreender: a constituição estabelece um tipo de política dialógica, que se orienta institucionalmente para a realização do maior bem público possível e, nessa condição, se diferencia da política ordinária, cotidiana, voltada para os embates dos interesses individuais e corporativos. Essa natureza especial das decisões políticas de nível constitucional tem precedência em face das decisões políticas comuns, embora exsurjam, ambas, de manifestações da vontade popular.

A partir de um entendimento da política como tendo uma natureza dúplice, Ackerman elabora uma reinterpretação do constitucionalismo estadunidense, na qual o problema de o controle de constitucionalidade ser feito por um órgão que não passa pelo escrutínio popular se resolve, precisamente, pela aplicação da distinção entre política constitucional e política comum. Desse modo, na perspectiva do Professor de Yale, a U.S. Supreme Court exerce sua função contramajoritária precisamente *em nome da vontade popular*, e não contra. Sua função é salvaguardar a autocompreensão política e social do povo quando este não se expressa diretamente – haja vista que somente em circunstâncias e sob condições políticas muito especiais o povo se manifesta com *intenção constitutiva*. Essa expressão direta do povo, com fins de configurar sua própria identidade político-jurídica, só ocorre em momentos cruciais da evolução social, de modo que, fora dessas janelas, o que há é apenas o funcionamento trivial das instituições, levada a efeito por representantes eleitos — mas não como voz do poder constituinte originário. Segundo Ackerman, é a Suprema Corte que dá voz ao povo fora desses momentos de manifestação direta e canalizada, ou seja, durante a vida ordinária de um regime.

Ainda segundo essa visão, os mecanismos institucionais da democracia representativa, como o Congresso e suas câmaras, caracterizam-se por se orientarem prioritariamente na direção de atender interesses imediatos de particulares e grupos; por essa razão, são incapazes de perscrutar o sentido mais profundo do interesse público maior. Em virtude disso, de acordo com essa mesma perspectiva, quem melhor cumpriria esta última função seria a Suprema Corte, na medida em que dispusesse de meios para considerar de modo abrangente a integralidade da história constitucional, promovendo uma espécie de

movimento de síntese dialética entre os diversos momentos que a constituem. Ackerman supõe, talvez de forma crédula, que os juízes seriam mais capazes de realizar a complexa tarefa de manter o legado de cada momento constitucional, para o bem e para o mal, sem tentar colmatar hiatos ou retificar os descaminhos da trajetória histórica da constituição e seus eventos constitutivos.

O que acontece, no fim das contas, é que, em sua tentativa de ir além do horizonte teórico estabelecido por Bickel, Ackerman termina por resvalar no mesmo problema que afeta as formulações deste. Em ambos os casos, o fundamento de legitimidade invocado para a Corte em suas decisões desconsidera o sentido atual, corrente, do que é a vontade popular. Bickel opera uma presunção de difícil comprovação: para ele, a Corte se legitima na medida em que suas decisões se revelem, *no futuro*, compatíveis com os desideratos do povo. Já Ackerman considera que essa legitimação decorre da consonância entre o sentido da interpretação constitucional dada pela Corte e das aspirações sociais manifestadas *no passado*. Nos dois casos, a ideia de legitimidade avançada mostra uma propensão a menosprezar o sentido *presente* da vontade da sociedade.

Tal descompasso entre a Suprema Corte e a “vontade geral” é fonte de contínuos incômodos para o constitucionalismo estadunidense, e é precisamente contra possíveis pendores autoritários, sub-repticiamente infundidos nos discursos que legitimam as decisões da Corte, como fundamento axiológico, que Michelman propõe a sua teoria. Ele rechaça tanto a ideia de que a Suprema Corte se legitima em suas decisões ao projetar um futuro idealizado, a ser descoberto e abraçado pelo povo do amanhã, quanto a ideia oposta de que sua legitimação deflui de uma habilidade específica dos juízes de conciliar os anseios do presente com os ideais do passado.

### **1.2.2 A visão de Michelman**

Michelman descarta o ideal proposto por Ackerman. Para ele, nenhuma instituição pode sub-rogar-se no papel do povo e manifestar-se em lugar deste – o mais comum sendo, ao tentarem fazê-lo, subtraírem-lhe a capacidade de se manifestar de forma autêntica. Michelman se opõe não só à ideia de que a Suprema Corte possa agir como representante do povo e sua vontade, mas também à compreensão de que ela seja capaz de expressar a própria autocompreensão do povo como coletividade por meio de uma interpretação integral e

abrangente da história. Michelman<sup>57</sup> pergunta, a propósito das teses de Ackerman: de quem é a história que está sendo construída? O que nos leva a crer que exista uma única história? Já que alguém tem que escrever ou organizar a narrativa da história, quem é esse autor? Em todo esse processo narrativo, quem é e onde está esse “nós”? E ele próprio responde: “certamente o autor não é ‘Nós, o Povo’ [...]. Para sermos exatos, nós não escrevemos a história, a não ser que aconteça de nós sermos o juiz”<sup>58</sup>.

A identidade do povo na história, segundo a visão de Ackerman, resulta do labor dos juízes – por conta disso, e sem que ele se dê conta, a ideia de *autogoverno* se transmuta, efetivamente, na de *heterogoverno*, com o que se estabelece uma lacuna permanente entre a vontade popular e o exercício do poder e da autoridade do Estado. Trata-se, a bem da verdade, de um problema intrínseco das instituições da democracia representativa, que é generalizado na contemporaneidade. Assim, Michelman avança a ideia preliminar de que um verdadeiro “governo do povo, para o povo, pelo povo” deve se basear numa identificação direta entre o povo e autoridade do direito.

A tese de Michelman, que sintetiza a visão do constitucionalismo republicano no ponto, pode ser descrita, genericamente, como uma tentativa de superar o distanciamento entre o ideal de cidadania participativa e as condições objetivas da vida moderna. Como isso seria possível, já que Michelman também descarta a possibilidade do exercício direto da democracia?

A saída proposta por Michelman é radical: na medida em que o autogoverno, como democracia direta, é impossível nas condições atuais, sobretudo naqueles países de grande extensão territorial, e considerando que a via da democracia representativa liberal burguesa é incapaz de dar plena realização à liberdade, antes mesmo impedindo-a, sua conclusão é de que o princípio do autogoverno é um ideal irrealizável no contexto social de hoje. Assim, a solução estaria em recorrer à dimensão simbólica da Suprema Corte: ela forneceria o contexto institucional em que o autogoverno se realizaria numa dimensão *simbólica*.

Na concepção de Michelman, a atuação da Suprema Corte e a vontade popular se confundem, o que anula qualquer diferenciação entre o órgão e aquilo que ele representa. Presente e passado não significam mais as fontes a partir das quais se identifica a vontade popular. A Corte representa a nação no presente momento; simboliza a possibilidade, para

---

<sup>57</sup> MICHELMAN, Frank I. – The Supreme Court 1985 Term-Foreword: Traces of Self-Government. **Harvard Law Review**. Vol. 100, p. 4-77, 1986, p. 65.

<sup>58</sup> Ibid., loc. cit.

todos os cidadãos, de uma comunidade se autogovernar. De que forma? *Dando o exemplo da possibilidade de nossa liberdade* – ainda que, na prática e em sua dimensão mais ampla, ela seja inalcançável. O valor da forma de ação da Suprema Corte se irradia por toda a comunidade política, por meio das leis e dos valores que as informam. Michelman, nesse sentido, vai dando forma a um tipo de simbolismo político, numa espécie de ode à reconstrução intelectual contínua das consciências.

Ao recusar maior importância ao conceito de representação da vontade popular e concentrar-se na exemplaridade da Corte como instância deliberativa e difusora da liberdade em uma democracia, Michelman acredita se livrar da conotação supostamente autoritária do pensamento de Ackerman, que se baseia na subordinação da cidadania presente aos valores do passado. Segundo Michelman, a decisão da Suprema Corte não precisa fazer recurso à vontade expressa pela população em determinado momento do passado. A corte, para ele, está envolvida na construção de uma narrativa constitucional em que o passado tem lugar, mas não ocupa o centro. O problema da interpretação, “nesse caso, é um problema do diálogo entre os membros da corte, e não uma busca da verdadeira vontade do povo e seus limites. A interpretação é caracterizada como mais um elemento do autogoverno, e não como uma medida exterior de autoridade legítima. O que confere legitimidade ao julgamento não é a maior ou menor referência a uma realidade no passado ou no futuro, mas, sim, o pleno respeito às condições de deliberação entre os membros da Corte”<sup>59</sup>.

Michelman, como é comum na literatura jurídica de crítica e exploração teórica do controle de constitucionalidade produzida nos Estados Unidos, além de situar a discussão precipuamente no plano da filosofia e da ciência políticas, parte da análise de um caso concreto e para ele retorna ao final. *Bowers v. Hardwick* é um caso que foi levado até a Suprema Corte, envolvendo o questionamento da constitucionalidade de uma lei do Estado da Georgia que criminalizava a prática de relações sexuais homossexuais, mesmo quando realizadas com consentimento recíproco entre pessoas adultas e dentro de seus domicílios. Tendo a Suprema Corte declarado tal lei constitucional, Michelman encontra aí a ocasião de discutir os fundamentos dessa decisão, considerando o que para ele constituem os pilares da liberdade política americana. Ele declara acreditar<sup>60</sup> que somente por meio de uma reconsideração moderna do pensamento constitucional republicano podemos ter a esperança de dar sentido para nossa crença e nossas declarações persistentes no sentido de que a

---

<sup>59</sup> VARGAS, Daniel Barcelos – A terceira margem do constitucionalismo republicano: uma crítica a Frank Michelman. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Vol. 7, n.º 3, p. 731-747, 2017.

<sup>60</sup> MICHELMAN, Frank I. – Law’s Republic. **Yale Law Journal**. Vol. 97, n.º 8, p. 1493-1537, 1988, p. 1493.

liberdade política exige tanto “um governo do povo, pelo povo”, quanto “um governo de leis, e não de homens”.

Sua análise favorece o que é caracterizado como “teoria constitucional republicano-dialógica”, através da qual se poderia presumidamente chegar a resultados mais afinados com a vontade popular, no controle da constitucionalidade. Com efeito, Michelman<sup>61</sup> sustenta que o novo republicanismo pode “inspirar uma proteção judicial dos direitos individuais mais forte do que a proporcionada por outras teorias”. O objetivo de seu republicanismo, em outras palavras, é reforçar a liberdade de todos através da consideração de que uma comunidade política aberta à renovação deve buscar a inclusão de identidades que antes se achavam alijadas.

Michelman não explica o que vem a ser o *conceito específico* desse *republicanismo dialógico*; no entanto, é perfeitamente possível reconstruí-lo a partir de sua discussão sobre republicanismo e modernidade. Assim, podemos reconhecer uma categoria central da ideia de republicanismo dialógico no que ele chama de *jurisgenesis* ou *política jurisgerativa*. A princípio, *política jurisgerativa* significa que o pensamento republicano sofre uma dupla vinculação: por um lado, a um povo que age politicamente, gerando de si mesmo o próprio direito, e garantindo direitos individuais; de outro, à ideia de legalidade como precondição do funcionamento da política. Mas essa formulação tautológica não é capaz de levar muito longe, e Michelman está atento a isso: é preciso que o paradoxo seja desdobrado para que se possa torná-lo produtivo. Sua abordagem, então, parte de uma crítica à concepção tradicional de política jurisgerativa, segundo a qual ela consiste no processo de revelação de um consenso social latente, preexistente e atual, a partir do qual se pode concluir quais sejam os termos corretos pelos quais a sociedade deve ser ordenada.

De fato, esse é um momento crucial no desenvolvimento do republicanismo de Michelman, um momento em que ele se vê constrangido a reconhecer uma realidade social incompatível com o ideal normativo republicano herdado da tradição (pois o novo republicanismo há de se reconhecer em alguma extensão tributário das realizações que lhe antecederam), essa autorrepresentação que perdura como característica da reflexividade dos sistemas da política e do direito na forma de Estado democrático. Ele, então, admite que as versões históricas do republicanismo nem sempre foram inclusivas ou defenderam a pluralidade – características que, segundo ele, “possivelmente caracterizam o melhor da tradição”<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> MICHELMAN, Frank I. – Law’s Republic. *Yale Law Journal*. Vol. 97, n.º 8, p. 1493-1537, 1988, p. 1494.

<sup>62</sup> Id., p. 1505-1506.

De toda maneira, Michelman insiste sobre o ponto de que o pensamento constitucional republicano, embora compromissado com a busca constante de um “fundo de referências públicas normativas”, não está amarrado a um comunitarismo estático, paroquial e autoritário. Mas o compromisso perdura, e mais ainda, é dado como pressuposto do funcionamento da política jurisgerativa: a ideia republicana de jurisprudência política pressupõe, portanto, que tal fundo de material normativamente eficaz já está sempre disponível.

Nesse particular, Michelman encontra similitudes entre seu republicanismo e o conceito dworkiniano de “direito como integridade”, no sentido de que, como teoria jurídica, o constitucionalismo republicano compreende o papel do judiciário (e da Suprema Corte em especial) não como sendo interpretar apenas o texto da lei, mas também a vida por detrás dela, o processo pelo qual essa mesma lei passa a atuar como um meio criativo da identidade da própria comunidade e de seu comprometimento com uma “consistência de princípios”.

Quando sua inquirição se volta para as premissas que ele reconhece no fundo de *Bowers v. Hardwick* – a ideia de que a Suprema Corte (e o judiciário de forma ampla) é apenas uma serva do direito positivo, nunca uma instância de sua manifestação germinal –, Michelman tem em vista a definição “preguiçosa e presunçosa” da democracia como *faute de mieux*, segundo a qual, diante da arbitrariedade pura e simples que seria a determinação do conteúdo da lei, é preferível para o público que ele seja regido pelos seus representantes eleitos do que pelas preferências de uns poucos juízes carentes de “legitimação direta”. É contra ela que toda sua releitura do republicanismo se volta, tanto conceitualmente – p. ex., com a construção de um “constitucionalismo dialógico” que se instituisse como o “fórum dialógico” perante o qual compareceriam, dada a ocasião, “direito, política, Estado e sociedade” – quanto como proposição de uma política jurídica prescritiva – *i.e.*, como “requisitos pragmáticos” de uma ação política que se nutre do “fundo público de referências normativas” de uma comunidade real.

É claro que a descrição de Michelman envolve uma certa dose de crença em que a identidade individual, a autodeterminação ética e a liberdade política se modelam na identidade coletiva de uma comunidade política. É exatamente por isso que o seu neorrepublicanismo busca a reconciliação com o pluralismo (étnico, antropológico, cultural, religioso, político etc.) ao mesmo tempo em que nega o que ele idiossincriticamente chama de *ciência política pluralista*, identificada a uma desconfiança em relação à capacidade de se chegar a um consenso sobre direitos, valores, interesses e visões de mundo. Todo seu tremendo esforço para apresentar de modo persuasivo o paradoxo da igual primazia entre autogoverno (*self-rule*) e governo de leis (*law-rule*) converge para o objetivo de justificar uma

Suprema Corte ativa, *i.e.*, com um papel criativo, de modo a possibilitar que decisões como *Bowers* tivessem um desfecho distinto.

No que diz respeito à análise do papel das cortes constitucionais, Michelman atribui à Suprema Corte o papel de “proteger o procedimento legislativo democrático”, segundo uma perspectiva aberta pelo seu neorpublicanismo, desde a qual a Corte está inserida na lógica de uma compreensão do processo político como um todo, chamada por ele de *jurisgênesis*.

Refeito em largas pinceladas, o quadro que se nos apresenta mostra os seguintes traços básicos:

- i) O republicanismo de Michelman, ao analisar o controle de constitucionalidade sob o aspecto da legitimação popular, se aparenta ao procedimentalismo de J. H. Ely no que este assume ser a autoridade do judiciário apenas “derivativa”;
- ii) Apesar da concepção da *judicial review* como modelo de política jurisgerativa do tipo *process-based* (Tribe), a insistência na adjetivação republicana estaria a denotar a ascendência neoaristotélica do pensamento de Michelman, com sua ênfase nas “liberdades positivas” (direitos de participação política e de comunicação);
- iii) Tais liberdades positivas, associadas à prática de autodeterminação (moral!) dos indivíduos, conduziriam a um estado de coisas em que o direito positivo teria um papel secundário “em comparação com a vida *ética* e seu contexto numa polis na qual a virtude da participação ativa nos afazeres públicos pode se desenvolver e se estabilizar”<sup>63</sup>;
- iv) Adotando a estilização dos paradigmas constitucionais em *liberal v. republicano*, quatro diferenças fundamentais podem ser apontadas 1) no conceito de cidadania; 2) no conceito de direito; 3) na concepção da natureza do processo político; e 4) no entendimento acerca das condições procedimentais que legitimam os meios institucionais de condensação da opinião pública. O republicanismo, assim, seria uma doutrina política do direito em que a vida ética reflexiva construída com os discursos ético-políticos promoveria as garantias de integração social e de solidariedade de que precisa um sistema baseado na premissa de que os

---

<sup>63</sup> MICHELMAN, Frank I. – Family Quarrel. In ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (ed.) – **Habermas on Law and Democracy – Critical Exchanges**. Berkeley: University of California Press, 1998. p. 309-322, p. 316.

direitos políticos ativos são os únicos capazes de gerar “poder administrativo” através da prática cívica da autodeterminação.

v) Essa prática dialógica, que desse modo deixaria evidente o fato de que o sistema de direitos (subjéctivos) é internamente relacionado à autonomia política dos cidadãos, colocaria as cortes constitucionais na posição de garantir que o processo jurígeno se produza na forma de uma política deliberativa inclusiva, isto é, de uma prática decisória jurídica do Estado que leva em conta o caótico e difuso torvelinho dos canais não organizados de formação de opinião e de vontade públicas, bem como sua base sociocultural;

vi) Dado o carácter irrefutável da constituição como um projeto aberto de aprendizado autocorretivo,<sup>64</sup> a ação da corte constitucional deve ser orientada pela ampliação da liberdade política, a ser alcançada com a ampliação do nível de inclusão dos “atores” políticos e sociais e de suas pretensões. E é justamente aí, quando surge no horizonte da democracia constitucional a possibilidade de que o projeto da constituição seja dominado por interesses de grupos “privados”, que a corte constitucional é proclamada “protetora da democracia deliberativa”, sendo-lhe prescrita a função de “desenvolver estratégias interpretativas” que promovam a deliberação e reforcem a discussão no âmbito do governo;

vii) Justificada a pretensão republicana de incrementar os poderes da corte constitucional em sua tarefa de conectar “os ideais e a matéria bruta” (Bobbio), logo surge uma Suprema Corte mediadora, verdadeiro termostato da atividade jurisgerativa, através da qual o “Povo”, em momentos excepcionais, encontra seu caminho, sua liberdade e sua autodeterminação. Uma corte que assim age no lugar do povo ausente se torna contraditoriamente uma ameaça, um fator de dissolução da autonomia pública e das liberdades positivas que ela deve resguardar, pois se irroga um paternalismo que sob condições modernas não passa de um anacronismo vicioso.

---

<sup>64</sup> HABERMAS, Jürgen – Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *Political Theory*. Vol. 29, n.º 6, p. 766-781, 2001, p. 774.

### 1.3 REPUBLICANISMO, TEORIA CRÍTICA E O RECONHECIMENTO COMO FUNDAMENTO DA JUSTIÇA E DA LIBERDADE

A teoria da gramática mudou muito desde seu início no séc. XIX, com os estudos de filologia comparada que se seguiram à tese de William Jones, na Alemanha e nos Estados Unidos. Já lá se vai uma longa distância da ideia de um manual de regras de bom uso da linguagem, espelhadas no talento dos “excepcionais” na língua e na escrita dos grandes escritores, com seu verniz estético-aristocrático. O conceito de gramática tem hoje na ciência desempenhado uma função ora primordialmente linguística empírica, ora sistêmica, ora antropológica biopsíquica. Sua abdução para o seio de uma “teoria social crítica”, na sequência do giro linguístico da filosofia pragmática, se já não pode ser justificada exclusivamente por sua relação com a necessidade de regulamentação das condições de fala/comunicação, ou seja, pelos imperativos do *meio* linguístico de coordenação da ação, é porque novamente se admite a possibilidade de ser possível estabelecer um modelo abstrato de racionalidade e de moral que sirva de critério distintivo para o resultado das operações dos sistemas da sociedade.

É nesse contexto que Honneth traz sua “gramática moral dos conflitos sociais”. Antes de nos atermos mais detidamente às peculiaridades de sua abordagem teórica, veremos brevemente como Honneth concebe sua estratégia dentro de um projeto de recolocar a teoria crítica sobre a base de uma teoria do *reconhecimento*, e por que isso se liga ao republicanismo.

Na trilha aberta por Adorno e Horkheimer, e chegada a uma encruzilhada no pensamento de Habermas – segundo as palavras de Honneth –, os passos dados pela “Novíssima Escola de Frankfurt” parecem seguir um rumo claro e decidido em direção a uma “substancialização”. Essa orientação está muito bem documentada em Honneth<sup>65</sup>. Lá, Honneth persegue seu intento de carrear a “herança teórica habermasiana” no rumo de um questionamento crítico do arranjo institucional liberal-democrático, balizado pela suspeita de uma “patologia social da sociedade capitalista como um todo”<sup>66</sup>. Partindo da constatação do caráter “altamente ambivalente” da teoria política de Habermas – na qual Honneth identifica

---

<sup>65</sup> HONNETH, Axel – *Gerechtigkeit und kommunikative Freiheit: Überlegungen im Anschluss an Hegel*. In MERKER, Barbara; MOHR, Georg; QUANTE, Michael (ed.) – **Subjektivität und Anerkennung**. Paderborn: Mentis Verlag, 2004. p. 213-227, 2015; id. – **The Struggle for Recognition – The Moral Grammar of Social Conflicts**. Cambridge: The MIT Press, 1996.

<sup>66</sup> Cf. HONNETH, Axel – Reply to Andreas Kalyvas, “Critical Theory at the Crossroads: Comments on Axel Honneth’s Theory of Recognition”. **European Journal of Social Theory**. Vol. 2, n.º 2, p. 249-252, 1999, p. 249.

uma tendência a se dissolver no *mainstream* da filosofia política e a reforçar um kantismo tido como suspeito por excesso de liberalismo –, sua obra pode ser vista como uma tentativa de continuar o projeto começado com a *Teoria da Ação Comunicativa*, de uma nova formulação para a “teoria crítica”.

Esse propósito é entendido por alguns como um “giro comunitário”, uma reorientação da teoria do discurso em direção a uma “concepção formal da vida ética”, nem tanto ao mar, nem tanto à terra, ou melhor, nem muito “densa”, como a ética neo-aristotélica, nem muito “tênué”, como a teoria moral neokantiana. Com isso – dizem os críticos! –, buscase superar as fraquezas da teoria social crítica causadas pelo “giro liberal” de Habermas e pelo “déficit normativo dos discursos pós-modernos”<sup>67</sup>, seja lá o que isso signifique. Que não se discuta aqui, todavia, o problema da *consistência* da *eticidade* requerida pela justificação racional discursiva dos sistemas políticos e jurídicos armados sob a viga do constitucionalismo democrático – um ponto muito mais facilmente compreendido na indagação sobre o que se pode querer de um *patriotismo constitucional*. Cuidemos exclusivamente de “desconstruir” a prática legitimatória da nova teoria do reconhecimento, na base de uma contra-argumentação que poderá ser comprovada por quem o desejar com o estudo da discussão de Honneth sobre as mútuas implicações entre *direitos* e *autorrespeito*.

É bem certo que Honneth não pretende elaborar uma teoria jurídica, ou seja, ele não pretende exercer um esforço que, desde o ponto de vista do sistema do direito, possa ser identificado a uma ampliação da capacidade de obter consistência conceitual normativa jurídica (aclarando, princípios, comprovando regras de decisão e definições, por exemplo). Sua abstração em torno das relações entre direitos e autorrespeito não é uma teoria reflexiva do sistema jurídico, nem muito menos se pode perceber nela qualquer preocupação ou intenção de cunho dogmático, qualquer interesse quanto a saber *como essa conexão ocorre* dentro de uma ordem de direito positivo. É de se perguntar, então, qual interesse ela pode despertar em uma investigação como a presente. No fundo, talvez a resposta seja menos simpática e menos reconfortante do que esperaria alguém que considere com benevolência os possíveis benefícios práticos de uma tal gramática. Mas, na medida em que Honneth se propõe a descobrir uma vinculação entre o *autorrespeito* (entendido como o sentimento de posse de uma dignidade universalmente humana que capacita todos a participar da formação discursiva da vontade pública) e os *direitos* (vistos como padrões de interação socialmente estabelecidos que possibilitam uma verdadeira oportunidade de exercer aquela capacidade

---

<sup>67</sup> KALYVAS, Andreas – Who’s Afraid of Carl Schmitt. *Philosophy and Social Criticism*. Vol. 25, n.º 5, p. 87-125, 1999, p. 99.

universal constitutiva da personalidade), ele lança uma proposição teórica com pretensões normativas universais que, consideradas as particularidades das teorias jurídicas reflexivas contemporâneas e sua busca de conexões interdisciplinares, apresenta características capazes de produzir algum grau de irritação no sistema. Avaliaremos agora precisamente aqueles pontos em que isso pode ocorrer.

Embora Honneth seja veemente quanto ao fato de que “[c]omparadas com a forma de reconhecimento que se tem no amor [...] as relações jurídicas se diferenciam em todos os aspectos essenciais”<sup>68</sup>, o fato é que, na sua teoria, tanto o amor quanto os direitos devem ser entendidos como duas espécies de um mesmo padrão de socialização, ou seja, como resultados diferentes do mecanismo de reconhecimento recíproco embutido nas interações, nas relações intersubjetivas. Não há independência entre seus três “modos de reconhecimento” (apoio emocional, respeito cognitivo e estima social), mas antes uma imbricação de tal forma estreita que nenhum pode ser eliminado se comprometer a subsistência dos outros dois. Da mesma forma, na teoria de Honneth não há como falar na construção seletiva de analogias entre as diversas “dimensões” em que aqueles modos de reconhecimento se desdobram, no nível de abstração que seria de se exigir para tal; antes, as dimensões da personalidade e das formas sociais de reconhecimento se sobrepõem e se encaixam em uma forma que deve poder ser igualmente avaliada de qualquer um dos lados que se escolha.

Nesse aspecto, o que Honneth procura fazer é construir pontes entre tais planos, correlacionando seus distintos “momentos”, quer dizer, os diferentes ângulos pelos quais sociedade e indivíduo se amoldam entre si direta e reciprocamente. Sua ideia é recorrer à noção de *reconhecimento* desenvolvida por Hegel no começo de suas preocupações com o desenvolvimento do *sistema*, para com ela suturar as estruturas internas do *self* e as principais formas sociais de concatenação dos eventos comunicativos. Procedendo a uma investigação de caráter empírico, Honneth remete às indiscutíveis equivalências entre as operações dos sistemas psíquicos e certas operações sociais, como a do direito, por exemplo.

A opção pela psicologia do desenvolvimento de Donald Winnicott – inclusive sua reverberação da crença de que as crianças são “objetivistas morais”<sup>69</sup> –, como ponto de

---

<sup>68</sup> HONNETH, Axel – **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 107-108.

<sup>69</sup> Vários pesquisadores que trabalham com a compreensão moral das crianças sustentam que sua capacidade de distinguir entre *moral* e *convencões* leva à conclusão de que as crianças consideram as violações morais como sendo objetivamente erradas (cf., p. ex., NUCCI, Larry P. – **Education in the Moral Domain**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001). Essa nova teoria psicológica do “estado de natureza” parece ainda não ter aprendido a diferença entre homem e sociedade, e por isso insiste na “antropologização” das

partida para a atualização da teoria do reconhecimento de Hegel, é uma das investidas no sentido de emprestar cientificidade ao projeto de naturalização das emoções conduzido por Honneth, bem como uma tentativa de “contrabandear” um elemento normativo para dentro da natureza dos sentimentos humanos. Uma canhestra tentativa, a bem da verdade: não é muito difícil demonstrar como sua intenção de conectar o (louvável) trabalho de Winnicott – ajudar a entender como crianças com distúrbios cognitivos e comportamentais podem desenvolver um grau satisfatório de “socialização” – com a teoria do reconhecimento de Hegel revela distorções graves em pelo menos dois planos. No plano conceitual, ao reproduzir o padrão todo/parte na ideia de uma sociedade *composta* de interações; no plano normativo, ao se contentar, para garantir a equivalência entre autorrespeito e direitos, com a presença de uma “mediação institucional” (o direito!) entre as condições psicológicas da construção/condensação de indivíduos e as condições sociais de fundamentação da democracia participativa.

Um ponto sobre o qual é importante chamar atenção é a forma que ele dá à relação entre esses meios institucionais, constituídos na *esfera pública*, e os seres humanos. Para explicar o que ele vê ocorrer na política, na moral e – por que não? – no direito, a partir da constatação da existência de capacidades universais dos cidadãos indivíduos devidamente apresentadas como direitos, Honneth elabora a ideia de *luta pelo reconhecimento*. No seu pensamento, é através da luta pelo reconhecimento – a luta de todos aqueles que se encontram em alguma medida privados de amor, direitos e solidariedade – que acontece o aumento da *quantidade* de pessoas que são tratadas como cidadãos e cidadãs, bem como do *conteúdo* do significado da própria cidadania. Essa luta guiaria, assim, a formação da opinião pública no sentido da universalidade do valor do homem e de seu autogoverno, tanto pessoal quanto político. Os direitos seriam a capa institucional do resultado desse processo.

Quando levamos em consideração que para podermos dar uma descrição apropriada do funcionamento da esfera pública – pelo menos no que concerne ao direito e à política, seus códigos e suas limitações operacionais –, é preciso situá-la dentro de uma específica possibilidade de construção desse sistema *na sociedade*; logo, também podemos perceber uma das precariedades do caminho trilhado por Honneth. Isso se deve a que não convém hoje conceber os mecanismos de engendramento da opinião pública na esfera pública

---

estruturas sociais, mesmo quando critica seus fundamentos (cf., p. ex., NICHOLS, Shaun; FOLDS-BENNETT, Trisha – Are Children Moral Objectivists? Children’s Judgments about Moral and Response-Dependent Properties. *Cognition*. Vol. 90, n.º 2, p. 23-32, 2003).

como um conjunto de *interações* determinado pela importância comunicacional de certos temas, mas como uma rede ou estrutura *de comunicação*.

Ao que parece, as “complicadas relações” entre a teoria do reconhecimento e a teoria do discurso, e as complexas formas que elas assumem ao transferirem esquemas da gênese da subjetividade para a estruturas de expressão jurídica – segundo a autocompreensão de Honneth e sua análise – se resolvem com o delineamento de uma teoria formal mínima da “vida boa”, na qual as pré-condições intersubjetivas das relações de reconhecimento são elevadas ao patamar de invariáveis normativas da integridade da personalidade humana, pré-condições que, ao mesmo tempo, não são completamente retiradas das mudanças históricas. Honneth parece estar plenamente convencido de que há um amplo consenso relativamente a como as premissas de uma teoria social da justiça devem ser obtidas, e certo de que, a despeito da “resistência” oposta a elementos particulares de um tal conceito universal de justiça, predomina, no geral, uma unidade sobre seus procedimentos fundamentais e seu “domínio objetivo” central. Assim, sua gramática moral temporalizada serve como um meio para copiar a distinção entre o bom e o justo sobre o justo e o racional, bem como para dar suporte a uma teoria da modernidade na qual as obrigações morais são encaradas como desenvolvimentos de “implicações normativas” dos padrões de socialização concretos embutidos na prática *efetiva* do reconhecimento.

A impressão geral que se tem da nova teoria do reconhecimento, entretanto, é que, a despeito da clara guinada comunitarista que ela representa para a chamada “Escola de Frankfurt”, suas formulações não possuem a resolução e a coerência dos sistemas filosóficos que lhe precederam. Honneth não apenas dispara meio aleatoriamente, sem norte, como também usa munição diferente a cada tiro. E o que é mais grave: ele aparenta crer sinceramente, sem ironia ou tragédia, que, reajustando o foco do psicologismo anterior e reforçando os elementos contingenciais do reconhecimento intersubjetivo, pode ele reconstruir as fundações normativas da teoria social crítica e dar um novo sentido à *teoria da justiça*. A solidez para seu empuxo ele acha principalmente em Hegel – e decerto também em Habermas, pelo menos tanto quanto a teoria discursiva se oriente por uma interpretação intersubjetiva do imperativo categórico da teoria do reconhecimento de Hegel. Porém, à diferença do sistema habermasiano, que procura evitar a dissolução da moralidade na eticidade, como a produzida pela *suprassunção* que Hegel identifica entre essas duas esferas, Honneth não vê problemas em aceitar um “excesso de concretude” – e antes mesmo torna essa uma virtude de sua gramática moral, que assim se faz mais adequada como geradora de *normas de ação*.

As razões dessa atitude “destemida”, se aparentemente visíveis nos motivos que o levam a sair da sombra da “intimidante” doutrina de Habermas (a expressão é do próprio Honneth) e buscar novos rumos para a teoria crítica, voltam a uma condição de turvamento e obscuridade quando, sempre no rastro de Hegel, ele coloca a justiça na dependência de um muito particular conceito de “liberdade comunicativa”. Para ele, existe uma conexão interna entre os *procedimentos de justificação* e os *princípios de justiça* determinados consensualmente, através da qual se funda um conceito *individualista* de liberdade comunicativa. Segundo sua teoria, o problema criado com essa resposta se resolveria com uma alteração nas condições de deliberação, de modo que os participantes se deixassem guiar por um conceito de liberdade que fosse comunicativo, não individualista.

Uma das altas pretensões da teoria do reconhecimento como desenvolvida por essa nova “Escola de Frankfurt” é encontrar os modos mais seguros de determinar o domínio objetivo dos princípios da justiça social, e com isso inclusive sinalizar com um determinado caminho a ser seguido na aplicação do direito. Para tanto, já não bastaria simplesmente amplificar a esfera da autonomia individual através do estímulo às formas de reconhecimento recíproco. Diferentemente do prospecto desenvolvido nos *Princípios da Filosofia do Direito*, em que Hegel quis fazer ver, como fundamento de sua concepção do direito, que apenas através da experiência do reconhecimento de suas capacidades e necessidades é que os seres humanos reúnem as condições para a configuração *autônoma* de seus objetivos de vida, Honneth procura dar consistência a uma teoria normativa que acentue não o aspecto “individualista” das relações sociais, mas a mútua dependência e a consciência coletivista.

Para que possa desenvolver um aspecto normativo, a nova teoria do reconhecimento se deixa enlaçar pela ideia de uma teoria da justiça. Na concepção de Honneth, entretanto, isso reclama mais que uma mera revisão conceitual da teoria da justiça tradicional: exige principalmente uma completa mudança de perspectiva, uma vez que o objeto de sua concepção de justiça tem em vista não apenas a liberdade individual, mas as “esferas de comunicação social”. O ponto de partida de uma tal revisão deve ser, de acordo com seu *insight*, o entendimento de que “as liberdades atribuídas juridicamente são apenas um recorte dos pré-requisitos que possibilitam a capacidade de autonomia individual”<sup>70</sup>.

Mas o que Honneth consegue desenvolver efetivamente daí em diante nos parece ainda e por demais obscuro e simplista. Ele fala na ampliação do conhecimento sobre a natureza intersubjetiva do homem, nas constatações empíricas de que o sentido da injustiça

---

<sup>70</sup> HONNETH, Axel – Justiça e liberdade comunicativa: reflexões em conexão com Hegel. Tradução de Fernando Alves Gomes. **Revista brasileira de estudos políticos**. N.º 88, p. 101-120, jan.-jun. 2004.

estaria relacionado com “sentimentos morais de não reconhecimento social das faculdades e necessidades individuais”, e na psicologia do desenvolvimento e na psicanálise como campos de prova para a ideia de que a aquisição de autonomia individual nos primeiros anos de vida é promovida primariamente por meio da experiência de fruição de uma forma confiável de atribuição e reconhecimento. De todas essas “constatações” Honneth pretende retirar um conceito de *justiça* que assume a forma de uma teoria normativa da comunicação.

A ambição da nova teoria do reconhecimento é substituir a ideia de *justiça distributiva* por fundamentos que se relacionam com a garantia, *dada pelo Estado*, da proteção de certos pré-requisitos sociais de reconhecimento recíproco. Mas Honneth infelizmente não nos dá nenhuma pista de como seu modelo teórico crítico-normativo pode contribuir para que os indivíduos passem a encarar a realização de suas respectivas liberdades como essencialmente dependente da realização da liberdade dos outros demais. Nem muito menos nos diz como tal modelo pode ajudar a determinar quando um padrão de reconhecimento se converte em direito fundamental ou mesmo quais os direitos fundamentais segundo a teoria do reconhecimento. Mais uma vez parece que a senda do criticismo leva apenas a considerar a realidade como inadequada, medindo-a por utopias – isso para não falar da absoluta ausência de considerações mais esclarecidas sobre as peculiaridades dos sistemas jurídicos da sociedade moderna, no que respeita às consequências de tal teoria sobre a compreensão do direito particularmente.

Por fim, uma outra dimensão em que a nova safra da teoria crítica alemã também expõe diferenças em relação à sua antecessora está na representação das grandes categorias de modelos normativos colocados à disposição dos sistemas políticos, com todas as correspondentes repercussões na esfera da autodescrição dos sistemas jurídicos constitucionais. Isso fica bem explícito em alguns de seus escritos posteriores, nos quais Honneth rearranja os termos de uma estilização tradicional recorrentemente reproduzida tanto entre cientistas e filósofos da política, quanto entre juristas – e da qual também Habermas se vale. Assim, no lugar de *republicanismo* e *liberalismo*, Honneth propõe, como antinomia representativa das grandes tendências da reflexão político-jurídica, a oposição entre *liberalismo* e *democracia radical*, de forma que em torno desta última se aglutinariam as teses defendidas por *republicanistas* e *procedimentalistas*.

Tal proposição representa uma tentativa de oferecer um esquema que ressalte as diferenças entre os modelos teóricos que se contrapõem ao ideário liberal (ou neoliberal), seja enfatizando formas discursivas institucionalizadas de justificação das pretensões de

legitimidade e de correção dotadas de uma estrutura *quase-natural*,<sup>71</sup> seja chamando a atenção, com mais ou menos intensidade, para o fato de que as comunidades, as formas sociais de vida humana, só existem como tais no tempo e no espaço, e portanto apenas como formas ético-culturais específicas. Sua convergência estaria justamente na comum orientação contra uma concepção negativa e negativa e individualista da liberdade pessoal, da função do Estado e do direito.

Honneth reconhece nessa segunda categoria, quer dizer, na democracia radical, um aguilhão crítico que permite equacioná-la a estratégias teóricas e aplicadas de aprofundamento e expansão da participação dos indivíduos nos processos decisórios cujos resultados tenham repercussão em suas vidas e seus interesses. Mais ou menos como para as “duas ondas procedimentais” das quais Frank Michelman dá seu testemunho,<sup>72</sup> mais ou menos como para a grande maioria das correntes comunitárias hodiernas, o objetivo aqui continua a ser *abrir ao máximo os canais de comunicação públicos aos fluxos de conteúdo informativo de uma opinião pública esclarecida e bem articulada*. Em outras palavras, Honneth associa (um tanto tautologicamente) à democracia radical o intento de fazer avançar a democratização dos processos e mecanismos de formação da vontade política e de tomada de decisões através da expansão das estruturas democráticas de coordenação e mobilização de sentidos, e de construção de padrões causais socialmente determinados.

Mas, atento para as condições de um constitucionalismo que se manifesta como *onifenômeno* social, ele levanta a hipótese de que os esforços sempre renovados no sentido de manter em campos opostos um republicanismo *substancialista* de origem aristotélico-hegeliana, e um procedimentalismo *dessubstancializado* de matriz kantiana, acabam eles por impedir a apreensão de importantes *insights* sobre o funcionamento da política e das operações jurídicas constitucionalmente fundadas. Como consequência, dizemos nós, a apropriação reflexiva dos resultados dos eventos verificados dentro da sociedade e das operações de seus subsistemas deixa de ser colocada em uma perspectiva ajustada relativamente às demandas concretas da sociedade (vista aqui como a totalidade do horizonte da comunicação).

Honneth assim aponta, em última instância, para as limitações das possibilidades da reconstrução teórica que se impõem toda vez aqueles dois conceitos – republicanismo e

---

<sup>71</sup> Para uma explicitação das possibilidades de delimitação de um direito natural da perspectiva da teoria da ação comunicativa, ver HABERMAS, Jürgen – A Short Reply. **Ratio Juris**. Vol. 12, n.º 4, p. 445-453, dez. 1999.

<sup>72</sup> Cf. MICHELMAN, Frank I. – Human Rights and the Limits of Constitutional Theory. **Ratio Juris**. Vol. 13, n.º 1, p. 63-76, 2000, p. 63. Michelman, falando da perspectiva americana, aponta para dois *procedural turns*, capitaneados respectivamente por John Hart Ely e por Jürgen Habermas.

procedimentalismo – são apresentados como as duas únicas alternativas à insuficiente noção de democracia associada ao liberalismo. Sua visão, no fim das contas, é de que as refutações mutuamente endereçadas entre os “liberais” e seus críticos, e entre esses últimos respectivamente, acabam por perder seu sentido construtivo, transformando-se na defesa recalcitrante de argumentos destacados de suas condições de plausibilidade e infalivelmente incompletos.

Um mérito, pois – se não inteiramente original, pelo menos sintomático e indicativo de um tempo –, pode ser então reconhecido nesse novo arranjo, desde que observado no conjunto das críticas dirigidas às dicotomias comuns (liberalismo/republicanismo, republicanismo/procedimentalismo) da filosofia política dominante, bem como de suas infiltrações no direito constitucional. Ao chamar nossa atenção para as alternativas *não* consideradas, Honneth sem querer nos lembra de que cada esquema desses também obedece às leis de uma *construção social da causalidade*. Aqui acrescentaremos, sem pretender explorar o tema em qualquer profundidade, que a causalidade é um *meio* de preservação de diferenças e que, tanto do lado das causas quanto do lado dos efeitos, o resultado de sua recíproca imputação conduz a infinitas possibilidades causais, quer dizer, a infinitas possíveis observações realizadas pela via da causalidade. Além disso, quando entendida como uma *forma*, a causalidade pode ser representada como um acoplamento *fixo* de resultados *previsíveis*, embora sempre condicionado à situação.

Consideremos que, quando uma sociedade está acostumada a localizar a causalidade em redes sociais específicas e a esperar o sucesso ou o fracasso a partir do uso dessa forma específica de causalidade, é muito difícil que qualquer coisa se modifique nessas condicionantes se formas causais substitutas igualmente manejáveis não puderem ser colocadas à disposição<sup>73</sup>.

Não nos custaria substituir na passagem acima, ainda que aqui de forma precária, o termo *uma sociedade* por *filósofos*, ou *juristas*, ou *sociólogos*, ou mesmo por qualquer outra designação pela qual se possa referir aos elaboradores de esquemas conceituais orientados para a explicação dos mecanismos de formação da vontade política e das decisões jurídicas democráticas. O desafio, de qualquer modo, continuaria a ser oferecer formas causais igualmente úteis que pudessem substituir com vantagem opções inveteradas por um longo uso. Honneth, por exemplo, quer encontrar tais formas na teoria democrática de John Dewey. Mas o fato é que ele já não pode mais esconder de si mesmo que nem as pretensões universalizantes de uma “transcendência desde dentro” colocada a serviço de uma certa

---

<sup>73</sup> Cf. LUHMANN, Niklas – Kausalität im Süden. **Soziale Systeme**. Vol. 1, n.º 1, p. 7-28, 1995, p. 7-8.

engenharia do consenso, nem as derivações teórico-políticas provenientes da verificação de que existem homens *concretos* vivendo em condições *efetivas* profundamente distintas em diferentes lugares da terra, podem pretender ser *normativas* para além de sua própria contingência.

Muito mais que uma querela sobre o *status* da comunidade pré-política, muito além da desavença acerca do sentido do estado de (quase) natureza pretensamente situado *no fundo* das estruturas de produção normativa do Estado e do direito, importa-nos recolocar de maneira teoricamente apropriada as condições de realização do acoplamento entre os sistemas autorreferenciais da *política* e do *direito*, e compreender como eles podem se determinar diante da imensa multiplicidade de seu meio. Isso requer que se supere a semântica da *oposição* entre o justo e bem, ou melhor, entre a filosofia da justiça e a sociologia do direito (sem, de forma alguma, desconsiderar sua subsistência enquanto prática discursiva), e que se busquem outras formas de sustentar as pretensões de validade cognitiva de que necessita a reflexão. Mais ainda: esse câmbio de paradigma nos força a colocar as tendências evolutivas, hoje presenciadas e percebidas como “amarrações” com razoável estabilidade, sob uma perspectiva que faça jus à complexidade da dimensão temporal, isto é, ao fato de que o futuro presente não coincidirá com o futuro atualmente projetável.

Por todas essas deficiências, as investidas da nova teoria do reconhecimento não abrem caminho nenhum que nos facilite passar de modo seguro de sua categoria central para o patamar da dogmática jurídica, nem ajudam a estabelecer pressupostos hermenêuticos constitucionais que possam ser elevados ao nível de generalidade e abstração que requer a ciência. Debalde, a gramática de Honneth tenta realizar sua pretendida síntese dialética, na qual não apenas *formas*, senão também *conteúdos* específicos, estariam empenhados numa formulação teórico-social *de cunho prescritivo*. Mas de maneira alguma isso significa que se deve renunciar à ideia de uma prática política ou de uma prática jurídica baseada, se não no fundamento último do agir, ao menos na possibilidade de um processo de estabilização provisória do “conteúdo racional de uma moralidade baseada no igual respeito por todos e na solidariedade e responsabilidade universais que cada um deve em relação a todos”. Antes, tal fracasso coloca em evidência a necessidade de se desenvolverem estratégias novas para abordar o fato de que a comunicação, seja no direito, seja em qualquer outro subsistema social, pressupõe o concurso das consciências humanas, e de que ela, sendo movida pela ação determinada dos psiquismos humanos, é a operação *social* por excelência.

Em suma, o republicanismo reformado segundo os parâmetros da filosofia política de Honneth pretende um retorno sofisticado a uma forma de neoaristotelismo, que contrasta fortemente com as possibilidades concretas dos sistemas normativos vigentes.

#### **1.4 UM NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL: SEGURANÇA, DIVERSIDADE E SOLIDARIEDADE, AO INVÉS DE LIBERDADE, IGUALDADE E FRATERNIDADE**

A intenção desse capítulo é tomar o debate sobre a mudança interpretativa implicada na nova tríade de ideais do constitucionalismo democrático proposta por Erhard Denninger, como exemplo da dissolução irrealista que ameaça um constitucionalismo vitimado pelo convencimento de que é capaz de prescrever uma nova e mais perfeita constitucionalidade intuída / extraída de padrões morais-normativos novos e de novas ideias acerca da “dignidade humana”, corporificados (ou não) em ordens de vida supostamente integradas por homens e mulheres engajados na construção deliberativa de um acordo racional acerca de condições justas de uma vida plúrima.

O diagnóstico da teoria constitucional aqui analisada apenas detecta e denuncia – por detrás de sua sugestão de que os novos princípios diretores da interpretação dos direitos humanos emergem das condições sociais da modernidade, como reação a um modelo político-jurídico hegemônico incapaz de produzir justiça – a retrógrada aspiração de colocar a bandeira da mudança social nas mãos do constitucionalismo, que assim conduziria sua função pedagógica, corretiva e curativa apoiado no chão firme de um caminho indicado pelas aspirações manifestadas nos compromissos morais normativos da constituição política de uma sociedade. Os “recém-descobertos” princípios interpretativos, cuja função seria balizar a autocompreensão do sistema jurídico de forma a permitir que ele possa traçar seu contorno, serão aqui alvo de suspeita, principalmente porque clamam para si a condição de novo paradigma da *justiça* e de novo fundamento da ordem jurídica.

Convencidos de que a sociedade contemporânea já não dispõe de um centro ou um vértice, contentar-nos-emos em perscrutar na discussão as pistas que nos levam a crer que só se pode pensar seriamente numa proposta como a de “segurança, diversidade e solidariedade” se se parte de premissas muito semelhantes àquelas que há séculos alimentam um redivivo aristotelismo e seu desgastado aparato de conceitos, e que, por isso, embora não exclusivamente, precisam urgentemente ser revistas. Tudo continua a se passar como se o olhar fosse mantido fixo *para além* do paradoxo que hoje não nos é dado deixar de conhecer na solução oferecida pelo novo constitucionalismo, ou seja, na ideia de salvar a democracia

através da democracia. Como puxar-se para cima com os próprios braços não parece uma atividade com grandes chances de sucesso, é preciso supor *e encontrar* fora um ponto de apoio em que, firmes as mãos, o resto do corpo teórico e institucional da democracia possa ser salvo da torrente dos eventos.

Denninger mostra desde o início sua predisposição para descobrir em debates e movimentos contratualistas e reformistas concretos a força tratora e o movimento resultante do surgimento de novos ideais político-constitucionais. Seu exemplo indicativo não surpreendentemente é a política constitucional dos novos *Länder* alemães. O assunto, descrito de forma seca e nua, é a constitucionalização dos direitos sociais (direitos de 3ª geração!) e as mudanças de mentalidade supostamente complicadas nas novas condições de interpretação dos fundamentos da ordem jurídica. De esguelha e sem muita vontade de ver,<sup>74</sup> Denninger faz a paradoxalidade se transformar em *inadequação*, pelo que igualmente revela seu viés *criticista*, como busca por um novo “entendimento conceitual-abstrato da dialética entre igualdade e desigualdade como um mecanismo para a solução de problemas do mundo real”<sup>75</sup>. A velha crítica aos direitos fundamentais liberais clássicos serve então para introduzir toda uma diatribe em torno de como os legisladores constituintes de vários estados-membros da República Federal Alemã “ousaram” conceber as igualdades *formal* e *material* como “igualdade no valor das condições de vida”.

Algo que aguça a curiosidade sobre essa nova tríade é sua vetusta ascendência. E não só: também a parecença de seu conceito de justiça com aquela justiça distributiva aristotélica aplicada como um modo de gerar igualdade com a desigualdade – parecença aliás conservada nos *traços distintivos* do novo lema, “direitos iguais à desigualdade!”<sup>76</sup> A lógica do *suum cuique tribuere* assim perdura transformada na procura por um meio de possibilitar a coexistência de uma multiplicidade de particularidades frequentemente incompatíveis. Dito de forma mais precisa e mais tautológica, a diversidade força à busca por um conceito diversificado de justiça, e não apenas pela afirmação do pluralismo como tolerância.

E o que entra em pauta mais uma vez são os repisados bem-comum, liberdade e igualdade, equilíbrio público *x* privado, bem como as interações entre ética, moral e direito. Há de haver um perfeito ajuste entre a inumerável e irredutível realidade concreta da experiência historicamente situada em episódios comunicativos localizados/localizáveis e a

---

<sup>74</sup> Denninger fala numa “fórmula *aparentemente* paradoxal” [grifo nosso] (cf. DENNINGER, Erhard – ‘Segurança, Diversidade e Solidariedade’ ao invés de ‘Liberdade, Igualdade e Fraternidade’. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. N.º 88, p. 21-46, dez. 2003, p. 28).

<sup>75</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>76</sup> *Ibid.*, loc. cit.

necessária universalidade que deve orientar qualquer projeto de construção de uma sociedade justa. Há de se combinar com destreza o “desejo por diversidade”, a “solidariedade”, a “justiça social”, a “pacificidade”, a aceitação racional da alteridade, a disponibilidade para o “espírito comum” e a cooperação com estranhos. Tudo isso sem perder de vista que as expectativas normativas jurídicas, como já nos fartamos de saber, ou são preenchidas, ou permanecem incompletas, sem terceira via. Reconhecendo-o implicitamente, Denninger coloca em relevo o papel do legislador infraconstitucional no preenchimento da moldura fornecida pelas regras constitucionais. Em sua visão, por exemplo, a “solidariedade não conhece limites substantivos ou pessoais; ela engloba o mundo e se refere à humanidade”<sup>77</sup>, e exatamente por isso requer especificações que ficam melhor se deixadas à conveniência de uma *jurisgênesis* aberta e ampla conduzida na órbita da esfera pública política.

Mas, ao mesmo tempo, é preciso que se retenha o caráter vinculante generalizável dos argumentos que sustentam as proposições pretensamente mais justas do novo constitucionalismo, se é que este é de servir de parâmetro *teoricamente* defensável para a confecção de uma chave interpretativa jurídica não casuísta. Para continuarmos com o exemplo do princípio da solidariedade, Denninger completa seu modelo de como a noção de que ela significa “um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que nos compele a oferecer ajuda, enquanto se apoia na similitude de certos interesses e objetivos de forma a, não obstante, manter a diferença entre os parceiros na solidariedade”<sup>78</sup>.

Ora, o termo *racionalmente*, é só o que pode nos parecer, trai o autor ao infiltrar-se de maneira sorrateira como um elemento capaz de catalisar noções de valor em torno de um padrão usado para permitir o reconhecimento não apenas da natureza da racionalidade, mas também aquela “cultura política liberal” pressuposta, diz-se, em todo plano constitucional democrático com alguma chance de alcançar sucesso em sua realização e manutenção. A rejeição explícita a sistemas valorativos universais, que seguiria a uma radical incorporação cognitiva da diversidade das condições de desenvolvimento da vida, acaba sendo compensada pela assunção tácita da “subjetividade relativa de *toda* experiência de valor”, que, junto com o compromisso ético da tolerância, funciona como substituto daquela pauta de valores antes rechaçada.

---

<sup>77</sup> DENNINGER, Erhard – ‘Segurança, Diversidade e Solidariedade’ ao invés de ‘Liberdade, Igualdade e Fraternidade’. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. N.º 88, p. 21-46, dez. 2003, p. 35.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 36.

A teoria jurídica, como toda teoria chegada a uma certa maturidade, demonstra pretensões de universalidade. Isso só é conseguido com a inclusão dela mesma entre seus objetos, isto é, no *todo* jurídico. Não se questiona a existência de outras possibilidades de construção da verdade abertas por empreendimentos teóricos concorrentes, mas a relutância em tratar o problema da autorreferencialidade de uma forma direta e a opção por uma estratégia implausível, incapaz de renunciar à ideia de uma normatividade a ser “descoberta” na realidade das interações interpessoais e transferida para as operações sociais orientadas para o desempenho da função do direito. Apesar de toda a cautela envolvendo a apresentação dessa nova trindade constitucional e a despeito de todas as precauções tomadas para deixar muito claro que não se trata de um modelo de ação diretamente aplicável, passível de utilização como “instruções para decisões éticas individuais”, as questões de fundo realmente relevantes continuam amplamente desconsideradas.

(Pensemos, por exemplo, no ponto ao qual a diferenciação funcional da sociedade trouxe a realidade das condições de vida e na relevância presente que os problemas associados ao ambiente assumem, bem como na pressão que exercem sobre a estrutura interna da sociedade. Tal estrutura precisa ser ajustada não só ao ambiente “natural”, mas também ao ambiente humano, motivacional, num processo que colocará – como já mostra colocar – a diferenciação funcional interna em segundo plano, em proveito do contraste entre o sistema em que se localiza a totalidade da comunicação, a sociedade e seu entorno. Luhmann identifica essa tendência nas “mudanças de mentalidade” traduzidas em adoção de estilos de vida opostos à diferenciação da sociedade, em recrudescimento do regionalismo e em movimentos de “retorno às raízes”, à natureza, à comunidade. Não que tais mudanças indiquem o caminho, a saída, a solução. Tanto quanto nos é possível ver sentido na preocupação expressada por esse autor, ela parece antes chamar atenção para a importância crucial de saber *como*, mormente em condições tão adversas, o resgate dos ideais democráticos pode ser feito pela democracia disponível – ou, na impossibilidade, como a ideia de uma política democrática pode ter continuidade sob condições tão diferentes das em que surgiu e pôde se sustentar. A pergunta então é: para onde agora, e por onde?)

Depois de isolar um exemplar da nova cultura democrática nas constituições estaduais da Alemanha, Denninger se aplica em destacar os desenvolvimentos paralelos em que a questão do universalismo moral e do particularismo ético encontra uma solução na convergência sobre a realização de uma solidariedade normativa. Ele invoca em seu favor os trabalhos de Ernst Fraenkel, Seyla Benhabib e Jürgen Habermas, suas noções de *pluralismo*, *movimentos sociais*, *multiculturalismo* e *política deliberativa*. Em Habermas especialmente,

ele reconhece um momento muito feliz de síntese e abolição do antagonismo dualista que opõe o “outro generalizado” ao “outro concreto”. A teoria discursiva lhe parece sem dúvida propícia ao incremento da concepção de *solidariedade* na *diversidade* com *segurança*, que ele, Denninger, vê inevitável no horizonte da democracia emergente.<sup>79</sup>

A proposta de Denninger, em que se pode diferenciá-la do humanismo esfuziante de um comunitarismo cívico empenha em (re)colocar o controle do Estado nas mãos do homem? O Estado vislumbrado pelo novo constitucionalismo “existe para o bem do *homem*”, para promover e proteger seus interesses, sua felicidade e sua liberdade. E para que tenha como cumprir seu destino, é essencial que ele reconheça sistemas regionais de direitos humanos – no exemplo de Denninger<sup>80</sup>, fazendo mais ou menos como fez o Parlamento Europeu ao afirmar a “função positiva” de complexos regionalizados de direitos fundamentais que, por outro lado, devem “respeitar todas as teses e determinações sobre direitos humanos internacionalmente reconhecidas”.

Em todo caso, a ênfase exclusiva em qualquer um dos lados do binômio universal *x* particular assume, desde o início, o valor negativo de uma escolha incapaz de realizar *le juste milieu* entre abstrações por demais vagas e por demais comprometidas com esquemas conceituais potencialmente arbitrários, de uma parte, e concretudes excessivamente particularistas, de outra. Denninger se mostra ansioso por recobrar ou reinventar o equilíbrio entre as explosivas contradições que pontuam os planos de elaboração racional dos direitos fundamentais, tanto para além das fronteiras nacionais quanto dentro dos sistemas políticos estatais. Sua ideia é contrabalançar o *princípio da diversidade* com o *princípio da solidariedade*, e aplicar ambos na estruturação de um conceito *concreto* de dignidade dos seres humanos, baseado no consenso. Com esse arranjo, Denninger crê que a ordem jurídica constitucional estará mais bem equipada para promover a segurança dos cidadãos – aqui não no sentido da certeza da liberdade individual, e sim como o patrocínio estatal de uma atividade “ilimitada e infundável” orientada para a “proteção dos cidadãos contra perigos sociais, técnicos e ambientais, bem como contra os perigos da criminalidade”<sup>81</sup>.

Denninger oferece o flanco; Rosenfeld e Habermas procuram acertá-lo, coisa de fato não lá muito difícil. Mas as regras do debate acadêmico exigem atenção e cortesia no *approach*; é preciso negacear, desfazer-se um tanto e só então levantar o sobrolho e estocar. Com maior ou menor dureza eles o atacam, e com instrumentos distintos. Habermas golpeia

---

<sup>79</sup> Cf. DENNINGER, Erhard – ‘Segurança, Diversidade e Solidariedade’ ao invés de ‘Liberdade, Igualdade e Fraternidade’. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. N.º 88, p. 21-46, dez. 2003, p. 40.

<sup>80</sup> Ibid., p. 37.

<sup>81</sup> Ibid., loc. cit.

com as mãos, e não bate para nocautear; Rosenfeld fustiga com vara e quer deixar marca. Habermas quer a nova tríade ainda inscrita no universo da anterior, expandindo-o, desdobrando-o; Rosenfeld a quer irrealizável no contexto do constitucionalismo americano, vaticinando-lhe uma sina igual no contexto alemão. Ambos fazem concessões com maior ou menor condescendência, argumentando no geral de modo ambíguo relativamente à constitucionalização de direitos sociais, de metas programáticas políticas e de *ordens de valores*. Mas o que é mais significativo é que ambos, cada um a seu modo, deixam implícita a ideia de que, sejam quais forem as mudanças pelas quais está passando ou prestes a passar a compreensão do constitucionalismo, seus “princípios” e a fonte de sua legitimidade permanecem intocados.

Primeiro vejamos o ataque de Rosenfeld mais detidamente. Desde seu título ele deixa claro que sua perspectiva é a de um jurista que leva em conta um sistema jurídico específico e seu funcionamento. O constitucionalismo americano, seu firme ancoramento na tradição liberal de Locke, suas fortes bases individualistas e seu transcendental apelo à liberdade como esteio do complexo político-jurídico são o pano de fundo contra o qual o professor Rosenfeld avalia a tese do surgimento de uma nova compreensão constitucional. Também desde o início sua aposta é de que o “novo paradigma”, mesmo que conseguisse entrar no foco das discussões constitucionais da América, jamais poderia ser acolhido pelas cortes como um critério dogmático de interpretação, ou pelo menos não enquanto a tradição daquele país mantivesse sua condição como tal. Ele invoca em seu favor a história das transformações políticas e, sobretudo, a história das transformações da representação do papel da Suprema Corte, para si mesma, para os outros poderes e para o conjunto dos cidadãos, através de suas decisões em casos concretos.

Rosenfeld não quer se ocupar de trivialidades retóricas; ele quer ver e mostrar como a prática constitucional, ou seja, o exercício da jurisdição constitucional sobre eventos e situações determinadas, pode ser informada por preceitos distintos que de fato se equivalem, e como muitas vezes o que se quer como resultado de um aparece como consequência de seu oposto. É por esse viés que ele tenta recuperar algo da tese de Denninger do retumbante fracasso antevisto para ela. Seu principal exemplo é a experiência da ativista corte de Warren, como ela foi fundamental para moldar todo um programa de avanços em políticas sociais, sem que, para isso, fosse necessária nenhuma emenda à Constituição sequer. Assim, do mesmo modo que Habermas, Rosenfeld se esmera em colocar o *velho* paradigma a serviço de transformações substanciais, amplificando seu poder transformador. A ideia fundamental é

que o pluralismo, o multiculturalismo, a diversidade encontram um abrigo suficientemente seguro e amplo sob as garantias constitucionais da liberdade e da igualdade.

Se na voz do constitucionalismo americano, de que Rosenfeld se faz portador, os tons comunitários da nova tríade soam como distorções dificilmente suportáveis, as transformações endógenas do sistema podem sugerir um certo grau de harmonia com o modelo em ascensão, ainda que “fortes poderes [impeçam] qualquer coisa que lembre uma convergência completa”<sup>82</sup>. A sugestão evidente é que o direito constitucional americano dispõe de um instrumental muitíssimo mais complexo e sutil de adaptação do ideário liberal-burguês às condições de desenvolvimento do Estado de bem-estar social do que sua contraparte alemã. Para Rosenfeld, tais instrumentos podem ser descritos como mecanismos de composição do equilíbrio entre quatro posições políticas básicas, cuja resultante aponta sempre o “centro de gravidade” da estrutura constitucional americana. O jogo entre essas diversas posições teria como resultado a evolução do conceito de *igualdade*, num processo dividido em três estágios, dos quais o último, assinalado como o da “busca da igualdade como diferença”<sup>83</sup>, representaria um passo no sentido da implementação da igualdade material. Os problemas da ação jurídico-constitucional na promoção da igualdade apareceriam nesse último.

Ao que parece, a ambiguidade no tratamento de questões relacionadas à inserção de direitos sociais no quadro da proteção constitucional se deve a que, a despeito da forte repulsão ao ideal de Denninger, esperada da parte da doutrina jurídica americana, expectativas igualmente fortes de que a igualdade material se efetive alimentam movimentos sociais cujas demandas se fazem cada vez mais ouvidas e consideradas. Essa dubiedade se mostra na imagem do sistema jurídico-constitucional americano, como descrita por Rosenfeld, para quem a jurisprudência constitucional norte-americana, mais ainda que sua contrapartida alemã, tem lidado com a igualdade material e adquirido os instrumentos necessários para a implementação do estágio 3 da igualdade, caso queira se orientar nessa direção.<sup>84</sup>

Ele frisa que a expansão do alcance das decisões da Suprema Corte durante o *New Deal* em questões como liberdade de expressão, liberdade contratual e relações trabalhistas, igualdade racial e de gênero e “ações afirmativas” foi feita com o apoio dos outros ramos do governo e consistiu mais na mitigação de dogmas constitucionais liberais arraigados do que na constitucionalização de direitos sociais materiais. Tal conjugação de fatores seria

---

<sup>82</sup> ROSENFELD, Michel – O constitucionalismo americano confronta o novo paradigma constitucional de Denninger. *Revista brasileira de estudos políticos*. N.º 88, p. 47-80, dez. 2003, p. 56.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 63.

decorrente de uma diferença essencial do sistema constitucional americano em comparação com os sistemas da Europa: para Rosenfeld, enquanto os europeus tendem a considerar o Estado como centro e fonte última dos direitos fundamentais, os americanos estariam convencidos desde as origens que os direitos inalienáveis originados da própria condição humana deveriam ser resguardados contra intromissões e abusos de um Estado pronto para, a qualquer descuido, expandir seu poder em detrimento dos indivíduos.

Mas não é só essa perigosíssima generalização – com seu desleixo injustificado pelo conteúdo expressado nos debates sobre o constitucionalismo e a democracia onde quer no mundo que hoje se possa compreendê-los como fundação simultânea da política pelo direito e vice-versa – que guia a elucidação do novo paradigma constitucional germânico pela doutrina americana. Confrontado com a necessidade que há de se dar a chancela da constitucionalidade à ação interventiva do Estado para o progresso da segurança material, Rosenfeld recorre a distinções *teóricas* “encontradas” em decisões e argumentações jurídicas concretas (e também nos “fatos” da vida social...), que não apenas estabelecem diferentes categorias de *igualdade*, como vimos, mas também diferentes tipos de *diferenças*. Munidos dessas ferramentas, crê Rosenfeld, o jurista pode compreender melhor a dinâmica de uma corte constitucional como a americana, comprometida que é com uma democracia centrada no indivíduo.

Correspondentemente aos três estágios da igualdade, a visão americana do constitucionalismo distingue três classes de diferenças. Como na escala da igualdade, os problemas da ação jurídico-constitucional no sentido de simetrizar diferenças começariam no último dos níveis. As mesmas dificuldades da incorporação constitucional da “igualdade como diferença” do “estágio 3” se refletem na solução de casos em que as diferenças a serem supridas são de natureza étnica, religiosa ou cultural e “que envolvam concepções diversas do bem que sejam, num grau significativo, incompatíveis umas com as outras”<sup>85</sup>. Com essa impossibilidade de se inserir na constituição certos assuntos flutuantes e incertos, como é exemplo o manutenção do bem-estar *substantivo* dos indivíduos<sup>86</sup>, deve-se condensar seu *núcleo* normativo em alguns poucos preceitos capazes de servir de suporte para fundação de procedimentos democráticos de ordenação da vida social.

Como Habermas, Rosenfeld se mostra apreensivo quanto aos efeitos perversos de um Estado superlativo que tutela os cidadãos que dele dependem e que nessa mesma medida

---

<sup>85</sup> ROSENFELD, Michel – O constitucionalismo americano confronta o novo paradigma constitucional de Denninger. **Revista brasileira de estudos políticos**. N.º 88, p. 47-80, dez. 2003, p. 67.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 50.

se vêm *privados* da autonomia que o direito democrático deve assegurar. Como Habermas corretamente enfatizou, a passagem do que ele chama de paradigma do direito ‘liberal burguês’ [...] para o paradigma do ‘bem-estar social’ [...] é acompanhado de uma perda de autonomia, uma vez que o indivíduo se torna dependente do Estado administrativo e sua vasta burocracia para satisfazer necessidades de bem-estar essenciais.<sup>87</sup>

Isso explicaria a grande seletividade do sistema constitucional descrito por ele, uma vez que o modelo contratualista deve se resumir ao essencial e indispensável de um acordo presumido entre cidadãos performativamente orientados para a construção de uma sociedade político-jurídica justa.

Para Rosenfeld, como para Rawls, a constituição tem a específica função de organizar, limitar, moldar e dirigir o processo de criação do direito numa sociedade composta por indivíduos que devem endossar um compromisso básico em torno de algumas premissas irredutíveis. De acordo com a ideia de constituição como contrato social, a entrada em cena de uma norma fundamental com essas características no sistema jurídico serve tanto para suprir a presunção de legitimidade consensual necessária para a produção normativa cotidiana quanto para fornecer “certeza objetiva” à aplicação de um sistema de regras fundamentais a eventos, episódios, casos e controvérsias reais.

O essencialismo constitucional,<sup>88</sup> quer dizer, o constitucionalismo minimalista, exige que a constituição se equilibre entre duas demandas contrárias: ela deve incluir toda norma ou garantia que seja necessária para que todos possam reconhecê-la como a instituição de uma ordem racional e, assim, possam se dispor a obedecer os comandos gerados pelos processos constitucionalmente estabelecidos; e ela não pode incluir nenhuma regra que careça de possibilidades interpretativas razoavelmente definíveis e que, portanto, não possam ser aplicadas com segurança a uma gama de casos que presumivelmente se acha em seu âmbito. Várias são as propostas que pretendem ensinar como obter essa essência irrenunciável e bastante para afiançar a continuidade da produção de normas através da produção de normas e da geração de suprimentos para a capacidade de fazer obedecer a decisões coletivamente vinculativas por meio da geração de suprimentos para a capacidade de fazer obedecer a decisões coletivamente vinculativas. Todas em alguma extensão coincidem em colocar a autoprodução das operações jurídicas e políticas na dependência de algo externo ao direito e à

---

<sup>87</sup> ROSENFELD, Michel – O constitucionalismo americano confronta o novo paradigma constitucional de Denninger. **Revista brasileira de estudos políticos**. N.º 88, p. 47-80, dez. 2003, p. 73.

<sup>88</sup> Cf. MICHELMAN, Frank I. – Morality, Identity and “Constitutional Patriotism”. **Ratio Juris**. Vol. 14, n. 3, p. 253-271, set. 2001. Esse autor faz inclusive a distinção entre constituição documental e constituição essencial.

política, quando não das próprias respectivas estruturas (os textos normativos e o aparelho partidário).

Em suma, Rosenfeld quer atacar Denninger por construir uma noção de solidariedade “tão genérica e abstrata que não pode gerar padrões suficientemente concretos para moldar qualquer ordem constitucional,”<sup>89</sup> mas ao mesmo tempo quer defender que “o papel fundamental da fraternidade na manutenção da unidade de uma comunidade política não deveria ser subestimado”; quer retirar a nova tríade do horizonte do juridicamente factível, despi-la de utilidade prática ou educativa, fazê-la inservível para o avanço do multiculturalismo, mas ainda assim afirmar que “há fortes razões para que se desenvolva todo o potencial dos velhos valores [...] e se imitem alguns do desenvolvimentos”<sup>90</sup> relacionados às liberdades positivas e à igualdade como diferença. Direitos que impliquem uma prestação material do Estado, direitos de 3ª e 4ª geração, cujo conteúdo pode variar tanto a ponto de não permitir que neles se divise a segurança e a solidez que devem envolver as normas constitucionais, não podem ser considerados como parte da essência da constituição. “Os EUA se tornaram fortemente imunizados contra a constitucionalização de quaisquer normas sociais ou econômicas”, mas não deixam de considerar que direitos liberais clássicos, como a liberdade de expressão, não valem muito se estiverem inteiramente separados de considerações sobre a igualdade substantiva.

Resta apenas explicar por que a proteção contra “punições cruéis e incomuns”, como encontrada na Oitava Emenda, e que sem dúvida integra o rol das proteções-padrão do constitucionalismo contemporâneo, é menos variável do ponto de vista interpretativo do que um preceito que, por exemplo, assegure a aposentadoria ou algum outro benefício ou auxílio social. Ainda que aceitemos que seja de fato contraproducente dar abrigo constitucional a determinados direitos de bem-estar ou acolher “obrigações constitucionais sobre o Estado que ele pode não ser capaz de desincumbir,” isso não teria nenhuma relação com o espectro das interpretações possíveis de um enunciado normativo, nem com as condições concretas que lhe conferem sentido em cada evento. A maior ou menor contingência não pode ser usada para separar matéria *tipicamente* constitucional e matéria *circunstancialmente* constitucional.

Se Rosenfeld proclama o estatismo europeu como responsável pelo surgimento de proposições como a da nova tríade – com todas as suas dificuldades de imprecisão e de impropriedade – e extrai daí a incompatibilidade sem ressalvas entre o constitucionalismo

---

<sup>89</sup> ROSENFELD, Michel – O constitucionalismo americano confronta o novo paradigma constitucional de Denninger. **Revista brasileira de estudos políticos**. N.º 88, p. 47-80, dez. 2003, p. 77.

<sup>90</sup> Ibid., p. 78.

americano e as ideias de Denninger, também é fato que ele vê na atuação da Suprema Corte dos E.U. o que há de mais avançado em termos de tratamento jurisprudencial da igualdade substantiva. De forma semelhante a Habermas, ele busca um equilíbrio cujo centro esteja a meio caminho entre o indivíduo e seu contexto social. No fim das contas, cada um realiza ao próprio modo diferentes versões de uma mesma estratégia de justiça como *balanceamento*, que deve como tal informar todo o direito.

Mas Habermas não está interessado em refutar Denninger, antes saudando-o como um dos “mais produtivos e astutos analistas da transformação do conceito de constituição refletido no Estado liberal para o conceito de constituição refletido no Estado de bem-estar”<sup>91</sup>. Seu propósito declarado é saber se a nova tríade consiste num novo jeito de interpretar princípios imodificados, ou se, ao contrário, numa expansão destes; também lhe interessa achar o sentido das normas constitucionais programáticas dentro da composição de uma ordem jurídica democrática.

Sob a lente de Habermas, a proposta do novo constitucionalismo aparece com tintas comunitaristas. Contra este mal, o remédio dado pelo procedimentalismo discursivo já é bem conhecido. Assumindo a clivagem entre a pessoa e o cidadão, Habermas recorre à noção de uma *equiprimordialidade* entre a autonomia privada do indivíduo e a autonomia pública do participante. Com isso ele lança o alicerce de um modelo de discurso público deliberativo no qual indivíduos-cidadãos livres e iguais, cada um concorrendo com seu ponto de vista, chegam a um acordo racional acerca das premissas de decisão que devem orientar os procedimentos envolvidos na prática do autogoverno através da produção legítima de leis positivadas. Ele também não fala em seus *Comentários*, mas toda a argumentação se desenrola entre os dois polos do *liberalismo* e do *republicanismo*.

Nada de novo nem nada de esclarecedor pode ser colhido da opinião de Habermas, que simplesmente ecoa o que já de há muito todo frequentador de seu pensamento deve bem saber. Apenas, por exíguo o espaço destinado aos comentários, ele é forçado a ser compacto e enxuto, o que faz com que fiquem à mostra os nós das articulações de seu arcabouço conceitual. E o que se vê é: a) a recuperação da ideia de dignidade humana através de uma preocupação reorientada para o entendimento de como as constituições podem ser construídas como ordens legítimas de regulamentação da vida em comum; b) a solidariedade como produto de uma cultura política liberal que é necessária para que a *ideia* de constituição possa vingar no terreno da mentalidade e dos impulsos daqueles envolvidos na prática de

---

<sup>91</sup> HABERMAS, Jürgen – Remarks on Erhard Denninger’s New Triad of Diversity, Security, and Solidarity. *Constellations*. Vol. 7, N.º 4, p. 522-528, 2000, p. 522.

autoimposição de leis, ou seja, na criação democrática de uma convivência normativamente caucionada; c) os direitos sociais e culturais mostrados como “adjacências” dos valores originais do liberalismo, ou melhor, como a clara imagem dos *verdadeiros* objetivos que o multiculturalismo e a materialização do direito fazem ver nos direitos básicos clássicos, os direitos de liberdade e de participação política; d) a função educativa e admoestatória dos apelos implícitos ao patriotismo constitucional passados sob a forma de normas programáticas e de declarações de intenções, objetivos e aspirações, principalmente enquanto “compreendidas como o resultado de uma reflexão racional sobre os limites do *medium* do direito”<sup>92</sup>.

Mesmo na controvérsia acerca da relativa importância das regras constitucionais teleológicas que instituem os prospectos ideais da comunidade política, tudo o que Habermas mostra é o seu velho arrazoado acautelatório segundo o qual todo cuidado é pouco no que respeita à possibilidade de contaminação das normas fundamentais por decisões valorativas éticas inoculadas em um processo no qual as cortes constitucionais assumem o papel de um *legislador secundário*.<sup>93</sup> A *jurisprudência dos valores* continua a representar uma ameaça ao esquema habermasiano de fluxo de vontade política discursivamente formada e procedimentalmente justificada, que supõe uma apropriação seletiva de um repertório ético composto sobre um eixo de valores básicos que representam um consenso racional. E, de fato, o emprego de fórmulas genéricas e finalísticas por parte dos tribunais, a elaboração de decisões doutrinárias representa um perigo. Para o funcionamento do judiciário isso significa uma super-rigidez arriscada num contexto em que a descarga das pressões sobre o juiz é um imperativo devido não apenas ao caráter altamente cambiante da sociedade moderna, mas também ao fato de que ele lida com frustrações consumadas, estando submetido ao princípio da igualdade perante a lei. Habermas, entretanto, está preocupado com a legitimidade das operações do sistema – não com os constrangimentos temporais que mantêm o juiz em sua posição diante das expectativas normativas.

O que se nos afigura mais perturbador em toda essa discussão em torno da “provocativa tese de Denninger”<sup>94</sup> é a assunção velada de que a chamada efetividade dos direitos fundamentais é o resultado de uma função da “ideologia hermenêutica” por detrás da compreensão do constitucionalismo, como fundamento ou guia de aplicação das normas

---

<sup>92</sup> HABERMAS, Jürgen – Remarks on Erhard Denninger’s New Triad of Diversity, Security, and Solidarity. *Constellations*. Vol. 7, N.º 4, p. 522-528, 2000, p. 527.

<sup>93</sup> Ibid., p. 526.

<sup>94</sup> ROSENFELD, Michel – O constitucionalismo americano confronta o novo paradigma constitucional de Denninger. *Revista brasileira de estudos políticos*. N.º 88, p. 47-80, dez. 2003, p. 47.

constitucionais às situações concretas. A exortação à tolerância, o apoio ao desenvolvimento de atitudes positivas diante da diversidade ética e cultural, o reforço da crença na solidariedade como um valor fundamental a ser constitucionalizado em normas programáticas e, principalmente, a insistência na função emancipatória desses ideais, tudo isso serve muito para acentuar o vivo contraste entre as grandes expectativas depositadas na “participação” e na “legitimidade” e os fatos que se apresentam na realidade social. Onde encontrar uma representação da sociedade dentro da sociedade (ou do sistema político dentro da política) e como obter uma legitimação que não seja autolegitimação são problemas que já não podem ser respondidos afirmativamente, se se leva em conta que a expectativa da representação e da legitimidade conferida através dela, bem como a busca por uma legitimação externa, suprema ou baseada em discursos racionais, revelaram-se vãs. Mais meios, mais normas, mais “princípios” só servem para confirmar a teimosia do recurso aos mesmos velhos esquemas de atribuição causal.

Habermas entende que os direitos sociais, direitos ao trabalho, direitos ao bem-estar social, direitos de proteção contra os efeitos perversos da tecnologia sobre o homem e o meio-ambiente “preservam diretamente a autonomia privada desses cidadãos que não mais se acham protegidos pela simples posse de direitos negativos iguais”<sup>95</sup>. Ele acredita numa espécie de relação dialética entre a igualdade formal e a igualdade material que resulta na materialização do direito, uma dialética que se legitima através da filtragem de argumentos através de um discurso público. No seu entendimento, esse discurso seria beneficiado por aqueles direitos, na medida em que estes pudessem “contribuir indiretamente para a aquisição de qualificação para a cidadania”<sup>96</sup>, pois assim estariam preenchidas também as condições necessárias para o exercício de uma igual autonomia política.

Mas é possível interpretar suas simpáticas reprimendas a Denninger como o resultado da consciência de que por detrás do estandarte do novo constitucionalismo está também a percepção de que o atendimento às demandas surgidas da ampliação e aprofundamento da democracia inclusiva, característica do Estado de bem-estar, é um passo importante na “modernização” das sociedades que avançam, não só no seu projeto constitucional, mas também no desenvolvimento das estruturas que permitem a diferenciação de seus sistemas funcionais. Habermas sabe que as condições muito específicas que permitiram o florescimento da inclusão política sob o signo do interesse individual requerem

---

<sup>95</sup> HABERMAS, Jürgen – Remarks on Erhard Denninger’s New Triad of Diversity, Security, and Solidarity. *Constellations*. Vol. 7, N.º 4, p. 522-528, 2000, p. 525.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 524.

uma manutenção altamente custosa, não (só) no sentido econômico, mas sobretudo no que respeita às adaptações e aos desdobramentos cognitivos que devem informar os planos políticos levados a cabo através do aparato organizacional do Estado. Por isso mesmo ele pode reconhecer que as inclinações do Estado de bem-estar levaram não apenas a que os legisladores orientassem os programas da administração pública de acordo com finalidades, mas, inclusive, embora em menor escala, que a própria prestação jurisdicional se valesse de formulações finalísticas.

As perguntas persistem, entretanto: a constitucionalização da autocompreensão ético-política de uma comunidade jurídica e a materialização do direito (exatamente aquilo que Denninger clama!) podem servir de embasamento para a conclusão de que há um novo constitucionalismo? Ou mesmo que se reconheça que nada de substancial mudou neste último e que ele apenas se expandiu numa direção perfeitamente previsível, seria isso suficiente para fundar a crença em uma mudança da sociedade capitaneada pelo direito constitucional ou do direito como meio privilegiado de realização de uma “engenharia social”? E ainda que a resposta para todas essas questões seja negativa, a realização do “neorrepblicaníssimo alemão” pode plausivelmente exigir do sistema jurídico a relativização da condicionalidade de seus programas?

## **1.5 REPUBLICANISMO E AUTORITARISMO: O FANTASMA DE CARL SCHMITT**

A pergunta que está no título desse capítulo indaga, em outras palavras, pela possibilidade de se associar, em alguma medida, a teoria constitucional de Carl Schmitt ao republicanismo cívico, seja na versão contemporânea, seja no modelo legado pelos fundadores da República americana. Trata-se de uma pergunta relevante, na medida em que pode nos auxiliar a esclarecer em que medida as teses republicanas seriam teses autoritárias e antidemocráticas – tendências secundárias que, segundo a crítica, costumam acompanhar a inidoneidade teórica do republicanismo para fornecer uma descrição coerente da realidade dos sistemas jurídicos positivos e das implicações da opção pelo credo político democrático como doutrina racional da liberdade moderna. Mas outra medida da importância da questão está na possibilidade que ela nos fornece de distinguir a ideia de uma “ética” do Estado, como proposta aqui, do *ethos* do Estado a que Schmitt faz referência.

Ninguém põe em dúvida que Schmitt tenha sido um estatista autoritário que procurava dar ao Estado moderno os fundamentos de uma autoridade particularmente sólida. Acima de tudo, nenhum outro autor pode ser mais bem qualificado de antiliberal: ele

abertamente abominava tudo que fosse liberalismo, pluralismo e individualismo. O centro de sua reflexão esteve sempre em questões de estabilidade política, hierarquia, unidade do poder, disciplina, ação estatal eficiente, enfim, na criação de mecanismos institucionais que pudessem contornar a alegada incapacidade das sociedades de massa para garantir ordem e segurança.<sup>97</sup> Sua teoria de que os Estados poderiam ser classificados de acordo com a forma que assume a vontade política decisória – a “expressão suprema e decisiva da vontade comum”<sup>98</sup> – fê-lo enxergar um Estado legislativo (parlamentar) ao lado de Estados jurisdicionais, governativos e administrativos, e identificar nesses últimos as características do seu tempo e da “viragem em direção ao Estado totalitário”, que é “por sua própria natureza um Estado administrativo”.

Schmitt foi igualmente um arguto defensor da ideia de que a marca do Estado moderno estava em sua relação com a Administração. Para ele, quando nos séculos XVI e XVII se formam as comunidades políticas que se autodescrevem como “Estado”, em contraste com as formas de associação jurídica medievais, seu diferencial está justamente na disponibilidade de um “aparato burocrático eficaz”.<sup>99</sup> Porém, fiel à sua concepção negativa da história, na qual se recusava a ver qualquer razão ou critério que pudesse guiar de forma segura a assunção de modelos normativos, jurídicos ou políticos, Schmitt rechaça qualquer possibilidade de que o modelo liberal construído sobre as bases desse Estado pudesse ter qualquer serventia para o enfrentamento dos problemas surgidos com o capitalismo avançado e com as modificações na estrutura social ocorridas na passagem para o século XX.<sup>100</sup>

É nesse contexto que Carl Schmitt expõe os fundamentos de uma doutrina da democracia, na seção terceira de sua famosa *Verfassungslehre*, dedicada ao elemento político da constituição moderna. Essa correlação, que a princípio se coaduna perfeitamente com as doutrinas constitucionais atuais no que respeita à definição da democracia como doutrina política, assume feições bastante peculiares dentro do pensamento de Schmitt. Em primeiro lugar, por causa de sua visão singular da política. Schmitt propõe que a constituição da unidade política do Estado independa de sua relação com o direito. Isso porque, na sequência

---

<sup>97</sup> Cf. KALYVAS, Andreas – Carl Schmitt and the Three Moments of Democracy. **Cardozo Law Review**. Vol. 21, n.º 5-6, p. 1525-1565, 2000, p. 1528.

<sup>98</sup> SCHMITT, Carl – **Legalidad y Legitimidad**. Madrid: Aguilar, 1971, p. 4.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>100</sup> Ingeborg Maus expressa esse fato assim: “Em seus principais trabalhos teóricos, Schmitt localizou a causa dos problemas funcionais dos parlamentos modernos na necessária adaptação da atividade do Estado e da estrutura jurídica às novas condições econômicas do século XX. O envolvimento do Estado na gestão permanente da crise econômica requer possibilidades de intervenção que são vinculadas à situação e orientadas para casos únicos. E isso coloca o Estado em conflito com seu vínculo com as leis ‘permanentes’ e gerais – isto é, as saídas do parlamento” (cf. MAUS, Ingeborg – The 1933 “Break” in Carl Schmitt’s Theory. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**. Vol. 10, n.º 1, p. 125-140, 1997, p. 126).

de uma crítica feroz aos pressupostos que configuram o Estado liberal-burguês da Europa continental, Schmitt denuncia aquilo que chama de *fundamentação moral* da legitimidade e sua base *humanitária*. Tal fundamentação moral alcançaria não só o modelo parlamentar-representativo dos Estados liberais, mas também o próprio direito, que, no fim das contas, equivaleria à moral como formulação de um dever-ser. A elas Schmitt opõe o que alguns chamam de *realismo sociológico*, uma postura radical no que respeita à secularização da política e para a qual a moral, como representação subjetiva do que deve ser, não oferece bases suficientemente fortes para acomodar uma decisão acerca do particular modo de existência da comunidade política que seja única, definitiva e a todos vincule.

A ênfase de Schmitt sobre o elemento político é famosa também por ser frequentemente apontada como a grande diferença de seu pensamento em relação ao de Hans Kelsen, em cuja teoria sobressaía o elemento jurídico da constituição. Sua busca pela essência do político era igualmente a busca pelo momento originário no qual se constituía a unidade política de um povo, ou seja, o momento da manifestação do poder supremo enquanto decisão fundamental sobre a existência do Estado. Esse caráter de decisão, a um tempo constitutivo e polêmico, conferiria à política sua dimensão de poder e sua natureza agregatória. Ora, para Schmitt a decisão fundamental não poderia ser condicionada, *i.e.*, não poderia se identificar a um contrato ou um pacto em que houvesse condições para a sustentabilidade de seu resultado, no caso o estabelecimento da autoridade soberana do Estado (pelo que se há de concluir que ele igualmente rechaçava, por fictícia e ilusória, a ideia de um estado de natureza). Assim, o poder soberano, decidindo autoritariamente sobre o conteúdo ao redor do qual se define a identidade de um povo, tanto externa como internamente, torna-se um poder total, que não se confina ao momento excepcional da fundação, mantendo-se ativo e em funcionamento como uma espécie de poder constituinte permanente. Não espanta, pois, sua noção de soberano como aquele que decide sobre o estado de exceção.<sup>101</sup>

A aguçada percepção de Schmitt para a necessidade de uma definição rigorosa do político (dito assim no masculino também para marcar a diferença da política compreendida como composição, mediação e compromisso) leva-o, por outro lado, a propor o critério da oposição entre amigo e inimigo. A distinção que Schmitt estabelece entre amigo e inimigo é uma das mais controvertidas de sua obra. Para ele essas duas categorias desempenham, em relação à política, o mesmo que os conceitos de *bem* e *mal* para a moral, de *verdadeiro* e *falso* para a ciência ou de *belo* e *feio* para as artes. Não seria exagerado dizer que, para ele, o

---

<sup>101</sup> SCHMITT, Carl – **Politische Theologie – Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität**. München und Leipzig: Dunker & Humboldt, 1934, p. 11. Aliás, essa é a primeira frase do livro.

político consistia na unidade da diferença entre amigo e inimigo: o inimigo é necessário para que se conceba o amigo, e este deve reconhecer naquele um *status*, uma situação definida que lhe permite divisar de modo claro e unívoco o contexto em que ambos se articulam. Verdade, Schmitt não possui recursos teóricos para resolver o paradoxo que repousa à base de sua proposta, quer dizer, ele não consegue ver que seu olhar não pode enxergar justamente o que permite que ele distinga entre amigo e inimigo, e só o que então pode nos oferecer é uma versão dogmática de como a unidade da política pode ser ao mesmo tempo um elemento entre suas partes, um elo entre amigo e inimigo. Mas não se pode dizer que ele o desconhecesse e que não o pudesse formular de uma forma autoconsciente, como se pode ver num trecho do prefácio de 1963 de *O Conceito do Político*, no qual se expressa a ideia de que na figura da guerra, tal como esta se contempla no direito internacional entre Estados, o inimigo é reconhecido também no mesmo nível como Estado soberano. Também o inimigo tem seu próprio *status*, não é um criminoso.<sup>102</sup>

Sua linguagem de “amigo e inimigo” conduziu seus críticos a algumas conclusões que se tornaram pontos de convergência, a despeito das vozes que advertiam contra possíveis mal-entendidos:<sup>103</sup> falamos das acusações de que tais categorias (1) serviam para transformar o debate interno ao Estado em uma relação de amigo/inimigo, jogando por terra qualquer busca pacífica por compromissos e acordos, e impedindo a conformação da ordem sociopolítica; e (2) alçavam a militância conflituosa à condição de propósito e substância da política. É certo que, no texto de 1963 de *O Conceito do Político*, Schmitt afirma também que a “guerra não é, de forma alguma, o objetivo ou propósito, ou mesmo o conteúdo da política”<sup>104</sup>, sendo enfática sua afirmação de que o conceito do *político* por ele proposto não era belicista ou militarista, nem imperialista, nem pacifista. Ainda assim, restam dúvidas quanto à capacidade explicativa de uma diferenciação tão “inflamada” e potencialmente explosiva quanto essa. Se hoje é possível se falar de sistemas sociais diferenciados funcionalmente que produzem as condições da própria autocompreensão através de “chaves seletivas” binárias orientadas pela diferença entre autorreferência e heterorreferência, por isso mesmo o recurso à representação de uma afetação psicológica (ou ainda pior, que é como de fato quer Schmitt, de uma “realidade ôntica”, um dado “real e irrefutável”), ainda que fundada

---

<sup>102</sup> SCHMITT, Carl – **Der Begriff des Politischen, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien**. Berlin: Dunker & Humboldt, 1987. Em espanhol, id. – **El Concepto de lo Político, Texto de 1932 con un Prólogo y Tres Corolarios**. Versión de Rafael Agapito. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

<sup>103</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang – Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts. In BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang – **Recht, Staat, und Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1991. p. 344-366, p. 194.

<sup>104</sup> SCHMITT, Carl, op. cit., 1987, p. 34-35; id., op. cit., 1999, p. 64.

numa antinomia clara e inequívoca, não pode servir de código para a especificação das mudanças estruturais desses mesmos sistemas.

(Não é essa a ocasião para se avaliar a importância da intuição de Schmitt quanto à necessidade de fornecer uma pauta invariável e desambiguizada para a definição das operações pertencentes à política, mas é importante reconhecer o mérito teórico de seu esquema, que se repete em autores tendencialmente conservadores como Ernst-Wolfgang Böckenförde<sup>105</sup> – para quem o “político não consiste em uma esfera de objetos determinados, antes significando uma relação pública entre pessoas, uma relação marcada por uma grau específico de associação ou dissociação que pode potencialmente levar à distinção entre amigo e inimigo” – e, de certa forma, ecoa na afirmação de Niklas Luhmann, de que “o sistema orienta a si próprio de acordo com a diferença de um valor positivo e outro negativo: de acordo com a diferença entre verdadeiro e falso para a ciência, da diferença entre imanência e transcendência no caso do sistema religioso e, no caso do sistema político, *de acordo com a diferença entre governo e oposição*”<sup>106</sup>).

Falávamos que as feições bastante peculiares da teoria da democracia de Schmitt se deviam à sua visão singular da política, mas é igualmente necessário falar de seu conceito muito próprio de democracia. Bem ao seu gosto, Schmitt define democracia de modo lapidar como *identidade entre governantes e governados* – ou em seu momento absoluto como *princípio da identidade do povo consigo mesmo*, de sua “*existência concreta consigo mesmo como unidade política*”. No seu tratado, a democracia vem primeiro analisada em sua relação com a república, depois comparada com outras definições clássicas como as de “governo da maioria”, “igualdade e liberdade”, “governo da opinião pública” e “governo do povo pelo povo”, para então ser criticada em suas pressuposições “liberais-burguesas”, partindo do que Schmitt compreendia como sendo a *inutilidade teórica e efetiva* da ideia de igualdade humana<sup>107</sup>, passando pela crítica da utilização de democracia como um conceito ideal e chegando, por fim, a uma desconstrução da ideia de liberdade de sufrágio. A partir daí, Schmitt se dedica a montar sua teoria da democracia como *igualdade substancial*, radicando-a

---

<sup>105</sup> Sobre o conservadorismo de Böckenförde (cf. RICHTER, Emanuel – Carl Schmitt: The Defective Guidance for the Critique of Political Liberalism. **Cardozo Law Review**. Vol. 21, n.º 5-6, p. 1619-1644, 2000, p. 1620). Richter diz que “O estudo [da obra de Schmitt] mais tarde levou à recepção ansiosa de Schmitt nos círculos de defensores conservadores da autoridade do Estado contra o pluralismo social, ou os defensores filosóficos e políticos do decisionismo e de uma esfera autônoma da política, entre eles Ernst Forsthoff, Joachim Ritter, **Ernst-Wolfgang Böckenförde**, Hermann Lübke, Günther Rohmoser, Robert Spaemann, e Bernard Willms” (ênfase adicionada).

<sup>106</sup> LUHMANN, Niklas – **Political Theory in the Welfare State**. Translation and introduction by John Bednarz Jr. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1990, p. 232. Aliás, Luhmann costuma ser acusado de ser um autor conservador, como faz Bobbio, que o associa à “direita iluminada”.

<sup>107</sup> Donde sua conclusão de que “Der zentrale Begriff der Demokratie ist *Volk und nicht Menschheit*”.

no que chama de “teoria do Estado grega”, desde onde traça uma espécie de genealogia em que o ideal grego de homogeneidade física e moral – pressuposto de um regime político em que “todos participam como dominadores e dominados” – continua transformado na ideia de *ἀρετή* ou *virtus* como encontrada em Machiavelli, Montesquieu e Rousseau. Schmitt analisa minuciosamente o fenômeno da igualdade sob o prisma das comunidades religiosas, tomando como exemplo a revolução de Cromwell e a história dos *Levellers*, para então passar à Revolução Francesa e seus desdobramentos, acentuando sempre a ideia de pertencimento a um grupo que se punha em oposição a um adversário comum, a ideia de nação, de homogeneidade *política* nacional.

No que respeita às relações entre democracia e república, é fundamental para Schmitt que essa última já não venha apresentada no sentido de um Estado ideal, como em Aristóteles e Santo Tomás (ele diz, “igual a *politia*”), assumindo antes a condição de sinônimo de democracia como forma política da identidade. Apesar disso, ele não hesita em afirmar o sentido de república como de oposição e contraste ao de monarquia – Schmitt reconhece que a expressão como utilizada por Machiavelli condicionou a definição do termo até atualidade. Essa aparente incongruência na verdade faz todo sentido dentro de sua teoria, que aponta no estado monárquico caracteres teológicos incompatíveis com a laicização da política e, portanto, para a necessária fundamentação do Estado moderno em termos democráticos.

A sequência de seu estudo sobre a democracia pode ser descrito como uma cuidadosa e sistemática utilização do pressuposto fundamental de democracia como identidade entre quem manda e quem obedece num esforço para fazer ruir as bases do “Estado burguês de direito” e o sistema parlamentar Europeu, estudados detalhadamente nos seis últimos capítulos da Seção III da Teoria da Constituição. Segundo seus críticos, esses objetivos se confundiam com as aspirações políticas do próprio Schmitt – as mesmas que o levariam a engrossar as fileiras do nacional-socialismo – sendo uma expressão de convicções antes de ser um esforço teórico sério.

Aliás, as críticas à teoria da democracia de Schmitt são muitas e partem de frentes distintas. Com um propósito meramente didático, podemos identificar duas acusações principais: uma, de que sua postura era de fato contrária à democracia; outra, de que sua abordagem da democracia era manipulativa e hipócrita.<sup>108</sup> Em outras palavras, seus críticos o

---

<sup>108</sup> Seguindo o critério adotado por Andreas Kalyvas em “Carl Schmitt and the Three Moments of Democracy” (*Cardozo Law Review*. Vol. 21, n.º 5-6, p. 1525-1565, 2000). Kalyvas aponta Ulrich Preuß e Renato Cristi como articuladores da primeira, e a Claude Lefort, William Scheuerman e J.P. McCormick, bem como a si próprio, como da segunda.

descreviam ora como um inimigo intransigente da democracia, que na verdade temia a entrada das massas populares na arena política, ora como um oportunista que se valia da retórica da democracia apenas como um meio indireto de alcançar seu verdadeiro objetivo: desqualificar o bolchevismo, o liberalismo, o Estado de direito, o positivismo, a *rule of law* e o “modelo legislativo” do Estado parlamentar centro-europeu. Mesmo assim, é possível dizer, com Andreas Kalyvas, que, apesar de suas muitas e importantes diferenças, essas duas interpretações, em última análise, compartilham uma visão de Schmitt como um antidemocrata fervoroso e de princípios que propuseram “uma *Führerdemokratie* ceasarista e etnicamente homogênea, uma democracia sob um Führer”, “uma ditadura de emergência discricionária” e “uma presidência absolutista”.<sup>109</sup>

Independentemente dessas qualidades, o que se viu nos últimos anos foi um reaquecimento na produção de literatura sobre a teoria da constituição de Carl Schmitt, sobretudo entre americanos,<sup>110</sup> guiados pelo interesse em debates sobre o significado do liberalismo, a natureza da política, o papel do Estado e as perspectivas da teoria democrática.<sup>111</sup> Discutiremos em seguida os trabalhos de David Dyzenhaus e Andreas Kalyvas, por dois motivos: um é que ambos situam o foco de suas reflexões na teoria democrática de Schmitt; outro é que também os dois injetam o pensamento desse último nos debates políticos e jurídicos recentes, colocando-o num diálogo com autores com John Rawls, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin.

David Dyzenhaus observa de perto as tentativas de Schmitt de fornecer uma nova teoria constitucional que suplantasse o modelo liberal, colocando-as sob uma perspectiva interrogante quanto a se Schmitt buscava destruir o constitucionalismo e substituí-lo por um estado de exceção perene, em que o constante exercício discricionário de um poder constituinte ativo mantivesse a liberdade individual como joguete da “*volonté générale*”, ou se estava de fato preocupado com a formulação de um modelo constitucional alternativo, que pudesse não só superar o enquadramento liberal, mas também fornecer uma base jurídica forte

---

<sup>109</sup> KALYVAS, Andreas – Carl Schmitt and the Three Moments of Democracy. **Cardozo Law Review**. Vol. 21, n.º 5-6, p. 1525-1565, 2000, p. 1526.

<sup>110</sup> Cf. McCORMICK, John – **Carl Schmitt’s Critique of Liberalism: Against Politics as Technology**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997; CALDWELL, Peter – **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism**. Durham; New York; London: Duke University Press, 1997; DYZENHAUS, David – **Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, Hermann Heller**. Oxford: Clarendon Press, 1997; CRISTI, Renato – **Carl Schmitt and Liberal Authoritarianism: Strong State, Free Economy**. Cardiff: University of Wales Press, 1998.

<sup>111</sup> KALYVAS, Andreas – Who’s Afraid of Carl Schmitt. **Philosophy and Social Criticism**. Vol. 25, n.º 5, p. 87-125, 1999, p. 88.

que garantisse uma interação estável entre as ideias de *povo*, *Estado* e *soberania*.<sup>112</sup> Compartilhando a leitura tradicional, segundo a qual para Schmitt a constituição seria mais que um conjunto de procedimentos neutros e mais um documento que densificava os valores e a decisão fundamentais de uma comunidade política, Dyzenhaus afirma que, como para aquele uma democracia baseada na legalidade era, na melhor das hipóteses, uma fraude e, na pior, autossabotagem, a necessidade de uma intercessão decisiva na organização substantiva da vida social surgia como fator primordial para a proteção, afirmação e a reprodução das esferas do político e do jurídico frente a conflitos sociais cada vez mais profundos e acentuados.

Dyzenhaus procura colocar em evidência o fato de que Schmitt antecipou discussões atuais sobre as tensões imanentes do liberalismo, como entre os valores substantivos e a neutralidade ou entre a liberdade de sufrágio e o conflito fundamental entre *amigo* e *inimigo* mascarado sob a forma da competição no mercado e da tolerância. Com isso, ele se coloca ao lado de autores como Claude Klein e do próprio Kalyvas, que veem na argumentação de Schmitt, no que toca à proteção da constituição contra atos de autodestruição, uma prévia do debate sobre *patriotismo constitucional*.<sup>113</sup> Dyzenhaus acertadamente afirma, em consonância com o que por nós mesmos tivemos ocasião de indicar acima e contra a crítica mais comum, que Schmitt não pretendia banir a normalidade e instaurar o primado do irracional em um Estado militarista, um Estado-polícia<sup>114</sup> no qual a ideia do respeito à lei cederia lugar ao arbítrio absoluto, pois ele “não rejeitou a ideia de uma sociedade integralmente regida por normas jurídicas, sob a condição de que a decisão política que fundamenta essa ordem jurídica seja explicitada”<sup>115</sup>. Mas, embora atento para o fato de que Schmitt vivia em sua obra o dilema de conceber uma política polarizada entre amigo e inimigo e ao mesmo tempo subordinada à sua busca hobbesiana por segurança, paz doméstica e ordem, Dyzenhaus – dentro de seu projeto maior, que é, na verdade, resgatar a importância do pensamento de Hermann Heller – prefere vê-lo apenas como proponente de um modelo

---

<sup>112</sup> DYZENHAUS, David – **Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, Hermann Heller**. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 65, 69.

<sup>113</sup> KLEIN, Claude – **Théorie et Pratique du Pouvoir Constituant**. Paris: PUF, 1996, p. 188; KALYVAS, Andreas – Carl Schmitt and the Three Moments of Democracy. **Cardozo Law Review**. Vol. 21, n.º 5-6, p. 1525-1565, 2000, p. 1555.

<sup>114</sup> Quando Carl Schmitt lembra que “tanto política quanto polícia derivam da mesma palavra grega, *polis*”, ele o faz num sentido crítico, pois que para ele no Estado clássico europeu o que havia de fato “era unicamente polícia, não política” (cf. SCHMITT, Carl – **Der Begriff des Politischen, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien**. Berlin: Dunker & Humboldt, 1987, p. 6; id. – **El Concepto de lo Político, Texto de 1932 con un Prólogo y Tres Corollarios**. Versión de Rafael Agapito. Madrid: Alianza Editorial, 1999, p. 40.

<sup>115</sup> DYZENHAUS, David, op. cit., p. 46.

substantivo de constituição absoluta e plebiscitária, na linhagem de uma espécie de comunitarismo autoritário. Com isso, seu questionamento se resolve em favor de uma avaliação negativa do projeto democrático de Schmitt.

De seu lado, Andreas Kalyvas é daqueles que não desconhece e não teme os perigos do revisionismo. Empenhado na tarefa de resgatar os elementos radicais da teoria da democracia de Schmitt, Kalyvas deixa à mostra seu esquerdismo<sup>116</sup> e seu interesse professado em resgatar uma possibilidade teórica, não um projeto político. Não há nele nenhuma dúvida de que Schmitt é importante para a teoria democrática contemporânea, bastando apenas que estejamos atentos para expurgarmos os ingredientes indesejados de sua ação política e prontos para nos engajarmos em uma leitura mais seletiva e reconstrutiva de sua teoria. Os benefícios prometidos: muitos *insights* interessantes para uma teoria democrática “with a radical intent”. Mas, o que significa isso exatamente para a construção teórica? Para Kalyvas está claro que se trata do resgate da imagem de Carl Schmitt do lodo do decisionismo, do irracionalismo e da glorificação do arbítrio e da violência, mas também de sua inserção, em um posição privilegiada, nos debates da teoria democrática contemporânea, principalmente aqueles concernentes à natureza do direito democrático, às relações entre democracia formal e substantiva, entre autoridade e autonomia, legitimidade e legalidade, o poder instituinte da vontade soberana popular e as estruturas instituídas da vida política regular, a política extraordinária e a normal.

Seu principal argumento é retirado do cap. 18 da *Teoria da Constituição*, o que já parece sintomático, dada a proeminência dada aqui ao elemento *povo*, conceito sabidamente dos mais escabrosos para a política e dos menos úteis para a teoria – principalmente quando se quer fazer dele uma força “externa” de onde deriva a legitimidade das ordens políticas ou um poder que antecede e se constitui no momento excepcional da fundação, *logos e fiat* a uma só vez, um talho no tempo de onde parte a medida da identidade do Estado, da constituição. Kalyvas, entretanto, é resoluto: as ideias de Schmitt sobre as relações democráticas entre o povo e a constituição, uma vez desassociadas de seus supostos filosóficos e de suas paixões políticas, podem apontar na direção de um modelo constitucional alternativo, que incorporaria e transcenderia a noção liberal de constituição formal, transformando-a numa versão participatória radical da democracia. É a partir daí que ele vai poder fornecer a sua versão de

---

<sup>116</sup> Cf. KALYVAS, Andreas – Who’s Afraid of Carl Schmitt. **Philosophy and Social Criticism**. Vol. 25, n.º 5, p. 87-125, 1999, p. 103 (na mesma passagem, Kalyvas chama em favor de seu argumento Trotsky, Mao, Hannah Arendt e Cornelius Castoriadis).

como a ideia dos três momentos das relações entre “povo” e constituição (que ele chama de três momentos da democracia) pode ser útil para o avanço da teoria política.

Ainda que apenas superficialmente descritos, temos aqui dois exemplos de autores que se aplicam, por motivos diversos, a resgatar e lançar novas luzes sobre o trabalho de um jurista controvertido e original. Também duas conclusões distintas, unidas pelo reconhecimento de certo valor teórico nas formulações de Schmitt. O que a ambas falta, como no geral a quase toda literatura sobre Carl Schmitt surgida nos últimos anos, é a percepção de que nem o seu conceito do político, nem o seu conceito de democracia – mas principalmente esse último – podem ser tomados como instrumentos teóricos suficientemente desenvolvidos para lidar com as dificuldades de sistemas políticos e jurídicos que já não podem depender, para a continuidade de seu funcionamento, de que um “povo” *antes e acima* da constituição se una em torno de uma decisão fundamental que representa sua vontade singular. Ao tomar para si, consciente ou inconscientemente, o objetivo de Schmitt de refutar o pensamento liberal, Andreas Kalyvas se deixa ir longe o bastante para, ainda por cima, se colocar a favor de ideias como a de um poder constituinte permanente, quer dizer, da ideia da constituição como um meio de manter vivo o momento de fundação – ou seja, põe-se a favor de um argumento jurídico extremamente duvidoso. O *voluntarismo* já se o denunciava na cultura jurídico-política brasileira pela voz de Pontes de Miranda, que não via no recurso do direito à categoria da *vontade* senão como uma fonte de confusões e potenciais perigos.

Mas, se não vamos perseguir a intuição de Schmitt quanto à natureza do político – sem dúvida a contribuição mais interessante dele –, nem podemos nos valer de seus críticos contemporâneos, senão quanto ao que eles desestigmatizam em aspectos de seus trabalhos mais significativos, devemos então, ao menos, verificar até que ponto a descrição do republicanismo constitucional como exigência de uma autocompreensão *ética* do Estado tem alguma relação com o *ethos do Estado* de que Schmitt fala em *Legalidade e Legitimidade*. E isso não só para demonstrar por que nossas referências a uma “ética do Estado” traduzem um outro conceito, mas igualmente para verificar o que há por detrás da convergência das expressões.

De início, é preciso esclarecer que a palavra *ethos* não surge em nenhuma das passagens cruciais da *Teoria da Constituição* no que diz respeito a questões de unidade do povo ou manifestações e desdobramentos da vontade soberana (caps. 1, 6, 8, 17-21). Lá se fala de “situação de conjunto concreta de uma unidade política e da ordenação social de um certo Estado”, de “decisão política unilateral do sujeito do poder constituinte”, de “vontade consciente de existência política” ou “decisão consciente a favor de um certo modo e forma

de existência”, de um povo que é, na democracia, “sujeito do poder constituinte”, de um povo “antes e acima da Constituição” – um “povo politicamente capaz”, que é artífice e resultado de uma vontade política concreta. Apesar da aparente superficialidade desse indício – decorrente do fato de que é preciso reconhecer que a ausência de uma referência explícita a um fato ou conceito não faz decorrer que ele não compareça ao discurso ou à realidade, ou à realidade do discurso, sob uma forma outra, ou mesmo que não esteja pressuposto em cada uma de suas passagens –, a verdade é a que prescrição normativa da constituição do povo como *ethos* comum, como um conjunto de seres humanos que se identificam entre si como partícipes de uma herança moral de costumes e crenças sedimentadas, ocupa um lugar secundário dentro do projeto de Schmitt. É certo que, à base de seu entendimento de que a “humanidade” não pode ocupar o lugar do “povo” como “centro” de um Estado democrático, está a ideia de que “a democracia política não pode se basear na indistinção de todos os homens, mas apenas no pertencimento a um *povo determinado*”. Mas também é preciso não esquecer que sua refutação ao pluralismo (e bem assim à doutrina constitucional de Leon Duguit) não se dá por via de um discurso que acuse qualquer tentativa de fraturar o concreto ético do povo uno; antes Schmitt denuncia a negação da unidade soberana do Estado, a tendência a dissolver ou refutar o Estado, a transformação do Estado em simples associação em competição com outras.<sup>117</sup>

Nesse contexto, a reação típica – e a mais fácil – consiste em equacionar o conservadorismo da teoria de Schmitt com a ideia de Estado étnico-racial da política do III Reich e concluir que essa última não passa de uma decorrência, a própria implementação da primeira. Mas a verdade é que, para Schmitt, o povo individualizado como *Nação* se diferencia do conceito geral de *povo*, e alcança esse *status* pela “consciência *política* de si mesmo”. A língua comum e o compartilhamento de destinos históricos, de tradições e lembranças, de metas e esperanças políticas, auxiliam nessa unidade, mas não são o essencial. E esse é o sentido da proeminência do político no pensamento de Schmitt: quando ele diz que toda democracia está apoiada na existência de um povo “unitário, integral, homogêneo e indivisível” e que a supressão dos pressupostos da homogeneidade e indivisibilidade nacionais acabaria por fazer com que o princípio da maioria, tomado como uma verificação exclusivamente aritmética da vontade dos cidadãos, se transformasse no instrumento de dominação dessa maioria, é da esfera política que está a falar. Isso se deve, em parte, ao fato

---

<sup>117</sup> Cf. SCHMITT, Carl – **Der Begriff des Politischen, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien**. Berlin: Dunker & Humboldt, 1987, p. 43-47; id. – **El Concepto de lo Político, Texto de 1932 con un Prólogo y Tres Corolarios**. Versión de Rafael Agapito. Madrid: Alianza Editorial, 1999, p. 70-74.

de que o político não corresponde a um “campo próprio da realidade”, ou seja, que não se confunde com questões religiosas, morais, econômicas, culturais ou étnicas, antes surgindo como um determinado *grau de intensidade* alcançado pelos embates em quaisquer dessas esferas. E é aqui que entram os conceitos de *amigo* e *inimigo*, com a consequência de que o agrupamento real em amigos e inimigos é, no plano do ser, algo tão forte e decisivo que, quando uma oposição não política produz um agrupamento dessa índole, passam a segundo plano os critérios anteriores “puramente” religiosos, “puramente” econômicos ou “puramente” culturais.<sup>118</sup>

Embora não seja difícil demonstrar como a preocupação de Carl Schmitt se voltava sobretudo para a denúncia do que ele concebia como a falácia da igualdade de chances do liberalismo, o déficit de legitimidade do sistema parlamentar e o esfacelamento do político, com a consequente deterioração do poder soberano, nossa intenção aqui não é, nem pode ser, minimizar ou anular as ambiguidades do pensamento de Schmitt. Interessa apenas delimitar muito bem a situação em que a expressão *ethos do Estado* é utilizada em *Legalidade e Legitimidade*.

Publicado em 1932, no auge da grande comoção que abalava a República de Weimar, *Legalidade e Legitimidade* têm como tese central o postulado de que “a legalidade de um partido poderá ser negada tão somente no caso em que se limite a faculdade de reformar a Constituição”<sup>119</sup>. Seu alcance, contudo, vai além do caráter polêmico das discussões que giravam em torno do modelo constitucional a ser adotado concretamente na Alemanha daqueles anos. É claro que havia um grande problema relacionado com a delimitação do poder de reforma constitucional concedido ao parlamento: buscava-se estabelecer se e em que medida se podiam levar a efeito mudanças constitucionais que fossem capazes de transformar substancialmente a estrutura da Lei Fundamental. Mas quando Schmitt levanta a voz em defesa do conteúdo político da Constituição, ele acaba atingindo não apenas seus adversários políticos e ideológicos, mas os próprios fundamentos do positivismo (identificado aqui ao legalismo da *rule of law*) e do que ele denominava Estado legislativo ou parlamentar.

As relações entre o positivismo jurídico e o Estado legislativo se tornam evidentes tão logo a Constituição surge no horizonte jurídico como lei e, portanto, se situa no alcance das faculdades legiferantes do legislador – se apenas por tais e quais processos mais

---

<sup>118</sup> Cf. SCHMITT, Carl – **Der Begriff des Politischen, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien**. Berlin: Dunker & Humboldt, 1987, p. 34; id. – **El Concepto de lo Político, Texto de 1932 con un Prólogo y Tres Corolarios**. Versión de Rafael Agapito. Madrid: Alianza Editorial, 1999, p. 68.

<sup>119</sup> Id. – **Legalidad y Legitimidad**. Madrid: Aguilar, 1971, p. 35.

dificultados, menos disponíveis, pouco importa: o que vem ao caso é a extensão da vulnerabilidade a que se expõe a “decisão fundamental”. Por isso, como um resultado e uma reação ao desencanto weberiano, o sistema constitucional visionado por Schmitt transforma o colapso de uma noção de mundo tradicional, identificada no plano político à Monarquia e seu fundamento sacro, em uma teologia política laica que projeta a decisão fundamental de um povo unido em torno do político para um patamar inalcançável pela via da ação legislativa parlamentar – ou, em outras palavras, canoniza o poder constituinte. A necessidade de colocar a substância dessa decisão a salvo das instabilidades da política ordinária se impõe para a garantia de que o poder constituinte e o “rasgo” que ele produz na tessitura social no momento da fundação possam fornecer um critério claro, distinto e estável para a autoidentificação do Estado como unidade política de um povo. O positivismo, então, com sua redução de todos os preceitos da constituição ao mesmo nível e valor, passa a ser visto como uma ameaça.

Poderíamos dizer que, em constituições em funcionamento, como a brasileira, por exemplo, a técnica do “cerne imutável” ou das “cláusulas pétreas” surge justamente como uma forma – ou, talvez melhor, fórmula – segundo a qual se é capaz de restringir significativamente as possibilidades de que a própria “natureza” ou “caráter” da constituição se altere, se desvirtue irremediavelmente. Em termos sistêmicos, ou seja, na linguagem da teoria dos sistemas, podemos dizer que o rompimento do cerne imutável traria como consequência não uma corrupção do código do direito, mas a interrupção do processo de geração de operações jurídico-constitucionais através de operações jurídico-constitucionais, uma vez que não mais se poderia, desse modo, separar as duas partes que a constituição articula sob a forma de acoplamento estrutural. Ainda que não formulado nesses termos, era o temor dessa dissolução que punha Schmitt extremamente desconfiado em relação à “procedimentalização” da constituição, sua desmaterialização. Se era preciso manter a unidade do Estado, era igualmente necessário reconhecer que essa unidade estava vinculada à unidade da decisão criadora manifestada na constituição. Por isso, Schmitt recorreu à distinção entre *constituição* e *legislação* ou *lei constitucional*: não para indicar algo acima e para além do texto constitucional, mas um “núcleo essencial” em virtude do qual toda dinâmica constitucional adquire *sentido*.

Mas, na verdade, não é difícil ver como ele superestima (estrategicamente ou de boa-fé, tanto faz) a ação “corruptora” ou “dissolutiva” do direito sobre a política. Com efeito, é na incapacidade de tornar o projeto positivista num instrumento de proteção dessa força centrípeta que confere ao Estado seu *quid*, que Schmitt vai radicar a principal fraqueza do

Estado legislativo parlamentar.<sup>120</sup> Definido como um certo tipo de comunidade política cujo traço peculiar consiste em colocar “a expressão suprema e decisiva da vontade comum na proclamação de uma espécie qualificada de normas que pretendem ser direito, e às quais são redutíveis todas as demais funções, competências e esferas de atividade do domínio público”<sup>121</sup>, o Estado legislativo transformaria, segundo Schmitt, o poder soberano em poder nenhum, pois ao instrumentalizá-lo como um comando normativo impessoal, tudo o que restaria dele seria a mera legalidade, uma legitimidade racional (no sentido de Max Weber) baseada em ficções como generalidade, abstração etc.

As premissas de que Schmitt parte são relevantes aqui. Na medida em que oferece os conceitos de *povo*, *unidade* e *decisão* como elementos necessários de um Estado, ele pode justificar teoricamente sua preocupação com a manifestação e o exercício da soberania – que aparece como o fundamento da ordem, da segurança e da estabilidade no interior da comunidade política, e ao mesmo tempo expor as bases sobre as quais sustenta seu repúdio à *rule of law*. É por isso, entre outras coisas, que o Estado legislativo parlamentar lhe parece o avesso de um Estado saudável: destituído de seu poder de confirmação<sup>122</sup> pelo engodo liberal da representação, o “povo” logo se vê fragmentado pela ação manipulativa dos interesses organizados que avançam com sucesso suas pretensões, abrindo caminho para que o caráter decisionista da ação política seja conformado à fórmula neutra de leis gerais e abstratas. Seu diagnóstico se acha sintetizado na seguinte passagem: “Já não há poder soberano, nem mero poder. Quem exerce um ou outro atua ‘sobre a base de uma lei’ ou ‘em nome da lei’. Se limita a fazer valer, de forma competente, uma norma vigente”<sup>123</sup>.

A partir da concepção de Estado legislativo, Schmitt constrói uma tipologia original, que prescinde da clássica divisão tripartida entre monarquia, aristocracia e democracia, bem como de outras, para ele igualmente ultrapassadas (Estado de direito *x* ditadura, autoridade *x* liberdade, etc.). Como já mencionamos, a par do Estado legislativo, Schmitt identifica Estados fundados em diferentes princípios de legitimação, que permitiriam classificá-los em *jurisdicionais*, *governativos* e *administrativos*. Em cada um deles, Schmitt localiza um certo *ethos*, quer dizer, uma nota chave que permite alcançar sua compreensão, um *princípio existencial* consolidado. “Em cada um deles,” dissemos, mas não exatamente no

---

<sup>120</sup> Tanto que um reflexo indireto disso sobre o modo de operação do sistema é descrito em termos de uma predominância das *disposições* ou *medidas* (Massnahme) sobre as leis, quando o Estado legislativo se transforma em Estado administrativo.

<sup>121</sup> SCHMITT, Carl – **Legalidad y Legitimidad**. Madrid: Aguilar, 1971, p. 4.

<sup>122</sup> Conforme a fórmula de Sièyes, adotada por Schmitt: “A autoridade vem de cima, a confiança de baixo” (*cf.* *ibid.*, p. 147).

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 5.

Estado governativo, que apresentaria antes um “grande *pathos*” de glória e honra, associado principalmente aos príncipes absolutos dos séculos XVII e XVIII. Uma observação importante aqui, sintomática mesmo, é que, tanto no sentido da *gloire e honneur* (às quais se diz ter sucumbido o Estado administrativo prussiano de Frederico I e de Frederico, o Grande), como pela atribuição de um valor especial à qualidade do mando concreto que se obedece sem objeções, Estado governativo e Estado administrativo convergem em pontos essenciais, pelo que não seria demasiado concluir que as formas prediletas de Schmitt se caracterizam pela pretensão de vigência de valores capazes de prover a própria legitimação.

De qualquer modo, não nos interessa refazer cada um desses diferentes *ethos* ou *pathos*, dos quais Schmitt fala numa passagem relativamente curta de *Legalidade e Legitimidade*, mas marcar sua diferença em relação a um princípio constitucional republicano concebido como fórmula de contingência do Estado. Assim, cremos já ter demonstrado, com a discussão acima, como a utilização da expressão *ethos do Estado* se faz num contexto em que os esforços de elaboração teórica estão voltados para uma taxinomia pautada em noções ontológicas – à diferença da proposta por nós defendida, que busca fundamento em imperativos organizacionais e em desdobramentos da própria diferenciação funcional dos sistemas do direito e da política.

Não se trata aqui de indicar a “natureza” de um Estado, não se trata de delimitar sua variabilidade dentro de um âmbito de possíveis escolhas historicamente construídas, nem de verificar a natureza da “decisão fundamental” (uma advertência importante, já que o Estado como organização se volta, sim, para questões de decisão). A “ética do Estado”, ética juridicamente contida, é uma “inconveniência” a ser suportada para que se possa compreender o mecanismo que subjaz à concepção de república como fórmula de contingência. O constitucionalismo a consolida no nível da organização do Estado. Essa é uma diferença gritante com relação ao conceito de Schmitt, que recupera sua descrença em relação ao caráter normativo da racionalidade e da história assumindo *uma outra normatividade*: a ideia de que sua reflexão se desdobra não no plano das ficções, não no plano da normatividade, mas na *realidade ôntica*, cuja análise lhe vai permitir refutar modelos já inúteis. Já falamos de seu “realismo sociológico” acima. Só o que ele não podia ver era como se traia ao ter de ceder à necessidade de estabelecer um critério regulador para sua observação da “realidade”.

No mais, quanto à coincidência entre as expressões *lá* e *cá*, uma explicação razoável, se não pode se dar por satisfeita com a simples afirmação da fortuitude, deve ao menos tentar indicar como ela se torna possível. Portanto, deve-se notar que os importantes *insights* de Schmitt quanto à natureza polarizada da política e sua função decisória, ainda se

mais do que uma simples indicação de sua sensibilidade às mutações da autocompreensão social, não estavam suficientemente equipados e teoricamente instrumentalizados para lidar com problemas que refletissem o grau alto de complexidade de uma sociedade funcionalmente diferenciada, nem aptos para transformar a limitação das exigências de racionalidade, que se sobrepõe aos limites da capacidade cognitiva e ao custo temporal das decisões, em algo diverso de um decisionismo crasso e de uma glorificação do arbítrio. Somente com um repertório conceitual mais preciso é que se pode falar em ética sem resvalar na semântica jusnaturalista.

A opção por manter a expressão *ética* nesse contexto sem dúvida denota uma resistência em romper com uma semântica familiar ao discurso político-jurídico da modernidade, um reconhecimento da continuidade de preocupações antes expressadas por meio de pretensões morais ou mesmo normativas, quanto à justiça, à virtude, aos valores cívicos e à própria ética, elementos costumeiramente associados ao autogoverno no ideário republicano. Igualmente se poderia fazer uso *apenas* de expressões como *fórmula de contingência* ou *fórmula normativa de auto-observação*, mas não há necessidade de se desusar o dogma constitucional em favor de um uso linguístico *sui generis*. Talvez seja verdade que “die Kälte der Verweisung auf eine ungewisse Zukunft wird nur mühsam durch die Wärmflasche traditioneller Terminologie (sprich: Demokratie, Vernunft, Einsicht, Konsens, ja sogar Lebenswelt) aufgeheizt”<sup>124</sup>; mas a verdade é que, fugidia e inescapável como for, a ideia de que é possível substituir a diferença pela unidade, de tornar alcançável o inalcançável, de reproduzir na atualidade da observação a potencialidade de outras pretensões normativas (*justas, corretas, adequadas* etc.) teima em reclamar sua representação, latente que seja, como *norma*. Nosso desafio aqui é justamente descrever como isso se passa no âmbito do funcionamento de uma constituição concreta.

---

<sup>124</sup> LUHMANN, Niklas – Quod Omnes Tangit... Remarks on Jürgen Habermas’s Legal Theory. **Cardozo Law Review**. Vol. 17, n.º 4-5, p. 883-900, Mar. 1996, p. 41. Tradução livre: “[o] frio desconsolo do banimento para um futuro incerto só pode ser, com dificuldade, aquecido pelo aconchego da terminologia tradicional (*i.e.*, democracia, racionalidade, compreensão, consenso, e mesmo *Lebenswelt*)”.

## **2 FORMA REPUBLICANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL E NA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: PEQUENO ESTUDO COMPARATIVO**

Nesta segunda parte de nosso trabalho, voltaremos a atenção para como a ideia de republicanidade toma forma na atuação efetiva das cortes constitucionais dos Estados Unidos e do Brasil, isto é, para a interpretação do “princípio republicano” inserido nas constituições desses dois países. Trata-se, pois, de um estudo comparativo, uma observação teoricamente guiada pelos desenvolvimentos que nos conduziram até este ponto, mas igualmente interessada na evolução e nas soluções dogmáticas apresentadas através de decisões judiciais manifestadas como expressão da consistência da autoconsciência de um sistema jurídico operativo.

A estratégia a ser seguida se pauta pela análise de casos, seus fundamentos, as pretensões com eles levantadas, seus resultados e as repercussões desencadeadas nos sistemas constitucionais de ambos os países. Não se cuida aqui de “coroar” um estudo fundamentalmente teórico com uma preocupação de ordem prática, nem de “validar” a reconstrução conceitual com uma aplicação dos resultados obtidos na reconsideração de decisões supostamente carentes da devida sofisticação. Antes será nossa preocupação investigar os caminhos institucionais percorridos pelo ideal político normativo consubstanciado nas referências textuais a uma “forma republicana” protegida por instrumentos jurídicos. A ideia por trás desse empreendimento pode ser resumida como uma avaliação das relações entre direito e política (ou mais particularmente, entre legislativo e judiciário) que afloram na interpretação jurídico-constitucional da república.

Um estudo comparativo teórico, para que seja produtor, deve renunciar à tentação de fornecer juízos qualitativos, ou seja, deve se abster de declarar a superioridade de um modelo sobre um outro ou sobre os demais – e isso ainda que partindo da pressuposição metodológica da ignorância quanto aos seus possíveis resultados. Não resta dúvida de que é possível fazê-lo, e o direito processual comparado, principalmente, pode muito bem servir de exemplo de como os critérios de utilidade, economia e segurança determinam considerações positivas ou negativas, e o entendimento sobre o que sejam as vantagens ou desvantagens decorrentes. O comparativismo que praticaremos aqui, entretanto, se volta para o problema mais sutil das diferenças de autodescrição de sistemas que têm em comum a complexidade ambiente, a configuração estrutural codificada e programada condicionalmente, a função

decisória de seu complexo organizacional e a natureza paradoxal das premissas da autoridade que lhes funda.

Procederemos mediante os passos que seguem. Primeiro, colocaremos em foco o art. IV, seção 4, da Constituição americana – chamada *guarantee clause*, *guaranty clause* ou *republican form of government clause* – desenvolvendo o raciocínio da *political questions doctrine* através de uma leitura evolutiva do princípio deitado à sua base: a separação de poderes (1). Embora a *political questions doctrine* não se desenvolva especificamente em torno da garantia de uma forma de governo republicana, antes surgindo da interpretação dada ao artigo III da Constituição dos Estados Unidos, o qual estabelece e define a competência do poder judiciário, é na discussão em torno da *guarantee clause* que ela vai adquirir a sua forma mais notória. Por isso, daremos ênfase à análise de *Baker v. Carr*, um caso paradigmático em que o Juiz Brennan (o modelo de juiz republicano de Michelman) pronunciou a opinião da Corte. Em seguida, voltaremos nossa lente para o Supremo Tribunal Federal, fazendo uma revisão da história das ideias e dos conceitos republicanos operando nas decisões proferidas por essa corte em ADIs iniciadas sob o pretexto da violação do princípio constitucional republicano – todas, como veremos, atinentes a prerrogativas processuais penais outorgadas por constituições estaduais aos chefes do executivo das unidades federadas (2). A essa altura, as diferenças entre os sistemas do *common law* e do *civil law* já estarão mais do que evidenciadas, pelo que se poderá verificar como o princípio republicano ingressa de modos distintos como premissa de decisão em sistemas organizacionais que se remetem com maior ou menor predominância às *estruturas jurídicas* (normas escritas, textos), em oposição ao aspecto operativo-geracional. Esses dois passos nos conduzirão até diante de um problema de dupla contingência, ao qual podemos chamar de *politização do direito e jurisdicização da política*, com referência ao esquema tradicional de separação dos poderes. Nossa intenção aqui é utilizar o princípio republicano para analisar o caráter problemático da atividade das cortes constitucionais dentro de um Estado baseado na fundamentação democrática do poder. Por fim, complementando a discussão precedente, avançaremos algumas notas sobre as proposições que colocam as cortes constitucionais como instâncias deliberativas, esforçando-nos para esclarecer como essa noção pode ser apropriadamente compreendida dentro de um arranjo de diferenciação do processo decisório (3).

No direito constitucional praticado no Brasil, em especial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a forma republicana tem, mais recentemente, carregado o sentido precípua de princípio da responsabilidade dos ocupantes de cargos públicos, tendo sido invocada em diversas ocasiões, em sede de controle abstrato de normas, para fundamentar a

inconstitucionalidade de dispositivos inseridos nas constituições de Estados da federação (cf., p. ex., ADIs 978, 1008, 1011, 1012, 1013, 1015, 1017 1018, 1019, 1022 etc. – todas do ano de 1995, relator Ministro Ilmar Galvão, redator do acórdão Ministro Celso de Mello.). Trata-se de uma postura notável no que diz respeito ao emprego normativo da republicanidade como critério de decisão jurídica por uma corte constitucional. Ainda assim, essa afirmação do “princípio republicano” pelo Supremo é “evasiva”: a *ratio decidendi* última dos julgados recai sobre argumentos relacionados à repartição federativa de competências legislativas, e não sobre a natureza da forma republicana.

Talvez mesmo como consequência de seu comum apelo ao manancial clássico do Estado democrático de direito, bem como de seu “conservadorismo restaurador”, aqueles autores, tratando do tema *república*, restringem-se a apontar os traços que a tornam preferível à monarquia<sup>125</sup> ou que a ligam à democracia, embora sem daí extrair um sentido constitucionalmente relevante, sustentável e avançado.

Nesse tocante, o posicionamento de José Afonso da Silva é emblemático. Para ele, embora seja correntemente reconhecida a mútua exclusão entre república e monarquia, o significado da inserção da primeira como um princípio constitucional do estado brasileiro desbordaria tais limites, surgindo assim não como mera indicação da forma de governo não monárquica, mas como *forma institucional do Estado*, sendo especialmente designativo de uma coletividade política com características de *res publica*, no seu sentido originário de coisa pública, ou seja, coisa do povo e para o povo, “**que se opõe a toda forma de tirania**, posto que, onde está o tirano, não só é viciosa a organização, como também se pode afirmar que não existe espécie alguma de República”<sup>126</sup>.

Desse modo, *forma de governo*, assim, é conceito que se refere à maneira como se dá a instituição do poder e de como se estabelece a relação entre governantes e governados. Responde à questão de quem deve exercer o poder e como este se exerce.<sup>127</sup>

Parece-nos frontal a evidência de que o argumento não é capaz de sustentar precisamente aquela qualidade que quer afirmar de si, pois incluir no conceito de *república* o problema da distinção entre quem governa e quem é governado, excluído todo elemento tirânico, nada mais significa que fazer coincidir autogoverno e liberdade, ou seja, evidenciar a relação de mútua dependência entre democracia e liberdade, fato bem visível pelo menos

---

<sup>125</sup> Muito embora também compatível com um modelo presidencialista forte, quase *imperial*.

<sup>126</sup> SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 93-94. O mesmo texto se repete em todas as edições posteriores, sem nenhuma mudança.

<sup>127</sup> *Ibid.*, loc. cit.

desde as revoluções burguesas do séc. XVIII (e, embora envolvido em outra semântica, já perceptível na renascença italiana).

É na solução positiva, entretanto, que a doutrina expressada por José A. da Silva vai tornar palpável sua inabilidade no trato da questão, sua incapacidade de fecundá-la. De acordo com o curso das ideias acima delineadas, o “princípio republicano”, compreendido em sua implicação circular com a democracia, deveria receber proteção semelhante à dispensada a esta última, num desfecho lógico e coerente. Mas não é essa, todavia, a conclusão a que chega aquele autor. Em sua discussão acerca das limitações ao poder de reforma constitucional, o conceito de *república* aparece mitigado, pelo que se lhe retira do *núcleo duro* da Constituição.

A atual Constituição já não proíbe emenda que revele predisposição a abolir a República, embora coloque a *forma republicana* como um princípio constitucional a ser assegurado e observado (art. 34, VII, a). Isso quer dizer, por um lado, que determinados aspectos do conceito de *república*, como a periodicidade de mandato, devem ser assegurados e observados, mas, por outro lado, fica também reconhecido o direito de formação de um partido monarquista, que atue no sentido de reinstalar a Monarquia no Brasil, mediante emenda à Constituição. Enquanto houver República, seus princípios devem ser assegurados, mas resta a possibilidade de sua abolição na via de emenda constitucional, que agora poderá ser objeto de deliberação, ao contrário das constituições anteriores.<sup>128</sup>

Como se vê, um mínimo de discernimento basta para acusar, sem maiores dificuldades, a falácia mal disfarçada com a qual se tencionou dar uma “nova” roupagem constitucional à compreensão de *república*. Mesmo se admitido a versão consolidada da função e do sentido da garantia de uma “forma republicana de governo”, que lhe associa ao desenvolvimento das ideias democráticas acerca da legitimação do exercício do poder, o resultado trazido a efeito com a separação dos “elementos” que compõem a estrutura do princípio republicano entre “essenciais” e “acessórios” – para dar nome às categorias ali de fato subjacentes – promoveria uma fratura inadmissível na unidade do ordenamento constitucional. A verdade enunciada quando se diz, mesmo veladamente, que autogoverno e liberdade são cooriginárias<sup>129</sup>, é absolutamente incompatível com o raciocínio segundo o qual a forma republicana de governo se encontra desprotegida relativamente à ação modificadora

---

<sup>128</sup> SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 93-94.

<sup>129</sup> Afirmando a cisão entre as duas ideias: DWORKIN, Ronald M. – The Partnership Conception of Democracy. **California Law Review**. Vol. 86, N.º 3, p. 453-458, 1998. Nesse texto, o eminente jusfilósofo americano tece críticas a Frank Michelman e suas teorias sobre as tensões subjacentes à democracia constitucional.

do poder constituinte derivado. Procuraremos demonstrar essa incompatibilidade de forma pormenorizada na segunda parte dessa obra.

Por fim, vale notar que a posição de José Afonso da Silva, embora bastante representativa do *mainstream* constitucional brasileiro – e especificamente no que respeita à abordagem da noção de república – não reflete de forma absoluta o conteúdo de todas as obras que dedicaram alguma atenção ao problema. Exemplos disso são os trabalhos de Geraldo Ataliba sobre república<sup>130</sup>. Neles se acha uma descrição ampla, “conglobante”, de república, que, por acentuar-lhe o entranhamento com categorias tão diversas como soberania popular, democracia representativa, direitos e garantias fundamentais, separação de poderes etc., bem como por estar ainda atrelada à super-rigidez constitucional explícita da constituição anterior, conduz a uma solução radicalmente diferente da encontrada por Silva. Mas é também *esse* o motivo pelo qual sua formulação não serve para o uso juridicamente científico do conceito; continua lhe faltando uma distinção que aponte *dentro do direito* o valor positivo assumido por aquilo que ele *não* indica.

## 2.1 O REPUBLICANISMO “EVASIVO” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Curiosamente, a imensa discussão acerca do republicanismo no direito constitucional norte-americano não encontra pé em nenhum dispositivo constitucional que garanta decisões jurídicas positivas: como vimos, a única referência à expressão *república* na Constituição dos Estados Unidos, o artigo 4, seção 4, serviu tão somente de apoio para o desenvolvimento de uma jurisprudência de autocontenção da Suprema Corte. Com isso, quer-se dizer que a essa doutrina não é uma ingerência política sobre o direito, portanto não estimula a corrupção das operações jurídicas. É justo supor que essa circunstância pode mesmo ter constituído um avanço muito mais significativo que qualquer tentativa de determinação direta de um conteúdo material para aquela cláusula constitucional, visto que o recuo diante de “questões políticas” serve a uma função de autorrestrrição pela qual o sistema jurídico verifica e mantém os próprios limites. Em todo caso, parece claro que não é o número

---

<sup>130</sup> Cf. **Instituições de Direito Público e República**. São Paulo: Edição mimeografada, 1984 e **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985 (observem-se as datas). Cármen Lúcia Antunes Rocha também pode ser arrolada junto a Ataliba nesse sentido, a despeito de suas óbvias diferenças (cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes – **República e Federação no Brasil – Traços Constitucionais da Organização Política Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997). Mais recentemente ainda, num contexto de delimitação de um “estatuto da probidade”, o Procurador da República Francisco Chaves Anjos Neto fala da “Magna Carta Ética” e da “Magna Carta Republicana” em seu **Princípio da Probidade Administrativa – Regime Igualitário no Julgamento dos Agentes Políticos** (Belo Horizonte: Del Rey, 2003). As citações a Cármen Lúcia Antunes Rocha pululam por todo o livro.

de referências textuais feitas na constituição a uma determinada expressão designativa de um princípio específico que serve de critério indicativo de sua relevância funcional.

A palavra *República* aparece hoje 142 vezes no corpo da Constituição brasileira. Dessas, 14 são as vezes em que a palavra aparece associada ao nome da comunidade política – República Federativa do Brasil – contado aí também o título do documento. Outras 125 ocorrências estão ligadas às designações de cargos, funções e órgãos institucionais: Presidente e Vice-Presidente da República (99 vezes), Procurador-Geral da República (15 vezes), Conselho da República (11 vezes). As outras três aparições da palavra *república*, todas na parte das Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, se dão na regulamentação do plebiscito de 1993 (art. 2.º, *caput*), no estabelecimento das normas de transição para os quadros dos então Procuradores da República, dando-lhes a opção de seguir carreira no Ministério Público Federal ou na Advocacia Geral da União (art. 29, § 2.º), e na criação de uma Comissão interpoderes para “promover as comemorações do centenário da proclamação da República e da promulgação da primeira Constituição republicana do País” (art. 63, *caput*). Vale ainda mencionar aquela “forma republicana” do art. 34, VII, a, cuja defesa pode ensejar a intervenção da União no âmbito dos Estados e do Distrito Federal.

Logo à primeira vista, chama a atenção o fato de o nome *república* vir ligado principalmente aos cargos dos chefes do Executivo Federal e, de uma maneira geral, a funções e cargos centrais, ocupados e exercidos politicamente. As desimcumbências a que eles assim se referem dizem respeito à república e se exercem republicaneamente, que aqui é politicamente. Em termos estritamente topológicos, a recorrência desse uso se dá em contextos de estabelecimento dos direitos ditos políticos e seus requisitos; de configuração da estrutura dos poderes do Estado e de descrição dos mecanismos de manutenção da homeostase entre eles (os famigerados *checks and balances* e o controle externo, por exemplo); de normatização do processo político de feitura de leis, bem assim como de todo um complexo de atribuições, prerrogativas e poderes que utilizam como critério a definição do uso legitimado de uma *autoridade criadora de decisões coletivamente vinculantes*.

Com efeito, a República – a comunidade *política* organizada! – tem um Presidente, e um Conselho, e outros institutos que devem prover algum tipo de garantia de que suas representações *no futuro* se coadunem com suas projeções *do futuro*; ela procura com eles se armar de meios para desempenhar funções do tipo *goal attainment*, para usar a terminologia de Parsons. Estes “sensores” estão encarregados de orientar as decisões do sistema de acordo com a percepção de simultaneidades do ambiente e segundo a pretensão de estabelecer sincronias com este: as oscilações do mercado, os influxos da opinião pública, as

informações cientificamente estruturadas relevantes, a autocompreensão das cortes superiores e as pressões do constitucionalismo reflexivo, as demandas por inclusão (ou reconhecimento, se com isso se refuta a ideia de “assimilação” que pode dar o incluir), toda uma infinidade de estruturas cuja observância se converte num dos predicados de um Estado que é concebido juridicamente e que, *desde a perspectiva política*, é o ponto conclusivo de todas as decisões que vinculam coletivamente.<sup>131</sup>

Num outro pequeno tanto de casos, contudo, fala-se de uma “Constituição da República” e de uma “República Federativa do Brasil”, de um lado, e de uma “forma republicana” a ser defendida mediante instrumentos jurídico-processuais específicos, de outro. Lá a republicanidade aparece, respectivamente, como expressão nominativa e como distinção jurídico-conceitual. Quanto aos valores, digamos, “nominais”, assumiremos aqui que eles correspondem àquela relíquia do direito constitucional consubstanciada na fórmula que coloca república e monarquia em recíproca exclusão e dependência, como formas de governo unidas em sua simétrica implicação. Um único fator a ser observado aí está em que também nesse caso a percepção das distinções entre república e monarquia ocorrem tipicamente dentro do sistema da política<sup>132</sup>, tanto que a remissão central dessa cisão antinômica é à soberania e ao problema de saber “onde reside” a *titularidade* desse poder, ou seja, a onde ele pertence “legitimamente”. É nesse sentido que se pode afirmar que o processo de desenvolvimento tardio da *rule of law* e os avanços empreendidos na senda do próprio constitucionalismo – a culminação do processo que levou para o texto constitucional direitos que se vinham “fundamentalizando”<sup>133</sup> – tiveram curso no mundo franqueados por sua condição republicana.

(Disso não se há de depreender que houvesse alguma incompatibilidade intrínseca entre o modelo monárquico de investidura e guarda da soberania, por um lado, e o desenvolvimento de ideias constitucionais básicas, do outro. Aliás, é fácil encontrar provas do contrário: o constitucionalismo tem raízes fundas na monarquia da Inglaterra. Podemos até arriscar dizer que a incorporação do ideário republicano serviu de *veículo* para o constitucionalismo porque se adequava melhor ao objetivo de marcar a novidade trazida por este, mas a análise dos condicionantes que conformaram essa tendência histórica nos forçaria a penetrar em meandros de uma explanação que, aqui, teria a forma de um longo excuro).

A “politicidade” usualmente ligada ao caráter republicano da ordem constitucional brasileira, pois, também se deve ao uso da expressão *república* no contexto em que se fixam

---

<sup>131</sup> LUHMANN, Niklas – **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

<sup>132</sup> Sem que isso signifique que a forma distinguida a partir do conceito de *soberania* não possa ser observada desde uma perspectiva jurídica.

<sup>133</sup> *Ibid.*

os pontos nodais da organização estatal e nos quais se operacionalizam impulsos comunicativos orientados em direção ao estado *final* de processos de atribuição de sentido. É o que se vê, *e.g.*, no título sobre a organização do Estado, em cujo primeiro capítulo se versa sobre a organização político-administrativa *da República Federativa do Brasil*. A estrutura assim montada se destina a articular as possibilidades de uma incorporação discricionária e adaptativa das alternativas mediante as quais se pretende imprimir ou corrigir um certo curso de construção da “causalidade” e selecionar, dentre as opções dadas, aquela(s) que corresponda(m) ao(s) fim(ns) preferido(s). Esse projetar-se, essa orientação prospectiva do decidir, essa abertura *visionária* de horizontes futuros, essa aposta na coincidência entre o futuro presente e o presente futuro, que marca a diferença entre programas voltados para finalidades e programas condicionais, ou, *grosso modo*, entre operações políticas e operações jurídicas, nos impele a concluir que a carga semântica da palavra *república* adere, pelo menos na extensão de sua superfície, a um traço essencial das primeiras.

Mas a “forma republicana” tem sido igualmente compreendida do ponto de vista jurídico. Sua juridicidade transparece nos incisos III e IV do art. 36 da Constituição brasileira, que fazem depender a decretação de intervenção nos Estados federados de “provimento”, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da representação feita pelo Procurador-Geral da República. Nesses casos, é possível que o judiciário tenha que definir se o Estado sobre o qual pende a intervenção descumpriu ou de qualquer outra forma violou a “forma republicana” de governo. No entanto, a definição de *república* como o regime da responsabilidade no trato com a “coisa pública”, princípio informativo não somente do aparato administrativo do Estado – na forma de “princípio da moralidade administrativa”, por exemplo –, mas também do desempenho de cargos políticos eletivos, comissionados, judiciais ou de patrocínio de interesses jurídicos, não se firmou por obra da jurisprudência em torno da representação interventiva. Atestando a tortuosidade dos caminhos do republicanismo no direito constitucional, o Supremo Tribunal Federal reconhece “ofensa ao princípio republicano” em ações diretas de inconstitucionalidade nas quais se questiona a outorga de prerrogativas processuais penais ao governador de Estado.

A linguagem das decisões do STF que afirmaram o princípio republicano em bases jurídico-constitucionais evidencia o emprego de um termo bastante genérico para qualificar a responsabilidade implicada na forma republicana: a responsabilidade *dos governantes*. Vejamos a ementa da ADI 1008-5/PI, da qual foi relator o Ministro Celso de Melo: “ementa: ação direta de inconstitucionalidade – constituição do estado do Piauí – outorga de prerrogativas de caráter processual penal ao governador do estado – imunidade à

prisão cautelar e a qualquer processo penal por delitos estranhos à função governamental – inadmissibilidade – ofensa ao princípio republicano – usurpação de competência legislativa da união – prerrogativas inerentes ao presidente da república enquanto chefe de estado – (CF/88, art. 86, §§ 3º e 4º) – ação direta procedente”.

A equação entre a responsabilidade dos governantes e o princípio republicano, como logo fica claro na opinião da maioria dos Ministros, e a despeito de toda retórica em torno da excepcionalidade da ruptura na forma de governo republicana provocada pela regra da imunidade temporária à persecução penal, é suplementada pelo argumento da usurpação de competência legislativa por parte do Estado. No fim das contas, a impossibilidade de reprodução das regras do art. 86, §§ 3º e 4º da Constituição Federal no âmbito das constituições dos Estados se deve principalmente ao fato de que a indevida supressão pelas constituições Estaduais do princípio republicano da responsabilidade se faz através de uma invasão da competência legislativa reservada à União na repartição federativa.

O princípio republicano é construído na jurisprudência do STF de forma a deixar de fora qualquer questionamento mais sério acerca de sua pertinência ao núcleo essencial da constituição. Esse problema, que no particular se relaciona à sistemática do cerne inalterável, como desenvolvida na Constituição brasileira de 1988, agravou-se com o malsinado plebiscito de 1993, na medida em que a ratificação da forma de governo republicana pelo sufrágio popular trouxe incertezas, não quanto ao seu *status* constitucional, mas quanto à sua reintrodução no raio de proteção do art. 60, § 4º, na condição de garantia individual. Já vimos, por exemplo, que a Suprema Corte americana responde negativamente à possibilidade de relacionar direitos individuais à *guaranty clause*. Pode parecer mais uma discussão bizantina, mas não é. Basta acompanharmos a argumentação prevalecente do Ministro Celso de Mello para constatar como a ausência de uma resposta positiva em relação à essencialidade do princípio republicano dentro da ordem constitucional pode conduzir a um estado de coisas francamente contraditório e produzir uma significativa fratura na coesão conceitual do sistema.

Celso de Mello, no julgamento da ADI mencionada, afirma que a “responsabilidade dos governantes, num sistema constitucional de poderes limitados, tipifica-se como uma das cláusulas essenciais à configuração mesma do primado da **ideia republicana**, que se opõem – em função de seu próprio conteúdo – às formulações teóricas

ou jurídico-positivas que proclamam, nos regimes monárquicos, a absoluta responsabilidade pessoal do Rei ou do Imperador [...]”<sup>134</sup>.

Segundo ele, mesmo nos regimes constitucionais em que sobressai a força do poder executivo, é preciso que esteja à disposição um critério que “permita a aferição do grau de responsabilidade daqueles que exercem o poder”<sup>135</sup>. Essa forma de limitação da arbitrariedade é, em última análise, uma decorrência inafastável do próprio constitucionalismo, na medida em que este se estabelece como o caminho pelo qual se conciliam o poder e o direito ou, melhor, pelo qual se alcançam soluções jurídicas para o problema da autorreferência do sistema político e soluções políticas para o problema da autorreferência do sistema jurídico. Essa, aliás, é também uma das razões que pode explicar a preocupação com por quê e como se faz a diferença entre constitucionalismo e republicanismo (parte I, cap. 6). Mas, para Celso de Mello, a forma republicana de governo, como princípio específico de direito constitucional, só pode significar “um **regime de responsabilidade** a que se deve submeter, **de modo pleno**, dentre outras autoridades estatais, o Chefe do Poder Executivo dos Estados-membros e do Distrito Federal”<sup>136</sup>.

Até aqui, tudo bem. A tradução da ideia de poderes políticos limitados – implícita em todo projeto constitucional – numa regra ou princípio capaz de ser enunciado, ou seja, capaz de se firmar como uma norma de direito positivo operacional, encontra uma forma (talvez não a melhor ou mais bem adaptada, mas, sem dúvida, *consistente*) no “princípio republicano”, em que pese todo aquele ranço de oposição aos “regimes monárquicos”. A fórmula republicana torna identificável e manejável uma noção que se acha espalhada por todo o arcabouço da Constituição. O problema (conceitual) surge quando essa separação não se faz seguir da lembrança de que a responsabilidade dos “governantes” é um corolário da exclusão do arbítrio operada através da Constituição. É o que ocorre quando o Ministro Celso de Mello afirma que o “princípio republicano [...] outrora constituiu um dos núcleos imutáveis das Cartas Políticas promulgadas a partir de 1891[...]”<sup>137</sup>.

Do ponto de vista do sistema de direito constitucional positivo, isso equivale a dizer que o arcabouço da Constituição e, no extremo, até mesmo o próprio constitucionalismo não depende fundamentalmente da responsabilização dos agentes públicos perante a lei, seja em função do desempenho de suas atribuições, seja por atos estranhos à função. Mas se o

---

<sup>134</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1008-5/PI**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgamento: 19 out. 1995; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ, 17 nov. 1995, fl. 78, destaque nosso.

<sup>135</sup> Ibid., fl. 79.

<sup>136</sup> Ibid., *ibid.*, destaque nosso.

<sup>137</sup> Ibid., fl. 80.

“princípio republicano” da responsabilidade e da separação entre indivíduo e função já não mais for uma “cláusula pétrea”, quer dizer, um elemento<sup>138</sup> básico do alicerce constitucional de um Estado democrático, então é preciso supor, sonhar, que uma lei posta à mercê de influxos exteriores possa controlar o desempenho das funções político-administrativas, provendo algum tipo de proteção (que não a autocontenção!) contra o arbítrio e a discricionariedade do Estado – ou então que o estado de exceção, a suspensão da ordem jurídica em vista de conveniências imprevisíveis e só precariamente justificáveis, possa se tornar uma circunstância corriqueira sem induzir corrupção na recursividade operativa do sistema.

Mas, como dissemos acima, o argumento da usurpação pelo Estado de competência legislativa reservada à União *suplementa* o conceito aparentemente viçoso da *republicanidade/responsabilidade*, que aparece, dessa forma, limitado a uma faixa bastante estreita do espectro de suas possibilidades iniciais. Tanto é assim que a utilização “ostensiva” do princípio republicano como fundamento de uma expectativa normativa constitucional que reclama proteção jurisdicional apropriada só se verifica em um número restrito de ações diretas de inconstitucionalidade (as quais, em última instância, refletem um único conflito),<sup>139</sup> e em todas as elas fica patente a invasão, pelo Estado federado, do campo de ação legislativa privativo da União. Com isso, o Supremo resta desobrigado da necessidade de radicalizar a “leitura” constitucional do princípio republicano, o que significa que ela não tem que se arriscar a definir caso a caso o que é “responsabilidade”.

No voto do Ministro Celso de Mello – a base de todos os acórdãos proferidos nos casos sob exame –, lê-se em determinada altura: “De outro lado, [...] e no que concerne à regra que impede a prisão cautelar do Governador [...], não vejo como deixar de reconhecer, na espécie, a clara usurpação de competência legislativa da União pelo legislador constituinte local. [A] unidade federada [praticou] evidente ofensa às normas constitucionais que, inscritas

---

<sup>138</sup> Sobre o conceito de *elemento*, cf. LUHMANN, Niklas – **Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo**. Introdução de Darío Rodríguez Mansilla. México, DF: Anthropos Editorial, 1997, p. 104-05 (principalmente sobre a decomponibilidade e sua relatividade no que respeita ao sistema de referência).

<sup>139</sup> O problema da reprodução das regras da CF, art. 86, §§ 3.º e 4.º nas constituições dos Estados suscitou 18 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), a saber: ADI 978/PB, ADI 1.008/PI, ADI 1.011/MA, ADI 1.012/GO, ADI 1.013/ES, ADI 1.014/BA, ADI 1.015/AM, ADI 1.017/AC, ADI 1.018/MG, ADI 1.019/RR, ADI 1.020/DF, ADI 1.021/SP, ADI 1.022/RJ, ADI 1.023/RO, ADI 1.024/SC, ADI 1.025/TO, ADI 1.027/RS. Com exceção da primeira, e ainda assim por muito pouco, as ementas – como de resto os próprios votos – de todas as outras ações têm um conteúdo rigorosamente igual.

na Lei Fundamental da República, definem o sistema de partilha de poderes e repartição de competências entre as diversas pessoas políticas que compõem o Estado Federal”<sup>140</sup>.

A ocasião enseja a explicação do título desse capítulo. Em primeiro lugar e de modo ainda superficial, diz-se que o republicanismo do STF é evasivo não porque ele é ilusório ou porque astuciosamente se furta a um emprego “sério”, mas porque sua asserção, nos casos em que se esgrime o princípio republicano para repelir uma determinada situação jurídica considerada inconstitucional só se completa com a arguição de que paralelamente ocorre uma violação do esquema de separação de competências na federação. O princípio republicano assim “escapa” da função de dar esteio sozinho a uma importante decisão estrutural. Essa constatação resulta, em primeiro lugar, da análise empírica dos julgados, mas também uma compreensão teórica mais apurada da função do princípio republicano não pode se furtar a uma conclusão semelhante.

Dessa forma, uma pergunta que surge automaticamente diz respeito ao que pode ser o princípio republicano, como ele pode se manifestar e como e se ele pode ser atacado *sem que ao mesmo tempo ocorra uma outra violação que seja igualmente fundamento para a decretação da inconstitucionalidade*. O que é o princípio republicano como violação da “responsabilidade” devida pelos agentes públicos? A regra, da qual uma exceção são os §§ 3.º e 4.º do art. 86 da CF/88, obriga a quê, requer o quê, se dirige a quem? Nem se põe em dúvida que a reprodução desse preceito pelos constituintes estaduais seja, de fato, feita em completa desconsideração ao fato de que o “nítido caráter derogatório do direito comum” nele manifestado “reclama e impõe, em função de sua própria excepcionalidade, exegese estrita [...]”, do que deriva a sua total inaplicabilidade a situações jurídicas subjetivamente diversas [...]”<sup>141</sup>. Mas, consolidada a republicanidade como o regime da responsabilidade jurídica dos agentes públicos em sua acepção mais ampla, falta dizer o que dela se pode ou deve esperar (que tipo de expectativa normativa ela pode gerar). Ou não.

O STF – compreensivelmente – se dá por satisfeito em afirmar que a regra é a subsistência da responsabilidade de legisladores, magistrados e administradores perante a lei; a quebra desse mandamento, por sua natureza excepcionalíssima, estaria fora do alcance do legislador ordinário, em particular do legislador estadual. No geral, verifica-se um certo esforço para justificar a exclusão do Chefe de Estado da responsabilização republicana,

---

<sup>140</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1008-5/PI**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgamento: 19 out. 1995; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ, 17 nov. 1995, fl. 84 (ênfase suprimida).

<sup>141</sup> *Ibid.*, fl. 83 (ênfase suprimida).

mesmo que assim se evidenciem as raízes autoritárias desse expediente.<sup>142</sup> Mais uma vez é Celso de Mello quem enfatiza que o sistema da Constituição Federal brasileira de 1988 “guarda correspondência, em maior ou menor grau, com as diversas Constituições republicanas de Portugal [...], da República Francesa [...], da República Italiana [...], e com a Lei Fundamental de Bonn”<sup>143</sup>, sendo que a “matriz inspiradora” dessa orientação normativa teria sido a Constituição polonesa de 1935, a qual retirara toda e qualquer responsabilidade de sobre os ombros do Presidente da República, “fosse por atos oficiais, fosse por atos praticados fora do exercício das funções executivas”<sup>144</sup>.

Nossa tentativa de resposta começa pela verificação de que parece já claro que não há como pretender identificar nos julgados do STF uma “doutrina” do republicanismo constitucional. A construção judicial da republicanidade no nível constitucional não consiste na elaboração *teórica* de um princípio jurídico universalmente válido. Também não se trata, como logo veremos, do estabelecimento de um critério de seleção entre outros critérios de seleção, ainda que possa parecer sê-lo. Com o uso do princípio republicano no âmbito do controle de constitucionalidade, o que se faz, antes de mais nada, é orientar o processo de decisão através de um critério cambiante de seleção do material *já disponível* para a prática decisória. Em outras palavras, o STF usa esse mecanismo conceitual para imprimir uma certa conotação a uma decisão que, de outro modo, assumiria um sentido diverso e igualmente plausível. Essa perspectiva, entretanto, não se desenvolve como uma estratégia de análise interpretativa (do modo como se compreende uma interpretação gramatical ou analógica), mas como um artifício de adaptação que permanece *latente*, a despeito.

Portanto, o princípio republicano não é elaborado nem como uma pauta hermenêutica, nem como uma “regra material” cujo conteúdo possa ser aplicado como lei. No que toca a esse último aspecto, a bem da verdade, é de se reconhecer um signo da prudência do STF: os magistrados, ao manterem o que parece ser uma aguda autoconsciência de sua função judicante, demonstram estar atentos para o fato de que o juiz, diferentemente do legislador, não está adstrito somente ao tratamento igual das mesmas condições, mas à idêntica *decisão* de casos iguais – e por isso precisa manter a liberdade de tratar novos casos

---

<sup>142</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1008-5/PI**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgamento: 19 out. 1995; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ, 17 nov. 1995, fl. 81-82. Verifique-se o trecho em que se afirma “A regra consubstanciada no § 4º do art. 86 da Constituição Federal [...] se limitou a reproduzir o conteúdo de norma semelhante inscrita no art. 87 da Carta Política outorgada por Getúlio Vargas em 1937 [...] cujo teor bem se adequava à lógica e à natureza mesma do regime autoritário então instituído [...]”.

<sup>143</sup> Ibid., fl. 82.

<sup>144</sup> Ibid., fl. 83.

como casos diferentes.<sup>145</sup> É certo que a corte até poderia ter *fixado* precisamente um conceito genericamente aplicável do “princípio republicano” – mas preferiu considerar, do seu modo, que toda proclamação judicial de princípios jurídicos de vigência genérica é perigosa, pois leva a determinações rígidas, dificilmente retratáveis, o que é arriscado principalmente no contexto rapidamente mutável da sociedade moderna.<sup>146</sup>

A reflexão praticada ao longo desse trabalho, de um modo ou de outro, procurou colher subsídios para informar, *do ponto de vista da ciência jurídica*, quais os conceitos, os princípios e as regras que operam por detrás da fachada do republicanismo. Com base no material coletado, é possível compreender que a “forma republicana”, entendida como o regime da responsabilidade dos ocupantes de funções públicas estatais, apenas torna manejável ou, melhor, *identificável* um conceito que deriva, em último caso, da exigência política de que os seres humanos sejam tratados de forma igual, de que a lei se aplique a todos igualmente na medida de sua desigualdade. Como norma constitucional definidora da estrutura de poder instituída no Estado, esse preceito é tradicionalmente interpretado no sentido de estarem os governantes submetidos à lei ou, melhor, de estarem os órgãos encarregados da produção de decisões coletivamente vinculantes submetidos aos efeitos produzidos por essas mesmas decisões. Sem dúvida não se trata de eliminar as diferenças entre governantes e governados, a “irrecusável posição de grande eminência dos Governadores [...] no contexto político-institucional emergente de nossa Carta Política”<sup>147</sup>. No limite, o princípio da igualdade serve para assegurar *também em relação àqueles de dispõem dos meios de decisão do Estado* que todas as operações futuras do sistema jurídico se façam em conformidade com o próprio sistema jurídico, que nenhum poder possa ser invocado que seja capaz de agir juridicamente e, ao mesmo tempo, estar *fora* ou *acima* do direito. Como sistema parcial da sociedade, o direito mantém relações com o *todo* da sociedade, com outros sistemas funcionais parciais e com o sistema organizacional que lhe serve de referência.<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> Cf. LUHMANN, Niklas – **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 36.

<sup>146</sup> *Ibid.*, loc. cit. É importante manter em vista que mecanismos como as súmulas vinculantes ou o *stare decisis*, ao fixarem o sentido da interpretação do direito, podem ou não funcionar como meios sub-rogar o legislador pelo juiz, mas não são, por si sós, uma ameaça ao engessamento do judiciário. Por “proclamação judicial de princípios jurídicos de vigência genérica” se deve entender não que os tribunais não possam reafirmar as normas gerais e abstratas do sistema, mas que se devem evitar estabelecer princípios orientadores em termos de conteúdo.

<sup>147</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1008-5/PI**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgamento: 19 out. 1995; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ, 17 nov. 1995, fl. 79.

<sup>148</sup> Na verdade, desde o ponto de vista do sistema do direito, não há nenhuma situação que não possa ser alcançada pela sua função. Esse é precisamente o sentido do que expressa o termo *rule of law*.

Isso obviamente não elimina a possibilidade de que o próprio sistema jurídico aponte exceções que, desde sua perspectiva, sejam consideradas exceções jurídicas – inclusive a total supressão da responsabilidade. Mas, mesmo diante da constatação de que tudo poderia ser diferente, não decorre espontaneamente que tudo o que há de fato carece de sentido e respeitabilidade. A destrancendentalização do poder, que já não pode mais invocar uma fonte *ab extra*, o próprio desenvolvimento da ideia de constitucionalismo democrático e de constituição como instrumento de governo são partes indeclináveis da realidade estrutural sobre a qual se arma a sociedade moderna, jurídica e institucionalmente. O processo de aumento da diferenciação funcional da sociedade, com o correspondente crescimento da necessidade de autodescrições, conduz a um processo reflexivo de subordinação recursiva do poder ao poder e de inclusão do público no sistema político que ficou conhecido como democracia, do qual permanecemos tributários.

A hipótese aqui sustentada diz que, para que o princípio republicano possa adquirir uma identidade para além da simples reafirmação tautológica de uma característica estrutural do sistema jurídico, é preciso deslocar sua referência da relação entre o direito e a sociedade, quer dizer, de sua função e de sua abrangência, para os supostos operacionais do sistema de tomada de decisões consubstanciado no Estado. Também não há que se falar nas afetações motivacionais dos indivíduos, em suas *virtudes* cívicas. Com isso, não se suprime o fato de que é o *comportamento humano* que se assume como um decidir (embora, e com cada vez maior razão, nas grandes metrópoles, também a programação de dados informatizados ocupe o lugar desses comportamentos); antes, bem se reconhece que “la realidad *social* del decidir en organizaciones es interpretada por consiguiente como la sola *aceptación*, o *suposición*, o *sugestión* de los participantes en el sistema”<sup>149</sup>.

É preciso deixar bem claro que, quando falamos de “republicanismo evasivo”, não há nisso um tom de crítica ou a denúncia de uma covardia. Se bem entendemos a função do princípio republicano no direito constitucional, sua realização só se perfaz de uma forma evasiva, ou seja, que evite olhar diretamente para a noção de republicanidade como um critério normativo entre outros critérios normativos disponíveis no quadro da constituição. Sob essa perspectiva, a jurisprudência do STF sobre aquele princípio logrou a façanha de chegar ao preciso limite de seu emprego, a um ponto de onde não seria recomendável ir além – o que absolutamente não significa que não se possa desdobrá-lo, em outras situações, de formas diferentes da usada pelo Supremo. Diferentemente da *Supreme Court*, que retoma sob

---

<sup>149</sup> LUHMANN, Niklas – **Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo.** Introdução de Darío Rodríguez Mansilla. México, DF: Anthropos Editorial, 1997, p. 45.

o pálio da discussão acerca da *Guaranty Clause* o problema da repartição de poderes e da autolimitação do sistema jurídico, o STF sustenta, *sem se referir ao texto da Constituição*, um princípio republicano que é uma exigência genérica de que os agentes públicos (dentre os quais os governadores de Estado) estejam submetidos a um regime de *responsabilidade*. Com isso, ao que nos parece, o Supremo deixa uma pista de que há um outro motivo, mais diretamente relacionado à trajetória histórica do conceito de república, a justificar a cautela em seu uso como regra de direito.

E o motivo seria o funcionamento do princípio republicano como uma *fórmula de contingência*. Fórmula de contingência é um conceito retirado da teoria dos sistemas autorreferenciais e diz respeito à possibilidade internalizada de um sistema de observar os desvios de suas operações como meios de manutenção da coerência dessas mesmas operações. As fórmulas de contingência, segundo Luhmann, relacionam-se com a diferença entre indeterminabilidade e determinabilidade.<sup>150</sup> Sua função se realiza na *passagem* de um estado para o outro, com a utilização de “fatores plausíveis historicamente dados”<sup>151</sup>. Para nós aqui, da mesma forma que toda operação jurídica, vista desde a perspectiva do direito, deve ser justa (e também da mesma forma que todo valor econômico se funda na escassez e toda educação na capacidade de aprendizagem), todos os encadeamentos de decisões levados a cabo dentro da organização Estado devem poder ser avaliados pela sua republicanidade, que vem a ser um particular tipo orientação para o interesse público. O Estado republicano constrange seus agentes a adequarem seus comportamentos a uma pauta de austeridade, que é como que o correlato da necessidade de tecnicização de suas operações.

Não é o caso, pois, de se pensar na “moralização” do Estado, por força de suas estreitas conexões com um direito que se pretende racionalmente justo e uma política que se quer justificada pela aquiescência tácita de cidadãos mobilizados em torno de um projeto coletivo de realização social. A republicanidade do Estado, concebida como uma fórmula de contingência, deve poder substituir a ideia de *virtude* como um atributo pessoal daqueles cujas ações são tomadas como *decisão* relativamente ao sistema organizacional de referência do direito e da política. Mas observe-se: isso não significa que a semântica dos valores e da virtude possa ser substituída pela noção de fórmula de contingência. Para dizermos com Luhmann, “no interior do sistema, a fórmula de contingência é assegurada como irrefutável”<sup>152</sup>. Isso nos força a esclarecimento.

---

<sup>150</sup> LUHMANN, Niklas – **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 220; id. – **El Derecho de la Sociedad** México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 282.

<sup>151</sup> Ibid., p. 220.

<sup>152</sup> Ibid., p. 280.

Para a teoria dos sistemas, as fórmulas de contingência só podem ser concebidas como tais se se apresentarem como o resultado de uma observação externa; para o próprio sistema, elas se dão por “canonizadas”.<sup>153</sup> Isso se deve a que a *Kontingenzformel* precisa permanecer invisível para o sistema ou, melhor, realizar-se de tal maneira que sua função – permitir a passagem de um estado de indeterminabilidade para um estado de determinabilidade – só possa ser percebida *a posteriori*, como operação. De modo geral, pode-se dizer que uma fórmula de contingência envolve um paradoxo que não pode simplesmente vir à tona: ela se aplica irrestritamente a todas as operações e estruturas do sistema a que se refere, que assim têm garantido o seu “selo”, mas, em cada caso individual, que para a organização de referência “Estado” significa cada decisão que se remete à sua rede preestabelecida de decisões, a fórmula de contingência deve fornecer uma orientação que não se presume cumprida pelo simples fato de serem aquelas operações e estruturas pertencentes àquele específico sistema.

Mas, se apenas quem vê de fora (= cientificamente) pode divisar as fórmulas de contingência, que interesse pode haver nelas para o observador que se posiciona dentro dos limites a que elas se aplicam? Se *fórmula de contingência* é um conceito, por exemplo, *sociológico*, e não jurídico ou juridicamente avaliável, qual o sentido de empregá-lo num trabalho de reflexão teórica sobre o direito?

Primeiramente, devemos lembrar que a atividade de auto-observação em que o direito se aplica deve incluir observações de segunda ordem, que são, como se sabe, observações sobre o modo de se observar. Quando o direito leva em conta, na determinação do curso a ser seguido por suas operações, a forma como ele é percebido por observadores exteriores, essa atividade não deixa de se realizar como atividade jurídica, nem de se remeter a estruturas do próprio direito. As profundas mudanças promovidas pela EC 40/03, que alterou radicalmente o art. 192 da Constituição brasileira, se apresentam como resultado de um processo dessa natureza: é possível afirmar sem receios que as diretrizes constitucionais relativas à ordem econômica sofreram transformações decorrentes de uma avaliação, conduzida a partir de um ponto de vista jurídico, das ressonâncias produzidas pela norma anterior no sistema da economia. O direito *aprendeu* alguma coisa sobre si mesmo com a sistemática frustração da regra que determinava a taxa de juros a ser aplicada pelo mercado. Nesse sentido, a observação de observações exteriores cumpre o papel de produzir

---

<sup>153</sup> LUHMANN, Niklas – **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 219; id. – **El Derecho de la Sociedad** México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 280.

“responsividade” da parte do direito, na medida em que o torna “irritável” e, portanto, disposto a *aprender*.

Mas um outro fator, este decisivo, que se deve considerar na avaliação da importância para a teoria do direito do conceito de república como fórmula de contingência, está em que, como tal, ele se aplica às especificidades do *Estado* enquanto *organização*, e não à auto-observação do sistema social funcionalmente diferenciado “direito”. Para o direito, é o conceito de *justiça* que desempenha a função que atribuímos ao princípio republicano no âmbito do Estado. Entretanto, as estreitas ligações constitucionais entre direito e Estado não permitem que desde a perspectiva do primeiro se veja a noção de *republicanidade* como fórmula de contingência do Estado. Antes, no direito se quer identificá-la a um princípio jurídico, embora seus contornos permaneçam sempre indefinidos, quando muito aproximativos ou “instrutivos”; ou, então, utilizá-la como válvula de desafogo ou mecanismo de autorrestrrição, a exemplo da *political questions doctrine*. A associação entre o princípio republicano e a responsabilidade dos agentes públicos, ao acentuar aquela característica do Estado de direito que a tradição da *rule of law* expressa dizendo “the law and the rule cover the same ground”<sup>154</sup>, chama atenção para a sujeição da administração pública à lei, que é a fórmula com a qual se ata o Estado à consecução do *bem comum* e do *interesse público*.

Quando o STF afirma a aplicabilidade do princípio republicano a controvérsias jurídicas pontuais, ele faz mais do que apenas declarar que um determinado dispositivo normativo contraria uma interpretação autorizada da Constituição. Como uma fórmula genérica, a republicanidade não pode ser afirmada sem o apoio de critérios mais objetivos – como é, no caso das ADIs comentadas, a distribuição de competências legislativas. Isso não quer dizer, todavia, que seu emprego e sua reespecificação nas distintas situações jurídicas deva ocorrer de forma subsidiária, e que o princípio republicano se mostre como um tipo de “arrombador de portas abertas”. A declaração da contrariedade ao princípio republicano permite que o direito assumam orientações interpretativas voltadas para a autocompreensão do Estado como sistema de decisões comprometido com o interesse público, assim reduzindo *pelo aspecto jurídico* a manipulabilidade dessa noção. Ao se contentar em enunciar uma “derrogação inaceitável da responsabilidade inerente a todos quantos [...] exercem o poder estatal”, o Supremo confirma a necessidade de que todo exercício do poder estatal (toda decisão que singulariza e atualiza as operações da organização Estado) se faça republicanamente, isto é, com responsabilidade perante a lei. Deixando em aberto o sentido

---

<sup>154</sup> LUHMANN, Niklas – *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 422; id. – *El Derecho de la Sociedad* México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 489.

que adquire essa responsabilidade em cada caso, ele cria um espaço em que se permite avaliar como o Estado vê essa responsabilidade. Pelo menos é como nos parece que deve se compreender o art. 34, VII, “a”, em combinação com o art. 36, III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

## **2.2 O REPUBLICANISMO *NON-JUSTICIABLE* E A *POLITICAL QUESTIONS DOCTRINE* DA U.S. SUPREME COURT**

O “revival” republicano nos Estados Unidos, a releitura da herança intelectual do republicanismo, ainda que fortemente ancorados no direito constitucional e numa renovada compreensão do sentido e finalidade do controle de constitucionalidade, não alcançaram a interpretação do texto da Constituição justamente onde ela aparentemente oferece um mecanismo de proteção jurídica/jurisdicional da “forma republicana”, que o governo deve obedecer. Nisso nada há de extraordinário, e não apenas porque, como Habermas acertadamente observa, os constitucionalistas americanos discutem a legitimidade da jurisdição constitucional desde a perspectiva da ciência política, e não da dogmática jurídica, mas também porque a atividade reflexiva envolvida na construção de teorias reflete condições estruturais do sistema a que se refere, não necessariamente coincide com a representação direta que este provê de si através de uma observação de primeira ordem. Em outras palavras, as teorias jurídicas ou juridicamente relevantes não se confundem com as operações propriamente ditas do sistema do direito, no que essas têm de instrumental ou “local”.

Um outro fator importante a ser compreendido para que possamos extrair sentido da limitação jurisdicional sobre o artigo IV, seção 4, está em que, pelo menos de desde *Marbury v. Madison*, o direito constitucional norte-americano reconhece e convive com a possibilidade de ocorrerem violações a direitos estabelecidos constitucionalmente sem que haja um “remédio” que a Corte possa administrar, em virtude da ausência de *judicially cognizable standards*. Obviamente, essa não é uma fórmula genérica ou estritamente “doutrinária”, destacada de um fundamento constitucional minimamente determinável; ela se radica principalmente na definição do *judicial Power*, como estabelecido no artigo III da Constituição americana e no princípio da separação de poderes. É lá que a presente discussão tende a redundar – e é também de lá que se pode avaliar com mais propriedade a extensão do problema da chamada *political question doctrine*.

Por tudo isso, o ressurgimento nos quadros da teoria constitucional de teses republicanas ou inspiradas no republicanismo não tinha como se fixar em nenhum dispositivo

do documento constitucional, nem como dele procurar derivar quaisquer efeitos que corroborassem suas pretensões. Entretanto e por razões que ainda precisam ser esclarecidas, o problema das relações entre direito e política, revestido com a forma do dogma da separação de poderes, não poupou a reflexão teórica de sérias dúvidas, mesmo sem que em nenhum momento seus defensores tenham pleiteado a reconsideração de decisões da Suprema Corte envolvendo a *guaranty clause*. As críticas de Habermas a Michelman são ilustrativas dessa tendência, e em vários outros comentadores do *republican revival*, especialmente fora dos Estados Unidos<sup>155</sup>, acusações semelhantes podem ser vistas ou inferidas. Mas dificilmente se pode dizer que a motivação de tais ataques seja a mesma que levou à formulação da *political question doctrine*, principalmente se com isso se quiser sugerir a existência de algum tipo de consenso tácito acerca da função da separação de poderes.

No uso corrente dos manuais ou *casebooks* americanos, a ideia de que certas demandas trazidas ao judiciário não podem ser apreciadas por conterem matéria política tem uma formulação já bem consolidada. O conceito básico, com poucas variações, é o seguinte: “the ‘political question doctrine’ posits that some constitutional issues are not justiciable, because the issue is committed to the political branches of government (Congress and the President)”<sup>156</sup>. Essa definição, analisada à luz de seu referente textual na Constituição, revela uma intrigante dificuldade, um paradoxo desconcertante que constitui o centro das indagações de muitas gerações de juristas. Com efeito, a vedação a questões políticas fundada na limitação do poder judiciário estabelecida no art. III, pela qual se afasta a possibilidade de que as cortes possam estender sua jurisdição a disputas políticas, descansa sobre a mesma base que permite afirmar, consoante o esquema de *checks and balances*, o poder de controle da constitucionalidade. Não é de espantar, portanto, que a história da *judicial review* seja pontuada de casos em que a natureza da separação de poderes é posta em xeque. *Immigration & Naturalization Service v. Chadha*, *United States v. Nixon* e *Morrison v. Olson*, entre

---

<sup>155</sup> As críticas geralmente realizadas por autores americanos apontam outras deficiências no novo republicanismo e se baseiam, por exemplo, em seu contraste com o pluralismo; em sua desconsideração do fato de que os cargos públicos são, com frequência, desvirtuados em seu uso; em seu apego à ideia de um bem comum compartilhado por todos; em sua incapacidade de explicar como poderia dar maior proteção aos direitos fundamentais, etc. Tudo isso além da crítica de que o republicanismo fomentaria o ativismo judicial (crítica, aliás, igualmente dirigida contra o procedimentalismo de John Hart Ely (cf. SULLIVAN, Kathleen M. – Rainbow Republicanism. *Yale Law Journal*. Vol. 97, n.º 8, p. 1713-1724, 1988; MACEY, Jonathan R. – The Missing Element in the Republican Revival. *Yale Law Journal*. Vol. 97, p. 1673-1684, 1988; FITTS, Michael A. – Look Before You Leap: Some Cautionary Notes on Civic Republicanism. *Yale Law Journal*. Vol. 97, p. 1651-1662, 1988; GEY, Steven G. – The Unfortunate Revival of Civic Republicanism. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 141, p. 801-898, 1993; TRIBE, Laurence H. – *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, especialmente o capítulo 3.

<sup>156</sup> Essa definição é retirada de FARBER, Daniel A.; ESKRIDGE, JR., William N.; FRICKEY, Philip P. – *Constitutional Law – Themes for the Constitution’s Third Century*. St. Paul: West Publishing, 1993, p. 1028.

outros, são casos em que conflitos altamente politizados envolvendo o legislativo e o executivo foram resolvidos pela ação da Suprema Corte.

O problema da *political question doctrine* alcança o ponto máximo de tensão em *Baker v. Carr*, um caso que, embora não centrado na chamada *guaranty clause*, deve muito de seu resultado ao vivo debate travado entre os juízes acerca da origem e do âmbito dessa doutrina em ações movidas com fundamento no artigo IV, seção 4. É principalmente em *Luther v. Borden*, um caso de 1849, que os Juízes da Suprema Corte encontram o pano de fundo de boa parte da discussão de *Baker*. A história de *Luther v. Borden* merece ser compreendida, pois.

Naquele ano, o estado de Rhode Island se achava à beira de uma guerra civil: alguns cidadãos, achando-se privados de seus direitos civis pela constituição estadual (a *colonial charter*), insurgiram-se contra o governo buscando implantar uma constituição mais democrática. O governo do estado, então, impôs lei marcial e conferiu ao exército e seus soldados vários poderes de polícia. A questão que surgiu relacionava-se a saber se tais soldados haviam cometido invasão de domicílio quando penetraram em residências sob as ordens do governo, uma vez que restavam dúvidas sobre se ele ainda estava no poder quando da imposição da lei marcial, ou se o governo insurgente havia já logrado êxito em sua campanha, depondo o antecessor e tornando ilegais as suas ações. Dessa forma, uma ação originariamente circunscrita à exigência de indenização por atos danosos ilegais chegou à Suprema Corte como um questionamento de constitucionalidade. Observe-se que, tendo chegado à instância máxima por via de recurso, seria necessário encontrar uma base na Constituição federal para que as decisões anteriores fossem derrubadas. Essa base, segundo o autor da demanda, era justamente a *guaranty clause*. A Suprema Corte negou tal pretensão, sustentando que não dispunha de parâmetros jurídicos para decidir.

*Baker v. Carr* foi uma disputa sobre a constitucionalidade de leis eleitorais. A Constituição americana estabelece que a distribuição das vagas no legislativo deve ser revisada periodicamente em função das modificações demográficas retratadas nos números do censo. No caso, o legislativo do estado do Tennessee não tinha sido redistribuído desde 1901 (o ano era 1962), mas sua demografia mudara radicalmente desde então. Os autores da ação, que moravam em áreas urbanas e em suas imediações, alegavam que o critério do voto distrital, da forma como era então aplicado, dissolvia seus votos em detrimento da *equal protection clause*, uma vez que naquelas áreas havia muito mais votantes do que nos distritos rurais. Eles buscavam uma *injunction* que proibisse que as eleições fossem realizadas no

esquema vigente e que determinasse fosse a redistribuição das vagas no legislativo de acordo com as novas condições populacionais, fosse a realização de eleições gerais.

A corte federal distrital que analisou o caso em primeiro grau negara o provimento do pedido, justificando sua decisão com o argumento de que aquela era uma *political question*, de acordo com *Colegrove v. Green* (1946) – um caso semelhante, em que a disputa era sobre a proporcionalidade dos assentos no Congresso. Nesse caso, a opinião majoritária, expressada pelo Juiz Felix Frankfurter, considerava a redistribuição uma questão “that bring[s] courts into immediate and active relations with party contests”, esclarecendo que “from the determination of such issues this Court has traditionally remained aloof” e concluindo que “the short of it is that the Constitution conferred upon Congress exclusive authority to secure fair representation by the States in [the House of Representatives]. Courts ought not to enter this political thicket”<sup>157</sup>.

A importância da discussão de *Luther v. Borden* para o caso começa a ficar clara a partir desse ponto. Lá, achando-se incapaz de encontrar um critério juridicamente significativo pelo qual pudesse decidir aquele caso, a Corte confirmou a autoridade do Congresso para decidir a questão, de forma a estabelecer que nenhuma solução poderia ser alcançada de forma indireta por qualquer outro ramo do governo. Mas a decisão de *Luther* não determinava que *toda* ação perante a Suprema Corte (e, por consequência, perante qualquer outra corte) que apelasse para a *guaranty clause* devesse *necessariamente* ser julgada improcedente, com base em sua *non-justiciability*. Na verdade, a Corte apenas indicava que *algumas* questões arrimadas no artigo IV, seção 4, estavam fora da esfera do judiciário – muito embora, como logo veremos, a história subsequente tenha demonstrado claramente que a tendência era considerar *qualquer* causa apoiada naquele dispositivo como avessa ao escrutínio judicial.<sup>158</sup> A pergunta que se impunha então era: o caso em questão – *Baker v. Carr* – apresentava ou não as mesmas características que tornavam demandas invocadas em nome da garantia de uma forma de governo republicana inapreciáveis pelo judiciário?

*Baker* se tornou um caso paradigmático justamente porque a resposta a essa pergunta foi negativa, o que permitiu que vários outros casos posteriores relativos à

---

<sup>157</sup> *Baker v. Carr* 369 U.S. 186, 82 S. Ct. 691, 7 L. Ed. 2d 663 (1962).

<sup>158</sup> Um exemplo disso é *Pacific States Tel. & Tel. Co. v. Oregon*, 223 U.S. 118 (1912). O argumento dos autores era que a adoção pelo estado do Oregon da democracia direta, com a abertura da possibilidade de que os eleitores pudessem eles mesmos diretamente fazer as leis, supostamente violava a garantia de uma forma de governo republicana, como estabelecido no art. IV, § 4 (a ideia no fundo era de que um governo republicano é representativo, não direto). A Suprema Corte julgou a ação *nonjusticiable*, sustentando que as cortes federais não possuíam nenhum critério juridicamente manejável com o qual determinar quando um governo é ou deixa de ser republicano.

redistribuição das vagas do legislativo fossem apreciadas e julgadas. Concomitantemente, a decisão jogou uma derradeira pá de cal sobre a possibilidade de que a *guaranty clause* pudesse efetivamente oferecer uma garantia jurídica: a “leitura restritiva” de *Luther v. Borden*, a ideia de que nem toda demanda fundada no art. IV, § 4, era inapreciável, definitivamente não vingara. O Juiz Brennan, referindo-se a esse último caso em seu arrazoado, afirmou que “the Court has since refused to resort to the Guaranty Clause [...] as the source of a constitutional standard for invalidating state action”. Para o resultado de *Baker*, entretanto, a despeito de nele estarem envolvidas questões de distribuição do poder político em um estado-membro e malgrado a plausibilidade de uma alegação de infringência da *guaranty clause*, os fatores a serem considerados eram outros. Com isso, Brennan cimentou o entendimento de que “any reliance on that clause would be futile” – e pôde julgar procedente o pedido de Charles Baker.

Já não restava, pois, nenhuma ambiguidade quanto à natureza política da cláusula de garantia de uma forma republicana de governo. O problema com *Luther*, assim como com todas as outras causas cuja sustentação era buscada na *guaranty clause*, não era o fato de as pretensões manifestadas tocarem em assuntos relacionados à organização do governo, mas sim uma combinação de características, ou a proeminência “inequívoca” de uma delas, segundo o entendimento manifesto da função da separação de poderes. Brennan, em seu voto, determina quais seriam essas características: um compromisso constitucional textualmente demonstrável da questão para um departamento político coordenado; ou a falta de padrões judiciais detectáveis e gerenciáveis para resolvê-lo; ou a impossibilidade de decidir sem uma determinação política inicial de um tipo claramente para discricção não judicial; ou a impossibilidade de um tribunal empreender resolução independente sem expressar falta de devido respeito aos ramos coordenados do governo; ou uma necessidade incomum de adesão inquestionável a uma decisão política já tomada; ou a potencialidade de constrangimento de vários pronunciamentos de vários departamentos sobre uma questão.

Ao assumir essa postura, o republicanista Brennan consolidou quase dois séculos de debate doutrinário em torno do significado de uma tradicional distinção, segundo a qual as “questões políticas” se opõem às “questões jurídicas”. Muitas tentativas já se haviam feito no sentido de estabelecer critérios razoavelmente seguros com cujo uso o princípio da separação de poderes pudesse assumir contornos claros e, assim, servir mais perfeitamente ao seu propósito de garantir a própria democracia. No início do século XX, por exemplo, Oliver Field, firme na crença positivista de que a *political question doctrine* poderia ser esclarecida mediante a observação, descrição e racionalização da atividade das cortes, assegurava que

“[it] is elementary that the courts will not decide political questions”, e oferecia uma lista de questões de inequívoco caráter político.<sup>159</sup> Anos mais tarde, sob sua influência, Henry M. Hart Jr. e Herbert Wechsler, em seu grande tratado *The Federal Courts and the Federal System*, também elaboraram uma classificação de questões constitucionais que não estavam sujeitas ao poder de controle de constitucionalidade. Sua lista, não por acaso, era encabeçada justamente pela garantia de uma forma republicana de governo.<sup>160</sup> Mas *Baker* estabeleceu um novo padrão, substituindo uma abordagem casuística e *formalista*, cuja principal estratégia era a catalogação semântica das hipóteses configuradoras de questões políticas, por um enfoque dito *funcionalista*, que, em termos dogmáticos, pode ser descrito como uma indagação acerca de quais estruturas, *sob condições atuais*, melhor se prestam a satisfazer as intenções subjacentes ao texto constitucional.<sup>161</sup>

Um fato que precisa ser levado em consideração, para que se possa compreender precisamente em que extensão a forma republicana se acha esvaziada de conteúdo jurídico, é a fórmula normativa que articula direitos individuais e direitos do Estado. Não se trata aqui da relação entre autonomia privada e autonomia pública, como duas projeções distintas da individualidade. Pelo menos na perspectiva do constitucionalismo americano, uma longa história de diferenciação entre direitos individuais e instrumentos de governo provê o cenário contra o qual a utilização da *guaranty clause* assume uma dupla perspectiva. Essa diferenciação, explicitada na semântica (e na separação redacional!) que opõe *Constitution* e *Bill of Rights*, permite que se introduza assimetria na autodescrição da validade do sistema jurídico, a qual, em última análise, só pode se apresentar de modo circular. Com efeito, os *Framers* concediam especial importância à circunstância de que a função da Constituição era

---

<sup>159</sup> Cf. FIELD, Oliver P. – Doctrine of Political Questions in the Federal Courts. **Minnesota Law Review**. Vol. 8, p. 485-513, 1924, p. 485. Sua lista inclui os seguintes pontos: “A data em que uma guerra começa é uma questão política; os tribunais não decidirão sobre a sensatez de qualquer política específica adotada pelo Congresso com relação ao controle de estrangeiros; sempre que os departamentos políticos reivindicarem a titularidade ou jurisdição sobre o território, os tribunais devem concordar com essa afirmação; se uma constituição estadual ou emendas à mesma foram adotadas de maneira apropriada, não serão resolvidos pelos tribunais federais; os tribunais federais não investigarão os poderes constitucionais dos representantes de nações estrangeiras com as quais os Estados Unidos negociam tratados”.

<sup>160</sup> HART JR., Henry M.; WECHSLER, Herbert – **The Federal Courts and the Federal System**. New York: Foundation, 1953, p. 192-196. A segunda edição dessa obra, de 1973, traz mudanças significativas na classificação proposta, principalmente em virtude de *Baker v. Carr*. Sobre essas mudanças (cf. NAGEL, Robert – Political Law, Legalistic Politics: A Recent History of the Political Question Doctrine. **The University of Chicago Law Review**. Vol. 56, p. 643-669, 1989, p. 645-646.

<sup>161</sup> Sobre abordagens *formalistas* e *funcionalistas* na interpretação do direito constitucional americano (cf. FARBER, Daniel A.; ESKRIDGE, JR., William N.; FRICKEY, Philip P. – **Constitutional Law – Themes for the Constitution’s Third Century**. St. Paul: West Publishing, 1993, p. 920, nota 2).

fornecer a unidade do povo e um instrumento de governo, e não dar sustentação aos direitos individuais.<sup>162</sup>

De modo geral, desde *Luther v. Borden*, a Suprema Corte tem se recusado a reconhecer pretensões fundadas na *guaranty clause* como *fonte de direitos individuais exigíveis juridicamente*. Isso sem dúvida empresta uma conotação um pouco diferente à afirmação de Brennan de que a não justiciabilidade de tais reivindicações [*i.e.*, aquelas assentadas na *guaranty clause*'] não tem nada a ver com o fato de tocarem em questões de organização governamental estatal. Na medida em que as questões apresentadas sob a égide da garantia de uma forma republicana, não infringindo a separação de poderes ou promovendo direitos individuais, puderem ser ajustadas ao contexto da proteção de direitos relativos à estrutura e organização do Estado, abrir-se-ia uma via pela qual o artigo IV, seção 4, poderia ser “revivido” como referência textual para pretensões dedutíveis em juízo. Não obstante, *Baker* e outros casos são frequentemente interpretados no sentido de que as disposições neles contidas impedem que qualquer espécie de demanda apoiada na *guaranty clause* possa ser apreciada.

Recentemente, porém, a Suprema Corte, mais uma vez, emitiu sinais de que, ao menos em certas categorias de casos relativos à estrutura federalista do Estado, a *guaranty clause* poderia incorporar um valor juridicamente aferível. Em *New York v. United States*<sup>163</sup>, um caso em que o Estado de New York alegava violação do princípio federativo por parte da União, a par da argumentação mais óbvia em um pleito dessa natureza – ou seja, junto da alegação de que o Congresso americano exacerbara os poderes a ele conferidos pelo artigo I da Constituição e transgredira a Décima Emenda –, aventou-se a hipótese de que a lei atacada de inconstitucionalidade também agredira o art. IV, seção 4. Expressando a opinião majoritária, a Juíza O’Connor reconheceu que, pelo menos, um caso posterior a *Baker* sugeria que nem todas as questões surgidas em virtude da *guaranty clause* seriam inapreciáveis, dando a entender que, a despeito da longa história de *nonjusticiability* daquele dispositivo, a Corte não se fechava à possibilidade de analisá-lo à luz de razões maneáveis juridicamente.

O quadro desenhado acima não deixa dúvidas quanto ao reduzidíssimo, quase nulo alcance da garantia constitucional de uma forma de governo republicana, dentro dos limites da interpretação da Suprema Corte dos Estados Unidos. Mesmo sua profunda relação com a chamada *political question doctrine*, vista mais detidamente, não passa de um simples

---

<sup>162</sup> Cf. LUHMANN, Niklas – **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 108-109. Atente-se para as fontes de Luhmann, na nota 133 da página 108.

<sup>163</sup> 112 S. Ct. 2408 (1992).

aspecto de um problema muito maior, que é, nas democracias constitucionais contemporâneas, a separação dos poderes. Bem compreendida, essa é uma dificuldade endógena do constitucionalismo, na medida em que este surge como um modelo de acoplamento entre os sistemas da política e do direito. O princípio republicano, da forma com que este é encarado pela doutrina americana, apenas deixa transparecer, por meio das operações jurídicas, a crua realidade de que o acoplamento estrutural que se realiza através da constituição (o qual, justamente por evitar a separação total entre direito e política, tem que tomar essa diferença como pressuposta), se garante a simultaneidade na sucessão de eventos em sistemas que são, uns para os outros, sistema e ambiente, não necessariamente – ou melhor até, só muito excepcionalmente – pode garantir sua *sincronização*.

Nesse ponto, é conveniente sublinhar que toda discussão sobre o princípio republicano levada a efeito ao longo dessa dissertação deixa implícita, de uma maneira ou de outra, a questão do que se deve esperar das correlações entre direito e política (mas também: das correlações entre esses e a ética, e entre cada um deles e o Estado). Para sermos exatos, todos os sentidos assumidos pela ideia de república relativamente às suas contrapartidas – como apresentadas na Parte I – deixam entrever, em alguma proporção, várias tentativas de “encaixe” do direito, seja com a política, seja com os interesses dos indivíduos ou com os construtos da ética (de uma moral reflexiva). Não é preciso um grande esforço para mostrar como a ideia de *freedom from domination*, por exemplo, é utilizada *juridicamente* no sentido de estabelecer um vínculo entre direitos fundamentais e características ou valores “inerentes” aos seres humanos. Mas, como dissemos, o problema da separação dos poderes extrapola os dilemas comuns do republicanismo no direito constitucional. Ele toca em certos pontos da estrutura de legitimação das ordens político-jurídicas que têm se mostrado extremamente resistentes às abordagens de várias teorias jurídico-constitucionais, tradicionais e contemporâneas.

De fato, há uma profunda desconfiança de que a semântica da separação de poderes, sua ênfase retórica na soberania popular – pela qual o legislativo é alçado a uma condição de superioridade em relação ao judiciário (*the least dangerous branch!*) – já não fornece mais subsídios para uma compreensão apropriada da diferenciação do processo decisório, mantendo a autocompreensão que o direito produz de si, em si atrelada a instrumentos de reflexão incapazes de captar nuances perceptíveis com outro aparato conceitual e em outros níveis de observação. Pode-se talvez argumentar que isso indica tão somente que o direito opera de modo seletivo, pelo que deve incorporar apenas aquelas formas de raciocínio que, de alguma forma, se coadunam com as condições básicas de

funcionamento das ordens normativas modernas, incluída aí a especificação de funções do legislativo e do judiciário. Mas um exame mais detido deixa aparente que essa defesa da concepção usual de divisão de poderes não chega a isolar as características que estariam sendo levadas em conta em contrariedade à estrutura do direito: a acusação de perda da dimensão normativa é absolutamente inócua, de vez que não há como renunciar o aspecto normativo do direito. Resta demonstrar como a proposta de reconsideração do modelo de divisão de poderes – conceitual, não institucional – pode significar uma ameaça política ou “eticizante”, uma inclinação suspeita de desvirtuar o princípio da soberania popular.

A bem da verdade, não é evidente que a ampliação da visão sobre o processo *jurisgerativo* (Michelman *dixit*) leve a uma desdiferenciação entre direito e política, nem que propicie a substituição de um legislador “legitimado” por um juiz “não legitimado”. Para sermos exatos, o complexo que impõe resistência à transformação do entendimento das diferenças entre o processo legislativo e o processo jurídico ou, mais pontualmente, entre o legislador e o juiz, com seu entramado de liberdade, participação e legitimidade, obscurece ele mesmo, com sua sombra, aquilo que pretende ver. É a própria experiência histórica – a pulverização do sentido de liberdade<sup>164</sup>, o arrefecimento da crença na participação como meio de fortalecimento da democracia e da própria legitimidade, que já não passa de um símbolo da autorreferencialidade do direito – a nos mostrar o quão simplória e insuficiente essa retórica pode ser.

A divisão de poderes, antes de ser encarada como uma diretriz organizacional, é admitida como um mecanismo de garantia da liberdade. Essa liberdade definida por contraposição à coerção, inerente ao indivíduo e limitável apenas pela força da razão ou pelo direito (racional), carecia de tutela para sua excepcional fragilidade. Na doutrina jurídica constitucional, esse problema se torna uma extensão da bem conhecida correlação entre participação e legitimidade, porquanto a liberdade foi concebida pela teoria liberal como um bem individual. Nesse sentido, James Madison, em vista da ideia de liberdade, já se perguntava “Who are the best keepers of the Peoples liberties?”, colocando como opções o próprio povo ou seus governantes – e optando pelo povo.

Posteriormente e em outro nível, esse agudo contraste encontrou uma expressão mais técnica e mais sofisticada na famosa querela entre Kelsen e Schmitt sobre o “guardião da constituição”, uma controvérsia cujo cerne estava no estabelecimento principiológico da

---

<sup>164</sup> Cf. LUHMANN, Niklas – Kausalität im Süden. **Soziale Systeme**. Vol. 1, n.º 1, p. 7-28, 1995.

prevalência de um dos poderes constituídos<sup>165</sup>, de acordo com as particulares compreensões de como *deve ser* o equilíbrio constitucional, alimentadas por um e outro. Em comum, tais representações expressavam o convencimento de que a solução encontrada por elas poderia assegurar alguma forma de invariância temporal na coordenação entre o sistema da política democrática e o sistema do direito organizacionalmente diferenciado no judiciário, como forma de garantir uma liberdade imutável. Com isso ficava afastada precisamente a compreensão que mais se ajusta às condições reais de desdobramento da concepção de poderes “independentes e harmônicos entre si”: a ideia de que o acoplamento promovido pela constituição garante apenas “uma suficiente especificidade para o reconhecimento de surpresas multifacetadas”<sup>166</sup>.

No cenário jurídico americano, a disciplina *teoria da constituição* é compreendida principalmente como uma tentativa teórica de acomodar o instituto da *judicial review* dentro de um arcabouço democrático firmemente estabelecido sobre a premissa de que “todo poder emana do povo”<sup>167</sup>. Segundo a (auto)compreensão dos diversos autores que procuram responder esse desafio, a solução está ora na submissão do judiciário (i), ora na utilização do instituto como um meio de aperfeiçoar a atividade legislativa democrática (ii), ora na pura e simples afirmação da autoridade do judiciário (iii). Isso significa, em outras palavras, que a teoria da constituição aparece aí como o campo específico onde se realiza a cruzada pela legitimidade.

Mas, enquanto a fonte da autoridade do judiciário permanece oculta, o direito não se deixa nem pode se deixar paralisar por lucubrações sobre a legitimidade de suas operações, da mesma forma que também as decisões judiciais não permanecem em suspenso por conta da ausência de uma determinação explícita (textual) a respeito de como proceder. Na medida em que se pode conceber o sistema jurídico como um sistema que se autoproduz, por outro lado, surgem outras dificuldades. O direito, por exemplo, precisa “assimilar” sua paradoxalidade (= destautologizar-se) em diferentes planos, inclusive no plano de sua função. Desde a perspectiva do funcionamento do judiciário, as cortes constitucionais aí incluídas, importa a capacidade de fixar de antemão as condições da solução de problemas relacionados à estabilização de expectativas contrafáticas. Em outras palavras, as decisões jurídicas precisam

---

<sup>165</sup> Sem dúvida essa é uma estilização redutiva. É possível argumentar-se que, do lado de Schmitt, além do desacordo sobre a função do tribunal constitucional, pairavam fortes dúvidas quanto à aplicabilidade do esquema de Montesquieu às sociedades industriais contemporâneas.

<sup>166</sup> LUHMANN, Niklas – **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 98.

<sup>167</sup> Já mencionamos a posição de Frank Michelman a respeito. Essa opinião, se não generalizada, deve ser considerada ao menos dominante (*cf.* (citando Bickel e Bobbit) FITTS, Michael A. – Look Before You Leap: Some Cautionary Notes on Civic Republicanism. **Yale Law Journal**. Vol. 97, p. 1651-1662, 1988, p. 1651).

partir de uma base preestabelecida, de critérios prefixados a partir dos quais possam fazer referência a fatos passados que se verificam na atualidade e, assim, delimitar os casos<sup>168</sup> juridicamente.

Simultaneamente, para que essa função possa continuar a ser reconhecida em todas as possíveis comunicações jurídicas futuras, os enlaces operacionais e seus pressupostos precisam estar apoiados em estruturas condicionais não apenas variáveis, como também muito sensíveis a variações. O direito positivo, portanto, assoma como um direito diferenciado em termos temporais, a positividade consistindo num “tratamento contraditório das estruturas”<sup>169</sup>. É precisamente essa variabilidade ou, melhor, essa consciência da contingência, que dá ao direito positivo a sua feição. A fixidez que continua a ser exigida, por sua vez, deve se resolver como uma garantia de que as estruturas jurídicas não sejam problematizadas no momento em que coloquem em *decisões*, e tão somente. Em todo caso, a aprendizagem, a introdução de elementos cognitivos, os “discursos de justificação” – esse é o dogma – devem permanecer confinados nas mãos de quem for designado popularmente para conduzir esse processo.

Vistas sob essa luz, as estratégias não casuísticas que visam à determinação das “questões políticas”, elaboradas pelos Juízes da Suprema Corte e pelos acadêmicos que se aplicam ao problema, se revelam como meios de especificar um incremento na possibilidade de uso técnico dessas características do direito, como arranjos interpretativos redutíveis a uma forma binária, capaz de designar unicamente, ou o cumprimento, ou a decepção das normas juridicamente estatuídas. Na condição de regras de interpretação, tais estratégias pretendem ser rígidas o bastante para poderem valer como critérios confiáveis e flexíveis o suficiente para cobrir um conjunto indeterminado de situações. Daí o sucesso da abordagem dita “funcionalista”. Mas, no particular contexto do exercício do controle de constitucionalidade, não raro sobrevêm receios e incertezas sobre essa doutrina, principalmente sobre se e em que medida ela pode ajudar a determinar quando a constituição “fala” politicamente e quando ela “fala” juridicamente ou, melhor, se e em que medida ela serve para determinar o justo limite entre as funções do direito e da política.

É bom esclarecer que não se trata aqui de duvidar que a *political questions doctrine* seja o que ela é – uma autorrestrição promovida pelo próprio sistema do direito através da Suprema Corte –, mas sim daquilo que alguns propõem que ela seja – um meio de

---

<sup>168</sup> Aqui como em outros pontos dessa dissertação, no sentido wittgensteiniano de “das Bestehen von Sachverhalten”.

<sup>169</sup> LUHMANN, Niklas – **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 36.

identificar e separar o conteúdo político e o conteúdo jurídico da constituição. A construção de uma doutrina como a das questões políticas, desde o ponto de vista da evolução da estrutura decisória, quer dizer, da “diferenciação do processo decisório”<sup>170</sup>, vai de encontro à necessidade de operacionalizar o princípio do *non liquet*. Dá-se por entendido que uma tal regra só se pode tornar praticável se forem permitidas decisões mais ou menos formais, que não penetram propriamente no objeto de litígio. A ideia da existência de questões *nonjusticiable* apenas evidência que, na presença de uma indeterminação do direito aplicável, é o próprio direito que se determina: quando a constituição deixa de vincular textualmente a atuação do judiciário, é ainda o próprio sistema do direito que “dá passagem” aos ramos políticos.

Não obstante, sérios embaraços surgem quando se procura identificar no *conteúdo* dessa doutrina *matérias* que são *obviamente* políticas. Daí a prudência de Brennan em dizer, a respeito da intervenção da Suprema Corte em questões de duração do estado de beligerância, que a análise revela razões isoláveis para a presença de questões políticas, subjacentes à recusa deste Tribunal em rever a determinação do departamento político de quando ou se uma guerra terminou, mas, ao mesmo tempo, ajuntar que critérios claramente definíveis para decisão podem estar disponíveis. Nesses casos, a barreira da questão política cai.<sup>171</sup>

Brennan certamente tinha consciência de que tanto uma lista categórica como a de Oliver Field, quanto subterfúgios hermenêuticos aplicáveis caso-a-caso não poderiam atender às exigências de segurança do direito, quer por engessá-lo, quer por mitigar sua realização binária. A saída encontrada por ele – esboçar os propósitos a que deveria servir a abstinência da Corte – parece ser o caminho mais razoável, por atentar para a necessidade de que o direito especifique o que seja o direito através de suas próprias *operações*.

Sem dúvida parece haver um certo avanço evolutivo levando da categorização de Oliver Field aos critérios lançados por Brennan em *Baker v. Carr*, num percurso ao longo do qual fica para trás a ilusão naturalística de que as situações proveriam a regra. Mas, ao descrever essa evolução, alguns comentadores deixam transparecer a ideia de que tudo não passa, em certa medida, de uma troca de seis por meia dúzia. Robert Nagel, por exemplo, diz que a decisão de *Baker* apenas “replaced the old fashioned innocence of *Colegrove* with a modern naivete”<sup>172</sup>. Sua suspeita é de que, por debaixo da aparência insuspeita e inofensiva

---

<sup>170</sup> LUHMANN, Niklas – **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 34-42.

<sup>171</sup> *Baker v. Carr* 369 U.S. 186, 82 S. Ct. 691, 7 L. Ed. 2d 663 (1962).

<sup>172</sup> NAGEL, Robert – Political Law, Legalistic Politics: A Recent History of the Political Question Doctrine. **The University of Chicago Law Review**. Vol. 56, p. 643-669, 1989, p. 646-647.

do *funcionalismo* do teste elaborado para determinar questões políticas, com sua promessa de uma contenção das ameaças do ativismo judicial, ou seja, da ação prospectiva e dirigida a fins implementada, no caso, pela Suprema Corte, se escondem perigosidades na forma de uma possível “unprincipled and specious application”, muito contrária à índole que, segundo a fórmula de A. Bickel, deve caracterizar o “ramo menos perigoso”, o judiciário.<sup>173</sup>

Aliás, Bickel quis também ele mesmo dar indicações sobre como os juízes podem se manter afastados de questões políticas. Para tanto, ele se serviu de considerações no mesmo tom “funcionalista” da decisão da Suprema Corte em *Baker*, o que inspirou Nagel a questionar se pode ser verdade que o exercício adequado da função judicial federal pressupõe que os juízes comecem por fazer julgamentos profundamente políticos. E se o Estado de Direito repousa de forma tão transparente em fundamentos não jurídicos.<sup>174</sup>

Uma indicação suficientemente clara do problema de autorreferencialidade que, *no fundo*, a *political question doctrine* representa. Para ele, como para a Suprema Corte e os intérpretes de sua atividade, o artigo IV, seção 4, da Constituição deve ficar retido no filtro que mantém na produção do direito apenas operações jurídicas.

Como se vê, a pergunta relevante acerca do alcance da *guaranty clause* coloca no centro da dúvida o dilema relacionado à determinação das esferas em que se encerram respectivamente o direito e a política. De que maneira discernir juridicamente o que é e o que não é político, senão apontando aquilo em que consiste o direito? Uma corte constitucional que se reconhece como parte do poder judiciário, e que como tal opera mediante o código binário do direito, se encontra na necessidade de utilizar esse mesmo código para decidir sobre o que é e o que não é político. Sem dúvida, ao estabelecer o que é o direito, quer dizer, ao fechar-se operacionalmente, o sistema do direito se separa de seu ambiente, da política inclusive. Por outro lado, o que é estruturalmente político continua a ser reproduzido dentro dessa mesma estrutura, pois somente o sistema da política pode gerar o insumo apropriado para a tomada de decisões coletivamente vinculantes. O direito não pode determinar que é ou o que não é político, mas, determinando-se, exclui outras possibilidades.

---

<sup>173</sup> O trabalho de Bickel é um clássico pró *judicial-restraint*, que merece estudo mais detalhado (BICKEL, Alexander – **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. Indianapolis; New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962). Reconhecendo a problematidade da “political question doctrine”, Bickel diz “a doutrina da questão política simplesmente resiste a ser domesticada [através de critérios interpretativos jurídicos]. Há algo diferente nisso, em espécie, não em grau; algo muito mais flexível, algo de prudência, não de construção e não de princípio”.

<sup>174</sup> NAGEL, Robert – Political Law, *Legalistic Politics: A Recent History of the Political Question Doctrine*. **The University of Chicago Law Review**. Vol. 56, p. 643-669, 1989, p. 648. As considerações de Bickel versam sobre a “estranheza” e o caráter principiologicamente “intratável”, sobre a “importância” e “ansiedade” gerada pela questão submetida a exame judicial, além da “vulnerabilidade interna do auto-questionamento” de um poder sem contato com a “fonte” do poder.

Para o princípio republicano, entretanto, tudo fica mais ou menos na mesma. Ao que parece, a tradição política do republicanismo como forma de governo, essa grande linhagem de pensamento que se irradia pelo século XX adentro através do trabalho de Pocock e outros, e que ganha novo fôlego justamente na reflexão constitucional americana, continuará desvinculada do *texto* constitucional, embora de maneira alguma desvinculada dos problemas relacionados à sua interpretação. Sem dúvida, a jurisprudência da Suprema Corte sobre a matéria inscrita no artigo 4, seção 4, desempenha um papel extremamente relevante para o desencargo das equivalências jurídicas de funções decisórias da política, mas uma discussão alentada sobre seus desdobramentos descambaria francamente pelo viés de uma pesquisa sobre os limites da separação de poderes, com a necessidade de uma reorientação do plano da dissertação.

## CONCLUSÃO

Desde as primeiras páginas desse trabalho, uma preocupação se manteve constantemente acesa, embora talvez em apenas umas poucas passagens tenha ela sido formulada explicitamente. E a inquietante pergunta é: por que reviver, resgatar, reformular ou mesmo tão só recorrer à noção de república e de republicanismo como categoria de interesse constitucional? Por que nos revolvermos em seu pântano semântico, por que nos arriscarmos por entre suas armadilhas conceituais, por que percorrer as trilhas abertas pelas muitas expedições republicanas pelos terrenos da reflexão política e jurídica, se já sabemos bem que o caminho a que elas quase invariavelmente acabam chegando é o de uma tradição moral que já não pode nos conduzir a nenhum tipo de compreensão privilegiada do funcionamento do direito da sociedade moderna?

Algumas respostas foram esboçadas, cujo potencial criativo – é o que nos parece – trai a escolha pela manutenção de uma linguagem profundamente desgastada como a da ética. Falamos alhures na república como fundamento de uma “ética do Estado”, enfatizando a necessidade de torná-la juridicamente relevante sem injetar ética no direito e sem lançar a sombra de autoritarismo do “Estado ético” concebido por Hegel, aquele Estado que é a realidade em ato da Ideia moral objetiva, “o espírito como vontade substancial revelada, clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e por que sabe”<sup>175</sup>.

Para isso, concebemos essa “ética” inscrita no princípio republicano como a fórmula de contingência pela qual o Estado representa a si mesmo em si mesmo através de um programa que orienta todos os seus programas de decisão. Esse conceito só é possível devido ao instrumental teórico oferecido pela teoria dos sistemas autorreferenciais. O Estado republicano é o Estado que se reconhece – não importam as decepções e os escândalos – como um Estado ético, quer dizer, responsável para com o interesse público. Antes de retomarmos por uma última vez nosso argumento, entretanto, fazem-se necessárias duas breves digressões.

Primeiro, lembraremos que ao longo de todo esse trabalho enfatizamos, de um modo ou de outro, que a expressão “ética” é mantida na discussão acerca da nova fórmula da republicanidade pelo mesmo motivo que as palavras *igualdade*, *liberdade* e *justiça* são mantidas nas discussões sobre os direitos fundamentais e sobre a função do direito – que significa: *apesar* de que a igualdade, para o direito, não passa de uma outra possibilidade de

---

<sup>175</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 216.

reprodução da unidade do sistema jurídico nele próprio (como também a “justiça”, por outro lado) e, *apesar* de a liberdade vir irremediavelmente cerceada e atrelada ao poder e ao *status* social, pois que irremediavelmente dependente das condições do conhecimento. A liberdade como exclusão do domínio exterior e a igualdade como exclusão da desigualdade desempenham a mesma função de abstração que a ética como exclusão da improbidade, ou seja, permitem compreender como as diferenciações assim indicadas podem se tornar formas generalizáveis. A grande diferença está na localização *teórica* que se dá para o problema.

Por outro lado, não é incomum, nem de todo lamentável, que algumas construções, por razões históricas diversas, devam manter suas fachadas e/ou parte de sua estrutura, a despeito das transformações que possam se operar em seu interior. Isso não se deve a nenhum atavismo, nem a nenhuma “filia” ou fascínio pela autoridade do arcaico, mas à simples constatação de que o entabulamento de novas terminologias nos setores do sistema jurídico em que ocorrem generalizações muito acentuadas só se deve proceder com extrema cautela. Ademais, para o próprio Estado no qual o sistema jurídico encontra suas referências “locais”, seu compromisso com a efetivação do “interesse público” deve lhe aparecer sempre como um valor, uma virtude, um princípio moral – independentemente de seus vínculos jurídicos. O discurso abertamente republicano da atual administração federal exemplifica isso perfeitamente.

Em segundo lugar, deve-se atentar para o fato de que essa desconstrução/reconstrução do princípio republicano passou por três momentos. Aproveitando a sugestão da teoria das formas de governo, assentamos a análise do conceito de república sobre a base de uma compreensão diferenciada da ideia de *forma*. Na suposição de que o conceito de *república* não pode ser reconduzido à polaridade de um único contraconceito (república *x* monarquia), selecionamos um determinado “contexto” contra o qual nosso objeto de investigação deveria mostrar suas facetas mais relevantes para o direito. A introdução da perspectiva temporal, e com ela todas as consequências em termos de auto-observação, se deu ou por meio do enfoque sobre antecipações evolutivas (República, Democracia), ou através da recuperação de traços distintivos de sentido depositado no fundo de conceitos correntes (República, Soberania), ou pela acentuação dos cortes havidos na semântica das instituições (República, Estado). O resultado pretendido – reduzir os “ruídos” persistentes que ecoam sobre a polissêmica noção de *república* e reconhecer com clareza os motivos de sua natureza simultaneamente importante e pouco funcional, do ponto de vista do direito – deveria possibilitar, uma vez alcançado, que a parte seguinte da investigação transcorresse sob a mira de um referencial teórico firme. Somente com essa base pronta é penetramos no *mainstream*

da discussão republicana contemporânea e na análise comparada da jurisdição constitucional envolvendo o tema.

Assim, cremos ter tornado visíveis as aporias do discurso teórico acerca das repercussões jurídicas da republicanidade.

Apesar de diluído e de difícil definição objetiva, o postulado republicano, nada obstante a evidente necessidade de repaginação, reinterpretação, reconstrução, tem legado reconhecido, isso não podemos negar. A conclusão efetiva é a de que na presente pesquisa foi possível, de forma analítica, expor a ideia de república no plano jurídico abstrato, para, assim, definir as suas balizas conceituais. Dessa forma, isso fizemos o cotejo teórico, doutrinário e jurisprudencial mínimo necessário para uma reflexão inteligível.

Inicialmente, foi possível, não antes de reconhecer o republicanismo como referencial teórico para a ordem constitucional, em especial quanto ao controle de constitucionalidade, apontar obstáculos para uma consolidação do ideal republicano expresso nas Cortes constitucionais do Brasil, Portugal e Estados Unidos, em especial apontando como diluída em vários princípios e até cláusulas pétreas a republicanidade nos aludidos ordenamentos jurídicos.

Demonstramos que, em alguns casos, a Suprema Corte americana e a dita vontade popular podem estar em descompasso, gerando intenso debate e infortúnio intelectual no âmbito do constitucionalismo estadunidense. Nessa hipótese, mostramos a desconfiança quanto à ideia de que a Corte pode preparar o futuro dos concidadãos quanto ao espectro de que o legado jurisprudencial e ideais contemporaneamente arcaicos são suficientes a legitimar a decisão da Corte Constitucional.

Nessa perspectiva, a Suprema Corte e a vontade do povo deveriam se confundir de forma que a ação da Suprema Corte se irradiasse por toda a comunidade política, por meio das leis e dos valores inerentes e mesmo simbólicos. Aqui, é possível observar a preponderância das vontades sociais sobre a esfera de poder constituída, de modo que o estado de coisas em que o direito positivo não teria um papel principal, mas apenas secundário.

Com efeito, a constituição deve ter característica autorregenerativa e deve ser orientada pela ampliação da liberdade política, forjada pela ampliação do nível de inclusão dos agentes sociais e políticos. Dessa forma, o papel da Corte Constitucional passa a ser de mediador, capaz de ponderar e moderar as vontades, afastando por inteiro a possibilidade de interferência na autonomia pública e nas liberdades positivas que ela deve resguardar.

Expurga, assim o paternalismo, do qual inafastável um perene e abominável anacronismo vicioso.

Sem dúvidas, a presente pesquisa foi capaz de demonstrar as origens, as ramificações principais, os argumentos-chave e os motivos centrais do neorrepublicanismo na teoria política, filosófica e histórica. Nessa esteira, explicitamos a patente contribuição teórica estadunidense nessa área, com forte influência e contribuição efetiva para uma reconstrução do ideário republicano cotejando o direito constitucional e a filosofia política.

Como proposto, concretamente, reconstruímos e expomos de forma clara o debate republicano atual, tendo como ênfase principal seu conteúdo normativo, o que nos problematiza o tema de modo claro. E mais, podemos observar como as cortes constitucionais americana, portuguesa e brasileira lidam com o tema republicano, em especial com o cotejo de jurisprudência e análise de caso.

E, ao fim e ao cabo, restou demonstrado, com a exposição dos problemas levantados com a discussão sobre a forma republicana, a necessidade até mesmo de uma normatização efetiva do postulado republicano, com fortíssima influência do neorrepublicanismo.

Por tanto, no mínimo, ficou clara a necessidade de uma reanálise crítica do conteúdo jurídico operativo da ideia de república. Em verdade, essa reconstrução não está afeta apenas ao campo do direito, pois o princípio republicano rememora ciências como política, filosofia e inúmeras outras áreas, mas fica evidente a necessidade de uma positivação. É o que pode se concluir.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce – The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. **Yale Law Journal**. ISSN 1939-8611. Vol. 93, p. 1013-1072, 1984.

ANJOS NETO, Francisco Chaves – **Princípio da Probidade Administrativa – Regime Igualitário no Julgamento dos Agentes Políticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. ISBN: 857308667x.

ARENDDT, Hannah – **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. ISBN 978-85-359-2204-2.

ARENDDT, Hannah – **Sobre a revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. ISBN 978-8535918465.

ARISTÓTELES – **Política**. Livro I. António Campelo Amaral e Carlos Gomes. Edição Bilíngue. Belo Horizonte: Vega, 1998. ISBN 972-699-561-2.

ATALIBA, Geraldo – **Instituições de Direito Público e República**. São Paulo: Edição mimeografada, 1984.

ATALIBA, Geraldo – **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. ISBN 8520304788.

BICKEL, Alexander – **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. Indianapolis; New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962. ISBN 978-0300032994.

BIGNOTTO, Newton – **As aventuras da virtude**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. ISBN 978-8535917475.

BIGNOTTO, Newton – **Maquiavel republicano**. São Paulo: Loyola, 1991. ISBN 978-8515005307.

BIGNOTTO, Newton – **Origens do Republicanismo Moderno**. Belo Horizonte: UFMG, 2001. ISBN 978-8570412669.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang – Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts. In BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang – **Recht, Staat, und Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1991. ISBN 978-3518285145. P. 344-366.

CALDWELL, Peter – **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism**. Durham; New York; London: Duke University Press, 1997. ISBN 978-0822319887.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

CARDOSO, Sérgio (org.) – **Retorno ao Republicanismo**. Belo Horizonte: UFMG, 2004. ISBN 8570414188.

CRISTI, Renato – **Carl Schmitt and Liberal Authoritarianism: Strong State, Free Economy**. Cardiff: University of Wales Press, 1998. ISBN 978-0708314418.

DENNINGER, Erhard – ‘Segurança, Diversidade e Solidariedade’ ao invés de ‘Liberdade, Igualdade e Fraternidade’. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. E-ISSN 2359-5736. N.º 88, p. 21-46, dez. 2003.

DENNINGER, Erhard – “Security, Diversity, Solidarity” Instead of “Freedom, Equality, Fraternity”. **Constellations**. ISSN 1467-8675. Vol. 7, n.º 4, p. 507-521, 2000.

DWORKIN, Ronald M. – The Partnership Conception of Democracy. **California Law Review**. ISSN 0008-1221. Vol. 86, N.º 3, p. 453-458, 1998.

DYZENHAUS, David – **Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, Hermann Heller**. Oxford: Clarendon Press, 1997. ISBN 978-0191685453.

FARBER, Daniel A.; ESKRIDGE, JR., William N.; FRICKEY, Philip P. – **Constitutional Law – Themes for the Constitution’s Third Century**. St. Paul: West Publishing, 1993. (American Casebook Series). ISBN 978-0314143532.

FIELD, Oliver P. – Doctrine of Political Questions in the Federal Courts. **Minnesota Law Review**. ISSN 0026-5535. Vol. 8, p. 485-513, 1924.

FITTS, Michael A. – Look Before You Leap: Some Cautionary Notes on Civic Republicanism. **Yale Law Journal**. ISSN 1939-8611. Vol. 97, p. 1651-1662, 1988.

GEY, Steven G. – The Unfortunate Revival of Civic Republicanism. **University of Pennsylvania Law Review**. Vol. 141, p. 801-898, 1993.

HABERMAS, Jürgen – A Short Reply. **Ratio Juris**. ISSN 2595-3257. Vol. 12, n.º 4, p. 445-453, dez. 1999.

HABERMAS, Jürgen – Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? **Political Theory**. ISSN 1552-7476. Vol. 29, n.º 6, p. 766-781, 2001.

HABERMAS, Jürgen – Remarks on Erhard Denninger’s New Triad of Diversity, Security, and Solidarity. **Constellations**. ISSN 1467-8675. Vol. 7, N.º 4, p. 522-528, 2000.

HART JR., Henry M.; WECHSLER, Herbert – **The Federal Courts and the Federal System**. New York: Foundation, 1953.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN 85-336-0630-3.

HONNETH, Axel – Gerechtigkeit und kommunikative Freiheit: Überlegungen im Anschluss an Hegel. In MERKER, Barbara; MOHR, Georg; QUANTE, Michael (ed.) – **Subjektivität und Anerkennung**. Paderborn: Mentis Verlag, 2004. ISBN: 3897853639. P. 213-227.

HONNETH, Axel – Justiça e liberdade comunicativa: reflexões em conexão com Hegel. Tradução de Fernando Alves Gomes. **Revista brasileira de estudos políticos**. E-ISSN 2359-5736. N.º 88, p. 101-120, jan.-jun. 2004.

HONNETH, Axel – **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora 34, 2009. ISBN 978-8573262810.

HONNETH, Axel – Reply to Andreas Kalyvas, “Critical Theory at the Crossroads: Comments on Axel Honneth’s Theory of Recognition”. **European Journal of Social Theory**. ISSN 1461-7137. Vol. 2, n.º 2, p. 249-252, 1999.

HONNETH, Axel – **The Struggle for Recognition – The Moral Grammar of Social Conflicts**. Cambridge: The MIT Press, 1996. ISBN 978-0262581479.

KALYVAS, Andreas – Carl Schmitt and the Three Moments of Democracy. **Cardozo Law Review**. ISSN 2169-4893. Vol. 21, n.º 5-6, p. 1525-1565, 2000.

KALYVAS, Andreas – Who’s Afraid of Carl Schmitt. **Philosophy and Social Criticism**. ISSN 0191-4537. Vol. 25, n.º 5, p. 87-125, 1999.

KLEIN, Claude – **Théorie et Pratique du Pouvoir Constituant**. Paris: PUF, 1996. ISBN 978-2130477167.

TRIBE, Laurence H. – **Constitutional Choices**. Cambridge: Harvard University Press, 1985. ISBN 978-0674165397.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo – Reflexões em torno do princípio republicano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. ISSN 2318-8235. Vol. 100, p. 189-200, 2005.

LUHMANN, Niklas – **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. ISBN 978-3518287835.

LUHMANN, Niklas – **El Derecho de la Sociedad** México: Universidad Iberoamericana, 2002. ISBN 978-9688594858.

LUHMANN, Niklas – Kausalität im Süden. **Soziale Systeme**. ISSN 2366-0473. Vol. 1, n.º 1, p. 7-28, 1995.

LUHMANN, Niklas – **Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo**. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. México, DF: Anthropos Editorial, 1997. ISBN 978-8476585177.

LUHMANN, Niklas – **Political Theory in the Welfare State**. Translation and introduction by John Bednarz Jr. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1990. ISBN 978-3110119329.

LUHMANN, Niklas – Quod Omnes Tangit... Remarks on Jürgen Habermas’s Legal Theory. **Cardozo Law Review**. ISSN 2169-4893. Vol. 17, n.º 4-5, p. 883-900, Mar. 1996.

LUHMANN, Niklas – **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. ISBN 978-0003324938.

MACEY, Jonathan R. – The Missing Element in the Republican Revival. **Yale Law Journal**. ISSN 1939-8611. Vol. 97, p. 1673-1684, 1988.

MACINTYRE, Alasdair – **Liberalism and the limits of justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. ISBN 978-0511810152.

MAUS, Ingeborg – The 1933 “Break” in Carl Schmitt’s Theory. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**. ISSN 0841-8209. Vol. 10, n.º 1, p. 125-140, 1997.

MCCORMICK, John – **Carl Schmitt’s Critique of Liberalism: Against Politics as Technology**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. ISBN 978-0511608988.

MICHELMAN, Frank I. – **Brennan and Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 1999. ISBN 978-0691007151.

MICHELMAN, Frank I. – Family Quarrel. In ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (ed.) – **Habermas on Law and Democracy – Critical Exchanges**. Berkeley: University of California Press, 1998. ISBN 978-0520204669. p. 309-322.

MICHELMAN, Frank I. – Human Rights and the Limits of Constitutional Theory. **Ratio Juris**. ISSN 2595-3257. Vol. 13, n.º 1, p. 63-76, 2000.

MICHELMAN, Frank I. – Law’s Republic. **Yale Law Journal**. ISSN 1939-8611. Vol. 97, n.º 8, p. 1493-1537, 1988.

MICHELMAN, Frank I. – Morality, Identity and “Constitutional Patriotism”. **Ratio Juris**. ISSN 2595-3257. Vol. 14, n. 3, p. 253-271, set. 2001.

MICHELMAN, Frank I. – The Supreme Court 1985 Term-Foreword: Traces of Self-Government. **Harvard Law Review**. ISSN 0017-811X. Vol. 100, p. 4-77, 1986.

NAGEL, Robert – Political Law, Legalistic Politics: A Recent History of the Political Question Doctrine. **The University of Chicago Law Review**. ISSN 1939-859X. Vol. 56, p. 643-669, 1989.

NICHOLS, Shaun; FOLDS-BENNETT, Trisha – Are Children Moral Objectivists? Children’s Judgments about Moral and Response-Dependent Properties. **Cognition**. ISSN 0010-0277. Vol. 90, n.º 2, p. 23-32, 2003.

NUCCI, Larry P. – **Education in the Moral Domain**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. ISBN 978-0521655491.

OVEJERO LUCAS, Félix – **Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo**. Buenos Aires; Madrid: Katz, 2008. ISBN 9788496859470.

PANGLE, Thomas L. – The Spirit of Modern Republicanism: The Moral Vision of the American Founders and the Philosophy of Locke. **Transactions of the Charles S. Peirce Society**. ISSN 0009-1774. Vol. 25, n.º 3, p. 370-373, 1988.

PETTIT, Philip – **Republicanism: A Theory of Freedom and Government**. Oxford: Oxford University Press, 1997. ISBN 978-0198296423.

PILATTI, Adriano – O Princípio Republicano na Constituição de 1988. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.) –

**Princípios da Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. ISBN 978-8573872392. p. 129-136.

POCOCK, John Greville Agard – **Political thought and History – Essays on Theory and Method.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008. ISBN 978-0-521-88657-4.

POCOCK, John Greville Agard – **The Machiavellian Moment – Florentine Republican Thought and the Atlantic Republican Tradition,** Princeton: Princeton University Press, 1975. ISBN 978-0691172231.

RIBEIRO, Renato Janine – **A República.** São Paulo: Publifolha, 2001. ISBN 978-85-7402-291-8.

RICHTER, Emanuel – Carl Schmitt: The Defective Guidance for the Critique of Political Liberalism. **Cardozo Law Review.** ISSN 2169-4893. Vol. 21, n.º 5-6, p. 1619-1644, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes – **República e Federação no Brasil – Traços Constitucionais da Organização Política Brasileira.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ROSENFELD, Michel – O constitucionalismo americano confronta o novo paradigma constitucional de Denninger. **Revista Brasileira de Estudos Políticos.** E-ISSN 2359-5736. N.º 88, p. 47-80, dez. 2003.

SANDEL, Michael – **Liberalism and the Limits of Justice.** 2nd. ed. Cambridge: University Press, 1998. ISBN 978-0521567411.

SANDEL, Michael – The Constitution of the Procedural Republic: Liberal Rights and Civic Virtues. **Fordham Law Review.** ISSN 0015-704X. Vol. 66, n.º 1, p. 1-20, 1997.

SANDEL, Michael J. – The Constitution of the Procedural Republic: Liberal Rights and Civic Virtues. **Fordham Law Review.** ISSN 0015-704X. Vol. 66, p. 1-60, 1997.

SARMENTO, Daniel – **Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2018. ISBN 978-85-450-0407-3.

SCHMITT, Carl – **Der Begriff des Politischen, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien.** Berlin: Dunker & Humboldt, 1987. ISBN 978-3428145805.

SCHMITT, Carl – **El Concepto de lo Político, Texto de 1932 con un Prólogo y Tres Corolarios.** Versión de Rafael Agapito. Madrid: Alianza Editorial, 1999. ISBN 978-84-206-2920-9.

SCHMITT, Carl – **Legalidad y Legitimidad.** Madrid: Aguilar, 1971. ISBN 8498361214.

SCHMITT, Carl – **Politische Theologie – Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität.** München und Leipzig: Dunker & Humboldt, 1934.

SHERRY, Suzanna – Civic Virtue and the Feminine voice in constitutional Adjudication. **Virginia Law Review.** ISSN 0042-6601. Vol. 72, p. 543-616, 1986.

SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 9.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1994. ISBN 8574201154.

SKINNER, Quentin – **The Foundations of Modern Political Thought: the Renaissance.** Cambridge: Cambridge University Press, 1978. Vol. 1. ISBN 978-0521220231

SKINNER, Quentin – **The Foundations of Modern Political Thought: the Renaissance.** Cambridge: Cambridge University Press, 1978. Vol. 2. ISBN 978-0521294355.

SKINNER, Quentin – The State. In GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip (ed.) – **Contemporary Political Philosophy – An Anthology.** Oxford ; Cambridge: Blackwell Publishers, 1997. ISBN 9781557868428. P. 3-25.

SULLIVAN, Kathleen M. – Rainbow Republicanism. **Yale Law Journal.** ISSN 1939-8611. Vol. 97, n.º 8, p. 1713-1724, 1988.

SUNSTEIN, Cass – The Law of Group Polarization. **The Journal of Political Philosophy.** ISSN 0963-8016. Vol. 10, n.º 2, p. 175-195, 2002.

TAYLOR, Charles – **Philosophical Arguments.** Harvard: Harvard University Press, 1995.

URBINATI, Nadia – Competing for Liberty: the republican critique of democracy. **American Political Science Review.** ISSN 1537-5943. Vol. 106, n.º 3, p. 607-621, 2012.

VARGAS, Daniel Barcelos – A terceira margem do constitucionalismo republicano: uma crítica a Frank Michelman. **Revista Brasileira de Políticas Públicas.** ISSN 2236-1677. Vol. 7, n.º 3, p. 731-747, 2017.

WALZER, Michael – **Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad.** Indiana: University of Notre Dame, 1994. ISBN 0-268-01884-7.