
Três caminhos para o constitucionalismo – e a crise da União Europeia*

Bruce Ackerman **

Sterling Professor of Law and Political Science, Yale University. Email: bruce.ackerman@yale.edu

Tradução de *Thiago Magalhães Pires*

Mestre e Doutorando em Direito Público pela UERJ. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo da EMERJ (2014/2015). Ex-Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal. Advogado.

Resumo

Há três caminhos para o constitucionalismo no mundo moderno. No primeiro, *outsiders* *** revolucionários usam a constituição para veicular o compromisso do seu novo regime com os princípios proclamados na sua luta anterior. Índia, África do Sul, Itália e França seguiram essa linha. No segundo, *insiders* do *establishment* se valem da constituição para fazer concessões estratégicas, com o objetivo de enfraquecer movimentos revolucionários antes que ganhem poder. O Reino Unido fornece exemplos paradigmáticos disso. No terceiro, cidadãos comuns continuam passivos, enquanto elites políticas e sociais erigem uma nova constituição. Espanha, Japão e Alemanha oferecem variações desse mesmo tema. Diferentes caminhos geram diferentes problemas de legitimação, mas a União Europeia (UE) enfrenta uma dificuldade especial. Como seus membros emergem de três rotas divergentes, eles discordam quanto à natureza do problema constitucional da União,

* A equipe da *Publicum* agradece ao *British Journal of Political Science* (Cambridge University Press), que publicou o artigo original, a gentil autorização para publicação desta tradução em português.

** Agradeço à American Academy em Berlim por seu apoio a este projeto no período em que atuei como *Daimler Fellow*. Apêndices online estão disponíveis em: <<http://dx.doi.org/doi:10.1017/S0007123415000150>>.

*** Nota do Tradutor (doravante, NT): Por falta de expressões equivalentes em português, optou-se por preservar os termos *insider(s)* e *outsider(s)*, na tentativa de manter o máximo de fidelidade ao original. Como empregados pelo autor, os termos se referem, respectivamente, a pessoa(s) que integra(m) e não integra(m) a elite e/ou que move(m) as instituições de um país. A mesma razão – aliada ao uso corrente na academia e no discurso político – justificou a manutenção do termo *establishment*, que designa, de forma ampla (e, por vezes, pejorativa ou crítica), não apenas a elite, política, econômica e cultural de determinado país, mas também as instituições sociais que ela controla.

e não apenas quanto à sua solução. Dessa forma, a UE enfrenta uma crise cultural, e não meramente econômica.

Palavras-chave

Constitucionalismo; Revolução; Reforma; Construções de elite

Three paths to constitutionalism – and the crisis of the European Union

Abstract

There are three paths to constitutionalism in the modern world. Under the first, revolutionary outsiders use the constitution to commit their new regime to the principles proclaimed during their previous struggle. India, South Africa, Italy and France have followed this path. Under the second, establishment insiders use the constitution to make strategic concessions to disrupt revolutionary movements before they can gain power. Britain provides paradigmatic examples. Under the third, ordinary citizens remain passive while political and social elites construct a new constitution. Spain, Japan and Germany provide variations on this theme. Different paths generate different legitimation problems, but the EU confronts a special difficulty. Since its members emerge out of three divergent pathways, they disagree about the nature of the union's constitutional problem, not merely its solution. Thus the EU confronts a cultural, not merely an economic, crisis.

Keywords

Constitutionalism. Revolution. Reform. Elite constructions.

Sumário

1. Uma nova resposta para a pergunta de Weber?; 2.Três tipos ideais; 2.1 Constitucionalismo revolucionário; 2.2. Constitucionalismo dos *insiders*; 2.3. Construções de elite; 3. Tipos diferentes, problemas diferentes; 3.1. Constitucionalizando o carisma; 3.2. Problemáticas elitistas; 4 A crise da UE: um diagnóstico cultural; Referências.

1. Uma nova resposta para a pergunta de Weber?

O direito legitima o poder. O constitucionalismo é parte desse projeto maior. Mas como as constituições assumem sua pretensão de autoridade?

Explorarei essa questão no espírito de Max Weber, que formulou uma célebre distinção entre três formas pelas quais o poder busca legitimar sua autoridade: apelando à tradição, ao carisma ou à racionalidade burocrática. Essa famosa lista continua relevante,

mas não explica de forma apropriada a autoridade do constitucionalismo no mundo de hoje. Já passou da hora de seguir para além de Weber, construindo uma nova série de tipos ideais que faça justiça às lógicas de legitimação do constitucionalismo¹.

Ao fazer esse esforço, meu objetivo não é promover um juízo filosófico sobre o mérito do constitucionalismo². Eu os convido a embarcar em uma investigação sociológica e histórica sobre as formas pelas quais as elites e o público em geral podem se convencer de que sua constituição teria transformado a pura demonstração de poder em um legítimo exercício de autoridade.

Essa é uma tarefa ambiciosa, mas não deve ser confundida com outra, ainda mais ambiciosa. Não estou tentando oferecer uma completa explicação causal sobre as condições que levam um sistema constitucional a se sustentar ao longo do tempo. Mesmo um regime que gere uma crença generalizada em sua legitimidade constitucional pode ser destruído por uma derrota militar ou soterrado por uma depressão econômica. Ou o oposto pode ser verdadeiro: ainda que quase todos acreditem que a constituição é um engodo, é possível que continuem a apoiar o sistema se ele oferecer prosperidade e segurança nacional.

No entanto, a presença ou ausência de uma crença generalizada na legitimidade constitucional assume um papel importante – às vezes, muito importante – na conformação da vida política. Por isso, as dinâmicas que podem sustentar essa confiança justificam um estudo mais desenvolvido.

2. Três tipos ideais

2.1. Constitucionalismo revolucionário

Começo esboçando três caminhos para o constitucionalismo. No primeiro cenário, um movimento de revolucionários *outsiders* se mobiliza contra o governo existente no “Momento um”. Muitos aspirantes a revolucionários são subjugados nesse ponto, mas alguns triunfam contra o *status quo*.

Isso prepara o cenário para a fundação de um novo regime no “Momento dois”. No período de luta contra a velha ordem, os insurgentes fazem declarações públicas para justificar seus contínuos atos de resistência. Agora, tendo chegado ao poder, eles

¹ Para uma análise incisiva das razões da falha de Weber em confrontar o constitucionalismo, v. KALYVAS, 2008, pp. 65-78.

² Para um esforço nessa linha, v. ACKERMAN, 1980.

traduzem essas declarações em uma constituição que veicula o compromisso do novo regime com os seus princípios revolucionários e organiza o poder de forma a evitar a reincidência dos abusos passados.

Como os revolucionários desafiam o *status quo*, eles muitas vezes ganham ascendência após um conflito militar. Por exemplo, o Congresso Nacional Africano de Nelson Mandela jamais teria chegado ao poder sem décadas de combate de guerrilha conduzida pela Lança da Nação. Da mesma forma, os líderes políticos que erigiram as constituições da Itália e da Quarta e Quinta Repúblicas francesas obtiveram a autoridade popular para estabelecer constituições no pós-guerra com base em seu apoio à luta militar da Resistência contra os regimes de Pétain e Mussolini.

Mas movimentos revolucionários também contam com formas mais pacíficas de desobediência civil – como no caso de Nehru e do Partido do Congresso na Índia ou de Wałęsa, e do Solidariedade na Polônia. O ponto mais importante é que o contínuo sacrifício próprio do movimento durante o “Momento um” gera um amplo reconhecimento público de sua legítima autoridade para estabelecer uma nova constituição em nome do povo no “Momento dois”.

2.2. Constitucionalismo dos *insiders*

As constituições também emergem por uma via bem diversa. Nesse segundo tipo ideal, a ordem política é construída por *insiders* pragmáticos, e não por revolucionários *outsiders*. Quando confrontado com movimentos populares que reivindicam mudanças fundamentais, o *establishment* dos *insiders* responde com concessões estratégicas que dividem os *outsiders* em grupos moderados e radicais. Quando essa estratégia funciona, os *insiders* reforçam sua autoridade com a edição de marcos legislativos de reforma que estimulam grupos de *outsiders* “sensatos” a desertarem seus correligionários mais radicais e a se juntarem ao *establishment* político no governo do país.

O Reino Unido oferece um exemplo paradigmático. Durante as Guerras Napoleônicas, sua elite governante repudiava a revolução como modelo de mudança legítima. Mas ao longo da geração seguinte, o *establishment* estendeu a mão aos *outsiders* “sensatos” com a promulgação do *Reform Act* de 1832. Isso preparou o caminho para outros atos de concessão estratégica em momentos posteriores de confronto popular. No século XX, talvez o exemplo mais destacado tenha sido o *Parliament Act* de 1911, que legitimou a política de redistribuição que caracteriza o moderno Estado de Bem-Estar Social.

Esses marcos representam elementos fundamentais da constituição britânica, mas lhes faltam claras declarações de princípios comparáveis àquelas encontradas, por exemplo, na Declaração de Direitos sul-africana. Também não foram adotados em nome de um movimento mobilizado no sentido de uma redefinição revolucionária da identidade política. Em vez disso, surgem como concessões estratégicas adotadas por meio de uma pragmática adaptação de instituições legislativas pré-existentes³.

Essas grandes reformas legislativas parecem tão diferentes das constituições revolucionárias que os acadêmicos muitas vezes negam que os britânicos tenham uma Constituição. Essa afirmação poderia fazer sentido se “constitucionalismo” fosse um rótulo que designasse um modelo “tamanho único” de legitimação. Mas isso é precisamente o que pretendo refutar. Países que seguem a via dos *insiders* de fato conferem um grande valor a conquistas como o *Parliament Act*. À medida que são socializadas na elite governante, as gerações futuras são treinadas para usar esses *precedentes de governo responsável* como modelos de ação legítima no enfrentamento dos desafios populistas do seu próprio tempo.

O relativo sucesso do Reino Unido na arte da adaptação pragmática influenciou muitas partes da *Commonwealth* – mais destacadamente Austrália, Canadá e Nova Zelândia –, que compartilham certo desdém por princípios constitucionais abstratos e enfatizam a importância de prudentes adaptações.

2.3. Construções de elite

Ambos os tipos ideais resultam de conflitos agudos, mas geram resultados diversos. No cenário dos *insiders*, o *establishment* político faz concessões estratégicas que enfraquecem o *momentum* dos *outsiders*; no cenário dos *outsiders*, o *establishment* falha em suas tentativas de repressão ou cooptação e é derrubado pela ordem constitucional revolucionária.

Mas a mudança de regime às vezes acontece sem a pressão de um levante popular maciço, exigindo que acrescentemos um terceiro tipo ideal: o constitucionalismo elitista. Nesse cenário, o antigo sistema de governo começa a se desfazer, mas a população em geral permanece à margem disso, em relativa passividade. O vácuo de poder que aparece é ocupado, não por ela, mas por elites sociais e políticas até então excluídas, que atuam como uma força determinante na criação de uma nova ordem constitucional.

³ MURKENS, 2014.

Às vezes a constituição da nova elite permite que as antigas retenham uma parcela significativa de poder, mas outras vezes, não. No entanto, quaisquer que sejam as particularidades, o mais importante é que o novo regime é uma construção da elite, e não uma criação revolucionária.

Construções de elites podem ser diferenciadas também das constituições dos *insiders*. No cenário dos *insiders*, o *establishment* político continua no controle da situação – fazendo concessões estratégicas para desviar o vento que infla as velas do movimento insurgente. No terceiro modelo, o regime vigente vive uma crise tão severa que aos *insiders* políticos só resta a esperança de manter uma fatia do poder, celebrando um elaborado pacto com as elites *outsiders*.

Esse compromisso entre *insiders* e *outsiders* produz uma constituição muito diferente das pragmáticas reformas legislativas que servem como precedentes de governo responsável no modelo dos *insiders*. A constituição que surge no terceiro caminho é tipicamente um elaborado documento no qual os dois lados definem novas regras do jogo e se comprometem a segui-las.

Ao desenvolver esses textos, os protagonistas podem muitas vezes tomar grandes empréstimos de disposições originadas em outros lugares – não raro de constituições que tenham surgido anteriormente pelo caminho revolucionário. Seguindo esses modelos, as construções da elite tipicamente sustentam falar em nome do Povo. Nada obstante, em que pese esses nobres apelos ao *pouvoir constituant*, suas constituições não foram lançadas à existência por qualquer movimento revolucionário comparável.

A Espanha fornece um exemplo esclarecedor. A morte de Franco lançou o regime falangista em uma crise de sucessão. Assombrados pelas memórias da Guerra Civil Espanhola, moderados liderados pelo Rei Juan Carlos impediram outra agitação revolucionária ao fechar um acordo com os mais amargos inimigos de Franco. Resistindo a pressões da linha dura, o jovem rei nomeou como primeiro ministro Adolfo Suárez, que estendeu a mão a grandes oponentes – mais notavelmente Santiago Carillo, líder do ilegal Partido Comunista. Com o apoio do chefe do estado-maior do exército e do líder da Igreja espanhola, Suárez venceu um legislativo falangista e aprovou uma Lei para a Reforma Política, abrindo caminho para eleições livres que incluíram os comunistas. Como o eleitorado demonstrou pouco apoio aos extremistas de esquerda e de direita, os moderados ganharam condições de elaborar uma constituição democrática, que foi largamente aprovada pelos eleitores em um referendo.

Esses votos foram importantes, mas não podem ser confundidos com o tipo de mobilização de massa que serve como principal motor do constitucionalismo

revolucionário. Em vez disso, foi a ação decisiva do rei, ao impedir um golpe militar contra o governo eleito em 1981, que deu início a um processo de consolidação constitucional de toda uma geração⁴.

Se enfatizo este ponto é porque as construções de elite enfrentam problemas de legitimação muito diferentes dos que decorrem dos dois primeiros tipos ideais. Nosso próximo trabalho é diagnosticar essas diferenças.

3. Tipos diferentes, problemas diferentes

Começamos com o constitucionalismo revolucionário. O grande problema que ronda essa via é o espectro da ditadura totalitária. Lênin e Mao, não menos que Nehru e Mandela, e De Gasperi e De Gaulle, chegaram ao poder depois de enfrentamentos revolucionários ao *ancien régime*. No entanto, as constituições produzidas pelo Partido Comunista serviram como meros dispositivos de propaganda para o terror stalinista/maoista, e não foram capazes de limitar seriamente o subsequente autoritarismo de um Khrushchev ou um Xi Jinping.

Durante a Guerra Fria, esses engodos comunistas eram vistos como consequências quase inevitáveis de vitórias revolucionárias sérias. Mas isso é uma distorção da Guerra Fria. Em uma série de intensivos estudos de casos, pretendo elaborar o rico legado constitucional que as revoluções do século XX deixaram para trás⁵.

Considerem a Índia. Sua difundida pobreza, analfabetismo e sistema de castas parecem ser a receita do autoritarismo. De fato, o país sequer tem um idioma comum. No entanto, sua ordem constitucional, com todas as suas imperfeições, tem sustentado uma vida democrática notavelmente vigorosa por quase três quartos de século.

Como isso aconteceu?

Qualquer resposta sensata deve reconhecer o papel central do Partido do Congresso – o movimento revolucionário liderado por Gandhi e Nehru, que selou seu sucesso com a promulgação da constituição em 1950. Apesar de muitas diferenças nos detalhes, a África do Sul é o palco de uma história similar de sucesso. Esses estudos de caso oferecem uma nova perspectiva sobre os exercícios europeus de constitucionalismo revolucionário em lugares como França, Itália e Polônia. À medida que prossegue a nossa comparação mundial, emerge um padrão comum.

⁴ FERNANDEZ-MIRANDA; FERNANDEZ-MIRANDA, 1995; LINZ; STEPAN, 1996; MARAVALL (1982) enfatiza o papel de greves de massa na impulsão desse processo, mas não questiona minha afirmação básica.

⁵ V. ACKERMAN (no prelo).

Eu o chamo de *constitucionalização do carisma* – sugerindo uma analogia com um processo parecido, mas diverso, que Weber celebrenemente retratou ao descrever a *burocratização do carisma* ao longo do tempo.

3.1. Constitucionalizando o carisma

Para os fins deste estudo, basta esboçar dois aspectos fundamentais da dinâmica constitucional: um, político, e o outro, jurídico.

Começemos pelo político. Em sua primeira geração, a constituição reforça a legitimidade dos líderes revolucionários que inicialmente só chegaram ao poder depois de grandes sacrifícios pessoais – ficando anos na prisão ou no exílio antes de triunfar sobre o antigo regime. Conforme essa geração se extingue, ela é substituída por vários oportunistas, que veem os antigos partidos revolucionários como trampolins para o poder. Esses partidos de movimento, que estão envelhecendo, podem também atrair ativistas de segunda geração buscando revigorar antigos ideais. No entanto, nem eles podem reclamar a autoridade carismática obtida por seus predecessores.

Afinal, a primeira geração não falou apenas sobre revolução; ela, de fato, venceu a luta. Mas a segunda geração não pode sustentar algo semelhante. Salvo em circunstâncias extraordinárias, a autoridade política se move na direção da *normalização da política revolucionária*.

O oposto é verdadeiro entre os juristas e outros profissionais, que tentam interpretar o significado permanente da constituição. Na primeira geração, esses profissionais são todos muito conscientes de que o texto revolucionário é uma estranha criatura jurídica, que ainda não domesticaram ao longo de décadas de raciocínio disciplinado. Isso os torna predispostos a evitar confrontos agudos com os líderes carismáticos que tomam as rédeas da república. Nada obstante, suas interpretações jurídicas experimentais constroem fundações para as gerações seguintes, que cada vez mais veem o direito constitucional como uma parte consolidada do seu repertório profissional.

À medida que um judiciário progressivamente confiante confronta um sistema político progressivamente normalizado, os dois lados se engajam em uma intensa disputa entre fundamentos concorrentes para servir como guardião final da herança constitucional revolucionária. Essas disputas assumem formas muito variadas em lugares diversos.

Por ora, porém, basta destacar um elemento fundamental: essas contendas político-jurídicas pela supremacia são categoricamente diferentes daquelas que surgem em formações políticas que percorrem os outros dois caminhos para a legitimidade.

3.2. Problemáticas elitistas

Considerem o paradigma de governo responsável dos *insiders*. Nesse esquema, não faz sentido que as cortes constitucionais sustentem um papel de guardiãs dos princípios revolucionários estabelecidos pelo texto fundamental – já que a própria ideia de que o povo pode se manifestar em momentos de sublevação revolucionária é tida como conversa fiada populista.

O papel apropriado dos tribunais é compreendido de uma forma muito diversa. Em vez de preservar a vontade do Povo contra as depredações de oportunistas políticos, os juízes se oferecem como colaboradores úteis ao esclarecerem a tradição evolutiva de governos de elite – propondo formas perspicazes de modificar precedentes históricos à luz de desafios contemporâneos. Essa via de colaboração é precisamente aquela que as cortes têm seguido no Reino Unido e em outros países da *Commonwealth* nos últimos cinquenta anos⁶.

Regimes dos *insiders* também encontram desafios diversos a sua autoridade duradoura. Em contraste com o que ocorre com seus correspondentes revolucionários, a ameaça não é a ditadura partidária. É a gradual erosão da confiança pública na capacidade da elite na condição de estadistas – com movimentos de base [*grassroots*] obtendo progressivo sucesso em retratar o *establishment* como um conjunto de esnobes desajeitados que são indignos de respeito. A recente onda de referendos no Reino Unido e na *Commonwealth* pode muito bem ser um perigoso sinal disso.

Prossigamos, então, para considerar os problemas específicos que se apresentam em nosso terceiro tipo ideal. Para começar, construções de elite não têm os recursos de legitimação oferecidos por quaisquer dos paradigmas anteriores. Por um lado, não podem apontar para a ampla legitimidade popular obtida pelo constitucionalismo revolucionário; por outro, falta-lhes o longo histórico de estadismo bem-sucedido por meio do qual uma elite estabelecida ganha respeito popular. Como, então, uma constituição elitista pode fundar sua autoridade diante da população em geral?

Com dificuldade.

⁶ GARDBAUM, 2013; STEPHENSON, 2014.

Chamemos isso de problema de autenticidade. É o que vemos em destaque na Espanha hoje. Apesar de seu desempenho relativamente bom na geração passada, a constituição pós-Franco não conseguiu convencer muitos bascos e catalães de sua legitimidade – gerando o atual conflito entre Madri e Barcelona quanto aos termos de um referendo sobre a independência catalã.

Há uma grande analogia entre esse impasse e o recente confronto entre Westminster e a Escócia, que também envolvia uma votação quanto à independência nacional. Mas a forma jurídica do referendo tem sentidos muito diferentes em tipos ideais diversos. O *establishment* britânico sintomaticamente seguiu aos tropeços na direção de um compromisso, o que permitiu que o referendo prosseguisse para um voto de “Não” à independência.

O governo de Madri, com o apoio do tribunal constitucional, insiste em que o próprio esforço de se convocar um referendo é inconstitucional. O governo catalão respondeu anunciando planos de realizar um referendo “informal” – *i.e.*, ilegal – sob sua própria autoridade. Se ele resultar em um voto pelo “Sim”, será que o governo em Barcelona o usará como um sinal de que o Povo da Catalunha, mobilizado, exige uma ruptura revolucionária na direção de uma nova identidade constitucional?

O atual conflito na península serve apenas para apresentar os problemas de autenticidade que desafiam outras construções de elite. Ao menos a constituição espanhola foi escrita por elites domésticas. Em contraste, as da Alemanha e do Japão do pós-guerra foram erigidas sob a ocupação militar dos Aliados; ademais, suas constituições de elite foram adotadas sem qualquer esforço no sentido de se obter o consentimento dos eleitores comuns em um referendo. Nesses casos, por que o público em geral deveria respeitar sua legitimidade após o fim da ocupação?

Às vezes, essa questão não tem resposta. Vejam o colapso das constituições do Iraque e do Afeganistão depois que a ocupação militar estrangeira teve fim. Às vezes, a questão apenas surge após um longo período de quietude. Vejam o Japão de hoje – em que o governo Abe questiona o “Artigo da Paz” da constituição imposta pelo General MacArthur depois da guerra. Se Abe for bem-sucedido, isso será a abertura inicial em sua campanha maior por um extenso repúdio à constituição de MacArthur como uma expressão inautêntica de valores japoneses⁷.

O que conduz a uma questão óbvia: como a Alemanha evitou um juízo similar sobre a sua Lei Fundamental?

⁷ ACKERMAN; MATSUDAIRA, 2014.

O papel da ocupação dos Aliados não foi tão esmagador como no Japão. Mas foi, ainda assim, muito relevante, a começar com as condições definidas pelo Reino Unido, pela França e pelos Estados Unidos no Protocolo de Londres.

Duas das exigências fundamentais do protocolo foram, primeiro, que o Conselho Parlamentar minutasse um documento chamado de constituição e, segundo, que o submetesse ao povo alemão para aprovação em um referendo. O objetivo preciso dessas exigências era proteger a constituição contra acusações posteriores de inautenticidade.

O Protocolo de Londres se dirigia aos líderes dos governos recém-criados em cada uma das zonas ocupadas. Mas a emergente elite política da Alemanha Ocidental rejeitou essas demandas. Para enfatizar seu caráter provisório, chamaram sua iniciativa de “Lei Fundamental”, em vez de constituição. De fato, o Artigo Final de seu documento proclamava que uma constituição verdadeiramente autêntica só poderia ser promulgada quando os cidadãos do Leste se juntassem aos do Ocidente em uma nova Assembleia Constituinte.

Eles também desafiaram os Aliados quando se recusaram a submeter sua Lei Fundamental a referendo porque: (1) ela poderia perder na Baviera, (2) Hitler havia desnaturado esses apelos ao *Volk* e (3) eles temiam que isso legitimaria um esforço paralelo dos soviéticos para elaborar uma constituição para a Alemanha Oriental⁸.

Esses atos de questionamento tiveram um profundo impacto. Como explica Donald Kommers,

Pesquisas de opinião mostraram que (...) uma maioria dos entrevistados sequer tinham ciência da existência do Conselho Parlamentar. Em maio de 1949, uma pesquisa descobriu que dois terços deles não sabiam ao certo o que era a Lei Fundamental (...). Os alemães ocidentais tiveram negada a oportunidade de aprovar a constituição, o que os privou do conhecimento que poderiam ter desenvolvido (...) caso uma campanha popular pela ratificação tivesse acontecido⁹.

Neste contexto, as famosas “cláusulas de eternidade” da Lei Fundamental soam muito curiosas. O que um documento enfaticamente provisório quer dizer quando proclama o “valor eterno” da dignidade humana? O que significa a declaração da “democracia” como um valor eterno quando seus proponentes se recusaram a submeter a Lei Fundamental a uma votação?

⁸ ACKERMAN, 2008.

⁹ KOMMERS, no prelo, v. 1, cap. 3.

O problema de autenticidade surgiu novamente em 1989. Com manifestantes da Alemanha Oriental entoando *Wir sind das Volk*^{*}, o vice-presidente do Tribunal Constitucional da Alemanha Ocidental, Ernst Gottfried Mahrenholz, insistiu em que o governo teria a elevada obrigação de convocar uma Assembleia Constituinte de todo o povo alemão para modelar uma verdadeira constituição¹⁰. Enquanto Mahrenholz sustentava essa ideia de forma bastante persuasiva, muitos outros faziam exigências semelhantes no sentido de invocar o Artigo Final e transformar a Lei Fundamental em uma constituição por um ato de autoridade da soberania popular.

Helmut Kohl, no entanto, não estava entre eles. A última coisa que queria era um monte de comunistas da Alemanha Oriental e pessoas de esquerda da Alemanha Ocidental participando de uma Assembleia Constituinte para questionar a legitimidade de seu governo. Ele se recusou a observar o Artigo Final, e construiu a reunificação por meio de um dos mais curiosos acordos internacionais da história jurídica. Um tratado comum é negociado entre estados soberanos para regular as relações futuras de um com o outro. Mas o Tratado de Reunificação extinguiu a existência da DDR^{**} no exato momento em que ela assinou o acordo.

Nada obstante, um quarto de século depois, a Alemanha conseguiu esquecer o fato de que, tanto em 1949 quanto em 1989, sua elite política se recusou a colocar a constituição diante dos eleitores para sua avaliação ponderada.

Como explicar esse ato de amnésia coletiva?¹¹

Durante os anos de 1950 e 1960, era o milagre econômico, e não a Lei Fundamental, que desempenhava o papel central na legitimação da criação da República Federal sobre as cinzas da catástrofe nazista. Se havia um único símbolo destacado da Nova Alemanha nesse período, era o *Deutsche Mark*, não as “cláusulas de eternidade”. Mas, com o tempo, o Tribunal Constitucional alemão foi bem-sucedido em transformar a Lei Fundamental em um elemento central da identidade política – ao ponto que a substituição do marco pelo euro nos anos 1990 pôde ocorrer sem o trauma nacional que acompanharia uma medida semelhante nos anos 1960.

Novamente, porém, o papel do tribunal na Alemanha foi muito diferente daquele exercido pelos judiciários que emergiram dos dois cenários precedentes. Ele não enraizou a Lei Fundamental nas conquistas revolucionárias do passado constitucional, porque disso

* N.T.: “**Nós somos o povo**”, em alemão.

¹⁰ MAHREHONLZ, 1992.

** N.T.: Sigla da República Democrática Alemã (*Deutsche Demokratische Republik*), nome oficial da Alemanha Oriental.

¹¹ Para uma crítica poderosa, v. JAGGI, 2012.

não havia nada. Tampouco se engajou em um modesto empreendimento colaborativo com os poderes políticos estabelecidos, como no Reino Unido e na *Commonwealth*. Em vez disso, o tribunal se projetou no espaço público como o preeminente guardião dos compromissos fundamentais da Nova Alemanha com os direitos fundamentais e os valores do Iluminismo. Sem dúvida, a forma com que o tribunal conseguiu apoio público a sua pretensão de supremacia constitucional é uma questão complicada, que exige uma discussão mais aprofundada¹².

Por ora, contudo, vamos parar um pouco e voltar para as implicações mais amplas da minha afirmação de que há, não um, mas três caminhos distintos para o “constitucionalismo”. Para concluir esse ponto, vamos considerar como minha visão trinitária contribui para um trilema especial para a União Europeia neste presente momento de vulnerabilidade.

4. A crise da UE: um diagnóstico cultural

Há um contínuo debate acerca da natureza da UE. Alguns acreditam que ela é comparável, em grande medida, com outras grandes federações – mais destacadamente os Estados Unidos. Outros a veem como algo único.

Minha tese me conduz para o lado do algo único, mas por uma razão particular. Os principais países da Europa chegaram à união seguindo caminhos diferentes: as constituições da Alemanha e da Espanha são construções de elite; as da França, da Itália e da Polônia são conquistas revolucionárias; e a do Reino Unido surge de uma tradição *insider*.

Não surpreende, então, que esses países tenham dificuldades de encontrar um caminho comum para uma união mais perfeita. Os franceses, os italianos e os poloneses estão abertos a apelos ao Povo da Europa; os britânicos preferem improvisar; e os alemães ficam absolutamente perplexos com a própria ideia de que elites políticas ou movimentos mobilizados possam legitimamente repudiar compromissos constitucionais fundamentais.

Não existe uma divergência similar nos Estados Unidos. Da fundação, passando pela Guerra Civil e pelas Revoluções do *New Deal* e dos Direitos Civis, a constituição americana tem sido repetidamente transformada por *outsiders* mobilizados, sob a liderança de George Washington, Abraham Lincoln, Franklin Roosevelt e o grupo de

¹² COLLINGS, 2016; HAILBRONNER, 2014.

Martin Luther King e Lyndon Johnson – ou assim eu sustento em minha série *We the People*¹³.

Observem, então, o paradoxo: embora divirjam amargamente sobre a legitimidade do estado de bem-estar social, os americanos de hoje não discordam quanto à forma apropriada de resolver essa controvérsia crescente. De forma bastante simples, se um republicano do *Tea Party* ganhar a Casa Branca em 2016, o novo presidente se unirá com seus aliados de direita no Congresso para revolucionar a constituição, transformando a composição da Suprema Corte. À medida que juízes liberais se aposentem, seus substitutos se juntarão a seus colegas conservadores para varrer, com uma série de decisões por sete a dois, muitas das conquistas duramente alcançadas pelas revoluções do *New Deal* e dos Direitos Civis¹⁴.

Se os eleitores optarem por dar impulso a essa revolução judicial no próximo pleito, eu certamente me unirei ao grupo de juristas progressistas que tentarão desesperadamente limitar o seu impacto doutrinário. Mas, como acadêmico, não vou poder negar que o esforço do Presidente *Tea Party* de encher a Suprema Corte de discípulos de Antonin Scalia será muito semelhante à manobra de empacotamento da corte usada por Franklin Roosevelt para transformá-la com nomeações de progressistas como Felix Frankfurter e Robert Jackson.

Com certeza, há uma ironia aqui – se os republicanos se sagrarem vitoriosos em 2016, eles provavelmente vão repudiar o *New Deal* pela mesma técnica de nomeações judiciais transformativas que constitucionalizou o *New Deal*¹⁵. Mas os defensores do estado de bem-estar americano têm coisas melhores para fazer com seu tempo do que refletir sobre as ironias da história. Se eles esperam preservar as conquistas revolucionárias do *New Deal*, é melhor que seu candidato presidencial vença as eleições de 2016.

Os europeus estão em uma situação bem diversa. Hoje eles não suscitam questionamentos fundamentais em relação a seu legado social democrático. Mas como emergem de culturas constitucionais diferentes, eles estão passando por um período difícil ao lidar com a política de redistribuição regional que é um componente padrão de todas as (con)federações. Nos Estados Unidos, por exemplo, o Norte rico e o Sul pobre têm lutado há muito tempo pela distribuição das verbas federais. Mas essas disputas não

¹³ ACKERMAN, 1991; 1998; 2014.

¹⁴ ACKERMAN, 2014, pp. 311-340.

¹⁵ ACKERMAN, 1988.

geram um risco de desfazimento da herança constitucional revolucionária construída ao longo dos séculos.

Em contrapartida, a UE pode muito bem se desintegrar se movimentos de base no Sul se mobilizarem contra os programas de austeridade impostos por Bruxelas e Frankfurt. Se as instituições políticas e financeiras da união falharem em dar uma resposta construtiva aos desafios *outsider* do Syriza e de outros movimentos de esquerda, o impasse resultante fará com que seja ainda mais difícil para ela confrontar os perturbadores desafios de movimentos nacionalistas nas próximas eleições britânicas e francesas.

Esses conflitos emergentes teriam se apresentado de uma forma diversa se a história europeia recente tivesse seguido uma rota diferente. Há uma década, os estados-membros se reuniram em Bruxelas para lançar um apelo aos Povos da Europa para constitucionalizarem sua identidade política pela ratificação de um tratado constitucional. Se essa campanha tivesse sido bem-sucedida, a Europa estaria em uma posição muito melhor para lidar com os atuais desafios de base que ameaçam a legitimidade de toda a união.

Esse ponto é ignorado pelos acadêmicos, que enfatizam que as disposições substantivas do Tratado Constitucional eram largamente confirmadas pelo Tratado de Lisboa, que atualmente prevê a estrutura básica da união. Mas o tratado, e outros acordos mais recentes, eram construções de elite que evitaram, tanto quanto possível, uma reflexão autoconsciente do(s) Povo(s) da Europa por via de referendos. Essa década de fuga abre caminho para que movimentos crescentes de protesto apresentem a união e o banco como forças estrangeiras, dominadas por rígidos tecnocratas, com os políticos da união servindo como ornamentos pseudodemocráticos.

Existe saída para esse impasse?

Não sei.

Meu objetivo aqui é o diagnóstico, não a cura.

No entanto, pode-se encontrar algum consolo refletindo sobre uma limitação básica da minha análise. Como destacou Weber, nenhuma formação política real corresponde a qualquer tipo ideal. Um tipo pode predominar – no caso da UE, o constitucionalismo de elite –, mas experiências históricas específicas geram contrapontos a partir de paradigmas diversos. Espero que este estudo estimule os europeus a pensar mais profundamente sobre a particular mistura de culturas constitucionais que atualmente prevalece no continente – e a desenvolver os temas interculturais que são a

grande promessa para sustentar a legitimidade da união neste momento tão perigoso de sua história.

Apenas uma coisa é clara: é melhor estar consciente do trilema cultural da união do que prosseguir cega e erraticamente na esperança de que imposições de cima para baixo serão suficientes.

Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. *Social justice in the liberal state*. New Haven: Yale University Press, 1980.

_____. Transformative appointments. *Harvard Law Review*, v. 101, n. 6, pp. 1164–84, April 1988.

_____. *We the People*. 3. v. Cambridge: Harvard University Press, 1991, 1998 e 2014.

_____. Populismus heisst Angst vor dem Volk. In: SCHERER, Bernd M.; ARNOLD, Sven (Eds.). *Alte und die Neue Welt*. Göttingen: Wallstein Verlag, 2008, pp. 127–137.

_____. *Three paths to constitutionalism* (no prelo).

_____; MATSUDAIRA, Tokujin. Dishonest Abe. *Foreign Policy*, 2014. Disponível em: <<http://foreignpolicy.com/2014/06/24/dishonest-abe/>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

COLLINGS, Justin. *Democracy's guardians*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

FERNANDEZ-MIRANDA, Alfonso; FERNANDEZ-MIRANDA, Pilar. *Lo que el Rey me ha pedido*. Madrid: Plaza & Janes, 1995.

GARDBAUM, Stephen. *The new Commonwealth model of constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

HAILBRONNER, Michaela. Rethinking the rise of the German Constitutional Court: From anti-Nazism to value formalism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 3, p. 626-649, 2014.

JAGGI, Stefan. *The forgotten revolution?* Tese de doutorado apresentada à Universidade de Yale. New Haven: 2012.

KALYVAS, Andreas. *Democracy and the politics of the extraordinary*. New York: Cambridge University Press, 2008.

KOMMERS, Donald. *Germany's constitutional odyssey* (no prelo).

LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. *Problems of democratic transition and consolidation*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996.

MAHRENHOLZ, Ernst. *Die Verfassung und das Volk*. Munich: Siemens Stiftung, 1992.

MARAVALL, Jose. *The transition to democracy in Spain*. New York: St. Martin's Press, 1982.

MURKENS, Jo. Unintended democracy. In: GROTKÉ, Kelly; PRUTSCH, Markus (Eds.). *Constitutionalism, legitimacy, and power*. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 351-370.

STEPHENSON, Scott. *Dialogue to disagreement*. Tese de doutorado apresentada à Universidade de Yale. New Haven: 2014.