

# RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL E O PAPEL ESTABILIZADOR DAS CONSTITUIÇÕES NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

Luis Cláudio Martins de Araújo<sup>1</sup>

Resumo. Na conformação de um modelo constitucional que se entenda resiliente às transformações sociais, há alguns fatores de extrema relevância, na realidade prática, de estruturação e atuação institucional, que permitam alcançar uma maior estabilidade na estrutura de determinada comunidade. Neste sentido, a longevidade constitucional nas sociedades democráticas, não decorre apenas de deliberações formais-procedimentais, para concretização de um modelo conceitual que reconhece algumas ideias fundamentais, mas sim, e principalmente, deve ser construída a partir de uma proposta que atenda aos interesses e

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor (Academic Visitor) pela University of Oxford (Oxford). Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com período sanduíche (Visiting Scholar) na University of Cambridge (Cambridge). Academic Visitor pela University of Oxford (Oxford). Visiting Fellow pelo Lauterpacht Centre for International Law da University of Cambridge (Lauterpacht Centre). Visiting Researcher pela Fordham University School of Law (Fordham). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em International Environmental Law pelo United Nations Institute for Training and Research (UNITAR) com extensão em Private International Law pela Hague Academy of International Law (HAIL) e em International Law pela Organization of American States/Inter-American Juridical Committee (OAS/IAJC). Pós-graduado em Processo Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor da graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor da graduação e pós-graduação da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Professor convidado da pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU), da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (ESAJ) e da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Membro da Advocacia-Geral da União (AGU) de categoria especial. Vice-Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU). Ex-Advogado do Departamento Jurídico da PETROBRAS (Petróleo Brasileiro S.A).

valores da coletividade, resultados de uma prática discursiva racional na esfera pública, guiada pelos valores e fundamentos da ordem democrática, em uma comunidade na qual haja cooperação jurídico-política, arquitetada a partir de um procedimento de decisão coletiva, compatível com as diferentes concepções de uma sociedade pluralista. Desse modo, pode-se entender que a partir dessa visão, os mecanismos de cooperação passam a ser exercidos, tendo em conta o reconhecimento de um diálogo aprofundado, fundado em um espírito de respeito e tolerância, como um fator inerente à atuação da comunidade, em uma troca dinâmica e deliberativa, que concretiza a legitimidade estatal. Como resultado, a resiliência e estabilidade constitucional nas sociedades democráticas, dependem da abertura para o uso da racionalidade comunicativa, pelos membros da comunidade, capaz de contemplar uma cadeia de reconhecimento, de pluralismo e consensualismo ao longo do tempo.

Palavras-Chave: Resiliência constitucional. Estabilização. Sociedades democráticas.

## CONSTITUTIONAL RESILIENCE AND THE EQUIPOISE ROLE OF THE CONSTITUTIONS IN DEMOCRATIC SOCIETIES.

Abstract: In the structure of a resilient constitutional model, there are some aspects that must be observed to permit a better equipoise in the structure of the community. Thus, the constitutional longevity in democratic societies does not come just from formal procedural decisions, in order to materialize a model that recognizes some fundamental ideas, but rather, must be erected from a proposal that serves to the interests and values of collective. This should be the outcome of a rational discursive in the public sphere, guided by the values and foundations of a democratic order, in a community in which there is legal-political

cooperation, based on a collective decision procedure, compatible with the different conceptions of pluralist society. Hence, from this perspective, the mechanisms of cooperation should be exercised taking into consideration the acknowledgement of a complex dialogue, based on respect and tolerance in the community, that concretizes state legitimacy. Consequently, resilience and constitutional stability in democratic societies, depend on to the openness of the use of communicative rationality, by members of the community, as a shackle of recognition, pluralism and consensualism over time.

**Keywords:** Constitutional resilience. Equipoise. Democratic societies.

**Sumário:** 1. Constitucionalismo e a criação das Constituições; 2. Resiliência constitucional e o papel estabilizador das constituições nas sociedades democráticas.; 3. Conclusão.

## INTRODUÇÃO



presente artigo será estruturado a partir da formulação de um modelo que busque justificar, nas sociedades democráticas contemporâneas, marcadas pelo pluralismo, a ideia de resiliência constitucional. Assim, ao lidar com temas essenciais, o exercício da dinâmica deliberativa, baseado na razão e na reflexão bem informada e livremente aceita, deve ser exercido de acordo com valores essenciais cujos elementos se pode esperar que razoavelmente todos possam aderir, na busca de uma maior estabilidade da construção de modelos constitucionais<sup>2</sup>.

Neste sentido, cabe destacar a necessária construção de argumentos que permitam justificar um modelo, sob a égide de mecanismos capazes de possibilitar um novo paradigma de

---

<sup>2</sup>RAWLS, op. cit., p. 45-53.

legitimação da comunidade, no que tange ao comportamento normativo e deliberativo e às suas funções dialógicas. Desta forma, a ideia será trabalhar a integração estável, no plano cooperativo e dialógico, buscando alcançar uma deliberação que atenda aos interesses e valores da coletividade, resultados de uma prática discursiva racional.

Desta forma, para o desenvolvimento deste artigo, será preciso recorrer a algumas referências teóricas fundamentais, para estabelecer uma teoria que compreenda mecanismos e instrumentos, pela via sistêmico-dialógica, estabelecendo uma dinâmica segura na adoção de princípios apriorísticos devidamente compartilhados.

Assim, uma reflexão sobre tais princípios deve estar diretamente relacionada à ideia de razão pública, defendida por Rawls<sup>3</sup> como uma cultura democrática, e, desenvolvida por Habermas<sup>4</sup> como uma instrumentalização racional da comunicação e interação entre seus atores discursivos. Da mesma forma, será necessário tomar como referencial, a observação de Jeremy Waldron<sup>5</sup>, no sentido de que há a necessidade de criação de uma rede de reciprocidade arquitetada a partir de um consenso por meio de um procedimento democrático compatível com as diferentes concepções de justiça de uma sociedade complexa<sup>6</sup>. Por fim, as ideias de Tom Ginsburg<sup>7</sup>, sobre a longevidade das

---

<sup>3</sup> RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>4</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1.

<sup>5</sup> WALDRON, Jeremy. *Teaching cosmopolitan right*. In: MCDONOUGH, Kevin; FEINBERG, Walter. (Eds.) *Education and citizenship in liberal-democratic societies: cosmopolitan values and cultural identities*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 25-35.

<sup>6</sup> Idem. *Minority cultures and the cosmopolitan alternative*. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 25, p.751-778, 1991-1992.

<sup>7</sup> Segundo Tom Ginsburg, as constituições duram em média apenas 19 anos, sendo que a maioria das que ultrapassam essa idade dificilmente se tornam cinquentenárias. A cada ano, até cinco constituições serão substituídas, quinze constituições serão alteradas e outras vinte emendas serão apreciadas por parlamentos ao redor do mundo.

constituições<sup>8</sup>, devem ser analisadas, especialmente no que toca aos desdobramentos na estabilidade social alcançada pelas constituições em cenários democráticos<sup>9</sup>.

## 1. CONSTITUCIONALISMO E A CRIAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES.

Ao longo da história do constitucionalismo, muito se falou sobre os direitos do homem sob uma perspectiva mais teológica ou filosófica do que jurídica, todavia, como observado, apenas com as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, se estabelece, propriamente, a noção de que todo homem possui certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da própria natureza humana e existentes independentemente do Estado, como forma de proteger o indivíduo do arbítrio estatal<sup>10</sup>, conferindo um tratamento digno, justo e igual a todos os cidadãos.

---

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009. 270pp.

<sup>8</sup> Para os autores, a longevidade constitucional está relacionada a três características básicas tais como a sua flexibilidade, a sua inclusão e a especificidade. A flexibilidade permitiria ajustes necessários de modo a tornar duradoura a constituição, se adaptando às novas questões sociais. A inclusão constitucional refere-se à amplitude de participação na formulação do acordo constitucional, na sua atualização e na sua execução corrente. A especificidade constitucional refere-se ao nível de detalhamento da constituição e à amplitude de assuntos que o documento abrange. ELKINS; GINSBURG; MELTON, loc. cit.

<sup>9</sup> Os dados apresentados pelos autores sugerem que a duração constitucional está positivamente associada ao PIB de um país, à democracia e à estabilidade política. Em média, quando as constituições possuem maior longevidade, os países são mais ricos, mais democráticos, politicamente mais estáveis e passam por menos crises institucionais. ELKINS; GINSBURG; MELTON, loc. cit.

<sup>10</sup> Segundo Locke, era preciso proteger os direitos individuais em face do Estado e esses direitos eram, sobretudo liberdades, a “liberdade dos modernos”. Locke reconheceu que o homem possuía direitos inalienáveis, como vida, liberdade e propriedade, que eram oponíveis contra o Estado, que devia respeitá-los em qualquer situação, mesmo no contrato social, onde anteriormente afirmou-se que o indivíduo abria mão de todos os seus direitos. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 225-250.

Portanto, nota-se que o início do discurso sobre o constitucionalismo moderno, está fundado na proteção do indivíduo perante o Estado, e, nesse sentido, pode-se afirmar que, em um primeiro momento, o paradigma constitucional objetivava a defesa de liberdades e direitos individuais em face do Estado, que em sua essência impõem um dever de abstenção estatal, de não intervenção na esfera individual, com a limitação do papel do Estado, impedindo o embaraço à fruição das liberdades individuais, com o direito de defesa em face dos governantes<sup>11</sup>.

Nesse sentido, quando se discute o conceito de constitucionalismo, deve-se ter em mente que o movimento constitucional gerador da Constituição em sentido moderno tem várias raízes, localizadas em horizontes temporais distintos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados, e, assim, a partir desta delimitação, podemos compreender o sentido — conectado ao resgate histórico e à contextualização, do fecundo debate teórico que envolve o sentido moderno de Constituição — e o desdobramento deste conceito<sup>12</sup>, sobretudo, para possibilitar a construção de uma concepção jurídica que corresponda aos reclames políticos e sociológicos da sociedade contemporânea<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Neste quadro, surge o chamado Estado de Direito e os direitos de primeira geração — ou como muitos autores preferem, direitos de primeira dimensão — que são os direitos de liberdade, que em sua essência, impõem ao Estado um dever de abstenção, de não intervenção na esfera individual. Os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão visam à tutela do valor liberdade (direitos civis e políticos), correspondendo ao *status* negativo (*negativus* ou *libertatis*) da Teoria de Jellinek, em que ao indivíduo é reconhecida uma esfera individual de liberdade imune à intervenção estatal. Vide SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 254-265.

<sup>12</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

<sup>13</sup> É importante frisar que, ainda que a polissemia do termo Constituição tenha acarretado a confusão de seu sentido — com vocábulos que expressam ideias abstratas e conceitos distintos, como forma política de Estado, ato solene do poder constituinte, ação continuada, resultante da espontaneidade dos fatos, formas de domínio, ato de decisão — por outro lado, foi a ferramenta que consolidou a estrutura jurídica que forjou o direito constitucional das sociedades modernas. Vide SAMPAIO, José

Ou seja, partindo da ideia de que a Constituição em sentido moderno se vincula, principalmente, ao constitucionalismo que resulta das revoluções liberais do fim do século XVIII na França e Estados Unidos<sup>14</sup> — e, atipicamente, do desenvolvimento lento e gradual do constitucionalismo britânico —, a palavra Constituição e o significado de constitucionalismo corresponderam às transformações estruturais da sociedade, com um sentido plenamente emancipatório<sup>15</sup>.

Neste sentido apenas no século XVIII os processos sociais de diferenciação entre política e direito, que antes eram considerados mais elementos de um processo evolutivo, do que propriamente expressões semânticas do constitucionalismo contemporâneo<sup>16</sup>, eclodiram, especialmente na Europa, com o início da limitação do poder estatal, resultando em uma nova concepção que, embora se constate a presença de um pensamento marcado pelo transcendente<sup>17</sup>, em contrapartida, distancia-se da lógica organicista medieval, sobretudo pela noção de alteridade que essas novas convenções carregam, com a passagem de uma sociedade

---

Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Crises e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.

<sup>14</sup> Como afirma Sanchís “*ni las desigualdades estamentales ni los privilegios jurídicos eran propios de las colonias americanas, lo que significa que los derechos no vengán a remover el orden social, sino en cierto modo a confirmarla. Sostener en Norteamérica la libertad y la igualdad no tenía ni mucho menos el mismo sentido polémico que en Francia; en cierto modo, era sostener algo que ya se tenía en la sociedad y cuya fuerza se hacía valer solo contra el Parlamento de la metrópoli. Esto puede explicar que la revolución norteamericana no buscara un legislador virtuoso y omnipotente a fin de emprender la transformación social, sino, al contrario, un legislador limitado que no reincidiese en el desconocimiento de los derechos. Había sido la omnipotencia del Parlamento inglés el origen de todos los agravios al violar los derechos históricos*”. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 48.

<sup>15</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

<sup>16</sup> NEVES, loc. cit.

<sup>17</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

marcada pelo governo de reis que se autolegitimavam, para uma sociedade governada por representantes escolhidos pelo povo<sup>18</sup>, possibilitando a primazia de um convencionalismo individualista no Estado do Direito, que, inevitavelmente, reforçou a ideia de resistência contra a tirania e na ruptura contra o passado.

Desse modo, nesse novo cenário, a igualização formal dos indivíduos, após a abolição dos privilégios estamentais, com a limitação jurídica do poder do Estado em prol da liberdade dos governados, garantiu uma esfera individual intangível<sup>19</sup>, e, assim, temos tanto os cidadãos como, concomitantemente, destinatários e autores de direitos, quanto a metamorfose do *pactum societatis* em algo novo, ou seja, um documento que representa não apenas um simples pacto entre homens com interesses convergentes, mas em um contrato escrito, supremo, dotado de força vinculante e instituidor de um Estado-nação<sup>20,21</sup>.

---

<sup>18</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 177-201.

<sup>19</sup> SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375-414.

<sup>20</sup> Segundo Canotilho “É difícil compreender a ideia moderna de contrato social sem conhecermos o filão da politologia humanista neorristotélica centrado na ideia de bem comum. A progressiva aceitação de ‘pactos de domínio’ entre governantes e governados como forma de limitação do poder ganha força política através da crença religiosa do calvinismo em uma comunidade humana dirigida por um poder limitado por leis e radicado no povo”. Vide CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 53.

<sup>21</sup> Jean-Jacques Rousseau, ao traçar hipoteticamente a história da humanidade, narrando a trajetória e as condições que levaram à desigualdade ente os homens a partir da sua condição inicial de liberdade no estado de natureza, explicita que os homens nascem livres e sua liberdade lhes pertence e ninguém tem o direito de dispor dela, sendo ilegítima e nula a convenção que estipula, de um lado, uma autoridade absoluta, e, de outro, uma obediência sem limites. Assim, se nenhum homem tem autoridade natural sobre seu semelhante e se a força não produz direito algum, restam então as convenções como base de toda autoridade legítima entre os homens. Portanto, é preciso remontar à primeira convenção, visto que o ato pelo qual um povo se constitui, sendo necessariamente anterior à eleição do soberano, é o verdadeiro fundamento da sociedade. Com efeito, se não houvesse convenção anterior, a menos que a eleição



Diante disso, com o abandono da tradição herdada pelo pensamento medieval, acrescenta a fundamentação individualista a essa nova concepção, embebida das fontes filosóficas

---

fosse unânime, não haveria obrigação dos menos numerosos se submeterem à escolha dos mais numerosos. Ou seja, é necessário um pacto que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado, e, pelo qual, cada um, unindo-se a todos, só obedeça a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes. Dessa forma, em vez da pessoa particular de cada contratante, esse ato produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os membros da comunidade. Por outro lado, as cláusulas desse pacto são determinadas pela natureza do ato, implicando a alienação total e sem reservas de cada associado de todos os seus direitos a toda a comunidade. Assim, a menor modificação nas cláusulas as torna inúteis e sem efeito, e, violado o pacto social, cada qual retorna aos seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual renunciara. Portanto, o ato de associação encerra um compromisso recíproco em que cada indivíduo contratando consigo mesmo, acha-se comprometido como membro do soberano em face dos particulares, e como membro do Estado em face do soberano. Logo, assim que essa multidão se encontre reunida em um corpo, o poder soberano não pode ter interesse contrário aos dos particulares que o compõe, porque não se pode ofender um dos membros sem atacar o corpo, nem ofender o corpo sem que os membros disso se ressintam. Porém, o mesmo não ocorre com os súditos em relação ao soberano. Cada indivíduo pode ter uma vontade particular diversa da vontade geral. Assim, aquele que se recusar a obedecer à vontade geral, a isso será constrangido por todo o corpo — o que significa apenas que será forçado a ser livre — pois é esta a condição que entregando ao todo, cada cidadão o garante contra toda dependência pessoal. Desta forma, a passagem do estado de natureza ao estado civil, conquanto prive o homem de muitas vantagens concedidas pela natureza, transforma-o de um animal limitado em um ser inteligente. O que o homem perde pelo contrato social, é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto deseja e pode alcançar. O que com ele ganha, é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Assim, a liberdade civil é a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si, porquanto a obediência à lei que se prescreveu a si mesmo é a liberdade. Da mesma forma, no estado natural, todo homem tem naturalmente direito a tudo o que lhe é necessário. Assim, o direito do primeiro ocupante só se torna um verdadeiro direito, após o estabelecimento do direito de propriedade em que todos se tornam iguais por convenção e de direito. Logo, passando os possuidores a terem os seus direitos respeitados por todos os membros do Estado, o direito de cada particular sobre seus próprios bens, está sempre subordinado ao direito da comunidade sobre todos, sem o que não teria solidez o vínculo social, nem força real o exercício da soberania. Assim, o direito de primeiro ocupante, tão frágil no estado de natureza, passa a respeitável para todos os homens. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*: do contrato social. São Paulo: Ática, 1989, v. 1.

iluministas<sup>22</sup>, para consolidar os primeiros documentos fundacionais dos novos Estados que se formavam, na qualidade de cartas limitadoras do poder estatal, possibilitando que o termo Constituição deixasse de significar simples roteiros normativos simbólicos, vazios de sentido, que encenavam uma falsa realidade de igualdade entre os indivíduos, para sugerir a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político, com a ordenação sistemática e racional da comunidade através de um documento escrito, no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder<sup>23</sup>.

Logo, ao analisar esse contexto histórico, fica evidente que, o constitucionalismo como teoria do governo limitado, indisponível à garantia dos direitos na dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade, surge, sobretudo, a partir de meados do século XVIII, ou seja, o movimento político, social e cultural que questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio, nasce com o advento das Revoluções Liberais e a criação do Estado de Direito, fundado no reconhecimento de um conjunto de direitos inatos e invioláveis frente ao Estado, na subordinação do Poder

---

<sup>22</sup> Segundo Luís Roberto Barroso “O Iluminismo designa a revolução intelectual que se operou na Europa, especialmente na França, no século XVIII. O movimento representou a ápice das transformações iniciadas no século XIV, com o Renascimento. O antropocentrismo e o individualismo renascentistas, ao incentivarem a investigação científica, levaram à gradativa separação entre o campo da fé (religião) e o da razão (ciência), determinando profundas transformações no modo de pensar e de agir do homem. Para os iluministas, somente através da razão o homem poderia alcançar o conhecimento, a convivência harmoniosa em sociedade, a liberdade individual e a felicidade. Ao propor a reorganização da sociedade com uma política centrada no homem, sobretudo no sentido de garantir-lhe a liberdade, a filosofia iluminista defendia a causa burguesa contra o Antigo Regime. Alguns nomes que merecem destaque na filosofia e na ciência política: Descartes, Locke, Montesquieu, Voltaire e Rousseau”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 49.

<sup>23</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51-87.

Executivo a uma competência normativa<sup>24</sup>, e, na ideia de *checks and balances* — com a existência de poderes, independentes, autônomos e harmônicos entre si, com a função de autocontenção, na medida em que se controlam mutuamente<sup>25</sup>.

Portanto, é a partir do debate jurídico-constitucional que se inicia nos séculos XVII e XVIII, e, se consolida ao longo do século XIX, que irão se desenvolver perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas, sem o conhecimento das quais não seria possível compreender o próprio fenômeno da modernidade constitucional, e, ademais, esta advertência serve, também, para salientar que o conceito de Constituição moderna, pressupõe uma profunda transmutação semântica de alguns dos conceitos estruturantes da teoria clássica das formas de Estado, especialmente, por força das normas de repartição e limitação do poder, bem como de proteção dos direitos individuais em face do Estado.

---

<sup>24</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51-87.

<sup>25</sup> O princípio da separação de poderes já era sugerido por Platão em *A República* no século IV a.C., ao subdividir as funções do Estado, de forma que esta não se concentrasse em apenas uma pessoa. Aristóteles em *A Política*, também no século IV a.C., admitia existir três órgãos separados a quem cabiam as decisões do Estado. O princípio também é desenvolvido por John Locke, em sua obra *Segundo tratado sobre o governo civil* de 1690 (século XVII), trabalhando de forma mais aprofundada a ideia da distribuição funcional. Todavia, a formulação mais completa, foi trazida por Montesquieu, no capítulo VI do livro XI do *Espírito das leis*, em 1748, ao identificar o exercício de três funções estatais conectadas a três órgãos distintos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes, autônomos e harmônicos entre si. Montesquieu pensou inicialmente em um órgão legislativo composto de duas Câmaras (uma de nobres e outra de origem burguesa), o Executivo e o Judiciário (composto basicamente por um conselho de jurados de convocação temporária). O princípio foi posteriormente positivado na Constituição da Virgínia (1776), na Constituição Americana (1787), na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e na Constituição Francesa (1791). As Constituições brasileiras desde 1891 trazem o princípio — apesar da Constituição de 1891 trazer o Poder Moderador. Vide SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 177-201.

## 2. RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL E O PAPEL ESTABILIZADOR DAS CONSTITUIÇÕES NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS.

Apesar do constitucionalismo implicar no reposicionamento da questão democrática e da normatividade constitucional<sup>26</sup>, também se percebe a necessidade de construção de um sistema jurídico capaz de proporcionar uma racionalidade política democrática adequada, em que os direitos positivados na Constituição não passem a ser meras ilusões textuais sem receptividade prática na esfera pública estatal<sup>27</sup>.

Consequentemente, nesta perspectiva, o constitucionalismo, como um ideário extenso e profundo de reconhecimento e concretização do direito constitucional<sup>28</sup>, permite considerar a racionalidade jurídica no âmbito da adequação e coerência do direito<sup>29</sup>, a partir da constitucionalização das relações sociais.

Ademais, ainda que inexista uma constância absoluta entre a adequação e a consistência da autolegitimação pelos

---

<sup>26</sup> Segundo Luís Roberto Barroso, com o reconhecimento da força normativa da Constituição e do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, as normas constitucionais passam a ser dotadas de imperatividade, atributo de todas as normas jurídicas, o que permite a deflagração dos mecanismos próprios de coação, no caso de sua inexecução. Ademais, a interpretação constitucional, decorrência natural da força normativa da Constituição, exige o reconhecimento de pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais, que seriam o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade. Vide BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 27-66.

<sup>27</sup> NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27-28.

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins fontes, 2007, p. 213-333.

procedimentos democráticos de participação constitucionalmente assegurados, há a necessidade de se reforçar a representação e participação política das minorias na esfera pública pluralista da sociedade complexa da contemporaneidade<sup>30,31</sup>.

Nesse sentido, a fonte de legitimação do poder passa a ser analisada, não apenas sob uma perspectiva ligada a argumentos procedimentais de ordem majoritária, mas sim, e, principalmente, sob uma visão de respeito aos direitos individuais e à pluralidade, com a promoção de direitos fundamentais necessários ao estabelecimento da igualdade material<sup>32</sup>.

Portanto, há a necessidade de se assegurar uma razão compartilhada, a partir do consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis e racionais, desenvolvidas em uma sociedade cooperativa, em que o pluralismo, coexistindo sob certas condições políticas e sociais, fornece a base para unidade social dos cidadãos de uma sociedade democrática, voltada

---

<sup>30</sup> Nesse novo modelo de constitucionalismo, da mesma maneira, passa a haver situações de embate entre o substancialismo e o procedimentalismo. Pelo substancialismo, caberá à Constituição definir um conjunto de decisões valorativas, que considera essenciais e consensuais. Já pelo procedimentalismo, caberá à Constituição, em cada momento histórico, decidir a definição de seus valores e opções políticas, a cargo da maioria, pelo sistema de participação democrático. ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. *Entre substancialismo e procedimentalismo*: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada. Maceió: EDUFAL, 2009, p. 111 e ss.

<sup>31</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebenechler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 193-247.

<sup>32</sup> Segundo Luís Roberto Barroso “Constitucionalismo e democracia são conceitos que se aproximam, frequentemente se superpõem, mas que não se confundem. Eventualmente, pode haver até mesmo tensão entre eles. Constitucionalismo traduz, como visto, limitação do poder e Estado de direito. Democracia identifica, de modo simplista, soberania popular e governo da maioria. Pois bem: a Constituição se impõe, muitas vezes, como instrumento de preservação de determinados valores e de proteção das minorias, inclusive, e sobretudo, em face das majorias e do seu poder de manipulação do processo político”. Vide BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29.

especificamente para a estrutura básica de uma sociedade bem-ordenada composta por seres livres e iguais<sup>33</sup>.

Neste sentido, ainda que não haja uma concordância sobre a forma pela qual as democracias constitucionais devam ser organizadas para satisfazer os termos equitativos de cooperação entre cidadãos considerados livres e iguais entre si, existindo uma profunda discordância sobre a melhor maneira de se efetivar os valores da liberdade e da igualdade na estrutura básica da sociedade, cada vez mais a compreensão constitucional passa pelo conceito de enunciados normativos que garantem a igualdade de oportunidades para todos os cidadãos na esfera pública, com o comprometimento dos cidadãos na ordem jurídica e político-democrática constitucionalmente estabelecida<sup>34</sup>.

Desta forma, diante da necessidade de se equilibrar o jogo democrático e o processo político, surge a preocupação em atrair a discursividade racional, em torno de pontos que reúnam condições mínimas de consenso, através de um pluralismo razoável e de valores cooperativos na vida política, buscando reconciliar democracia e direitos, de modo a adaptar-se a uma realidade dinâmica de uma sociedade pluralista<sup>35</sup>.

Nesse sentido, a liberdade de ação dos membros de uma comunidade jurídica, passa a ser baseada em discursos racionais de comunicação não etnocêntrica, com o reconhecimento intersubjetivo de posturas a iguais liberdades de ação no processo de formação da opinião, contemplando uma abertura ao uso da racionalidade comunicativa, que possibilite a legitimação do direito<sup>36</sup>.

Ademais, nesta compreensão, deve ser assegurada a participação devidamente informada, com vista a promover o

---

<sup>33</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000, p. 45-85.

<sup>34</sup> RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins fontes, 2002, p. 199-242.

<sup>35</sup> RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins fontes, 2002, p. 199-242.

<sup>36</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 193-247.

reconhecimento recíproco de direitos entre os cidadãos, no exercício cívico da autonomia política institucionalizada, especialmente quando se consideram como legítimos apenas os direitos que foram racionalmente acordados por todos os consorciados jurídicos<sup>37</sup>.

Por outro lado, a abertura constitucional, que se associa ao pluralismo, diante da necessidade de se compreender os conteúdos constitucionais moldados pelo jogo político democrático, que possibilitam que projetos político-sociais ingressem no sistema normativo, acaba por levar a uma autoconsciência constitucional, ao se criar um Estado constitucional-democrático de direito, com o incentivo a interconexões dinâmicas mediante o fomento ao pluralismo, enquanto plano de identidade coletiva da sociedade e unidade social do Estado<sup>38</sup>.

Nessa perspectiva, a Constituição enquanto unidade normativa e processo dinâmico, que não apenas regula a vida política, como também assegura a própria existência estatal, diante dos questionamentos decorrentes do pluralismo acaba por reunir as regras jurídicas e as instituições concernentes à estrutura estatal de governabilidade e participação político-democrática<sup>39</sup>.

Desse modo, a Constituição deve se conectar às mudanças valorativas, sobretudo porque a estrutura aberta de sentidos e linguagem permite sua concretização, de forma a promover a estabilidade constitucional, incorporando uma série de valores, dentro de uma sociedade pluralista, que reconhece uma ordem plúrima, como um documento fundamental para a disciplina da

---

<sup>37</sup> RAWLS, John. O liberalismo político. São Paulo: Ática, 2000, p. 45-85.

<sup>38</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). Crises e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.

<sup>39</sup> MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 164-165.

vida política e para a promoção dos valores compartilhados nas deliberações democráticas<sup>40</sup>.

Portanto, somente será possível considerar a racionalidade jurídica, no âmbito da adequação e coerência do direito, quando se observe uma constância entre a adequação e a consistência da autolegitimação pelos procedimentos democráticos de participação constitucionalmente assegurados às minorias na esfera pública pluralista da sociedade complexa da contemporaneidade<sup>41</sup>.

Assim, a abertura no processo de criação e de reforma constitucionais, acaba por gerar mais identificação e adesão de seus destinatários, com a reformulação dos conceitos de representação, por meio do reconhecimento popular, reescrevendo as fronteiras do constitucionalismo, por um policentrismo constitucional-popular, que leva à melhor estruturação do processo democrático<sup>42</sup>.

Ademais, pode-se afirmar que, em uma sociedade pluralista, marcada por uma multiplicidade de concepções de vida, a legitimidade das constituições depende de que o procedimento decisório envolva a devida reflexão de visões que possam ser compartilhadas, com base em um acordo racional, bem-informado e voluntário<sup>43</sup>, na projeção conceitual de um sistema que permita que as criações constitucionais sejam desenvolvidas de

---

<sup>40</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 285-352.

<sup>41</sup> NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

<sup>42</sup> ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009. 270pp.

<sup>43</sup> WALDRON, Jeremy. O *judicial review* e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichier Moura. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coleção ANPR de direito e democracia.



forma coerente<sup>44</sup> com outras instituições, a partir de uma visão de previsibilidade e equidade<sup>45,46</sup>.

Logo, nas sociedades contemporâneas, marcadas pela diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais<sup>47</sup>, pessoas com cosmovisões bastante heterogêneas convivem em um mesmo *telos* social<sup>48</sup>, e, portanto, as controvérsias na atuação relacional, deve buscar um sistema colaborativo e progressivo das

---

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 254.

<sup>45</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 261-305.

<sup>46</sup> A justiça como equidade na concepção rawlsiana, envolve dois princípios de justiça: a) o de que toda pessoa tem igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos (projeto este compatível com os demais), e, nesse projeto, as liberdades políticas deverão ter seu valor equitativo garantido; e b) o de que as desigualdades sociais e econômicas, devam estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades, e devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade. Da junção destes dois princípios (com prioridade do primeiro sobre o segundo), decorrem as instituições básicas de uma democracia constitucional, bem como as características e elementos principais de uma concepção liberal de justiça. Logo, uma concepção política de justiça, deve envolver a devida reflexão (equilíbrio reflexivo), das concepções dos indivíduos, refletida em todos os níveis de generalidade. Assim, a justiça como equidade, tem sua ideia organizadora em uma sociedade concebida como um sistema equitativo de cooperação social, entre pessoas livres e iguais. Além do que, tem como objetivo uma concepção de justiça que possa ser compartilhada pelos cidadãos, com base em um acordo político racional, bem-informado e voluntário. Logo, a justiça como equidade, parte da ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação ao longo do tempo, de uma geração até a seguinte, e, da mesma forma, a teoria da justiça como equidade é uma concepção liberal, bem como uma concepção de justiça válida para uma democracia, proporcionando uma base para os princípios constitucionais e para os direitos e liberdades básicas. RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 199-241.

<sup>47</sup> RAWLS, op. cit., p. 205-207.

<sup>48</sup> Este cenário se projeta, naturalmente, para o campo da interpretação constitucional, na medida em que na esfera política, ao lidar com temas essenciais, só são admissíveis argumentos independentes de doutrinas religiosas ou metafísicas controvertidas. Ou seja, na discussão pública, os cidadãos devem apresentar argumentos que possam ser racionalmente aceitos pelos seus interlocutores, independentemente das respectivas crenças religiosas ou metafísicas. RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 261-305.

relações sistêmico-dialógica, acaba por trabalhar em descompasso com a legitimidade popular e a questão democrática<sup>49</sup>.

Desta feita, o que se observa é que, sem dúvida, na atividade democrática nas sociedades contemporâneas, a integração estável dos Estados, nas suas relações institucionais, deve ser o resultado de um contínuo diálogo<sup>50</sup>, que permita a determinação do equilíbrio apropriado<sup>51,52</sup>, e a proteção de direitos, sobretudo no contexto de sociedades marcadas por desacordos persistentes a respeito das mais variadas questões, devem ser resolvidas no plano cooperativo<sup>53</sup>.

Portanto, no contexto de uma sociedade bem ordenada, marcada pelo desacordo razoável<sup>54</sup> e pelo pluralismo, apesar de não haver uma concordância sobre a forma de organização, em

---

<sup>49</sup> CHILDRESS III, Donald E. Using Comparative Constitutional Law to Resolve Domestic Federal Questions. *Duke Law Journal*, n. 53, 2003, p. 221.

<sup>50</sup> A Suprema Corte do Canadá, atribuiu uma definição muito ambiciosa de diálogo no caso *Vriend v. Alberta* de 1998, expondo que os tribunais possuem atribuições visando à defesa da Constituição, e é a própria Constituição expressamente que lhes compete tal papel. No entanto, é igualmente importante o respeito mútuo entre esses poderes, para fins de concretização da democracia constitucional. Caso *Vriend v. Alberta*. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/1607/1/document.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

<sup>51</sup> TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, 2005, p. 617-648.

<sup>52</sup> LECLAIR, Jean. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. *Revue du Barreau*, Numéro Spécial, 2003. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2549>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

<sup>53</sup> SUNSTEIN, Cass R. Beyond Judicial Minimalism. *Harvard Public Law Working Paper*, n. 08-40, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1274200>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

<sup>54</sup> O desacordo moral razoável é uma característica das sociedades pluralistas contemporâneas, e duas técnicas principais são usadas para compatibilizar o reconhecimento de cosmovisões diferentes: os compromissos dilatatórios e os acordos incompletamente teorizados. Os primeiros, consistem em acordos quanto a princípios gerais, diante da persistência do desacordo em relação a normas específicas. Já os segundos, consistem no oposto, acordos quanto a decisões sobre casos concretos, mantendo-se o desacordo quanto aos seus fundamentos mais gerais. RAWLS, *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 206-212.

termos equitativos, de cooperação entre cidadãos, a estruturação constitucional deve empregar um procedimento que goza de legitimidade e possa ser aceito por aqueles afetados pela decisão<sup>55</sup>, uma vez que existe uma profunda discordância sobre a melhor maneira de se efetivar os valores da liberdade e igualdade na estrutura básica da sociedade<sup>56</sup>.

Ou seja, há a necessidade de se estabelecer uma dinâmica segura, na adoção de visões devidamente compartilhadas<sup>57</sup>, como uma cultura desenvolvida para uma instrumentalização racional de comunicação e interação entre partes livres e iguais, a partir de um ponto de vista equitativo<sup>58</sup>, em que a atividade interpretativa se processa, em grande parte, por meio de um

---

<sup>55</sup> Esta visão se aproxima do conceito de justiça procedimental perfeita de Rawls, ou seja, não há critério independente para o resultado correto, em vez disso, existe um procedimento correto ou justo, de modo que o resultado será também correto ou justo, qualquer que seja ele, contando que o procedimento tenha sido corretamente aplicado. RAWLS, op. cit., p. 116-118.

<sup>56</sup> Uma concepção política de justiça para Rawls, se liga à estrutura básica de uma sociedade, englobando as principais instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade, e a maneira pela qual se combinam, em um sistema unificado de cooperação social de uma geração até a seguinte. RAWLS, op. cit., p. 53-58.

<sup>57</sup> RAWLS, John, *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 261-305.

<sup>58</sup> Rawls trabalha aqui a questão da posição original, a partir da concepção tradicional de justiça, que especifica os princípios adequados para realizar a liberdade e a igualdade. Neste sentido, deve-se buscar um ponto de vista a partir do qual, um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais, possa ser estabelecido. A posição original com os traços do “véu da ignorância” (*veil of ignorance*), é este ponto de vista. Por sua vez, a ideia de “véu da ignorância”, se liga à ausência de conhecimento da posição social ou a doutrina abrangente das partes. Ou seja, para haver um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais, se deve eliminar as vantagens que surgem em função das tendências sociais, históricas e naturais. Logo, a posição original, deve ser considerada um artifício de representação, e todo acordo entre as partes como hipotético e não histórico. Rawls trata da posição original, como um caso de justiça procedimental pura, no sentido de que os princípios de justiça apropriados para especificar os termos equitativos de cooperação social, são aqueles que seriam selecionados como resultado de um processo de deliberação racional (ao contrário de justiça procedimental imperfeita, em que já há um critério já determinado do que é justo). Assim, as partes não seriam obrigadas a aplicar nenhum princípio de justiça delimitado previamente. RAWLS, op. cit., p. 65-72.

diálogo permanente<sup>59,60</sup>, para melhor conformação de cosmovisões distintas.

Portanto, a atuação da comunidade deve ter em conta a compreensão da estrutura do Estado, para que se possa alcançar o objetivo último da segurança e estabilidade jurídica<sup>61</sup>, reafirmando a relação dialética e interdependente de uma ordem deliberativa, em que as questões de longevidade constitucional não possam ser adequadamente resolvidas, sem a atenção à necessidade de se reduzir o déficit de legitimidade, a partir de um diálogo efetivo nas sociedades democráticas<sup>62</sup>.

### 3. CONCLUSÃO.

Como pode se observar, em sociedades democráticas e em condições de pluralismo, a prática discursiva, em um procedimento permanente, possibilita a estabilidade institucional, impondo a prática de uma razão comunicativa que constrói um modelo resiliente de estrutura constitucional, em uma concepção intersubjetiva de valores compartilhados e resultantes dos acertos discursivos, como uma constante procedimental, que se

---

<sup>59</sup> É preferível adotar um modelo que não atribua a nenhuma instituição o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão mais tradicional, que concede a última palavra nessa área aos tribunais. SOUZA NETO, Claudio Pereira. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>60</sup> A Suprema Corte do Canadá, por exemplo, no caso *R. v. Oakes* de 1986, estabeleceu um *test case* que permite, ao menos em tese, a possibilidade de correções recíprocas entre Poderes, no famoso teste *Oakes*. Por meio do teste *Oakes*, se permite analisar se são razoáveis, em casos comprovadamente justificados, limitações a direitos e liberdades (*limitations clause*), em uma sociedade livre e democrática. Esse teste se aplica, quando se pretende demonstrar que a Seção 1 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* foi violada. Caso *R. v. Oakes*. Disponível em: < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/117/index.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

<sup>61</sup> VERMEULE, Adrian. System effects and the constitution. *Harvard Law School Paper*, n. 642, 2009.

<sup>62</sup> BICKEL, Alexander. Foreword: the passive virtues. *Harvard Law Review*, v. 75, 1961, p. 40.

configuram a partir de uma prática construtiva discursiva, que busca o consenso e a igualdade entre cidadãos livres e iguais dentro da esfera pública.

Logo, é fundamental a construção de um ambiente pautado na cooperação, na deliberação e no diálogo, tendo como alvo a produção de um diálogo efetivo, em que os deveres institucionais sejam determinados por um procedimento que possa ser permanentemente concebido como legítimo pela sociedade, em discursos racionais, a partir de uma comunicação não etnocêntrica e reflexiva, e com o reconhecimento intersubjetivo de posturas na liberdade comunicativa.

Desta feita, a prática constitucional deve passar a assumir uma compreensão argumentativa, enquanto resultado de um processo continuado de aprendizagem, partindo de ideais gerais e abstratos, como uma decorrência do compromisso atual da comunidade com a estrutura precedente, a partir da história em movimento<sup>63</sup>.

Portanto, na justificação de um modelo constitucional que se entenda resiliente às transformações sociais e que permita alcançar uma maior estabilidade na estrutura de determinada sociedade democrática, deve-se ampliar o debate participativo e pluralista, a partir do diálogo e consenso entre as partes envolvidas, permitindo acomodar situações de desacordo razoável, ocorridas em sociedades complexas e em situações de pluralismo, como um verdadeiro projeto democrático.



## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. New separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 133, p. 633, 2000.

---

<sup>63</sup> DWORKIN, loc. cit.

- ADAM, Colin Turpin. *British Government and the Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BICKEL, Alexander. Foreword: the passive virtues. *Harvard Law Review*, v. 75, 1961.
- BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. Separação de Poderes da Europa aos EUA: mutações e o *judicial review*. *Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 11132-11155.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CHILDRESS III, Donald E. Using Comparative constitutional law to resolve domestic federal questions. *Duke Law Journal*, n. 53, 2003.
- CRAIG, Paul. Constitutionalizing Constitutional Law: HS2, [2014] Public Law 373. *Oxford Legal Studies Research Paper*, n. 45, 2014.
- DIXON, Rosalind. Weak-form judicial review and the American exceptionalism. *Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 348, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ELLIOTT, Mark. Interpretative Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution. *New Zealand Law Review*, n. 4, 2011, p. 591-623.

- \_\_\_\_\_; THOMAS, Robert. *Public law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009. 270pp.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Teoria de la accion comunicativa*. Madrid: Taurus Ediciones, 1987.
- HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The “Charter” dialogue between Courts and Legislatures. *Osgood Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, 1997.
- LECLAIR, Jean. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. *Revue du Barreau*, Numéro Spécial, 2003. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2549>>. Acesso em: 10 jan. 2016.
- LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. Separation of parties, not Powers. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 1, 2006.
- MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. A jurisdição constitucional no sistema da *commonwealth*: a conformação de uma nova alternativa institucional à supremacia judicial. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 4, 2015, p. 853-877.
- \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo transfronteiriço, direitos humanos e direitos fundamentais: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 376p .
- \_\_\_\_\_. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, 2014, p. 1-46.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. La reforma de las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela según el nuevo modelo de constitucionalismo bolivariano. In: TAYAH, José Marco; ARAGÃO, Paulo (Org.). *Reflexiones sobre Derecho Latino Americano*. Buenos Aires: Editorial Quorum, 2012, v. 7, p. 17-33.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo. Martins Fontes, 2009.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. Cardoso Law School, *Working Paper Series*, n. 36, 2001. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=262350](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262350)>. Acesso em: 6 fev. 2016.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 177-201.
- \_\_\_\_\_. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crises e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais. Críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira. SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos*



- sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- \_\_\_\_\_; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SUNSTEIN, Cass R. Beyond Judicial Minimalism. *Harvard Public Law Working Paper*, n. 08-40, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1274200>>. Acesso em: 6 fev. 2016.
- \_\_\_\_\_. Beyond Marbury: the Executive's power to say what the Law is. *Chicago Law Scholl and Economics Working Papers Series*, n. 268, 2005.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 28, 2002.
- TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between Courts and Legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, 2005.
- VERMEULE, Adrian. System Effects and the Constitution. *Harvard Law School Paper*, n. 642, 2009.
- WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. Tradução Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coleção ANPR de direito e democracia.