



DOIS CONCEITOS DE LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL

TWO CONCEPTS OF CONSTITUTIONAL LEGITIMACY¹

Alon Harel

Professor Doutor na Universidade Hebraica de Jerusalém onde ocupa a Cátedra Phillip P. Mizock e Estelle Mizock em Direito Administrativo e Penal. na Universidade Hebraica de Jerusalém. Escreveu inúmeros artigos sobre filosofia moral, política e jurídica. Publica artigos sobre direito e economia, direito penal e teoria constitucional.

Adam Shinar

Professor Associado na Escola de Direito Harry Radzyner da Universidade Reichman. Ele possui um S.J.D. (Doctor of Juridical Science) pela Faculdade de Direito Harvard. Também possui um LL.B. (Bacharelado em Direito) pela Universidade Hebraica de Jerusalém e um LL.M. (Mestrado em Direito) pela Faculdade de Direito Harvard. Atuou como assessor do Presidente da Suprema Corte de Israel e trabalhou como advogado em várias ONGs de direitos humanos em Israel e na Índia.

RESUMO

O que legitima as constituições? Uma resposta padrão é que as constituições são legítimas apenas se representarem o povo que governa. Este artigo identifica duas concepções diferentes de representação. A representação pode ser fundamentada no consentimento ou na vontade dos cidadãos ou quando a constituição reflete a identidade “real” dos membros da nação. Alternativamente, a constituição é por vezes considerada legítima porque promove a justiça ou, mais genericamente, é fundada na razão. Enquanto as constituições são tipicamente fundamentadas em reivindicações de representação do povo e em reivindicações relativas à justiça e à sabedoria das disposições constitucionais, estabelecemos que existem dois tipos de constituições: constituições que são principalmente representativas (por exemplo, a Constituição dos EUA) e constituições que são principalmente baseadas na razão (por exemplo, a Constituição alemã).

¹ Tradução para o português brasileiro realizado por Elcio Domingues da Silva publicado originalmente em inglês na Revista “Global Constitutionalism”, Volume 12, Issue 1, Outubro 2022, p. 80 – 105. DOI: <https://doi.org/10.1017/S2045381722000156> sob uma licença Creative Commons 4.0. A Equipe Editorial da Revista Direitos Fundamentais e Democracia agradece aos autores pela permissão da tradução do texto. Revisão Final: Elcio Domingues da Silva.

Também mostramos que essa distinção tem ramificações importantes sobre como as constituições são redigidas e ratificadas e como elas operam. Uma implicação central é que a legitimidade das constituições que fazem reivindicações fracas de representação – por exemplo, constituições que são impostas por potências estrangeiras – ainda pode ser defendida com base na razão.

Palavras-chave: constituição; legitimidade constitucional; Constituição alemã; ratificação; constituições baseadas na razão; representação; constituições representativas; Constituição dos Estados Unidos.

ABSTRACT

What legitimizes constitutions? A standard answer is that constitutions are legitimate only if they represent the governing people. This article identifies two different conceptions of representation. Representation can be based on the consent or will of the citizens or when the constitution reflects the “real” identity of the nation’s members. Alternatively, the constitution is sometimes claimed to be legitimate because it promotes justice or, more generally, is founded on reason. While constitutions are typically founded on both claims to represent the people and claims regarding the fairness and wisdom of constitutional provisions, we have established that there are two types of constitutions: constitutions that are primarily representative (e.g., the U.S. Constitution) and constitutions that are primarily based on reason (e.g. the German Constitution). We also show that this distinction has important ramifications for how constitutions are written and ratified and how they operate. A central implication is that the legitimacy of constitutions that make the weak claims to representation – for example, constitutions that are imposed by foreign powers – can still be defended on the basis of reason.

Keywords: constitution; constitutional legitimacy; German constitution; ratification; constitutions based on reason; representation; representative constitutions; United States Constitution.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É comum supor que a legitimidade das constituições depende do fato de serem representativas (ou expressivas) do povo que governa. Numerosos estudiosos reiteram esta observação e argumentam que as constituições devem expressar o caráter distintivo de vontade, identidade, caráter e os valores da nação que governam.² A representatividade das constituições é considerada um pré-requisito para sua legitimidade.³ Por que

² Veja, por exemplo, David Law, *‘Imposed Constitutions and Romantic Constitutions’*, em Richard Albert, Xenofonte Contiades e Alkmene Fotiadou (eds), *A Lei e a Legitimidade das Constituições Impostas* (Routledge, Londres, 2019) 38. Ver também Vicki C Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (Oxford University Press, Oxford, 2010) 155 (caracterizando constituições como formas de autoexpressão nacional).

³ O conceito de “representatividade” pode ser interpretado de várias maneiras. Veja, por exemplo, Jed Rubenfeld, *Freedom, and Time: A Theory of Constitutional Self-Government* (Yale University Press, New Haven, CT, 2001); Michael W McConnell, *‘Textualism and the Dead Hand of the Past’* (1998) 66 *George Washington Law Review* 1127.

deveríamos ser vinculados a uma Constituição que não é a nossa – uma Constituição que não reflete o que queremos, o que julgamos ser verdade ou quem somos?⁴ No entanto, ao mesmo tempo, muitos teóricos argumentam que Constituições podem reivindicar legitimidade com base no fato de que promovem a justiça ou, mais geralmente, sob o fundamento de que são baseadas na razão⁵. Nesses casos, a legitimidade da Constituição é fundamentada no fato de que é justa, correta, legítima, eficiente e assim por diante. Enquanto a maioria das constituições reivindica legitimidade por ambos os motivos, estabelecemos que algumas constituições são mais representativas, enquanto outras são mais baseadas na razão, e que a distinção tem ramificações importantes sobre as maneiras pelas quais diferentes constituições evoluem e operam. Antes de descrevermos brevemente as duas formas pelas quais as constituições podem ganhar legitimidade, vamos admitir desde o início que nossa discussão se concentra principalmente em constituições liberais no norte global. É necessário, portanto, qualificar nossa descrição e afirmar que se trata de uma investigação de dois conceitos liberais de legitimidade constitucional.

Usamos o termo “representatividade” de forma ampla. Por “constituição representativa”, queremos dizer uma constituição que ganha sua legitimidade pelo fato de ser um reflexo de quem os cidadãos são ou o que eles desejam ou julgam ser verdade. Há, portanto, uma íntima relação entre os cidadãos e a constituição, então pode-se argumentar que, em essência, ser governado pela constituição é o mesmo que ser governado pelos cidadãos eles mesmos. Talvez a manifestação mais clara dessa visão esteja no Preâmbulo da Constituição dos EUA, que afirma: ‘We, the People...’ Estas três palavras foram interpretadas de modo a transmitir a convicção de que a legitimidade da Constituição dos EUA repousa sobre o fato de que ela nada mais é do que uma reencarnação da vontade “real” ou “genuína” do povo americano.⁶

⁴ Na teoria democrática, frequentemente afirma-se que a representação tem valor instrumental e, particularmente, valor epistêmico. Ver David Estlund, *Democratic Authority: A Philosophical Framework* (Princeton University Press, Princeton, NJ, 2009). Em contraste, argumentos instrumentalistas desse tipo normalmente não podem ser encontrados na teoria constitucional.

⁵ Veja também Joseph Raz, ‘On the Authority and the Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries,’ em Larry Alexander (ed), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press, Cambridge, 1998) 152

⁶ Para uma versão clássica dessa ideia, veja Bruce A Ackerman, *We the People: Foundations* (Harvard University Press, Cambridge, MA, 1993). Como alguns teóricos têm argumentado, a legitimidade representativa é a forma padrão de legitimidade – especialmente no século XX. Veja, por exemplo, Matthias Hartwig, ‘What Legitimises a National Constitution? On the Importance of international Embedding,’ em Armin Von Bogdandy e Pál Sonnevend (eds), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania* (Beck/Hart/Nomos, Nova York, 2015) 311.

Frequentemente, embora nem sempre, a representatividade seja reconhecida (ou reconhecida para ser realizada) usando consentimento real ou hipotético. É por isso que as constituições muitas vezes exigem aceitação pública na forma de referendos, ou eleições de representantes que indiquem a disposição do povo de se submeter à constituição. Outras vezes, a representatividade é um subproduto do fato de que a constituição espelha (ou é reconhecida para espelhar) valores culturais ou morais profundamente arraigados da nação. Em ambos os casos, o ideal de representação dos julgamentos ou das preferências da nação, ou dos valores profundos da nação, é considerada uma condição necessária e muitas vezes também suficiente para a legitimidade das constituições⁷.

Um modo alternativo de legitimidade repousa na razão e não na representação. O que legitima as constituições baseadas na razão é a razão, ou seja, o fato de que tais constituições são justas e corretas e protegem os valores corretos. Assim, similarmente à análise Raziana de autoridade, a constituição é legítima porque ajuda a política a identificar e agir de acordo com a reta razão.⁸ Para conseguir fazê-lo, a constituição precisa ser justa ou adequada e/ou propícia ao bem-estar da sociedade. Daí o termo “razão”, como o termo ‘representação’, é usado aqui de uma forma muito ampla, que inclui qualquer reivindicação relativa à justiça, equidade, retidão ou sabedoria das disposições constitucionais⁹.

Para colocar de forma provocativa: a legitimidade de uma constituição não precisa se basear no fato de que ela representa o povo que governa; ela pode simplesmente se fundamentar na crença de que é uma constituição boa ou justa e, conseqüentemente, estaria propícia à justiça ou ao bem-estar da comunidade que governa.¹⁰ A legitimidade é não-representativa ou baseada na razão se repousa na convicção de que os aspectos (procedimentais, institucionais ou substantivos) da ordem constitucional promovem a justiça, a proteção dos direitos, a estabilidade e/ou o bem-estar. Em outras palavras, na perspectiva da legitimidade baseada na razão, uma constituição pode ser legítima

⁷ Sobre as diferenças entre essas duas formas de representação, veja Avihay Dorfman e Alon Harel, ‘Law as Standing’ (2021) 4 *Oxford Studies in Philosophy of Law* 93.

⁸ Joseph Raz, *The Morality of Law* (Oxford University Press, Oxford, 1986) 53; Joseph Raz, ‘The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception’ (2006) 90 *Minnesota Law Review* 1003. Veja também *Elves Case*, 6 BverfGE 32 (1957), tradução disponível em <<https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=9>>

⁹ A legitimidade baseada na razão também pode ser chamada de legitimidade baseada em conteúdo, embora a baseada em conteúdo seja frequentemente contrastada com a legitimidade baseada em procedimento. Para uma discussão sobre concepções de constitucionalismo baseadas em conteúdo, veja Frank Michelman, ‘Constitutional Legitimation for Political Acts’ (2003) 66 *Modern Law Review* 1.

¹⁰ A afirmação de Paul Kahn de que o “eu” do autogoverno sempre foi uma questão controversa na teoria constitucional. O autogoverno pode encontrar-se no universalismo da razão ou no ato de consentimento.” Paul Kahn, “Razão e Vontade nas Origens do Constitucionalismo Americano” (1989) 98 *Yale Law Journal* 449, 452.

simplesmente porque é “correta” – ou seja, está de acordo com a razão. Embora a maioria das constituições ganhe legitimidade tanto por motivos representativos quanto por motivos baseados na razão, estabelecemos que algumas constituições podem ser classificadas como mais ou menos representativas ou mais ou menos baseada na razão.

Além disso, de forma irônica, em tempos de crise, uma constituição que seja considerada boa ou justa pode ganhar sua legitimidade precisamente por não ser representativa. Nesses momentos, a comunidade política pode desejar se distanciar de seus próprios valores existentes e aspirar ser transformada, ou seja, a não ser governada por uma constituição representativa, mas sim por uma constituição baseada na razão. O estabelecimento da Lei Fundamental Alemã é um bom exemplo de tal constituição. A transformação do povo alemão foi facilitada ao consagrar uma constituição que não era completamente representativa na época em que foi elaborada e talvez fosse pretendida como anti-representativa; uma vez que a nação alemã estava corrompida e precisava ser transformada, para que eventualmente, talvez no futuro, a constituição se tornasse representativa. Nesses casos, a constituição é legítima não por ser representativa, mas por ser justa. A esperança é que, eventualmente, ela possa se tornar representativa se a nação reproduzir os valores constitucionais.

Nosso ponto de partida é a legitimidade. Notoriamente, a legitimidade pode ser entendida tanto de forma sociológica (descritiva) quanto normativa. A legitimidade sociológica (ou descritiva) baseia-se nas convicções das pessoas de que a constituição é legítima e em sua disposição de se sujeitar à ordem constitucional. Quando se fala de legitimidade descritiva, se investiga *se e por que* as pessoas acreditam que a constituição é legítima; o que as leva a estar dispostas a serem vinculados por ela. A legitimidade descritiva refere-se, portanto aos sentimentos do público, em particular à disposição do público em respeitar a ordem constitucional e considerá-la obrigatória.

A legitimidade normativa refere-se à ética ou, mais amplamente, à justificabilidade normativa da ordem constitucional. Normativamente, uma constituição é legítima se houver pelo menos uma razão *prima facie* para obedecer às suas exigências. Quando se fala de legitimidade normativa, se investiga *se e por que* as pessoas devem acreditar que a constituição é legítima: o que as leva a estar vinculadas por ela. A legitimidade normativa refere-se, portanto, à justificabilidade moral da constituição.¹¹ Este artigo é dedicado

¹¹ Para uma discussão sobre os diferentes significados de legitimidade, veja David Beetham, *The Legitimation*

principalmente para identificar diferentes tipos de legitimidade descritiva das constituições. Estabelecemos que algumas constituições são percebidas como legítimas com base no fato de que representam o povo, enquanto outras são vistas como legítimas pelo fato de estarem em conformidade com a razão, mas também indicamos alguns aspectos normativos de legitimidade de ambos os tipos.

O leitor pode questionar a importância ou significado desta classificação de formas de legitimidade descritiva. Para estabelecer a importância dessa classificação, é necessário primeiro mostrar que diferentes tradições constitucionais se baseiam em diferentes modos de legitimidade e estabelecer que esta classificação tem consequências importantes. Neste artigo, estabelecemos que formas de legitimidade representativa ou baseada na razão influenciam os modos como as constituições são desenvolvidas e interpretadas, e, em particular, os modos como são elaboradas e/ou ratificadas. A classificação é valiosa, pois pode dar conta de características proeminentes da evolução constitucional em um âmbito pertinente.

Constituições representativas frequentemente são endossadas por meio de um processo participativo, como um referendo ou eleições. Além disso, métodos interpretativos, como o originalismo, geralmente são fundamentados em aspirações representativas. Teóricos jurídicos estadunidenses se preocupam com o significado público original da Constituição no momento de sua ratificação, em parte porque é aquele que representa o que os americanos como nação queriam ou consideravam verdadeiro ou justo. Além disso, a oposição ao uso de citações estrangeiras também tem sido ditada pela convicção de que a legitimidade da Constituição pressupõe que ela representa o povo americano. Em contraste, a aceitação de influência estrangeira na elaboração ou ratificação da constituição é característica de constituições baseadas na razão. Por fim, sustentamos que o fenômeno das constituições impostas – aquelas que foram forçadas sobre a nação – pode ser explicado em termos de legitimidade baseada na razão.

A Seção II descreve as diferenças entre legitimidade representativa e legitimidade baseada na razão. Diferenciamos entre dois tipos de sistemas representativos: sistemas constitucionais representativos convencionais que usam consentimento ou vontade, e

of Power (Palgrave Macmillan, Nova York, 1991) 5–6. Veja também Richard Fallon, 'Legitimacy and the Constitution' (2005) 118 *Harvard Law Review* 1789, 1795–1801. Fallon identifica uma categoria adicional, 'legitimidade legal', que é irrelevante para nossa investigação aqui. Existem alguns teóricos que acreditam que existe uma conexão entre os dois significados de legitimidade; em particular, afirma-se que a legitimidade moral de uma constituição depende de ampla aceitação, ou seja, legitimidade sociológica.

sistemas constitucionais representativos naturalistas ou etno-nacionais que se baseiam em reivindicações relacionadas aos valores culturais inatos da nação¹². Contrapomos ambos os tipos de sistemas representativos com sistemas baseados na razão. A Seção III examina casos paradigmáticos de sistemas constitucionais representativos e baseados na razão. Ela fornece exemplos para cada um e estabelece o impacto da diferença na evolução constitucional, nos métodos de interpretação e nos processos de elaboração e ratificação. A Seção IV conclui.

2. LEGITIMIDADE REPRESENTATIVA VERSUS LEGITIMIDADE BASEADA NA RAZÃO

Esta seção apresenta uma classificação dos sistemas constitucionais de acordo com as maneiras pelas quais eles são legitimados. Abaixo diferenciamos duas formas de legitimidade, quais sejam: representativa e baseada na razão. Uma vez que nosso foco nesta seção é a legitimidade descritiva (ou sociológica), confiamos fortemente no autoconhecimento dos membros pertencentes às tradições constitucionais. A classificação de uma tradição constitucional como pertencente ao campo representativo ou baseado na razão repousa no autoconhecimento da constituição compartilhada por políticos, ativistas políticos e o público como um todo.

O autoconhecimento dos membros da sociedade pode ser factual ou historicamente falacioso. Por exemplo, se uma tradição constitucional particular é legitimada com base na ideia que a constituição reflete (ou constitui) a vontade do povo, e a evidência para esta é a crença de que o povo concordou ou aceitou a constituição, essa última convicção não precisa ser historicamente precisa. São as realidades imaginadas ou percebidas que determinam a categoria a que pertence a tradição constitucional, em vez do que “realmente ocorreu”.

2.1 Constitucionalismo Representativo

De acordo com as teorias da legitimidade constitucional representativa, a constituição é legítima porque é nossa constituição; ela reflete nossa vontade ou nossos valores atuais ou convicções fundamentais; geralmente, reflete quem somos. A constituição

¹² Para esta distinção, ver Dorfman e Harel (nota 7)

é uma revitalização dos cidadãos que são governados por ela.¹³ Sob essa ótica, a legitimidade da constituição depende do fato de que suas disposições consolidam o que o povo deseja ou quais são seus valores ou quem eles realmente são. Nas palavras de John Adams, um órgão legislativo "deveria ser, em miniatura, um retrato exato do povo em geral. Deveria pensar, sentir, raciocinar e agir como eles".¹⁴

A legitimidade representativa é fundamentada no ideal de autogoverno. Sob esse ideal, se a constituição é baseada no consentimento ou na vontade do povo ou se consagra os valores compartilhados dele, ela não fere sua autonomia; aliás, deveria contar como exercício de sua autonomia. Normalmente, esse argumento é feito com base na ideia de que a constituição consagra o governo por nós – o povo; é uma personificação dos nossos valores e/ou vontade coletiva e reflete quem somos.¹⁵ Há, é claro, diferenças importantes entre essas afirmações e elas podem ter ramificações importantes, mas no entanto, compartilham a visão de que a legitimidade da constituição repousa sobre um vínculo íntimo entre a constituição e o povo; o povo faz a constituição ou reflete quem eles são, ou até mesmo os constitui como uma organização política, de modo que estão vinculados a ela.

Mas o que a constituição representa? Que aspectos ou dimensões do povo estão sendo refletidas na constituição? Aqui, é possível diferenciar entre dois tipos de teorias representativas: convencionalista e naturalista. Na compreensão convencionalista, uma constituição nos representa porque replica nossa vontade. Na compreensão naturalista ou essencialista, uma constituição nos representa porque transcreve nossos valores ou essência "objetiva" como membros de uma comunidade ou como uma nação.

Teorias convencionalistas frequentemente exigem um procedimento cerimonial no qual as pessoas expressam sua disposição em serem vinculadas pela constituição. O dever dos judeus de cumprir as regras de Deus é rastreado até um compromisso verbal expresso pelas palavras recitadas pelos judeus: "Todas as palavras que o Senhor falou faremos." A vontade de endossar as palavras de Deus é destacada neste caso ao se fazer um

¹³ Veja Vlad Perju, 'Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations,' em Michel Rosenfeld e Andrés Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press, Oxford, 2012) 1304; Alon Harel e Noam Kolt, 'Populist Rhetoric, False Mirroring, and the Courts' (2020) 8 *Revista Internacional de Direito Constitucional* 746.

¹⁴ John Adams, 'Thoughts on Government,' em Charles S Hyneman e Donald S Lutz (eds), *American Political Writing During the Founding Era: 1760–1805 vol. I* 403. Nota, no entanto, Adams se referiu à legislatura e não à Constituição.

¹⁵ Para uma discussão e análise desses temas, veja Martin Loughlin, 'The Concept of Constituent Power' (2014) 13 *European Journal of Political Theory* 218; Lucia Rubinelli, *Constituent Power: A History* (Cambridge University Press, Cambridge, 2020); Joel Colón-Ríos, *Poder Constituinte e Direito* (Oxford University Press, Oxford, 2020).

compromisso verbal. No contexto constitucional, o compromisso é destacado pela realização de um referendo ou eleições.

As teorias naturalistas rejeitam essa visão. Frequentemente, a premissa subjacente de tais teorias é que a vontade contingente ou empírica não replica quem as pessoas realmente são ou o que eles realmente querem; muitas vezes é superficial ou manipulada. Em vez disso, o que deveria ser representado são os valores culturais profundamente enraizados ou essenciais e inatos da nação. No constitucionalismo naturalista, a constituição é nossa não porque nossa vontade empírica ou contingente está transcrita nela, mas porque nossos valores "reais" fundamentais como nação estão replicados nela. Isso indica que há uma semelhança não apreciada entre a representação convencionalista e o que rotulamos aqui como representação naturalista, como no último caso: "o direito é originalmente algo mantido em comum, algo essencialmente nosso, algo que de fato só existe na medida em que está incorporado e faz parte de um modo de vida compartilhado".

16

Em suma, as teorias do constitucionalismo representativo se baseiam na crença de que a constituição é legítima porque replica a vontade do povo (constitucionalismo convencionalista) ou em algumas características objetivas do povo – por exemplo, seus valores culturais ou morais (constitucionalismo naturalista). Em ambos os casos, a representação implica autogoverno por parte dos cidadãos. Na medida em que a constituição representa o povo, o povo não é governado por outros, mas por si mesmo e, portanto, é livre. Vamos contrastar essa visão com o constitucionalismo baseado na razão.

2.2 Constitucionalismo Baseado Na Razão

Sob o constitucionalismo baseado na razão, a constituição é legítima porque seu conteúdo é justo, racional ou fundamentado na razão. A razão, nesse contexto, deve ser interpretada de forma ampla; significa qualquer argumento baseado em conteúdo em favor da constituição. Por exemplo, a constituição protege os direitos básicos, promove a justiça ou a igualdade, garante a estabilidade, prosperidade ou eficiência etc. Para determinar se a constituição é fundamentada na razão, deve-se examinar seu conteúdo e julgar se suas disposições são aquelas que atendem a altos padrões de moralidade e justiça. Para este artigo, não fazemos nenhuma suposição substantiva sobre o que a razão dita.

¹⁶ Jeremy Waldron, *Law, and Disagreement* (Oxford University Press, Oxford, 1999), p. 56.

Em sua teoria da autoridade, Joseph Raz articulou os fundamentos subjacentes ao constitucionalismo baseado na razão. Em sua visão, a lei em geral e as constituições em particular têm autoridade quando a lei é instrumentalmente valiosa para estabelecer regras e instituições que ajudam as pessoas a cumprir as exigências da moralidade e da razão correta¹⁷; como John Gardner coloca, “o ponto principal de [...] toda lei [...] é ajudar as pessoas a fazerem o que elas deveriam estar fazendo de qualquer maneira, totalmente à parte da lei”.¹⁸ Portanto, a explicação de Raz sobre a diferença que o direito faz no espaço moral é o de fornecer orientações melhores sobre as exigências da razão correta, em vez de deliberação direta (ou independente) por parte dos cidadãos.

Raz e outros defensores do constitucionalismo baseado na razão não negam que o que a razão dita, às vezes pode depender das opiniões, vontades, preferências, cultura ou valores das pessoas. Provavelmente, uma constituição eficaz e estável é (pelo menos como regra geral) aquela que respeita os valores predominantes da sociedade que governa.¹⁹ No entanto, há uma diferença entre considerar a constituição fundamentada na vontade ou nos valores ou na identidade do povo em si (como defendido pelo constitucionalismo representativo) e alicerçar constitucionalmente a vontade ou os valores das pessoas como um mero instrumento para facilitar a estabilidade ou a eficácia (como defendido pelo constitucionalismo baseado na razão). Constituições baseadas na razão podem ser sensíveis à vontade do povo ou aos seus valores culturais. Mas essa sensibilidade se baseia em considerações pragmáticas ou instrumentais.

Na realidade, quase todas as constituições obtêm sua legitimidade tanto de maneira representativa quanto na forma não representativa. A Constituição dos Estados Unidos é percebida, por exemplo, como uma criação do povo americano e, ao mesmo tempo, como um documento projetado para proteger a justiça e a liberdade.²⁰ No entanto, como demonstramos abaixo, algumas constituições são mais (ou menos) representativas e/ou mais (ou menos) baseadas na razão do que outras, e essa diferença tem ramificações importantes.

¹⁷ Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford University Press, Oxford, 1986) 53. Raz aplicou a mesmíssima análise às constituições em Raz (nota 5).

¹⁸ John Gardner, ‘Dagan and Dorfman on the Value of Private Law’ (2017) 117 *Columbia Law Review* 179, 197. Veja também Joseph Raz, ‘Between Authority and Interpretation’ (Oxford University Press, Oxford, 2009) 178.

¹⁹ Raz (nota 18).

²⁰ Sobre a dualidade do constitucionalismo dos Estados Unidos, ver Louis Henkin, ‘Rights: American and Human’ (1979) 79 *Columbia Law Review* 406, 408 (argumentando que, ‘Nosso constitucionalismo, então, tem dois elementos: governo e direitos individuais. Ambos são confirmados por pacto constitucional.’).

A dicotomia entre a legitimidade constitucional representativa e a legitimada pela razão pode ser comparada à famosa dicotomia teológica entre voluntarismo e intelectualismo na teologia. Uma das preocupações clássicas dos teólogos tem sido abordar a relações entre Deus e a bondade. Sob uma visão, qualquer coisa que Deus queira é boa em virtude de ser desejada por Deus. Essa visão é frequentemente rotulada como “voluntarismo teológico”.²¹ O que é compartilhado por todos os voluntaristas teológicos é a visão de “que entidades de algum tipo têm pelo menos alguns de seus estados morais em virtude de certos atos de vontade divina”. Em contraste, os anti-voluntaristas aderem à visão de que a bondade precede a vontade de Deus. A tradição do intelectualismo na teologia sugere que Deus deseja o Bem porque é (corretamente) julgado por Deus como bom. Em termos simples, sob a primeira visão o bem é bom porque é desejado por Deus, enquanto sob a segunda ele é desejado por Deus porque é bom. É precisamente essa distinção clássica entre voluntarismo e o chamado intelectualismo que desejamos importar da teologia para a teoria constitucional. Sugerimos que a legitimidade das constituições pode estar fundamentada no voluntarismo (constitucionalismo representativo) ou no intelectualismo (constitucionalismo baseado na razão ou não representativo).

Agora voltamos para ilustrar a relevância de nossa dicotomia no mundo real e, em particular, para mostrar que alguns sistemas jurídicos são principalmente representacionais, enquanto outros são principalmente baseados na razão. Enfatizamos a palavra “principalmente”. Isso porque os dois tipos de legitimidade frequentemente coexistem; muitos sistemas formarão alguma combinação ao longo de um espectro entre representação e razão.²² 1 Também existem o que podem ser chamados de sistemas polarizados, nos quais existe uma controvérsia sobre os fundamentos da legitimidade, e diferentes grupos usam diferentes formas de legitimidade para promover sua agenda constitucional.²³ De maneira mais geral, voltamos para ver como nossa proposta de classificação conceitual se encaixa nas realidades constitucionais.

²¹ Mark Murphy, ‘Theological Voluntarism’ in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <<https://plato.stanford.edu/entries/voluntarism-theological/>>.

²² Além disso, e para ser claro, a legitimidade representativa pode operar no sentido de constituir. A função de uma constituição, pelo menos em alguns casos importantes, é “constituir” o povo que pretende governar. Essa função geradora pode ser realizada dentro do quadro das teorias representativas. Na ideia de uma constituição como constituinte, ver Hanna Fenichel Pitkin, ‘The Idea of a Constitution’ (1987) 37 *Journal of Legal Education* 167, 168.

²³ Como estabelecemos abaixo, Israel é um sistema polarizado. Veja (nota 106).

3. REPRESENTAÇÃO CONVENCIONALISTA, REPRESENTAÇÃO NATURALISTA, LEGITIMIDADE BASEADA NA RAZÃO: DA TEORIA CONSTITUCIONAL À REALIDADE CONSTITUCIONAL

Esta seção utiliza exemplos para ilustrar como o constitucionalismo representativo e baseado na razão operam. Primeiro, fornecemos exemplos para ilustrar as constituições representativas convencionalistas e naturalistas (seções 3.1 e 3.2). Por fim, ilustramos a existência de sistemas baseados na razão (seção 3.3).

Observe que classificar um sistema como pertencente a uma categoria ou outra nunca é uma tarefa fácil. É sempre o caso de que se podem encontrar argumentos que podem ser classificados como representativos ou baseados na razão. A retórica política e jurídica nunca se submete a uma análise teórica precisa. Além disso, muitos sistemas constitucionais passam por diferentes fases, e o tipo proeminente de legitimidade que possuem muda ao longo do tempo. O verdadeiro desafio é julgar qual tipo de legitimidade é mais dominante em um momento específico em uma jurisdição específica. No entanto, mesmo se o leitor contestar nossa classificação de um sistema específico em uma dessas categorias, isso não enfraquece a importância da classificação em si.

Para ilustrar os sistemas representativos convencionalistas, analisamos o sistema estadunidense e para ilustrar sistemas representacionais naturalistas, analisamos o sistema húngaro. Para ilustrar constituições baseadas na razão, usamos os modelos alemão e bósnio.

3.1 Constitucionalismo Representativo Convencionalista

O constitucionalismo convencionalista é voluntarista; ele se baseia na convicção de que, para ser legítima, a constituição precisa estar fundamentada na vontade do povo. Portanto, muitos juristas que defendem o constitucionalismo convencionalista consideram mecanismos institucionais como eleições ou referendos como essenciais para a legitimidade.

A Constituição dos EUA é talvez o principal exemplo de uma constituição que é tipicamente legitimada em bases representativo convencionalista; acredita-se amplamente que é a vontade do povo americano que confere força normativa à Constituição dos Estados Unidos. Para ilustrar a força representativa da Constituição dos Estados Unidos, Bruce Ackerman comparou a Constituição dos Estados Unidos a uma imagem não realista que pode representar as dimensões mais profundas da identidade de alguém – aquelas que

podem não ser representadas por uma fotografia.²⁴ Ao descrever a convenção da Filadélfia, James Wilson apresentou a ambição da Constituição dos Estados Unidos:

[A Constituição] é apresentada [ao povo americano] para ser julgada pelos direitos naturais, civis e políticos dos homens. Pelo seu FIAT, ela se tornará de valor e autoridade; sem ele, nunca receberá o caráter de autenticidade e poder.²⁵

A Constituição dos Estados Unidos é considerada por muitos como o principal exemplo de legitimidade baseada em representação. Mas nem sempre foi assim. Como argumenta Paul Kahn, em sua fundação, a Constituição dos Estados Unidos na verdade se baseava em uma união de razão e vontade.²⁶ A Constituição subordinava a vontade (o que chamamos de representação convencionalista) à razão, com base na crença na racionalidade e no que agora é chamado de ciência política. Nessa visão, as pessoas deveriam escolher o projeto constitucional proposto precisamente porque ele é baseado na razão, ou seja, é produto da ciência e capaz de promover o bem público, que é o oposto dos interesses privados e faccionais.²⁷

No entanto, enquanto essa visão prevaleceu durante a fundação, ao longo do tempo a legitimidade representativa assumiu um papel mais dominante. Como Kahn argumenta, as tentativas de separar a razão e a vontade, a ciência e a legitimidade, concebem mal o projeto original do constitucionalismo americano,²⁸ mas eles, ainda assim, tiveram sucesso, provocados pelo problema da escravidão, que a Constituição "resolveu" abdicando da razão e se rendendo à vontade, abrindo assim uma lacuna entre razão e vontade.²⁹

O foco na vontade e na representação pode explicar muitos aspectos característicos do discurso constitucional americano. Primeiro, isso explica a importância atribuída ao (alegado) processo participativo pelo qual a Constituição foi redigida e ratificada. Em segundo, isso explica a popularidade do originalismo como método interpretativo. Em terceiro, isso explica a resistência de muitos juizes e teóricos constitucionais dos EUA em usar fontes estrangeiras, as quais, sob essa visão, distorcem a vontade do povo americano. Quarto, isso explica a constante relevância da Constituição

²⁴ Bruce A Ackerman, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution* (1984) 93 *Yale Law Journal* 1013, 1027–28. Ackerman diferencia entre representação mimética e representação semiótica.

²⁵ John Bach McMaster e Frederick D Stone (eds), *Pennsylvania and the Federal Constitution, 1787–88* (University of Chicago Press, Chicago, 2011), 331–32.

²⁶ Kahn (nota 11) 450.

²⁷ *Ibid* 468, 470, 472.

²⁸ *Ibid* 473.

²⁹ *Ibid* 491.

no discurso político dos EUA e o uso extensivo de argumentos constitucionais na política do país. Embora nenhum desses aspectos siga inevitavelmente do constitucionalismo representativo convencionalista, são características que parecem apoiar a hipótese de que a legitimidade da Constituição dos EUA está fundamentada nas preferências e/ou julgamentos do povo. Vamos examinar mais minuciosamente cada um desses aspectos e sua relação com o constitucionalismo representativo convencionalista.

Em primeiro lugar, o discurso constitucional nos Estados Unidos geralmente se baseia em suposições relativas ao processo participativo pelo qual a Constituição dos Estados Unidos foi redigida e ratificada.³⁰ A importância atribuída ao processo de elaboração e ratificação caracteriza muitas constituições.³¹ A participação e o envolvimento público que conferem legitimidade são muitas vezes praticados em diferentes etapas da preparação de uma constituição, incluindo a redação, consulta, deliberação, adoção e ratificação.³² A legitimação representativa convencionalista tipicamente depende do endosso popular real ou imaginado. No caso americano, é a Convenção Constitucional de 1787 e a ratificação da Constituição pelos estados que são consideradas particularmente importantes. Esses eventos históricos têm uma significância particular porque corroboram (ou, pelo menos, acredita-se que corroborem) a submissão voluntária do povo americano à ordem constitucional.³³

Em segundo lugar, o originalismo é um método popular de interpretação constitucional nos EUA. O originalismo visa identificar a intenção dos redatores da Constituição ou a compreensão do povo quando a Constituição foi ratificada, independente da ciência política, razão ou justiça. Os originalistas afirmam que a história é relevante porque somente ao compreendermos o que o povo acreditava quando a Constituição foi ratificada podemos manter o compromisso com a soberania popular, que por sua vez legitima a Constituição.³⁴ Caso contrário, estaríamos apenas inserindo nossas preferências

³⁰ Veja Jack N Rakove, *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution* (Vintage, Nova York, 1996).

³¹ Zachary Elkins et al, *The Citizen Founder: Public Participation in Constitutional Approval* 81 *Temple L. Rev.* 361 (2008).

³² *Ibid* at 364.

³³ Claro, a representação como compreendida então não incluía afro-americanos ou mulheres. Devido a isso exclusão, a alegação de que o processo pelo qual a Constituição foi endossada foi representativo não pode ser seriamente justificado. Assim, para ficar claro, não queremos dizer que foi de fato representativo, apenas que foi percebida como representativa, mesmo que essa percepção seja claramente equivocada e errada. Veja Akhil Reed Amar, *'The Bill of Rights as a Constitution'* (1991) 100 *Yale Law Journal* 1131 (discutindo as maneiras pelas quais a representação foi central para os debates constitucionais).

³⁴ Kahn (nota 11) 506. A mais famosa defesa democrática do originalismo pode ser encontrada em Robert

subjetivas no lugar das preferências que estão incorporadas na Constituição. O originalismo de fato se baseia em vários argumentos, mas talvez o argumento mais influente seja que somente sendo fiel à intenção original ou ao "significado público original" é que a Constituição pode realmente ser o produto da vontade do povo americano e, portanto, ser legítima.³⁵

Em terceiro, e relacionado a isso, há uma forte resistência nos Estados Unidos ao uso do direito estrangeiro na interpretação constitucional com o argumento de que tal uso é incompatível com a soberania do povo americano. Ecoando essa visão, o Justice Scalia argumentou que:

A noção de que uma lei das Nações, redefinida para significar o consenso entre os Estados sobre qualquer assunto, pode ser usada por um cidadão privado para controlar o tratamento de um soberano com seus próprios cidadãos dentro de seu próprio território é uma invenção do século XX [...]. Os redatores, tenho certeza, ficariam chocados com a proposição de que, por exemplo, a adoção democrática pelo povo americano da pena de morte poderia ser anulada judicialmente devido às visões desaprovadoras de estrangeiros.³⁶

Ao resistir ao uso de fontes estrangeiras, frequentemente se alega que tal uso priva o povo americano do seu poder de governar. Isso é equiparado a uma situação em que outros, fora da órbita constitucional, buscam determinar para os americanos quais normas devem ser vinculativas para eles.³⁷ Em outras palavras, aqueles que se opõem a depender de fontes estrangeiras na interpretação da Constituição também podem ser considerados como apoiadores do constitucionalismo convencionalista representativo.³⁸

Por fim, o evento histórico em que o povo endossou (ou, pelo menos, acredita-se que tenha endossado) a Constituição não é suficiente para estabelecer a legitimidade representativa convencionalista. Para realizar o ideal do constitucionalismo

Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (The Free Press, Nova York, 1990). É irônico que, enquanto os originalistas saúdam a história, para os conspiradores a história era menos importante. Eles estavam focados na constituição, criando uma ordem constitucional legitimada pela razão e pela vontade, onde essa vontade foi moldada como um resultado de cidadãos saindo de suas identidades particulares e deliberando sobre o bem comum. Era só mais tarde, quando a Constituição teve de ser preservada, que essa história assumiu um papel mais central.

³⁵ Veja, por exemplo, Keith E Whittington, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review* (University Press of Kansas, Lawrence, KS, 1999).

³⁶ *Sosa v Alvarez-Machain* 542 U.S. 692, 750 (2004) (Scalia J concurring).

³⁷ Veja John McGinnis, 'Foreign to Our Constitution' (2006) 100 *Northwestern University Law Review* 303; Richard A Posner, 'Prefácio: Um Tribunal Político' (2005) 119 *Harvard Law Review* 31, 84–90; Frank H Easterbrook, 'Foreign Sources and the American Constitution' (2006) 30 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 223, 224; Robert J Delahunty e John Yoo, 'Against Foreign Law' (2005) 29 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 291, 297.

³⁸ Deve-se notar que a oposição ao uso de fontes estrangeiras nos Estados Unidos é relativamente recente. No passado, houve maior disposição de usar fontes estrangeiras. Ver Vicki C Jackson, 'Conditional Comparações: Convergência, Resistência, Engajamento' (2005) 119 *Harvard Law Review* 109.

convencionalista, a constituição precisa não apenas ser aceita pelo público em algum momento histórico, mas também ser constantemente endossada e estar presente na esfera pública; seu significado precisa ser constantemente debatido e utilizado em debates políticos. Os Estados Unidos são uma versão paradigmática de tal prática. Ela foi ratificada apenas por (alguns) homens brancos, mas é ainda assim reverenciada pela grande maioria dos americanos, e, como tal, continuamente endossada, como se tivesse sido ratificada por todos.³⁹ Na ausência de um engajamento público constante com a constituição, as constituições inevitavelmente sofreriam com o famoso problema da "mão morta" intergeracional.⁴⁰ Em uma famosa carta, Thomas Jefferson expressou essa preocupação e afirmou: "a terra pertence em usufruto aos vivos": que os mortos não têm nem poderes nem direitos sobre ela.⁴¹ Para superar esse problema, das gerações anteriores governando as posteriores, a Constituição precisa ter uma presença persistente na esfera pública; cada geração precisa endossá-la à luz de suas próprias preocupações. Portanto, segue-se que, sob as teorias representacionais convencionalistas, tanto o processo pelo qual a constituição é criada quanto as maneiras pelas quais ela é mantida atualmente na consciência pública são cruciais para obter legitimidade.

A legitimidade representativa convencionalista é considerada por muitos teóricos como compartilhada por todas as constituições modernas. Como argumentou Dennis Galligan, as pessoas "declararam a constituição como delas, criada por elas no exercício de sua autoridade."⁴² Sob essa visão, as pessoas são os "senhores do seu destino" e é a participação delas na criação da constituição que confere à constituição sua autoridade. No entanto, como demonstraremos abaixo, a representação convencionalista é apenas uma forma de legitimidade representativa, que talvez seja a dominante na mentalidade liberal, mas está longe de ser a única ou mesmo a forma mais essencial de legitimidade.

³⁹ Sobre o endosso contínuo da Constituição, ver Gene R Nichol, 'Toward a People's Constitution' (2003) 91 *California Law Review* 621.

⁴⁰ Axel Gosseries, 'The Intergenerational Case for Constitutional Rigidity' (2014) 27 *Ratio Juris* 528.

⁴¹ Veja Thomas Jefferson, 'A Letter to Madison,' 6 de setembro de 1789, <<https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-12-02-0248>>. Para uma discussão contemporânea desse problema, ver Axel Gosseries e Mathias Hungerbühler, 'Rule Change and Intergenerational Justice,' em Joerg Tremmel (ed), *The Handbook of Intergenerational Justice* (Edward Elgar, Cheltenham, 2006) 106.

⁴² Veja Denis J. Galligan, 'The People, The Constitution and the idea of Representation' em Denis J Galligan e Mila Versteeg (eds), *The Social and Political Foundations of Constitutions* (Cambridge University Press, Cambridge, 2013) 134.

3.2 Constitucionalismo Representativo Naturalista

As constituições naturalistas não se baseiam na vontade subjetiva contingente do povo (como defendido pelas teorias convencionalistas), mas em atributos objetivos e persistentes que, segundo se alega ou acredita, caracterizam a nação. A constituição é vinculante porque reflete ou incorpora nossa essência ou destino "verdadeiro" ou "real", ao consagrar os valores culturais e morais "reais" da nação.

Assim como o constitucionalismo convencionalista, o constitucionalismo naturalista também se baseia no ideal de autogovernança. A única diferença é que, de acordo com o constitucionalismo naturalista, a autogovernança requer a consolidação não da vontade do povo, mas de seus atributos verdadeiros e/ou objetivos essenciais.⁴³ Portanto, ao contrário da legitimidade representativa convencional, a constituição pode ser imposta a nós, queiramos ou não, em virtude de fazermos parte de uma nação ou cultura específica, mesmo que não estejamos cientes ou não a endossemos. Essa característica é o que torna a legitimidade representativa naturalista perigosa. No entanto, nosso interesse principal aqui não é a legitimidade normativa, mas a legitimidade descritiva; portanto, apenas desejamos documentar que algumas constituições existentes claramente se enquadram nessa categoria e discutir as consequências decorrentes desse fato.

Alguns países do Leste Europeu se enquadram no grupo que endossa principalmente o constitucionalismo representativo naturalista. A Constituição da Hungria (a Lei Fundamental) é talvez o exemplo mais paradigmático. Ela começa com um "reconhecimento nacional" que contém expressões nacionalistas e culturais. Assim, o Preâmbulo inclui uma referência a São Estêvão, que construiu o estado húngaro, para o cristianismo, à cultura nacional e a vários eventos históricos significativos. As declarações mais reveladoras aparecem nas duas últimas seções do Preâmbulo que afirmam: "Nossa Lei Fundamental será [...] um pacto entre os húngaros do passado, do presente e do futuro: uma estrutura viva que expressa a vontade da nação e a forma como queremos viver". E então, a última disposição do Preâmbulo afirma: "Nós, cidadãos da Hungria, estamos prontos para estabelecer a ordem de nosso país com base nos esforços comuns da nação." Embora a linguagem pareça indicar a existência de um pacto (e, portanto, também ecoa a terminologia representativa convencionalista), não é um pacto que repousa exclusivamente na aceitação voluntária; ele é determinado pelos atributos naturais objetivos e essenciais

⁴³ Veja Waldron (nota 16).

da nação húngara, que estão incorporados na maneira de viver húngara. De fato, para não haver qualquer confusão, a Lei Fundamental especificamente afirma que há "uma nação húngara que permanece unida".⁴⁴

Além disso, todo o projeto da nova Lei Fundamental húngara não foi essencialmente um projeto jurídico. Como József Szájer, chefe do comitê de redação do Lei Fundamental, afirmou:

Talvez não precisássemos de uma (uma constituição – AH e AS) no sentido jurídico: você pode beber vinho de um copo simples [...] mas para que isso seja mais do que apenas um ato de ficar embriagado, você tem que fazê-lo no estilo adequado [...] Uma constituição define uma identidade de um país – ela condensa o que pensamos sobre nossa história, conquistas e realizações [...] A Constituição anterior da Hungria não cumpriu essa função de definir a identidade da nação [...], então ela perpetuou muitos problemas e questões não resolvidas.⁴⁵

Argumentativamente, isso é apenas uma retórica vazia que frequentemente caracteriza os preâmbulos constitucionais. Tais preâmbulos apresentam uma narrativa histórica que molda a identidade constitucional, mas essa narrativa pouco importa para a prática constitucional. Isso é um equívoco, por duas razões. Primeiro, os preâmbulos têm consequências interpretativas.⁴⁶; Segundo, a Lei Fundamental Húngara baseia-se no conceito da nação húngara desenvolvido no preâmbulo para interpretar disposições específicas. Considere dois exemplos: primeiro, a Lei Fundamental estabelece que "A proteção da identidade constitucional e da cultura cristã da Hungria será uma obrigação de cada órgão do Estado."⁴⁷; e segundo, embora a Lei Fundamental garanta o direito à liberdade de expressão, ela condiciona esse direito ao estabelecer que "O direito à liberdade de expressão não pode ser exercido com o objetivo de violar a dignidade da nação húngara."⁴⁸

Para entender como a ideia da nação húngara e identidade húngara, refletida na Lei Fundamental, se concretiza na prática, considere a decisão de 2016 da Corte Constitucional Húngara sobre o programa de realocação de solicitantes de asilo da UE.

⁴⁴ Magyarország Alaptörvénye [*The Fundamental Law of Hungary*], Alaptörvény, *Foundation* (art D), tradução em <https://njt.hu/translated/doc/TheFundamentalLawofHungary_20190101_FIN.pdf>.

⁴⁵ Gary Jeffrey Jacobsohn e Yaniv Roznai, *Constitutional Revolution* (Yale University Press, New Haven, CT, 2020) 91, citando Bálint Ablonczy, *Conversations on the Fundamental Law of Hungary: Interviews with József Szájer, Hungarian Member of European Parliament, and Gergely Gulyás, Member of Parliament in Hungary* (Elektromédia, Budapest, 2012) 27.

⁴⁶ Sobre o significado social dos preâmbulos constitucionais, ver Liav Orgad, 'The Preamble in Constitutional Interpretation' (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law* 714.

⁴⁷ *Fundamental Law* (nota 45), *Foundation*, Art R (4).

⁴⁸ *Ibid*, *Freedom and Responsibility*, Art IX (5).

Para fortalecer a posição da Hungria em relação à UE, a Corte (que estava sob influência política) baseou-se na disposição de identidade para afirmar que:

O Tribunal Constitucional estabelece que a autoidentidade constitucional da Hungria é um valor fundamental não criado pela Lei Fundamental – é apenas reconhecido pela Lei Fundamental. Consequentemente, a identidade constitucional não pode ser renunciada por meio de um tratado internacional – a Hungria só pode ser privada de sua identidade constitucional por meio da terminação final de sua soberania, de seu estado independente. Portanto, a proteção da identidade constitucional permanecerá como dever do Tribunal Constitucional enquanto a Hungria for um Estado soberano.⁴⁹

Este trecho é notável. Ele reconhece explicitamente que a identidade constitucional da Hungria não foi criada pela Lei Fundamental. Esta última apenas reconheceu o que já existia. Portanto, a vontade ou o consentimento, de acordo com o Tribunal, não são especialmente significativos. O que importa é que a Lei Fundamental reflita a identidade húngara pré-existente e, por extensão, a do povo húngaro, independentemente de seu nível de participação na elaboração da nova Lei Fundamental.

A representação naturalista pode ser criticada sob o argumento de que subestima a importância da canonização constitucional da cultura nacional. Indiscutivelmente, como muitos teóricos apontaram, as constituições nacionais não apenas apontam ou se baseiam na identidade fixa existente da política, mas também “redefinem a identidade da entidade política e esse ato de reidentificação depende [...] da memória constitucional, que canoniza uma interpretação do passado a ser lembrada como fundamento de todo o sistema jurídico”⁵⁰. Além disso, as constituições que se enquadram nessa categoria consolidam uma visão particular e frequentemente sectária da história e a destacam.⁵¹ As constituições naturalistas servem assim para capturar um instantâneo da história e solidificá-lo na esfera mental da nação.⁵² Nesse aspecto, as constituições não apenas refletem, mas transformam a identidade etnocultural.⁵³ Essa observação, no entanto, não refuta nossa explicação, pois nossa explicação captura não as realidades, mas as realidades percebidas, ou seja, não o

⁴⁹ Decisão 22/2016. (XII. 5.) AB sobre a interpretação do artigo E) (2) da Lei Fundamental, tradução disponível em <https://hunconcourt.hu/uploads/sites/3/2017/11/en_22_2016.pdf> (ênfase adicionada), citado em Jacobsohn e Roznai (n 44) 95.

⁵⁰ Katalin Miklóssy e Heino Nyyssönen, *Defining the New Polity: Constitutional Memory in Hungary and Beyond* (2018) 26 *Journal of Contemporary European Studies* 322.

⁵¹ *Ibid* 324, 330.

⁵² *Ibid* 330.

⁵³ O entrenchamento do que está sendo descrito como a verdadeira essência da nação tem sido muitas vezes usado para excluir minorias. Veja Soeren Keil e Dragana Nikolić, *The Europeanization of National Constitutions in Southeast Europe: A Comparison between Croatia, Serbia and Bosnia and Herzegovina* (2014) 38 *Southeastern Europe* 87.

que as constituições naturalistas fazem, mas o que elas são publicamente entendidas como fazendo ou o que elas afirmam ou pretendem fazer. A visão subjacente às constituições nacionais não é construir uma nova identidade ou mesmo revisá-la, mas sim replicar uma existente e isso é o que legitima as constituições naturalistas representativas.

O constitucionalismo naturalista representativo também tem implicações institucionais. Ao contrário da representação convencionalista, o ato de enraizar a Constituição não é o aspecto mais significativo para legitimar a constituição. Essa observação foi feita explicitamente pelo Tribunal Húngaro quando declarou que "a autoidentidade constitucional da Hungria é um valor fundamental não criado pela Lei Fundamental – é meramente reconhecido pela Lei Fundamental". Na verdade, o processo de elaboração da Constituição que levou à adoção da nova Constituição Húngara (Lei Fundamental) não pode ser considerado inclusivo, deliberativo ou suficientemente transparente.⁵⁴ Portanto, para entender o que a Constituição dita, é necessário investigar quem os húngaros realmente ou objetivamente são, em vez do que desejam ou julgam ser justo. Assim, os tribunais húngaros não precisam indagar sobre questões de intenção original ou significado original público, que se concentram em compreensões prevalentes no momento da adoção, já que até mesmo os fundadores não têm autoridade para tomar decisões sobre os valores da nação húngara. Eles devem replicar a cultura e a história dadas da nação húngara em vez das intenções ou crenças dos fundadores.⁵⁵

Para resumir, a legitimidade naturalista representativa baseia-se na visão de que as constituições são legitimadas pelo fato de enraizarem as características naturais ou essenciais da nação. Não é a vontade contingente e talvez frágil do povo em um momento particular que possui autoridade, mas sim as características objetivas, naturais, históricas e culturais da nação. Note que isso não implica que o procedimento de fundação da constituição não tenha significado. No entanto, ao contrário do caso das constituições representativas convencionalistas, o procedimento participativo de fundação da constituição e o apoio e engajamento contínuo do povo com a constituição não possuem uma função constitutiva. O procedimento (majoritário ou democrático) pode ser usado como

⁵⁴ Veja, por exemplo, András László Pap, 'Liberalism as Constitutional Identity: The Case of Hungary' (2018) 59 *Hungarian Journal of Legal Studies* 378, 382 ('A nova constituição, conhecida como a Lei Fundamental [...] foi o único produto do partido político governante e foi adotada pelo governo da maioria sem o apoio de qualquer outra força política.')

⁵⁵ O texto da Constituição húngara corrobora com esta opinião. A própria Constituição determina no art. R (3) que: As disposições da lei fundamental devem ser interpretadas de acordo com seus propósitos, a Confissão nacional e as conquistas de nossa constituição histórica. A Lei Fundamental da Hungria (n 43).

evidência de que a constituição é representativa, em vez de ser a característica definidora da representação.

3.3. Legitimidade Não Representativa (Baseada Na Razão)

A legitimidade não representativa ou baseada na razão repousa em julgamentos sobre a justiça institucional, processual ou substantiva, correção e utilidade da constituição. Em contraste com o constitucionalismo representativo, o constitucionalismo baseado na razão considera a constituição não como um documento autônomo cuja força normativa emana fundamentalmente daqueles que são governados por ela, mas como um instrumento para orientar os governados a agir de acordo com a razão (conforme definida). A constituição é legítima, os cidadãos acreditam, principalmente porque estabelece boas instituições, consagra normas justas e é digna, portanto, de nossa adesão. A constituição não é um veículo para o autogoverno, uma reencarnação de nossa vontade ou essência interior, mas um instrumento que nos orienta a agir de acordo com a razão (definida de forma ampla). Como Raz argumentou, a lei (e, mais especificamente, a constituição) ganham sua legitimidade identificando corretamente os ditames da razão e nos orientando a agir de acordo com eles.⁵⁶

Em suma, sob a legitimidade representativa, a constituição merece nossa fidelidade porque é nossa (seja porque a endossamos voluntariamente ou porque consolida nossos valores culturais ou nacionais “reais”), enquanto sob o constitucionalismo baseado na razão, é nossa porque é fundamentada na razão e, portanto, merece nossa lealdade. O fato do consentimento é, portanto, pelo menos em princípio, irrelevante. O objeto desse consentimento (se tal consentimento existisse de fato), ou seja, o conteúdo da constituição e, em particular, se é bom, justo, sábio ou, mais geralmente, se consegue nos orientar a agir de acordo com a razão, é o que legitima a constituição.⁵⁷

Essa visão tem uma implicação importante: uma constituição não precisa ser o produto da nação que a governada. Constituições impostas, ou seja, constituições que são impostas à nação não podem ser facilmente entendidas como representativas⁵⁸. Em vez

⁵⁶ Veja Raz, *'The Problem of Authority'* (nota 9).

⁵⁷ Vicki C Jackson, *'Constituent Power or Degrees of Legitimacy?'* (2018) 12 *International and Comparative Law Journal* 319, 329 (“o fato de que o consentimento é necessário para a legitimidade não é a mesma proposição de que tudo o que o povo consente é legítimo”). Na opinião dos defensores das teorias baseadas na razão, no entanto, o consentimento não é absolutamente necessário.

⁵⁸ Há quem tente interpretar tais constituições dessa maneira. Veja David S Law, *'The Myth of the Imposed Constitutions,'* em Denis J Galligan e Mila Versteeg (eds), *The Social and Political Foundations of Constitutions* (Cambridge University Press, Cambridge, 2013) 239.

disso, as constituições impostas podem ser compreendidas como baseadas em pressupostos de razão; sua legitimidade está fundamentada na desejabilidade moral ou política (ou, dado nosso interesse aqui na legitimidade descritiva, sua legitimidade é fundamentada em crenças sobre a desejabilidade) de suas disposições.

Três constituições podem ser usadas como exemplos de constituições fundamentadas na legitimidade não representativa baseada na razão. Duas são resultado de um poder estrangeiro impondo uma constituição após vencer uma guerra (Alemanha e Japão); a terceira é uma constituição que não foi imposta,⁵⁹ mas que foi aceita como resultado de um esforço internacional para ajudar um país a superar seu passado sangrento, onde esse esforço foi considerado como "influência total" (Bósnia e Herzegovina).⁶⁰ Abaixo, discutimos os casos da Alemanha e da Bósnia e Herzegovina.

A Lei Fundamental Alemã foi construída (pelo menos em parte) por elites em um momento em que as massas estavam abaladas pela derrota na guerra. Isso também é verdade em relação à Constituição Japonesa. Ambas as constituições foram fortemente influenciadas por forças estrangeiras e não podem ser consideradas uma criação autêntica das nações que governam.⁶¹

As linhas gerais da Lei Fundamental alemã foram em grande parte ditados pelos aliados no final da Segunda Guerra Mundial. As condições estabelecidas pelos aliados incluíam a exigência de que a Lei Fundamental fosse democrática, estabelecesse uma ordem federal e protegesse os direitos fundamentais. No entanto, também ficou entendido pelos aliados que, para que a nova Lei Fundamental tivesse sucesso, ela deveria ser estabelecida em cooperação com o povo alemão.⁶² Além disso, as constituições alemãs anteriores, como as constituições do século XIX e a Constituição de Weimar, também influenciaram a Lei Fundamental de 1949⁶³. Como observa Kommers, "seja monárquica ou

⁵⁹ Há um debate sobre a própria inteligibilidade do conceito de constituições impostas. Por exemplo, David Law (ibid) argumenta que o conceito de uma constituição imposta não tem valor analítico ou descritivo, mas apenas um valor retórico ou narrativo. Mas para desenvolver nossa análise aqui, não há necessidade de contar com a precisão contornos desse controverso conceito. É evidente que algumas constituições são, na prática, impostas à nação, com níveis variados de consentimento e/ou participação daqueles que estão vinculados a eles.

⁶⁰ Philip Dan e Zaid Al-Ali, *'The internationalized Pouvoir Constituant: Constitution-making Under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor'* (2006) 10 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 423, 429.

⁶¹ Veja RW Kostal, *Laying Down the Law: The American Legal Revolutions in Occupied Germany and Japan* (Harvard University Press, Cambridge, MA, 2019).

⁶² Veja David P Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (University of Chicago Press, Chicago, 1995) 8–10.

⁶³ Veja Elmar Hucko (ed), *The Democratic Tradition: Four German Constitutions* (St Martin's Press, New York, 1988); Jo Eric Khushal Murkens, *From Empire to Union: Conceptions of German Constitutional Law Since 1871* (Oxford University Press, Oxford, 2013).

democrática, as constituições alemãs, tanto estaduais quanto nacionais, incorporaram e exaltaram o conceito de *Rechtsstaat*, que é a contribuição distintiva da Alemanha para o pensamento constitucional moderno”.⁶⁴ No entanto, apesar da participação de juristas alemães e da influência da tradição constitucional alemã sobre a Lei Fundamental de 1949, ela não pode ser considerada um produto ou criação exclusiva do povo alemão. O texto da Lei Fundamental estava sujeito à aprovação dos aliados, que usaram seus poderes para ditar mudanças em rascunhos anteriores preparados por juristas alemães. Eventualmente, ela foi aprovada tanto pelas potências ocupantes quanto pelos diferentes Länder (estados alemães).⁶⁵

Dadas essas informações, é evidente que a legitimidade da Lei Fundamental Alemã não pode ser percebida, pelo menos no momento de sua fundação, como fundamentada na representação. Em uma rara tentativa de abordar essa preocupação, um dos ex-juízes do Tribunal Alemão afirmou que: "A intervenção dos aliados não conseguiu marcar a Lei Fundamental como um instrumento imposto pelas potências ocupantes."⁶⁶ No entanto, essa afirmação é insuficiente. Mesmo que a Lei Alemã Fundamental não seja um instrumento imposto pelas potências ocupantes também não é um documento que foi adotado livremente pelo povo alemão e não pode pretender representá-los, pelo menos quando foi endossada.⁶⁷

A tudo isso acrescentamos outra evidência que indica que a Lei Fundamental Alemã não era totalmente representativa. A Lei Fundamental deveria ser “preliminar” e “transitória” até que todo o povo alemão pudesse aderir ou aceitar uma nova constituição. De fato, a Lei Fundamental foi concebida como uma constituição parcial provisória da Alemanha Ocidental até a população que vive na Zona de Ocupação Soviética e no Protetorado de Sarre também pudesse participar. Isso fica explícito no preâmbulo original

⁶⁴ Veja Donald P Kommers, *Book Review: The Democratic Tradition: Four German Constitutions* (1989) 16 *German Politics & Society* 60, 61.

⁶⁵ Currie (nota 63).

⁶⁶ Ibid. 10.

⁶⁷ Uma observação interessante frequentemente feita no contexto japonês é que a Constituição japonesa desfrutou de amplo apoio entre o povo japonês. Portanto, embora tenha sido imposta, não foi imposta ao povo japonês, mas às elites japonesas. Veja Yasuo Hasebe, *Conditional Lorrowing and Political Theory* (2003) 1 *International Journal of Constitutional Law* 224, 225–26. No entanto, o que é de crucial importância aqui não é se a Constituição foi apoiada pelo público japonês, mas a fonte de sua força autoritária. Ela é autoritária principalmente ou exclusivamente por causa de seu valor representativo, ou é autoritária porque é percebida como justa por motivos independentes? Além disso, parece que a simples vontade presumida do povo não é suficiente para justificar a classificação de uma constituição como representativa. Para ser considerada genuinamente representativa, é necessário uma manifestação ativa dessa vontade por meio de um referendo ou da realização de um processo participativo público.

da Lei Fundamental (alterado pós-unificação), que afirma que “[o povo alemão] atuou também em nome daqueles alemães a quem a participação foi negada.” Essa foi também a principal razão pela qual a Lei Fundamental não era chamada de “constituição” (Verfassung). A ideia era que somente após a unificação da Alemanha o povo alemão poderia ser representado com sucesso.⁶⁸

Assim sugerimos que a Lei Fundamental Alemã foi legitimada não em virtude de consentimento, endosso, adesão voluntária do povo alemão à Lei Fundamental, ou mesmo na convicção de que reflete a essência ou natureza alemã (uma visão que será rejeitada pela maioria dos alemães), ou em qualquer outra forma de legitimidade representativa. Em vez disso, é legitimada com base no fato de que se acredita que seu conteúdo é desejável em ambas as razões substantivas e institucionais. O Tribunal Alemão concordou com a visão baseada em razões quando afirmou:

As leis não são constitucionais apenas porque foram aprovadas em conformidade com disposições processuais [...]. Elas devem ser substancialmente compatíveis com os mais altos valores de uma ordem livre e democrática, ou seja, a ordem constitucional dos valores, e deve também estar em conformidade com os princípios constitucionais fundamentais não escritos, bem como com as decisões fundamentais da Lei Fundamental, em particular os princípios do Estado de direito e o estado de bem-estar social.⁶⁹

No entanto, observe que com o passar do tempo, uma constituição baseada na razão, como a Constituição Alemã, poderia gradualmente se transformar de tal forma que se torne representativa. O discurso sobre a "identidade constitucional" alemã poderia ser interpretado como um passo que indica que a Lei Fundamental Alemã pode ter se tornado mais representativa.⁷⁰ Para ser claro, não julgamos se a Constituição Alemã foi transformada em uma constituição representativa. Apenas argumentamos que, no momento de sua ratificação, ela não poderia ter sido considerada uma constituição representativa, mas poderia ainda assim obter legitimidade com base em fundamentos baseados na razão.

O apoio para nossa hipótese de que a Constituição Alemã não era representativa no momento de sua adoção pode de fato ser encontrado em trabalhos acadêmicos iniciais.

⁶⁸ Ver, por exemplo, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (23 de maio de 1949), <https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/7fa618bb-604e-4980-b667-76bf0cd0dd9b/publishable_en.pdf>; Alberto Randelzhofer, *German Unification: Constitutional and International Implications (1991)* 13 *Michigan Journal of International Law* 122.

⁶⁹ Elfes Case, 6 BVerfGE 32 (1957). Tradução disponível em <<https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=9>>.

⁷⁰ Ver BVerfG, Acórdão do Segundo Senado de 30 de junho de 2009 – 2 BvE 2/08, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.html>

Em um artigo publicado em 1949, após a adoção da Lei Fundamental Alemã, Carl Friedrich observou:

Essa data (a adoção da Lei Fundamental - A.H. e A.S.) foi escolhida intencionalmente para lembrar ao povo alemão que esta constituição provisória é uma estação intermediária no caminho para sair do caos que o regime colapsado de Hitler deixou para trás. Qualquer consideração sobre esta Lei Fundamental deve partir do fato de que a carta não é a criação de um povo livre e que terá que funcionar dentro de limites, tanto territoriais quanto funcionais, que prejudicam seriamente sua chance de se tornar uma constituição genuína, firmemente ancorada nas convicções básicas do povo.⁷¹

Concluindo seu artigo, Friedrich termina com uma citação apropriada de um jornal alemão, publicado logo após a adoção da Lei Fundamental:

A Lei Fundamental está se orientando para o futuro. Assim como a Alemanha. Depois de muitos erros e decepções, estamos diante de um começo. Quanta nova vida brotará das ruínas depende principalmente de nós mesmos.⁷²

Essas declarações demonstram como o raciocínio representativo foi dissociado da Lei Fundamental Alemã em sua fundação. No entanto, elas também expressam otimismo em relação ao futuro, quando a Lei Fundamental pode eventualmente se tornar representativa, dependendo da vontade do povo alemão.

Assim como a Alemanha (e o Japão), a constituição da Bósnia pode ser considerada uma constituição imposta. Na verdade, a Constituição é o Anexo 4 do Acordo de Paz de Dayton, assinado em 1995 entre representantes da Bósnia e Herzegovina, Sérvia e Croácia. Ao contrário dos casos de ocupação, como Alemanha e Japão, a Constituição da Bósnia foi resultado de negociações de paz entre as partes beligerantes, mediadas inicialmente pelas Nações Unidas e pela União Europeia, e depois transferidas para o "grupo de contato", que incluía representantes dos Estados Unidos, Rússia, Reino Unido, França e Alemanha. Embora a Constituição tenha sido aprovada por meio de assinatura (não ratificação) das partes, ela foi essencialmente redigida pelos mediadores, em inglês. Não houve uma assembleia constitucional, um processo constitucional nem um referendo para determinar sua aceitação.⁷³ Isso levou a ser chamada de "Constituição de Dayton" em vez de "Constituição da Bósnia".⁷⁴

⁷¹ Carl J Friedrich, *'Rebuilding the German Constitution, II'* (1949) 43 *American Political Science Review* 704.

⁷² *Ibid.* 720.

⁷³ Keil e Nikolić (nota 54) 191; Karin Oellers-Frahm, *'Restructuring Bosnia-Herzegovina: A Model with Pitfalls'* (2005) 9 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 179, 191.

⁷⁴ Keil e Nikolić (nota 54) 195, citando Fionnuala Ní Aoláin, *'The Fractured Soul of the Dayton Peace Agreement: A Legal Analysis'* (1998) 19 *Michigan Journal of International Law* 957, 971.

A questão da legitimidade em todas essas constituições é, portanto, particularmente preocupante, uma vez que não pode plausivelmente repousar na representação. As Constituições alemã e japonesa foram redigidas por potências ocupantes, proporcionando espaço limitado para o "nós, o povo". O caso da Bósnia é, é claro, diferente, mas também se originou de decisões efetivamente tomadas por potências estrangeiras, não pelo povo bósnio. Sua promulgação foi retirada de qualquer genealogia representativa. De fato, assinado pelo líder da Bósnia, Alija Izetbegović, os outros dois signatários eram os líderes da Croácia e da Sérvia, que obviamente não representam o povo bósnio. De fato, o Tribunal Constitucional da Bósnia e Herzegovina decidiu que a Constituição, sendo um acordo internacional, deve ser interpretada como um tratado, diminuindo assim seu status ao negar implicitamente que seja um documento que representa a nação Bósnia.⁷⁵

Assim, pode-se perguntar: Qual é a fonte de legitimidade dessas constituições? Por que as Constituições alemã, japonesa ou bósnia, que nunca foram devidamente endossadas pelo povo alemão, japonês ou bósnio, são tão estáveis e robustas?⁷⁶

Acreditamos que muitas diferenças entre as constituições dos Estados Unidos e da Alemanha podem ser explicadas usando nossa classificação. Reconhecendo que nem todas as constituições são representativas explica uma diferença fundamental entre as maneiras pelas quais diferentes constituições operam. Como afirmado anteriormente, a Constituição dos EUA desempenha um papel central na política dos Estados Unidos. Os cidadãos americanos saúdam a Constituição como uma grande conquista própria; eles estudam suas disposições na escola, debatem seus significados na mídia e frequentemente justificam suas posições políticas com base em argumentos constitucionais. Para ser uma Constituição representativa, a Constituição dos EUA precisa ser conhecida e estudada pelo

⁷⁵ Decisão Parcial III, Processo U-5/98: 'Ao contrário das constituições de muitos outros países, a Constituição da BiH no Anexo 4 do Acordo de Dayton é parte integrante de um acordo internacional. Portanto, o artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – que prevê um princípio geral de direito internacional que é, de acordo com o Artigo III.3 (b) da Constituição da BiH, uma 'parte integrante do sistema jurídico da Bósnia e Herzegovina e suas Entidades' - deve ser aplicado na interpretação de as suas disposições, incluindo a Constituição da BiH'. Ver também Damir Banović e Saša Gavrić, 'The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and Its Role in the Process of Democratization of the Post-war Political System of Bosnia and Herzegovina 2' (manuscrito não publicado) ('não se pode afirmar seriamente que o Anexo 4 é o texto constitucional e legal do demos da Bósnia e Herzegovina (Staats Volk)').

⁷⁶ No que diz respeito à Constituição Japonesa, deve-se notar que uma década após a sua adoção, os japoneses formaram uma comissão para considerar sua revisão. A comissão recomendou mudanças, mas essas nunca foram postas em prática e a Constituição foi preservada sem que nenhuma alteração fosse feita na versão americana. Ver Noah Feldman, 'Imposed Constitutions' (2005) 37 *Connecticut Law Review* 857, 859. Para nossa análise, isso pouco importa, uma vez que olhamos para o status da constituição no momento da adoção.

povo americano, pois pretende representá-los.⁷⁷ Em contraste, os cidadãos alemães tradicionalmente não são empenhados em debater as disposições substantivas de sua constituição. Em vez disso, eles adiam a perícia do Tribunal Constitucional e aceitam as suas determinações como vinculativas.⁷⁸ Pesquisas mostram que o Tribunal Constitucional alemão é altamente popular e desfruta de amplo apoio público⁷⁹. De maneira mais geral, o caso alemão ilustra que uma constituição baseada na razão não precisa ser aquela que constantemente molda e é moldada pelo povo, suas opiniões ou sua essência ou natureza objetiva.

Note-se, por fim, que essa comparação pode lançar luz sobre as razões pelas quais algumas constituições são representativas e outras baseadas na razão. A Constituição dos EUA foi um ato de independência da coroa britânica. Ela confirmou (ou melhor, estabeleceu) o povo americano como distinto e independente do povo britânico. Aqui reside a razão fundamental para seu caráter representativo. Por outro lado, as constituições alemã e japonesa não eram constituições "novas", pois esses países tinham suas próprias histórias e tradições constitucionais. Elas não foram atos de independência. Os momentos históricos particulares e os propósitos políticos determinaram as formas específicas pelas quais cada constituição é legitimada (representativa: convencional ou naturalista; baseada na razão). Para ser claro, não pretendemos analisar os contextos históricos que dão origem a constituições representativas ou baseadas na razão. Em vez disso, documentamos a existência de ambos os tipos e identificamos as implicações de usar um ou outro.

Como mencionado anteriormente, a distinção entre legitimidade representativa e legitimidade baseada na razão não é binária, mas sim existe em um espectro. A Lei Fundamental alemã, as Constituições japonesa e bósnia são três exemplos principais de

⁷⁷ A declaração mais famosa nesse sentido é Robert Neelly Bellah, 'Civil Religion in America' (1967) 96 *Journal of the American Academy of Arts and Sciences* 1.

⁷⁸ Veja, por exemplo, Udo Di Fabio, 'The Significance of Germany's Basic Law', *DW. Com* (23 de maio de 2019), <<https://www.dw.com/en/opinion-the-significance-of-germanys-basic-law/a-48841328>>. Di Fabio, ex-juiz do Tribunal Constitucional, escreve que, 'os alemães têm carinho pela sua constituição e a valorizam como um documento que estabelece os valores-chave da nação. Enquanto as constituições escritas em muitos estados europeus estão gradualmente perdendo importância, ao contrário grande importância ainda é dada ao Tribunal Constitucional da Alemanha [...] decisões não só têm grande peso, mas também fornecem uma sensação de segurança nacional ao mesmo tempo em que fortalecem o senso de identidade nacional da Alemanha.'

⁷⁹ Veja, por exemplo, James L Gibson et al, 'On the Legitimacy of High Courts' (1998) 92 *American Political Science Review* 343. "Os juizes pouco conhecidos do Tribunal Constitucional da Alemanha exercem influência real, não apenas em casa, mas também no exterior." *The Economist* (26 de março de 2009). Para conhecer as atitudes dos alemães em relação a sua constituição e a corte constitucional, ver também Bernhard Schlink, 'German Constitutional Culture in Transition' (1992) 14 *Cardozo Law Review* 711, 724–25; James L Gibson e Gregory A Caldeira, 'Defensores da Democracia? Legitimidade, Aceitação Popular e o Tribunal Constitucional Sul-Africano' (2003) 65 *Jornal de Política* 1, 5.

constituições baseadas na razão. Uma objeção possível seria que esses exemplos estão desatualizados e, além disso, são exemplos de constituições impostas⁸⁰ e, como tal, não refletem a maneira como as constituições são feitas hoje. Em particular, o argumento seria que os exemplos alemão e japonês pertencem a uma época diferente e o exemplo bósnio é uma exceção.

Em alguns aspectos, isso é verdade. Constituições impostas no estilo de uma potência estrangeira ocupante escrevendo, aprovando ou impondo uma constituição para outro povo, embora possam servir como exemplos paradigmáticos de constituições baseadas na razão e não representativas, não fazem mais parte do repertório de criação de constituições. Para começar, constituições totalmente impostas eram raras e hoje têm um odor colonialista, embora curiosamente potências coloniais, como Grã-Bretanha e França, não estivessem interessadas em empreendimentos constitucionais.⁸¹ No entanto, as constituições impostas não desapareceram completamente. A Constituição bósnia, parte do Acordo de Paz de Dayton, é muito mais atual, embora suas circunstâncias sejam únicas e se apliquem a países devastados pela guerra que dependem de mediadores internacionais para superar conflitos internos.

Além disso, constituições impostas podem ter um alto custo normativo. Ou seja, elas não são o produto de autodeterminação coletiva e, portanto, são incompatíveis com o princípio fundamental por trás de uma constituição como um exercício do poder constituinte.⁸² Ademais, porque são impostas externamente, podem reduzir as perspectivas de gerar um quadro estável que promova a justiça.⁸³ Elas podem criar uma discrepância entre as disposições importadas e a estrutura institucional formal e informal que se destinam a governar.⁸⁴

No entanto, apesar dessas reservas, existe um universo maior de constituições parcialmente "impostas" com base em razões. Algumas dessas constituições são às vezes descritas como "emprestadas" ou "transplantadas", porque confiam na experiência de outros países e, conseqüentemente, importam disposições constitucionais. Ademais, podemos adicionar constituições que são influenciadas por elementos externos, sejam eles

⁸⁰ Para uma discussão sobre constituições impostas, ver Yaniv Roznai, 'Internally Imposed Constitutions', em Richard Albert, Xenofonte Contiades e Alkmene Fotiadou (eds), *A Legitimidade e o Direito de Constituições Impostas* (Routledge, Londres, 2018) 58; Sujit Choudhry, '*Old Imperial Dilemmas and the New Nation Building: Constitutive Constitutional Politics in Multinational Polities*' (2005) 37 *Lei de Connecticut Revisão* 933.

⁸¹ Frederick Schauer, '*On the Migration of Constitutional Ideas*' (2005) 37 *Connecticut Law Review* 907, 909.

⁸² Roznai (nota 82).

⁸³ Feldman (nota 78) 882.

⁸⁴ Schauer (nota 83) 912.

países, instituições ou indivíduos. Na verdade, embora a elaboração de constituições seja frequentemente considerada um exercício de soberania por "nós, o povo", existe uma prática bastante estabelecida de envolvimento internacional na elaboração de constituições, muito aquém da imposição, mas ainda uma influência externa. Essas intervenções são potencialmente vulneráveis às dificuldades mencionadas acima, embora essas dificuldades sejam significativamente menos graves, uma vez que não envolvem a força bruta ou a dominação que caracterizavam as "antigas" constituições impostas.⁸⁵ Essas intervenções, por agências da ONU, ONGs e organizações internacionais de direitos humanos, às vezes (mas nem sempre) a convite do Estado, influenciam e moldam a estrutura e o conteúdo das novas constituições e podem conferir legitimidade a elas. Tais intervenções, que frequentemente são acompanhadas de pressão, são projetadas e podem ser compreendidas como uma inserção na constituição da dimensão da razão.⁸⁶

Antes de prosseguir, uma objeção deve ser examinada. Uma possível objeção é que o envolvimento internacional não equivale a legitimidade baseada em razão, porque, apesar da influência externa, as constituições são (na maioria dos casos) posteriormente ratificadas pelo povo de uma maneira ou de outra.

Essa objeção tem alguma validade, já que de fato haverá alguma legitimidade baseada em representação para essas constituições. No entanto, acreditamos que o envolvimento internacional na elaboração de constituições serve como um bom exemplo de legitimidade constitucional baseada na razão, ou pelo menos um sistema misto, por várias razões. Primeiro, como afirmamos anteriormente, a legitimidade não é binária, mas existe em um espectro. O envolvimento internacional ocorre de várias formas e intensidades. Ele pode vir acompanhado de pressão, de modo que a ratificação não pode ser entendida como totalmente autêntica.⁸⁷ Em segundo lugar, o envolvimento internacional é visto como um desafio ao modo tradicional de elaboração de constituições, que se baseia no trabalho de atores internos atuando em uma capacidade representativa em nome de "Nós, o Povo" ou "a nação" como o único modo de gerar autoridade

⁸⁵ Ibidem 917-18. Como observa Schauer, no entanto, nenhuma constituição é completamente independente de influência externa, seja em sua redação ou em sua interpretação. Aqui, porém, estamos nos referindo não apenas à influência, mas a um processo distinto de envolvimento constitucional por parte de instituições estrangeiras ou mesmo de Estados.

⁸⁶ Veja, por exemplo, Cheryl Saunders, 'International Involvement in Constitution-Making' em David Landau e Hanna Lerner (eds), *Comparative Constitution Making* (Edward Elgar, Cheltenham, 2019) 81 ("O ideal dos especialistas internacionais em direitos humanos são constituições nacionais amplamente fiéis a uma compreensão universalista dos padrões internacionais de direitos humanos, tanto no processo quanto na substância'.)

⁸⁷ Ibid (descrevendo os vários tipos de influência externa em um espectro de coercitividade).

constitucional.⁸⁸ Em terceiro lugar, mesmo que haja participação pública, ela será limitada. Por fim, o envolvimento internacional muitas vezes estipula quais atores políticos participam das negociações e como o processo será estruturado.⁸⁹

Claro, pode-se argumentar que todas as constituições incorporam ideias que se originaram em outros lugares⁹⁰. Às vezes, há sentimentos que parecem desafiar o "empréstimo constitucional" sob a alegação de que isso compromete a natureza representativa da constituição⁹¹. Reservamos nossa discussão para casos de envolvimento explícito de Estados e instituições, em vez de uma decisão interna de importar uma doutrina jurídica desenvolvida em outro lugar⁹², particularmente casos em que o envolvimento foi acompanhado por tais pressões que o endosso não é totalmente voluntário.

O envolvimento internacional na elaboração e redação de constituições certamente não é um fenômeno novo.⁹³ Grande parte dessa história envolve colonialismo, descolonização e império, frequentemente gerando resistência local e fracasso constitucional⁹⁴. No entanto, alguns dos casos mais recentes de envolvimento internacional são diferentes, focando em aconselhamento e colaboração em vez de imposição. Isso é em parte derivado dos efeitos de uma ordem constitucional em estados vizinhos, do desejo de abordar problemas específicos em conjunto, de garantir a conformidade com obrigações jurídicas internacionais⁹⁵ ou de auxiliar na construção do estado em sociedades pós-conflito.⁹⁶ Claro, a política de poder ainda desempenha um papel significativo, e Estados e

⁸⁸ Para um argumento de que o envolvimento internacional é suspeito com base nisso, veja Feldman (nota 78).

⁸⁹ Manon Bonnet, *The Legitimacy of Internationally Imposed Constitution-making in the Context of State Building*, em Albert et al (n 1) 208 (observando a parcialidade das consultas públicas em várias jurisdições)

⁹⁰ Ver Sujit Choudhry (ed), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge University Press, Cambridge, 2009).

⁹¹ Esse desafio, como argumentamos anteriormente, foi apresentado por estudiosos americanos no contexto do debate nos Estados Unidos sobre se citar leis estrangeiras na interpretação constitucional. Argumentou-se que confiar em leis estrangeiras mina a soberania e mina o envolvimento do povo americano na determinação do conteúdo da Constituição. Consulte também Richard A. Posner, 'Foreword: A Political Court' (2005) 119 HLR 31, 84–90; Frank H. Easterbrook, 'Foreign Sources and the American Constitution' (2006) 30 Harvard Journal of Law and Public Policy 223, 224.

⁹² Sobre a migração de doutrinas particulares, ver Moshe Cohen-Eliya e Iddo Porat, *Proportionality and Constitutional Culture* (Cambridge University Press, Cambridge, 2013); Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments – the Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press, Oxford, 2017).

⁹³ Saunders (nota 89).

⁹⁴ Veja, por exemplo, Anna Su, *Exporting Freedom: Religious Liberty and American Power* (Oxford University Press, Oxford, 2016). Na Eritreia pós-colonial, por exemplo, o presidente da Comissão Constitucional observou que os europeus convocaram líderes africanos para as capitais europeias e "impuseram constituições goela abaixo". Ver Louis Aucoin, *The Role of International Experts in Constitution-Making* (2004) *Georgetown Journal of International Affairs* 89, 90, citando Felicia Lee, 'Constitutionally: A Risky Business', *New York Times* (31 de maio de 2003).

⁹⁵ Saunders (nota 89) 71.

⁹⁶ Veja, por exemplo, Dan e Al-Ali (n 59) (discutindo Timor-Leste).

instituições poderosas exercem pressão pelo resultado desejado.⁹⁷ Em outras palavras, a criação de constituições hoje não se trata (apenas) de as pessoas se reunirem e se darem uma constituição. Essa concepção antiga está enraizada – quer seja ou não historicamente precisa – na criação das constituições francesa e americana. Hoje, no entanto, o poder constituinte não é incorporado em um único órgão, mas está disperso entre muitos locais, nem todos domésticos.⁹⁸ Abaixo, fornecemos alguns exemplos.

As Nações Unidas, por exemplo, emitiram uma “Nota de Orientação” detalhando o tipo de assistência que oferece no processo de elaboração de constituições.⁹⁹ Os princípios orientadores buscam cuidadosamente equilibrar o envolvimento da ONU – por exemplo, incentivando a conformidade com normas internacionais e insistindo na “apropriação nacional” e apoiando a “inclusão, participação e transparência”¹⁰⁰. Apesar da retórica suave, essa influência externa não pode ser adequadamente descrita como representativa.

Organizações regionais, das quais a mais notável é a Comissão de Veneza no Conselho da Europa, oferecem assistência aos estados membros ou a estados que procuram a seu aconselhamento.¹⁰¹ Além da ONU e das organizações regionais, os processos de elaboração de constituições também podem envolver especialistas estrangeiros individuais. Por exemplo, durante o processo de constituição em Timor-Leste, o secretariado da Assembleia Constituinte incluiu cinco especialistas parlamentares internacionais. Quatro dos cinco membros eram de Portugal, a antiga potência colonial.

⁹⁷ Capota (nota 92). Essa dinâmica também é discutida na literatura sobre direito e desenvolvimento. Para uma discussão, consulte Brian Z Tamanaha, *The Lessons of Law-and-Development Studies* (1995) 89 *American Journal of International Law* 470.

⁹⁸ Andrew Arato, *Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making* (2009) 22 *International Journal of Politics, Culture and Society* 427.

⁹⁹ Nações Unidas, Nota de Orientação do Secretário-Geral; Assistência das Nações Unidas aos Processos Constitucionais (abril de 2009), <https://www.un.org/ruleoflaw/files/Guidance_Note_United_Nations_Assistance_to_Constitution-making_Processes_FINAL.pdf>.

¹⁰⁰ *Ibid* 2.

¹⁰¹ Saunders (nota 89) 74. Por exemplo, a Comissão, composta por especialistas constitucionais, opinou sobre emendas constitucionais na Albânia em relação ao veto de políticos: ver Comissão de Veneza, Albânia - Parecer sobre projetos de emendas constitucionais que permitem o veto de políticos, aprovado pelo Conselho de Veneza Comissão em sua 117ª Sessão Plenária (Veneza, 14–15 de dezembro de 2018), <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2018\)034-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2018)034-e)>; sobre o projeto de constituição em Luxemburgo, ver Veneza Comissão, Luxemburgo – Parecer sobre a proposta de revisão da Constituição, adotada pelo Parlamento de Veneza Comissão em sua 118ª Sessão Plenária (Veneza, 15 e 16 de março de 2019), <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2019\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2019)003-e)>; e sobre as disposições constitucionais que regem o separação de poderes e a independência do judiciário em Malta, ver Comissão de Veneza, Malta – Parecer sobre Disposições Constitucionais e Separação de Poderes e Independência do Judiciário e Aplicação da Lei, Adotado pela Comissão de Veneza em sua 117ª Sessão Plenária (Veneza, 14–15 de dezembro de 2018), <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2018\)028-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2018)028-e)>.

Consequentemente, grande parte da discussão enfatizou a Constituição Portuguesa, que é talvez a razão pela qual, como os conselheiros internacionais observaram mais tarde, a Constituição que surgiu não adotou suas recomendações.¹⁰² Em contraste, a Assembleia foi muito mais receptiva aos comentários do Alto Comissariado da ONU para Direitos, e revisou seu rascunho à luz de sua preocupação de que o rascunho não aderisse aos padrões internacionais de direitos humanos.¹⁰³

O processo de criação de constituições não precisa ser restrito a uma única instituição externa que fornece aconselhamento. Por exemplo, o processo de criação da Constituição no Sudão do Sul foi influenciado por agências financiadas pelo governo, organizações internacionais e especialistas privados contratados pelo governo. O Instituto Nacional Democrático, uma organização sem fins lucrativos dos EUA que trabalha com países em desenvolvimento para aumentar as capacidades democráticas, pressionou para incluir disposições sobre a separação entre igreja e estado, ação afirmativa baseada em gênero e direito de acesso à informação. Essas disposições foram incluídas na Constituição Provisória de 2005 e permaneceram na Constituição de Transição de 2011, ainda em vigor hoje.¹⁰⁴

A assessoria constitucional por atores estrangeiros (especialistas individuais, organizações de direitos humanos, organizações regionais e profissionais, instituições supranacionais e até mesmo países) agora se tornou a norma nos processos de elaboração de constituições, especialmente quando envolvem países emergentes de conflitos, domínio colonial ou dominação de uma potência estrangeira. Esse envolvimento ocorreu em locais variados, como Albânia, Bangladesh, Camboja, Timor-Leste, Iraque, Somália, Sudão do Sul e Sri Lanka, entre muitos outros.¹⁰⁵ Mais geralmente, as últimas décadas têm produzido muita semelhança entre as constituições pós-1945, sugerindo influência, difusão transnacional e convergência, a ponto de os estudiosos se referirem ao "constitucionalismo

¹⁰² Joanne Wallis, *Constitution Making During State Building* (Cambridge University Press, Cambridge, 2014) 105–6.

¹⁰³ *Ibid* 106.

¹⁰⁴ Kevin L. Cope, 'South Sudan's Dualistic Constitution,' in Denis Galligan and Mila Versteeg (eds), *The Social & Political Foundations of Constitutions* (Cambridge University Press, Cambridge, 2013) 312–13.

¹⁰⁵ Para uma visão otimista desse fenômeno, veja Aucoin (nº 95). Sobre as promessas e limites gerais da conselheiros constitucionais, ver Cheryl Saunders, '*Constitution Making in the 21st Century*' (2012) 4 *International Review of Law*, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2252294>. Para um foco na África, ver Ugo Mattei, '*Patterns of African Constitution in the Making*' (1999) *Cardozo Law Bulletin*, <<http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Review/Constitutional/Mattei-1999/Patterns.html>>. Para uma discussão sobre o envolvimento americano nas constituições, ver Barbara A Perry, '*Constitutional Johnny Appleseeds: American Consultants and the Drafting of Foreign Constitutions*' (1992) 55 *Albany Law Review* 767.

de direitos genéricos", no qual os países adotam o mesmo (ou muito semelhante) conjunto de disposições de direitos. É improvável que essa semelhança possa ser totalmente atribuída à representação doméstica. Uma explicação parcial é que o conjunto de consultores constitucionais prossegue com base em determinados modelos que consideram desejáveis. Assim, a difusão de normas e a influência de estados, organizações e especialistas individuais geraram um conjunto de normas que podem ser consideradas um tipo de referencial ou "melhores práticas" que os países passaram a adotar independentemente de sentimentos nacionais ou de preferências demonstradas.¹⁰⁶ Claro, nada disso significa que disposições semelhantes sejam interpretadas e aplicadas de maneira semelhante, mas este não é o nosso ponto. Nossa afirmação é que, na medida em que a legitimidade dessas disposições (e das constituições que as adotam) é discutida, ela não pode ser totalmente abordada por argumentos baseados em representação, porque esses argumentos falham ao não levar em conta o conteúdo e o processo que levou à adoção dessas disposições. A adoção de tais disposições pode ter sido resultado de influência externa ou, em alguns casos, influência que beirou a pressão.¹⁰⁷ Nesses casos, a legitimidade baseada na razão pode desempenhar um papel importante na legitimação de tais disposições.

Como indicado acima, as ressalvas convencionais aplicáveis a qualquer dicotomia (exceto talvez na lógica) também devem ser aplicadas aqui. A dicotomia entre legitimidade representativa e baseada na razão não é uma dicotomia nítida; frequentemente, a legitimidade repousa tanto em modos de legitimação representativa quanto baseados na razão. Frequentemente, o julgamento de que uma constituição repousa em bases representativa e em fundamentos baseados na razão está inter-relacionado. Tipicamente, diferentes movimentos políticos e sociais usam argumentos tanto baseados em representação quanto baseados em razão para justificar sua aderência a uma determinada ordem constitucional.

¹⁰⁶ David S Law e Mila Versteeg, 'A Evolução e Ideologia do Constitucionalismo Global' (2003) 99 *California Law Review* 1163. Para a afirmação de que o direito constitucional de forma mais geral possui elementos genéricos centrais com relação à teoria, análise e doutrina, ver David S Law, 'Generic Constitutional Law' (2005) 89 *Minnesota Law Review* 652. Certamente, isso não significa que as constituições sejam sempre o produto de forças externas. A literatura tem cuidado em discernir entre os aspectos que são mais e menos propensos as influências externas. Por exemplo, as provisões de direitos exibem muita convergência, enquanto as provisões estruturais são mais produto das forças domésticas. Tom Ginsburg e Mila Versteeg observam que a revisão judicial constitucional também é impulsionada pela política eleitoral doméstica. Veja Tom Ginsburg e Mila Versteeg, 'Por que os países adotam Revisão Constitucional' (2014) 30 *Journal of Law, Economics and Organization* 587.

¹⁰⁷ Saunders (nota 89).

Ademais, o equilíbrio entre esses dois tipos de mecanismos de criação de legitimidade pode mudar ao longo do tempo, de modo que uma constituição que tenha sido legitimada principalmente em fundamentos baseados na razão pode eventualmente ser transformados e legitimados em fundamentos representativos e vice-versa¹⁰⁸. Portanto, a resposta à pergunta se uma constituição se enquadra em um ou outro campo pode mudar de tempos em tempos.

Os exemplos discutidos nesta seção, como os EUA, Hungria e Alemanha, são exemplos relativamente claros de constituições que se baseiam em uma forma distintiva de legitimidade (representação convencional, representação natural ou legitimidade baseada na razão). No entanto, existem casos em que a fonte de legitimidade é controversa (constituições conflituosas ou polarizadas). Essas controvérsias podem ter implicações normativas e doutrinárias importantes.¹⁰⁹ No entanto, reservamos a discussão desses casos para o futuro, uma vez que aqui estamos principalmente preocupados em classificar as constituições impostas como baseadas na razão, pois essa classificação fornece um entendimento que pode diminuir as preocupações levantadas por muitos em relação à legitimidade dessas constituições.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legitimidade baseada na razão pode explicar um antigo enigma teológico que aparece no livro de Êxodo. É dito que Moisés trouxe o livro da Aliança e, admiravelmente, o povo disse "tudo o que o Senhor disse, faremos". A interpretação tradicional do Talmude indica que o povo estava comprometido em obedecer aos ditames da aliança antes mesmo de ouvi-los. Mas como isso poderia ser? Como você pode se comprometer a obedecer

¹⁰⁸ Paul Kahn argumentou que isso aconteceu no contexto dos Estados Unidos. Veja Kahn (nota 11) 450.

¹⁰⁹ Israel é um exemplo de uma constituição conflituosa ou polarizada. A divisão entre os proponentes israelenses e oponentes do ativismo judicial é muitas vezes fundamentada em diferentes concepções de legitimidade, onde os proponentes do ativismo judicial fundamentam seus argumentos na razão, enquanto os oponentes falam frequentemente em termos de legitimidade representativa. Para uma discussão sobre a história da revolução constitucional israelense e os argumentos gerados, veja Gideon Sapir, *The Israel Constitution: From Evolution to Revolution* (Oxford University Press, Oxford, 2018) 31–48. O debate pode ser encontrado mais claramente em Bank Hamizrachi – o caso que estabeleceu o poder da Corte Israelense de exercer o poder de revisão judicial. O debate entre o presidente Barak e o juiz Cheshin sobre os poderes da revisão judicial é, em última análise, um debate entre uma ideologia representativa e uma ideologia baseada na razão. Enquanto o juiz Cheshin argumentou que as constituições devem ser ratificadas pelo povo e, portanto, que o tribunal não tem poderes de revisão judicial, o juiz Barak argumentou que “a democracia tem sua própria moralidade interna, baseada na igualdade e na dignidade de todos os seres humanos” e, portanto, que o poder de revisão judicial é parte integrante da democracia israelense. Ver CA 6821/93 United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village [1995] IsrSC 49(4) 221. Deve-se acrescentar, no entanto, que o Presidente Barak não se restringiu a um relato baseado na razão, mas também enfatizou que seu argumento foi apoiado por considerações representativas.

antes de saber a que está obedecendo? Talvez a resposta possa estar fundamentada na legitimidade baseada na razão. Dado que a aliança é dada por Deus, suas disposições são inevitavelmente justas. Portanto, o povo judeu sabia que as disposições da Aliança são justas antes mesmo de saber o que eram. É a crença na justiça das disposições que confere legitimidade à aliança.

Nossa análise estabeleceu que a legitimidade constitucional nem sempre se baseia exclusiva ou mesmo principalmente na representação. Os fundamentos para a legitimidade diferem de uma constituição para outra e até mesmo dentro do quadro de uma única ordem constitucional, de um momento para outro. Além disso, demonstramos que os diferentes fundamentos de legitimidade têm ramificações importantes na forma como as constituições operam, nos métodos interpretativos utilizados pelos tribunais e no papel que a constituição desempenha na vida política da nação.

Para ser claro, nossa discussão se concentrou na legitimidade descritiva, mas não é difícil ver os contextos em que a legitimidade não representativa pode, pelo menos *prima facie*, ser considerada normativamente convincente. Como o exemplo da Alemanha ilustra, às vezes um país não quer ser governado por seus próprios valores, ou seja, por uma constituição representativa. Ele aspira a ser diferente. A legitimidade representativa não era, na época, uma opção viável para a Alemanha. No entanto, o que era uma opção era tentar fundamentar a Constituição na razão e esperar que, no futuro, houvesse uma convergência entre a nação e a razão de modo que a Constituição se tornasse assim representativa. No entanto, isso não será o resultado da Constituição estabelecendo os valores da nação, mas sim da nação fixando os valores incorporados na Constituição. De fato, essa poderia ser a história do Japão, que escolheu obedecer aos termos de sua Constituição uma década após ela ter sido imposta e, assim, concedeu a ela um certo grau de legitimidade representativa.

Nossa análise resolve os enigmas frequentemente levantados em relação às constituições não representativas da Alemanha, Japão e de outros casos. De forma mais geral, ela explica as bases normativas subjacentes das constituições impostas e da elaboração internacional de constituições. Justificar esses fenômenos unicamente com base na legitimidade representativa muitas vezes requer distorcer o conceito de representação. A legitimidade baseada na razão – aquela que repousa na justiça ou eficácia das disposições constitucionais – reduz a lacuna entre teoria e prática constitucionais, permitindo-nos compreender a diversidade de constituições e a diversidade dos meios

pelos quais as constituições podem ser legitimadas. Importante ressaltar que constituições que fazem reivindicações fracas de representação ainda podem ser defendidas com base em fundamentos relacionados à razão.

REFERÊNCIAS

ABLONCZY, Bálint, **Conversations on the Fundamental Law of Hungary: Interviews with József Szájer, Hungarian Member of European Parliament, and Gergely Gulyás, Member of Parliament in Hungary**. Budapest: Elektromédia, 2012

ACKERMAN, Bruce A. "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution." **The Yale Law Journal**, vol. 93, no. 6, 1984, pp. 1013–72. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/796204>.

ACKERMAN, Bruce A. **We the People: Foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

ADAMS, John, 'Thoughts on Government', in HYNEMAN, Charles S.; LUTZ, Donald S. (eds). **American Political Writing During the Founding Era: 1760–1805**. vol. I. Washington, DC, 1983

ALBERT, Richard; CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. **The Legitimacy of Internationally Imposed Constitution-making in the Context of State Building**, London: Routledge, 2018

AMAR, Akhil Reed, The Bill of Rights as a Constitution. V. 100. **Yale Law Journal**, 1991

AOLÁIN, Fionnuala Ní. The Fractured Soul of the Dayton Peace Agreement: A Legal Analysis. **Michigan Journal of International Law**, 1998

ARATO, Andrew. "Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making." **International Journal of Politics, Culture, and Society**, vol. 22, n. 4, 2009, pp. 427–43. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/25621939>.

BEETHAM, David, **The Legitimation of Power**. New York: Palgrave Macmillan, 1991.

BELLAH, Robert Neelly. Civil Religion in America. **Journal of the American Academy of Arts and Sciences**, 1967

BORK, Robert, **The Tempting of America: The Political Seduction of the Law**. New York: The Free Press, 1990.

CHOUDHRY, Sujit (ed). **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009

CHOUDHRY, Sujit. Old Imperial Dilemmas and the New Nation-Building: Constitutive Constitutional Politics in Multinational Polities, **Connecticut Law Review**, 2005

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and Constitutional Culture**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013

COLÓN-RÍOS, Joel, **Constituent Power and the Law**. Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2020.

CURRIE, David P. **The Constitution of the Federal Republic of Germany**. Chicago: University of Chicago Press, 1995

DAN, Philip; AL-ALI, Zaid. **The internationalized Pouvoir Constituant: Constitution-making Under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor**. Max Planck Yearbook of United Nations, 2006

DELAHUNTY, Robert J.; YOO, John. Against Foreign Law. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, 2005

DI FABIO, Udo. 'The Significance of Germany's Basic Law'. Disponível em: <https://www.dw.com/en/opinion-the-significance-of-germanys-basic-law/a->, 2019

DORFMAN, Avihay; HAREL, Alon. '**Law as Standing**'. **Oxford Studies in Philosophy of Law**, 2021

EASTERBROOK, Frank H., Foreign Sources and the American Constitution. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, 2006

ELKINS, Zachary et al. The Citizen Founder: Public Participation in Constitutional Approval. **Temple Law Review**. V. 81, nº 2, 2008

ESTLUND, David. **Democratic Authority: A Philosophical Framework**. Princeton: Princeton University Press, 2009

FALLON, Richard H. "Legitimacy and the Constitution." **Harvard Law Review**, vol. 118, no. 6, 2005, pp. 1787–853. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/4093285>.

FELDMAN, Noah. Imposed Constitutions. **Connecticut Law Review**, 2005

FRIEDRICH, Carl J. Rebuilding the German Constitution, II. **The American Political Science Review**, vol. 43, n. 4, 1949, pp. 704–20. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/1951085>.

GALLIGAN, Denis; VERSTEEG, Mila (eds). **The Social & Political Foundations of Constitutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013

GARDNER, John, 'Dagan and Dorfman on the Value of Private Law'. *Columbia Law Review*, 2017.

GIBSON, James L., et al. "On the Legitimacy of National High Courts." **The American Political Science Review**, vol. 92, n. 2, 1998, pp. 343–58. JSTOR,

<https://doi.org/10.2307/2585668>.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? (September 2, 2013). **Journal of Law, Economics, and Organization**, Forthcoming, **Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper**, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2319363>

GOSSERIES, Axel, The Intergenerational Case for Constitutional Rigidity. V. 27, n.º 4, **Ratio Juris**, 2014.

HAREL, Alon. KOLT, Noam, 'Populist Rhetoric, False Mirroring, and the Courts' Populist rhetoric, false mirroring, and the courts, **International Journal of Constitutional Law**, Volume 18, Issue 3, October 2020, Pages 746–766, <https://doi.org/10.1093/icon/moaa055>

HARTWIG, Matthias, 'What Legitimises a National Constitution? On the Importance of international Embedding', in VON BOGDANDY, Armin; SONNEVEND, Pál (eds), **Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania**. New York: Beck/Hart/Nomos, 2015

HASEBE, Yasuo, **Constitutional Borrowing and Political Theory**. International Journal of Constitutional Law, 2003

HENKIN, Louis. "Rights: American and Human." **Columbia Law Review**, vol. 79, no. 3, 1979, pp. 405–25. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/1121801>.

HUCKO, Elmar (ed). **The Democratic Tradition: Four German Constitutions**. New York: St Martin's Press, 1988

JACKSON, Vicki C. **Constitutional Engagement in a Transnational Era**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

JACKSON, Vicki C. "Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement." **Harvard Law Review**, vol. 119, no. 1, 2005, pp. 109–28. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/4093561>.

JACKSON, Vicki C. "Constituent Power" or Degrees of Legitimacy? **ICL Journal**, v. 12, n.º. 3, 2018, pp. 319-344. Disponível em: <https://doi.org/10.1515/icl-2018-0068>

JACOBSOHN, Gary Jeffrey.; ROZNAI, Yaniv. **Constitutional Revolution**. New Haven: Yale University Press, 2020

KAHN, Paul W. "Reason and Will in the Origins of American Constitutionalism." **The Yale Law Journal**, vol. 98, no. 3, 1989, pp. 449–517. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/796627>.

KEIL, Soeren; NIKOLIĆ, Dragana. **The Europeanization of National Constitutions in South East Europe: A Comparison between Croatia, Serbia and Bosnia and Herzegovina. Southeastern Europe**, 2014. Disponível em:

<https://doi.org/10.1163/18763332-03801004>

KOMMERS, Donald P., **Book Review: The Democratic Tradition: Four German Constitutions**. German Politics & Society, 1989

KOSTAL, R. W. Laying Down the Law: The American Legal Revolutions in Occupied Germany and Japan. **Harvard University Press**, 2019. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/j.ctvnwc05m>.

LANDAU, David; LERNER, Hanna (eds). **Comparative Constitution Making**. Cheltenham: Edward Elgar, 2019

LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. "The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism." **California Law Review**, vol. 99, n. 5, 2011, pp. 1163–257. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/41345383>.

LAW, David, 'Imposed Constitutions and Romantic Constitutions', in ALBERT, Richard; CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene (eds), **The Law and Legitimacy of Imposed Constitutions**. Londres:Routledge, 2019

LOUGHLIN, Martin. 'The Concept of Constituent Power'. *European Journal of Political Theory*, 2014

MAGYARORSZÁG, Alaptörvénye. **The Fundamental Law of Hungary**. Alaptörvény, Foundation. Disponível em: https://njt.hu/translated/doc/TheFundamentalLawofHungary_20190101_FIN.pdf.

MCCONELL, Michael W. "Textualism and the Dead Hand of the Past," 66 **George Washington Law Review**, nº 1127, 1997

MCGINNIS, John. '**Foreign to Our Constitution**'. *Northwestern University Law Review*, 2006

MCMASTER, John Bach; STONE, Frederick D. (eds). **Pennsylvania and the Federal Constitution, 1787–88**. Chicago: University of Chicago Press, 2011).

MICHELMAN, Frank I. "Constitutional Legitimation for Political Acts." **The Modern Law Review**, vol. 66, no. 1, 2003, pp. 1–15. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/1097546>.

MIKLÓSSY, Katalin; NYSSÖNEN, Heino. Defining the New Polity: Constitutional Memory in Hungary and Beyond. V. 26, n. 3. **Journal of Contemporary European Studies**. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/14782804.2018.1498775>

MURKENS, Jo Eric Khushal. **From Empire to Union: Conceptions of German Constitutional Law Since 1871**. Oxford: Oxford University Press, 2013

MURPHY, Mark, "Theological Voluntarism", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Summer 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/voluntarism-theological/>

Nichol, Gene R. "Toward a People's Constitution." **California Law Review**, vol. 91, no. 2, 2003, pp. 621–39. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/3481340>.

OELLERS-FRAHM, Karin, **Restructuring Bosnia-Herzegovina: A Model with Pit-Falls**. Max Planck Yearbook of United Nations Law, 2005

ONU. United Nations, Guidance Note of the Secretary-General; United Nations Assistance to Constitution-Making Processes (April 2009). Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/4016589/files/1379277EN.pdf>

ORGAD, Liav. The preamble in constitutional interpretation. **International Journal of Constitutional Law**. V. 8, n. 4, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mor010>

PAP, András László. Illiberalism as Constitutional Identity: The Case of Hungary. **Hungarian Journal of Legal Studies**. V. 59, n.º 4, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1556/2052.2018.59.4.4>

Paul Kahn has argued that this happened in the US context. See Kahn (n 9) 450.

PERJU, Vlad. 'Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations', in ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (eds). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012

PERRY, Barbara A. Constitutional Johnny Appleseeds: American Consultants and the Drafting of Foreign Constitutions. **Albany Law Review**, 1992

PITKIN, Hanna Fenichel. "The Idea of a Constitution." **Journal of Legal Education**, vol. 37, no. 2, 1987, pp. 167–69. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/42892886>.

POSNER, Richard A., **Foreword: A Political Court**. Chicago: Harvard Law Review, 2005

RAKOVE, Jack N., **Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution**. New York: Vintage, 1996.

RAZ, Joseph, 'On the Authority and the Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries', in ALEXANDER, Larry (ed), **Constitutionalism: Philosophical Foundations**, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

RAZ, Joseph, **The Morality of Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986

RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation**. Oxford: Oxford University Press, 2009

RAZ, Joseph. **The Morality of Law**. (Oxford: Oxford University Press, 1986

RAZ, Joseph. **The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception**. MINN. L. REV. 1003 (2006). Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/752

ROZNAI, Yaniv, **Unconstitutional Constitutional Amendments – the Limits of Amendment Powers**. Oxford: Oxford University Press, 2017

RUBENFELD, Jed. **Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government**. New Haven: Yale University Press, 2001.

RUBINELLI, Lucia, **Constituent Power: A History**. Cambridge: Cambridge University Press, 2020

SAPIR, Gideon, **The Israeli Constitution: From Evolution to Revolution**. Oxford: Oxford University Press, 2018

SAUNDERS, Cheryl Anne, Constitution Making in the 21st Century (April 16, 2013). *International Review of Law*, V. 4, n. 630, 2012. **Melbourne Legal Studies Research Paper**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2252294>

SCHAUER, Frederick. On the Migration of Constitutional Ideas, *Connecticut Law Review*, 2005

SU, Anna. **Exporting Freedom: Religious Liberty and American Power**. Oxford: Oxford University Press, 2016)

TAMANAH, Brian Z. "The Lessons of Law-and-Development Studies." **The American Journal of International Law**, vol. 89, n. 2, 1995, pp. 470–86. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/2204226>.

TREMME, Joerg (ed). **The Handbook of Intergenerational Justice**. Cheltenham: Edward Elgar, 2006

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999

WALLIS, Joanne. **Constitution Making During State Building**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014

WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review**. Lawrence: University Press of Kansas, 1999

Recebido em 31/03/2023

Aprovado em 23/04/2023

Received in 31/03/2023

Approved in 23/04/2023