

MONTESQUIEU NA AMÉRICA LATINA: CRÍTICA DA CRÍTICA DE PAOLO SANDRO À TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODER

Danilo Sardinha Marcolino*

Resumo: O artigo propõe uma análise crítica da teoria criada por Paolo Sandro, filósofo italiano do Direito e autor do livro “*The Making of Constitutional Democracy*”, em reação à teoria moderna da separação de poderes, desenvolvida por Montesquieu, a partir de sua relação com o movimento constitucional latino-americano conhecido como Novo Constitucionalismo Latino-Americano. O artigo apresenta a pergunta-problema de pesquisa: “É possível falar numa ruptura com o modelo de Montesquieu nas experiências do Novo Constitucionalismo Latino-Americano?”. Assim, trabalha-se a partir de duas hipóteses principais, quais sejam: (i) o Novo Constitucionalismo Latino-Americano rompe com o modelo montesquiano de separação de poderes; e (ii) é possível construir pontes de diálogo entre as teorias clássicas e críticas latino-americanas, a partir da categoria de soberania popular. A segunda hipótese possui a maior probabilidade de ser corroborada. A metodologia utilizada é uma revisão literária, com palavras-chave como “Separação de Poderes”, “Montesquieu”, “Novo Constitucionalismo Latino-Americano” e “Constitucionalismo Latino-Americano”, além da análise do livro de Paolo Sandro. Ao longo do desenvolvimento e das conclusões do presente artigo, encontrou-se nas experiências da Constituição venezuelana de 1999 e da Constituição boliviana de 2009 a presença de modelos quadripartites de separação de poderes, os quais incluíram, respectivamente, o “*Poder Ciudadano*” e o “*Poder Eleitoral Plurinacional*” como formas de institucionalização do poder popular no jogo democrático. Assim, compreendeu-se pela ruptura parcial do modelo montesquiano, trazendo o povo para dentro da separação de poderes.

Palavras-chave: Separação de poderes; Montesquieu; Paolo Sandro; Novo Constitucionalismo Latino-Americano; Soberania popular.

MONTESQUIEU IN LATIN AMERICA: CRITIQUE OF PAOLO SANDROS CRITIQUE OF THE THEORY OF SEPARATION OF POWER

Abstract: The article proposes a critical analysis of the theory created by Paolo Sandro, Italian philosopher of law and author of the book “*The Making of Constitutional Democracy*”, in reaction to the modern theory of separation of powers, developed by Montesquieu, based on his relationship with the Latin American constitutional movement known as New Latin American Constitutionalism. The article presents the research question-problem: “Is it possible to speak of a rupture with Montesquieu's model in the experiences of the New Latin American Constitutionalism?”. Thus, it works from two main hypotheses, namely: (i) the New Latin American Constitutionalism breaks with the Montesquian model of separation of powers; and

* Mestrando em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ), Brasil. Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Certificado em “Derecho Internacional” pelo 47º Curso de Derecho Internacional do Comitê Jurídico Interamericano da Organização dos Estados Americanos (CJI/OEA). Pesquisador do Laboratório de Inovação, Pesquisa e Observação de Direito, Democracia e Representações da América Latina e Eixo Sul (INPODDERALES/UFRJ). Pesquisador do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos (NIDH/UFRJ). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6324-7129>. Contato: danilo_sardinha@outlook.com.

(ii) it is possible to build bridges of dialogue between classical and critical Latin American theories, based on the category of popular sovereignty. The second hypothesis has the highest probability of being corroborated. The methodology used is a literary review, with keywords such as "Separation of Powers", "Montesquieu", "New Latin American Constitutionalism" and "Latin American Constitutionalism", in addition to the analysis of Paolo Sandro's book. Throughout the development and conclusions of this article, it was found in the experiences of the Venezuelan Constitution of 1999 and the Bolivian Constitution of 2009 the presence of quadripartite models of separation of powers, which included, respectively, the "Citizen Power" and the "Plurinational Electoral Power" as forms of institutionalization of popular power in the democratic game. Thus, it was understood by the partial rupture of the Montesquian model, bringing the people into the separation of powers.

Keywords: Separation of power; Montesquieu; Paolo Sandro; New Latin American Constitutionalism; Popular sovereignty.

MONTESQUIEU EN AMÉRICA LATINA: CRÍTICA A LA CRÍTICA DE PAOLO SANDRO A LA TEORÍA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

Resumen: El artículo propone un análisis crítico de la teoría elaborada por Paolo Sandro, filósofo italiano del derecho y autor del libro "La construcción de la democracia constitucional", en reacción a la moderna teoría de la separación de poderes, desarrollada por Montesquieu, a partir de su relación con el movimiento constitucionalista latinoamericano conocido como Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. El artículo plantea la pregunta-problema de investigación: "¿Es posible hablar de una ruptura con el modelo de Montesquieu en las experiencias del Nuevo Constitucionalismo latinoamericano?". Así, parte de dos hipótesis principales, a saber: (i) el Nuevo Constitucionalismo latinoamericano rompe con el modelo montesquiano de separación de poderes; y (ii) es posible tender puentes de diálogo entre las teorías latinoamericanas clásica y crítica, a partir de la categoría de soberanía popular. La segunda hipótesis tiene la mayor probabilidad de ser corroborada. La metodología utilizada es una revisión literaria, con palabras clave como "Separación de poderes", "Montesquieu", "Nuevo constitucionalismo latinoamericano" y "Constitucionalismo latinoamericano", además del análisis del libro de Paolo Sandro. A lo largo del desarrollo y conclusiones de este artículo, se encontró en las experiencias de la Constitución venezolana de 1999 y la Constitución boliviana de 2009 la presencia de modelos cuatripartitos de separación de poderes, que incluían, respectivamente, el "Poder Ciudadano" y el "Poder Ciudadano". Poder Electoral Plurinacional" como formas de institucionalización del poder popular en el juego democrático. Así, se entendió por la ruptura parcial del modelo Montesquiano, llevando al pueblo a la separación de poderes.

Palabras clave: Separación de poderes; Montesquieu; Paolo Sandro; Nuevo Constitucionalismo latinoamericano; Soberanía popular.

Introdução

O teórico do Direito Paolo Sandro dedica o sétimo capítulo de seu livro, “*The making of Constitutional Democracy*”¹, para realizar uma proposição crítica em relação à teoria moderna da separação do poder político, originalmente titularizada pelo Barão de Montesquieu, Charles de Secondat, no livro “*O espírito das Leis*”², e posteriormente institucionalizada no surgimento dos Estados modernos. Em consequência, o presente artigo visa, sobretudo, a contrapor a análise crítica de Paolo Sandro às experiências do chamado “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”.

Em linhas gerais, este fenômeno ou movimento constitucional é dividido em três ciclos principais: (i) 1980, com as Constituições do Brasil de 1988 e da Colômbia, de 1991; (ii) 1990, com a Constituição da Venezuela, de 1999; e (iii) 2000, com as Constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009³. Em adição, ainda não é consenso se a Constituição de Cuba de 2019 se relaciona ao Novo Constitucionalismo Latino-Americano, em suas características formais e materiais, e, em 2022, também foi impedido de ser analisado o sonho constituinte chileno, cujas expectativas eram altas para a inauguração de um quarto ciclo para o movimento constitucional latino-americano.

Situar o marco geopolítico nos dois últimos ciclos do Novo Constitucionalismo Latino-Americano torna-se de suma importância para a análise crítica da teoria da separação do Poder. Isto, pois, revela o pioneirismo destes movimentos ao instituírem, por exemplo, o Poder Cidadão (ou Poder Público Nacional) na Constituição venezuelana de 1999⁴, e na expansão do Poder Judiciário para o pluralismo jurídico, com a instituição da Sala Constitucional de Jurisdição Indígena, Originária e Campesina, na Bolívia em 2009⁵. É na análise destes fenômenos que se pretende tensionar a crítica de Paolo Sandro à teoria da separação de Poder, impulsionando releituras e atualizações sobre este modelo institucional de quase três séculos.

¹ SANDRO, Paolo. *The making of Constitutional Democracy: from creation to application of Law*. Oxford: Hart, 2021.

² MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 9. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

³ A clássica distinção de Raquel Yrigoyen Fajardo identifica estes três ciclos como: (i) ciclo do constitucionalismo multicultural, de 1982 a 1988; (ii) ciclo do constitucionalismo pluricultural, de 1989-2005; e (iii) ciclo do constitucionalismo plurinacional, de 2008 a 2009. Cf. FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: SOUSA, Adriano; LEGALE, Siddharta; CYRILLO, Carolina (Orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: teoria, direitos humanos fundamentais, instituições e decisões*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020, p. 99.

⁴ ALVAREZ, Carlos Rafael Drummond. Venezuela e a corrupção: o Poder Cidadão na Constituição de 1999 e seu simulacro. In: SOUSA; LEGALE; CYRILLO, *Constitucionalismo latino-americano, cit.*, p. 330.

⁵ LEGALE, Siddharta. O Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia e as veias abertas do novo constitucionalismo latino-americano. In: SOUSA; LEGALE; CYRILLO, *Constitucionalismo latino-americano, cit.*, p. 456.

A partir desta introdução, delimita-se a pergunta-problema de pesquisa na seguinte expressão interrogativa: “É possível falar numa ruptura com o modelo de Montesquieu nas experiências do Novo Constitucionalismo Latino-Americano?”.

Em consequência, há, ao menos, duas hipóteses principais a serem desenvolvidas no artigo, quais sejam: (i) as experiências do Novo Constitucionalismo Latino-Americano rompem com o modelo “montesquieano” de separação do Poder político, notadamente a experiência venezuelana, boliviana e equatoriana, em caráter disruptivo, prescindindo da dicotomia proposta por Paolo Sandro para a separação de poderes baseada na distinção entre aplicação e na criação do Direito; e (ii) em vez de se falar em ruptura com o modelo mítico de Montesquieu, é possível, a partir das experiências supracitadas, construir pontes de diálogos entre as teorias clássicas e as teorias críticas latino-americanas, em caráter conciliatório. Preliminarmente, já se pontua que a segunda hipótese é a mais provável de ser corroborada, mas trazendo um outro enfoque para a separação de poderes: a volta do povo enquanto um poder constituinte e constituído em sua soberania popular⁶, e não a pura distinção entre aplicação e criação do Direito.

A metodologia empregada neste *working paper* pode ser traduzida em metodologia qualitativa, mediante duas técnicas de pesquisa principais: (i) a revisão bibliográfica; e (ii) o estudo de casos. A revisão bibliográfica teve como palavras-chave de pesquisa em bases de dados, como Scielo e Scholar Google, as seguintes: “Separação de Poderes”; “Separação de Poder”; “Divisão de Poder”; “Montesquieu”; “América Latina”; “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”; “Constitucionalismo Latino-Americano”, bem como a análise do livro “*The making of Constitutional Democracy*”, de Paolo Sandro. Por sua vez, o estudo de casos é composto pela análise dos modelos de separação de poderes adotados tanto na Bolívia quanto na Venezuela. Consequentemente, para chegar às considerações finais, adota-se o raciocínio indutivo, partindo de referenciais teóricos autores que trabalham desde a perspectiva do chamado “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”.

⁶ KALYVAS, Andreas. Soberanía popular, democracia y el poder constituyente. *Política y gobierno*, v. 12, n. 1, p. 91-124, 2005.

1 A proposta dicotômica de Paolo Sandro como construção de uma teoria de democracia constitucional

1.1 As bases de uma democracia constitucional

Antes de iniciar o debate proposto, imprescindível se torna apresentar o teórico do Direito Paolo Sandro. Professor da Universidade de Leeds, atua sobretudo com Teoria do Direito e Direito Público. Assim, como tese de doutoramento em Teoria do Direito pela Universidade de Edimburgo, propõe na obra *The making of Constitutional Democracy* uma nova proposta para a compreensão da democracia constitucional a partir da dicotomia entre a aplicação e a criação do Direito⁷.

Para o autor, sua teorização implica numa revisão necessária não somente no sentido da Teoria do Direito, em caráter estrito, mas reverbera sobretudo na forma do constitucionalismo democrático e, conseqüentemente, na separação do Poder. Ao discorrer em seus capítulos, o mote central consiste na discussão sobre a existência de uma separação entre a criação e a aplicação do Direito numa leitura analítica⁸, ao contrário do que os céticos propõem, como autores das Teorias Críticas do Direito, do realismo jurídico etc.⁹.

Uma pontuação importante para a construção de Sandro é a sua própria definição de Direito. Com o intuito de construir uma teoria ampla, o autor propõe que o Direito é “uma técnica social específica para sujeitar a conduta humana às orientações de normas e de autoridades”¹⁰. Ainda, aponta que todas as normas sociais são compostas de grupos de atitudes normativas, e isso depende da aceitação de certos princípios normativos, como o princípio hipotético 'N', e do reconhecimento mútuo dessas atitudes normativas entre os membros da comunidade de grupos sociais relevantes¹¹.

Sandro, então, segue o entendimento de H. L. Hart no que se refere à distinção entre normas primárias e secundárias, explicando que:

Assumo, ao discutir esses assuntos, a distinção básica de Hart entre normas primárias e secundárias. Embora o próprio Hart não tenha sido um modelo de rigor analítico ao ilustrar a distinção, pode-se concebê-la diretamente: normas secundárias (mas não primárias) são parasitas de outras normas. Em outras palavras, enquanto as normas secundárias - como regras de identificação, mudança e julgamento (para manter, vagamente, a terminologia hartiana) - necessariamente pressupõem a existência de

⁷ Como se pode conferir em sua própria introdução, “[t]his book seeks to address a palpable, yet widely neglected, tension in legal discourse. In our everyday legal practices – whether taking place in a courtroom, a classroom, a law firm, or elsewhere – we routinely talk of the activities of *creating* and *applying* the law. We say that some institutions or bodies are tasked with creating legal rules for our societies, and that other institutions are instead chiefly tasked with applying those rules when particular sets of facts occur”. Cf. SANDRO, *The making of Constitutional Democracy*, cit, p. 1.

⁸ *Ibidem*, p. 17.

⁹ *Ibidem*, p. 21.

¹⁰ *Ibidem*, p. 24.

¹¹ *Ibidem*, p. 37.

outras normas, as normas primárias não. Novamente, seguindo Hart, defendendo que a emergência de normas secundárias em uma determinada ordem normativa - até então constituída apenas por normas primárias - marca a passagem de uma ordem normativa não formal ou consuetudinária para uma ordem formal. É importante ressaltar que a propriedade de 'formalidade' vem em graus para ordens normativas, ao contrário de normas individuais¹².

Acompanhar o entendimento de Hart, neste sentido, acaba por contribuir em sua construção analítica a própria relevância da ideia de autoridade política. Nota-se que o autor, ao longo de seu livro, trabalha com a ideia de distinção entre *ius* e *lex*, como gênese das diferentes teorias político-jurídicas anglo-saxônicas e romano-germânicas¹³.

A própria ideia de democracia constitucional também acaba sendo influenciada pela divisão dicotômica de Paolo Sandro. Para o autor, a separação estrita entre a criação e a aplicação do Direito é, sobretudo, “tradicionalmente concebida como um desenho institucional para preservar a liberdade e como uma marca do constitucionalismo moderno”¹⁴. Em consequência, aduz que a própria ideia de controle de constitucionalidade¹⁵, sobretudo a legitimidade das Cortes para tanto, perpassa pela distinção dicotômica trabalhada¹⁶.

Para Sandro,

O constitucionalismo moderno não surgiu no vácuo, enquanto o ideal democrático apenas (relativamente) recentemente adquiriu um sentido de indispensabilidade no discurso justificativo de nossos sistemas políticos. Além disso, como a relação entre direito e política realmente se desenvolveu ao longo da história e como essa relação foi retratada por escritores políticos e jurídicos, às vezes divergiu muito¹⁷.

A raiz desta problematização se encontra na própria concepção de Direito enquanto *lex* e enquanto *ius*, como falado acima. Em breve síntese, *lex* ganhou força histórica como a expressão da autoridade política, enquanto *ius* contornou-se enquanto um segundo tipo de norma, advindo, sobretudo, dos costumes de determinada comunidade e suas respectivas interpretações das normas postas, o que, posteriormente, ficou a cargo dos magistrados¹⁸. O problema de legitimidade das Cortes, para o autor, remonta à distinção destas noções de Direito.

Assim, para Sandro, o constitucionalismo é o fenômeno pelo qual o exercício do poder político por meio do Direito (“*lex*”) é limitado juridicamente por um outro Direito (“*ius*”)¹⁹.

¹² *Ibidem*, p. 38.

¹³ *Ibidem*, p. 50-51.

¹⁴ *Ibidem*, p. 43.

¹⁵ Para fins deste artigo, utilizar-se-á a expressão “controle de constitucionalidade” como tradução literal de “judicial review”. Para aprofundar sobre a discussão quanto ao tema, ver: BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade. *Estudos Avançados*, v. 51, n. 18, 2015.

¹⁶ *Ibidem*, p. 45.

¹⁷ *Ibidem*, p. 47.

¹⁸ *Ibidem*, p. 51.

¹⁹ *Ibidem*, p. 59.

Esse processo ocorre de duas formas: em primeiro lugar, por meio da consolidação formal desse outro Direito em uma Constituição codificada²⁰, o que a torna normativamente superior à legislação ordinária e, portanto, em parte fora do alcance do legislador comum. Em segundo lugar, é possível realizar a limitação jurídica por meio de um sistema jurídico coexistente com a legislação ordinária, o qual possui fontes, administração e fundamentos últimos que são institucionalmente independentes da autoridade política. Este sistema pode não ser formalmente superior à legislação ordinária em termos normativos, porém, opera como uma esfera autônoma de aplicação da lei, limitando o exercício do poder político sobre a sociedade, sendo encontrado tipicamente em países de *common law*.

Por fim, o cerne do debate de Paolo Sandro, quanto às democracias constitucionais, passa a transcorrer quanto ao debate sobre supremacia do parlamento *versus* legitimidade das Cortes constitucionais. Apesar disso, destacando a terminologia e conceituação já apresentada, frisa-se que, para a tese central do autor, a democracia constitucional pressupõe a distinção entre a criação e a aplicação do direito. Isso representa uma crítica significativa às teorias políticas constitucionais que questionam a legitimidade do controle de constitucionalidade em termos teóricos, e não pragmáticos. Afinal, para o autor, é incoerente defender a ideia de democracia como autogoverno, como fazem os teóricos políticos constitucionais, e, simultaneamente, negar a distinção entre a criação e a aplicação da lei no que se refere à revisão judicial da legislação²¹.

1.2 A separação de poderes como reavaliação metateórica

A separação de poderes é um conceito fundamental do sistema político liberal e é entendida como a distribuição dos poderes do Estado entre diferentes instituições, para evitar o abuso de poder. Esta teoria foi desenvolvida por diversos autores, tendo sido arbitrariamente direcionada pela comunidade acadêmica majoritária como construída pelo filósofo francês Montesquieu²², no século XVIII, e é baseada na crença de que a concentração de poder nas mãos de uma única entidade pode levar ao autoritarismo e à opressão^{23,24}. Em termos breves, para a separação de poderes nos moldes deste modelo mítico de Montesquieu, o Estado é

²⁰ Para as distinções clássicas dentro da Teoria da Constituição, trata-se, aqui, das “Constituições escritas”. Conferir, sobre a discussão: LEGALE, Siddharta. *Curso de Teoria Constitucional Interamericana*. Rio de Janeiro: NIDH – UFRJ, 2021, p. 58-59.

²¹ SANDRO, *The making of Constitutional Democracy*, *cit*, p. 78.

²² MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, *cit*.

²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 184.

²⁴ CHEVALIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1973, p. 120.

dividido em três poderes independentes e equilibrados: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. O Executivo é responsável por executar as leis e administrar o país; o Legislativo é responsável por criar e aprovar as leis; e o Judiciário é responsável por interpretar as leis e julgar casos.

O objetivo da separação de poderes é garantir que nenhum poder se torne dominante, e que todos os poderes trabalhem juntos para proteger os direitos individuais e os interesses coletivos da sociedade. Além disso, a separação de poderes permite que cada instituição exerça uma função diferente, o que ajuda a manter o equilíbrio de poder e a evitar a concentração excessiva de autoridade nas mãos de uma única entidade. Por ser uma teoria situada no tempo e no espaço, sendo a sua forma moderna uma resposta pensada pelo liberalismo para a contenção de Estados absolutistas²⁵, inúmeras são as críticas que a teoria recebeu e recebe.

Em termos contemporâneos, vale-se utilizar de exemplo a crítica metodológica de Bruce Ackerman²⁶. Para o autor estadunidense, é imprescindível que, passados quase três séculos, a teoria montesquiana de separação de poderes precisa ser compreendida para além de um modelo tripartite, perdendo seu *status* canônico, dando um “carinhoso adeus a Montesquieu”^{27,28}, principalmente quando da visualização de medidas heterodoxas sendo utilizadas pelos mais diversos Estados²⁹.

Utilizando-se de um modelo analítico, assim como proposto por Sandro, Bruce Ackerman identifica quatro etapas para a compreensão do surgimento de “novos” poderes, para além do modelo tripartite: (i) visualização de um valor governamental fundamental; (ii) justificação de proteção constitucional especial ao valor governamental fundamental identificado; (iii) identificação de técnicas de isolamento institucional do “novo poder”; e, por fim, (iv) realização de análise empírica comparada com outras experiências semelhantes³⁰.

Para o presente trabalho, destaca-se que a crítica analítica de Paolo Sandro à separação de poderes é intrínseca à sua ideia de democracia constitucional baseada na distinção entre as atividades de criar e de aplicar do Direito, realizando uma reavaliação metateórica do conceito³¹. Entretanto, adianta-se que se trata de análise insuficiente sobre o fenômeno da

²⁵ DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, cit., p. 183-184.

²⁶ Cf., sobretudo: ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 633-728, 2000 e ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, v. 265, p. 13–23, 2014.

²⁷ ACKERMAN, Adeus, Montesquieu, cit., p. 16.

²⁸ Assim, parte de uma pergunta projetiva ao leitor: “Para compreender essa afirmação, olhemos para o que está efetivamente acontecendo no século XXI: podemos observar tendências mundiais para isolar certas funções tanto do legislativo, do executivo, como do judiciário? Em caso afirmativo, quais são elas?”. Cf. *Ibidem*, p. 17.

²⁹ ACKERMAN, The new separation of powers, cit.

³⁰ ACKERMAN, Adeus, Montesquieu, cit., p. 16-17.

³¹ SANDRO, *The making of Constitutional Democracy*, cit., p. 261.

separação de poderes, sobretudo quando se trata de América Latina. Neste sentido, para fins de comparação e elucidação da crítica a crítica de Paolo Sandro à separação de poderes, utilizar-se-á o fio condutor do Novo Constitucionalismo Latino-Americano: a retomada do conceito de soberania popular pelo *povo*³² e do poder constituinte originário.

Sobre o poder constituinte, vale-se a adoção da perspectiva de Antonio Negri, o qual compreende como a capacidade coletiva e autônoma dos indivíduos de estabelecerem e reconfigurarem as estruturas políticas, econômicas e sociais que governam a sociedade. Negri baseia sua análise em uma crítica ao Estado moderno e ao sistema capitalista, argumentando que essas instituições reproduzem relações de poder opressivas e alienantes³³.

Para Negri, o poder constituinte reside nas múltiplas formas de resistência e luta que emergem da sociedade civil, através de movimentos sociais, greves, ocupações e outras manifestações de desobediência civil. Esse poder é intrinsecamente democrático e subversivo, pois desafia as estruturas de dominação existentes, buscando criar formas de organização política e social baseadas na liberdade, igualdade e solidariedade³⁴.

Por outro lado, para a crítica de Sandro, a fusão histórica de uma *reivindicação normativa*, na qual os legisladores devem apenas criar a lei e os tribunais devem apenas aplicá-la, e uma *reivindicação descritiva*, na qual os legisladores apenas criam a lei e os tribunais apenas a aplicam, resultou em um ceticismo difuso sobre a validade teórica de ambas as afirmações³⁵. Em consequência, contemporaneamente, o modelo tradicional da separação de poderes montesquiana está condenada à obsolescência tanto em sua reivindicação normativa quanto descritiva e, por conta disso, o autor objetiva retomar a utilidade da separação de poderes tanto como uma ferramenta analítica quanto uma doutrina normativa³⁶.

Sobre este problema, Sandro (2021, p. 262) dirige a titularidade de parte da obsolescência da teoria em razão de seus “problemas genealógicos”³⁷. Quem inventou a teoria da separação de poderes? Aristóteles, Platão, Políbio, Marsílio de Pádua, Locke, Montesquieu...? Para Paolo Sandro, a gênese da separação de poderes é, em si, um não-

³² Cumpre apontar, como literatura básica sobre os caminhos do conceito de soberania ao longo da história, bem como da necessidade de se retomar à *soberania popular*, em Kalyvas, anos antes dos movimentos constitucionais latino-americanos desembocarem no terceiro ciclo, *plurinacional*, do que viria a ser conhecido como Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Cf. KALYVAS, Soberanía popular, democracia y el poder constituyente, *cit.*

³³ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

³⁴ *Idem.*

³⁵ SANDRO, *The making of Constitutional Democracy*, *cit.*, p. 260.

³⁶ *Ibidem*, p. 261.

³⁷ *Ibidem*, p. 262.

problema. O que seria válido de se pesquisar, portanto, seria o seu desenvolvimento ao longo da história e as ambiguidades geradas³⁸.

Para o autor, existe uma dupla ambiguidade a respeito da separação de poderes, que está na gênese da confusão teórica: (i) a separação de poderes é uma teoria descritiva ou uma doutrina normativa? (ii) se for uma doutrina normativa, é uma doutrina política ou jurídica? Assim, Sandro destaca que há uma confusão originada na desconexão histórica entre filosofia política e direito constitucional, o que faz com que a separação de poderes tenha se desenvolvido em dois universos paralelos³⁹.

Dessa dupla ambiguidade, deriva uma miríade de terminologias que são utilizadas com pouco critério entre os grandes autores. Sandro destaca que Jeremy Waldron chega a distinguir entre: (i) separação de poderes; (ii) divisão de poder; e (iii) freios e contrapesos. A primeira seria uma diferenciação qualitativa entre Legislativo, Judiciário e Executivo. A segunda estaria mais ligada à ideia de se evitar a concentração excessiva de poder em um único órgão, entidade, pessoa etc. Por fim, a última estaria ligada ao controle do exercício de poder por outros detentores do poder, mas, para o autor, esta não seria necessariamente uma forma autônoma em relação às outras duas⁴⁰.

Em consequência, Sandro destaca o problema da permeabilidade da separação de poderes, como alterações políticas (eleitorais, partidárias etc.) podem afetar a separação formal de poderes nos moldes clássicos⁴¹. Para Sandro, é extremamente necessário que se mantenha a distinção, em relação à separação de poderes, entre uma teoria formal e uma doutrina normativa, com a finalidade de se realizar a reavaliação metateórica da separação de poderes, mantendo essa dupla dimensão estritamente separada, é preciso: (i) elucidar as diferentes/opostas estratégias que podem ser usadas para organizar e limitar o poder político (categorias analíticas mais que parâmetros normativos); (ii) explicar as relações entre separação de poderes, divisão de poder, e freios e contrapesos; e (iii) ter a possibilidade de se adotar a teoria formal sem comprometimento com qualquer doutrina normativa⁴².

³⁸ Em suas palavras, Sandro questiona: “Existe de fato uma raiz histórica para a ambiguidade duradoura em torno da separação de poderes? A expressão 'separação' ou 'divisão' de poderes foi usada (aproximadamente) consistentemente por diferentes teóricos políticos, ou seu significado mudou tanto ao longo da história que agora é inerentemente ambíguo? E se isso aconteceu, por quê? Responder a essas questões requer um olhar diacrônico que busca identificar e isolar as mudanças no uso da doutrina, por vezes para além das afirmações explícitas nos textos canônicos.” Cf. *Ibidem*, p. 263.

³⁹ *Ibidem*, p. 265-266.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 267.

⁴¹ *Ibidem*, p. 274.

⁴² *Ibidem*, p. 277-278.

Em termos de teoria formal da separação de poderes, seguindo os entendimentos de Luigi Ferrajoli, Paolo Sandro aponta duas técnicas institucionais para a organização do poder político: (i) a *separação de poderes*, com caráter de independência e não usurpação de um poder sobre outro; e (ii) a *divisão de poderes*, com caráter de compartilhamento e pluralidade de funções. O próprio termo “poderes” recai numa ambiguidade, podendo ser tanto entendido quanto função ou atividade, quanto o titular da autoridade, como um corpo institucional⁴³.

Tendo esta distinção em mente, Paolo Sandro acaba por destrinchar quatro estratégias potenciais de organização dos poderes públicos, quais sejam: (i) divisão institucional; (ii) divisão funcional; (iii) separação institucional; e (iv) separação funcional. Em suas palavras,

1a) *Divisão institucional*: ocorre quando o funcionário ou órgão encarregado de determinada função pode ser nomeado ou destituído discricionariamente por outro funcionário do mesmo ramo (divisão *intra-institucional*) ou de outro ramo (divisão *interinstitucional*). Um exemplo do primeiro é quando um ministro pode ser destituído pelo primeiro-ministro, enquanto um exemplo do último é, por exemplo, quando um parlamento pode nomear ou destituir o primeiro-ministro.

1b) *Divisão funcional*: indica que a decisão do ato formal com o qual se expressa uma função é produto de um processo em que diferentes funcionários contribuem, com diferentes responsabilidades, para o ato final; é *interna* se os funcionários que participam do processo decisório são da mesma instituição ou ramo, e é *externa* se os funcionários que participam do processo decisório são de diferentes instituições (ou ramos). O primeiro é exemplificado por qualquer decisão em que um tribunal é composto por mais de um juiz e, em escala maior, pelo fato de que, sobre a mesma questão, vários tribunais, em diferentes estágios, podem tomar uma decisão autoritária; enquanto o último é retratado por qualquer processo legislativo no qual mais de uma instituição ou ramo está envolvido antes que um determinado projeto de lei possa se tornar lei.

2a) *Separação institucional*: é a norma de competência que exclui a divisão *interinstitucional* de poderes, ou seja, proíbe que o funcionário ou órgão titular de determinada função seja nomeado ou destituído discricionariamente por funcionários de outros ramos a quem incumbem funções diversas. Isso é claramente ilustrado pelo grau de independência judicial (em todos os níveis) que é garantido por muitas constituições, no sentido de que as carreiras dos juízes (nomeação, progressão, destituição e assim por diante) não podem ser decididas por membros do executivo ou legislativo.

2b) *Separação funcional*: a norma de competência que exclui a divisão funcional *externa*, ou seja, que a decisão ou o ato formal com o qual se expressa determinada função é produto de um processo do qual não participam funcionários de outros ramos. Mais uma vez, a independência judicial é o exemplo mais claro - o fato de que os membros dos outros poderes não podem participar da determinação do resultado de casos individuais⁴⁴.

Enquanto doutrina normativa da organização do poder político baseada na distinção entre criação e aplicação do Direito, Paolo Sandro defende que

(...) devido a uma combinação de ser raramente (ou nunca) explicitamente defendido e ter se tornado, nas últimas décadas, um dos principais alvos de alguns movimentos jurídicos críticos (realismo jurídico e estudos jurídicos críticos, para citar apenas dois), a distinção entre a criação da lei e a aplicação da lei é agora amplamente considerada

⁴³ *Ibidem*, p. 278-279.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 279.

uma suposição ingênua que (entre outras coisas) não pode fundamentar nenhuma doutrina da separação de poderes⁴⁵.

Neste sentido, para o autor, a doutrina majoritária entende que para a proteção da coexistência entre autonomia individual e coletiva, a aplicação do Direito seria para proteção de indivíduos contra a criação do Direito, particularmente pelo controle de constitucionalidade, para que se evitem tiranias⁴⁶. Em contraposição, e conforme Benjamin Constant, Paolo Sandro entende que nenhuma teoria de separação de poderes pode, por ela mesma, prevenir tiranias e arbitrariedades⁴⁷. Isso só pode ser adquirido ao estabelecer limites absolutos em todo poder de criação de Direito em um sistema.

Por fim, o autor retoma a sua tese principal, apontando que quanto mais a criação e aplicação do Direito forem separadas, mais difícil é para a tirania se estabelecer. Isto, pois, a separação de poderes baseada na distinção entre as atividades de criação e de aplicação do Direito demandaria diferentes formas de tomada de decisão pública e diferentes formas de regulação destas decisões, bem como operacionalizaria o entendimento do Direito enquanto técnica social para orientar a conduta humana a partir da provisão de razões para ação a que se endereça⁴⁸.

2 A América Latina em debate com o mito de Montesquieu

2.1 O panorama sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano

Passada a explanação dos conceitos-chave de Paolo Sandro, a análise deste trabalho se concentra nas interações e intersecções do Novo Constitucionalismo Latino-Americano como marco teórico principal. O seu objetivo enquanto movimento constitucional é revisitar o Direito Constitucional clássico a partir da perspectiva dos oprimidos e marginalizados⁴⁹. Com sua obra principal, intitulada *“Latin American Constitutionalism: the engine room of Constitution”*, Roberto Gargarella, constitucionalista argentino, traz ao debate na área de ciência política e teoria constitucional o foco na América Latina como região de análise⁵⁰.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 282.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 283.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 284-285.

⁴⁹ Cf. GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição. Trad. Thiago Pádua e Jefferson Guedes. *Universitas JUS*, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016 e, do mesmo autor, GARGARELLA, Roberto. Sobre el “Nuevo constitucionalismo latino-americano”. *Rev. Urug. Cienc. Polít.*, Montevideo, v. 27 n. 1, 2018.

⁵⁰ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la constitución: dos siglos de constitucionalismo en America Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

O autor, por meio de uma análise profunda da história entre 1808 e 2010, divide os paradigmas históricos em cinco fases: (i) declarações de independência; (ii) constitucionalismo pós-colonial; (iii) crise do constitucionalismo pós-colonial; (iv) constitucionalismo social; e (v) novo constitucionalismo latino-americano. As primeiras quatro fases desta divisão histórica são conhecidas como o “velho” constitucionalismo latino-americano, enquanto a quinta e atual fase se refere aos movimentos constitucionais atuais na região, os quais vêm sendo considerados parte do Novo Constitucionalismo Latino-Americano⁵¹.

A quinta e atual fase do constitucionalismo latino-americano, para Roberto Gargarella⁵², é a proposição de um “novo” constitucionalismo latino-americano como uma resposta democrática aos períodos ditatoriais que grande parte dos Estados latino-americanos estavam enfrentando entre as décadas de 1960 a 1980, até a presente data. Nesse sentido, para fins didáticos, mas não isento de controvérsias, pauta-se em apresentar o que se denominou de três ciclos do novo constitucionalismo latino-americano⁵³: (i) as Constituições brasileira, de 1988, e a colombiana, de 1991; (ii) a Constituição venezuelana, de 1999; e, então (iii) as Constituições equatoriana, de 2008, e boliviana, de 2009⁵⁴.

A expressão latina *vox populi, vox dei*, tão questionada por autores como Zagrebelsky⁵⁵, ganha contornos numa concepção dialética de inclusão social de grupos minoritários, como camponeses e povos indígenas, bem como medidas político-econômicas de diminuição da pobreza e marginalidade. A *vox populi* passa a ser, neste contexto, a voz dos oprimidos e colonizados. É neste sentido que Roberto Pastor e Rubén Dalmau apontam que o primeiro elemento comum das Constituições do novo constitucionalismo são os seus processos constituintes e sua legitimidade democrática⁵⁶. A *vox dei*, por sua vez, vem ganhando força com a introjeção de epistemologias ancestrais e originárias nos textos constitucionais, como a *sumak kawsay*, expressão quíchua que pode ser traduzida como “bem-viver” no Equador.

⁵¹ Cf. *Idem*; GARGARELLA, Constitucionalismo latino-americano, *cit.* e GARGARELLA, Sobre el “Nuevo constitucionalismo latino-americano”, *cit.*

⁵² *Idem*.

⁵³ FAJARDO, El horizonte del constitucionalismo pluralista, *cit.*, p. 99.

⁵⁴ Segundo Legale: “Para a finalidade do estudo, basta dizer que há três ciclos: o primeiro ciclo pauta-se na descentralização do poder, sendo representado pelo Brasil e pela Colômbia; o segundo envolve o aprofundamento dos mecanismos de democracia participativa, com especial destaque para Venezuela; e o terceiro ciclo refere-se ao aprofundamento dos direitos das populações originárias e da construção do Estado plurinacional, por exemplo, no Equador e na Bolívia”. Cf. LEGALE, *Curso de Teoria Constitucional Interamericana*, *cit.*, p. 142.

⁵⁵ Conforme Zagrebelsky: “Para a democracia crítica, nada é mais insensato que a divinização do povo expressa pela máxima *Vox populi, vox dei*, uma verdadeira forma de idolatria política. Essa grosseira teologia democrática condiz com as concepções triunfais e acrílicas do poder do povo, as quais, como já vimos, são apenas adulações interesseiras.” Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135.

⁵⁶ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latino-americano como corriente doctrinal sistematizada?*. Valência: Universidad de Valencia, 2011.

Em complementação, Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau, ao tentarem construir uma base doutrinária sobre o novo constitucionalismo latino-americano, acabam por perceber aspectos comuns às Constituições analisadas, para além da legitimidade popular, tanto em suas características formais quanto em suas características materiais⁵⁷.

Segundo estes autores, quanto aos aspectos formais, encontram-se as seguintes características: (i) originalidade; (ii) amplitude; (iii) complexidade; e (iv) rigidez. Já os aspectos materiais são os seguintes: (i) instrumentos de participação democrática no governo; (ii) profunda declaração de direitos; (iii) integração de setores historicamente marginalizados; (iv) caráter normativo, e não apenas nominalista, das novas Constituições; e, por fim, (v) compromisso com a superação das desigualdades econômico-sociais⁵⁸.

A originalidade dos conteúdos constitucionais traduz-se na sua capacidade inovadora, trazendo institutos puramente latino-americanos, como o “*Consejo de Participación Ciudadana y Control Social*” equatoriano, ou sua “*silla vacía*” (cadeira vazia), instrumentos de garantia de maior participação popular nos atos de governo⁵⁹. A amplitude diz respeito à extensão dos textos constitucionais, como no caso brasileiro, sendo a Constituição de 1988 classificada enquanto analítica ou prolixa⁶⁰. Quanto à complexidade, há relação intrínseca com a originalidade de determinados institutos, em razão das dificuldades de sua própria execução, à sua própria busca de respostas aos problemas sociais por parte das Constituições⁶¹. Em adição, a rigidez constitucional diz respeito aos procedimentos de alteração ou reforma do Texto Maior, possuindo os novos textos constitucionais procedimento diferenciado – mais rígido – de alteração ou reforma.

Pastor e Dalmau destacam a busca por instrumentos de participação popular como o principal objetivo do novo constitucionalismo latino-americano, apontando como exemplo as categorias constitucionais colombiana de “*Formas de participación democrática*” e

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ Cf. ALÓ, Ilana. O novo constitucionalismo latino-americano: os desafios da construção de um “novo” sistema de participação cidadã frente a uma estrutura de poder concentrada no Equador. In: SOUSA; LEGALE; CYRILLO, *Constitucionalismo latino-americano, cit.*, p. 409, e ALÓ, Ilana. *Voz y voto, ¿democracia directa? – Un análisis de la silla vacía como instrumento de participación desde abajo em un escenario post constitucional.* Rio de Janeiro: NIDH – UFRJ, 2021.

⁶⁰ LEGALE, *Curso de Teoria Constitucional Interamericana, cit.*, p. 59.

⁶¹ Para Pastor e Dalmau, “(...) Quando, por exemplo, a Constituição venezuelana incorpora um complexo mecanismo de coordenação das políticas fiscal e monetária por meio do chamado acordo de política macroeconômica, ou quando a Constituição boliviana estabelece a eleição por sufrágio universal dos membros do corpo diretivo de juízes – Conselho de a Magistratura – ou o Tribunal Constitucional Plurinacional, estão levantando essa complexidade institucional, cuja razão de existir poderia ser investigada sem muito esforço na trajetória política, econômica e social pré-constitucional desses países.”. Cf. PASTOR; DALMAU, *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latino-americano como corriente doctrinal sistematizada?, cit.*

equatoriana de “*Gobierno participativo*”, visando aumentar a legitimidade popular dos Poderes constituídos⁶². Além disso, as novas Constituições apresentam amplas declarações de direitos, demonstração de preocupação com a inclusão e participação de grupos vulneráveis, como crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, questões de equidade de gênero, proteção ambiental e combate às intolerâncias, entre outros.

As Constituições em questão visam a integração social dos setores historicamente marginalizados, como os povos originários, camponeses e comunidades afrodescendentes, em especial os quilombolas. Neste sentido, o caso boliviano é exemplar, pois a sua Constituição Política de 2009 refunda as bases do Estado, tornando-se plurinacional e destacando a autonomia indígena. No contexto do novo constitucionalismo latino-americano, as constituições têm um caráter normativo e são submetidas a um controle concentrado de constitucionalidade. Além disso, esses novos textos constitucionais buscam a redução das desigualdades políticas, econômicas e sociais destes grupos, por meio de programas e mecanismos, como o programa “Bolsa Família” no Brasil.

Apesar dos evidentes progressos que a fase do novo constitucionalismo latino-americano vem apresentando, tal fenômeno, assim como qualquer outro, também é passível de falhas. Representando uma crítica interna ao próprio conceito, Gargarella vem por trabalhar a analogia da “sala de máquinas” da Constituição, representando os seus atrasos e entraves⁶³.

Ou seja, trata-se de omissão dos constituintes das novas Constituições: mantém-se a sala de máquinas trancada ao não refundar a própria forma de organização do Estado e dos Poderes. Ao mesmo tempo em que se procura institucionalizar princípios da cosmovisão indígena, como a *sumak kawsay*, mantém-se a lógica dos Estados colonizadores, dando continuidade às formas de opressão estruturais que a superestrutura estatal possibilita desenvolver.

Embora as democracias jovens e instáveis da América Latina tenham sido fortalecidas pelos movimentos sociais e pelo engajamento popular nas reformas constitucionais, que resultaram na incorporação da corrente do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, elas enfrentam um novo desafio: o neoliberalismo⁶⁴. O impacto do neoliberalismo impede o crescimento continuado dos movimentos sociais e sua influência no Novo Constitucionalismo,

⁶² *Ibidem*.

⁶³ GARGARELLA, *La sala de máquinas de la constitución*, cit.

⁶⁴ EMERIQUE, Lilian Balmant; SOUZA, Neyllon Rangel. Panorama do Novo Constitucionalismo Latino-Americano: breve balanço de uma década. In: EMERIQUE, Lilian Balmant; CAMARGO, Margarida Lacombe (Orgs.). *Direitos Humanos, democracia e desenhos institucionais em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2019, p. 337-351.

prejudicando sua evolução. Além disso, inibe e dificulta a implementação efetiva dos direitos humanos fundamentais, especialmente os direitos sociais.

De acordo com Lilian Balmant Emerique, há necessidade de repensar e atualizar as discussões teóricas relacionadas ao constitucionalismo, especialmente em relação à tensão entre o neoconstitucionalismo estabelecido como corrente e o tempo necessário para a realização dos direitos humanos de natureza social, os quais tendem a ser efêmeros na sociedade brasileira contemporânea⁶⁵. Adicionalmente, a Professora Lilian Emerique destaca a importância da criação e preservação de sujeitos de direitos como uma das soluções para enfrentar essa questão:

Primeiramente, marcamos como um farol a guiar o caminho a ser seguido, a tarefa que mais exige esforços para superar os problemas apontados acima, a saber: a criação de sujeitos de direito. Um dos obstáculos que perpassou toda a trajetória analisada foi transpor o problema de criar ou manter, em dados momentos, a condição de sujeito de direitos num país caracterizado pela acentuada desigualdade social e exclusão, que somente retrocedeu momentos muito curtos do período avaliado. É preciso ultrapassar a subcidadania, a naturalização da desigualdade e o descarte das pessoas privadas da sua dignidade, chamado por Casara de “gestão dos indesejáveis.”⁶⁶.

Por fim, entende-se que, nesta perspectiva, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano é uma via para que os indivíduos considerados "indesejáveis" possam exercer suas reivindicações. Ainda não há uma doutrina constitucional sistematizada, existindo por diversas controvérsias e reivindicações terminológicas e conceituais para a análise do constitucionalismo regional⁶⁷. Apesar disso, foi possível estabelecer, nestas poucas páginas, um breve panorama sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

2.2 O povo reconfigura o mito de Montesquieu na América Latina

A crítica da crítica de Paolo Sandro acontece quando Montesquieu se depara com as experiências institucionais e fenomenológicas do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, com a retomada do conceito de soberania pelo povo^{68,69}. Em razão destes marcos, a partir da literatura sobre o assunto, é possível afirmar, de antemão, que a América Latina não abandonou

⁶⁵ EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *Direitos Sociais no Brasil: balanço de uma jornada com destino incerto. Justiça do Direito* (UPF), v. 34, p. 76-105, 2020.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ PASTOR; DALMAU, ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latino-americano como corriente doctrinal sistematizada?, *cit.*

⁶⁸ Sobre a necessidade de retomada do conceito de soberania popular pelo povo, já alertava Kalyvas. Cf. KALYVAS, Soberanía popular, democracia y el poder constituyente, *cit.*

⁶⁹ VIEIRA, José Ribas; ASSIS, Fábio José Silva de. Do neoconstitucionalismo ao novo constitucionalismo latino-americano: um processo de lutas das minorias. In: SOUSA; LEGALE; CYRILLO, *Constitucionalismo latino-americano, cit.*, p. 36.

a tese mítica de Montesquieu, e nem se cristalizou a partir de sua teorização, sobretudo pensada para os Estados liberais⁷⁰.

Em contrário, das experiências latino-americanas emergiram “novos poderes” para além da clássica tripartição montesquiana, como o modelo metodológico de Bruce Ackerman descreve – apesar de o autor estadunidense sequer citar os textos constitucionais do Novo Constitucionalismo Latino-Americano em seus artigos⁷¹. Neste sentido, em breve passagem, o presente trabalho trabalhará, sobretudo, com os dois últimos ciclos do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, conforme distinção de Raquel Fajardo⁷², focando nas experiências venezuelana (1999), como caso paradigmático do segundo ciclo, e boliviana (2009), como caso paradigmático do terceiro ciclo. Experiências estas que prescindem da distinção entre aplicação e criação do Direito, mas, lançam suas lentes à titularidade do poder político: o povo.

A Constituição venezuelana de 1999 é construída historicamente a partir de uma revolução popular contra a Venezuela liberal-conservadora⁷³, marcada por um autoritarismo estatal repleto de repressão e violência policial, como a chacina do *El Caracazo*⁷⁴. Assim, os Constituintes positivaram na Constituição de 1999 o artigo 273, o qual define o Poder Cidadão, exercido pelo *Consejo Moral Republicano*⁷⁵.

De maneira mais detalhada, o artigo 273 estabelece que o Poder Cidadão é exercido pelo Conselho Moral Republicano, composto pelo Defensor ou Defensora do Povo, pelo Fiscal ou pela Fiscal Geral e pelo Controlador ou Controladora Geral da República. Os órgãos que compõem o Poder Cidadão são a Defensoria do Povo, o Ministério Público e a Contraloría Geral da República, sendo que um dos seus titulares será designado pelo Conselho Moral Republicano como Presidente ou Presidenta, por períodos de um ano, podendo ser reeleito ou

⁷⁰ DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, cit., p. 184.

⁷¹ ACKERMAN, *The new separation of powers*, cit.; e ACKERMAN, *Adeus, Montesquieu*, cit.

⁷² FAJARDO, *El horizonte del constitucionalismo pluralista*, cit., p. 99.

⁷³ Segundo Legale: “A Constituição serviu à denominada pelo próprio governo ‘Revolução Bolivariana’, inspirada na figura de Simon Bolívar e em medidas de um novo socialismo de cunho sincrético. Chávez tornou-se, para alguns, o líder da ‘Revolução’ que aumentou os níveis de igualdade e qualidade de vida dos cidadãos venezuelanos, enquanto, para outros, não passava de um caudilho, golpista, autoritário violador de direitos fundamentais, em especial, da liberdade de expressão e da propriedade privada”. Cf. LEGALE, Siddharta. O Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela e os males de origem do novo constitucionalismo latino-americano. In: SOUSA; LEGALE; CYRILLO, *Constitucionalismo latino-americano*, cit., p. 369.

⁷⁴ Sobre o julgamento da chacina *El Caracazo* na Venezuela pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como o desenvolvimento, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de um “sistema interamericano de crise”, Cf. SARDINHA, Danilo. A jurisdição anticíclica da corte interamericana de direitos humanos: interamericanizando os sistemas constitucionais de crise para proteção da democracia na América do Sul. 2022. 141 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

⁷⁵ VAL, Eduardo Manuel; ALVAREZ, Carlos Rafael Drummond. Jornada venezuelana à cidadania: o Poder Cidadão na Constituição de 1999. In: BELLO, Enzo; BRANDÃO, Clarissa. *Direitos Humanos e Cidadania no Constitucionalismo Latino-Americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 89-117.

reeleita. O Poder Cidadão é independente e seus órgãos possuem autonomia funcional, financeira e administrativa. Para tanto, dentro do orçamento geral do Estado, será destinada uma partida anual variável. Sua organização e funcionamento são estabelecidos em lei orgânica⁷⁶.

Em complementação, para Alvarez:

O Poder *Ciudadano* rompe o paradigma de uma estrutura clássica de tripartição de poderes. Tal inovação nasce como mecanismo de ruptura com uma ordem legal que se baseava no constitucionalismo liberal clássico, que tinha o modelo representativo como suporte legitimador das decisões primordiais da República em âmbito político, dos atos emanados pelos administradores públicos na gestão dos bens e serviços públicos e das leis que nasciam em um ambiente no qual a crise de representatividade era latente⁷⁷.

Dessa forma, o surgimento do Poder Cidadão tem como propósito exercer o controle sobre o poder e, em especial, atuar como mecanismo de monitoramento dos gastos públicos. É importante ressaltar que o aprimoramento institucional proporcionado pela Constituição de 1999, em relação ao Ministério Público e à Controladoria Geral, desempenha um papel fundamental na luta contra a corrupção. Essas instituições, pertencentes a um mesmo poder, mas mantendo sua independência, têm suas funções de fiscalização e punição aprimoradas. Isso leva em consideração as particularidades de cada instituição e suas competências na gestão da probidade administrativa e suas implicações⁷⁸.

De maneira crítica, Enzo Bello aponta que, em relação à participação popular no contexto venezuelano, apesar da existência de um déficit democrático na convocação da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), uma análise abrangente do processo político revela que Nicolás Maduro e o Partido Socialista Unido da Venezuela (PSUV) atuam estrategicamente com o intuito de prolongar seu governo por mais um mandato. Essa estratégia envolve a manipulação das normas constitucionais e eleitorais. Apesar das mudanças de conjuntura, eles seguem as regras estabelecidas pelos poderes constituídos na Constituição de 1999 de forma mais diligente do que a oposição de direita (Mesa de Unidade Democrática - MUD), que inicialmente se opôs à promulgação da Constituição e agora a apoia⁷⁹.

De um lado, a MUD demonstra uma falta de respeito à institucionalidade constitucional, recorrendo constantemente a manobras legais e ilegais para alterar a composição dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Essa realidade explica o movimento político

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ ALVAREZ, Venezuela e a corrupção, *cit.*, p. 330.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 353.

⁷⁹ BELLO, Enzo. Constituição e Política na Venezuela: Um balanço da conjuntura contemporânea. *Pensar - Revista De Ciências Jurídicas*, v. 24, p. 1-13, 2019. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/7661>.

do PSUV dentro das condições concretas da disputa, mesmo quando poderiam ou deveriam convocar o povo para decidir, mas optam por não fazê-lo. Por outro lado, os argumentos apresentados pelo chavismo crítico são válidos, especialmente em relação a duas questões: a falta de ações concretas por parte do governo Maduro para promover o avanço da Revolução Bolivariana como uma alternativa ao sistema capitalista e o uso da participação popular e do respeito aos procedimentos democráticos⁸⁰.

No entanto, esse último aspecto não é apenas relevante no sentido procedimental, como um fim em si mesmo para os teóricos constitucionalistas ou um meio conveniente para certas forças políticas, mas também no sentido material de um governo popular que se engaja de forma contínua e direta com sua base social⁸¹.

A Constituição boliviana de 2009, por sua vez, é a última, até o presente momento, representante do terceiro ciclo do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, destacando a sua forma de Estado Plurinacional⁸². Neste sentido,

A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009 trouxe aspectos de grande estima e inovação ao pensamento crítico no Direito Constitucional regional como um todo. Alterou a natureza de Estado para garantir maior destaque à plurinacionalidade, num movimento hercúleo para uma maior integração das populações indígenas e campesinas, como abordado no tópico sobre o novo constitucionalismo latino-americano (subcapítulo 1.2.2 desta monografia), o que ficou notadamente reconhecido na estruturação de seu TCP [Tribunal Constitucional Plurinacional], e a constitucionalização de princípios derivados da cosmovisão indígena, como a proposição da *Pachamamma* e a *suma qamaña*⁸³.

Em se tratando da separação de poder propriamente dita, a Constituição Política do Estado boliviano positiva o *Poder Eleitoral Plurinacional* enquanto um dos poderes do Estado, juntamente aos clássicos Executivo, Legislativo e Judiciário, em seu artigo 12, §1º. Em linhas gerais, o artigo 12 da Constituição boliviana delinea a estrutura do poder público do Estado,

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ *Idem.*

⁸² Em termos históricos, Siddharta Legale destaca que: “Três marcos recentes da história e do direito boliviano são a Constituição de 1967, as reformas constitucionais de 1994, e a Constituição de 2009. A Reforma de 1994 já sinalizava a importância de valorizar o caráter multiétnico e pluricultural da nação, a proteção de direitos sociais e introduzia três importantes instituições: Conselho Nacional da Judicatura, o Tribunal Constitucional e o Defensor do Povo. O sistema constitucional mostrou-se funcional inicialmente até o advento dos acontecimentos que culminaram na promulgação da nova Constituição. No início dos anos 2000, porém, ocorreu uma crise e decomposição dos partidos políticos tradicionais. Em 2004, o Presidente Carlos Mesa chegou a usar o Exército para aplacar as convulsões sociais. (...) Permeado por protestos e paralisações em razão desta [nova lei dos hidrocarbonetos], o país vivenciou a renúncia de Carlos Mesa e a posse provisória do Presidente da então Corte Suprema de Justiça, Eduardo Rodríguez Veltzé. Nomeado, Veltzé convocou novas eleições. O discurso político nacionalista, de base indigenista, acabou colocando o candidato do Movimento ao Socialismo (MAS), Evo Morales, no centro das atenções político-partidárias por conta de seu discurso de nacionalização e controle total dos hidrocarbonetos por meio de novos contratos com as empresas petrolíferas. (...) Nesse contexto, aprovou-se a Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009.” Cf. LEGALE, O Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia e as veias abertas do novo constitucionalismo latino-americano, *cit.*, p. 457-458.

⁸³ SARDINHA, A jurisdição anticíclica da Corte Interamericana de Direitos Humanos, *cit.*, p. 131.

composta pelos órgãos Legislativo, Executivo, Judiciário e Eleitoral. Essa organização é fundada na independência, separação, coordenação e cooperação entre esses órgãos. O Estado possui três funções, a saber: controle, defesa da sociedade e defesa do Estado. É vedado reunir as funções dos órgãos públicos em um único órgão ou delegá-las.

Assim, trata-se da segunda experiência latino-americana que rompeu com o modelo tripartido de miticamente é titularizado por Montesquieu, contextualizado na necessidade de se pensar em estruturas liberais para romper com o modelo absolutista de Estado. A chave encontrada pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano para repensar a separação de poderes, deste modo, prescindiu da distinção proposta por Paolo Sandro, tendo como horizonte a realocação da soberania popular no contexto político-jurídico pátrio, em decorrência do modelo de Estado fruto de colonizações da região.

O quarto poder boliviano é o Eleitoral Plurinacional, cuja função, exercida pelo *Órgano Eleitoral*, é de organizar, administrar e executar os processos eleitorais, bem como anunciar os resultados. Como resultado, foram designadas duas das suas sete cadeiras para os indivíduos indígenas originários. O artigo 209 da constituição também introduziu uma mudança significativa no sistema político boliviano, permitindo que a representação política ocorra não apenas por meio de partidos políticos, mas também por meio das organizações das nações e povos indígenas originários camponeses e das agrupações cidadãs.

De acordo com Gladstone Leonel Jr., os avanços democráticos experimentados após a promulgação da Constituição na Bolívia foram notáveis, resultando em uma transformação parcial das estruturas antigas e inaugurando um ciclo mais inovador de abordagem temática.

Por outro lado, na Venezuela, é perceptível um estímulo à democracia participativa, evidenciado pelas manifestações populares em defesa do projeto popular⁸⁴.

Brevemente, este último tópico propôs-se a descrever experiências *outras* de separação de poderes para além do modelo tripartido de separação de poder, mas que prescindem da distinção entre aplicação e criação do Direito, como proposto no modelo analítico de Paolo Sandro. Isto é, estas experiências, notadamente encontradas no movimento chamado Novo Constitucionalismo Latino-Americano, identificam a crise da separação de poder não no dogmatismo de uma aplicação ou criação de Direito, mas, sim, na própria titularidade do poder, que é a soberania popular.

⁸⁴ LEONEL JÚNIOR, Gladstone. Os dez anos da Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia: resistir entre a pandemia e um golpe. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 8, p. 1-18, 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/47129>.

Considera-se que o modelo de separação de poderes no Novo Constitucionalismo Latino-Americano segue a proposição crítica de Antonio Negri, para quem o poder constituinte é a manifestação da vontade coletiva das pessoas em criar e recriar constantemente a ordem social, desafiando as estruturas de poder estabelecidas e buscando formas mais justas e igualitárias de convivência. É um conceito fundamental em sua teoria política, que fundamenta sua crítica ao Estado e ao capitalismo, e oferece uma visão alternativa de organização social baseada na autonomia e na autogestão⁸⁵. Isso possibilitaria a institucionalização de duas experiências: o *Poder Ciudadano* venezuelano e o *Poder Eleitoral Plurinacional* boliviano.

5 Considerações finais

O presente trabalho se posiciona enquanto uma crítica *externa* ao primoroso trabalho do Professor Paolo Sandro. Enquanto o autor identifica que sua obra objetiva atingir um público amplo, construindo uma teoria sobretudo analítica, a qual se propõe a abarcar tanto as especificidades da *common law* quanto da *civil law*, Paolo Sandro peca ao fechar os olhos para o que acontece neste lado do Ocidente. Isto é, a América Latina possui, ao menos, dois modelos quadripartites de separação de poder, justamente por localizarem, a partir do contexto sócio-histórico da região, que o cerne da questão se encontra não no Direito posto, instituído, mas, sim, na titularidade da autoridade política, a qual vem sendo reconquistada, nos movimentos constituintes contemporâneos, pelo povo marginalizado e oprimido.

Por certeza, críticas podem ser feitas, como já são, aos modelos adotados por Venezuela e Bolívia, como as possibilidades de captura tanto do *Poder Ciudadano* quanto do *Poder Eleitoral Plurinacional* pelos clássicos poderes já constituídos, sobretudo pelo Poder Executivo. Contudo, como o presente *paper* pretendeu ser apenas descritivo das experiências, neste sentido, vale analisar a efetividade destes modelos em outras oportunidades. O que importa, ao finalizar estas linhas, é apontar que, para além de experimentalismos, as experiências latino-americanas são exemplos de desenhos institucionais possíveis para além dos moldes europeus, cristalizados em teorias seculares e salvaguardas dogmáticas que há muito já vêm sendo desmontadas.

⁸⁵ NEGRI, *O poder constituinte*, cit.

Referências Bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, v. 265, p. 13–23, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18909>. Acesso em: 29 nov. 2022.
- ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 633-728, 2000.
- ALÓ, Ilana. *Voz y voto, ¿democracia directa?* – Un análisis de la silla vacía como instrumento de participación desde abajo em un escenario post constitucional. Rio de Janeiro: NIDH – UFRJ, 2021.
- ALÓ, Ilana. O novo constitucionalismo latino-americano: os desafios da construção de um “novo” sistema de participação cidadã frente a uma estrutura de poder concentrada no Equador. In: SOUSA, Adriano; LEGALE, Siddharta; CYRILLO, Carolina (Orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: teoria, direitos humanos fundamentais, instituições e decisões*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020.
- ALVAREZ, Carlos Rafael Drummond. Venezuela e a corrupção: o Poder Cidadão na Constituição de 1999 e seu simulacro. In: SOUSA, Adriano; LEGALE, Siddharta; CYRILLO, Carolina (Orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: teoria, direitos humanos fundamentais, instituições e decisões*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020.
- ATTARD, María Elena. Un mate de coca y unas breves reflexiones dialógicas entre la diosa Themis y Mama Ocllo. Es el Tribunal Constitucional Plurinacional un modelo polifónico de justicia constitucional? *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXV, Bogotá, 2019, p. 409-436.
- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o Giro Decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 11, Brasília, maio-agosto de 2013, p. 89-117.
- BELLO, Enzo. Constituição e Política na Venezuela: Um balanço da conjuntura contemporânea. *Pensar - Revista De Ciências Jurídicas*, v. 24, p. 1-13, 2019. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/7661>.
- BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade. *Estudos Avançados*, v. 51, n. 18, 2015.
- CHEVALIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1973.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, ago. 2019.
- EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. Direitos Sociais no Brasil: balanço de uma jornada com destino incerto. *Justiça do Direito* (UPF), v. 34, p. 76-105, 2020.
- EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; ALÓ, Ilana. Em defesa da participação: análise da iniciativa popular para alteração da Constituição no Brasil e no Equador. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, ago. 2019.
- EMERIQUE, Lilian Balmant; SOUZA, Neyllon Rangel. Panorama do Novo Constitucionalismo Latino-Americano: breve balanço de uma década. In: EMERIQUE, Lilian Balmant; CAMARGO, Margarida Lacombe (Orgs.). *Direitos Humanos, democracia e desenhos institucionais em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2019, p. 337-351.
- FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: SOUSA, Adriano; LEGALE, Siddharta;

- CYRILLO, Carolina (Orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: teoria, direitos humanos fundamentais, instituições e decisões*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020.
- GARGARELLA, Roberto. Sobre el “Nuevo constitucionalismo latino-americano”. *Rev. Urug. Cienc. Polít.*, Montevideo, v. 27 n. 1, 2018.
- GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição. Trad. de Thiago Pádua e Jefferson Guedes. *Universitas JUS*, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016.
- GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la constitución: dos siglos de constitucionalismo en America Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.
- KALYVAS, Andreas. Soberanía popular, democracia y el poder constituyente. *Política y gobierno*, v. 12, n. 1, p. 91-124, 2005.
- LEGALE, Siddharta. *Curso de Teoria Constitucional Interamericana*. Rio de Janeiro: NIDH – UFRJ, 2021.
- LEGALE, Siddharta. O Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela e os males de origem do novo constitucionalismo latino-americano. In: SOUSA, Adriano; LEGALE, Siddharta; CYRILLO, Carolina (Orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: teoria, direitos humanos fundamentais, instituições e decisões*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020.
- LEGALE, Siddharta. O Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia e as veias abertas do novo constitucionalismo latino-americano. In: SOUSA, Adriano; LEGALE, Siddharta; CYRILLO, Carolina (Orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: teoria, direitos humanos fundamentais, instituições e decisões*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020.
- LEONEL JÚNIOR, Gladstone. Os dez anos da Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia: resistir entre a pandemia e um golpe. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 8, p. 1-18, 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/47129>.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 9. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.
- SANDRO, Paolo. *The making of Constitutional Democracy: from creation to application of Law*. Oxford: Hart, 2021.
- SARDINHA, Danilo. A jurisdição anticíclica da corte interamericana de direitos humanos: interamericanizando os sistemas constitucionais de crise para proteção da democracia na América do Sul. 2022. 141 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.
- PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martinez. ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latino-americano como corriente doctrinal sistematizada? *Universidad de València*. Valência, 2011. Disponível em: <http://latinoamerica.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/134/2015/01/Viciano-Pastor-Articulo.pdf>.
- VAL, Eduardo Manuel; ALVAREZ, Carlos Rafael Drummond. Jornada venezuelana à cidadania: o Poder Cidadão na Constituição de 1999. In: BELLO, Enzo; BRANDÃO, Clarissa. *Direitos Humanos e Cidadania no Constitucionalismo Latino-Americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 89-117.
- VIEIRA, José Ribas; ASSIS, Fábio José Silva de. Do neoconstitucionalismo ao novo constitucionalismo latino-americano: um processo de lutas das minorias. In: SOUSA, Adriano; LEGALE, Siddharta; CYRILLO, Carolina (Orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: teoria, direitos humanos fundamentais, instituições e decisões*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Como citar este artigo: MARCOLINO, Danilo Sardinha. Montesquieu na América Latina: crítica da crítica de Paolo Sandro à teoria da separação de poder. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 8, n. 2, p. 1–24, 2023.

Recebido em 20.03.2023

Publicado em 18.07.2023

