

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA**

GABRIEL BENEDETTI MARQUES RODRIGUES

***PARADOXO INTERGERACIONAL? UMA ANÁLISE DO
CONTRAMAJORITARISMO NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO
DEMOCRÁTICO***

**RIBEIRÃO PRETO
2022**

GABRIEL BENEDETTI MARQUES RODRIGUES

***PARADOXO INTERGERACIONAL? UMA ANÁLISE DO
CONTRAMAJORITARISMO NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO
DEMOCRÁTICO***

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira

**RIBEIRÃO PRETO
2022**

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

R696p RODRIGUES, Gabriel Benedetti Marques, 1995-
Paradoxo intergeracional? : uma análise do contramajoritarismo
no contexto do constitucionalismo democrático / Gabriel Benedetti
Marques Rodrigues. – Ribeirão Preto, 2022.
141 f.

Orientador: Prof.º Dr.º Rafael Tomaz de Oliveira.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Mestrado em Direitos coletivos e cidadania, 2022.

1. Democracia. 2. Direito constitucional. II. Título.

CDD 340

GABRIEL BENEDETTI MARQUES RODRIGUES

**PARADOXO INTERGERACIONAL? UMA ANÁLISE DO
CONTRAMAJORITARISMO NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO
DEMOCRÁTICO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 18 de outubro de 2022

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira
Presidente/UNAERP

Prof. Dr. Flávio Quinaud Pedron

ITNIEG
Documento assinado digitalmente

gov.br

MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARRE

Data: 10/05/2023 13:52:09-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega
UNAERP

RIBEIRÃO PRETO
2022

*Para todas as vítimas da pandemia de
COVID-19 (em memória).*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à minha companheira Marcela Helena Marcolino por todo o apoio e companheirismo de sempre, incluindo o compartilhamento de angústias e felicidades durante nossa jornada no Mestrado.

À minha mãe, Daniela, pelo carinho e apoio de sempre.

À minha avó, Jusuina, pelo apoio imensurável de emprestar sua residência e, consequentemente, oferecer melhores condições para a elaboração da presente pesquisa, especialmente no contexto pandêmico de inacessibilidade aos locais físicos de estudos.

Aos demais familiares que contribuíram de alguma forma.

Ao professor, orientador e minha eterna referência, Rafael Tomaz de Oliveira, pelo apoio incondicional e paciência de sempre. Trata-se de um privilégio ter a oportunidade de conversar, discutir e aprender com a orientação daquele que é uma das maiores referências do Direito Constitucional no Brasil.

Ao amigo de grupo de pesquisa, Luiz Felipe Machado Muraca, pelo apoio com as leituras e sugestões, sempre tão importantes.

Ao meu grande amigo e pesquisador Guilherme Cardoso de Moraes, que mesmo ocupando outra área das ciências, contribuiu consideravelmente para a minha trajetória na pós-graduação.

Aos professores Ricardo Bazilio Dalla Vecchia e Sandra Rita Molina, meu eterno agradecimento por terem norteado meu ingresso nos estudos.

Ao programa de Mestrado em Direito da UNAERP, aos funcionários, e aos professores e professoras que pude compartilhar parte da pesquisa.

Aos professores Danilo Pereira Lima e Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega por terem contribuído a partir da integração na banca do exame de qualificação.

E à CAPES pelo apoio financeiro que possibilitou o desenvolvimento da presente pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto o problema do *paradoxo intergeracional*, consistente na análise em torno da legitimidade de uma Constituição transmitida de geração em geração limitando a deliberação política do presente. Projetando-se a partir da recente experiência constitucional brasileira, no atual contexto de crise do Estado Constitucional, objetiva-se investigar fundamentos que reconhecem legitimidade para uma Constituição elaborada no passado frente a um imaginário de maiorias politicamente e juridicamente ilimitadas. Trata-se de um assunto que assume relevância na medida em que emergem cada vez mais vozes no cenário político brasileiro professando manifestações por uma nova Constituição ou por ataques, direta ou indiretamente, ao atual texto constitucional. Além disso, procura-se saber quanto às possibilidades de rechaçar argumentos que se assentam nesse imaginário majoritário que vão em sentido contrário a Constituição. Nesse sentido, por meio de revisão bibliográfica, a investigação se vale da ideia de um *pré-compromisso constitucional* como hipótese válida para a proposta discutida. Contudo, as respostas exigiram uma outra concepção da teoria compromissória, qual seja: sua compreensão dentro de uma concepção de democracia que esteja para além das estatísticas, aproximando-se das ideias de Ronald Dworkin; bem como observando-se a dimensão temporal do fenômeno interpretativo, especificamente da hermenêutica produzida no século XX com as contribuições de Hans-Georg Gadamer. Por fim, valendo-se desses instrumentos, aproximou-se o problema intergeracional mais à ideia de um dilema que de um paradoxo, na medida em que só seria possível falar em “amarras” do passado caso houvesse a eterna necessidade de aplicar as disposições constitucionais em conformidade com os sentidos pretendidos originalmente por seus criadores, o que não vem ao caso quando se analisa o problema na perspectiva hermenêutica que faz de toda interpretação, uma interpretação no tempo, a partir da *situação hermenêutica* e da história que a Constituição, por sua vez, também faz parte.

Palavras-chave: Intergeracional; Pré-compromisso; Constitucionalismo; Democracia; Atribuição de sentido.

ABSTRACT

The present work has as its object the problem of the intergenerational paradox, consisting of the analysis around the legitimacy of a Constitution transmitted from generation to generation limiting the political deliberation of the present. Drawing from the recent Brazilian constitutional experience, in the current context of crisis of the Constitutional State, the objective is to investigate foundations that recognize legitimacy for a Constitution elaborated in the past in the face of an imaginary of politically and legally unlimited majorities. It is a matter that assumes relevance as more and more voices emerge in the Brazilian political scenario professing manifestations for a new Constitution or for attacks, directly or indirectly, against the current constitutional text. In addition, it seeks to know about the possibilities of rejecting arguments that are based on this majority imaginary that go against the Constitution. In this sense, through a literature review, the investigation uses the idea of a constitutional pre-commitment as a valid hypothesis for the discussed proposal. However, the answers required another conception of the compromise theory, namely: its understanding within a conception of democracy that goes beyond statistics, approaching the ideas of Ronald Dworkin; as well as observing the temporal dimension of the interpretive phenomenon, specifically the hermeneutics produced in the 20th century with the contributions of Hans-Georg Gadamer. Finally, using these instruments, the intergenerational problem was approached more to the idea of a dilemma than a paradox, insofar as it would only be possible to talk about the “shackles” of the past if there was an eternal need to apply the constitutional dispositions in accordance with the meanings originally intended by their creators, which is not the case when analyzing the problem in the hermeneutic perspective that makes of every interpretation, an interpretation in time, from the hermeneutic situation and the history that the Constitution, in turn, is also part of it.

Keywords: Intergenerational; Pre-commitment; Constitutionalism; Democracy; Attribution of meaning.

SUMÁRIO

RESUMO	8
1. INTRODUÇÃO	9
2. PRÉ-COMPROMISSO CONSTITUCIONAL	20
2.1 A proposta de Jon Elster e a sua revisitação por um pré-compromisso <i>descritivo</i> ...	20
2.2 Pré-Compromisso <i>normativo</i>: duas abordagens voltadas para a justificação constitucional	29
2.2.1 O pré-compromisso produtivo de Stephen Holmes.....	30
2.2.2 A estratégia facilitadora do pré-compromisso em Cass Robert Sunstein	33
2.3 A crítica <i>democrática</i> de Jeremy Waldron	36
2.4 Uma conclusão parcial: o pré-compromisso é possível?	41
2.4.1 Motivos de pré-compromisso constitucional	41
2.4.2 O problema das assembleias constituintes passionais	47
2.4.2.1 O controle político no cerne do Constitucionalismo e a sua relação com o pré-compromisso.....	50
2.4.3 A validade pré-compromissória e o não enfrentamento da crítica <i>democrática</i>	66
3. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO PARA ALÉM DOS NÚMEROS	71
3.1 A premissa majoritária na perspectiva <i>dworkiana</i>	74
3.1.1 Um breve relato sobre o debate entre Dworkin e Waldron.....	79
3.2 Democracia <i>coparticipativa</i> (constitucional) em Ronald Dworkin.....	84
3.2.1 Princípio da igual consideração e respeito – <i>igualdade</i>	87
3.2.2 Princípio do autogoverno – <i>liberdade</i>	90
3.3 Exemplo paradigmático da concepção coparticipativa: a <i>vacinação compulsória</i> no contexto brasileiro.....	92
4. A ATUALIDADE DE SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A <i>TEMPORALIDADE</i> CONSTITUCIONAL.....	100
4.1 A recolocação do problema.....	100
4.2 A hermenêutica filosófica e a <i>produção</i> de sentido.....	101
4.2.1 <i>Pensar historicamente</i>	103
4.2.2 A hermenêutica jurídica nesse paradigma <i>filosófico</i>	109

4.3 A <i>temporalidade</i> do Constitucionalismo Moderno	115
4.4 Uma exemplificação da discussão no contexto constitucional brasileiro: a (in)coerência da ADO nº26	121
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
6. REFERÊNCIAS	134

1. INTRODUÇÃO

I. Considerações preliminares: eixo temático e apresentação do problema

Embora tenha sido um tema mais predominante no pensamento constitucional do século passado, pensar a relação entre Constitucionalismo e Democracia, ou mais especificamente, entre os direitos constitucionais e os anseios políticos majoritários¹ – com os desdobramentos nos poderes e competências atribuídos a um Judiciário não eleito – nunca deixou de ser uma tarefa essencial para a comunidade política-jurídica. Poder-se-ia questionar qual a pertinência ou importância em levantar questões referentes à tensão entre majoritarismo e as limitações constitucionais (ou sobre a legitimidade democrática da revisão judicial), visto que há em vigor uma Constituição positivada com diferentes instituições tidas como consolidadas.

Por exemplo, Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 50), ao abordar a questão da legitimidade de uma Constituição, afirma que a análise procedimental do Processo Constituinte, após décadas de sua promulgação, deve ceder cada vez mais espaço para outros critérios de avaliação dessa legitimidade, como a aceitação que uma Constituição tem para determinada comunidade. Para o autor (2021, p. 81), embora as críticas referentes ao procedimento da Constituinte fossem justificadas e necessárias durante aquele período, muitas das objeções perderam sentido após décadas de promulgação da Constituição brasileira.²

Com efeito, se a análise procedimental do Processo Constituinte deve ceder cada vez mais espaço para outros critérios de avaliação da legitimidade constitucional ou não, fato é que as implicações políticas e os problemas institucionais que marcaram os últimos anos mostram que a questão da aceitação assume cada vez mais relevância, uma vez que a Constituição Federal brasileira ainda não atingiu um grau de estabilidade e durabilidade que é fundamental nas constituições modernas, seja porque é constantemente alterada³, seja porque é constantemente inobservada (ou pretensamente rejeitada). Exemplo disto é a quantidade de emendas que

¹ Isso não significa que “Democracia” necessariamente signifique democracia majoritária. Desde já salientamos que, mesmo em um contexto de democracia que não seja puramente majoritária, vislumbra-se situações em que este ideal é posto em um polo de tensionamento com o constitucionalismo.

² Carl Schmitt (1982, p. 104), sobre a legitimidade da Constituição de Weimar, afirma que nada tem relação com o assunto o fato de a Constituição ser a anterior ou a nova, pois a legitimidade da referida Constituição estava apoiada no Poder Constituinte do povo alemão. Afinal: “Una Constitución es legítima — esto es, reconocida, no sólo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica— cuando la fuerza y autoridad del Poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida.”

³ Tanto é que a Constituição Federal de 1988 já passou por 116 reformas em 33 anos de vigência. Cf. BRASIL, 2022.

a Constituição já passou: cento e onze (111). Embora maioria delas não tenha sido referente a estruturação do Estado ou sobre os direitos fundamentais⁴, chama a atenção o fato de que diversos dispositivos constitucionais considerados de políticas públicas – que, não por um acaso, foram constitucionalizadas no contexto brasileiro – são reajustados em conformidade com os interesses momentâneos de cada governo e legislatura.

E esse grau de instabilidade se intensifica na medida em que é possível observar, principalmente nos últimos anos, um aumento significativo de mobilizações sociais que vão em sentido contrário à Constituição Federal, contando ainda com a adesão de relevantes autoridades políticas do cenário brasileiro. Assim, na crença de que compõem uma maioria política (ou por terem elegido um Presidente da República majoritariamente), milhões de pessoas já saíram às ruas para exigir, seja do Presidente, seja das Forças Armadas, o fechamento de instituições democráticas como o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional⁵, especialmente quando há, por parte desses poderes, alguma decisão contrária aos anseios dessa “maioria”⁶.

No âmbito institucional dos tribunais, destaca-se – não necessariamente em um sentido positivo – o modo como a Constituição vem sendo interpretada, conforme se constata a partir de diversos julgados do Supremo Tribunal Federal e pelo *modos operandi* dos Tribunais em todo país. Com efeito, é possível observar a existência de um imaginário representado por parcela da comunidade jurídica brasileira que reconhece no Poder Judiciário algum tipo de competência para representar a sociedade e atender aos anseios sociais durante seus julgamentos⁷.

Alguns exemplos recentes ilustram bem essa situação em que há, de um lado, uma expectativa de parcela considerável da população (ou de seus representantes) de que a interpretação da Constituição se aproxime ou represente aquilo que compõe as próprias vontades

⁴ Para um levantamento empírico sobre a natureza e quantidade das emendas, ver: COUTO; ARANTES, 2006.

⁵ Há diferentes exemplos que ilustram essas reivindicações, mas, limitar-me-ei em mencionar apenas três referentes aos últimos anos: 1) primeiro de 2019: “Em Brasília, ataques ao STF e ao centrão marcam atos pró-Bolsonaro.” (TUROLLO; COLETTA, 2019); 2) segundo de 2020: “Ato pró-Bolsonaro em Brasília reúne manifestantes em defesa de medidas inconstitucionais.” (GARCIA; FALCÃO, 2020); 3) terceiro de 2021: “7 de setembro: Brasil vive ameaça de ‘insurreição’ antidemocrática, diz carta assinada por políticos de 27 países.” (BBC, 2021). 4)

⁶ Refiro-me a maioria entre aspas justamente pela crença de que essas reivindicações, por estarem alinhadas ao candidato que por maioria venceu a eleição, compõem efetivamente a maioria e, portanto, podem falar em nome do “povo”. No entanto, recentes pesquisas apontam que essas reivindicações não integram a maioria atual do eleitorado (G1, 2020).

⁷ Nesse sentido, vale mencionar a recente pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) que trata sobre o perfil da magistratura. Na questão nº 60, por exemplo, questiona-se a concordância dos magistrados nos casos sensíveis para a sociedade, em que não é constituído uma maioria parlamentar, sobre a possibilidade de o judiciário exercer um papel criativo na produção de normas, a fim de atender aos anseios da coletividade. O resultado foi que uma grande quantidade de juízes, desembargadores e ministros de tribunais superiores, concordam com essa possibilidade criativa dos membros do Judiciário (Cf. WERNECK VIANNA; CARVALHO; BURGOS, 2018).

deliberativas, em termos políticos; e, de outro, alguma disposição constitucional cujo sentido do texto direcione a interpretação para o comprometimento ou limitação dessa mesma deliberação política desejada. Vejamos:

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar sobre uma questão constitucional socialmente controversa. Com efeito, o Supremo precisou decidir se o Poder Legislativo estava sendo omissivo ao não elaborar uma legislação que puna a discriminação por orientação sexual. Por si só, esse caso mostra uma eventual tensão entre os ideais do constitucionalismo e democracia: de um lado, o Poder Legislativo, eleito majoritariamente como representante do eleitorado que, em mais de uma oportunidade, rejeitou (ou ao menos ignorou) a elaboração de uma lei que puna esse tipo de conduta discriminatória; e, de outro, uma disposição constitucional que determina (ou limita) exatamente aquilo que esse mesmo legislativo se recusou a fazer: a criminalização de tal conduta. Assim, indaga-se: de que modo compatibilizar essa limitação constitucional elaborada há mais de 30 anos com as vontades majoritárias representadas pelo Poder Legislativo atual?

Outro exemplo ilustrativo é aquele que envolve a garantia constitucional da presunção de inocência. Em 2016, sob os efeitos do clamor popular gerado pela *Lava Jato*, o Supremo mudou sua jurisprudência por meio do *Habeas Corpus* nº 126.292 e passou a admitir a execução de pena a partir da decisão condenatória de segunda instância, isto é, antes do trânsito em julgado, em total contrariedade ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Já em 2019, no apertado julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, embora o STF tenha voltado atrás e interpretado adequadamente a referida garantia constitucional, muito se argumentou ali (especificamente por aqueles que mitigaram a presunção de inocência) que a Corte perderia prestígio perante a sociedade caso não atendesse a “voz das ruas”.

Conforme observa Lenio Streck (2018, p. 9) sobre esses e outros episódios:

Não somente a Suprema Corte, mas também as demais instâncias do Judiciário e do Ministério Público aos poucos foram institucionalizando uma disputa entre o Direito e a moral, tendo dado ganho de causa aos argumentos morais. Há vários julgamentos que comento nesta obra em que essa questão aparece claramente, como os casos que envolveram a Lei da Ficha Limpa, a perda de mandatos parlamentares, o Mensalão, a presunção de inocência, entre outros tantos com um relevante detalhe: até mesmo nos casos em que a questão constitucional se apresentava como *easy case*, houve pronunciamentos invocando ponderações inexistentes (...) Resultado: na hora em que precisamos de resistência constitucional, o debate é tomado por posições ideológicas, em que soçobra(ra)m as garantias constitucionais, mormente no âmbito do processo penal.

Nesse cenário de instabilidade constitucional propiciado pela comunidade política como um todo, é possível afirmar que, mais do que uma crise da democracia, o Brasil experimenta hoje uma crise do Estado Constitucional. Isso porque, o “mal-estar” gerado entre as disposições limitadoras de uma Constituição (ou até mesmo as instituições) e alguns anseios sociais é proveniente do próprio constitucionalismo. E o desafio reside não somente em como conceber essa relação entre Democracia e Constitucionalismo, mas, principalmente, no como a Constituição pode lidar com essas adversidades presentes no contexto brasileiro, freando maiorias democráticas com tendência de autodestruição.

Diante de tal desafio, pode-se dizer que, embora nossa Constituição esteja positivada e em plena vigência, ou ainda, que a revisão judicial seja considerada um dado adquirido do sistema constitucional brasileiro⁸, fato é que inúmeras questões referentes ao Direito Constitucional (principalmente a proteção e concretização de direitos fundamentais) não só estão conectadas como também necessitam de uma investigação teórica que busque enfrentar essa relação entre Constitucionalismo e Democracia para além daquelas discussões que objetivam analisa-la quanto a compatibilidade entre esses ideais⁹.

Ademais, há uma forma de problematiza-la que interessa diretamente o presente trabalho e joga luz sobre a questão da Constituição como forma de lidar com as maiorias democráticas: o problema do *paradoxo da democracia* ou, conforme José Joaquim Gomes Canotilho (2001, p. 1449), *paradoxo intergeracional*, consistente nas limitações criadas por disposições de uma Constituição elaborada no passado atuando na deliberação política do presente; ou, em outras palavras: a “mão morta” do passado governando o presente. Stephen Holmes (1999, p. 217), por exemplo, coloca o problema da seguinte forma: por que uma Constituição “herdada” deve exercer tanto poder sobre nossas vidas atuais? Lenio Streck (2013, p. 123), por sua vez, faz as seguintes indagações: diante de uma Constituição compromissória,

⁸ A exemplo de Samuel Freeman (1991, p. 329), que diz que alguém até poderia questionar a importância prática da abordagem sobre a legitimidade da revisão judicial, uma vez que questões sobre ela não mais surgem entre advogados, políticos ou próprio público (isto, claro, no contexto dos Estados Unidos da América, para o qual o autor escreve); a importância do debate constitucional agora estaria em questões constitucionais específicas e sobre a autoridade de revisão da Corte, padrões de revisão e a natureza da interpretação constitucional – no mesmo sentido que a colocação de Virgílio Afonso da Silva. No entanto, Freeman argumenta que só podemos resolver questões constitucionais controversas se chegarmos a um entendimento público dos requisitos de uma democracia constitucional e do papel adequado do judiciário nela. Para Freeman, portanto, questões como essas – e que aqui serão abordadas – são indispensáveis na resolução de casos constitucionais.

⁹ A adoção da expressão “relação” para se referir ao dualismo Constitucionalismo-Democracia é uma estratégia para este momento introdutório do trabalho. Pois, “tensão”, “conciliação”, “impulsos antagônicos”, “contraposição”, etc., são algumas das expressões utilizadas por diferentes formas de olhar para essa relação, mas, justamente por implicarem numa dessas formas é que se optou por não as utilizar neste momento. Por exemplo, aqueles que veem essa relação como uma “tensão irreconciliável” buscam diferentes maneiras de encarar o problema da proteção dos direitos fundamentais, se comparados aos que visualizam uma relação conciliatória.

pode um texto constitucional determinar o agir político-estatal? A vontade geral popular, representada por maiorias eventuais, pode alterar substancialmente o conteúdo da Constituição, naquilo que é o seu núcleo político? Quais os limites do “constituir” da Constituição?

Trata-se de um tema que, segundo o mesmo Holmes (1999, p. 229), remonta ao menos ao Século XVIII, notadamente do contexto estadunidense e as decorrências daquela época em que a Constituição norte americana foi criada. Com relação ao contexto brasileiro, dada a “jovem” Constituição Federal de 1988 e guardada as devidas divergências com o contexto estadunidense de uma Constituição mais “sintática” criada em um outro período histórico, a tendência é que cada vez mais essa temática entre em pauta.

Isso porque, diante da atual crise do Estado Constitucional experimentada no Brasil, emerge cada vez mais vozes se manifestando por uma nova assembleia constituinte, seja por acreditar que a atual Constituição está desatualizada e inoperável, seja por acreditar que nela há “excessos de direitos”¹⁰, ou ainda, seja por acreditar que a quantidade de emendas que ela já passou mostra o quão seu texto era imperfeito ou inadequado para a realidade brasileira e que não é possível corrigir os desacertos ainda presentes, por meio de emendas, dadas as dificuldades políticas para a aprovação de cada uma, já que existem 30 partidos políticos em funcionamento¹¹. Independentemente do suposto fundamento, fato é: o que se observa com isso são diferentes desacordos entre a atualidade política-jurídica e as disposições da Constituição Federal de 1988; desacordos que, por sua vez, estão cada vez mais exaltados para uma direção de distanciamento do constitucionalismo democrático.

É o que se verifica quando há, por exemplo, diferentes anseios sociais que vão em sentido contrário a Constituição, a ponto de surgir manifestos por uma nova assembleia constituinte¹² ou por posturas completamente inconstitucionais e antidemocráticas. Assim, para além

¹⁰ Cf. BARBOSA (2019) e BARROS (2021).

¹¹ Esse pensamento foi professado por Adilson Abreu Dallari (2020). Contudo, soa paradoxal afirmar que a Constituição já passou por mais de 100 emendas e que os desacertos constitucionais existentes não são possíveis de se solucionar por meio de emendas, visto a dificuldade em se aprovar uma. Primeiro porque corresponde a uma característica das constituições modernas a sua rigidez por meio de quóruns qualificados, o que foi deliberadamente optado na Constituição brasileira. E segundo porque Dallari, ao mesmo tempo que critica o texto da Constituição pela grande quantidade de emendas, diz que é dificultoso a aprovação de uma. Ora, se uma Constituição já passou por tantas emendas, como sustentar que uma emenda não pode resolver determinados problemas pela dificuldade na sua aprovação?

¹² Contudo, para uma nova Constituinte, não basta mera discordância com o texto constitucional. Nesse sentido, vale a advertência de Lenio Streck (2014, p. 399): “Ora, é preciso entender – e qualquer estudante de direito sabe disso – que só se pode convocar uma Constituinte – ou qualquer miniconstituinte – na hipótese de uma ruptura institucional, que deve ser grave, com as instituições inviabilizadas, povo na rua, economia em crise etc. Para a convocação de uma assembleia constituinte deve haver uma ruptura com a ordem vigente. Enfim, um golpe, uma revolução. Não se dissolve um regime democrático porque se quer fazer outro (como seria esse ‘outro’?). A Constituição é coisa séria, fruto de uma repactuação (‘we the people...’). E nela colocamos cláusulas pétreas e forma especial de elaborar emendas. A supremacia da Constituição estabelece impedimento para qualquer alteração em desacordo com o que o próprio constituinte originário estabeleceu”.

de um problema de legitimidade do STF – visto que é a instituição brasileira que mais tem recebido ataques – o que se pode perceber é que, seja o STF ou não, um argumento constitucional que vá em sentido contrário à determinadas pautas socialmente controversas não só padece de aceitação popular, como também é ferozmente rejeitado. Em termos teóricos, é a falta daquilo que Konrad Hesse denomina como *vontade de Constituição*, ou, em termos similares, aquilo que Karl Loewenstein chama de *sentimento constitucional*.

E o ponto crítico dessa situação é que várias dessas disposições constitucionais foram projetadas não só para estruturar e possibilitar a deliberação política, mas também para conter e frear esses impulsos provenientes da própria democracia que, conforme mencionamos, possuem tendência de autodestruição. Nisso, aliás, reside a chamada dificuldade contramajoritária que, para além da função contramajoritária dos tribunais, consiste no fato de que a própria “lei constitucional é projetada para ‘frustrar’ os resultados da política representativa e majoritária.”¹³ (RUBENFELD, 2001, p. 168). A questão, portanto, é sobre a legitimidade da própria Constituição que, cada vez mais, distancia-se temporalmente do momento de sua criação.

Assim, diante desses pontos até aqui expostos, compreende-se necessário um enfrentamento teórico sobre discussões que busquem enfrentar esse dualismo entre a existência de disposições constitucionais que, embora não tenham sido elaboradas pela atual geração, relaciona-se e interfere na sua dinâmica política. Trata-se, na verdade, do problema objeto da presente investigação, que assim pode ser mencionado: quais respostas a esse *paradoxo intergeracional* podem ser oferecidas nesse contexto brasileiro de crise e, em alguma medida, rejeição constitucional? Ou seja: quais respostas a teoria têm a oferecer e que podem ser aproximadas de nossa realidade constitucional de uma possível crise?

Na investigação por respostas a essa pergunta, pretende-se também levantar e responder as seguintes indagações: como atribuir legitimidade a uma Constituição que, embora seja recente, não necessariamente foi criada por maior parte da comunidade política atual? Retomando-se o sentido pretendido pelos criadores? Ou se admitindo uma carga atualizadora, conforme os quadros contemporâneos, no sentido de suas disposições? Como compatibilizar os impulsos majoritários que surgem no âmbito democrático e vão em sentido contrário ao conteúdo essencial dessa Constituição? Essas são algumas das perguntas que guiam o presente trabalho.

II. Apresentação do objetivo, da hipótese e do quadro referencial teórico

¹³ Texto original em inglês: “The difficulty is that constitutional law is designed to “thwart” the outcomes of representative, majoritarian politics.”

Com isso, o objetivo é investigar, dentro do pensamento constitucional, fundamentos para lidar com as questões relacionadas ao *paradoxo intergeracional*, a fim de trazer para o campo de discussão argumentos que se aproximem não só da proteção de direitos fundamentais e da Democracia, mas também que trabalhe numa perspectiva de continuidade constitucional. Isso porque, como é possível observar, há uma questão temporal em jogo: o jurista (ou até mesmo a comunidade como um todo) interpreta a Constituição a partir do momento presente – na verdade, toda interpretação é temporal. Assim, inevitavelmente, há de se ter presente as implicações interpretativas que realizamos da Constituição, a fim de verificar as possibilidades de um reconhecimento de legitimidade que não se limite, de um lado, a “mão morta do passado”; e, de outro, não se entregue a vontade política irrestrita do presente.

Na busca desse objetivo, elencamos inicialmente a teoria do pré-compromisso constitucional como resposta possível para as questões referentes a justificação das disposições constitucionais ante ao *paradoxo intergeracional*. Tendo como um de seus principais articuladores Jon Elster, essa teoria surgiu como forma de explicar as limitações constitucionais como limitações que a comunidade política se autoestabelece a fim de se prevenir de irracionalidades futuras que permeiam as agendas de deliberações democráticas. Com efeito, há nessa versão de Elster um pressuposto de que os membros que compõe uma assembleia constituinte estariam acobertados de sobriedade criando constituições perfeitas para o futuro imperfeito.

Nesses termos, poder-se-ia dizer que a comunidade brasileira, de 1985 a 1988, nos empenhos voltados para a criação de uma Constituição democrática, estabeleceu ali diversas limitações à própria geração e as gerações futuras como forma de evitar uma “mão suicida” em algum momento. Assim, a geração atual (e com momentos de passionalidades) estaria vinculada a uma Constituição “herdada” que possibilita a democracia a partir de sua proteção. Este é o principal argumento que integrou a primeira abordagem do referido autor sobre essa temática, pois, após anos de investigação, Elster revisitou seu pensamento e apontou para algumas objeções à referida teoria.

Constatou-se que os processos de elaboração de constituições são marcados por momentos de turbulência política em que é possível verificar as mesmas passionalidades que ocupam a agenda política cotidiana. Assim, Elster colocou em dúvida a possibilidade de se trabalhar com a ideia de autolimitação, afinal, como esperar que constituintes imperfeitos criem constituições perfeitas? Nesse sentido, o autor norueguês acabou adotando uma outra perspectiva de abordagem: uma descrição sobre dispositivos constitucionais que podem oferecer alguma limitação mesmo que essa não fosse a intenção de seus criadores – a grande questão em

torno dessa mudança é que essa preocupação descritiva acabou não se projetando para o problema do *paradoxo intergeracional*. Além dessa mudança de pensamento de Elster, o pré-compromisso também foi rejeitado em nome do *autogoverno*, que supostamente estaria em conflito com os compromissos constitucionais na medida em que a decisão final sobre a sua aplicação fica a cargo de um terceiro que não aquele que o criou, como a geração futura e/ou um tribunal.

Com efeito, essas objeções questionaram determinados pontos do pré-compromisso que o exemplo de Ulisses mencionado por Elster não conseguiu explicar. Desse modo, a teoria do pré-compromisso constitucional foi amplamente questionada no que tange a sua possibilidade e validade. Porém, é importante registrar que a abordagem de Elster não foi a única a ser produzida no campo do Constitucionalismo Moderno; houve outras formas de conceber essa ideia de autolimitação que se aproximaram daquilo que poderíamos chamar de um argumento *normativo* sobre o pré-compromisso e, que, de alguma forma, enfrenta o referido paradoxo – é o caso, por exemplo, de Stephen Holmes.

Assim, como hipótese principal para o problema levantado elencamos uma abordagem em torno da teoria do pré-compromisso como um caminho de resposta possível desde que os seguintes pressupostos sejam observados. Primeiro, que ela seja compreendida em um contexto que busque enfrentar as objeções sustentadas em uma ideia de *autogoverno* em que as vontades democráticas majoritárias devem ser estritamente observadas. Com isto, uma concepção de democracia deve ser oferecida como forma de conceber o elemento do *autogoverno* para além dos números, isto é, que a deliberação democrática presente e futura não esteja limitada ao cumprimento irrestrito das decisões majoritárias, o que pode contribuir para uma superação do suposto conflito entre democracia e pré-compromisso (constitucionalismo). E, segundo, que o problema interpretativo seja levado em consideração. Pois, tanto os defensores quanto os críticos do pré-compromisso constitucional partem da aceção de que a interpretação futura das limitações constitucionais se dará em conformidade com o sentido estabelecido originariamente, o que é hermeneuticamente impossível. Dessa forma, o problema interpretativo vem à tona porque também oferece condições de construir um argumento mais estruturado para a problemática do *paradoxo intergeracional*, em razão do elemento temporal – que está para além do momento fundacional – que constitui a interpretação (da Constituição).

Nesse sentido, o referencial teórico que guia o presente trabalho é composto, em primeiro lugar, pela teoria do pré-compromisso constitucional cujas principais ilustrações do tema é apresentada por Jon Elster e Stephen Holmes. São as duas principais abordagens que integram, de um lado, aquilo que mencionamos como um argumento *descritivo* do pré-

compromisso; e, de outro, o argumento *normativo*. Já no que diz respeito à investigação em torno da concepção de democracia, é a abordagem de Ronald Dworkin que traz os elementos que melhor se relacionam com a nossa proposta de uma resposta ao *paradoxo intergeracional*. Finalmente, o referencial teórico que integra o fechamento da nossa construção é ocupado pela temática da hermenêutica filosófica desenvolvida por Hans-Georg Gadamer, tendo em vista o elemento *temporal* que o autor levanta para o fenômeno existencial da compreensão/intepretação. Em síntese, pode-se dizer que esses são os pilares que orientaram o desenvolvimento de cada etapa do presente trabalho.

III. Método e estruturação do trabalho

Com relação às questões referentes ao método, trata-se de trabalho teórico construído a partir da revisão bibliográfica em torno das principais abordagens relacionadas ao pré-compromisso constitucional, bem como as discussões em torno da relação entre Constitucionalismo e Democracia, e, ainda, hermenêutica (jurídica). Nesse sentido, para alcançar os resultados objetivados e responder as questões levantadas, a presente pesquisa foi dividida da maneira que se segue.

Em primeiro lugar, apresenta-se a teoria do pré-compromisso constitucional a partir daquelas que podem ser as principais abordagens sobre o assunto, considerando-se o propósito aqui levantado. Nesse sentido, a pesquisa apresenta a versão de Jon Elster, Stephen Holmes e Cass Robert Sunstein mostrando que, delas, pode-se extrair um argumento tido como *normativo* – que se aproxima mais de nossos objetivos – e um argumento tido como *descritivo*. O objetivo desse dualismo é mostrar que, embora a versão *descritiva* desenvolvida por Elster tenha suas contribuições, é a abordagem *normativa* que melhor satisfaz nossos propósitos, na medida em que é ela que mais se aproxima da problemática do *paradoxo democrático* entre gerações.

Em seguida, apresenta-se a crítica realizada por Jeremy Waldron sobre a rejeição ao pré-compromisso pela não satisfação da ideia de autonomia e autogoverno que norteiam uma concepção de democracia adotada pelo referido autor; bem como pela não verificação dos elementos que motivam um pré-compromisso. Objetiva-se com isso mostrar que a crítica *waldroniana* levanta aspectos democráticos importantes que não foram enfrentados (ou, ao menos adequadamente enfrentados) pelos principais defensores do pré-compromisso constitucional.

Ainda dentro dessa primeira etapa, apresenta-se uma conclusão parcial a respeito da validade de se trabalhar uma resposta ao *paradoxo intergeracional* a partir da lógica pré-

compromissória. Seja porque os motivos que levam ao pré-compromisso são verificados no contexto das democracias constitucionais (incluindo o contexto brasileiro); seja porque, em que pese as objeções sobre as assembleias constituintes passionais, com interesses partidários e uma visão política *míope*, há um “mínimo irreduzível” que os constituintes não podem deixar de fora do processo, caso estejam inclinados a efetivar uma autêntica Constituição. O objetivo de tal desenvolvimento é mostrar que o argumento em torno de uma abordagem compromissória tem importantes implicações e pode ser considerado válido no contexto de democracias constitucionais.

Mas, seguindo-se a hipótese aqui adotada, esse objetivo só se apresentará completo quando nossa premissa for observada. Nesse sentido, no segundo capítulo, considerando-se as objeções tidas como democráticas que colocam o elemento do *autogoverno* em contradição ao pré-compromisso constitucional, verifica-se a necessidade de investigar uma forma de conceber a democracia que não coloque como “tensões irreconciliáveis” as limitações constitucionais frente a deliberação democrática das gerações futuras. Assim, investiga-se a concepção de Ronald Dworkin sobre uma democracia *coparticipativa* (constitucional) como forma de apresentar uma noção de *autogoverno* que esteja para além de questões estatísticas/numéricas inerentes ao majoritarismo.

Com isso, a investigação faz um breve apontamento sobre o debate entre Dworkin e Waldron como forma de mostrar o argumento *dworkiano* contrário a premissa majoritária, visto que é a partir dessa crítica que o autor começa a trabalhar a concepção de democracia constitucional que nos interessa. Na verdade, o desenvolvimento da abordagem *dworkiana* traz considerações não sobre uma rejeição absoluta das decisões majoritárias, mas sim sobre algumas condições que devem ser observadas para que uma decisão democrática majoritária reivindique sua legitimidade, pois, são essas condições que contribuem para uma concepção de democracia que, inclusive, pode ser aproximada de nosso contexto brasileiro. É por isso que mencionamos o caso sobre a vacinação compulsória brasileira no atual contexto de pandemia, uma forma de mostrar não somente a possibilidade de articular a referida concepção em nossa realidade constitucional, mas também para exemplificar o porquê de sua escolha para o propósito aqui levantado.

Finalmente, compondo a segunda premissa de nossa hipótese, elencamos a questão referente a temporalidade de uma Constituição que se pretenda duradoura, como forma de esboçar uma resposta que consideramos mais adequada ao problema do *paradoxo intergeracional*. Nesse sentido, investigamos a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, a fim de analisar a maneira pela qual essa abordagem pode contribuir para a construção de

uma resposta que leve em consideração o aspecto temporal inerente a interpretação da Constituição. Interpretação esta que sempre ocorre no tempo presente considerando-se os efeitos do passado. Assim, o momento hermenêutico que o intérprete se encontra acaba por impactar o sentido atribuído ao texto, de modo a conferir um caráter “produtivo” do ato interpretativo, e não meramente “reprodutivo”.

Isso assume relevância para a problemática entre gerações porque, ao conceber o momento presente como integrante do ato interpretativo que se faz dos textos, não há que se falar em “mão morta do passado” em relação às limitações da Constituição. Até porque, uma interpretação que se pretenda completamente compatível com um sentido original do momento de criação (em uma espécie de resgate pelas intenções autorais) se mostrará não só insuficiente como também inadequada. Mas, é importante registrar que uma interpretação que se pretenda “isolada” da tradição e dos efeitos da história será tida como relativista e perigosa para o fenômeno jurídico.

Esse é o desafio que a presente abordagem levanta: um caminho em que o futuro não se limite ao passado e, ao mesmo tempo, não esteja cegamente aberto às deliberações do presente. Nesse sentido, investiga-se os impactos dessa perspectiva filosófica da hermenêutica na comunidade jurídica e nas abordagens que objetivam enfrentar o fenômeno interpretativo do Direito, como forma de analisar a influência causada na questão do *paradoxo intergeracional*, afinal, se o passado e presente interferem na interpretação e, estando estes em uma contínua formação (o tempo não para), haveria possibilidades de se falar em uma arbitrariedade do passado e, conseqüentemente, das limitações constitucionais estabelecidas pelas gerações anteriores?

2. PRÉ-COMPROMISSO CONSTITUCIONAL

Tendo em vista que a teoria do *Pré-compromisso Constitucional* surge no horizonte da abordagem referente a relação entre Constitucionalismo e Democracia, como tentativa de resposta ao *paradoxo intergeracional* (CONSANI, 2013, p. 88), considera-se sua análise a fim de verificar qual contribuição ela pode ter para com a proposta do presente trabalho. Isso porque, há nela um forte componente geracional sobre as disposições de uma Constituição em que é possível observar questões relacionadas a legitimidade constitucional. Contudo, vale lembrar que, antes de ser qualificado como “constitucional”, o pré-compromisso surge no âmbito das ciências comportamentais voltadas para a individualidade. Lá, busca-se estudar mecanismos de restrição como forma de auxiliar indivíduos em diferentes condutas básicas que permeiam nosso dia-a-dia, tais como perder peso, parar de fumar, cuidar da saúde, evitar acidentes, etc.

Nesse sentido, o objetivo é ajudar as pessoas a se prevenirem contra a própria tendência de atuar irracionalmente em determinados momentos futuros; ou, como coloca Richard Reeves (2015, p. 4), o foco é a miopia individual ou os problemas como falta de força de vontade, má organização, falta de informação e outros. Foi Jon Elster um dos precursores a projetar o pré-compromisso em termos políticos, relacionando esse tipo de abordagem às Constituições do pós-guerra. Ou seja, o pré-compromisso, até então voltado para aspectos psicológicos individuais, foi projetado para aspectos de proteção às irracionalidades coletivas, a partir das Constituições políticas. No entanto, além de Elster revisitar essa analogia, outras abordagens foram realizadas e formas diferentes na sua compreensão se mostraram pertinentes. Nesse sentido, compreende-se necessária a presente investigação em torno daquelas que consideramos as abordagens de maior relevância, no sentido de analisar quais elementos compromissórios-constitucionais melhor se relacionam aos propósitos deste trabalho.

2.1 A proposta de Jon Elster e a sua revisitação por um pré-compromisso *descritivo*

Como falado anteriormente, Jon Elster pode ser considerado um dos precursores a relacionar as Constituições modernas à ideia do pré-compromisso, compreendendo-as como documento hábil para “atar as próprias mãos”, a fim de superar as previsíveis fraquezas irracionais e proteger as gerações futuras. Nesse sentido, foi em *Ulysses and the Sirens* (1979) que Elster primeiro relacionou sua proposta – voltada para uma análise do comportamento racional

e irracional (ELSTER, 1989, p. 7) – com a elaboração de constituições. No entanto, deve-se levar em consideração que o objetivo do autor estava para além de um aspecto constitucional¹⁴.

Isso porque, Elster apenas analisa a extensão da conduta individual de se auto estabelecer um compromisso prévio à conduta de grupos; isto é: de que modo os grupos (sociedades) – assim como os indivíduos – podem criar mecanismos de proteção contra a própria tendência irracional de inobservar futuramente os compromissos estabelecidos. No caso dos grupos, o instrumento capaz de “atar as mãos” seria a Constituição (ELSTER, 1989, p. 41). Inclusive, é aqui que a metáfora de Homero sobre *Ulisses e as sereias* recebe de Elster seu sentido constitucional.

Com efeito, na Odisseia, *Ulisses* foi informado por *Cícero* que durante seu retorno a Ítaca teria de passar por duas sereias. Ocorre que, com seus cantos irresistíveis, elas faziam com que qualquer homem que as escutassem nunca mais voltasse para casa. Assim, consciente das tentações que lhe acometeria e orientado por *Cícero*, *Ulisses* seria o único a escutar os cantos, sob a condição de que seus companheiros navegantes estivessem com cera nos ouvidos e pré-ordenados a não afrouxar as amarras do mastro que *Ulisses* estabeleceu a si mesmo. Acrescentou ainda que, caso houvesse algum pedido ou ordem de soltura durante a passagem, mais forte ainda deveriam apertar as amarras (HOMERO, 1998, p. 164-166).

O exemplo ilustra a seguinte situação: *Ulisses* sabia que sucumbiriam ao tentador canto das sereias e, por este motivo, determinou uma auto-restrição que, num momento posterior, não seria capaz de desfazê-la. E foi o que efetivamente aconteceu, uma vez que, ao escutar o canto das sereias, *Ulisses* chegou a fazer sinal com os olhos para que seus companheiros relaxassem a corda, mas a restrição feita anteriormente fez com que continuassem remando e não atendessem a essa segunda ordem impulsionada pela tentação (HOMERO, 1998, p. 167).

É a partir dessa metáfora que Elster (1989, p. 84) propõe analisar as Constituições como dispositivos de pré-compromisso¹⁵: “A estratégia de Ulisses consiste em comprometer as gerações posteriores estabelecendo uma Constituição que inclua cláusulas que impeçam mudanças facilmente.”¹⁶ Nesses termos, as instituições e disposições previstas em uma

¹⁴ Tanto é que, somente na subseção 8, *Abdicação do Poder*, que compõe a parte II do livro, denominada *A racionalidade imperfeita: Ulisses e as sereias* (ELSTER, 1989), há menção a essa abordagem envolvendo constituições.

¹⁵ Em outras palavras, conforme explicam Streck, Barreto e Tomaz de Oliveira (2009, p. 76) ao elucidarem essa metáfora de Ulisses: “Do mesmo modo, as Constituições funcionam como as correntes de Ulisses, através das quais o corpo político estabelece algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das futuras maiorias (parlamentares ou monocráticas).”

¹⁶ Texto original em espanhol: “La estrategia de Ulises consiste en comprometer a las generaciones posteriores estableciendo una constitución que incluye cláusulas que impiden cambiarla fácilmente.”

constituição moderna podem ser compreendidas como dispositivos de pré-compromisso constitucional, consistentes na possibilidade de uma geração – a fundadora – estabelecer compromissos democráticos e limitar a atuação política das legislaturas seguintes a partir de travas (*pré-compromisso*) que impeçam e/ou dificultam mudanças.

Nesse sentido, como se pode perceber, a Assembleia Constituinte assume uma relevância extraordinária para o pensamento de Elster (1989, p. 83), pois é ela quem estabelece as regras básicas e a respectiva proteção que deverá acompanhar todas as gerações seguintes.¹⁷

Em realidade, somente a assembleia constituinte é um ator político, em sentido forte de politizar a política; todas as gerações anteriores estão restringidas à *politique politisée* ou à aplicação cotidiana das regras fundamentais. A não pode vincular “a si mesma” (ideia controvertida) mediante uma assembleia constituinte, confiando certos poderes de decisão ao poder judicial, exigindo que as regras básicas só podem ser alteradas por uma maioria de dois terços ou três quartos, etc. (ELSTER, 1989, p. 83)¹⁸

É a partir dessa consideração acerca da Assembleia Constituinte que Elster (1989, p. 83) aponta para o *paradoxo da democracia*: cada geração deseja ser livre para atar sua sucessora, sem estar atada por seus predecessores. A justificativa para tais limitações corresponde ao pressuposto – inerente a esse momento da abordagem de Elster – de que os cidadãos são míopes, indisciplinados e tendentes a sacrificar princípios perduráveis em troca de prazeres e benefícios imediatos¹⁹ (HOLMES, 1999, p. 218). Em sentido similar, Friedrich August von Hayek (2011, p. 268) já havia escrito²⁰ sobre o “apelo do povo bêbado ao povo sóbrio”, ao dispor sobre a aptidão das pessoas, na busca de objetivos imediatos, a violar regras de conduta que, geralmente, desejariam ver observadas. Seja na conduta individual, seja na conduta social, Hayek afirma que nossos propósitos imediatos sempre serão grandes o suficiente a ponto de tendermos a sacrificar as vantagens de longo prazo por eles.

Portanto, é nessa perspectiva de uma abordagem racional que a comunidade política, assim como *Ulisses*, consciente dos perigos irracionais que ocuparão a agenda das deliberações políticas vindouras, estabelece, por meio de uma Assembleia Constituinte, uma

¹⁷ A título de esclarecimento, essa relevância atribuída por Elster à Assembleia Constituinte não se dá em virtude de algum direito especial (ou como Elster afirma “recurso fictício”), mas sim como uma verdadeira assembleia histórica que tratava de atar as gerações sucessoras (ELSTER, 1989, p. 83).

¹⁸ Texto original em espanhol: “En realidad, sólo la asamblea constituyente es un actor político, en el fuerte sentido de la *politique politisée*; todas las generaciones anteriores están restringidas a la *politique politisée* o la cotidiana puesta en vigor de las reglas fundamentales. La nación puede atarse “a sí misma” (idea controvertida) mediante la asamblea constituyente, confiando ciertos poderes de decisión a la rama judicial, requiriendo que las reglas básicas sólo puedan ser cambiadas por una mayoría de dos tercios o tres cuartos, etcétera.”

¹⁹ John E. Finn (1991, p. 5) afirma que essas tentações também aparecem sob o disfarce de emergência, o que nos leva a questionar se o nosso compromisso com a manutenção constitucional exige que se honre o autocontrole, expresso como limitações do poder governamental no texto constitucional.

²⁰ A obra de Hayek, *The Constitution of Liberty*, foi publicada em 1960.

Constituição por meio da qual há um ato de auto-restrição como forma de não sucumbir as paixões majoritárias da política cotidiana (ou, em outras palavras: como forma de proteger os compromissos estabelecidos na Constituição, ainda que contrários à vontade majoritária do futuro). Esta seria, basicamente, a forma pela qual Elster primeiro relaciona a ideia de pré-compromisso com as Constituições modernas.

Há de se destacar, assim, um ponto fulcral do referido pensamento: de um lado, o comportamento racional da assembleia Constituinte, apto a elaboração de regras fundamentais que controlará os impulsos irracionais das gerações vindouras; e de outro, esse mesmo comportamento irracional da política cotidiana (muitas vezes movido pela paixão) que justificou a elaboração de tais limitações. Ou seja, há aqui um pressuposto de que os Constituintes estariam acobertados de sobriedade criando constituições perfeitas para futuros políticos acometidos de irracionalidades.

Esse pressuposto não passou despercebido e foi amplamente questionado. Adam Przeworski e Fernando Limongi (1993, p. 66), por exemplo, consideraram impossível trabalhar com essa lógica pré-compromissória em decorrência do processo político pelo qual eles são estabelecidos. Isso porque, a experiência mostrou que os processos de elaboração das constituições são marcados por momentos de não sobriedade; afinal, os constituintes não são “semideuses” racionais empenhados na formação de uma Constituição que esteja completamente voltada para a proteção das gerações futuras. Na verdade, os contextos que marcaram a criação de constituições pelo mundo são caracterizados por momentos de turbulência política e jurídica que entram em “jogo” diversos assuntos controvertidos, tais como as motivações partidárias e o interesse das maiorias²¹. Elster não ignorou esses fatos. Pois, já em 1995, escreveu um texto denominado *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process* em que é possível perceber uma maior atenção voltada para esse pressuposto dos formuladores de uma Constituição.

Com efeito, Elster (1995, p. 370) considera ali o fato de que as Constituições quase sempre são escritas após uma crise ou circunstância excepcional. Mais especificamente, o autor considera as seguintes circunstâncias: 1) crise social e econômica; 2) revolução; 3) colapso do regime; 4) medo do colapso do regime; 5) derrota em guerras; 6) reconstrução após a guerra; 7) criação de um novo Estado; 8) libertação do domínio colonial. Ou seja, já nesse texto é

²¹ Nas palavras de Jon Elster (2009, p. 214.), “frequentemente, as constituições são impostas sobre as minorias e sobre as gerações futuras segundo o interesse de uma maioria da geração fundadora. Além disso, muitos atos aparentes de auto-restrição acabam revelando-se, ante um olhar mais atento, motivados por razões partidárias.”

possível visualizar esse um rompimento de Elster com o pressuposto da sobriedade das Assembleias Constituintes.

Contudo, foi em *Ulysses Unbound* (2000) que Elster admitiu um equívoco próprio e apresentou uma mudança de entendimento – mais do que isto, o autor desenvolveu uma profunda abordagem sobre o pré-compromisso constitucional, dedicando o capítulo segundo inteiro da referida obra a esse ponto. Logo no prefácio, Elster (2009, p. 7) informa que o capítulo segundo reflete uma mudança na sua visão sobre constituições como dispositivos de pré-compromisso, em virtude da influência que recebeu de Jens Arup Seip: “no mundo da política, as pessoas nunca tentam restringir a si próprias, mas apenas aos outros”; segundo Elster, essa ideia se aproxima mais da verdade do que a auto-restrição como essência de uma Constituição.

Nesse sentido, todo o desenvolvimento do segundo capítulo é marcado por essa mudança paradigmática do autor. Antes, no entanto, é preciso mencionar o que o livro como um todo pretende: uma teoria da restrição. Com efeito, o objetivo de Elster é analisar de que modo restrições podem ser benéficas aos agentes que as sofrem. Assim, subdivide-as em restrições essenciais e incidentais, sendo as primeiras correspondentes a restrições que um agente impõe a si mesmo em nome de um benefício esperado; e as segundas, por sua vez, as restrições que beneficiam um agente de algum modo, mas que não são escolhidas por ele (podem ter sido escolhidas por outro agente ou por ninguém).

Isso é de fundamental relevância para a compreensão daquilo que é pretendido pelo autor, pois, o que ele denominou como pré-compromisso, em um primeiro momento, correspondia a esse tipo de restrição essencial (autolimitação). Porém, a partir do momento que Elster revisita o tal pressuposto em torno das constituintes, conclui que a maior parte das restrições constitucionais são mais incidentais (que beneficiam de alguma forma) do que essenciais (restrições autoimpostas em que um benefício é esperado). Afinal, como esperar que constituintes imperfeitos criem constituições perfeitas que controlarão as imperfeições da política futura? Se são movidos por interesse próprio, porque deveria se pré-comprometer contra sua tendência de defenderem seus próprios interesses? Se são tomados pelas paixões, por que se pré-comprometer contra elas?

Em síntese: diante da iminente relação entre a política constitucional (de criação de uma Constituição) e a política rotineira, as restrições constitucionais não são completamente elaboradas como uma auto-restrição dos constituintes; mas, por outro lado, existem restrições constitucionais que, embora não tenham sido criadas para o fim de restringir, acabam atingindo esse fim, a exemplo do bicameralismo, introduzido originalmente por minorias da elite para

controlar as maiorias populares, e compreendido depois como autocontrole democrático em decorrência dos atrasos que pode causar (ELSTER, 2009, p. 122).

Além disso, outro ponto que marca a revisitação de Elster diz respeito ao que ele chama de falsa analogia entre uma auto-restrição individual e uma auto-restrição coletiva. Para o autor (2009, p. 124), é problemática a transferência de conceitos usados no estudo de indivíduos para o comportamento de coletividades. Isso porque, o pré-compromisso individual é feito quando um indivíduo está dividido – por exemplo, o sujeito fumante: uma parte racional quer parar de fumar por motivos de saúde, mas uma outra parte não consegue abandonar o vício do fumo. Nesse sentido, há uma parte no comando que faz um planejamento de longo alcance para restringir a tendência à ação impulsiva da outra parte querer fumar. Em termos constitucionais, Elster (2009, p. 213) alega não ser possível considerar as sociedades como indivíduos em escala ampliada, pois é composta por vários indivíduos e nenhum está “no comando”, assim como não pode ser dividida em partes, afinal, “a sociedade não tem nem ego nem id”.

Mas, apesar dessas objeções, Elster considera que a ideia do pré-compromisso não resta sem sentido. Embora afirme com tom menos otimista, o autor reconhece situações em que seja possível falar em *auto-restrição constitucional*²². O grande ponto é que, a partir dessas objeções, o pré-compromisso constitucional aparece sob uma luz diferente. E é exatamente sob esse novo olhar que Elster procura analisar o que de fato constitui um pré-compromisso constitucional não privilegiando mais o momento constituinte como apto a criar um documento perfeito.

Elster (2009, p. 122) elenca, então, aqueles que seriam os dispositivos de pré-compromisso constitucional passíveis de serem encontrados em constituições escritas: imposição de custos; eliminação de opções; criação de atrasos; exigência de maiorias qualificadas; e separação de poderes. Desses, o autor (2009, p. 137) afirma ser os dispositivos mais importantes do pré-compromisso constitucional as maiorias qualificadas e os atrasos; isto é, dispositivos que tendem a dificultar a mudança e esfriar os ânimos.

Nesses termos, o pré-compromisso se manifesta em dois níveis. Primeiramente a Constituição estabelece a máquina de governo de forma a contrabalançar a paixão, superar a inconsistência temporal e promover a eficiência²³, a exemplo do que acontece com o

²² Por exemplo, mesmo não considerando as sociedades como indivíduos em larga escala, pode-se chamar de auto-restrição a transferência de poder que um Parlamento Constitucional faz a outro braço do governo; no mesmo sentido, pode-se chamar de auto-restrição as limitações criadas por uma maioria na assembleia constituinte que comporá a maioria na primeira legislatura (ELSTER, 2009, p. 128).

²³ A título de exemplo, Elster (2009, p. 172) cita o bicameralismo, uma vez que, ao estabelecer uma Câmara Alta, permite-se um processo legislativo mais lento e trabalhoso, dando aos ânimos esquentados tempo para se

bicameralismo, poder de veto, previsão de direitos, etc. No segundo nível, a estrutura de emendas é projetada para ser lenta e complicada; trata-se na verdade de uma proteção a auto-restrição, ou seja, o segundo nível corresponde aos dispositivos de proteção do primeiro nível. Conseqüentemente o pré-compromisso gera dois efeitos: primeiro contrabalança os problemas da paixão e dos impulsos irracionais a partir de instituições e uma estrutura política; segundo ele atua na estabilização dessa estrutura e das instituições (ELSTER, 2009, p. 154).

Embora muito se fale sobre a máquina e estrutura do funcionamento político que o pré-compromisso age, Elster também reconhece direitos como dispositivos de auto-restrição. Assim, fornece o exemplo do direito à educação e ao sistema de saúde: um governo que reconhece valor nesses direitos, mas decide adiá-los para uma data futura; e quando o futuro se torna presente, a prioridade é dada a projetos de benefícios imediatos – um típico problema de *miopia* política. Nesse caso, Elster sugere que seja útil constitucionalizar alguns direitos e até mesmo petrificá-los como não emendáveis, até porque os direitos também são “uma forma de atar as mãos dos governos” (ELSTER, 2009, p. 183).

No fundo, o que Elster quer mostrar é que, diante das maiorias democráticas que se formam, a dinâmica do pré-compromisso busca estabilizar uma Constituição para que se promova fins importantes – este é um ponto relevante para o desenvolvimento do presente trabalho. A grande questão, conforme comentado anteriormente, é que Elster passa a trabalhar de uma forma mais discreta com o pré-compromisso constitucional, admitindo-se hipóteses em que sociedades, ao elaborarem suas constituições, não se pré-comprometam, seja porque o pré-compromisso não é possível, seja porque o pré-compromisso não é desejável. Elster analisa essa situação a partir de três problemas: paixões duradouras²⁴, paixões impulsivas²⁵ e o interesse dos constituintes²⁶. Três problemas que, paradoxalmente, poderiam ser superados no planejamento de uma Constituição caso não estivessem atuando também nos constituintes.

acalmarem. Além disso, também há a justificativa da eficiência, já que a Câmara Alta tende a ser mais prudente e conservadora que a Câmara Baixa, podendo agir como um freio.

²⁴ Se uma sociedade é marcada por animosidades nacionais, étnicas e religiosas – capazes de oprimirem as minorias – dificilmente haveria disposições constitucionais projetadas para atuar contra elas, pois também seriam os constituintes atingidos por esses preconceitos que movem a maior parte dessa sociedade (ELSTER, 2009, p. 201).

²⁵ Paixões impulsivas são desencadeadas por crise econômica, guerra ou risco iminente de guerra, etc. Isto é, são desencadeadas por motivos similares aos episódios que marcaram a elaboração de diversas constituições pelo mundo. Estando as paixões impulsivas presentes na construção de constituições, portanto, de que modo poderia haver proteções contra elas? (ELSTER, 2009, p. 205).

²⁶ O interesse está relacionado as barganhas que interessam os partidos políticos. Por exemplo: quando a assembleia constituinte será a próxima legislatura ordinária, alguns dispositivos de freios legislativos podem ser evitados a fim de não limitar os próprios poderes (ELSTER, 2009, p. 205).

Isso significa que, embora tenha feito um efetivo desenvolvimento da teoria do pré-compromisso constitucional, Elster fez algumas ponderações e passou a considerá-la de forma mais modesta. É o que o próprio autor (2009, p. 220) conclui no final do capítulo segundo:

É especialmente no caso de os constituintes serem imparciais e saberem que lhes pode faltar imparcialidade em ocasiões futuras que terão um incentivo para se pré-comprometerem. Embora esse caso não possa ser excluído, tenho afirmado que não há razão para se pensar que seja típico ou frequente.

Consequentemente, visualiza-se a falta de algumas justificativas, especialmente no âmbito de sua legitimidade face ao problema do paradoxo intergeracional. Isso porque, ao considerar que constituições são frequentemente “impostas” as minorias e as gerações futuras, uma resposta para a sua justificação se mostra necessário. Neste ponto, concordamos com Bruno Meneses Lorenzetto que também aponta para as significativas questões deixadas em aberto por Elster ao revisitar a própria teoria, especificamente relacionadas ao problema da legitimidade do pré-compromisso com as minorias e gerações futuras (LORENZETTO, 2014, p. 237). Na verdade, a nossa interpretação a respeito vai no sentido de que, ao revisitar seu argumento até então voltado para uma questão normativa sobre constituições como estratégias de pré-compromisso, Elster se mostra mais preocupado com o desenvolvimento daquilo que seria um argumento descritivo sobre a referida teoria²⁷. É o que se verifica, por exemplo, quando o autor objetiva analisar não mais a justificativa do pré-compromisso, mas sim aquilo que constituiria um pré-compromisso e em quais circunstâncias seria possível identifica-los.

Há de se destacar, no entanto, que Elster chegou a fazer uma abordagem que se aproxima desses pontos mais voltados para uma análise normativa. Em 1988, na introdução da obra coletiva denominada *Constitutionalism and Democracy*, o autor analisa o problema do *paradoxo geracional*, questionando-se o porquê uma sociedade deveria limitar seu próprio poder soberano e o porquê uma sociedade democrática deveria tolerar o que parece ser uma “ditadura do passado sobre o presente” (ELSTER, 1999, p. 33).

Para responder essas questões, Elster primeiro oferece uma concepção de constitucionalismo, compreendendo-o como limites (autoimpostos) sobre as decisões majoritárias, constituindo-se em regras procedimentais ou substantivas que obstruem ou torna mais lento o processo de mudança legislativa. A Constituição, nesse sentido, cumpriria duas funções (que se sobrepõem): proteger direitos individuais e constituir um obstáculo a certas mudanças

²⁷ Essa distinção entre a abordagem normativa e descritiva foi bem observada por Cass Sunstein e é nela em que nos apoiamos, conforme será trabalhado em subseção a frente.

políticas que teriam lugar se fossem do interesse da maioria²⁸. Isso porque, se a maioria pudesse interpretar os estatutos que limitam sua autoridade, seria irresistível a tentação de forçar a interpretação conforme sua conveniência (ELSTER, 1999, p. 35)²⁹.

Nesse sentido, Elster propõe um argumento que faz analogias possivelmente enganosas (já que diz respeito a analogia de caráter individual), mas parcialmente válidas: trata-se da comparação entre o matrimônio e a Constituição. Ou seja, assim como o matrimônio oferece uma proteção ao dificultar possíveis atuações irracionais de separação, o mesmo se pode dizer sobre o constitucionalismo, que oferece mecanismos que dificultam a sociedade trocar de opinião em questões importantes (ELSTER, 1999, p. 40).

Mas não é só: Elster (1999, p. 41) também equipara a estabilidade e duração do matrimônio com a estabilidade e duração das instituições políticas. Estabilidade aqui no sentido de que as instituições não devem estar totalmente disponíveis para aqueles que exercem os poderes, sob risco de serem utilizadas para fins privados; e duração no sentido de estabelecer planos a longo prazo, o que possivelmente restaria prejudicado caso não houvesse limites ao poder majoritário. E ainda considera um último – e talvez mais forte – argumento: nem todas as decisões são passíveis de anulação. Neste caso, imagina-se uma situação em que a maioria “não restringida” (nas palavras do próprio Elster) justifica uma suspensão das liberdades cívicas em decorrência de uma possível ameaça interna ou externa. Em primeiro lugar, haveria vítimas não passíveis de indenização³⁰; e em segundo lugar, uma suspensão temporal de direitos pode conduzir a uma abolição do próprio governo da maioria, dando ensejos a ditaduras – a exemplo do que ocorreu nos anos de 1794 e 1933, cita Elster (1999, p. 41).

A conclusão que se observa é que, por motivos de comportamentos irracionais da política cotidiana, a “ditadura do passado” ou a “mão morta do passado”, externadas em

²⁸ Ainda que o autor tenha sofrido algumas alterações nesse seu pensamento inicial – conforme se verá a seguir –, alguns pontos enfrentados possuem sua devida relevância na medida em que são passíveis de verificação nas democracias atuais: Todo gobierno desea ser libre y tener amplios poderes discrecionales para actuar. Contra tal pretensión, son varias las razones por las que debe ser restringido. La más obvia es el riesgo de que puede valerse de sus facultades con fines particularistas; asimismo, que viole los derechos de diversos ciudadanos con la finalidad de promover los intereses de otros. (ELSTER, 1999, p. 36).

²⁹ Em sentido similar, ao comentar sobre a possibilidade de o Poder Legislativo decidir casos constitucionais complexos, Ronald Dworkin (2002, p. 222) aponta que pode parecer mais justo que o Legislativo decida casos constitucionais porque uma questão controversa que é decidida pela maioria seria mais justa do que se fosse decidida pela minoria – no caso, uma minoria de juízes. Contudo, reforça que essa justificativa ignora o fato de que as decisões sobre os direitos contra a maioria – característica inerente aos direitos constitucionais e ao próprio constitucionalismo – não podem, por uma questão de justiça e equidade, serem decididas pela própria maioria, pois, caso contrário, estaria ela julgando em causa própria.

³⁰ Elster (1999, p. 41) cita os seguintes exemplos: “el internamiento de los japoneses estadounidenses durante la segunda guerra mundial, los excesos cometidos durante la revolución cultural china, el *Berufsverbot* contra los comunistas en diversos países; cuando las sociedades recuperan el buen sentido, las víctimas pueden haber muerto o estar arruinadas sus vidas.”

limitações constitucionais estabelecidas por uma assembleia constituinte, podem fortalecer a democracia a partir de sua proteção. Este é o argumento baseado no constitucionalismo que mostra uma resposta mais próxima do *constitucional* e do problema intergeracional, não se limitando a uma descrição sobre restrições constitucionais que, de alguma forma, podem beneficiar a comunidade política.

Ocorre que, conforme falado anteriormente, essa abordagem voltada para um argumento *normativo* sobre o pré-compromisso e sua justificação ante o *paradoxo intergeracional* não mais ocupou a atenção do autor – nem mesmo em *Ulysses Unbound*. Certamente, isso não afasta suas contribuições para o debate; aliás, o desenvolvimento daqueles que seriam os principais dispositivos de pré-compromisso constitucional em *Ulysses Unbound* mostra a relevância que tais limitações de atrasos e maiorias qualificadas têm para com o aspecto dos impulsos irracionais de maiorias eventuais. Contudo, em razão da referida revisitação, o autor acabou por não mais retomar essa linha de pensamento.

Em resumo: Elster inicialmente apresentou o pré-compromisso constitucional sob uma perspectiva voltada para um argumento normativo, isto é, um argumento que objetiva justificar as limitações constitucionais como forma de controlar a democracia; em seguida, encaminhou seu argumento para uma perspectiva mais descritiva, objetivando-se explicar de que forma uma restrição constitucional pode ser benéfica – e não mais se preocupando em justificá-las. Isso não significa que respostas ao *paradoxo intergeracional* não possam ser extraídas desse segundo modo de olhar para o pré-compromisso constitucional. No entanto, conforme constatamos e é possível observar, a problemática da justificação das disposições constitucionais não mais integrou os objetivos do autor que, após as críticas sobre constituintes passionais, direcionou sua atenção para a explicação sobre como seria possível falar em restrições constitucionais nesse contexto de instabilidade dos *founding fathers*.

2.2 Pré-Compromisso *normativo*: duas abordagens voltadas para a justificação constitucional

Uma vez que essa mudança no foco de abordagem sobre o pré-compromisso não interessa diretamente a resposta que aqui pretendemos desenvolver, objetiva-se agora apresentar outras duas abordagens que se aproximam de um pré-compromisso voltado para a justificação da manutenção constitucional e, conseqüentemente, do problema intergeracional.

2.2.1 O pré-compromisso produtivo de Stephen Holmes

Diferentemente de Elster, Stephen Holmes³¹ não se preocupa em descrever quais disposições de uma determinada Constituição podem ser consideradas um pré-compromisso. Tampouco se preocupa em analisar o processo constituinte de algum país para identificar em qual medida pode-se ter adotado uma estratégia de autolimitação. Mais próximo da abordagem (normativa) de Elster em *Ulysses and the Sirens*, Holmes enfrenta o problema do *paradoxo intergeracional* a partir da construção de um argumento que procura mostrar as vantagens democráticas de se trabalhar com a ideia de pré-compromisso, justificando-se a existência de um marco constitucional estabelecido por gerações anteriores capaz de exercer um poder vinculante sobre as maiorias atuais/futuras. Seu objetivo, assim, é tentar justificar o constitucionalismo.

Por isso, Holmes insere sua proposta dentro do amplo debate entre Constitucionalismo e Democracia, no intuito de apresentar um terceiro caminho: nem a preocupação de que a democracia restará paralisada por uma Constituição, e nem o temor de que a Constituição será destruída pela democracia. Para o autor (1999, p. 219), embora haja uma aparente “tensão” irreconciliável entre os ideais, ela não passa de um mito do pensamento político. Mito este que remonta a segunda metade do século XVIII com todos os apelos a uma espécie de consentimento dos vivos. É por isso que Holmes cita especialmente Thomas Paine e Thomas Jefferson como principais influenciadores de uma posição contrária a ideia do pré-compromisso. Para Paine, por exemplo, um contrato “perpétuo” permite que o passado escravize o presente; sendo que o único consentimento que legitima a forma de governo é o consentimento dos vivos; da mesma forma que, para Jefferson³², a terra pertence aos vivos (HOLMES, 1999, p. 224-226).

Visto que seu objetivo era, sobretudo, a apresentação de uma justificação voltada para o constitucionalismo, Holmes rechaça essa corrente contrário ao pré-compromisso e trabalha o tema não como mera limitação que produz travas e atrasos para conservação dos compromissos – como quer Elster –, mas como um compromisso prévio herdado (dos *pais fundadores*) que é condição de possibilidade para todos os outros e, principalmente, para a democracia. Seguindo o pensamento de James Madison³³, uma primeira justificativa ao pré-compromisso atribuída por Holmes consiste no argumento de que uma Constituição herdada

³¹ O texto em questão é: *El precompromiso y la paradoja de la democracia* (1988).

³² Tanto é que vem de Thomas Jefferson a proposta de que cada geração deve celebrar plebiscitos nacionais para determinar a forma de governo e as leis fundamentais. Cf. HOLMES, 1999, p. 227.

³³ Holmes retoma o debate entre Jefferson e Madison para sustentar essa premissa madisoniana de limitações positivas (Cf. HOLMES, 1999).

pode ajudar a possibilitar e estabilizar a democracia. Pois, além de constituir um obstáculo ao governo arbitrário, uma Constituição, devido a sua difícil alteração, pode liberar e emancipar a geração atual (HOLMES, 1999, p. 237).

Ou seja, para além de um pré-compromisso limitador, Holmes emprega uma concepção produtiva/construtiva de constitucionalismo para mostrar que o pré-compromisso, ao quitar opções, coloca certas possibilidades que de outra maneira ficariam de fora do alcance democrático – é por isso que o mesmo reconhece um outro paradoxo: que a soberania do presente depende dos prévios compromissos do passado.

Assim, Holmes (1999, p. 247) fala em divisão intergeracional de trabalho: é por meio de uma Constituição, por exemplo, que a geração *A* pode proteger a geração *C* de ser vendida e escravizada pela geração *B*. Com efeito, isso implica na possibilidade que a geração atual tem de se valer do trabalho feito pela geração passada (Constituição) dando como certa as decisões tomadas anteriormente que concedem poderes, definem procedimentos e especificuem jurisdições, sem que tenha o fardo de, constantemente, resolver todas essas questões.

Desse modo, se de um lado é possível observar uma abordagem em torno do constitucionalismo como capacitador de uma democracia para enfrentar o paradoxo intergeracional³⁴, de outro Holmes oferece uma concepção de democracia que se harmoniza com esse constitucionalismo produtivo:

A democracia é o governo por discussão pública e não somente a imposição da vontade majoritária. O desacordo público é o instrumento do governo popular. Não qualquer “vontade”, mas aquela formada em vigoroso e aberto debate deve receber autoridade soberana. O direito a oposição legalmente garantido é, portanto, norma fundamental do governo democrático; fornece um requisito essencial para a formação de uma opinião pública democrática (HOLMES, 1999, p. 255, tradução nossa)³⁵.

Uma concepção que coloca o debate público no cerne da democracia; isto é, a discussão política como sua condição de possibilidade. Mas, ao mesmo tempo, Holmes afirma que essa deliberação política que caracteriza a democracia necessita de regras que a organizem e a protejam, justamente para que uma minoria derrotada – numa determinada votação ou eleição

³⁴ É por isso que Holmes (1999, p. 249-251) compreende como insatisfatória a identificação do constitucionalismo como exclusivamente limitação do poder, pois também há direcionamento do poder; e a separação de poderes é um exemplo disso, na medida em que ajuda a assegurar as condições de um governo popular.

³⁵ Texto original em espanhol: “La democracia es el gobierno por discusión pública y no sólo la imposición de la voluntad mayoritaria. El desacuerdo público es instrumento del gobierno popular. No cualquier “voluntad”, sino aquella voluntad formada em debate vigoroso y abierto debería recibir autoridad soberana. El derecho a la oposición legalmente garantizado es, por tanto, norma fundamental del gobierno democrático; aporta um requisito esencial para la formación de una opinión pública democrática.”

– possa lançar uma agressiva campanha para aperfeiçoar o debate e corrigir eventuais erros³⁶. Ou seja, mais do que uma concepção que coaduna com o constitucionalismo, Holmes oferece uma concepção de democracia que necessita desse constitucionalismo *produtivo*, seja para a sua sobrevivência, seja para a realização daquilo que lhe é essencial.

Com efeito, é por colocar a discussão pública no cerne de uma democracia que Holmes não considera apropriada a consideração de Hayek sobre a embriagues futura. Isso porque, a geração futura não necessariamente entrará num estado de embriaguez que ofuscará qualquer discussão política. Na verdade, é justamente graças ao caráter produtivo do pré-compromisso que as discussões políticas serão frutíferas – já que haverá um terreno (Constituição) propício as deliberações da sociedade³⁷. Certamente que Holmes (1999, p. 256) reconhece o possível desejo que essa geração futura teria de viver sob um governo no qual as obrigações derivassem do próprio consentimento expresso. No entanto, o grande ponto colocado pelo autor é que isso só seria possível se houvesse uma Constituição em vigor proveniente de um consentimento hipotético, ou seja, o consentimento expresso da geração futura só seria possível devido a Constituição que lhe foi herdada.

Por outro lado, Holmes afirma que os limites constitucionais somente serão vinculativos enquanto os cidadãos continuarem a impô-los a si próprios. É nesse sentido que trabalha com a ideia de autopaternalismo: “A autoimposição coletiva pode ser um instrumento de autogoverno coletivo. As regras que limitam as opções disponíveis permitirão que indivíduos e comunidades atinjam melhor seus objetivos do que se fossem deixados inteiramente à vontade.” (HOLMES, 1999, p. 257,)³⁸. Isso significa que a abordagem de Holmes não se limita a esse “herdar” uma Constituição para que a democracia seja possível. Também há aqui um papel atribuído a geração futura: vincular-se e dar continuidade ao pré-compromisso³⁹.

³⁶ Isso corresponde ao que Samuel Issacharoff (2015) chama de democracia bem-sucedida. Para o referido autor, as eleições apenas registram quem é a maioria e a minoria; na verdade, elas podem inflamar o conflito étnico, assim como não suprime o sentimento de injustiça de uma minoria sujeita a uma tirania da maioria. Enfim, para Issacharoff, as eleições muitas vezes emprestam um ar fictício de legitimidade as maiorias, mas, por si só, elas são insuficientes aos problemas institucionais e culturais daquilo que o autor chama de democracias frágeis. Por isso, um ponto importante da abordagem de Issacharoff é que uma democracia bem-sucedida deve ser capaz de oferecer oportunidades de ganhar e perder, isto é, capacidade de que os perdedores de hoje se reorganizem e pressionem por ganhos nas eleições de amanhã; e não apenas que haja ganhadores e perdedores.

³⁷ É o que Jed Rubenfeld (2001) chama de *entrincheiramento no tempo*. Por exemplo, as próprias revoluções do Século XVIII, marcadas por essa proclamação dos direitos dos vivos se autogovernarem, tiveram de conquistar um enraizamento histórico para que pudessem ser protegidas, lembradas e aplicadas constantemente – o assunto será retomado no capítulo final.

³⁸ Texto original em espanhol: “La autoimposición colectiva puede ser un instrumento del autogobierno colectivo. Las reglas que limitan las opciones disponibles permitirán a personas y comunidades alcanzar mejor sus objetivos que si se les dejara enteramente libres.”

³⁹ Em que pese a similaridade desse argumento com o nosso argumento da continuidade compromissório no capítulo final, há uma diferença fundamental: aqui, Holmes fala em continuidade no sentido de que as limitações

Assim, como é possível observar, Holmes trabalha com a ideia de pré-compromisso constitucional dentro de um âmbito voltado para questões relacionadas ao constitucionalismo e o problema do *paradoxo intergeracional*. Aqui, a ideia de limites constitucionais se dá como forma de conter os impulsos das maiorias eventuais e, principalmente, reforçar a democracia a partir do referido caráter produtivo. Além disso, exige-se também um papel da geração atual/futura no sentido de autovinculação, isto é, autopaternalismo: aceitar os limites para que a própria democracia seja possível. Consideramos que tais argumentos apresentam respostas bastante relevantes aos nossos propósitos, e isso ficará mais claro no desenvolvimento do presente trabalho.

2.2.2 A estratégia facilitadora do pré-compromisso em Cass Robert Sunstein

Outro autor que faz uma abordagem interessante – aos propósitos deste trabalho – sobre o pré-compromisso constitucional é Cass Robert Sunstein. Trata-se do texto *Constitutionalism and Secession* que, apesar de não ser uma proposta totalmente voltada para o pré-compromisso, há ali a construção de um argumento que se sustenta na referida ideia. Isso porque, Sunstein busca argumentar que o direito de secessão, embora possa ser justificado politicamente ou moralmente, não deve ser incluído nas constituições; porém, o ponto que nos interessa diz respeito a primeira parte do referido texto, em que Sunstein discute as constituições como estratégias de pré-compromisso para, em seguida, relacionar isso com sua tese principal sobre a secessão.

Sunstein (1991, p. 636), assim como Stephen Holmes, também insere a discussão sobre o pré-compromisso no debate entre Jefferson vs. Madison e se aproxima do segundo a fim de reconhecer o constitucionalismo como garantia das condições pacíficas e de longo prazo da democracia em face das diferenças sociais existentes. Ou seja: há, em algum sentido, uma aproximação com o argumento de Holmes sobre um constitucionalismo não só restritivo, como também produtivo – Sunstein (1991, p. 635) utiliza a expressão *facilitating*, podendo-se traduzi-la como “estratégias facilitadoras”. É nesse sentido que o autor avalia o porquê alguns direitos e arranjos ficam de fora do alcance da política comum.

Na verdade, o que o autor quer mostrar é o tipo de disposição constitucional que compõe isso denominado de estratégia de pré-compromisso. Primeiramente Sunstein cita os

possibilitam opções democráticas futuras. Não discordamos. No entanto, a continuidade de que falamos se dá com relação a uma contínua interpretação.

direitos: 1) de um lado, direitos que as pessoas devem ter a permissão de exercê-los independentemente das vontades majoritárias. São direitos que, segundo Sunstein estão arraigados por motivos independentes da democracia (tentativa de imunizar uma esfera privada do poder público), como por exemplo, direito à propriedade privada, integridade corporal, proteção contra tortura, etc.; 2) por outro lado, direitos que derivam do princípio da democracia: a proteção contra os processos majoritários possibilita o autogoverno por permitir que as pessoas protejam os processos democráticos contra os próprios excessos ou erros de julgamento. Os exemplos utilizados por Sunstein corresponde ao direito à liberdade de expressão e o direito de voto. Em segundo lugar, Sunstein (1991, p. 638) cita os arranjos institucionais que limitam o poder político das atuais maiorias; nas próprias palavras: “Como as regras gramaticais, tais disposições estabelecem as regras pelas quais a discussão política ocorrerá e, nesse sentido, liberam os participantes para conduzir suas discussões com mais facilidade.”⁴⁰

Portanto, embora possa ser um argumento que se aproxime do pré-compromisso descritivo de Elster, a ideia central que está por trás da ideia sustentada por Sunstein é que o pré-compromisso possibilita uma estrutura – que para o mesmo é composta de direitos e arranjos institucionais – sob a qual a democracia acontece, seja nas discussões, seja na tomada de decisões. Dessa forma, a retirada de determinadas questões da agenda política, mais do que incapacitar, protegem a própria política⁴¹, sendo o constitucionalismo, assim, “profundamente democrático”.

Além disso, Sunstein visualiza outra possibilidade com o pré-compromisso: a superação da miopia ou fraqueza de vontade por parte da coletividade. Aqui, Sunstein segue aqueles primeiros escritos de Elster sobre o pré-compromisso constitucional como proteção ao comportamento impulsivo e míope das maiorias eventuais. Nesse sentido, pode-se perceber que o argumento de Sunstein é construído de uma forma “híbrida” que se aproxima, ao mesmo tempo, tanto da abordagem de Holmes, quanto da abordagem de Elster.

Ademais, destaca-se que, mesmo sendo o referido texto escrito antes da mudança de entendimento operada por Elster, Sunstein já partia de uma importante consideração sobre a assembleia constituinte que, anos mais tarde, veio a ocupar a abordagem pré-compromissória de Elster, conforme mencionamos quando da abordagem do autor norueguês. Com efeito, na introdução do texto em questão, Sunstein reconhece que os países da Europa Oriental, naquela

⁴⁰ Texto original em inglês: “Like the rules of grammar, such provisions set out the rules by which political discussion will occur, and in that sense free up the participants to conduct their discussions more easily.”

⁴¹ Sunstein (1991, p. XX) cita de exemplo diferentes questões que ao serem retiradas da agenda política protegem a democracia. Trata-se de questões polêmicas correspondentes a: partidarismos, instabilidade, impulsividade, caos, impasse, problemas de ação coletiva, miopia, comportamento estratégico ou graves hostilidades.

época (década de 90), estavam decidindo sobre o conteúdo de suas constituições em diferentes contextos de profundas divisões culturais e étnicas. Evidentemente que a preocupação de Sunstein quanto a isso se dá em relação ao suposto direito de secessão. Mesmo assim, o que chama a atenção é o fato de que há, concomitantemente, a concepção da ideia de pré-compromisso com o reconhecimento de que constituições são elaboradas no contexto de profundas divisões culturais e étnicas⁴².

Isso assume relevância no presente trabalho porque, anos mais tarde, o autor reconhece a mudança de entendimento operada por Elster sobre o pré-compromisso constitucional sem que isso afete sua própria interpretação ao tema. No livro *Designing Democracy* (2001), ao realizar a mesma abordagem sobre o pré-compromisso e a secessão, o autor menciona – em nota de rodapé – as dúvidas expressas de Elster sobre a ideia de constituições como estratégia de pré-compromisso e afirma que os argumentos são convincentes. No entanto, Sunstein faz uma colocação crucial sobre a referida abordagem: “Não estou interessado aqui em explicar por que as constituições assumem a forma que assumem, mas em por que uma boa constituição pode assumir uma forma em vez de outra. Meu objetivo é normativo, não descritivo.” (SUNSTEIN, 2001, p. 251, tradução nossa)⁴³.

Assim, a preocupação de Sunstein, conforme o mesmo pontua, dar-se com uma questão normativa, isto é, o porquê uma boa constituição pode assumir uma forma ao invés de outra, e não o porquê as constituições assumem a forma que assumem (objetivo descritivo). Isso significa que a preocupação se dá com relação aos motivos que levam uma Constituição a ser como é – miopia, paixões duradouras, interesses majoritários sob as minorias, etc.; diferentemente daquele segundo Elster, por exemplo, que se preocupa em descrever diferentes assembleias constituintes a fim de questionar a possibilidade de se trabalhar com a ideia de pré-compromisso. Ou seja, esse apontamento feito por Sunstein sobre a segunda abordagem de Elster interessa diretamente ao presente trabalho na medida em que separa duas possíveis análises sobre o pré-compromisso – conforme comentado em nota anteriormente. De um lado, uma abordagem voltada para o constitucionalismo e sua justificação para com a democracia, seja no aspecto limitador, seja no aspecto capacitador; e de outro, uma abordagem relacionada a descrição dos processos constituintes como forma de verificar a possibilidade de se trabalhar com a ideia de travas e atrasos aos dispositivos constitucionais.

⁴² Isso não significa, obviamente, que Sunstein foi o primeiro a identificar esses acontecimentos durante os processos constituintes.

⁴³ Texto original em inglês: “I am interested here not in explaining why constitutions take the form they do but in why a good constitution might take one form rather than another. My goal is normative, not descriptive.”

2.3 A crítica democrática de Jeremy Waldron

Jeremy Waldron pode ser considerado um dos principais críticos à ideia do pré-compromisso constitucional. Foi na obra *Law and Disagreement* que Waldron dedicou um capítulo específico a sua objeção à referida ideia⁴⁴. Na verdade, a própria parte III da obra marca uma linha de raciocínio em que Waldron procura questionar alguns paradigmas sobre direitos constitucionais e tribunais a partir de sua teoria jurídica especializada – *democratic jurisprudence* – fundamentada na discordância e no ideal de *autogoverno*. Ou seja, partindo-se da premissa da discordância moral⁴⁵, Waldron (1999, p. 11) analisa a relação entre o *medo* à tirania das maiorias materializada em restrições constitucionais, com o fato de que os membros das sociedades para os quais essas restrições foram criadas discordam delas – e dos direitos que possuem – na mesma intensidade que discordam da justiça social e políticas públicas, por exemplo. Assim, como é possível observar, a proposta *waldroniana* tem pretensões de tamanha envergadura que estão para além de uma crítica ao pré-compromisso; ao contrário, pois essa crítica corresponde somente a um exemplo de como sua teoria democrática pode objetar alguns paradigmas em torno do constitucionalismo.

Certamente, as contribuições de Waldron atingem diretamente o desenvolvimento do presente trabalho no que diz respeito a construção de sua teoria jurídica com diversos argumentos voltados para questões democráticas e majoritárias. No entanto, para o presente momento, concentraremos a atenção no argumento *waldroniano* previsto no capítulo 12 da referida obra, ainda que algumas questões fiquem em aberto. A propósito, é justamente por isso que a crítica de Waldron se faz necessária, pois o autor expõe ali alguns dos pontos que os defensores do pré-compromisso não procuraram enfrentar com a devida necessidade.

Assim, focando-se na abordagem sobre o pré-compromisso constitucional, o primeiro ponto que Waldron levanta diz respeito a uma crítica democrática relacionada à primeira

⁴⁴ Esse capítulo, na verdade, diz respeito a um texto escrito a parte e publicado em revista específica. Contudo, foi inserido junto a referida obra que aqui se fará menção.

⁴⁵ Nas palavras de Waldron (1999, p. 1): There are many of us, and we disagree about justice. That is, we not only disagree about the existence of God and the meaning of life; we disagree also about what count as fair terms of co-operation among people who disagree about the existence of God and the meaning of life. We disagree about what we owe each other in the way of tolerance, forbearance, respect, co-operation, and mutual aid. Liberals disagree with conservatives; socialists disagree with market economists; the party of freedom disagrees with the party of community and both disagree with the party of equality; feminists disagree with those who want the government to stand up for 'family values'; last-ditch defenders of the welfare state disagree with triumphant opponents of taxation; and pragmatists and utilitarians disagree with those who think the task of law is to vindicate the claims of order, retribution, and desert.

versão apresentada por Elster. Com efeito, há uma passagem de Elster que afirma reconhecer uma decisão de pré-compromisso apenas se o seu efeito for estabelecer algum processo causal no mundo externo. Waldron questiona isso a partir do exemplo da pessoa que pretende ir a uma festa, mas, antes, entrega a chave de seu veículo a um amigo como forma de evitar que, no futuro (fim da festa), volte para casa dirigindo após o consumo de bebida alcoólica.

Para Waldron, o pré-compromisso aqui não depende da autonomia da pessoa que tentou se restringir ao entregar as chaves do veículo ao amigo. O ponto que Waldron procura dar ênfase é que o pré-compromisso (inclusive o constitucional) depende do julgamento do amigo – de outro que não aquele que se autorestringiu – na medida em que a decisão sobre dirigir ou não dirigir após a festa não está sob o controle de quem criou a restrição. Nisso reside um dos problemas (democráticos) do pré-compromisso constitucional elencados por Waldron, pois as restrições constitucionais, nessa lógica, funcionam mais na dinâmica do julgamento de um tribunal do que um mecanismo causal.

A vantagem, segundo Waldron, é que o pré-compromisso não funcionaria de uma forma rígida, uma vez que ao delegar o julgamento para outrem, haveria espaço para um julgamento que buscasse adequar esse compromisso prévio a eventuais exceções e situações emergenciais. Porém, a desvantagem seria a possibilidade de haver um julgamento que não representasse as intenções do agente que se autorestringiu no primeiro momento⁴⁶. Ou seja, para o autor, uma coisa é obrigar-se a fazer em T2 exatamente o que se pretendia em T1 fazer em T2; outra coisa é entregar a outro o poder de decisão sobre o que fazer em T2. Nesse sentido, já que a execução do pré-compromisso não significará uma consumação da autonomia do agente, Waldron rechaça o pré-compromisso como um argumento válido para refutar as objeções baseadas na autonomia (ou melhor, na falta dela); ou para refutar, no caso das restrições constitucionais, as objeções democráticas baseadas no autogoverno. Assim, por não preservar a autonomia coletiva – já que o pré-compromisso constitucional dependerá do julgamento futuro de um tribunal – Waldron conclui ser problemática a equiparação dos arranjos constitucionais à ideia do pré-compromisso.

Essa conclusão, na verdade, acaba por refletir uma característica inerente a abordagem de Waldron que corresponde a uma série de controvérsias sobre o porquê não deve ser o judiciário o órgão responsável por solucionar as divergências constitucionais; isto é, *por quê uma maioria de 9 ou 11 juízes vale mais que uma maioria popular ou congressual?* É nesse sentido que Waldron indaga: se uma disposição constitucional equivale a um pré-compromisso

⁴⁶ Isso não significa que Waldron seja um adepto à doutrina do *originalismo*, ou seja, da interpretação jurídica como forma de resgatar o sentido originário pretendido pelos legisladores.

do povo ou de seus representantes, então o que haveria de impróprio em perguntar ao povo: *era esse o pré-compromisso que você pretendia?*

Além dessa objeção ao pré-compromisso constitucional, Waldron também apresenta críticas às razões que motivam a ideia do pré-compromisso. Para Elster e Sunstein, por exemplo, as razões estão nos possíveis impulsos irracionais que a comunidade pode ter, tal como a *miopia* política. Waldron, por sua vez, reconhece a existências de comportamentos na política que estão relacionados a raiva, paixão, pânico, ganância, etc.; questiona, no entanto, se esse modelo de *acrasia política* deve ser tomado como exemplo das circunstâncias em que os direitos e a revisão judicial operam. O autor (1999, p. 267) explica da seguinte maneira:

1) as pessoas se comprometem em sua Constituição a alguma fórmula abstrata de direitos que, por sua vez, gera divergência até mesmo entre os apoiadores desses direitos – qual a extensão da liberdade de expressão?; 2) uma legislatura aprova uma medida que, possivelmente, viola alguma disposição constitucional. A medida é apoiada por maioria de deputados que, ou pensam ser ela compatível com a disposição constitucional, ou porque se opõem a própria disposição constitucional; 3) um tribunal, por maioria simples, considera a legislatura inconstitucional, porém, quatro de nove juízes argumentam que a legislação não deve ser derubada.

Esse exemplo ilustra, segundo Waldron (1999, p. 267), todo o caminho que o desacordo leva; isto é, o mesmo desacordo entre o povo quando o dispositivo constitucional foi inicialmente adotado, também se verifica na legislatura e no tribunal. De acordo com Waldron, trata-se, em parte, de uma discordância sobre o que torna a disposição constitucional moralmente pouco atraente. Com efeito, a ênfase que o autor procura dar recai sobre o fato de que essa dinâmica não pode ser equiparada a história da Odisseia, na medida em que nela, os membros da tribulação sabiam que a quebra das amarras seria produto de uma patologia reconhecida até mesmo por Ulisses; enquanto que no caso constitucional, na verdade, são pessoas razoáveis discordando entre si. Discordância esta que acontece até em momentos calmos e lúcidos (a exemplo dos questionamentos que a comunidade faz acerca dos direitos que têm, como devem ser concebidos, e que peso deve ser dado em relação a outros valores), sendo desnecessário, portanto, “recorrer a ‘aberrações’ na racionalidade” (WALDRON, 1999, p. 268).

Além disso, caso o pré-compromisso fosse aplicado tal como proposto pelos seus defensores, haveria a necessidade de conceber o povo como uma entidade que é contínua ao longo de vários séculos, “[...] de modo que nosso ser hoje limitado por fórmulas estabelecidas por um grupo de revolucionários da supremacia branca em 1791 é representado como uma

forma de pré-compromisso autônomo por nós”⁴⁷. Para Waldron (1999, p. 270), isso prejudica a credibilidade dos elementos de autonomia. Daí que exsurgiria o conflito com instâncias democraticamente imprescindíveis: pluralidade de uma comunidade política; diversidade de opiniões e desacordo razoável sobre questões de direitos e justiça; e a dinâmica da deliberação formal e informal ao longo do tempo. Trata-se de três coisas que acabam por evidenciar não estarmos em condições de dizer que o apoio da maioria num determinado momento futuro representa fraqueza ou pânico; pode representar, na verdade, uma simples mudança de opinião.

Numa democracia moderna, afirma Waldron (1999, p. 280), essas divergências representam mais do que coisas que não podemos prever futuramente. Na verdade, trata-se de uma característica de todas as democracias, presente nas discussões entre constitucionalistas, intelectuais, cientistas políticas e nas deliberações do povo, seja pelos seus representantes ou não. Para exemplificar seu argumento, Waldron lista uma série de discordâncias razoáveis que ocorrem numa democracia:

[...] representação proporcional, referendos, frequência das eleições, limites de mandatos, base da distribuição eleitoral, acesso financiado pelo estado a tempo de antena de televisão para os candidatos e financiamento de campanha em geral. As pessoas discordam sobre a publicação de pesquisas de opinião, sobre a liberdade de expressão em shoppings, sobre a influência de grupos de interesses especiais e comitês de ação política e sobre o interesse do público no funcionamento interno dos partidos políticos. Eles também discordam sobre tópicos como reclamação, discurso de ódio, representação étnica, difamação criminal e os conceitos de sedição, insurreição e subversão. (1999, p. 279)⁴⁸

Por fim, no intuito de contrapor seu argumento à tese de Stephen Holmes sobre um constitucionalismo produtivo e habilitador, Waldron apresenta uma distinção entre “pré-decisão” processual de pré-compromisso. Isso porque, para o autor (1999, p. 276), muito daquilo que Holmes chama de restrição constitucional como habilitadora da democracia nada mais é que a construção, pela comunidade política, de um conjunto duradouro de instituições que incorporam procedimentos de decisão e mecanismos de ação coletiva. Waldron reconhece essas regras procedimentais como fundamentais para a deliberação política. Porém, afirma que elas não se destinam a restringir decisão; “quando os eleitores entram na cabine, as pessoas não

⁴⁷ Texto original em inglês: [...] so that our being bound today by formulas laid down by a group of white-supremacist revolutionaries in 1791 is represented as a form of autonomous precommitment by us.

⁴⁸ Texto original em inglês: “[...] proportional representation, referendums, the frequency of elections, term limits, the basis of electoral districting, state-funded access to television airtime for candidates, and campaign finance generally. People disagree about the publication of opinion polls, about free speech in shopping malls, about the influence of special interest groups and political action committees, and about the public’s interest in the internal workings of political parties. They disagree too about such topics as heckling, hate speech, ethnic representation, criminal defamation, and the concepts of sedition, insurrection, and subversion.”

estão decidindo quantos presidentes haverá, mas quem será o presidente”. O objetivo, assim, é simplesmente enquadrar e constituir um tipo de procedimento de tomada de decisão. Evidentemente que o autor não descarta os possíveis prejuízos que a mudança constante dessas “regras do jogo” pode ocasionar; “se mudarmos as regras do beisebol com muita frequência, os fãs ficarão confusos e os jogadores serão incapazes de desenvolver um conjunto consistente de habilidades”. Mesmo assim, essas regras procedimentais continuam sendo uma estruturação da deliberação política, razão pela qual rechaça o caráter facilitador e habilitador que as restrições constitucionais teriam, conforme argumenta Holmes.

É nesses termos que Waldron conclui ser problemática a ideia de pré-compromisso como forma de precaver as irracionalidades do futuro, já que os membros atuais de uma comunidade política discordam com normalidade sobre os vínculos estabelecidos anteriormente. Mais problemático ainda para Waldron é atribuir a decisão sobre esses vínculos a outro órgão que, por sua vez, pode estar tão dividido sobre a questão em debate quanto os membros da sociedade. A resposta de Waldron, então, é que o pré-compromisso deve ser deixado de lado para que os membros da sociedade resolvam suas diferenças e mudem de opinião nas decisões coletivas.

Isso evidencia, conforme falado anteriormente, uma das características que melhor qualificam o pensamento de Waldron: sua proposta de democracia que coloca o desacordo em voga e o Poder Legislativo como órgão mais adequado para a solução dos dissensos morais acerca dos direitos constitucionais. Primeiro porque o pré-compromisso não satisfaz o ideal de autogoverno prevalecente no seu pensamento, já que o julgamento da restrição em debate acontecerá por outro órgão que não aquele que criou a restrição - é nesse sentido, por exemplo, que entra em questão o debate sobre a questão intergeracional, pois, além do julgamento sobre o pré-compromisso se dar por outro órgão, estamos falando de uma comunidade que não participou da elaboração daquele compromisso. E segundo porque ao invés de impulsividade irracional, e se houver discordâncias da geração atual sobre a aplicação daquele compromisso prévio? A discordância, seja majoritária ou não, deve necessariamente ser tratada como paixões e miopias políticas?

É, portanto, a partir desses dois principais eixos – autogoverno e discordância – que Waldron rejeita a ideia de pré-compromisso. Mais do que isso, na verdade, Waldron rejeita a relevância atribuída pelo Constitucionalismo ao aspecto restritivo de uma Constituição. Para o autor, se compreendida mais pelo seu aspecto limitativo, uma Constituição entrará em conflito com a democracia; mas, se compreendida como meio de estruturar e fortalecer a deliberação, então a Constituição pode sim fortalecer a democracia. No fundo, o que há nessa abordagem de

waldroniana é uma aproximação com aquilo que se convencionou chamar de democracia majoritária – e que também será analisada a seguir.

Portanto, a fim de um fechamento do presente tópico, salientamos que adotaremos uma postura contrária a essas considerações de Waldron sobre o pré-compromisso constitucional. Em que pese a coerência dos argumentos do autor, compreendemos que há possibilidades de se trabalhar dentro da lógica compromissória sem que isso signifique um confronto com a democracia ou a rejeição de seus pressupostos. Antes, porém, algumas considerações nossas sobre o pré-compromisso e aquelas objeções levantadas acerca da própria possibilidade de haver pré-compromissos ante uma constituinte passional.

2.4 Uma conclusão parcial: o pré-compromisso é possível?

Com relação a primeira passagem de Elster sobre o pré-compromisso constitucional, é evidente que o próprio autor já considerava controvertida a analogia feita com Ulisses e a própria ideia ali sustentada. Conforme explica Oscar Vilhena Vieira, Ulisses se trata de um caso individual, distinguindo-se das Constituições que, por sua vez, limitam as sociedades e também as gerações futuras. Mas não é só, pois as travas não funcionam como simples autolimitação, “[...] mas também como limitação àquelas correntes que, vencidas no embate constituinte, podem se converter em maiorias no futuro e alterar o decidido no processo de elaboração da Constituição” (VIEIRA, 1997, p. 52). Mas, apesar das distinções com o caso de Ulisses e de autolimitação na esfera individual, a construção de nossa resposta não considera essa teoria sem sentido, principalmente na perspectiva *normativa* e constitucional que busca projetar um compromisso prévio para além das circunstâncias de sua criação. Assim, passa-se agora a uma abordagem que procura se aproximar e estruturar nossa hipótese de trabalho: a validade e a insuficiência da teoria do pré-compromisso.

2.4.1 Motivos de pré-compromisso constitucional

Primeiramente, vale lembrar que Elster sustenta o comprometimento das gerações futuras a partir de uma Constituição que inclua cláusulas que impeçam mudanças facilmente. Isso significa que, a fim de proteger os compromissos estabelecidos das prováveis e futuras decisões majoritárias (pouco sábias), haveria um ato de abdicação por meio do qual os

fundadores decidem que certos valores são importantes demais ou que certas armas são perigosas demais para serem submetidas ao controle da política rotineira após a elaboração da Constituição (ELSTER, 1989, p. 81). Há, dessa forma, um componente de preocupação não só com as maiorias eventuais, mas também com aqueles aspectos psicológicos relacionados a miopia, paixões duradouras, impulsos irracionais, etc; assim como há preocupações com diversas fragilidades sociais que influem a deliberação política. Enfim, tratam-se de acontecimentos políticos que não só entram em discordâncias – conforme Waldron – mas também possuem um alto potencial de fragilizar e desestruturar a própria democracia.

Com efeito, são situações que não destoam da realidade política de diversos países na contemporaneidade⁴⁹ – inclusive, o atual contexto de crise constitucional vivenciado no Brasil pode ser considerado um exemplo para ilustrar essa dinâmica. Sem a pretensão de explicar o atual momento, vale lembrar que o país passa por um período em que diferentes mobilizações vão em total sentido contrário à Constituição Federal. Na crença de que compõem uma maioria, milhões de pessoas já saíram às ruas para exigir, da Presidência da República e das Forças Armadas, o fechamento de instituições democráticas, como o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, especialmente quando há, por parte desses poderes, alguma decisão que contraria os anseios dessa “maioria”.

Inclusive, essas exigências antidemocráticas ensejaram a abertura do inquérito nº 4781, junto ao STF, “cujo objeto é a investigação de notícias fraudulentas (fake news), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi, diffamandi* ou *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal e de seus membros; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.”⁵⁰ Ou seja, há uma investigação em curso para apurar a instrumentalização em massa de notícias falsas e fraudulentas cujo objetivo é a desordem e a fragilização da democracia.

⁴⁹ A exemplo do que ocorreu na última eleição presidencial nos Estados Unidos da América, quando o então presidente Donald Trump atizou seus eleitores, com acusações infundadas sobre fraude eleitoral, a invadiram o Congresso que pretendia cumprir um ato de formalidade para confirmar o outro candidato, Joe Biden, como Presidente da República. Ou seja, houve ali não só uma não aceitação da derrota eleitoral, como também invasão e violência em uma instituição democrática. Cf. MARS (2021). No mesmo sentido, pode-se mencionar as ameaças que o atual Presidente da República do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, fez com relação a próxima eleição em 2022, ao afirmar que elas só ocorrerão caso o Congresso Nacional aprove a PEC do voto auditável. Trata-se, na verdade, de uma tentativa de questionar a segurança das urnas eletrônicas existentes no Brasil e usadas regularmente desde 1996. Cf. (COLETTA, 2021).

⁵⁰ Para tanto, ver: STF (2020).

Além disso, esses atos acabaram flertando com autoridades políticas que, por sua vez, aderiram ao movimento. Como é o caso do Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, que, por diversas vezes, participou desses protestos que solicitavam o fechamento das instituições e a intervenção das forças armadas⁵¹. Intervenção esta que, como se sabe, remete-nos ao período de ditadura militar (com toda sua “herança”) que assolou o país no século passado e pode ser considerado um exemplo de patologia duradoura que ainda permanece vigente no imaginário social de parte da comunidade política brasileira – da mesma forma que o “fantasma do comunismo” ainda integra o debate público por aqui⁵².

Ou seja, houve um chefe do Poder Executivo participando de mobilizações que pediam o fechamento de instituições democráticas e a intervenção das Forças Armadas nos demais poderes, na crença de que isto significava a vontade do “povo”. Ainda que majoritariamente essa não fosse a vontade popular (como de fato não era), chama a atenção o fato de que, parcela da comunidade política – cujo um dos representantes é o Presidente da República – carrega consigo (ou ao menos contribui para sua inflação) um imaginário de que deliberações majoritárias são ilimitadas, até mesmo se contrárias a democracia – como se a democracia fosse um instrumento utilizável para sua própria autodestruição. Isso sem mencionar as diversas legislações que foram aprovadas (majoritariamente) no âmbito de um moralismo punitivista que estava muito além da discordância sobre sua adequação ou não a Constituição Federal. A exemplo da “Lei da Ficha Limpa”⁵³ (ou da operação “Lava Jato”), o ponto estava na impulsividade pela inobservância de preceitos fundamentais para políticos acusados de corrupção – leia-se: acusados.

Daí que, por se basear nesses problemas das irracionalidades⁵⁴, ainda presente na realidade brasileira, compreende-se por não restar sem sentido a teoria do pré-compromisso constitucional. Ou seja, compreendemos não ser possível tratar esses acontecimentos como meras discordâncias democráticas; antes, referem-se a episódios que vão em sentido contrário à Constituição e ao seu conteúdo essencial. Assim, a lógica de se trabalhar com um compromisso prévio de manutenção da Constituição como forma de possibilitar a democracia, ainda que a

⁵¹ Cf. BOLSONARO (2021a); BOLSONARO (2021b); DUTRA; CAIXETA (2020); FSP (2020); HOLANDA et al. (2021). É importante frisar que não só o Presidente da República, mas também juristas atribuindo sentido ao artigo 142 da Constituição Federal como se fosse possível a referida intervenção militar como “garantia da lei e da ordem”. Para tanto, ver: STRECK (2020a) e STRECK (2020b).

⁵² Sobre os respectivos assuntos, ver: NAPOLITANO (2014).

⁵³ A Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, criou regras para o processo eleitoral que retiravam dos cidadãos a possibilidade de serem eleitos, caso houvesse decisão de órgão colegiado. A intenção era que apenas candidatos com bons antecedentes judiciais poderiam ser votados. Trata-se de uma tentativa de moralizar o processo eleitoral, desrespeitando-se a presunção de inocência. Sobre o assunto, ver: TOMAZ DE OLIVEIRA (2013).

⁵⁴ Ver notas 13, 14 e 15.

partir de limitações majoritárias ou de controles ao poder, não só não é sem sentido, como também pode muito bem explicar o porquê dessas disposições – caráter “demoníaco” do poder incontrolado, conforme se verá a seguir.

Nesse sentido, vejamos como a abordagem de Samuel Issacharoff pode apresentar contribuições ao nosso argumento. Na obra *Fragile Democracies: contested power in the era of constitutional courts*, o autor mostra diferentes países que emergiram de regimes autoritários e assumiram um modelo de democracia, consistente na realização de eleições como forma – não violenta – de reconhecimento de maiorias políticas e resolução de conflitos. No entanto, os diversos exemplos (as democracias frágeis⁵⁵) que o autor menciona evidenciam que as eleições, por si só, não são suficientes para garantir estabilidade democrática, seja porque uma maioria pode se impor no poder (ignorando as minorias vulneráveis), seja porque uma minoria derrotada pode não aceitar a derrota eleitoral⁵⁶.

Por outro lado, Issacharoff reconhece algumas democracias (como é o caso da África do Sul e também do Brasil) que assumiram um regime democrático após um regime autoritário e conseguiram manter algum nível de estabilidade por meio do constitucionalismo. Desse modo, a tese de Issacharoff é que o constitucionalismo é condição de possibilidade para a democracia, ou seja, o constitucionalismo é indispensável para a sobrevivência democrática. Mas não é só: as limitações existentes na Constituição exigem uma instituição mediadora capaz de aplicá-las⁵⁷. E o ponto crítico levantado pelo autor diz respeito a como essas limitações são exercidas e como pode haver compromissos confiáveis em países sem um histórico estabelecido de governança democrática (ISSACHAROFF, 2015, p. 9).

Desse modo, diante das cinzas autoritárias dessas democracias frágeis, Issacharoff reconhece a necessidade da elaboração de compromissos no pacto inicial de que certas escolhas

⁵⁵ Com efeito, o autor utiliza a expressão democracias frágeis para identificar democracias constitucionais, geralmente habilitadas recentemente, cujas instituições políticas e grupos de apoio da sociedade civil são insuficientes para administrar conflitos. Cf. ISSACHAROFF, 2015, p. 10. No entanto, acreditamos ser indispensável a seguinte ponderação: como Issacharoff pontua, essas democracias frágeis são melhores identificadas a partir daqueles exemplos que o próprio autor menciona, ou seja, democracias geralmente habilitadas recentemente. Mas não se limitam a elas.

⁵⁶ A título de exemplo, pode-se citar uma declaração ameaçadora do atual Presidente da República do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, no sentido de que, caso não houvesse a aprovação do voto auditável pelo Congresso para as próximas eleições presidenciais, não haveria disputa eleitoral. Cf. NEVES; BORGES (2021). Nos Estados Unidos da América, houve também declaração no sentido de não aceitar o resultado da eleição por parte do candidato derrotado, Donald Trump. Cf. Trump diz que não aceita resultado da eleição presidencial dos EUA. Ver: KATZUMATA (2020).

⁵⁷ No mesmo sentido, Daniel Innerarity (2019, p. 189) afirma que um sistema possível para facilitar a sustentabilidade intergeracional é o recurso de instituições imparciais, que despolitizam ou protegem o processo de tomada de decisão das pressões políticas de curto prazo, das instituições majoritárias e dos eleitorados atualmente existentes.

estariam fora da mesa para modificação posterior pelo eleitorado, que em condições de participação democrática seria necessariamente dominado pela maioria. Isso porque, continua Issacharoff (2015, p. 179), uma Constituição que resiste repetidamente aos desejos das maiorias, provavelmente será uma Constituição instável – este é o ponto que se busca evitar.

Mas há de se destacar também um outro ponto referente aos *motivos*: os problemas relacionados à miopia política. Conforme Richard V. Reeves (2015) coloca, o compromisso pode se mostrar necessário em decorrência dos anseios por uma política imediata, que, por sua vez, pode prejudicar diferentes áreas do campo político – o referido autor cita exemplos econômicos e educacionais⁵⁸. No mesmo sentido, Daniel Innerarity (2019, p. 172,) afirma que “[...] do ponto de vista ecológico, demográfico e financeiro, somos sociedades distraídas no tempo presente e incapazes de levar o futuro em consideração, conforme as circunstâncias atuais o exigem.”⁵⁹ Para Innerarity, o problema temporal das democracias possui relação com o descompasso existente entre os ciclos políticos, ou seja, o mandato de um líder geralmente não passa dos quatro (04) anos, de modo que as políticas executadas são muitas vezes voltadas para uma recompensa de curto prazo (principalmente com a corrida eleitoral), enquanto demandas que exigem longos tempos são deixadas de lado⁶⁰.

Assim, Innerarity aponta para a importância de conhecermos possíveis resultados no futuro, a fim de obter uma melhor compreensão dos riscos e incertezas. Para tanto, o futuro deve ser politizado alargando-se o horizonte de considerações, isto é, uma cultura política que estimula a decisão motivada no longo prazo, denominando-se de governança antecipatória – é nela que Innerarity (2019, p. 189) reconhece os dispositivos de compromisso como possibilidade de limitar o comportamento futuro para que determinados objetivos sejam atingidos.

A proposta de Innerarity, nesse sentido, é a de uma democracia intergeracional da qual um novo modelo de contrato social será exigido. Contudo, é importante salientar que o autor não fala em uma forma diferenciada de constitucionalismo ou Constituição; esse novo modelo de contrato nada mais é que pensar o atual de uma forma estendida aos futuros

⁵⁸ No entanto, é importante alertar que, para Reeves (2015, p. 27), o compromisso se apresenta de uma forma mais restrita, isto é, só é justificável quando a miopia pode resultar em significativos danos ao interesse nacional: “Policy commitment devices are only justifiable in areas where myopia results in real damage to the national interest”.

⁵⁹ Texto original em espanhol: “desde un punto de vista ecológico, demográfico, financiero, somos sociedades distraídas en el tiempo presente e incapaces de tomar en suficiente consideración el futuro, tal como lo están exigiendo las actuales circunstancias.”

⁶⁰ Da mesma forma que as abordagens aqui mencionadas, Innerarity (2019, p. 174) também chama esse imediatismo de miopia política.

sujeitos⁶¹, com ética de transmissão, já que eles não se encontram em situação de reciprocidade – não têm voz sobre a deliberação de hoje (INNERARITY, 2019, p. 249).

Ocorre que, embora algumas constituições incorporem princípios que protejam as futuras gerações – tal como o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado da Constituição brasileira (art. 225) – acaba havendo uma discrepância entre esses direitos e as práticas políticas. É nesse momento que Innerarity aponta para a dificuldade existente entre os defensores da soberania eleitoral e os seus críticos – em termos distintos, essa dificuldade pode ser equiparada ao conflito entre os defensores das regras constitucionais (como Holmes) e aqueles que se satisfazem na deliberação política (como Waldron). Aliás, é aqui que podemos traçar uma similaridade no argumento de Innerarity com Stephen Holmes e aquele primeiro Elster. Pois, Innerarity também fala sobre a legitimidade das regras constitucionais para com as gerações vindouras, estabelecidas em meio a suposições sobre quais serão os interesses futuros (conforme também sustenta Holmes). Na verdade, Innerarity reconhece as dificuldades de se estabelecer quais as futuras necessidades, mas, por outro lado, afirma que “[...] isso não nos impede de supor que eles têm o direito de ter tantas opções quanto possível e que não devem assumir encargos além do que é razoável” (INNERARITY, 2019, p. 254)⁶².

Ou seja, para o autor, é fundamental que a atual geração defenda o direito da futura geração tomar suas próprias decisões – inclusive, Innerarity fala em equilíbrio intertemporal das constituições a fim de que revisões (restritas) sejam possíveis de tempos em tempos. Mas destaca (e aqui entra o principal ponto de convergência com Holmes): a decisão livre das futuras gerações depende de certas condições sociais cuja garantia se dá por meio de nossas decisões atuais. Isto é: “O paradoxo do respeito intergeracional poderia ser formulado assim: agora temos que tomar certas decisões para que mais tarde tenham a liberdade de escolher.” (INNERARITY, 2019, p. 255)⁶³

Como se pode perceber, essa tese de Innerarity se aproxima da abordagem de Holmes sobre o consentimento da geração futura ser possível somente porque uma Constituição foi herdada. Constituição essa que, segundo Holmes, pode ser considerada um recurso útil para impedir a autodestruição coletiva. É assim que Holmes (1999, p. 261) conclui sua tese e que

⁶¹ Conforme o exemplo ambiental que citamos nesta página, a Constituição brasileira traz em seu texto disposições que mostram alguma preocupação com as gerações futuras. Portanto, pode-se alegar que a Constituição brasileira representa, em alguma medida, esse “novo modelo de contrato” estipulado por Innerarity.

⁶² Texto original em espanhol: “eso no nos impide suponer que tienen derecho a disponer del mayor número posible de opciones y que no deberían asumir cargas más allá de lo razonable.”

⁶³ Texto original em espanhol: “La paradoja del respeto intergeneracional podría formularse así: hemos de tomar ahora determinadas decisiones para que ellos tengan después la libertad de elegir.”

pode ser estabelecido um paralelo com Innerarity: “Os mortos não devem governar os vivos, mas podem facilitar que os vivos governem a si mesmos”⁶⁴. Nesse sentido, ganha destaque um importante componente temporal: mais do que uma preocupação com os compromissos assumidos no passado, também há de se considerar a relevância dos impactos futuros.

Diante de tais considerações acerca dos motivos que levam à ideia de pré-compromisso constitucional, compreende-se que a realidade brasileira nos oferece exemplos de passionalidades que estão para além das discordâncias democráticas e, em alguma medida, justifica – ou justificou em 1987-88 – a elaboração de compromissos constitucionais. Portanto, seja por motivos psicológicos que atingem uma sociedade – tal como as patologias sociais –, seja pela fragilização social decorrente de fatores históricos, compreende-se que a referida teoria compromissória encontra respaldo nesses problemas que integram a agenda política de diferentes países pelo mundo⁶⁵, de modo que falar em *pré-compromisso* não pode significar um absurdo desconexo da atualidade. Ao contrário: cada vez mais, com o passar dos anos, deve-se haver um esforço de justificar a manutenção de uma Constituição sem a qual a deliberação política (talvez) não seria possível.

2.4.2 O problema das assembleias constituintes passionais

De acordo com a revisitação de Elster sobre o pré-compromisso constitucional, há uma objeção bastante relevante que considera a complexidade no processo de elaboração de uma Constituição, a ponto de tornar-se, ao menos duvidosa, a denominação de limitações constitucionais como dispositivos de auto-restrição. Afinal, como esperar que constituintes imperfeitos, muitas vezes carregados dos mesmos problemas que atingem a política rotineira, elaborem Constituições perfeitas como forma de prevenção a esses problemas? Conforme questionam Oscar Vilhena Vieira e Ana Laura Pereira Barbosa (2018, p. 376):

A questão que intriga é por que uma Assembleia Constituinte composta predominantemente de políticos profissionais, que após o término dos trabalhos permaneceriam no Congresso ou buscariam postos no Executivo, elaborou um texto que limitaria tanto o espaço de liberdade da política cotidiana? Por que experientes parlamentares optaram por uma Constituição que restringiu o poder do Legislativo e do Executivo, em seus diversos níveis, naquilo que compõe a essência da política institucional, que é o poder de arbitrar conflitos distributivos, decidir sobre temas importantes da economia, da administração, da moralidade, da política criminal etc.? [...] como uma

⁶⁴ Texto original em espanhol: “Los muertos no deben gobemar a los vivos, pero sí pueden facilitar el que los vivos se gobiernen a sí mismos.”

⁶⁵ Para tanto e conforme será visto a seguir: Cf. ISSACHAROFF (2015).

Constituinte congressual formada, na maioria, por políticos de perfil moderado e conservador, cujo trabalho não passaria por nenhum processo de ratificação popular, produziu um documento considerado progressista, ou ao menos, mais progressista que o perfil daqueles que a elaboraram?

Esses questionamentos sobre a constituinte brasileira evidenciam as dúvidas que pairam sobre o conteúdo das constituições a partir de uma constituinte passional. Com efeito, considera-se aqui adequada a mencionada revisitação de Elster sobre o pressuposto das constituintes como processo calmo de argumentação racional, na medida em que um processo de não calmaria é condição de possibilidade para que uma nova Constituição seja colocada em pauta. Conforme citação feita anteriormente, uma nova constituinte só se justifica na hipótese de uma “[...] ruptura institucional, que deve ser grave, com as instituições inviabilizadas, povo na rua, economia em crise etc. Para a convocação de uma assembleia constituinte deve haver uma ruptura com a ordem vigente. Enfim, um golpe, uma revolução.” (STRECK, 2014, p. 399).

No entanto, por mais que o momento fundacional seja marcado por disputas políticas, a ênfase que aqui se pretende dar é que a interpretação das disposições que garantem a manutenção de uma Constituição não pode perder de vista o seu significado, que está para além daquele momento em que foram criadas. Ou seja, mesmo que os formuladores de uma Constituição estejam inclinados por uma deliberação em vista de seus interesses partidários ou paixões duradouras, isso não significa que as disposições da Constituição devam ser criadas e interpretadas em conformidade a essas pretensões políticas do momento fundacional, afinal, os constituintes não são livres para dispor no texto constitucional somente aquilo que lhes interessam – quanto a este ponto, discordamos de alguns autores brasileiros que replicam um suposto caráter ilimitado do Poder Constituinte.

Gabriel Negretto apresenta duas teorias que analisam a elaboração de disposições constitucionais: uma em que os autores da Constituição buscam resultados cooperativos (como os direitos civis básicos) e outra em que esses autores buscam efeitos distributivos produzidos pelas instituições (como as barganhas políticas). Embora o referido autor esteja dialogando na área das ciências políticas, é interessante o apontamento que ele faz acerca do fato de que os constituintes não são totalmente livres para escolher a orientação geral das reformas ou o leque de alternativas disponíveis em um dado momento histórico. Afirma Negretto (2013, p. 52) que há regras constitucionais preexistentes que determinam a diretriz do *design constitucional*.

Em outros termos, isso significa que uma Constituição só poderá ser compreendida como Constituição se o seu conteúdo corresponder ao de uma efetiva Constituição⁶⁶. Da mesma forma que um Poder Constituinte não será a manifestação de um povo em decidir indeterminadamente sobre a sua existência. Conforme pontua Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (2020, p. 160), um povo pode até ter o poder de se submeter a uma ditadura e abrir mão de se constituir como uma comunidade de pessoas livres e iguais; mas isso não pode ser denominado de *Poder Constituinte*, porque a Constituição proveniente desse ato será tão somente uma aparente Constituição (ou uma Constituição *semântica*, conforme ensina Karl Loewenstein).

Assim, pode-se mencionar a existência de traços fundamentais que, nas palavras do mesmo Loewenstein (1979, p. 153), são considerados o mínimo irredutível de uma autêntica Constituição. De acordo com o referido autor, são elementos fundamentais de uma Constituição: 1) a diferenciação das diversas tarefas estatais e sua designação a diferentes órgãos estatais a fim de evitar a concentração de poderes nas mãos de um único e autocrático detentor do poder; 2) um mecanismo planejado que estabelece a cooperação entre os diversos detentores do poder (freios e contrapesos); 3) um outro mecanismo para evitar bloqueios entre os diferentes detentores dos poderes, a fim de impedir que algum deles resolva determinados impasses por meios próprios; 4) um método racional de reforma constitucional; e 5) o reconhecimento de direitos individuais e liberdades fundamentais e sua devida proteção frente a intervenção dos detentores dos poderes.

Desse mínimo irredutível apresentado por Loewenstein, destacamos o reconhecimento de direitos que, no contexto constitucional brasileiro, podem ser equiparados aos Direitos Fundamentais⁶⁷. Por certo, ainda que passional o momento fundacional de uma Constituição, é possível observar a elaboração de compromissos para com a proteção de direitos e, consequentemente, às minorias vulneráveis, a fim de que não sejam minimizados pelas maiorias eventuais e a Constituição permaneça estável e duradoura como exigência de sua própria natureza. Porém, apesar da relevância atribuída aos direitos, a estruturação da máquina governamental e as

⁶⁶ Inclusive, por este motivo, consideramos inapropriada a denominação da Constituição Federal brasileira como “Carta Magna”. Com efeito, a Carta Magna foi uma “constituição” medieval consistente num pacto entre Rei e Baronato que concedia privilégios. De longe, em nada se assemelha ao conjunto de direitos previstos nas constituições modernas. De acordo com Stephen Holmes (1999, p. 230), os que obrigavam e os obrigados eram partes distintas; não era o povo criando limitações para o povo.

⁶⁷ É importante mencionar que a menção à obra de Loewenstein se dá pela magnitude que aquele texto possui para com a Teoria Constitucional. Desse modo, vale a advertência: aquilo que o autor dispõe sobre direitos individuais e liberdades fundamentais – que por sua vez, fora escrito na década de 50 do século passado – não abrange os direitos sociais tais como são compreendidos como fundamentais no contexto constitucional brasileiro. Portanto, quando falamos no reconhecimento de direitos, dadas a distância temporal daquele texto e a contextualização de cada país, falamos no reconhecimento dos direitos fundamentais na sua amplitude da Constituição Federal de 1988.

diferentes formas de se estabelecer mecanismos de controle também devem estar presentes numa Constituição. Com efeito, questões como compartilhamento e concentração de poder e engrenagens que limitam o sistema político e participação popular nos processos de poder são alguns dos exemplos que ilustram esse conteúdo indispensável de uma Constituição.

Assim, mesmo assumindo a forma de limitações constitucionais sobre o que a maioria pode fazer, ou, como apresenta Jon Elster (2000, p. 119-221), em forma de atrasos e determinações de maiorias qualificadas para o processo de emenda à Constituição, os compromissos constitucionais devem ser repensados para além de uma concepção que esteja presa ao momento (passional) fundacional. Isso porque, limitações constitucionais significam mais do que aquilo pretendido pelos seus autores. E o ponto que aqui se enfatiza é que essas limitações configuram a própria noção de constitucionalismo que será investigada no tópico seguinte a partir da abordagem de Karl Loewenstein.

Portanto, as regras constitucionais limitadoras do poder podem ser compreendidas para além de uma função incapacitante. Mais uma vez, com Stephen Holmes (1999, p. 249): elas capacitam e possibilitam o poder, fortalecendo a democracia. Diante de tais considerações acerca dessa relação entre o pré-compromisso e o constitucionalismo é que procuramos enfrentar a revisitação de Jon Elster sobre as complexidades e problemas em torno dos processos constituintes. Certamente, por mais passional que seja a construção de uma Constituição, espera-se que haja a construção de compromissos que limitarão não só as maiorias – seja daquela ou das futuras gerações – mas também o próprio exercício do poder. Tal expectativa não se dá por uma mera questão de escolha constitucional, isto é, não é porque o Brasil se reconstruiu democraticamente após um regime militar ditatorial que a elaboração de tais compromissos se fizeram necessárias.

Claro que a herança ditatorial pode ensejar preocupações nesse sentido de elaborar travas que tendem a evitar o passado cinzento. Mas, o ponto que se busca enfatizar é que determinados compromissos integram a própria ideia de constitucionalismo. Constitucionalismo este que, por diferentes vozes, torna-se cada vez mais indispensável para a sobrevivência democrática. Este é tópico que integra a investigação do tópico seguinte a partir da concepção de constitucionalismo oferecida por Karl Loewenstein.

2.4.2.1 O controle político no cerne do Constitucionalismo e a sua relação com o pré-compromisso

Em que pese as críticas levantadas sobre uma constituinte criando restrições para si mesma e para as futuras gerações, essas limitações – autoimpostas – integram a própria noção do que vem a ser o Constitucionalismo moderno. Seja por motivos de irracionalidades futuras, e ainda que essas mesmas irracionalidades que integram a agenda política também sejam verificadas nos processos constituintes, fato é que há uma exigência do constitucionalismo para que o poder político seja compartilhado e, conseqüentemente, controlado. Desse modo, independentemente da denominação “pré-compromisso constitucional”, essa limitação ao poder político está no cerne do constitucionalismo, sejam daqueles que detém o poder ou daqueles para os quais o poder se destina. É a partir dessa premissa que buscamos mostrar que a teoria compromissória se aproxima de diferentes elementos que integram o constitucionalismo e aquilo mencionado como “mínimo irreduzível”.

Isso porque – e apesar da primeira versão da obra de Loewenstein não levar o nome de Teoria da Constituição⁶⁸ – é ali que ele desenvolve uma efetiva abordagem sobre o poder político, os sistemas políticos, os tipos de governo e, principalmente, a necessidade de estabelecimento de controles que organizam a dinâmica do poder entre aqueles que o detém e aqueles para os quais o poder é destinado (destinatários, segundo o próprio Loewenstein). E é justamente nesse estabelecimento de controles na dinâmica do poder político que o autor insere o fenômeno do constitucionalismo.

Com efeito, a obra de Loewenstein é marcada por diferentes aspectos sobre o poder político. Isso se dá, em primeiro lugar, por uma série de características que integram as diferentes manifestações do poder. Sim, “manifestações do poder político” porque desde as primeiras páginas é possível observar uma abordagem mais empírica que procura não estabelecer uma espécie de essência do poder, mas afirmar que ele só pode ser conhecido nas suas manifestações concretas. É assim que Loewenstein (1957, p. 3) compara o poder com a fé e amor: “o homem pode senti-los e experimentá-los e reconhecer o que fazem a ele e ao seu ambiente, mas o

⁶⁸ O texto “Teoria da Constituição” foi publicado originalmente em 1957 em língua inglesa com o título “Political Power and the Governmental Process”. Como se sabe, Loewenstein era natural da Alemanha, mas, devido a ascensão do regime nazista, teve de se exilar nos Estados Unidos da América em meados de 1933, onde teve a oportunidade de lecionar nas universidades de Yale e Massachusetts. Até por isso sua obra não levou a denominação de teoria da Constituição inicialmente, já que a tradição constitucionalista estadunidense sempre transitou no campo das ciências políticas – aliás, isso evidencia uma qualidade (questionável) da referida obra: a capacidade de se ajustar a duas realidades distintas. Desse modo, a titulação só veio a se aproximar de “Teoria da Constituição” quando a obra foi traduzida para o alemão (quando recebeu o título de “Verfassungslehre”) e posteriormente para o espanhol (“Teoría de la Constitución”). No entanto, a tradução ao espanhol se deu da tradução do alemão, ou seja, tradução da tradução. Desse modo, as referências aqui utilizadas oscilarão entre as respectivas versões em inglês e espanhol.

conhecimento de sua realidade interior lhe escapa. A dotação lógica do homem é insuficiente para penetrar nas suas essências.”⁶⁹

Outra característica inicial sobre a sua abordagem que também é passível de identificação a partir dessa comparação com a fé e amor, diz respeito a uma atribuição de sentido negativo ao poder. Conforme Loewenstein (1957, p. 3): “a história registra o que o amor e a fé contribuíram para a felicidade humana, enquanto o poder para a sua miséria.”⁷⁰ Essa constatação inicial já dá amostras de uma pretensão geral da obra: mostrar o porquê se controlar o poder. Não por um acaso o autor fala sobre o seu caráter demoníaco, sendo nesse momento um dos primeiros pontos em que verificamos um possível ponto de relação com a nossa interpretação atribuída a teoria compromissória. Pois, Loewenstein (1957, p. 8) fala em “fato psicológico básico”: “Há ampla evidência da natureza humana na política de que, a menos que seja contido e controlado, o poder se supera.”⁷¹ Isto é, onde o poder político não se encontra limitado e restringido, haverá excessos que podem se transformar em tiranias e despotismos arbitrários, porque poder incontrolado é sinônimo de patologia; é, por sua própria natureza, mal.

A propósito, isso marca uma terceira característica geral da abordagem de Loewenstein. Pois, ao destacar esse acento moral negativo do poder político ilimitado e em seguida apontar para a necessidade de seu controle, Loewenstein (1957, p. 9) reconhece o constitucionalismo – um conjunto acordado de regras fixas, vinculando os detentores do poder e os destinatários do poder da mesma forma – como o melhor meio para dominar e evitar o abuso de poder político. E isso, inevitavelmente, consiste em uma compreensão diferente da *soberania popular*. Com efeito, Loewenstein não minimiza ou rechaça as questões de legitimidade e a importância que a soberania popular tem para com uma democracia constitucional – aliás, é Loewenstein que insere o eleitorado como integrante da separação dos poderes, compreendida para além da tradicional tripartição (o que será abordado a seguir). Por soberania, Loewenstein entende a racionalização jurídica do fator poder; para ele, soberano é aquele que está legalmente autorizado para exercer o poder político. A questão é que, no constitucionalismo, aquele que está legalmente autorizado a exercer o poder político não pode ser resumido a uma única pessoa (instituição ou órgão); tampouco pode ser resumido ao Estado, de um modo geral. São

⁶⁹ Texto original em inglês: Man can feel and experience them and recognize what they do to him and his environment, but the cognition of their inner reality escapes him. His logical endowment is insufficient to penetrate into their essence.

⁷⁰ Texto original em inglês: History records what love and faith have contributed to human happiness, and power to human misery.

⁷¹ Texto original em inglês: There is ample evidence of human nature in politics that, unless contained and controlled, power overreaches itself.

diferentes detentores do poder político que o exercem de forma distribuída, controlada e limitada – esta é uma premissa daquilo que o autor chama de *constitucionalismo*.

Assim, pode-se afirmar que o conceito de soberania, em especial, o da doutrina da soberania capitaneado por Emmanuel Joseph Sieyès, necessita de uma ressignificação no Estado Constitucional⁷², na medida em que não há mais um soberano absoluto⁷³. Na verdade, o constitucionalismo – inclusive o de Loewenstein que aqui consideramos – faz com que não haja um poder soberano, nem mesmo de uma perspectiva de soberania popular das maiorias. O Constitucionalismo exige, sobretudo, uma estrutura organizada de compartilhamento de funções e controles recíprocos. Esse ponto, a título de exemplo, parece não ter sido muito bem compreendido por parte significativa da comunidade política brasileira, que ainda insiste na crença de que o Presidente da República, por ter sido eleito majoritariamente, estaria legitimado a realizar quaisquer atos que satisfaçam o interesse daqueles que acreditam ser o “povo”, como se à maioria tudo estivesse democraticamente autorizado⁷⁴.

Desse modo, apresentadas essas características centrais do pensamento de Loewenstein, isto é, *a*) o empirismo do poder (no sentido de que ele é melhor conhecido na sua manifestação concreta), *b*) o caráter “demoníaco” de um poder político incontrolado e *c*) a ressignificação do conceito de soberania, considera-se então a análise do poder político propriamente dito.

Seguindo essas características centrais, Loewenstein (1957, p. 6) não se preocupa em definir o poder essencialmente, de modo que apresenta uma conceituação básica⁷⁵: “[...] poder é uma relação sociopsicológica que opera reciprocamente entre aqueles que detêm e exercem o poder, aqui chamados de ‘detentores do poder’, e aqueles a quem ele é dirigido, referidos aqui como os ‘destinatários do poder’”.⁷⁶ E essa relação, por sua vez, exige um sistema político

⁷² Cf. COELHO (2020).

⁷³ Nesse sentido, Loewenstein (1957, p. 83) cita o exemplo do governo por assembleia, em que uma assembleia soberana, constituída por muitos membros e dominada por divergências e intrigas partidárias, é tecnicamente incapaz de realizar a ação concertada necessária para a decisão e execução de políticas. Na verdade, considera-se que regimes baseados nesse ideal de soberania absoluta do povo tendem a ser abusivos. A história da Revolução francesa é um exemplo disso: pois aquilo que nasce como expressão da soberania popular, torna-se depois um regime nocivo de brutalidade.

⁷⁴ Na verdade, esse pensamento também foi professado por aquele que venceu a eleição. Em fevereiro de 2017, Jair Messias Bolsonaro afirmou o seguinte: “Deus acima de tudo. Não tem essa historinha de Estado laico não. O Estado é cristão e a minoria que for contra que se mude. As minorias têm que se curvar para as maiorias”. Cf. ISTOE (2018).

⁷⁵ Essa conceituação tida como básica possibilita Loewenstein a considerar o poder como uma situação de fato que se verifica em qualquer tipo de relação humana. Contudo, no campo sociopolítico, o poder tem uma importância decisiva, pois, por política, Loewenstein entende-a como a “luta pelo poder”.

⁷⁶ Texto original em inglês: Power is a sociopsychological relationship operating reciprocally between those who hold and exercise power, here called the “power holders,” and those to whom it is directed, spoken of here as the “power addressees.”

cujo fim é dispor sobre as ideologias, instituições e técnicas que vão estruturar o exercício do poder de forma organizada. Em termos gerais, essa pode ser uma apresentação que Loewenstein faz do poder, sendo necessário apresentar os principais pontos dessa análise que interessam o presente trabalho.

O primeiro, e talvez mais importante deles, diz respeito ao que Loewenstein chama de sistemas políticos e como isso pode impactar nas relações de poder. Com efeito, sistemas políticos nada mais são que interações entre ideologias e instituições, sendo as primeiras um conjunto de pensamentos e crenças que explicam a ação humana na busca pela realização dos valores mais elevados que predominam em uma sociedade; e as segundas correspondem a todo o aparato estatal que objetiva efetivar as ideologias (governo, parlamento, tribunais, polícias, etc.). Ou seja, toda sociedade estatal vive sob uma ideologia política, sociopolítica, ética e religiosa que acabam refletindo em determinadas instituições cujo fim é realizar essas ideologias dominantes (LOEWENSTEIN, 1979, p. 31). Por exemplo, no sistema político do constitucionalismo democrático, predomina-se a ideologia de que deve haver garantias para que a vontade popular, por meio de eleições com sufrágio universal, seja manifestada e exercida.

Dessa interação entre ideologias e instituições que caracteriza os sistemas políticos, Loewenstein elenca alguns critérios que possibilitam a diferenciação entre eles. Na verdade, mais do que diferenciar, essa criteriologia mostra o núcleo de um sistema político: a distribuição ou concentração do exercício do poder, que implicará na existência ou não de controles aos seus detentores. Este é o ponto central que caracteriza um sistema político, isto é, se a execução das ideologias por meio de instituições está concentrada em um único detentor ou distribuídas em diferentes detentores independentes.

Desse critério principal, Loewenstein destaca ainda o como o poder é obtido (eleições livres ou por meio de uma legitimação dinástica); ao como esse poder é exercido ou as decisões são tomadas: se há um compartilhamento das funções ou não; e, por último, se há alguma espécie de controle do poder político. A partir dessa criteriologia, Loewenstein elenca os dois sistemas políticos contrapostos que guiará toda sua abordagem: 1) *policracia* ou constitucionalismo democrático, caracterizado pela distribuição do poder; e 2) *monocracia* ou autocracia, caracterizado pela concentração do poder.

Isso é de fundamental significância para o pensamento do autor, pois, quando ele apresenta os tipos de governo – que correspondem as diferentes conformações institucionais que cada sistema político pode ter – acaba especificando quais deles cabem em um constitucionalismo democrático (presidencialismo, parlamentarismo, democracia direta, etc.) e quais cabem em uma autocracia (regime autoritário e totalitário, monarquia absoluta, etc.). E o ponto

chave que merece destaque é que, considerando-se essa dicotomia constitucionalismo-autocracia, esse critério da distribuição do poder é suficiente para identificar os tipos de governo de cada país, uma vez que todas as formas de governo, tanto do passado como do presente, podem ser catalogadas em ambas categorias (LOEWENSTEIN, 1957)

Isso porque, para o autor, não basta classificar um país como monarquista, na medida em que essa classificação é insuficiente para compreender a dinâmica do poder no respectivo país. As monarquias atuais não se apoiam no antigo misticismo de um direito divino, visto que passaram por um processo de racionalização e democratização e hoje podem ser consideradas tão democráticas quanto as repúblicas democráticas. E quando se aproximam de ditaduras, não é porque se baseiam numa espécie de magia da realeza, como no passado; mas sim em tanques e fuzis das forças armadas (LOEWENSTEIN, 1979, p. 47).

Nesse sentido, Loewenstein rompe com as classificações tidas como tradicionais – o autor cita Aristóteles, Maquiavel, Montesquieu e Guglielmo Ferrero – porque as considera insuficientes para classificar os tipos de governo segundo a realidade política dos países. A título de exemplo, Loewenstein (1957, p. 26) afirma:

Segundo os padrões nominalistas da república e da monarquia, a Grã-Bretanha e a Arábia Saudita, por exemplo, estariam na mesma categoria, enquanto o Terceiro Reich republicano e os Estados Unidos republicanos teriam de ser classificados juntos. Em suma, as classificações tradicionais são totalmente inúteis hoje para avaliar os padrões de governo em termos das realidades do processo de poder pelo qual são operados.⁷⁷

Portanto, essa distinção entre os sistemas políticos assume especial relevância no pensamento de Loewenstein, pois é possível extrair dela a seguinte consideração: uma Teoria da Constituição necessariamente é uma Teoria do Estado Constitucional, ou seja, não há que se falar em constitucionalismo em um sistema político autocrático caracterizado pela concentração de poder, mas tão somente naquelas realidades em que o poder político está distribuído a vários detentores que o exercem de forma compartilhada e controlada⁷⁸. Nesse sentido, evidentemente, nossa análise recai especificamente sobre o sistema político do constitucionalismo.

⁷⁷ Texto original em inglês: By the nominalistic standards of republic and monarchy, Great Britain and Saudi Arabia, for example, would come under the same category, while the republican Third Reich and the republican United States would have to be bracketed together. In short, the traditional classifications are wholly useless today for the evaluation of patterns of government in terms of the realities of the power process by which they are operated.

⁷⁸ É importante registrar que, apesar de Loewenstein afirmar que essa dicotomia seja suficiente para enquadrar as diferentes formas de governo, tanto do passado como do presente, isso não significa que o constitucionalismo do tipo moderno sempre tenha existido. Mesmo que o autor chegue a apresentar um desenvolvimento histórico do constitucionalismo, verifica-se que este se dá em relação aos elementos que contribuíram para o constitucionalismo

Dentro desse paradigma, o primeiro ponto que chama a atenção na abordagem de Loewenstein é a *separação de poderes* para além daquela tripartição clássica, atribuída a Montesquieu, tão predominante na doutrina jurídica brasileira. Ainda que seja possível observar autores reforçando que a denominação adequada seja “separação de funções”, na verdade se trata de uma questão meramente semântica, porque mesmo separando “funções”, a doutrina continua a insistir que a separação de funções consiste em separar Legislativo, Executivo e Judiciário⁷⁹. Ocorre que, para Loewenstein (1957, p. 35), essa separação não só está obsoleta, como também superada e distante da realidade do século XX, na medida em que ela é baseada num pensar mecanicista e, conseqüentemente, insuficiente para captar uma das formas de governo que mais se verifica nos países constitucionalistas-democráticos: o parlamentarismo. Da mesma forma, ela é insuficiente até mesmo para catalogar a experiência constitucional brasileira, na medida em que o poder executivo tem diversas participações e funções no processo legislativo, tal como prevê os incisos III, IV, V e XXVI do artigo 84 da Constituição Federal.

Mas não é só: essa separação de poderes tida como “tradicional” não inclui os destinatários do poder (ou eleitorado) na separação das funções estatais. Com efeito, Loewenstein (1957, p. 36) reconhece que “[...] somente o constitucionalismo liberal identificou a liberdade individual com a ‘separação de poderes.’” Ou seja, o autor identifica que a separação de poderes serve de garantia as liberdades, o que não se verificava no constitucionalismo *antigo*; na verdade, Loewenstein afirma que esse constitucionalismo *antigo* entrava em conflito com a separação de poderes, já que nem na *pólis* grega, nem na república romana, reconheciam-se quaisquer direitos do indivíduo intangíveis e inacessíveis à autoridade estatal.

Diante disto, o autor oferece uma compreensão diferente da separação de poderes de modo a aproximá-la dos critérios relacionados a distribuição do poder político que são inerentes ao sistema político do constitucionalismo; uma análise que, segundo Loewenstein (1957, p. 42), esteja em sintonia com as realidades da sociedade de massas pluralistas do século XX. Oferece, então, uma “nova tripartição das funções estatais”: *policy determination* (ou decisão política), *policy execution* (execução de política) e *policy control* (controle de política)⁸⁰.

tal como visualizamos hoje, sem que seja necessário afirmar, por exemplo, que a Grécia vivia um pleno regime constitucionalista. Outro exemplo é aquele mencionado anteriormente sobre o porquê não consideramos adequada a menção “Carta Magna” à nossa Constituição, tal como se tornou tão habitual na comunidade jurídica brasileira. Ver nota 66.

⁷⁹ Na verdade, não só a doutrina se baseia nessa ideia, como também a Constituição Federal foi elaborada, em algum sentido, considerando-se esse pensamento. É o que se verifica no art. 2º que dispõe serem poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁸⁰ É importante registrar que a versão espanhola da obra traduziu *policy determination* como *decisión política fundamental*. Em termos conceituais, essa tradução pode não se mostrar incorreta; o grande problema é que *decisión política fundamental* nos remete a Carl Schmitt que, por sua vez, pode ser considerado um contraposto de Loewenstein.

Por *policy determination*, Loewenstein entende as principais tomadas de decisões políticas que a comunidade estatal é chamada a fazer. Trata-se de resoluções fundamentais que buscam resolver questões de governo imediatas, assim como são decisivas para o futuro. As constituições são compostas por diversas decisões políticas, sendo a principal delas, segundo o autor (1957, p. 43), a escolha pelo sistema político e a respectiva forma (ou padrão) de governo. Ademais, podemos visualizar aqui o que há de diferencial em Loewenstein. Isso porque, reconhece-se que a legislação é o principal instrumento para a realização dessa decisão, de modo que ela pode se iniciar tanto com o governo, quanto com o parlamento. Desse modo, aquilo que mais se aproximaria de um “Legislativo” na tradicional tripartição, comporta funções que estão para além do referido Poder. No caso brasileiro, por exemplo, pode-se mencionar a própria competência que tem o Presidente da República de iniciar um projeto de lei a fim de realizar uma *policy determination*.

Além disso (e talvez aqui se verifica um dos principais aspectos que diferenciam essa abordagem): ainda que esteja excluído do início da decisão política, Loewenstein insere o eleitorado nessa dinâmica, seja diretamente por meio de procedimentos de referendo e plebiscito (apelo ao povo), seja indiretamente por meio de eleições. E, mais uma vez, o exemplo brasileiro nos fornece um precioso exemplo: em 1993 foi realizado o plebiscito que deliberou sobre a escolha entre monarquia ou república e parlamentarismo ou presidencialismo. Ou seja, houve uma efetiva participação do eleitorado em uma resolução tida como fundamental nessa decisão política que compõe um dos tripés dessa separação de poderes, que, por sua vez, aproxima-se muito mais da realidade política brasileira que uma simples divisão entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

Já a *policy execution*, como o próprio nome induz, aproxima-se mais do Poder Executivo na sua estrutura administrativa e burocrática, já que consiste principalmente na execução das decisões políticas ou da legislação propriamente dita. No entanto, há aqui também um destaque que diferencia essa abordagem de Loewenstein: a consideração do Judiciário como participante dessa função, já que também executa as Leis de uma forma parecida, ainda que com técnicas diferentes da administração. Mas, por outro lado, isso não pode significar uma execução isolada dentro do contexto controlado do constitucionalismo; ao contrário: juízes, assim como os demais detentores do poder, possuem responsabilidade política, que, por sua vez, integra o centro do *policy control*.

Por controle político, finalmente, cabe o reconhecimento de Loewenstein (1957, p. 48) de que se trata do ponto crucial dessa nova tripartição. Isso porque, é ele que melhor

qualifica o sistema político do constitucionalismo⁸¹ ao reconhecer a indispensabilidade de se controlar (limitando-se e moderando-se) o poder político. Dentro dessa perspectiva, tem-se que o mecanismo mais eficaz de controle é a atribuição das diversas funções estatais a diferentes detentores do poder, já que possibilita que um respectivo detentor individual seja restringido e controlado por “freios e contrapesos”.

Essa distribuição se verifica quando dois detentores têm de cooperar no exercício de uma função; mais do que isso, o ato político realizado de uma determinada função só se torna válido quando os respectivos detentores participam de sua execução e consumação. A título de exemplo, pode-se mencionar o instituto do bicameralismo na criação da legislação, onde Câmara dos Deputados e Senado Federal devem participar na votação dos projetos de lei (art. 65 da Constituição Federal). Contudo, cabe uma advertência: a distribuição do poder a vários detentores é uma das técnicas possíveis, dentre outras, para controlar o poder político (a mais eficaz segundo Loewenstein)⁸².

Dessa forma, aponta-se para outra forma de controlar o poder político: controle autônomo. Essas técnicas de controle implicam na possibilidade que um detentor do poder tem de exercer a função de acordo com seu critério (discricionariedade) e independentemente dos outros detentores, a exemplo do veto presidencial e também do próprio controle de constitucionalidade. Ademais, vale lembrar que exercer uma função “a seu critério” significa transitar dentro das possibilidades que a Constituição oferece. Por isso, a responsabilidade política, conforme mencionado anteriormente, assume papel central no constitucionalismo, pois é a partir da ideia de que todos os detentores são politicamente responsáveis que se extrai o horizonte de possibilidades para que um detentor do poder possa ser responsabilizado perante outro detentor e, especialmente, perante o eleitorado. Processos de *impeachment* (incluindo o de ministros do STF no Brasil) e eleições livres com sufrágio universal são exemplos de responsabilização política em que é possível a retirada de um direito ao poder sem recorrer a violência. Portanto, de acordo com Loewenstein (1957, p. 52), “governo responsável é aquele em que o exercício do poder político é reciprocamente compartilhado e controlado mutuamente.”⁸³

⁸¹ Vale lembrar que, segundo Loewenstein, não há que se falar em efetivos controles nas autocracias.

⁸² Aliás, é justamente por isso que o autor procura diferenciar controle do poder político de compartilhamento de poder político. Pois, o primeiro é uma instância que qualifica o constitucionalismo e conseqüentemente essa nova “separação de poderes; enquanto o segundo é uma espécie do primeiro.

⁸³ Texto original em inglês: Responsible government is one in which the exercise of political power is reciprocally shared and mutually controlled.

Assim, de um modo geral, Loewenstein concebe o sistema político do constitucionalismo a partir dessas considerações: um sistema que surge sob a necessidade de controlar o poder político, a fim de evitar sua própria degeneração que, por sua vez, acontece sempre que esse poder não é controlado (caráter demoníaco). Nisso reside a ideia que tanto professamos neste trabalho acerca da previsão, em um documento formal e fixo, de limitações ao poder político, incluindo ao próprio eleitorado (visto que nesta noção de constitucionalismo oferecida por Loewenstein ele também é considerado um detentor do poder na “Separação de Poderes”).

Limitar e restringir o exercício do poder político não só é necessário como constitui o núcleo do constitucionalismo e, segundo Loewenstein, ele vem se mostrando como o melhor meio para dominar e evitar o abuso de poder. Nas palavras de Loewenstein (1957, p. 9): “A liberdade dos destinatários do poder só é possível se o exercício do poder político pelos detentores do poder for adequadamente controlado.” Dessa forma, estipulando em uma Constituição aquilo que anteriormente citamos como “mínimo irredutível de uma autêntica Constituição” – direitos fundamentais e um sistema de engrenagens que determinarão o exercício do poder e uma estrutura de controles (incluindo a distribuição) que o limitará horizontalmente e verticalmente – o constitucionalismo moderno se apresenta como essa árdua tarefa de garantir a liberdade dos destinatários do poder a partir de controles ao poder político.

É nesse sentido que, conforme citado anteriormente, é possível estabelecer não uma relação direta com a teoria compromissória, mas, sim, identificar pontos que se aproximam da mesma ideia: limitação do poder político. Veja-se que o *pré-compromisso* surge no horizonte de diferentes abordagens que procuram apresentar as disposições de uma Constituição como forma de limitar o poder político (principalmente das majorias flutuantes) e, conseqüentemente, possibilitar a governança democrática. Nisso reside também uma possível aproximação com o *pré-compromisso* possibilitador de que fala Holmes. Além de uma possível aproximação com Elster e aquilo que descrevemos como *pré-compromisso descritivo*. Embora tenhamos argumentado que de um ponto de vista *normativo* nossos interesses estariam melhores atendidos, não descartamos a contribuição que o “segundo” Elster possa ter. Veja-se, por exemplo, aquilo que o autor norueguês chama de restrições constitucionais *incidentais*: embora considere que maioria das restrições não necessariamente foram elaboradas na intenção de estabelecerem autolimitações constitucionais ou limitações as gerações futuras (*restrição essencial*), elas acabam limitando, de algum modo, o poder político e atingindo a finalidade de trazer algum benefício – a exemplo do bicameralismo citado por Elster.

A diferença reside na relevância atribuída as intenções dos constituintes: enquanto Elster aponta para as restrições *incidentais*, que hipoteticamente não seria projetado por

criadores passionais e ainda assim teria algum benefício limitador, nós apontamos para essas restrições como uma exigência do próprio constitucionalismo moderno; de controles ao poder político como forma de confrontar o poder absoluto daquele ou daqueles que detém o poder.

Isso não significa, por outro lado, que desvalorizamos o momento de elaboração de uma Constituição, como se os constituintes apenas fossem um instrumento de criação de disposições que reflitam a história do constitucionalismo. E quanto a este ponto, apoiamo-nos mais uma vez nos ensinamentos de Loewenstein, especialmente no que diz respeito a realidade política. Pois, ainda que haja elementos compartilhados do constitucionalismo moderno por diferentes Estados Constitucionais⁸⁴, esses elementos devem ser elaborados em consonância com a respectiva realidade política de um determinado país que se pretenda constitucional – não há uma receita constitucional pronta para todas as realidades políticas. Em outras palavras: deve haver um esforço para uma mútua acomodação dos interesses dos grupos que participam do ato de criação constitucional, a fim de que haja um equilíbrio aceitável para todos (LOEWENSTEIN, 1979, p. 163). É por isso que, seguindo esse pensamento, por mais bem elaborada que uma Constituição possa ser, ela representa apenas um compromisso entre as forças sociais que participaram de seu nascimento.

Nesse sentido, a fim de uma assimilação, pode-se citar diferentes dispositivos de pré-compromisso que se aproximam dos controles oferecidos pelo constitucionalismo de que fala Loewenstein. É o caso, por exemplo, das maiorias qualificadas para a alteração da Constituição. De um lado, Elster (2009, p. 198) afirma que a referida exigência fornece uma proteção a Constituição ante as maiorias eventuais, isto é, um regime que seja protegido; e de outro, Loewenstein (1979, p. 176) também alega uma proteção contra as maiorias parlamentares de moldarem a Constituição segundo seus interesses.

Na verdade, Loewenstein insere a discussão dentro daquilo que integra o núcleo do constitucionalismo: o controle político. Com efeito, distingue-se em controle horizontal e vertical; sendo o primeiro subdividido em *intraórgão* e *interórgão*. Por *intraórgão* o autor compreende o controle que é exercido dentro da organização de um detentor individual; enquanto o *interórgão* significa o controle que é exercido reciprocamente entre diferentes detentores do poder. Nesse sentido, para Loewenstein (1959, p. 176), a exigência de maioria

⁸⁴ Para tanto, ver o texto *Constitutional Transplants*. Cf. Horwitz (2009).

qualificada pode ser inserida como uma importante técnica de controle *intraórgão*⁸⁵, que limita as maiorias de praticarem uma tirania nua e crua sobre a minoria.

No caso brasileiro, a exigência de maioria qualificada para alteração da Constituição Federal está prevista no §2º do art. 60. Como exemplo recente de sua aplicação, pode-se citar a rejeição da proposta de emenda nº 135/2019 que objetivava incluir na Constituição a obrigatoriedade, na votação e apuração de eleições, plebiscitos e referendos, de expedição de cédulas físicas conferíveis pelo eleitor, a serem depositadas em urnas indevassáveis, para fins de auditoria. Com efeito, e sem entrar no mérito da questão, essa proposta surgiu após infundadas acusações de fraude ao sistema eleitoral e as instituições a ele relacionado, em uma clara tentativa do governo federal e de seus respectivos apoiadores de desqualificarem a atual forma de apuração das urnas eletrônicas.

Ou seja, independentemente dos prós e contras que essa mudança ofereceria, fato é que ela surgiu a partir de fundamentos que buscam atacar o sistema eleitoral e a instituição do Tribunal Superior Eleitoral, em um contexto político de diferentes ataques antidemocráticos a diferentes instituições, conforme citado nos tópicos anteriores. Como resultado, a proposta foi rejeitada; contudo, foi rejeitada não porque a maioria de votos a recusou (na verdade, a maioria aprovou), mas sim porque ela não atingiu o quórum de maioria qualificada⁸⁶, dando amostras de como essa exigência pode contribuir para a proteção democrática, pois, caso fosse suficiente uma mera maioria ocasional, a Constituição poderia ter sido alterada com base em informações inverídicas e ataques institucionais.⁸⁷

Outra disposição passível de assimilação diz respeito ao veto presidencial. No pensamento de Loewenstein, o veto integra uma espécie de controle *interórgão*, diante da possibilidade que tem o governo de exercer um controle sobre a deliberação legislativa do parlamento⁸⁸. Para Elster (2009, p. 176), o veto pode ser compreendido como uma solução para as maiorias passionais, bem como para os legisladores com interesses próprios, tendo em vista que possibilita um esfriamento dos ânimos dos legisladores. No Brasil, a Constituição adotou o veto “suspensivo”, isto é, o tipo de veto que permite a sua rejeição por parte do Parlamento; mas a

⁸⁵ Da mesma forma que o bicameralismo é considerado por Loewenstein como a principal técnica de controle *intraórgão* do Legislativo. Nesse sentido, também é possível fazer uma assimilação com Elster, na medida em que os argumentos sobre uma Câmara Alta que atua de forma mais prudente, conservadora (em termos institucionais), proporcionando mais seletividade e estabilidade, são verificados em ambos autores. Cf. nota 22.

⁸⁶ Foram 229 votos a favor e 218 contrários; 308 eram necessários para aprovação da medida. Ver: G1, 2021.

⁸⁷ Evidentemente que esse exemplo não se trata de uma afronta direta da maioria sobre as minorias (especialmente as vulneráveis).

⁸⁸ Vale lembrar que o veto não é a única forma de que o governo tem de exercer algum tipo de controle sobre o parlamento. No Brasil, pode-se mencionar também a participação que o governo tem para com a composição do parlamento, na medida em que pode nomear parte de seus membros para compor os diferentes “braços” do governo. Trata-se de uma forma de, ao mesmo tempo, conseguir apoio e estabelecer um controle recíproco.

condicionou a uma deliberação em sessão conjunta de maioria qualificada do Congresso – em termos similares ao veto estadunidense.

Um último exemplo que também ilustra essa assimilação aqui pretendida, e que, nos quadros da classificação de Loewenstein ainda não foi mencionado, diz respeito ao controle vertical – as interações que ocorrem entre aqueles que detém o poder e a sociedade como um todo. Desse modelo de controle mencionaremos aquele que mais se aproxima do presente trabalho: os direitos fundamentais como limitação aos detentores do poder, incluindo o próprio eleitorado. Isso porque, é um dos principais tipos de controle que coloca em debate a questão das disposições constitucionais que não podem ser alcançadas nem mesmo pelas maiorias populares⁸⁹. Com efeito, em termos constitucionais, os direitos fundamentais são invioláveis e integram um espaço de autodeterminação individual que o exercício do poder político não pode alcançar. É por isso que, para o constitucionalismo moderno, esses direitos integram o núcleo do controle político. E um exemplo que ilustra bem essa dinâmica – além daqueles que foram mencionados introdutoriamente – corresponde ao que foi decidido na ação direta de inconstitucionalidade nº 6341.

Na verdade, trata-se de um exemplo peculiar porque envolve não só o controle dos direitos fundamentais, mas também do federalismo e do próprio controle de constitucionalidade. Pois, na referida ação, o STF foi provocado a decidir sobre a constitucionalidade da Medida Provisória nº 926 que alterou algumas regulações da Lei nº 13.979/2020 que versa sobre a gestão e combate da pandemia da COVID-19. A questão recaía sobre a hipótese de que, com a referida medida provisória, o Presidente da República teria concentrado em sua figura a competência da execução das medidas restritivas de combate aos impactos sanitários da doença pandêmica, em um possível confronto ao artigo 23, inciso II, da Constituição Federal (competência administrativa comum).

Trata-se, como é possível observar, de um caso que não envolve maiores complexidades, embora as decisões a ele referente e as respectivas repercussões sociais e midiáticas tenham o tornado em um *hard case* (ou, como costuma mencionar Lenio Streck: *tragic case*)⁹⁰. Ao que interessa o presente trabalho, pode-se dizer o seguinte: o caso envolve um direito

⁸⁹ Até o presente momento, muito se falou sobre maiorias: populares, parlamentares, democráticas, das futuras gerações, etc. Nesse sentido, a fim de delimitar essa questão que integrará as páginas seguintes, registra-se que nossa menção às maiorias implica na identificação das maiorias populares supondo que seus interesses e vontades sejam transmitidos aos representantes eleitos, ou que essas maiorias sejam identificadas a partir da manifestação que ocorre nos processos eleitorais. Pois, como se sabe, em uma democracia indireta/representativa, é impossível mensurar as vontades majoritárias da população diretamente.

⁹⁰ Sobre uma abordagem devidamente aprofundada e que detalha as peculiaridades do caso, ver: TOMAZ DE OLIVEIRA; TRINDADE (2020).

coletivo tido como fundamental (direito à saúde); também envolve a outra espécie de controle vertical: federalismo, que no caso corresponde a competência administrativa comum dos entes federados de exercerem uma atuação em conjunto no enfrentamento da pandemia; uma medida provisória elaborada por um governo eleito por maioria absoluta e que contou com forte apoio popular nos desdobramentos que a demanda gerou; e, por fim, o caso envolveu o Supremo Tribunal Federal que teve de controlar o conflito entre a legislação elaborada pelo Congresso e a medida provisória editada pelo Presidente.

Nesse sentido, como resultado, o Supremo julgou procedente a demanda em razão da incompatibilidade de alguns dos dispositivos da medida provisória para com o artigo 23 da Constituição, isto é, a incompatibilidade de alguns dispositivos com a administração comum da pandemia, já que havia ali diferentes pontos com a irregular concentração de poder na figura do presidente, sem que as administrações locais (Estados e Municípios) pudessem determinar os rumos das políticas sanitárias em conformidade com as necessidades locais. Assim, como é possível observar, o exemplo é ilustrativo porque mostra a aplicação, por meio de um tribunal (controle constitucionalidade), de um direito fundamental coletivo (direito à saúde refletido nas determinações sanitárias), a partir da distribuição das competências comuns (federalismo), contra um governo eleito majoritariamente.

Portanto, é diante desses exemplos que se torna possível visualizar uma aproximação entre o pré-compromisso constitucional e o próprio constitucionalismo. É por isso que atribuímos ênfase para o argumento amplamente questionado – inclusive pelo próprio Elster – que coloca em dúvida a possibilidade de se trabalhar dentro de uma ótica compromissória. Conforme foi possível demonstrar, trabalhar a partir dessa dinâmica nada mais é que trabalhar com o próprio constitucionalismo democrático. Dispositivos de atraso, maiorias qualificadas, petrificação de direitos (e os próprios direitos) e determinadas engrenagens que estabelecem controles ao poder político integram a noção de constitucionalismo moderno que, por sua vez, colide com qualquer manifestação de poder que se pretenda absoluta e abusiva.

Claro que consideramos amplamente válidas quaisquer eventuais revisitações aos processos de criação de uma Constituição, incluindo a Constituição brasileira. Ademais, isso não significa que ao momento fundacional deva ser atribuído um sentido original que seja capaz de cobrir os séculos, como se as manifestações ali expressadas fossem o ponto de chegada e partida para as presentes e futuras interpretações sobre os dispositivos de controle do poder, por exemplo – isto está desenvolvido no capítulo final do presente trabalho.

Em outros termos: as intenções e passionalidades presentes nos Constituintes de 1988, por exemplo, não necessariamente devam integrar os sentidos que nós, a comunidade

política atual, atribuímos as disposições da Constituição. Daí que não consideramos tão problemática a constatação de diversos/as autores/as que as mesmas passionalidades que integram a agenda política cotidiana também estavam presentes durante a elaboração de uma Constituição. Possivelmente sim. A propósito, conforme já mencionamos, é condição de possibilidade para uma nova assembleia constituinte que haja uma ruptura institucional grave com diferentes consequências. Ou seja, realmente a elaboração de uma Constituição é marcada muitas vezes, conforme coloca Issacharoff, sob as cinzas de um regime autoritário, de modo que diferentes passionalidades e outras questões sociopolíticas também podem impactar diretamente o processo constituinte.

Desse modo, destacamos o seguinte ponto relacionado ao constitucionalismo e a sua tradição com determinadas exigências. Em termos de uma hermenêutica filosófica *gadameriana*, pode-se afirmar que não há como escapar da história; pois, seja para romper com a tradição, seja para conservá-la, ela nos determina e nos atinge de modo espontâneo. E a história nos impactou de tal forma a mostrar que, no contexto brasileiro, a outorga e a garantia de direitos dependem de uma Constituição que os estabeleça controlando o exercício do poder político. Daí que, se imaginarmos a Constituição brasileira sem as cláusulas pétreas, prevendo e protegendo os direitos fundamentais das maiorias eventuais, poderíamos ainda chamá-la de uma autêntica Constituição? Ao fazer uma “nova”, tiraríamos aquilo que é tido como essencial – ou o mínimo irreduzível, nas palavras de Loewenstein – e colocaríamos o que no lugar?

Claro que se tratam de questionamentos provocativos e hipotéticos, visto que, no mundo contemporâneo, dificilmente se consegue apontar para realidades políticas que não se organizam por meio de uma Constituição. Na verdade, Loewenstein aponta para um universalismo das constituições escritas, na medida em que até mesmo os regimes autocráticos se camuflam e se pretendem portadores de uma Constituição. É por isso que, segundo Loewenstein (1957, p. 31), faz-se necessária uma análise empírica da realidade política de um determinado país, pois, para se apresentar de uma forma respeitosa perante o mundo e até mesmo para os próprios súditos, um regime autoritário acaba se curvando à ideologia universalmente aceita da soberania popular e das constituições escritas, por meio de empréstimos de arranjos institucionais a fim de se camuflar como um sistema político constitucional-democrático.

Mesmo nesses casos, as respectivas constituições dessas realidades autocráticas não deixaram de prever algumas engrenagens que se qualificam como constitucionalista (mesmo que, na situação concreta, elas sejam distorcidas na mão dos detentores) – é por isso que, até mesmo hipoteticamente, é difícil supor que constituintes passionais estabeleçam disposições destoantes do sistema político do constitucionalismo.

Não por um acaso a classificação das constituições oferecidas por Loewenstein assume relevância em sua obra. Para o autor, uma nova classificação se faz necessária na medida em que as classificações *standard*⁹¹ – que ele denomina como obsoletas – são insuficientes justamente por essa principal questão de se mostrar de uma forma, mas se concretizar de outra. A título de exemplo, pode-se citar uma classificação que, embora não seja professada por Loewenstein, é muito comum na doutrina brasileira e também se mostra insuficiente.

Trata-se da Constituição em *sentido formal e material*, em que uma Constituição pode perfeitamente conter as exigências formais – documento escrito elaborado após um processo constituinte – sem executar seu sentido material ou essencial. Nesse sentido, Loewenstein fala em classificação ontológica como forma de analisar não as essências das constituições, mas sim analisar a relação que o texto das constituições tem para com a respectiva realidade do processo de poder; uma análise concreta que se subdivide em Constituição *normativa*⁹², *nominal*⁹³ e *semântica*⁹⁴.

Desse modo, seja como for, é possível concluir que, a partir dessa proposta de Loewenstein, o texto constitucional não o único parâmetro para a verificação constitucional de uma realidade política. Ao que nos interessa, podemos interpretar isso da seguinte maneira: questionar as disposições de uma Constituição com base nas passionalidades de um processo constituinte não é suficiente para afastar o significado que elas efetivamente representam. Isso porque, elas cumprem uma exigência do constitucionalismo que está para além daquilo que os seus criadores pretendiam; tanto é que, até mesmo em realidades autocráticas essas exigências podem ser facilmente verificadas no texto constitucional, mesmo que a prática política se distancie desse texto.

⁹¹ Por essas classificações, Loewenstein (1957, p. 136) cita: 1) constituição escrita e não escrita; 2) constituição rígida e flexível; 3) constituições que se classificam de acordo com o padrão de governo adotado (parlamentarista ou presidencialista); 4) organização estatal federal e organização estatal unitária.

⁹² Corresponde as Constituições que, ou dominam o processo político, ou a dinâmica do poder se realiza a partir da Constituição. Isto é, tratam-se das Constituições que são devidamente observadas, colocando-se as relações de poder sob seu controle – são identificadas, na maior parte das vezes, nos países ocidentais com larga tradição de governos constitucionais.

⁹³ Por sua vez, implica numa Constituição válida que, em algumas partes, carece de verificação na realidade política. Isso se dá, segundo Loewenstein, não porque o texto da Constituição está mal redigido, mas sim porque essa a realidade política não está pronta para a completa integração de algumas normas constitucionais; o que, em algum momento futuro, poderá acontecer. Nesse sentido, o principal objetivo da Constituição normativa é educacional: tornar determinada realidade política adequada a normatividade constitucional. As Constituições nominais são melhores identificadas também em Estados ocidentais, mas que não tiveram um preparo “espiritual” ou político para aquele novo paradigma de controle político.

⁹⁴ Significa uma instrumentalidade que objetiva camuflar uma realidade política não constitucional, mantendo a configuração do poder congelada no domínio de um detentor, seja ele um indivíduo ditador, um partido ou uma assembleia – a exemplo dos países soviéticos fundados na concepção stalinista: governo por assembleia dominado pelos comunistas, cujo controle era exercido de forma absoluta por Stalin. Com efeito, trata-se do tipo de Constituição em que o processo de poder de uma determinada realidade mais se distancia do texto constitucional.

Assim, compreende-se possível, agora, afirmar que trabalhamos sob a ótica de um *constitucionalismo produtivo*, nos termos apresentados por Stephen Holmes; um constitucionalismo que centraliza a questão da limitação do poder a partir de disposições que restringem aquilo que as maiorias democráticas podem fazer.

2.4.3 A validade pré-compromissória e o não enfrentamento da crítica *democrática*

Do que foi exposto até o presente momento, pode-se concluir pela possibilidade de se trabalhar em uma lógica pré-compromissória, especificamente porque ainda se verifica em muitas democracias constitucionais os motivos que levam a sua construção, bem como porque a ideia de limitações constitucionais autoimpostas está para além dos interesses e paixões integrantes as assembleias constituintes. Com efeito, esses dois tópicos abordados anteriormente objetivaram enfrentar essas duas objeções levantadas contra a teoria compromissória como forma de mostrar a sua proximidade ao Constitucionalismo.

Nesse sentido, para este primeiro momento, nossa resposta se aproxima da abordagem oferecida por Stephen Holmes: a existência de um marco constitucional (temporal) vinculando gerações posteriores e, conseqüentemente, projetando e possibilitando a democracia. Isso porque, é esse compromisso prévio para com a Constituição que possibilita assumirmos os demais compromissos democráticos e estabelecer novos compromissos para o futuro. Desse modo, o problema do *paradoxo intergeracional* perde forças na medida em que o pré-compromisso se mostra como condição de possibilidade para a democracia; é aquilo que o próprio Holmes chamou de divisão intergeracional de trabalho: é por meio dos compromissos estabelecidos pela constituinte em 1988 que a geração atual e futuras terão a possibilidade de se manterem como democracia e estabelecer novos compromissos.

Ademais, embora se compreenda possível argumentar em favor do pré-compromisso constitucional, conforme feito nas últimas subseções, tal reconhecimento não afasta a incompletude que tal abordagem tem para com o problema do *paradoxo intergeracional*. Isso porque, além dessas críticas voltadas para seus motivos e ao aspecto de sua criação, também houve a crítica direcionada para a democraticidade da referida teoria, conforme expusemos sobre a interpretação de Jeremy Waldron. Ou seja, uma das principais críticas ao pré-compromisso constitucional é sustentada exatamente naquilo para o qual ele foi projetado a proporcionar: a democracia.

Conforme expõe Roberto Gargarella (2015, p. 1999), os defensores do autogoverno não se opõem à possibilidade de uma comunidade impor limites a si mesma, mas sim exigir que os limites autoimpostos permaneçam firmes contra as gerações futuras; “isso é o que os democratas rejeitam e o que o exemplo de Ulisses não consegue provar”. Embora seja uma conduta racional, afirma Gargarella, ele não avança naquilo que mais interessa os constitucionalistas: a justificativa de uma comunidade para impor suas normas a outras comunidades.

Nesse sentido, como se pode perceber, o pré-compromisso pode ser considerado um tema controvertido do *paradoxo intergeracional*, na medida em que é possível observar uma possível tensão entre a limitação criada no passado e a deliberação política futura. Nesses termos, ainda que uma limitação constitucional seja amplamente justificada – como a proibição de tortura no contexto brasileiro pós regime civil-militar – ela poderia ser questionada quanto a sua legitimidade atual⁹⁵. Não que os críticos do pré-compromisso sejam favoráveis à tortura; o ponto é: se um povo votou para experimentar uma ditadura, os princípios democráticos podem dar razões para que a ditadura seja experimentada, sem que isso signifique que a ditadura seja democrática (WALDRON, 1999, p. 255)⁹⁶.

Assim, pode-se rememorar aquele questionamento tão presente nas abordagens estado-unidenses (especialmente do século passado) sobre o constitucionalismo: as limitações constitucionais são democráticas? Por exemplo:

Minha pergunta, portanto, é esta: por que devemos sentir-nos comprometidos, hoje em dia, com um documento produzido há mais de dois séculos por um grupo de 55 homens mortais, efetivamente assinado por apenas 39 deles, um bom número dos quais consistia em escravocratas, e que foi adotado em apenas 13 estados, pelos votos de menos de 2 mil homens, todos os quais já morreram há muito tempo e foram majoritariamente esquecidos? (DAHL, 2015, p. 10)

Obviamente que há inúmeras divergências entre o contexto constitucional estadunidense e o brasileiro não só pela distância temporal que a Constituição daquele país foi elaborada, mas também (e, talvez, principalmente) pelo momento histórico em que as respectivas constituições foram criadas – vale lembrar que a Constituição brasileira é marcada por diferentes elementos do constitucionalismo pós-guerra. Mesmo assim, dentro dessa análise

⁹⁵ Embora possa parecer algo distante da realidade, lembremos que o atual Presidente da República foi eleito pouco mais de dois anos depois de homenagear um torturador do regime civil-militar em plenário da Câmara dos Deputados Federais durante a votação da abertura do processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff. Trata-se apenas de uma exemplificação do como uma limitação constitucional

⁹⁶ Trata-se da distinção que Waldron faz entre *soberania popular* e democracia. Para o autor, o princípio da soberania, externado em uma decisão coletiva que seja popular e majoritária, pode, inclusive, decidir por escolhas não democráticas.

geracional que aqui se faz, o exemplo estadunidense pode ser aproveitado no que diz respeito ao dissenso ou rejeição da geração futura para com alguma limitação constitucional, pois coloca em confronto essas limitações com diversas questões democráticas.

Ademais, não se trata de qualquer dissenso ou rejeição futuro. Com efeito, há um forte componente majoritário nessa abordagem democrática que rejeita o pré-compromisso. Conforme Oscar Vilhena Vieira (VIEIRA, 1997, p. 55) aponta: “Esta possibilidade de auto-limitação e de restrição da vontade majoritária das gerações futuras é, no entanto, muito problemática se vista da perspectiva da teoria democrática, mais especificamente das teorias democráticas procedimentais ou majoritárias.” E nisso reside uma de nossas principais preocupações investigatórias, na medida em que é justamente essa característica majoritária que integra aquilo que mencionamos como “crise do Estado Constitucional brasileiro”

Nesse sentido, há diversas abordagens que reconhecem essa possível tensão entre a legitimidade das disposições limitadoras de uma Constituição frente as vontades majoritárias – ou, especificamente naquilo que nos interessa, a dificuldade conciliatória entre o pré-compromisso e o autogoverno. No contexto estadunidense, a discussão é antiga e remonta ao menos ao Século XVIII, especificamente quando da criação da respectiva Constituição. Inclusive, é desse país que se pode elencar algumas das principais abordagens referentes ao assunto: há quem defenda se tratar de uma relação conflituosa e passível de conciliação; da mesma forma que há quem entenda não haver qualquer possibilidade conciliatória; assim como também há aqueles que não visualizam qualquer tensão entre democracia e constitucionalismo.

Jeremy Waldron, por exemplo, pode ser enquadrado dentro dessa perspectiva que visualiza uma tensão passível de reconciliação. As discordâncias, especialmente as que envolvam direitos constitucionais, cujo conteúdo é socialmente controvertido, devem ser enfrentadas a partir da deliberação democrática, elencando-se a técnica majoritária como forma de sua solução. Daniel Innerarity (2019, p. 189), por outro lado, afirma que nem todos os limites impostos às maiorias parlamentares são incompatíveis com os valores da democracia, mas ressalta que delegar o direito de decisão a órgãos independentes para “mitigar o poder do presente imediato” não deve ser feito de forma leviana; na verdade, deve ser feito de forma limitada, pois declinar o controle democrático direto requer fortes justificativas.

Isso, contudo, não integrou plenamente a atenção de Elster que, a título de exemplo, ao abordar sobre um possível conflito entre o pré-compromisso passado e os interesses majoritários de uma democracia presente⁹⁷, justifica a manutenção do primeiro com base no

⁹⁷ Isso ocorre quando os agentes que exercem o pré-compromisso estão isolados do controle democrático e suas decisões vão em sentido contrário às preferências arraigadas de uma ampla maioria.

argumento de eficiência – a exemplo de um tribunal que faz prevalecer em suas decisões os direitos fundamentais de uma minoria (ELSTER, 2009, p. 210). No entanto, o que se pode perceber da referida passagem é uma justificativa insuficiente para com o aspecto democrática do *paradoxo intergeracional*, porque não explica como as futuras gerações estariam legitimamente vinculadas.

Stephen Holmes, por sua vez, mesmo apresentando uma leitura constitucional das limitações constitucionais frente ao problema do “paradoxo”, não apresentou outros argumentos que estariam para além do caráter “produtivo” do constitucionalismo defendido. Conforme Cristina Foroni Consani (2013, p. 97) menciona, tanto Madison quanto Holmes, mesmo reconhecendo nos cidadãos faculdades morais que os capacitam ao compartilhamento dos princípios políticos, fiam-se mais nas instituições políticas do que no povo como forma de efetuar o controle político, especialmente nas cortes constitucionais. Não que isso seja um problema, pois, na verdade, é característica inerente a ideia de constitucionalismo compartilhado pelo autor. O ponto que destaca Consani – e que não nos distanciamos – é que há uma insuficiência de alguns aspectos relacionados a democracia que integram a abordagem de Holmes, tais como a autonomia coletiva e a participação popular⁹⁸.

Melhor dizendo: conforme apresentamos sobre Waldron, existe um argumento que coloca determinadas objeções ao pré-compromisso dentro de uma série de controvérsias tidas como *democráticas*. Por exemplo: suponha que, de forma democrática, uma maioria política no futuro entre em conflito com o teor de um compromisso constitucional e se vê impossibilitada de deliberar nesse sentido almejado, em decorrência da petrificação desse compromisso. Não se considera descartado o argumento de Holmes sobre um constitucionalismo produtivo/possibilitador; mas, por outro lado, entende-se que, por si só, ele não é suficiente para enfrentar essas objeções.

Na verdade, a grande questão é que, vista numa perspectiva democrática majoritária/procedimental, essas disposições de pré-compromisso, inclusive aquelas que limitam o poder daqueles que representam o eleitorado e também o poder do próprio eleitorado que não participou no processo constituinte (geração futura), podem apresentar um aparente conflito. Assim, em que pese a construção de fortes argumentos em defesa ao pré-compromisso, compreendemos que tais argumentos devem ser projetados num horizonte de discussão em que as objeções democráticas entrem em jogo.

⁹⁸ Trata-se de colocações pertinentes aos propósitos do presente trabalho. Isso porque, ainda que por motivos diferentes, considera-se aqui também a abordagem de Holmes como democraticamente insuficiente.

É por este motivo que elencamos a seguir o problema da democraticidade das disposições limitadoras de uma Constituição que, apesar de constituírem um ponto essencial das Constituições, podem ser amplamente questionadas sob essa perspectiva de restringirem as vontades majoritárias e o ideal de *autogoverno* – que o povo governe a si mesmo.

3. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO PARA ALÉM DOS NÚMEROS

Tendo em vista que o pré-compromisso pode ser considerado um tema controverso dentro do pensamento democrático-majoritário, julgamos necessária uma investigação que procure estabelecer considerações sobre esse modelo de democracia e a construção de um argumento que não se limite a “produtividade” do constitucionalismo moderno. Em outras palavras: para uma justificativa mais adequada do pré-compromisso, compreende-se necessária apresentar uma concepção de democracia que conceba as disposições limitadoras de uma Constituição para além das possibilidades que elas geram em relação a democracia; e isso, no presente trabalho, passa por uma compreensão do elemento limitador frente ao autogoverno democrático.

Conforme apresentamos no último capítulo, dentro do pensamento constitucional, há diferentes formas de abordar a relação entre constitucionalismo e democracia e os seus variados desdobramentos que englobam também a relação entre as disposições constitucionais e as vontades majoritárias. Ademais, no intuito de investigar uma concepção democrática que respalde nossos objetivos, elencamos a abordagem de Ronald Dworkin acerca da democraticidade das disposições limitadoras – ou, nas palavras do autor, *incapacitadoras* – como forma de enfrentar essa concepção majoritária que conflita com o pré-compromisso.

Isso porque, dentro dessa relação entre o constitucionalismo e democracia, o pensamento *dworkiano* não visualiza uma tensão irreconciliável entre ambos ideais. Na verdade, há no autor estadunidense uma tentativa de equilibrar o foco da atenção, isto é, não só analisar o constitucionalismo e aquilo que dispõe uma Constituição, mas também a própria noção de democracia. Por exemplo, naquele constitucionalismo produtivo de que trata Stephen Holmes é possível verificar ali um enfoque maior na questão do constitucionalismo e sua justificativa a partir das possibilidades geradas pela limitação constitucional às majorias eventuais. Dworkin, por sua vez, não descarta a importância no desenvolvimento das questões; mas, reconhece que um enfrentamento em torno da concepção de democracia também se faz necessário.

Nesse sentido, Dworkin (1990, 330) parte do pressuposto de que a existência ou não de uma tensão entre ambos ideais dependerá também da concepção de democracia adotada – aqui Dworkin já está distinguindo entre a concepção por ele adotada e a concepção majoritária por ele criticada, e é por isso que chama a atenção para a importância dessa distinção, pois elas traçam linhas bem diferentes para a compreensão das disposições constitucionais. Assim, Dworkin procura apresentar uma concepção que se alinhe de forma não conflituosa às disposições limitadoras de uma Constituição – da mesma forma que Stephen Holmes propõe uma

interpretação do pré-compromisso constitucional que se pretenda harmoniosa no que tange a essa suposta tensão⁹⁹.

Com efeito, Dworkin afirma não ser os Estados Unidos da América um exemplo de supremacia majoritária, tendo em vista as diversas limitações às maiorias que se verificam na Constituição daquele país¹⁰⁰. Essas disposições que limitam a democracia, Dworkin (1990, p. 326) apresenta da seguinte maneira: para ele, a maioria das Constituições escritas possuem disposições estruturais e incapacitantes. As estruturais constroem e definem poderes, instrumentos e agências do governo, reforçando a democracia no sentido de que uma maioria contemporânea não altere a Constituição sempre que desejar se consolidar no poder e impedir diferentes maiorias no futuro, ou seja, elas possibilitam a democracia.

Já as disposições incapacitantes são diferentes, pois estabelecem limites diretos ao poder da maioria. A grande questão é que dentre essas disposições incapacitantes, há aquelas que podem ser *específicas*, como a regra que exige um júri no caso de julgamentos dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “d” da Constituição Federal), ou a regra que proíbe pena de caráter perpétuo (art. 5º, inciso XLVII, alínea “b” da Constituição Federal). Porém, outras limitações assumem a forma daquilo que Dworkin (2019, p. 10) chama de “padrões vagos” ou cláusulas estabelecidas numa linguagem moral excessivamente abstrata¹⁰¹. Essas disposições são as responsáveis por grande parte dos dissensos sociais que surgem no momento em que a sociedade e, principalmente, os tribunais as interpretam.

Nesse sentido, evidentemente, há aqui uma preocupação com a questão democrática do poder atribuído ao Judiciário para sanar as divergências. Contudo, nossa preocupação se dá

⁹⁹ Conforme afirma Stephen Holmes (1999, p. 219): “La existencia de una “tensión” irreconciliable entre constitucionalismo y democracia es uno de los mitos centrales del pensamiento político moderno. Al ponerlo en entredicho, no intento negar hechos bien conocidos; antes bien, al dudar de una suposición ampliamente compartida, es decir, al atender a la sugerencia (en cierto sentido obvia) de que constitucionalismo y democracia se apoyan mutuamente, espero aclarar algunas dimensiones descuidadas de la teoría democrática y constitucional”.

¹⁰⁰ Embora o autor mencione a Constituição dos Estados Unidos da América, a característica ali mencionada não diz respeito a uma exclusividade daquele país, mas sim do próprio Constitucionalismo. Inclusive, no contexto de democracias frágeis, Issacharoff (2015, p. 13) também menciona o constitucionalismo como um fenômeno que surge como um poder definidor central nessas sociedades - frágeis - por causa das limitações que impõe à escolha democrática.

¹⁰¹ Aqui há um ponto em que se deve tomar cuidado e que é muito bem lembrado por Ziel Ferreira Lopes a respeito das adaptações necessárias que a teoria *dworkiana* deve ter no Brasil. Trata-se do texto constitucional, pois, como se sabe, a Constituição brasileira foi produzida durante um momento de democratização e que contou com uma participação considerável de vários movimentos políticos e sociais, de modo que o conteúdo textual é bem mais detalhado que aquela Constituição estadunidense (Cf. FERREIRA LOPES, 2021, p. 446). Mesmo assim, é importante lembrar que isso não afasta a necessidade de interpretação e atribuição de sentido por parte dos intérpretes, conforme será analisado no capítulo final.

com uma questão anterior¹⁰²: o Judiciário só possui tal atribuição porque há uma Constituição possibilitando isso, da mesma forma que essa mesma Constituição estabelece diferentes arranjos que também estabelecem limites ao poder majoritário. Portanto, a questão aqui é como compreender a democracia ao mesmo tempo que visualizamos elementos constitucionais (legítimos) para a sua própria contenção, especialmente das maiorias – é o que Dworkin denomina como *problema democrático*.

No contexto estadunidense, muitas dessas disposições constitucionais tidas como *abstratas* foram acusadas de antidemocráticas em decorrência das limitações ao poder majoritário – majoritarismo esse possibilitado justamente pelas disposições estruturantes da democracia. No Brasil, em que pese as inúmeras diferenças sociopolíticas e históricas, podemos traçar uma similaridade no que diz respeito aos ataques que os direitos fundamentais e outras disposições constitucionais recentemente sofreram. E isso se intensifica – ou torna-se mais agudo, conforme Vieira (1997, p. 56) – na medida em que a petrificação absoluta dessas “cláusulas” impossibilita qualquer tipo de abolimento ou esvaziamento desses direitos; nem mesmo pelas maiorias qualificadas que, em tese, trazem maior legitimidade as mudanças constitucionais.

Dessa forma, compreende-se necessária a adoção de uma concepção de democracia que se coaduna com uma variedade de disposições da Constituição que limitam as maiorias (ou, nas palavras de Dworkin, as *incapacitam*). Obviamente que isto não significa uma reconstrução do pensamento integral de Dworkin¹⁰³; pretende-se o empréstimo de sua concepção democrática não somente como forma de justificação para tais disposições, mas também para mostrar a inexistência de contrariedades entre a democracia e os diferentes arranjos de controle político (limitações) que permeiam nosso constitucionalismo brasileiro¹⁰⁴. E isto é melhor visualizado a partir do contraste realizado pelo autor em relação à democracia majoritária.

¹⁰² No mesmo sentido, Jed Rubenfeld (2001, p.168) alega que a chamada *dificuldade contramajoritária* está para além da função jurisdicional de “frustrar” a vontade majoritária dos representantes do povo. Na verdade, afirma o autor, a dificuldade é que a própria lei constitucional é projetada para “frustrar” os resultados da política representativa e majoritária; o problema em conciliar o constitucionalismo escrito com os princípios do autogoverno.

¹⁰³ Sobre o assunto, ver ZIEL (2020) e MOTTA (2018).

¹⁰⁴ A referência a Dworkin neste trabalho seguirá o desenvolvimento teórico realizado especialmente nas seguintes obras: 1) *Equality, Democracy and Constitution: we the people in court*; 2) *Democracy is possible here?*; e 3) *Justice for hedgehogs*.

3.1 A premissa majoritária na perspectiva *dworkiana*

Popularmente, democracia é entendida como governo da maioria. Mas no que consiste essa ideia? Será que podemos nos basear nela em se tratando de democracia no Brasil? Em termos de doutrina constitucional, isso não aparece diretamente, como se houvesse diferentes autores e autoras professando um majoritarismo político contrário à Constituição. No entanto, conforme mencionado nas notas introdutórias, há um imaginário social de que a atuação estatal deve especial observância aos anseios das eventuais maiorias que se formam na sociedade brasileira.

No âmbito institucional dos tribunais, essa observância integra inclusive aquilo que juízes e ministros acreditam que devem fazer no exercício de suas respectivas funções. A título de exemplo – além daqueles já mencionados – podemos citar a recente fala do Ministro Luís Roberto Barroso: “você pode, eventualmente, ser contramajoritário, mas se repetidamente o Supremo não consegue corresponder aos sentimentos da sociedade, vai viver problema de deslegitimação e uma crise institucional”. O que chama a atenção é que tal fala se deu abertamente para a imprensa em um momento próximo do julgamento constitucional sobre a possibilidade de execução de pena condenatória antes do trânsito em julgado – tema socialmente controverso que ocupou a agenda política-jurídica dos últimos anos. Além desse exemplo, conforme já colocamos, há diversas outras passagens que evidenciam esse “apelo ao povo” dentro de processos judiciais.

Nesse sentido, é possível observar uma certa preocupação – especialmente por parte daqueles que ocupam a função jurisdicional – em corresponder ao que as eventuais maiorias anseiam no espaço público. O pensamento punitivista dos últimos anos, principalmente com o populismo gerado pela operação *lava-jato*, é um exemplo de “desejo” majoritário que integrou a agenda política e acabou chegando no próprio Supremo Tribunal Federal; e mais: constituiu argumento para decisões em sede de controle de constitucionalidade. Portanto, mais do que no imaginário de parcela considerável da comunidade política brasileira, o majoritarismo democrático está presente também nas instituições públicas que detém o poder político.

E isso não se dá por um mero acaso. Conforme aponta Jed Rubenfeld (2001, p. 4), a modernidade produziu uma demanda, em nome da *liberdade*, pelo viver no presente; uma forma de rejeitar a “mão morta do passado”. Neste ideal, aponta o autor, a liberdade consiste

em seguir nada além da própria vontade do *eu*¹⁰⁵, expressando-se, em termos políticos, naquilo que já mencionamos como “voz do povo” ou “vontade do povo”. É ela que coloca a democracia em “guerra” com o direito constitucional. Na abordagem de Dworkin (2014, p. 585), essa ideia majoritária aparece como uma forma de governo baseado na vontade da maioria das pessoas, isto é, espera-se que as estruturas do governo representativo sejam montadas de modo a refletir em leis e programas políticos que sejam preferidos pelo maior número de cidadãos.

É importante mencionar que, desde em *Taking Rights seriously*, Dworkin aborda essa concepção majoritária partindo do pressuposto de que ela não nega a existência de direitos morais abstratos contra o Estado; direitos estes que, inclusive, devem ser respeitados pelas maiorias. A grande questão é que, nas discordâncias sobre esses direitos, quando a decisão majoritária não prevalece, ela é considerada lamentável do ponto de vista moral, da mesma forma que a decisão contramajoritária de um tribunal é tida como injusta. Em termos teóricos, a concepção majoritária, aponta Dworkin (2006, p. 134), pretende ser puramente procedimental e, dessa forma, independente de outras dimensões de moralidade política. Assim, é perfeitamente possível que o conteúdo de uma decisão majoritária seja injusto para com as minorias sem que isso a torne menos democrática por esta razão, afinal, o procedimento majoritário foi observado e, portanto, a decisão atendeu ao principal critério dessa corrente.

Contudo, Dworkin (2006, p. 139) rechaça a ideia de que o voto da maioria seja sempre o método apropriado de decisões coletivas quando seus membros discordam sobre o que deve ser feito. Para justificar, cita o exemplo do bote salva-vidas que está em alto mar e irá afundar a menos que uma pessoa pule no mar. A intenção do autor com esse exemplo é mostrar que a decisão majoritária nesse caso não é a melhor forma de decidir quem será jogado para fora do barco, na medida em que critérios como parentesco, amizades, inimizades, ciúmes, etc., serão decisivos no voto de cada um, quando na verdade não deveriam fazer a diferença. Nesse sentido, a sugestão de Dworkin é que se realize alguma forma de sorteio para que a todos sejam oferecidas as mesmas chances de sobrevivência – o que não seria possível na votação majoritária, visto as forças sentimentais que influenciaria os votos.

¹⁰⁵ Porém, em outra passagem, Rubinfeld (2003, p. 1760) diz que essa liberdade falha em fazer justiça à nossa capacidade humana de autogoverno: “a capacidade de dar às nossas vidas propósitos que nós mesmos planejamos.” Essa é a diferença da “liberdade” de um cachorro, por exemplo. A liberdade de um cachorro de rua, segundo o autor, pode consistir apropriadamente na liberdade de agir de acordo com a vontade presente. A liberdade humana, por outro lado, consiste na capacidade de dar direção, propósito e compromisso à vida ao longo do tempo.

Não se limitando a uma mera questão numérica, pode-se indagar então quais seriam as justificativas para essa concepção majoritária? Em *Freedom's Law*¹⁰⁶, Dworkin apresenta dois argumentos em defesa do majoritarismo. O primeiro, em que Dworkin (2019, p. 32) trata como sendo o “mais forte”, corresponde à liberdade: as disposições constitucionais incapacitadoras das maiorias comprometem a liberdade *positiva* (*autogoverno*) da comunidade para proteger a liberdade *negativa*¹⁰⁷, ou seja, comprometem a autodeterminação ou o direito do povo de governar a si mesmo. “Mais forte” porque constitui uma ideia poderosa de que as pessoas querem governos em que possam ter um sentimento de pertença, que haja identificação com as pautas identitárias (religião, raça, nacionalidade, etc.), de modo que qualquer afronta a esse “pré-requisito” possa ser enquadrada como tirania.

Mas o principal ponto desse ideal reside na convicção de que as pessoas sejam livres quando governam a si mesmas. No entanto, para Dworkin (2019, p. 34), esse ideal de *autogoverno* se mostra bastante misterioso, pois como podemos chamar de autogoverno a submissão indistinta ao que decide e pensa a maioria? Que liberdade é essa em que as minorias têm de se curvar com frequência à vontade alheia, mesmo quando essa vontade é indevida ou injusta? Para o autor, as respostas a essas perguntas são oferecidas não pela concepção majoritária, mas sim pela concepção constitucional/coparticipativa de democracia que, na versão *dworkiana*, traz um conjunto de condições que qualificam uma decisão majoritária – o que será abordado no tópico seguinte.

Ao que nos interessa no presente momento é que, embora Dworkin esteja dialogando com o contexto estadunidense, essa ideia de autogoverno baseado no majoritarismo irrestrito de que o autor menciona tem ampla identificação no cenário político brasileiro, onde há a crença de que uma eleição majoritária para o cargo político de maior importância possa ser compreendida como um “salvo-conduto” para que o governo eleito pudesse fazer valer suas pautas e promessas, independentemente das minorias e, principalmente, da adequação constitucional. E mais: qualquer barreira contra esses anseios “majoritários” são tidos como “ditadura” ou violação dessa pseudo-liberdade. É o caso, por exemplo, do uso instrumentalizado de *fake news* e dos ataques institucionais¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Na verdade, esses argumentos não foram trabalhados exclusivamente na referida obra; mas, julgamos necessária sua menção para a presente análise porque é ali que o autor menciona um desses argumentos de forma mais detalhada, qual seja: o argumento da liberdade (*autogoverno* ou autodeterminação).

¹⁰⁷ Dworkin apresenta isto a partir do dualismo *liberdade positiva* e *liberdade negativa*; para o autor, a *liberdade positiva* corresponde aos direitos de autodeterminação (que o povo governe a si mesmo), enquanto a *liberdade negativa* corresponde a esfera de isenção que o poder público não pode atingir. A proposta de Dworkin, nesse sentido, é apresentar uma interpretação em que a liberdade positiva não fique prejudicada com os limites postos às maiorias.

¹⁰⁸ Cf. EXAME (2020); MAGALHÃES (2021).

Com relação ao segundo argumento em defesa do majoritarismo de que fala Dworkin, trata-se da igualdade que, por sua vez, restaria comprometida caso a premissa majoritária não seja observada. Dworkin associa essa ideia de igualdade a igualdade política, mas, diante da imprecisão que o termo possui, supõe que seja uma igualdade de *poder* político. Para dar significado a ideia, Dworkin (1990, p. 332) primeiro a distingue em um sentido horizontal e vertical; porém, afirma que essa divisão é insuficiente, seja porque em um sentido horizontal (igualdade entre os governados) qualquer tirania é capaz de atingir (nenhum poder político para os governados), seja porque em um sentido vertical (igualdade entre governados e funcionários públicos) ela é completamente irreal diante dos governos representativos.

Assim, sugere um complemento classificatório: igualdade como o poder de impacto político e igualdade como o poder de influência política, ambas vistas nas perspectivas horizontal e vertical. A primeira corresponde à diferença que alguém (individualmente) pode fazer votando ou escolhendo uma decisão, enquanto que a segunda corresponde à diferença que alguém pode fazer não individualmente, mas ao liderar ou induzir outros a acreditar ou votar como essa pessoa fez. No sentido vertical, é a igualdade de impacto que seria irreal, pois é impossível imaginar que a decisão de um Ministro de Estado tenha o mesmo impacto que a escolha de um eleitor ou eleitora qualquer. No sentido horizontal o impacto político também é inimaginável quando pensamos nas desigualdades de riqueza existentes, visto que uma pessoa milionária ou bilionária terá mais oportunidades de deter algum meio de comunicação e, conseqüentemente, impactar de forma mais intensa se comparada a uma pessoa que não detenha as mesmas condições de riqueza.

Por isso que Dworkin considera a ideia de igualdade de influência um pouco mais atraente. Claro que alguns terão maiores influência política que outros por questões (possivelmente injustas) de desigualdade financeira, mas isso se dá por outras questões que explicam essa desigualdade – da mesma forma que há desigualdades injustas entre homens e mulheres por diversos motivos. No entanto, isso não justifica o fim das desigualdades de influência, na medida em que muitas vezes é desejável a sua existência – é o que acontece, conforme o exemplo de Dworkin, com a grande e distinta influência que tinha Martin Luther King Jr e tantos outros que manifestavam suas opiniões de maneira excessivamente eloquente, contribuindo para a deliberação democrática.

Dessa forma, para Dworkin (2014, p. 594), qualquer tentativa de tratar a igualdade como poder político igual produzirá respostas insatisfatórias e/ou irreais. O adequado, segundo o autor, é considerar a igualdade política a partir da posição política dos cidadãos: à todas as pessoas o Estado deve oferecer um tratamento igualitário com vistas a um pressuposto de

dignidade humana, observando sempre a mesma consideração e respeito entre seus concidadãos – o que também é oferecido pela concepção de democracia constitucional trabalhada pelo autor.

Com relação ao controle de constitucionalidade, embora não seja um tema diretamente relacionado aos nossos propósitos, há pontos discutidos ali que reforçam a crítica *dworkiana* ao majoritarismo e, portanto, ganham relevância nesta abordagem. Com feito, a concepção majoritária se alinha a doutrina da deferência judicial, cujo principal argumento consiste no entendimento de que as questões não resolvidas e controversas, inclusive as que envolvam princípios morais e políticos, devem ser resolvidas por instituições que tenham uma responsabilização política perante o público – como o Poder Legislativo – que os tribunais não têm. Em *levando os direitos a sério*, Dworkin aponta para dois argumentos em prol dessa deferência judicial.

O primeiro seria um critério de justiça: deixar as questões constitucionais complexas para a resolução das instituições políticas é mais justo que as atribuir a um tribunal não eleito. O problema, segundo Dworkin (2002, p. 222), é que os próprios princípios de justiça vão em sentido contrário a esse argumento, na medida em que seria injusto deixar que a maioria decida os casos que envolvam os direitos contra a maioria. Ou seja, seria incoerente deixar com que a maioria julgue em causa própria.

Já o segundo argumento seria uma suposição de que as instituições políticas, pelas deliberações democráticas, possuem maiores chances de chegar a resultados mais bem fundamentados que os tribunais, e, portanto, essa atribuição torna a decisão mais segura já que houve discussões e um acordo sobre ela. Mas, para Dworkin, isso é contraditório, porque força um ajuste entre os direitos e os anseios majoritários, como se os direitos morais contra o Estado não atuassem contra o Estado – sendo que, na verdade, eles fazem com que a sociedade que tenha de se conformar com instituições que não se ajustem a ela de forma confortável¹⁰⁹. Vale lembrar: o núcleo de uma pretensão de direito é que um indivíduo tem proteção contra a maioria mesmo à custa do interesse geral (DWORKIN, 2020, p. 230).

¹⁰⁹ Em *Is Democracy possible here?* Dworkin (2006, p. 140) apresenta também uma versão mais empírica desse argumento que, inclusive, pode também se aproximar do nosso contexto brasileiro: “But we have absolutely no right to that assumption when the issues are fundamental moral ones. On the contrary, we all believe that many more people have been wrong about these moral issues, over history and indeed across the world now, than have been right. It would be intolerable hubris to think that Americans are more likely to be right than other human beings have been or are, particularly when Americans are divided so evenly and fiercely as they are now.” Aqui Dworkin está respondendo a uma suposição matemática de Condorcet de que não há qualquer fundamento para pensarmos que o majoritarismo possa oferecer um governo mais sábio e melhor, visto que, historicamente, as maiorias mais erraram do que acertaram sobre decisões envolvendo questões morais fundamentais, especialmente em contextos políticos de um país que se encontra polarizado e intolerante em relação às controversas sociais, como o Brasil atualmente, por exemplo (onde a redução da maioria penal seria facilmente aprovada numa deliberação puramente majoritária).

Um último argumento em defesa da deferência judicial que também merece destaque é o da antidemocraticidade da revisão judicial, por atribuir poderes excessivos a um pequeno número de juízes, que, por sua vez, não foram eleitos e possuem cargos vitalícios – o que também acontece no Brasil. O argumento, baseado na ideia de igualdade de poder político, consiste no fato de que um juiz da Suprema Corte, além de não ser eleito, também não pode ser retirado do cargo da mesma forma que um parlamentar pode ser retirado nas urnas. Ou seja, pode-se “retirar” do cargo quem nomeou e aprovou esse juiz – no caso brasileiro e estadunidense, Senado e Presidente respectivamente –, mas não o próprio juiz. Dworkin encara esse argumento a partir de uma simples comparação com o Poder Executivo, que, mais uma vez, pode ser associado a composição brasileira. A comparação consiste numa ideia pessimista de que ao Presidente da República e seus Ministros de Estados são atribuídos grandes poderes (funções) que, sozinhos, podem causar consequências tão graves que um juiz durante toda sua vida profissional não seria capaz de causar no exercício de sua função.

3.1.1 Um breve relato sobre o debate entre Dworkin e Waldron

Para exemplificar a concepção majoritária de democracia, Dworkin menciona Jeremy Waldron como um político contemporâneo que apresentou com maior clareza uma defesa a democracia majoritária. Em 2.3 mencionamos brevemente a crítica realizada por Jeremy Waldron ao pré-compromisso constitucional. Procuramos mostrar ali que o pensamento do referido autor reprova não só a ideia de “autolimitação constitucional”, como também apresenta um forte argumento em favor da premissa majoritária e, conseqüentemente, contra a *Judicial Review* como forma de exaltar a produção legislativa, uma vez que sua ideia central é reabilitar a *dignidade da legislação*¹¹⁰.

Nesse sentido, contudo, é importante destacar que Waldron não rivaliza direitos individuais e democracia; ao contrário, pois afirma que não pode haver democracia a menos que os indivíduos possuam e exerçam regularmente aquilo que o próprio Waldron chama de “o direito dos direitos”, isto é, o direito de participar na elaboração das leis. Aliás, o autor neozelandês (1999, p. 282) até chega a concordar com Dworkin sobre a inexistência de uma oposição

¹¹⁰ Cf. WALDRON (2003).

fundamental entre a ideia de democracia e direitos individuais como base para criticar uma prática como a revisão judicial¹¹¹.

Mais do que isso, na verdade, Waldron, assim como Dworkin, apresenta alguns direitos como condição de legitimidade para a decisão democrática¹¹², mostrando assim uma proposta normativa sobre democracia. Quanto a isto, portanto, há uma efetiva aproximação entre os autores, evidenciando-se, assim, que a proposta *waldroniana* não objetiva um simples majoritarismo predatório. Tanto é que na sua defesa à democracia majoritária (DM ou *MD – majority democracy*), o autor procura argumentar que não se mostra adequado combinar o respeito pelos direitos com uma profunda desconfiança nas pessoas em suas capacidades e responsabilidades democráticas, ou seja, não é preciso contrapor o respeito pelos direitos à liberação política.

Isso significa que Waldron preza por um respeito à democracia e aos direitos que a constituem; mas, por outro lado, também mostra sua preocupação para com a deliberação política: “É precisamente porque vejo cada pessoa como um agente moral potencial, dotado de dignidade e autonomia, que estou disposto a confiar ao povo em massa o fardo do autogoverno” (WALDRON, 1999, p. 223).

Assim, em que pese alguns acordos com o pensamento *dworkiano* – especificamente sobre o papel que o direito preenche na resolução democrática – Waldron tem uma proposta diferente sobre como os desacordos morais devem ser solucionados. Nesse sentido, conforme afirma Gilberto Morbach (2019, p. 174), há entre os autores “desacordos a partir dos acordos”, de modo que as perguntas que orientam tais divergências devam ser assim colocadas: como devem ser resolvidas as questões morais e institucionais? Como deve o Direito responder aos desacordos morais profundos em sociedades modernas? Ou seja, dentro daquele desenvolvimento sobre os desacordos existentes (que vai das divergências entre o povo até as complexas questões morais nos tribunais), Waldron afirma haver desacordos não só com relação aquilo que diz respeito a nós próprios e ninguém mais; mas principalmente sobre as questões morais

¹¹¹ Evidentemente que isto também nos leva às questões referentes ao papel do Judiciário, sua legitimidade e os diversos debates sobre isto realizados, incluindo o debate entre Dworkin e Waldron. Contudo, trata-se de um tema que exige um aprofundamento para além das concepções de democracia que aqui pretendemos trabalhar.

¹¹² Waldron (1999, p. 282-3) fala em direitos que são efetivamente constitutivos do processo democrático e direitos que, mesmo não sendo constitutivos do processo democrático, incorporam as condições necessárias para a sua legitimidade. Os primeiros podem ser verificados na ideia de *participação*: quando há desacordos na sociedade sobre algum tema controverso, todos devem ter o igual direito de participar; se houver violação desse direito, considerar-se-á violada a democracia. Os segundos, por sua vez, traduzem a noção de condições de legitimidade (respeitabilidade moral) do processo de decisão democrático (MOTTA, 2018, p. 102). Ou seja, são direitos que devem ser respeitados pelas maiorias para que a decisão majoritária seja legítima e válida. Assim, como se verá, há uma aproximação com a ideia de Dworkin, observando-se a significativa diferença que, para um, esses direitos podem se submeter a deliberação majoritária e, para o outro, não.

que envolve aquilo que nós, enquanto comunidade política, devemos decidir sobre nós, para todos.

A resposta de Waldron (1999, p. 299), como já mencionamos, caminha para uma resposta majoritarista. Um majoritarismo que deve poder deliberar sobre os desacordos sinceros que envolvam direitos individuais, seus limites e existência, incluindo aqueles que são constitutivos da democracia para o autor. Com isso, afirma Motta (2018, p. 105), o respeito pelos direitos seria mais uma questão de cultura política da comunidade, de um *espírito de liberdade* entre o povo e seus representantes. Isso porque – como também mencionamos em tópicos anteriores – a discordância está no cerne de uma democracia para Waldron, de modo que limites constitucionais à deliberação democrática entram em conflito com instâncias imprescindíveis, tais como a pluralidade e a diversidade de opiniões; o que acontece, inevitavelmente, com o conteúdo dos direitos individuais, mesmo entre constitucionalistas, intelectuais e cientistas políticas.

Nesse sentido da inevitável discordância, em que qualquer regra deliberativa sofrerá críticas de legitimidade¹¹³, Waldron (2006, p. 1388) elenca a DM como a “melhor do que qualquer outra regra”, porque ela é “neutra entre os resultados contestados, trata os participantes igualmente e dá a cada opinião expressa o maior peso possível compatível com dar igual peso a todas as opiniões.” Assim, é a DM que deve ser utilizada quando há discordâncias e reivindicação moral de cada um dos participantes em ser tratado como igual.

Waldron tenta mostrar que a DM fornece um componente igualitário para a decisão democrática, na medida em que ela atribui a cada pessoa a maior palavra possível compatível com uma palavra igual para cada um dos outros, ou seja, o ideal de igualdade política, para Waldron (2006, p. 1389) – e diversamente de Dworkin –, encontra guarida nessa “voz e autoridade de decisão iguais”. Obviamente que o autor reconhece as imperfeições que esse ideal pode significar, principalmente com os governos representativos; mas exalta que esse ideal pressupõe um conjunto de instituições legislativas em boa forma e funcionamento. Dworkin, por sua vez, rechaça esse argumento de Waldron; para o autor estadunidense, esse majoritarismo não satisfaz o ideal de igualdade política, não sendo um princípio fundamental de equidade.

Para Dworkin, conforme já comentado, essa premissa majoritária não é um procedimento de tomada de decisão exclusivamente justo, a exemplo daquela hipótese de um bote salva-vidas superlotado que afundará a menos que algum passageiro seja lançado ao mar.

¹¹³ Para tanto, ver: WALDRON (1999, p. 300).

Quanto a este exemplo, Waldron (2006, p. 1388) diz concordar com Dworkin sobre a DM realmente não ser um princípio apropriado para decidir qual passageiro deveria ser escolhido; mas é o princípio apropriado para deliberar sobre o processo de escolha – a única maneira equitativa de decidir se o mais adequado é fazer um sorteio ou votação.

O grande problema dessa sugestão, segundo Dworkin (2014, p. 591), é que ela retoma a insensatez de atribuir a maioria a possibilidade de decidir sobre a própria maioria – o que configuraria um julgamento em causa própria. Para Dworkin, se há um problema com a justiça procedimental, não basta que se adote o mesmo processo controverso para saber se esse processo é o adequado: “quando há controvérsia sobre questões de justiça procedimental, a controvérsia vai até o fim: não há um procedimento padronizado de decisão para se decidir sobre procedimentos de decisão.”

Em síntese, conforme é possível observar: para Waldron, a justiça procedimental satisfaz um ideal de legitimidade democrática ainda que alguns tenham sido contrários a decisão; enquanto para Dworkin, a justiça procedimental não satisfaz alguns elementos substantivos que a decisão deve ter. Daí que desse breve embate acerca do exemplo do bote salva-vidas, Waldron acabou realizando uma resposta mais robusta para a objeção *dworkiana* da “maioria julgando em causa própria”. Em *A majority in the lifeboat*, Waldron (2010, p. 1047) diz concordar com Dworkin sobre a oposição do voto majoritário para esse propósito do caso hipotético; mas afirma que o voto da maioria pode ser utilizado para decidir o procedimento quando o voto majoritário não está entre os objetos (procedimentos) a serem escolhidos.

De qualquer maneira, a ênfase de Waldron, nesse sentido, é mostrar que o procedimento de votação majoritário nem sempre é inadequado e não pode ser desconsiderado por conta de particularidades hipotéticas como o caso do bote salva-vidas. No caso da política, afirma o autor neozelandês, o voto majoritário é utilizado em diferentes instâncias e instituições, incluindo na Suprema Corte, quando da definição de julgamentos apertados. Pois, em uma comunidade política, as questões que a todos afetam devem ser decididas por todos os membros; deve haver um acordo comum que envolva todos. Este é o que Waldron (2010, p. 1055) aponta como sendo o princípio apropriado para fazer com que cada voz tenha um igual peso – a voz de ninguém deve contar mais do que a de outra pessoa.

Dworkin (2014, p. 708), por sua vez, afirma que, se existem razões para que a decisão majoritária não esteja entre as opções disponíveis, elas também justificam que a escolha do procedimento não se dê pelo voto da maioria, a menos que o “menu” de opções não inclua alguma que, de antemão, favoreça mais alguns passageiros do que outros. Em que pese o exemplo do bote salva-vidas se tratar de um caso hipotético e extremo, o autor reconhece que as

parcialidades majoritárias ali presentes também se estendem para as decisões políticas que envolvam direitos de alguma minoria impopular.

E essa é a intenção de Dworkin com o referido exemplo do bote salva-vidas; não trazer uma exemplificação pronta e acabada que seja capaz de justificar a injustiça do voto majoritário, mas mostrar que, da mesma forma que as preferências pessoais podem prejudicar uma votação sobre vida ou morte em um bote, elas também podem contribuir para a injustiça nas decisões políticas. Enquanto para Waldron a igualdade política se satisfaz no peso igual que cada voto deve ter e, conseqüentemente, no maior número de votos em um determinado sentido em que a participação de todos tenham sido observadas, para Dworkin essa igualdade não necessariamente deve respeitar uma questão matemática de “contagem de cabeças”, mas sim que se observe a dignidade humana consubstanciada a um tratamento igualitário: que a vida de ninguém tenha um valor menor e que nenhuma opinião seja digna de menor respeito – isto será objeto de análise do tópico seguinte.

Assim, apresentadas essas características sobre a premissa majoritária, com algumas similaridades que se aproximam do contexto brasileiro, Dworkin (2006, p. 143) conclui que devemos abandonar a ideia de que o governo da maioria seja um procedimento de tomada de decisão exclusivamente justo e que atenda aos ideais de igualdade e liberdade. Na verdade, o autor considera tal concepção majoritária defeituosa por não explicar, por si só, o que há de bom na democracia; ela depende de ideais que, na verdade, são fornecidos por outra concepção democrática.

Evidentemente que a discussão apresentada aqui não se esgota nos argumentos brevemente mencionados; a pretensão não é fazer uma reconstrução do debate entre Dworkin e Waldron. Como mencionado em outras passagens, as obras de Waldron são complexas e demandam um empenho que aqui não se mostra necessário¹¹⁴. Ademais, mencionar esses pontos de divergência com o autor estadunidense se mostra pertinência porque é um grande exemplo, no campo da teoria, que rivaliza (em partes) com o pensamento dworkiano, de modo que nos fornece uma abertura para que a concepção de uma democracia constitucional – que interessa diretamente o presente trabalho – seja apresentada em sentido oposto a esse majoritarismo, uma vez que é nesse sentido que Dworkin reforça seu argumento.

¹¹⁴ Uma abordagem que reconstrói o pensamento *waldroniano* é oferecida por Gilberto Morbach (2019).

3.2 Democracia *coparticipativa* (constitucional) em Ronald Dworkin

Com efeito, é a ação coparticipativa que melhor explana a concepção de democracia constitucional defendida pelo autor. Nela, a ação coletiva não se dá em vista de uma estatística voltada para a maioria, mas para a existência de um grupo como entidade. Considera-se que o povo governa a si mesmo como um parceiro pleno em um empreendimento político coletivo, de modo que as decisões da maioria são democráticas apenas quando certas condições adicionais são atendidas para proteger o status e os interesses de cada cidadão como parceiro pleno nesse empreendimento (DWORKIN, 2006, p. 131).

No entanto, por trás da concepção coparticipativa, existem algumas premissas sobre o pensamento de Dworkin que remontam a discussão sobre ética e moral. Na verdade, os dois princípios morais que sustentam a democracia constitucional defendida pelo autor (2014, p. 22) decorrem de dois princípios éticos que o autor explora: “[...] diversas responsabilidades e obrigações para com os outros defluem dessa responsabilidade pela nossa própria vida”. Nesse sentido, a premissa *dworkiana* de que falamos parte de uma antiga discussão sobre ética e moral, em que o próprio Dworkin assim define: ética como sendo aquilo que define o que devemos considerar uma boa vida para nós mesmos (*viver bem*); e moral enquanto obrigações e responsabilidades que temos para com outras pessoas (DWORKIN, 2006, p. 21).

Isso assume relevância porque, em *Justice for hedgehogs*, o autor busca uma integração entre ética e moral como forma de encontrar algum padrão ético que nos orienta na nossa interpretação dos conceitos morais, ou seja, o objetivo de Dworkin, conforme menciona Francisco José Borges Motta (2018, p. 54), é encontrar algum padrão ético (concepção de *viver bem*) que guie a interpretação dos conceitos morais; e, ao mesmo tempo, desenvolver um conceito de moralidade que guie a interpretação do que seja *viver bem*. Trata-se, segundo Dworkin (2014, p. 389), não de uma mera incorporação da moral à ética; mas, sim, de uma integração em que uma apoie a outra, isto é, em que nossos pensamentos sobre o bem viver nos ajudem a ver quais são nossas responsabilidades morais.

Para alcançar essa integração entre valores morais e responsabilidade ética, Dworkin passa a explorar as dimensões da dignidade, pois, embora tal conceito tenha sido rebaixado por seu uso frouxo e excessivo na retórica política¹¹⁵, ele é fundamental para a compreensão

¹¹⁵ Dworkin (2014, p. 22) reconhece esse uso indevido do conceito de dignidade. Ademais, vale lembrar que em se tratando de doutrina jurídica brasileira, tal conceito também foi desvirtuado em decorrência de seu uso excessivo sem maiores considerações. Assim como a *ponderação* de Robert Alexy, a dignidade humana se tornou uma *capa de sentido*, isto é, passou a abranger todo tipo de argumento jurisprudencial, independentemente de sua coerência.

ética do *viver bem*. Nesse sentido, na exploração dessas dimensões e apoiando-se na tese *kantiana* de que não podemos respeitar nossa humanidade sem respeitar a humanidade dos outros, Dworkin chega a um possível ponto de integração entre ética e moral: a dupla dimensão da dignidade, descrevendo-se assim dois princípios que enunciam exigências fundamentais desse *viver bem*, ou seja, desse dar um sentido ético a vida.

O primeiro corresponde ao respeito próprio (ou *self-respect*), princípio pelo qual o “eu” deve reconhecer a importância objetiva do *viver bem*, de modo que seria um erro não se preocupar com o modo de como se vive; “[...] descreve uma atitude que cada pessoa deve ter em relação à sua própria vida: deve pensar que é importante que ela viva bem.” (DWORKIN, 2014, p. 314). Esse respeito próprio não se confunde com questões de apreciação; pessoas podem perder a apreciação que têm por elas mesmas quando estão tristes por alguma irrealização ou pela falta de algum bem (ou alguma avaliação estética mais complexa), mas esse sentimento adverso só acontece pelo reconhecimento que possuem de si próprias.

Assim, trata-se de um respeito próprio de reconhecimento de que nossas vidas têm um valor objetivo. Isso significa que o “bem” do *viver bem* não se trata de uma adjetivação, mas é adverbial, de modo que é possível estabelecer uma objetividade desse *viver bem*: devemos reconhecer que o “como” a vida humana é vivida tem importância; todos nós concordamos que a preocupação pelo modo como nossas próprias vidas são conduzidas é objetivamente importante para nós mesmos. Assim como não há bons motivos para se pensar que uma vida deva ser desperdiçada, da mesma forma que nenhuma vida seja considerada mais importante que outra.

Já o segundo princípio corresponde ao outro lado do respeito próprio: a autenticidade (*authenticity*) ou responsabilidade pessoal. Conforme Dworkin (2014, p. 320), “por levar-se a sério, você conclui que viver bem significa expressar-se em sua vida, buscar um modo de viver que lhe pareça irresistivelmente correto para você e para suas circunstâncias”. Ou seja, por reconhecer um valor objetivo em sua vida, a responsabilidade pessoal significa uma responsabilidade pelas decisões sobre qual vida levar, sem que isso seja determinado pelo Estado ou outrem. Claro que esse princípio não resta prejudicado pelas influências que cada um de nós somos impactados durante nossa vida; conforme Motta (2018, p. 91), ainda que o indivíduo aceite seguir uma tradição ou código moral, isso deve ser o resultado de seu próprio julgamento, de modo que não sejamos subordinados nas decisões sobre o *viver bem*¹¹⁶.

¹¹⁶ Em outras palavras, não precisamos fugir da influência e persuasão, tampouco inventar um estilo de vida completamente novo; mas devemos ter independência (DWORKIN, 2014, p. 323).

Isso não se confunde com as obrigações provenientes de decisões coletivas (estatais) – Dworkin cita o exemplo do cinto de segurança – ou até mesmo de questões físicas (um atleta, por exemplo) ou da natureza. Ou seja, há uma diferença aqui entre decisões éticas e decisões morais. Assim, o princípio ético da responsabilidade pessoal não impede que o Estado nos imponha obrigações; nas palavras de Dworkin (2006, p. 21): “O princípio da responsabilidade pessoal permite que o Estado nos force a viver de acordo com as decisões coletivas fundadas em princípios morais, mas proíbe o Estado de ditar convicções éticas dessa forma.”

Como falado anteriormente, a pretensão de Dworkin é buscar uma integração entre o modo como damos sentido ao *viver bem* – seja respeitando o valor objetivo de nossas vidas, seja sendo responsáveis pelas nossas decisões na definição desse modo do bem viver – e aquilo que corresponde as nossas responsabilidades para com outras pessoas. Nesse sentido, o autor busca guarida na filosofia *kantiana* de que a mesma razão que torna o modo pelo qual sua vida é vivida objetivamente importante também faz com que o modo pelo qual qualquer vida é vivida também seja importante; a importância objetiva de sua própria vida reflete na importância objetiva de qualquer vida.

Ademais, isso não significa que um sujeito deva agir de tal forma que sempre vise melhorar a situação de todos em toda parte, como se o benefício desse sujeito para ele mesmo tenha o mesmo peso que o benefício de qualquer pessoa desconhecida. No mesmo sentido, não se deve cair na confusão de pensar que esse reconhecimento levaria a um impossível cumprimento da *autenticidade* – agir de modo compatível com o caráter e os projetos que identificamos para nós mesmos – no sentido de tratar os planos e projetos de todos como dignos de tanta consideração quanto os próprios projetos que identificamos para nós mesmos. Pois, essas confusões levam a exigência de realizar renúncias, escolhas e conciliações dentro da própria dignidade, o que é amplamente rejeitado por Dworkin; para ele, os dois princípios éticos descrevem uma perspectiva única de responsabilidade ética que cada um de nós deve assumir.

Nesse sentido, Dworkin opera tal integração entre ética e moral de diferentes maneiras; a que nos interessa corresponde as obrigações entre pessoas que possuem algum tipo de relação. Trata-se da associação em que pessoas possuem um laço associativo, especificamente um laço político, e, portanto, possuem obrigações políticas. Conforme Dworkin (2014, p. 488), “temos obrigações porque nos relacionamos com nossos concidadãos de um modo especial que confere a cada um de nós certas responsabilidades especiais para com todos os outros, independentemente de qualquer consentimento”.

Desse modo, Dworkin chega a um outro departamento: o da moral política. Aqui, ele analisa aquilo que nós, juntos, devemos uns aos outros quando agimos em nome de uma

pessoa coletiva – especificamente por meio daqueles que detém o poder político de agir sozinho ou em algum conjunto (a depender da composição do detentor do poder). Reconhece, então, que temos sim obrigações políticas fixadas pela estrutura e história constitucional de respeitar as decisões coletivas, mas adverte que tais exigências devem atender, antes, a determinadas condições.

Eis o ponto crucial de maior interesse ao nosso trabalho: as condições de legitimidade das decisões coletivas/estatais. Isto é, as condições necessárias para que a obediência às decisões coletivas não coloque em prejuízo os dois princípios éticos da dignidade humana. Na verdade, esses dois princípios darão consequências aos dois princípios morais que reivindicam a legitimidade das decisões coletivas e, conseqüentemente, estruturam a democracia coparticipativa: princípio da igual consideração (*equal concern*) e princípio do autogoverno (*self-government*). Esses dois princípios morais refletem em dois conceitos políticos que costumeiramente são apresentados de forma conflituosa, exigindo-se escolhas entre ambos: liberdade e (ou) igualdade. Porém, essa conciliação, por outro lado, exige a renúncia de alguns pressupostos que, para Dworkin, é inadmissível – da mesma forma que Dworkin rejeita esses sacrifícios para com os princípios éticos, também o faz com relação a esses conceitos morais.

3.2.1 Princípio da igual consideração e respeito – *igualdade*

O primeiro – igual consideração e respeito pela vida de todos – corresponde a um desdobramento do princípio ético do *self-respect*, e demanda da comunidade política um tratamento igualitário por todos aqueles que integram a esfera de ação dessa comunidade. Assim, espera-se (embora constitua um dever) que os detentores do poder político, no exercício de suas funções, atuem de forma a considerar a vida de todos com a mesma consideração e respeito. Na verdade, mais do que esperar o cumprimento de um dever por parte dos detentores do poder, Dworkin (2006, p. 144) afirma ser um dever nosso fazer “o melhor para garantir que nossos funcionários políticos ajam com preocupação igual para todos, em vez de preocupação especial com apenas alguns, e isso é melhor alcançado com sufrágio generalizado e aproximadamente igual.”

Nesse sentido, com relação à igualdade política, a concepção coparticipativa propõe uma interpretação diferente: nela, a ideia de igual poder político é substituída por tratamento

igualitário à comunidade¹¹⁷. Isso significa que a igualdade política é compreendida como tratar a todos com igual consideração e respeito, satisfazendo a exigência da dignidade. Entretanto, é importante advertir que essa concepção de igualdade não impede que haja diferença no impacto político dos cidadãos em geral (não de um grupo específico), na medida em que maiores poderes são atribuídos para determinados cargos políticos (elegíveis ou não) – aliás, no governo representativo, para Dworkin, a inexistência dessa diferença seria um mito. Mesmo assim, o autor (2014, p. 603) afirma que essa diferença somente é tolerada quando atendida duas condições: *a*) não deve haver entendimento de que certas pessoas nasceram para governar, numa espécie de aristocracia de nascimento (sexo, casta, raça ou etnia), riqueza ou talento; e *b*) o arranjo constitucional que cria a diferença de impacto deve aperfeiçoar a legitimidade da comunidade.

A primeira condição, segundo Dworkin (2014, p. 601), é atendida pelo sufrágio universal e por qualquer arranjo constitucional que diminua o impacto político de todos os cidadãos sem distinção alguma; “[...] nenhuma pessoa ou grupo sofre suspeita de indignidade quando uma decisão importante é atribuída a um Parlamento eleito em vez de ser deixada a cargo do povo em geral num referendo.” Já a segunda condição se satisfaz por uma questão mais evidente de igualdade, na medida que o impacto político que fica comprometido é dos cidadãos em geral, e não de um grupo particular. Ela parte da suposição de que as autoridades eleitas são mais capazes que as assembleias populares de proteger os direitos individuais contra as perigosas instabilidades da opinião pública e, portanto, não pode haver, na democracia, a exigência geral de que todas as questões fundamentais sejam decididas por referendo – isto, aliás, tem relação com as teses abordadas referentes ao pré-compromisso, de que as travas constitucionais às deliberações do Parlamento oferecem formas de retardo e esfriamento dos impulsos majoritários.

Portanto, não há qualquer premissa não igualitária produzindo esses poderes; e o mesmo se pode dizer sobre a autoridade atribuída aos juízes. Isso porque, não há qualquer critério que desrespeite a igualdade autorizando os poderes atribuídos a um Ministro do Supremo Tribunal Federal¹¹⁸, por exemplo. E o fato de não serem eleitos em nada prejudica sua legitimidade, na medida em que há uma estrutura de compartilhamento funcional da indicação e

¹¹⁷ Consequentemente, o governo representativo deixa de ser visto como um mal necessário.

¹¹⁸ Veja-se, por exemplo, os critérios previstos no artigo 101 da Constituição Federal: idade, notável saber jurídico e reputação ilibada.

aprovação desses juízes¹¹⁹. Portanto, mesmo que juízes – os Ministros – não sejam eleitos pelo voto popular, o ingresso e a consequente composição do Supremo se dá por meio de uma estrutura em que o controle político – para citar Loewenstein – é compartilhado entre aqueles que são eleitos. Da mesma forma que, embora possuam cargos vitalícios¹²⁰, a possível retirada desses juízes também ocorre por meio de um julgamento realizado pelo Senado, nos casos em que tenha ocorrido a prática de crimes de responsabilidade (art. 52, II, da Constituição Federal).

Apesar das correntes que tutelam um Judiciário com competência para representar a sociedade e atender aos anseios sociais, a própria estrutura constitucional projetou um tribunal com competência para controlar a legislação criada pelas majorias. No entanto, para Dworkin (2014, p. 589), essa opção constitucional não significa uma exigência da democracia; na verdade, o controle de constitucionalidade é uma estratégia possível para aperfeiçoar a legitimidade, quando, por exemplo, protege a independência ética de uma minoria (ou quando reconhece a inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo por não elaborar uma lei que puna a discriminação contra uma minoria).

Ou seja, um judiciário independente reforça a democracia, no sentido de que apresenta melhores condições de proteger os direitos constitucionais (principalmente das minorias vulneráveis), traduzindo-se numa possibilidade de efetivação do mencionado tratamento igualitário. Isso, por outro lado, não isenta o tribunal de possíveis erros e prejuízos às condições democráticas; mas, conforme aponta Dworkin (2019, p. 50), a possibilidade de erro é simétrica, porque a democracia também fica prejudicada quando a legislatura majoritária toma a decisão constitucional errada e continua de pé. Conforme expõe Lenio Streck e Francisco José Borges Motta (2020, p. 7) ao defenderem a atuação contramajoritária na fiscalização das condições democráticas, “[...] tudo depende, em última análise, do acerto da intervenção jurisdicional. Antidemocrático será o erro.” Nesse sentido, conclui Dworkin (2014, p. 610) que não há garantia de que o controle de constitucionalidade pode aperfeiçoar a legitimidade democrática no futuro de um país. No entanto, apesar da história não ser capaz de fornecer essa garantia, ela é importante porque mostra, na visão de Dworkin, um impacto positivo do controle de constitucionalidade para com essa legitimidade.

¹¹⁹ É interessante a interpretação que Stephen Guest faz sobre esse argumento de que juízes da Suprema Corte não são eleitos. Afirma Guest (2013, p. 123) que isso é uma irrelevância completa, pois muitos cargos dentro de uma democracia não são eleitos, incluindo o cargo mais importante em uma democracia: o do eleitor.

¹²⁰ Sobre a vitaliciedade dos cargos de juízes do Supremo Tribunal Federal, compreendemos se tratar de um tema sensível, mas, por outro lado, passível de questionamentos sobre o que seria mais adequado no que diz respeito a durabilidade no cargo de um Ministro indicado e aprovado.

3.2.2 Princípio do autogoverno – *liberdade*

Conforme Dworkin (2006, p. xx), o princípio da igual consideração não é uma condição suficiente para que uma decisão coletiva seja legítima e, conseqüentemente, não desrespeite os princípios éticos, porque, por si só, “[...] as pessoas não têm o direito moral de assumir autoridade coercitiva sobre os outros, mesmo quando agem no interesse dessas outras pessoas.” É por isso que o *autogoverno* é o complemento da *preocupação igual*, porque possibilita que uma decisão coletiva majoritária possa reivindicar a legitimidade necessária para que seja considerada válida e não comprometa a dignidade das minorias que foram em sentido contrário, por exemplo. Mas, de que forma? Com efeito, esse segundo princípio moral – autogoverno – corresponde a um desdobramento do princípio ético da *authenticity*: os arranjos políticos devem respeitar a responsabilidade pessoal das pessoas por identificar valores em suas próprias vidas. Ademais, essa responsabilidade pela própria vida só é compatível com as decisões da coletividade quando certas condições são atendidas: a *participação* (liberdade positiva) e *independência* (liberdade negativa).

Com relação a primeira, Dworkin (2006, p. 145) explica que, embora minha dignidade fique comprometida quando me submeto à autoridade de outros sem ter participado de suas decisões, não há quaisquer danos quando, por outro lado, participo, como um parceiro igual, na construção destas mesmas decisões. Dessa forma, já que democracia é *governo do povo* e o *autogoverno* se mostra como elemento indispensável, a verdadeira democracia é baseada na participação *moral* dos cidadãos. Ela corresponde ao papel que deve ser oferecido a cada pessoa de modo a permitir que ela faça a diferença no caráter das decisões políticas (DWORKIN, 1990). No entanto, esse papel não deve ser fixado de acordo com o valor, talento ou capacidade da pessoa, e tampouco em suas convicções ou gostos. É essa condição que traz implicações para o sufrágio universal, eleições efetivas e representação. Além disso, a liberdade de expressão aqui recebe um significado positivo de cumprimento do *autogoverno* na medida em que possibilita a efetiva participação dos cidadãos.

Nesse sentido, não há qualquer prejuízo democrático com relação as limitações constitucionais, na medida em que, ao tratar todos com igual consideração e respeito, em que tenha sido possibilitado a igual oportunidade de participação, haverá um vínculo entre o indivíduo e o grupo, de modo que seja possível considerar que o ato da coletividade seja também um ato do sujeito, ainda que este tenha sido contrário a ele – essa é a forma de autogoverno que não se limita a questões estatísticas, matemáticas ou numéricas (da maioria).

É assim, por exemplo, que se pode enfrentar o problema colocado pela concepção majoritária de que as limitações constitucionais comprometem a liberdade (*positiva*). Isso porque, ao considerar o ato da coletividade como um ato do sujeito, este não estaria se submetendo à uma simples vontade alheia que não lhe pertence, mas sim de uma decisão política – que inclusive é majoritária – em que tenha sido observado a sua *participação*. Portanto, não há que se falar em sacrifício da *liberdade positiva* quando a premissa majoritária não é completamente aplicada; ao contrário: a liberdade positiva aumenta na medida em que a premissa majoritária é rejeitada em favor da concepção constitucional de democracia (DWORKIN, 2019, p. 36).

Mas, participar não é suficiente, pois uma minoria pode muito bem participar na construção de uma decisão coletiva e ter sua dignidade prejudicada. Por exemplo, uma decisão majoritária ou até mesmo uma decisão em âmbito institucional do STF, deve-se sempre observar e não trazer prejuízos aos direitos que garantem a liberdade religiosa e, conseqüentemente, a liberdade de alguém fazer escolhas éticas – sobre qual a importância que a fé tem para determinada pessoa. Ainda que uma maioria eventual venha a desejar o estabelecimento de uma religião oficial para o Estado brasileiro e impô-la aos concidadãos, isto afetaria a liberdade constitucional de crença (art. 5º, VI, CF) das minorias e, também, sua responsabilidade ética de escolher aquilo que deve orientar suas próprias vidas.

Isso significa que alguns direitos devem ser preservados para que a decisão majoritária reivindique uma legitimidade e não prejudique a dignidade das pessoas quando estas decidem o que há de valor em suas próprias vidas (liberdade negativa). Pois, então, quais seriam esses direitos? Nas palavras de Dworkin (2006, p. 146), “quais direitos devem ser reservados a um cidadão individual para que, em outras circunstâncias, submeter-se à vontade da maioria de seus concidadãos seja compatível com sua dignidade?” Trata-se, assim, de direitos que exigem uma certa independência ao Estado no que se refere às escolhas éticas: a esfera privada que deve ser assegurada aos indivíduos para que sejam livres para tomar as decisões religiosas e éticas por si próprios, de acordo com sua própria consciência e julgamento, e não ao de uma maioria. A título de exemplo, pode-se mencionar as liberdades de crença, a própria liberdade de expressão para além de seu sentido de expressão política (proibição de censura), o devido processo legal, entre tantos outros direitos tidos como fundamentais em nossa realidade brasileira.

Conforme Motta (2020, p. 99), são esses direitos que fazem com que o governo democrático mantenha uma esfera privada de decisões que não pode alienar; uma esfera em que o Estado não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre política ou ética, mas sim fornecer circunstâncias que encorajem os cidadãos a desenvolverem crenças sobre essas questões.

Assim, afirma Dworkin (2006, p. 146) que “[...] os direitos constitucionais que protegem a liberdade de um indivíduo de fazer escolhas éticas por si mesmo não são compromissos da democracia, mas antes tentativas de garanti-la.”¹²¹

Portanto, além da *participação*, também há a *independência* como condições do autogoverno democrático que, junto a *igualdade de consideração e respeito* formam a base daquilo que Dworkin elenca como características de uma democracia constitucional. Isso é de extrema relevância para o nosso objetivo porque muitos desses argumentos podem ser projetados em nossa realidade brasileira no que diz respeito ao aspecto constitucional. Da mesma forma que Dworkin fala sobre os Estados Unidos não serem uma democracia majoritária porque a Constituição assim estabeleceu, o mesmo pode ser verificado no caso da Constituição Federal brasileira. Embora os recentes episódios de movimentos populares por reivindicações baseadas em um majoritarismo irrestrito, nossa Constituição estabeleceu não somente um procedimento rígido de sua reforma, mas impossibilitou determinadas alterações naquilo que seria o seu núcleo essencial. Vejamos, a partir de um exemplo, como essa abordagem *dworkiana* pode contribuir para o debate constitucional em nossa realidade.

3.3 Exemplo da concepção coparticipativa: a vacinação compulsória no contexto brasileiro

O nosso objetivo com o presente capítulo é justamente apresentar uma concepção de democracia que não visualiza antidemocraticidade e injustiças quando a decisão majoritária não prevalece em razão de alguma disposição constitucional. Os tópicos anteriores registram essa tentativa. Nesse sentido, agora, ainda que já mencionada algumas similaridades com o contexto brasileiro, procuraremos justificar o porquê essa concepção melhor atende nossos propósitos de rechaçar qualquer argumento de não democraticidade das decisões baseadas na Constituição e que não atendam a essa premissa majoritária – ou, de decisões majoritárias que reivindicam sua legitimidade a partir do cumprimento das *condições democráticas*, conforme trabalhado por Dworkin.

Com efeito, um exemplo que ilustra bem essa nossa pretensão corresponde ao cenário pandêmico que se instalou em praticamente todos os países do mundo: a crise sanitária de enfrentamento ao vírus SARS-CoV-2 e a manutenção dos sistemas de saúde. Com números

¹²¹ Texto original em inglês: [...] constitutional rights protecting an individual's freedom to make ethical choices for himself are not compromises of democracy but rather attempts to guarantee it.

cada vez mais assustadores de pessoas adoecendo e vindo à óbito, a pandemia do *coronavírus* fez com que inúmeros países tivessem de adotar medidas voltadas à contenção do vírus, tais como diferentes políticas com implicações restritivas à circulação de pessoas, seja para questões básicas de exercer um ofício ou profissão, seja para lazer e demais atividades comuns que acompanham a vida em sociedade – tais medidas foram estabelecidas a partir da Lei nº 13.979/2020 no contexto brasileiro. Muito se falou sobre o possível conflito entre essas medidas e as diversas liberdades individuais garantidas pela Constituição Federal; o que se intensificou quando tais medidas passaram a ser questionadas ou julgadas desnecessárias (ou abusivas), especialmente quando das manifestações do atual Presidente da República que acabou por impulsionar essas divergências e polarizar o assunto.

Consequentemente, apesar das recomendações científicas de âmbito internacional e nacional, iniciou-se diversas discussões sobre a efetividade e necessidade do distanciamento social, dos possíveis prejuízos à economia, das supostas violações às liberdades individuais e fundamentais, da existência de medicamentos eficazes para combater a infecção (o que tornaria desnecessária muitas dessas medidas), da eficácia da vacinação, entre tantos outros assuntos que foram ferozmente debatidos por conta das divergências geradas. Certamente, instalou-se um cenário de polarização e rejeição às medidas de enfrentamento pandêmico.

Contudo, dentro dessas discussões, há um ponto de maior interesse que pode ilustrar bem nossas intenções: a constitucionalidade e legitimidade da vacinação compulsória (obrigatória). Com efeito, em razão do forte movimento antivacina que percorre o mundo há alguns anos, houve, de um lado, uma crença apoiada na ciência de que se trata de um método seguro e eficaz para atingir a imunidade de rebanho e, conseqüentemente, o caminho para o enfraquecimento efetivo da pandemia; e, de outro, a descrença na sua validade, capitaneada especialmente pelos movimentos antivacina (baseados, muitas vezes, na desinformação no contexto das *fake news*) que geraram diversas manifestações pela não vacinação – aqui também houve manifestação contrária do Presidente da República e afirmações de que o mesmo não aceitaria qualquer imunizante.

Certamente, o ponto de maior destaque nessa discussão se deu quanto a possível obrigatoriedade da vacinação. Em contexto brasileiro, foi possível observar um forte movimento contrário à vacinação obrigatória que não se concentrava somente naqueles que se dizem contra as vacinas. Ou seja, houve diversos pronunciamentos sobre os “benefícios das vacinas” contra o “novo” vírus, mas que a vacinação jamais poderia ser tida como obrigatória, “sob pena de violação às liberdades individuais”. É o que foi possível observar na recente e inédita

consulta pública realizada pelo Ministério da Saúde que objetivava avaliar a opinião pública quanto a vacinação de crianças e quanto a obrigatoriedade de vacinação do público em geral¹²².

Em síntese, a situação pode ser assim resumida: uma lei aprovada majoritariamente pelo Congresso Nacional que contém, dentre outras coisas, a previsão de que as autoridades poderão adotar a determinação de realização compulsória de vacinação (art. 3º, III, “d”, da Lei 13.979/2020); diferentes cidades brasileiras adotando o “passaporte” de vacina – ou, certificado nacional de vacinação – consistente na condição de apresentar um documento que ateste o recebimento do imunizante pelo indivíduo para que ingresse em determinados lugares; e manifestações contrárias (incluindo a de autoridades políticas com amplo apoio popular) a essa exigência, fundamentadas na violação das liberdades individuais previstas na Constituição, tais como a liberdade de manifestação e expressão, crença e locomoção. Neste caso, adiantando-se nosso posicionamento sobre o tema, não se trata de uma justificativa para respaldar o discurso tido como “minoritário” contra a vacina; mas mostrar a legitimidade da “decisão” majoritária que criou a lei e estabeleceu a possibilidade da compulsoriedade de vacinação.

Com efeito, toda essa discussão fez com que, em 21 de outubro de 2020, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) propusesse uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 6587) a fim de que o STF julgasse inconstitucional o referido art. 3º, inciso III, alínea “d”, sob o argumento de que tal dispositivo legal feria os direitos fundamentais à vida, à saúde e à liberdade individual (art. 5º e 6º da Constituição Federal), além da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, também da Constituição. Em 17 de dezembro de 2020, tal ação foi julgada em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586¹²³, cujo resultado foi a procedência parcial por maioria de votos para conferir interpretação conforme à Constituição do art. 3, inciso III, alínea “d”, nos seguintes termos, conforme o voto do Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2020, p. 3):

I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos

¹²² Nessa consulta, maioria foi favorável a vacinação das crianças sem a necessidade de prescrição médica, mas maioria também foi contrária a obrigatoriedade da vacinação no público em geral. Para tanto, ver: LOPES; VARGAS (2022).

¹²³ Esta ação, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), pedia, por outro lado, interpretação conforme à Constituição a fim de que fosse reconhecida a competência dos Estados e dos Municípios para determinar a vacinação compulsória ou outras medidas profiláticas, rechaçando a interpretação de que o Ministério da Saúde seria a única autoridade competente para determinar tal compulsoriedade.

fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

Ou seja, a tese fixada foi no sentido de que vacinação compulsória (ou “obrigatória”) não significa vacinação forçada por parte do Estado brasileiro, sob pena de violação à integridade corporal e até mesmo a privacidade dos cidadãos. Por vacinação compulsória, em síntese, trata-se da medida que ocorre por meios indiretos, como a proibição de frequentar determinados lugares. A exemplo do que já acontece há anos com a Portaria do Ministério da Saúde nº 597/2004 (que regulamenta a Lei 6.259/1975), que condiciona a matrícula escolar, alistamento militar e o recebimento de benefícios sociais à apresentação de comprovante vacinal – além, claro, do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê a imposição de sanções administrativas aos responsáveis legais que deixarem de submeter seu filho ou aquele que esteja sob sua guarda ou tutela à vacinação.

Isso, em termos atuais de pandemia (em que há vacinas disponíveis com a devida comprovação científica de sua segurança e eficácia¹²⁴), significa que há o dever legal de vacinação, de modo que, aquele que opte pela escolha de não se vacinar, deve-se ser responsabilizado nos termos da lei, conforme o §4º do mesmo artigo dispositivo legal – responsabilização essa que, não custa lembrar, dar-se-á por meio indireto. Aliás, toda essa concepção sobre a escolha de não se vacinar e a sua consequente responsabilização é a forma que as *liberdades* foram constitucionalmente previstas em nosso contexto brasileiro. Trata-se de liberdade com responsabilidade. Assim, a grande questão constitucional desse caso consiste no argumento de que a *liberdade individual* resta prejudicada quando alguém é responsabilizado por sua escolha de não receber o imunizante. Afinal, acaso a compulsoriedade da vacinação põe em risco alguma liberdade e, conseqüentemente, a dignidade dos cidadãos brasileiros?

Com efeito, a primeira consideração a se fazer é que quaisquer *liberdades* não significam (e não podem significar) uma carta branca ou um salvo conduto para que tudo possa ser feito sem a consequente responsabilização. O próprio Dworkin (2006, p. 69) afirma que “*liberty is not just freedom*”, ou seja, liberdade não significa estar plenamente livre, pois ninguém tem o direito de viver exatamente como deseja; ninguém tem direito a uma vida dedicada à violência, roubo, crueldade ou assassinato, por exemplo. Assim, sob o regime de responsabilização, aquele que delibere pela sua própria não vacinação, estará sujeito às conseqüências

¹²⁴ Cf. ROCHA (2021).

previstas em lei; ou seja, pode-se deliberar pela não vacinação, mas deverá arcar as consequências legais.

Isso não pode significar qualquer tipo de violação às liberdades individuais e muito menos uma imposição das maiorias legislativas às minorias. Trata-se, na verdade, tanto a decisão do Legislativo em editar a referida lei quanto a decisão do STF que a chancelou, de decisões legítimas e válidas porque não prejudica a dignidade de qualquer pessoa em território brasileiro. Mais uma vez com Dworkin (2019, p. 50): esse tipo de decisão não fez com que ninguém perdesse o poder de participar da comunidade e tampouco comprometeu a igualdade de tratamento da comunidade.

Além disso, o assunto se apresenta como sendo de saúde coletiva, isto é, não se trata da saúde individual minha ou sua, mas de toda a coletividade. E, já comprovado que a vacinação corresponde ao tratamento eficaz não só de proteção individual, como também de enfrentamento à pandemia em termos globais, aquele que escolhe não se vacinar não coloca em risco somente a própria integridade física e mental; mas coloca em risco a integridade de todos e todas, na medida em que pode contribuir para a manutenção da pandemia, já que possui maiores chances de infecção no caso de contrair o vírus, contribuindo-se ainda para o surgimento de novas variantes¹²⁵.

Em termos da concepção *dworkiana* de uma democracia constitucional, essa situação pode ser visualizada da seguinte maneira. Dworkin fala em uma moral política cuja implicação é o reconhecimento de responsabilidades que cada um de nós temos para com todos os outros, especialmente quando agimos em nome de uma pessoa coletiva. Relacionando-se essa constatação com o contexto pandêmico acima mencionado, pode-se verificar que essas “responsabilidades” provenientes de uma moral política¹²⁶ se aproximam da responsabilização possível quando alguém escolhe por não se vacinar. Obviamente que há uma “limitação” da liberdade individual; mas, trata-se de uma “limitação” legítima porque o autogoverno e a dignidade dos cidadãos foram preservados.

¹²⁵ “É fundamental vacinar para evitar riscos de novas variantes, diz médica.” Cf. DE MARI; ROCHA (2021). “Não vacinados aumentam o risco de novas variantes, alertam pesquisadores.” Cf. GLOBO (2022). “Pessoas não vacinadas são ‘fábricas de variantes’, diz infectologista.” Cf. FOX (2021).

¹²⁶ Nas palavras de Dworkin (2014, p. 499): “As comunidades políticas são apenas agregações de indivíduos, mas alguns desses indivíduos têm papéis e poderes especiais que lhes permitem agir, sozinhos ou em conjunto, em nome da comunidade como um todo. Assim, devemos reconhecer um outro departamento de valor: o da moral política. A ética estuda como as pessoas devem administrar sua responsabilidade de viver bem, e a moral pessoal, o que cada qual, como indivíduo, deve aos outros indivíduos. A moral política, por sua vez, estuda o que todos nós, juntos, devemos uns aos outros enquanto indivíduos quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial.” Assim, uma moral política não significa aquilo que cada indivíduo, a partir de sua subjetividade, compreenda como o adequado em termos políticos; em outras palavras: uma moral política não se confunde com *moralismos*.

Nesse sentido, vale lembrar aquelas condições democráticas que reivindicam legitimidade para a decisão coletiva. São direitos que devem ser preservados para que a submissão a uma decisão coletiva não implique em prejuízos à própria dignidade. Começamos com as seguintes indagações: em quais condições me submeter a vacinação compulsória (decisão coletiva majoritária) não fere minha dignidade (ou seja, minha responsabilidade pela minha própria vida)? Em quais condições devemos reconhecer a legitimidade dessa decisão?

Embora não seja o problema maior, pode-se começar pela primeira condição: a *participação*. Com efeito, quando o sujeito *participa* da decisão como um membro moral da comunidade, ainda que de forma indireta por meio de representação política, deve aceitar o resultado coletivo porque há um vínculo entre o indivíduo e o grupo em que a submissão a essa vontade coletiva não significa submissão a vontade alheia que não pertença ao indivíduo. É justamente por poder participar que o ato da coletividade também é um ato do sujeito, ainda que este tenha sido contrário ao resultado – Dworkin cita o exemplo do sentimento de culpa existente na Alemanha em decorrência do período nazista. Em se tratando da vacinação compulsória, a legislação referente foi aprovada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República sem qualquer objeção quanto ao ponto aqui discutido, e, ainda, foi chancelada pelo STF. Ou seja, trata-se de uma *decisão política* que passou por diferentes detentores de poderes que, mesmo no exercício de seus respectivos controles, não rejeitaram o dispositivo alegado – foi somente após longos meses de pandemia e depois de inúmeras divergências políticas/jurídicas entre esses detentores que o referido dispositivo legal passou a ser amplamente criticado.

Além disso, é importante registrar que ninguém foi prejudicado em seu direito de participar, isto é, ninguém teve sua própria liberdade de expressão violada; ao contrário: aqueles que deliberam pela não vacinação, apenas devem suportar a respectiva responsabilização pelo exercício de sua escolha. É o mesmo que acontece com a liberdade de expressão no contexto das *fake news*: aquele que anunciar uma informação falsa ou fraudulenta, sendo esta juridicamente relevante, será responsabilizado por seu anúncio, a depender da esfera de regulamentação (responsabilização penal, civil, eleitoral, etc.)¹²⁷.

A segunda condição a ser verificada é a *independência* e a sua possível danificação no caso da vacinação compulsória, afinal, ao tornar obrigatória, estaria o Estado ditando convicções éticas para os cidadãos? Poder-se-ia alegar que responsabilizar sujeitos que deliberam pela não vacinação violam suas convicções sobre como suas vidas são vividas, em sentido similar ao que dita o movimento *antivacina*. No entanto, ocorre que tal

¹²⁷ Cf. MARQUES RODRIGUES; MARCOLINO; SILVEIRA (2022).

responsabilização não se trata de um ditame ético sobre como você deve viver sua vida; ao contrário: trata-se de uma decisão coletiva de cariz moral, e, dela, a dignidade não exige independência. Assim, sendo uma decisão coletiva *moral*, não há uma violação da esfera de privacidade, de modo que esse suposto ditame *ético* de um suposto *viver bem* está fundado em prejuízos do *viver bem* de toda a coletividade.

Isso, seguindo-se a dupla dimensão da dignidade e a necessária integração entre os dois princípios, mostra-se como incompatível no que diz respeito a *igual consideração e respeito* fundada no valor objetivo da vida humana. Com efeito, a compulsoriedade da vacinação diz respeito a uma medida que busca alcançar o maior número de pessoas possível e, conseqüentemente, menor seja o número de pessoas adoecendo gravemente ou vindo à óbito. Ou seja: há uma preocupação não somente em tratar a todos igualmente, mas tratar o valor objetivo na vida humana com igualdade. Assim, considerando-se que há uma importância objetiva no *viver bem* (adverbial) e que toda vida deve ser tratada igualmente como portadora desse valor, a deliberação individual pela não vacinação coloca em prejuízo esse pressuposto moral e, portanto, apresenta-se democraticamente problemática, nos termos dessa concepção *dworkiana* de uma democracia constitucional.

Finalmente, faz-se necessário mencionar um último ponto: conforme mencionamos anteriormente, nossa argumentação aqui buscou apresentar toda a discussão sob a perspectiva de justificar uma decisão majoritária para além dos números, ou seja, nossa preocupação se deu para com a justificação da vacinação compulsória não se limitando ao fato de que ela tenha sido aprovada majoritariamente pelo Legislativo. No entanto, o contrário não necessariamente é verdadeiro. Isto é, supondo que a vacinação fosse amplamente rejeitada pelas maiorias políticas e, conseqüentemente, a sua compulsoriedade legal também o fosse, o espectro de abordagem recairia não na possível justificativa democrática dessa decisão negatória, mas na argumentação de uma provável inconstitucionalidade por violação de preceitos fundamentais que podem ser verificados no art. 196 da Constituição Federal, especificamente pelo não cumprimento do dever estatal em adotar “políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”.

Isto, aliás, corresponde a um compromisso estabelecido na/pela constituinte de 1987-1988 que, por sua vez, tem amplo impacto na comunidade política atual; afinal, o Estado tem o dever de criar políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, queira a geração atual ou não. Assim, ainda que uma pandemia devastadora como a do *coronavírus* não fosse prevista (e obviamente que não era) pelos constituintes naquela época, uma interpretação *a priori* desse dispositivo referente à saúde pública no contexto dessa

situação hipotética mencionada (de ampla rejeição vacinal e números ainda mais assustadores de óbitos), mostra que um possível sentido coerente a tais disposições se aproximaria do não cumprimento constitucional. Por exemplo: um reconhecimento do STF de que o Poder Público estivesse sendo omissivo para uma implantação efetiva (e compulsória) da vacinação, não só seria contramajoritário, como também constitucionalmente válido e legítimo.

Portanto, a par dessas considerações, pensamos já terem ficado claras os principais aspectos em torno dessa concepção de democracia constitucional e as possibilidades de sua articulação no contexto brasileiro de casos constitucionais controvertidos. Não que represente uma ideia pronta e acabada para que todos os casos sejam abarcados por ela. Mas, por outro lado, representa a construção de argumentos que não aceitam indistintamente uma deliberação majoritária apenas porque um número maior, em um determinado momento, acredita ser aquela a melhor decisão. Nesses termos, o pré-compromisso constitucional tal como apresentamos e concluímos pela sua parcial validade, não se mostra contrário à democracia. Nas palavras de Jed Rubenfeld (2003, p. 1760): “não há liberdade política sem lei. Não há possibilidade de uma sociedade puramente irrestrita. Sem lei, só pode haver anarquia, não democracia.”¹²⁸ Portanto – e agora acreditamos estar em uma melhor condição de dizer – são compromissos que, mais do que possibilitar a democracia futura, tratam-se de sua condição de possibilidade, sem a qual não haveria democracia aqui e agora.

Mesmo diante de tais constatações, ainda consideramos faltante um elemento. Enfatizamos a ideia de compromissos e limitações que objetivam possibilitar a proteger a democracia e os direitos fundamentais, mas nada fora mencionado, até o presente momento, sobre o aspecto interpretativo que acompanha o jurista. Aliás, a Constituição foi criada décadas atrás pela comunidade política daquela época. Desse modo, há de se indagar: a interpretação dada hoje a essas disposições constitucionais deve reconsiderar aquilo que era pretendido pelos seus criadores? Ou, a exemplo do art. 196 em que atribuímos um sentido a partir do contexto de crise sanitária pandêmica, a interpretação da Constituição “sofre” os impactos da situação atual e todo o decorrer da história? Este é o aspecto temporal-interpretativo que objetivamos analisar no capítulo seguinte como forma de reforçar nosso argumento contra o “paradoxo” intergeracional.

¹²⁸ Texto original em inglês: There is no political freedom without law. There is no possibility of a purely unconstrained society. Without law, there can be only anarchy, not democracy.

4. A ATUALIDADE DE SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A *TEMPORALIDADE* CONSTITUCIONAL

*“Compreender pela leitura não é repetição de algo passado,
mas participação num sentido presente.”*

(Hans-Georg Gadamer, 2015, p. 508)

4.1 A recolocação do problema

Como se sabe, a Constituição Federal brasileira de 1988 aponta para uma mudança paradigmática: o Estado Democrático de Direito e as suas exigências de uma intervenção ativa, positiva e promocional de cunho transformador¹²⁹. Isso porque, há em seu conteúdo um resgate de diferentes promessas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais) da modernidade que nunca foram cumpridas, de modo que, hoje, o Direito deve ser visto como um campo necessário de luta para as respectivas implantações (STRECK, 2013, p. 39). Trata-se, pois, do caráter social, dirigente e compromissório da Constituição brasileira que, por sua vez, podem ser analisados a partir de diferentes aspectos dentro do pensamento constitucional.

Sobre aquilo que nos interessa, conforme é possível observar, vislumbra-se o problema intergeracional da autoridade legítima de nossa Constituição. Pois, havendo diversas *promessas*, os atuais (e futuros) agentes políticos estão por elas comprometidos e têm (terão) de interpretá-las no exercício básico de qualquer função. Ocorre que, conforme trabalhado em passagens anteriores, essa interpretação gera incontáveis controvérsias e divergências dentro da sociedade sobre qual seria a melhor interpretação/aplicação. Na verdade, mais do que isso – e vale lembrar Waldron – as discordâncias acontecem até mesmo sobre os direitos fundamentais que a todos são garantidos.

Nesse sentido, um suposto “tensionamento” aparece: maiorias democráticas eventuais (seja no Legislativo, seja por meio de um Executivo eleito majoritariamente, ou até mesmo maiorias populares) entram em confronto com o conteúdo comprometedor da Constituição. Quando possível, alteram seu texto; quando impossível, apelam em algum sentido não conformador para com esse mesmo conteúdo normativo. Ou seja, temos de um lado a Constituição criada décadas atrás proporcionando a atual democracia, e, de outro, a democracia possibilitada por essa Constituição devendo atuar dentro de seus limites que, por sua vez, não foram estabelecidos (e podem ser indesejados) pela deliberação democrática atual. Eis o paradoxo, que,

¹²⁹ Cf. BOLZAN DE MORAIS, 1995.

segundo Roberto Gargarella (2011, p. 148), corresponde a um dos desafios mais interessantes que o pensamento constitucional deve resolver: “como conciliar de forma razoável a intuição a favor de uma Constituição relativamente estável e a intuição a favor do autogoverno?”¹³⁰

Em síntese, apresentamos primeiramente uma abordagem em torno do constitucionalismo (pré-compromisso constitucional) e, em um segundo momento, uma abordagem em torno da democracia (a partir da abordagem *dworkiana* de democracias majoritárias). Nosso objetivo com tais apresentações foi mostrar que, havendo ou não uma relação conflituosa entre os ideais, é possível concebê-los de forma a superar tal tensionamento. Agora, procuraremos apresentar um complemento para essa relação. Um complemento que objetiva reconhecer a legitimidade democrática atual de uma Constituição “herdada”. Nesse sentido, apresentaremos o elemento temporal que integra o constitucionalismo e que, conforme se verá a seguir, é inerente ao processo compreensivo-interpretativo do Direito.

4.2 A hermenêutica filosófica e a *produção de sentido*

Trata-se, então, de um elemento temporal que integra o constitucionalismo democrático e que guiará nossa abordagem interpretativa dos compromissos estabelecidos no passado – eventualmente por outra geração – que impactam na atual interpretação da política do presente. Ou seja, nossa intenção é mostrar que, ainda que se trabalhe numa lógica compromissória, isso não significa que em nossa tarefa cotidiana de interpretação da Constituição devemos sempre resgatar o sentido *originário* da época de sua criação, isto é, uma ênfase exclusiva e irrestrita ao significado estipulado ou até mesmo pretendido por aqueles e aquelas que elaboraram tais disposições, os *pais fundadores*.

Nossa proposta, ao contrário, pretende refutar essa construção. Pois, aquele que se propõe a interpretar (e aplicar) as disposições constitucionais não deve buscar nos registros aquilo que os constituintes discutiram e objetivavam como forma de reproduzir aquele conteúdo dito por tais pessoas; ou que o intérprete deva se deslocar de sua situação atual para aquele momento histórico – algum tipo de assimilação do passado com as expectativas de sentido presente. Por exemplo: dizer que o art. 142 da Constituição autoriza o “poder moderador” porque, retomando-se as discussões da constituinte, essa era a pretensão de alguns parlamentares –

¹³⁰ Texto original em espanhol: ¿Cómo compatibilizar de modo razonable la intuición a favor de una Constitución relativamente estable y la intuición a favor del autogobierno?

enquanto que, na verdade, esta foi a pretensão daqueles que estavam alinhados às manifestações antidemocráticas que pediam o fechamento do STF por “atropelar” os poderes atribuídos ao Presidente da República no ano de 2020¹³¹.

A abordagem que aqui se apresenta para reforçar nosso argumento trabalha com algumas questões preliminares que precisam ser esclarecidas a fim de evitar mal entendidos. Pois, tratam-se de questões que não foram adequadamente recepcionadas pela dogmática jurídica brasileira. Refiro-me, assim, à hermenêutica jurídica que, no contexto brasileiro, ainda é utilizada e vista como disciplina secundária do Direito, isto é, tratam-na como um procedimento científico de interpretação consistente em um conjunto de métodos interpretativos a serem aplicados nas decisões judiciais, a fim de se conhecer as características essenciais do Direito, ou seja, para se chegar às verdades jurídicas (*epistemologia jurídica*) – é constantemente considerada como objeto de estudo da metodologia jurídica.

Ocorre que a Hermenêutica não está inserida no âmbito da metodologia; há uma confusão entre o aspecto compreensivo do Direito (hermenêutica) com aquilo que é objeto de uma teoria do conhecimento (metodologia), de modo que, ao dar esse tratamento à hermenêutica, os juristas acabam reduzindo sua função a um instrumento auxiliar, secundário e, até mesmo, dispensável em alguns casos¹³², no intuito de atingir o significado correto que, a título de exemplo, ora é a vontade da lei, ora é a vontade do legislador¹³³.

A hermenêutica de cariz filosófico pensada por Hans-Georg Gadamer, por outro lado, não parte desses paradigmas, na medida em que é pensada no horizonte de um problema existencial: a antecipação de sentido e sua explicitação no círculo hermenêutico. Ou seja, de uma hermenêutica metódica, passa-se a uma hermenêutica filosófica. Conforme se verá a seguir, a questão aqui não está na busca de um esclarecer sobre o sentido pronto e acabado que um texto possui, como se fosse possível a adoção de algum método para tornar esclarecedor e se chegar à essência do texto legal – caso fosse assim, nosso argumento sobre a atualidade de um compromisso constitucional não faria sentido. Da mesma forma que a questão também não está na subjetividade do intérprete que teria uma suposta “liberdade” para interpretar e atribuir o sentido que lhe convém. O ponto está em torno da atribuição de sentido que o intérprete dá

¹³¹ Exemplo disto é o texto escrito por Ives Gandra da Silva Martins. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. Ver: MARTINS (2020).

¹³² Nesse sentido, no interior da dogmática jurídica, a interpretação continua a ser entendida como a escolha de um sentido que advém da “consciência do juiz”, ou, em outros termos: da discricionariedade, protagonismo, voluntarismo ou decisionismo.

¹³³ Cf. STRECK (2014, p. 138).

aos eventos – no nosso caso, o texto legal – considerando-se o legado da tradição e a sua situação hermenêutica. Trata-se, assim, de uma maior complexidade que procuraremos explorar.

4.2.1 *Pensar historicamente*

Logo no prefácio da 2ª edição de *Verdade e Método I*, Gadamer (2015, p. 14) explicita sua intenção ao afirmar que ela foi e continua sendo filosófica, pois o que lhe interessa é demonstrar como a compreensão acontece: “o que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do nosso querer e fazer”. Nesse sentido, a tarefa da hermenêutica é esclarecer o “milagre da compreensão”, compreendida aqui não como um conceito metodológico, nem um saber fazer prático ou um entender de um assunto. Mas, *compreensão* como um *acontecimento*¹³⁴ que não pode ser dominado pelo ser humano; um existencial que, antes de ter um sentido teórico ou pragmático, tem seu sentido original atribuído a seu caráter ontológico (CRUZ; STEFANI, 2019, p. 113). Portanto, a primeira consideração a se fazer é que a problemática do fenômeno interpretativo diz respeito a um problema humano (e não científico) – e nisso reside a relação com a filosofia *heideggeriana*.

Com efeito, Gadamer recupera a descrição de Martin Heidegger sobre o processo compreensivo interpretativo – que somente entra na problemática hermenêutica com a finalidade de desenvolver a estrutura prévia da compreensão – para mostrar como a hermenêutica pôde fazer jus a historicidade da compreensão. Assim, começamos com a seguinte constatação: só o fato de podermos dizer que algo é, já significa que temos dele uma compreensão, ainda que incerta. Conforme o exemplo dado por Streck (2011, p. 449), “quando olho para um lugar e vejo um fuzil, é porque antes disso *eu* já sei o que é uma arma. Sem isso, a questão do sentido do fuzil não se apresentaria, ou seja, o fuzil não exsurgiria como (*als*) fuzil”. E isso se dá porque há, no fenômeno compreensivo, uma estrutura prévia da compreensão que possibilita a antecipação de sentido do mundo no qual estamos inseridos. Nas palavras de Ernildo Stein (1996, p. 46), “há uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação”, de modo que antes da compreensão, do acontecer, existe essa estrutura prévia que antecipa nosso poder ser.

Para explicar a questão da *pré-compreensão*, que diz respeito a uma invenção *heideggeriana*, Gadamer recupera a regra do círculo hermenêutico de que é necessário compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo. Com efeito, Heidegger coloca a hermenêutica no plano prático da existência humana por se dirigir para a compreensão de sentido do mundo no qual está inserido; e, ao mesmo tempo, ao sentido do próprio *ser*. Ou

¹³⁴ Cf. GADAMER, 2015, p. 408; 443; 518; 598; 631.

seja, Heidegger nos mostra que temos um movimento de interpretação entre o intérprete e o mundo; um movimento entre o *todo e a parte*.

Esse processo compreensivo *heideggeriano* é descrito por Gadamer da seguinte forma: a estrutura circular da compreensão – a relação todo e parte – tem como tarefa não deixar a compreensão se guiar por conceitos ingênuos e “chutes”. O intérprete precisa deixar-se determinar “pelas coisas elas mesmas”. Assim, “quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar”. Nesse projetar, aparece um primeiro sentido do todo do texto; por exemplo: um estudante de direito, ao se deparar com um livro de direito comercial, ainda que não conhecedor das regras atinentes ao assunto, projetará um sentido do todo, ou seja, projetará o sentido de que aquele livro trata de regras de um determinado ramo da ciência jurídica.¹³⁵ Esse primeiro sentido, surgirá porque o intérprete lê o texto a partir de determinadas expectativas provenientes de sua situação hermenêutica. Conforme Gadamer (2015, p. 356) explica, “a compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido”. Esse reprojetar, que representa o movimento circular do compreender e interpretar, é o processo descrito por Heidegger.

Veja-se, assim, que tal descrição não parte do pressuposto de que o intérprete tem que desvelar um suposto sentido que o texto tenha; a descrição *heideggeriana* fala em projetar porque, nessa estrutura, é o intérprete que antecipa e, no movimento circular, atribui sentidos ao texto. Porém, o intérprete está sujeito a erros em virtude desse projeto prévio de sentido, justamente porque ele pode não se confirmar na *coisa* (ou no texto) em questão. Assim, afirma Gadamer (2015, p. 358) que “faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade”.

Nesse sentido, o empreendimento hermenêutico ganha um solo firme sob seus pés: “aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias”; antes, “quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa” (GADAMER, 2015, p. 358). Deve-se estar aberto ao texto em uma mútua relação – *relação do todo e da parte* – e afastar tudo aquilo que possa impedir a elaboração de projetos interpretativos que faça sentido em relação a coisa. Porém, esse estar aberto e receptivo ao texto não significa que o intérprete deve abandonar suas opiniões prévias – o que hermeneuticamente é impossível. Ou seja, essa receptividade do que diz o texto não pressupõe

¹³⁵ Aliás, é por isto que o jargão popular de que não se deve julgar um livro pela capa é contraditório. A capa serve justamente para que o leitor, em seu confronto, delinhe um sentido do todo do que será tratado no livro.

uma “neutralidade” por parte do intérprete. Da mesma forma que a opinião prévia pode projetar um sentido inadequado, pode também projetar um autêntico sentido – é por isso que Gadamer resgata uma abordagem sobre o termo *preconceito* e a distorção sofrida pela *Aufklärung* (Iluminismo)¹³⁶.

Assim, a tarefa hermenêutica não é meramente aceitar a antecipação de sentido; antes, aquele que busca compreender adequadamente, ao antecipar um primeiro sentido do todo, passa a reprojeter esse sentido com base nos seus *preconceitos* e conforme penetra no sentido do próprio texto. Portanto, a tarefa é colocar em confronto os próprios *preconceitos* (que possibilitam as expectativas de sentido) com aquilo que “fala” o texto.

Dessa forma, é aqui que o *empreendimento* histórico ganha destaque na abordagem *gadameriana*, na medida em que essa produtividade hermenêutica dos *preconceitos* deve ser compreendida a partir do encontro com a tradição. Isso porque, há uma condição histórica que faz mediação entre o intérprete e a coisa a ser compreendida. O intérprete sempre está jogado no mundo e recebe o legado da tradição, de modo que “a compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermedeiam constantemente passado e presente” (GADAMER, 2015, p. 385).

É importante frisar que Gadamer também retoma o conceito de *autoridade* no intuito de mostrar que, ao invés de ser compreendida como uma “arbitrariedade irracional”, o termo significa mais um ato de conhecimento e reconhecimento que pode ser compreendido; e essa autoridade que pode ser compreendida é o que fez o autor se apoiar na crítica que o Romantismo realizou sobre o Iluminismo: a tradição como autoridade. Pois, Gadamer reconhece uma autoridade na tradição, na medida em que ela tem validade ainda que desprovida de fundamentação: “nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade

¹³⁶ Certamente, há hoje uma tendência geral de atribuir ao termo “preconceito” um sentido negativo, seja para afirmar um conceito anterior que não corresponda a coisa em questão, seja para se referir a uma conduta discriminatória, um julgamento fruto de um sentimento hostil que não tem fundamento ou reflexão. Contudo, pode-se afirmar que essas atribuições ao referido termo contrariam seu tradicional significado. Sem a pretensão de propor uma teoria sobre os “preconceitos”, Gadamer (2015, p. 360) explica que o termo significa, em si mesmo, um juízo que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão. Mas, por outro lado, afirma que esse juízo prévio não pode significar falso juízo, porque seu conceito pode ser valorizado positiva ou negativamente. Ou seja, pode haver juízos ou opiniões prévias que correspondam a coisa interpretada. É possível observar, nesse sentido, que há uma preocupação do filósofo em explicar o referido conceito porque houve uma distorção do mesmo durante o período iluminista. E isso se deu em decorrência do espírito racionalista que envolvia o movimento, especificamente a crítica ao significado de “juízo não fundamentado”, uma vez que somente aquilo que pode ser fundamentado - garantido pela via do método - tem a capacidade de outorgar ao juízo sua validade. Dito de outro modo: para os iluministas, aquilo que não tem fundamento, ou seja, o que não envolva a razão e o método (no sentido moderno), não tem validade. Contudo, esse tipo de interpretação pode levar a equívocos na medida em que há possibilidades de haver preconceitos autênticos (ou legítimos), que, na verdade, são fundamentais para a atribuição de sentido que acontece na compreensão.

do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento” (GADAMER, 2015, p. 372).

Isso implica no fato de que sempre estamos inseridos na tradição, independentemente do nosso *querer* e *saber*; e esse sempre estar inserido é o ponto de partida de uma hermenêutica da faticidade. De acordo com Ernildo Stein (1996, p. 70), a expressão hermenêutica da faticidade quer dizer: “a interpretação do mundo é a interpretação da condição fática do ser humano”. Refere-se a soma de todos os elementos históricos e culturais nas quais estamos enraizados. E é justamente por este motivo que a tradição tem grande importância para Gadamer, pois já sempre somos um projeto lançado; não escolhemos o lugar que vamos nascer, tampouco a família que vamos ter, pois somos lançados na nossa condição humana e a partir dela o fenômeno compreensivo acontece.

Essa é a faticidade que, segundo Stein (1996, p. 64), está determinada por condições anteriores à compreensão: “só depois que somos fato concreto de ser-no-mundo, fato concreto determinado pela história, pela cultura, só a partir daí é que compreendemos”. Portanto, pode-se afirmar que são os *efeitos* dos fatos históricos na compreensão que limitarão nossos projetos interpretativos – é o que Gadamer (2015, p. 397) denomina como *consciência histórica efetual* e salienta que “o que precisamos é apenas aprender a conhecer-nos melhor e reconhecer que os efeitos da história efetual operam em toda compreensão, estejamos ou não conscientes disso”. Nesse sentido, cabe a afirmação de Gadamer (2015, p. 368) de que “não é a história que nos pertence, mas somos nós que pertencemos a ela”. Somos nós que estamos inseridos na tradição; somos jogados nela, e nisso reside a hermenêutica da faticidade. Por essa razão, a nossa compreensão é limitada, porque falamos e compreendemos a partir de uma tradição e estamos, em muito, determinados por ela.

Mas, lembremos: aquele que quer compreender um texto não deve adotar uma postura de neutralidade – e isto também vale para essa abordagem histórica. Dessa forma, os preconceitos que guiarão a atribuição de sentido são formados antes por elementos da historicidade e faticidade do intérprete. A compreensão acontece nesse momento em que o intérprete se encontra e intenta compreender. O sentido do texto, assim, exurgirá a partir dos sentidos atribuídos pelo intérprete, e não pelo deslocamento até a constituição psíquica do autor. Na verdade, o que há é um intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete que, por sua vez, está em contínua formação na medida em que compreendemos participando do acontecer da tradição e continuamos determinando-a a partir de nós próprios (GADAMER, 2015, p. 389).

Com efeito, textos são eventos que integram a tradição, ou seja, também são transmitidos de geração em geração. Nesse sentido, conforme afirma Gadamer (2015, p. 392): “O verdadeiro sentido de um texto não depende do aspecto puramente ocasional representado pelo autor e seu público original; ou pelo menos não se esgota nisso, pois sempre é determinado também pela situação histórica do intérprete e conseqüentemente por todo curso objetivo da história.” Assim, por ocupar o curso da história, um texto será compreendido de forma diferente por cada época, justamente porque a compreensão se dá nesse intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. Quando um intérprete compreende um texto, o faz a partir de sua situação afetada pela tradição, mas, movimentando-se no acontecer da tradição, a consciência histórica do intérprete está em contínua formação, de modo que sua atribuição de sentido a esse mesmo texto será *diferente* no futuro.

É por isso que a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também (e sempre) produtivo, porque toda atribuição de sentido ocorre a partir da faticidade do intérprete. Nesse sentido, o tempo ganha sua *produtividade hermenêutica*, especificamente a distância temporal entre a criação do texto e o momento de sua interpretação/aplicação. Isso significa que não é necessário que o intérprete tente se deslocar para o momento do autor na tentativa de compreender o que ele diz ou o que queria dizer. No Direito, essa forma de interpretar a lei é denominada de *originalismo* e, no Brasil, também é conhecida como interpretação como *vontade do legislador*. Gadamer (2015, p. 410), por sua vez, denomina essa “prática interpretativa” de *congenialidade*, e diz que ela é desnecessária para a compreensão de uma tradição, pois afirma que “nós somos capazes de nos abrir à pretensão excelsa de um texto e corresponder compreensivamente ao significado com o qual nos fala”.

Sobretudo, o tempo não é um “inimigo” no processo interpretativo, de forma que “qualquer tentativa de encurtar a distância temporal que separa o intérprete do momento originário de sua constituição não só é errada como inútil” (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2013, p. 99). Nas palavras de Gadamer (2015, p. 393), “o tempo já não é, primeiramente, um abismo a ser transposto porque separa e distancia, mas é, na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. Assim, a distinção dos períodos não é algo que deva ser superado.” Pois, é aquilo que perdura ou se dissolve no curso do tempo que possibilitará a compreensão; “na verdade, trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, em cuja luz nos é mostrada toda a tradição.” É justamente a distância temporal que possibilita tomarmos consciência dos efeitos que a história

nos causa e, conseqüentemente, torna possível a conscientização dos próprios preconceitos que guiam a compreensão e foram transmitidos pela tradição.

O que o intérprete precisa, assim, é conhecer-se melhor e reconhecer que os efeitos da história operam em toda compreensão. Ter consciência disso é ter consciência da própria situação hermenêutica. Ademais, Gadamer (2015, p. 399) chama a atenção para o fato de que ter consciência da situação hermenêutica é uma tarefa que em cada caso se reveste de uma determinada dificuldade. Encontramo-nos sempre em uma situação cuja elucidação é tarefa nossa; tarefa esta que nunca será completa, simplesmente porque ocupamos uma posição que limita as possibilidades de ver – finitude histórica. Nesse sentido, relacionado ao conceito de consciência histórica efetual, então, Gadamer menciona o conceito de *horizonte*, consistente nesse âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto. O filósofo ensina, assim, que ter horizonte significa “não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso”, possibilitando-se então a obtenção da própria situação hermenêutica.

Portanto, em síntese: uma situação hermenêutica, que define nossa participação na continuação da tradição, é composta por preconceitos provenientes da própria tradição. Esses preconceitos formam o horizonte de um presente: os limites do ver. Porém, isso não significa que essa determinante do que limita nosso horizonte presente corresponde a um acervo fixo de opiniões e valores. Nesse sentido, o intérprete precisa ter consciência de seu horizonte e ao mesmo tempo ter consciência do horizonte do passado, pois a vigência da tradição se dá na constante fusão de horizontes do passado e presente (GADAMER, 2015, p. 404).

Ou seja, se o intérprete de hoje atribui um sentido a um texto antigo, ele o faz a partir do tempo presente, de sua situação hermenêutica (de sua *pré-compreensão*). Porém, o tempo presente de hoje não é o mesmo de amanhã, de modo que os sentidos atribuídos no futuro serão diferentes (leia-se: diferente, não necessariamente melhor), na medida em que se avança na relação com o texto e os preconceitos se confirmam em sua validade – trata-se do caráter produtivo que toda atribuição de sentido tem. É por isto que Gadamer vai dizer que, se quisermos compreender adequadamente um texto, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta:

Mas hoje em dia o trabalho do intérprete não é simplesmente reproduzir o que realmente diz o interlocutor que ele interpreta, mas deve fazer valer a opinião daquele como lhe parece necessário a partir da real situação da conversação na qual somente ele se encontra como conhecedor das duas línguas que estão em comércio (GADAMER, 2015, p. 407).

Esse é o significado do *pensar historicamente*. Quando Gadamer afirma que nossos conceitos prévios devem ser constantemente revisados, isso não significa que devemos nos deslocar ao passado; deve-se, na verdade, realizar a conversão que acontece aos conceitos do passado quando procuramos pensar neles no presente, na situação hermenêutica daquele que interpreta. Conforme explica Streck (2014, p. 298): “através de sua atualização na compreensão, os textos integram-se em um autêntico acontecer. Toda atualização na compreensão pode entender a si mesma como uma possibilidade histórica do compreendido.”

Por outro lado, esse estar ligado a uma situação e falar a partir da *pré-compreensão* não significa que essa conversão dos conceitos passados seja plenamente satisfeita por critérios subjetivos ou ocasionais – caso contrário, o relativismo prevaleceria e qualquer coisa poderia ser tido sobre o fenômeno jurídico, por exemplo. Assim, mesmo que um texto seja compreendido cada vez de forma diferente, ou seja, que haja atualizações no processo compreensivo de atribuição de sentido – um sentido atribuído anteriormente que agora é atribuído de forma diferente – o texto (assim como a história) continuará sendo o mesmo texto que, a cada momento, será compreendido de forma diferente.

Obviamente que o intérprete precisa deixar que o texto lhe diga algo, porque há um significado de base que se mantém. Mas também, precisa comprovar a validade de seus preconceitos na “coisa ela mesma”, isto é, há uma responsabilidade de suspender nossos preconceitos e avaliar até que ponto eles podem ser confirmados objetivamente naquilo que se está interpretando. É por isso que Gadamer (2015, p. 487) fala em fusão de horizontes: “a própria finitude histórica da nossa existência implica estarmos conscientes de que, depois de nós, haverá outras pessoas que compreenderão de modo cada vez diferente”; enquanto que a obra continuará sendo a mesma, sem alteração, o que “comprova sua plenitude de sentido cada vez que é compreendida diferentemente, assim como a história continua a ser a mesma, cujo significado continua se determinando.”

Dessa forma, não há que se falar em discricionariedade e relativismos nessa descrição compreensiva, pois, conforme nos ensina Lenio Streck (2014, p. 387): “não existe um processo de discricionariedade do intérprete, uma vez que a atribuição de sentido ex-surgirá de sua situação hermenêutica, da tradição em que está inserido, enfim, a partir de seus pré-juízos.”

4.2.2 A hermenêutica jurídica nesse paradigma *filosófico*

De imediato, é importante registrar que toda a abordagem de Gadamer sobre uma hermenêutica filosófica e a descrição do acontecimento compreensivo não estão voltados para qualquer especificidade do campo jurídico. Conforme lembra Tomaz de Oliveira (2013, p. 97), deve-se ter cuidado para não fazer um uso “aplicativo” dos elementos gadamerianos, dificultando, assim, qualquer tentativa de um transplante imediato de sua abordagem para o Direito.

Portanto, partimos da seguinte premissa: não há “fórmula mágica” para a solução imediata de todos os problemas interpretativos que ocupam o fenômeno jurídico. Mas, por outro lado, há de se destacar também que a hermenêutica desenvolvida dentro desse quadro filosófico pode contribuir para uma melhor compreensão da tarefa interpretativa do Direito – em especial, ao que nos interessa, a questão de que a interpretação jurídica não significa um resgate das pretensões autorais daqueles que criaram o texto legal, o que reforça nosso argumento da atualidade das disposições constitucionais.

Isso porque, conforme comentamos no início deste capítulo, ainda há na dogmática jurídica brasileira um imaginário de que a hermenêutica estaria voltada para a revelação de sentido nos casos em que a linguagem do dispositivo legal não se mostre com clareza. Ou, seguindo outras premissas, sustentam uma hermenêutica que coloca o subjetivismo do intérprete no cerne do problema, atribuindo-se a juízes uma espécie de discricionariedade no ato interpretativo – interpretação como ato de vontade. Ou seja, ainda é possível observar uma ampla predominância da relação sujeito-objeto que, ora se busca algum tipo de revelação da essência legal, ou, que essa “essência” pode ser discricionariamente definida pelo intérprete.

Retomando-se os conceitos gadamerianos apresentados no tópico anterior, partimos de pressupostos que contrariam esses modos de trabalhar com a hermenêutica jurídica. Aliás, a própria colocação da hermenêutica se dá de uma forma diferente: não se trata de um modo de aplica-la, como se um instrumento fosse; o ponto está na sua própria condição existencial que nos acompanha. Estamos condenados a interpretar. Nesse sentido, partindo dessa condição, indagamos: de que modo, então, a elucidação dessas questões pode nos auxiliar?

Que há essa possibilidade é inegável, na medida em que o próprio Gadamer chega a fazer uma breve abordagem sobre a hermenêutica jurídica; não para se aprofundar no tema – até porque não era este o cerne de suas preocupações –, mas para mostrar que a tarefa do intérprete jurídico é exatamente aquilo que ocorre em qualquer tipo de compreensão. Mais especificamente: a similaridade hermenêutica entre a tarefa do intérprete jurídico e a do intérprete histórico.

Com efeito, Gadamer era um crítico da exigência que havia no contexto do Romantismo de que o historiador deveria abandonar seus conceitos para pensar exclusivamente com

os conceitos da época analisada, em uma espécie de reprodução de sentido da obra originária, o que era (é) bastante predominante na interpretação jurídica. Nesse sentido, Gadamer (2015, p. 429) descreve a interpretação jurídica da seguinte forma: o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma, mas, seu conteúdo normativo é determinado em conformidade com o caso analisado. E para se determinar tal conteúdo, o conhecimento histórico do sentido originário é fundamental; não para saber as intenções dos legisladores criadores (*protocolos parlamentares* sobre a intenção), mas para conhecer as circunstâncias que foram alteradas, determinando-se, assim, uma nova função normativa da lei¹³⁷.

Veja-se que este é o principal ponto da nossa construção: o intérprete jurídico realiza sempre uma adaptação da lei às necessidades presentes; realiza sempre uma mediação (*fusão de horizontes*). Essa adaptação, por sua vez, mostra que o jurista busca identificar o significado jurídico da lei a partir de sua situação hermenêutica e todo o impacto da tradição, atribuindo sentidos que com o passar do tempo se darão de forma diferente.

Assim, tanto o jurista quanto o historiador (que não estuda a lei a partir de um caso) partem da mesma premissa: ante todo e qualquer texto todos nos encontramos numa determinada expectativa de sentido imediato. Vale repetir, o que faz um juiz, segundo Gadamer (2015, p. 431), não se trata de uma mera adaptação arbitrária de traduzir o “sentido da lei”, mas de uma mediação entre a “ideia jurídica” da lei e o presente. Segundo o autor, “o que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação. Assim, não se comporta como historiador, mas se ocupa de sua própria história, que é o presente”.

Essa adaptação a partir do momento presente, então, significa concretizar a lei para o caso analisado. Trata-se de uma complementação, ou seja, uma adição de sentido a partir da situação hermenêutica do intérprete. Em processos judiciais, evidentemente, essa complementação é verificada principalmente na decisão judicial, tendo como principal sujeito o juiz. Mas, vale advertir – e o próprio Gadamer (2015, p. 433), que era filósofo, adverte – que o juiz, assim como qualquer outra pessoa, também se encontra sujeito a lei, de modo que a decisão judicial não deva surgir de arbitrariedades interpretativas.

¹³⁷ Com relação ao historiador jurídico, que supostamente não teria diante de si nenhum caso em questão e seu objetivo fosse tão somente resgatar o sentido originário da lei, Gadamer (2015, p. 430) questiona se seria possível questionar esse sentido originário sem ter consciência da mudança de circunstâncias que separa o primeiro momento da atualidade. Como resposta, o filósofo afirma que a situação hermenêutica é a mesma, de modo que, diante de qualquer texto, todos se encontram em expectativas de sentidos imediatos – ou seja, todos antecipam um sentido do todo na expectativa de que esse primeiro sentido corresponda a lei interpretada.

Ou seja: a atribuição de sentido presente (diferente) não tem em vista tão somente os preconceitos do intérprete que foram adquiridos pelo legado da tradição. Desse modo, não se considera hermeneuticamente adequados eventuais “adaptações” no dispositivo constitucional ou legal que busquem mediar seu sentido transmitido pela tradição com aquilo que deseja as maiorias atuais, por exemplo. Pois, embora o “texto” legal não carregue consigo seu sentido pronto e acabado, há um significado de base que se mantém e que a tradição, por meio da linguagem, conservou (transmitiu). Assim, Gadamer (2015, p. 436) dirá que o sentido que se deve compreender somente se concretiza e se completa na interpretação, mas sempre mantendo-se ligado ao sentido do texto, não havendo uma plena “liberdade” do intérprete¹³⁸.

Em termos de teoria do Direito, é o que Konrad Hesse denomina como *condicionamento recíproco* entre Constituição jurídica e realidade político-social. Com efeito, Hesse compartilha variados elementos dessa hermenêutica filosófica abordada por Gadamer, principalmente o processo no qual descreve a *pré-compreensão*, de que em toda interpretação da Constituição há uma influência da carga *pré-compreensiva* do intérprete que impacta os projetos interpretativos – descrevemos isto anteriormente. Isso é de bastante relevância para o desenvolvimento do presente trabalho na medida em que Hesse (1991, p. 24), a partir desse reconhecimento hermenêutico, considera que a Constituição jurídica¹³⁹ está condicionada pela realidade histórica, não podendo ser separada da realidade concreta de seu tempo.

Isso significa que Hesse distingue a Constituição (enquanto texto) da realidade social apenas para reforçar que a pretensão de eficácia de uma Constituição só se realiza nessa relação recíproca; nas palavras do próprio autor (1991, p. 15), “a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”. Nesse sentido, mudanças nas relações fáticas

¹³⁸ Em outra passagem, Gadamer (2015, p. 514) afirma que toda interpretação deve acomodar-se à situação hermenêutica que pertence. Porém, “o estar ligado a uma situação não significa de modo algum, que a pretensão de correção inerente a toda e qualquer interpretação se dissolva no subjetivo ou ocasional. Não vamos retornar ao conhecimento romântico que purificou o problema da hermenêutica de todos os seus motivos ocasionais. Interpretar, para nós, tampouco é um comportamento pedagógico, mas a realização da própria compreensão, que não se cumpre apenas para os outros em cujo benefício se interpreta, mas também para o próprio intérprete e somente no caráter expresso da interpretação que se dá na linguagem.”

¹³⁹ “Constituição jurídica” é o termo utilizado por Hesse (1991) para usar a mesma terminologia adotada por Ferdinand Lassale, que, em 1862, proferiu uma conferência na qual apresentou a seguinte tese: questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. Isso porque a Constituição de um país expressa as relações de poder, de modo que as relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que expressem a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; são esses fatores reais que formam a Constituição *real*. Enquanto a Constituição como um documento, a Constituição *jurídica*, não passa de um “pedaço de papel”. É a partir dessa consideração de Lassale sobre a Constituição que Hesse desenvolve seu argumento da conhecida *força normativa da Constituição*. Hesse se vale dessa distinção entre Constituição *jurídica* e *real* para apresentar sua resposta de que o adequado é um condicionamento recíproco entre ambas, e não uma separação radical.

acabam provocando mudanças na interpretação da Constituição. É o que o próprio Hesse (2009, p. 39) chama de *mutação constitucional*. Mas, aqui, cabe uma necessária ressalva que é muito bem explorada por Flávio Quinaud Pedron (2012): o termo *mutação constitucional*, no contexto Alemão do final do Século XIX e início do Século XX, foi visualizado não como forma de “atualizar” a Constituição, mas, em um cenário de crise do positivismo legalista, as mutações surgiram como forma de inobservância da Constituição, justamente pelo hiato que se verificava entre a realidade vivida à época e o texto constitucional.

Por outro lado, Hesse abordou o tema da mutação em sentido similar ao que aqui estamos argumentando, isto é, toda Constituição é Constituição no tempo, de modo que a alteração na realidade social acaba por afetar a atribuição de sentido ao conteúdo dessa mesma Constituição (norma) em um dado momento, desde que devidamente reconhecidos os limites dessa alteração: o próprio texto da Constituição. De acordo com Hesse (2009, p. 42): “resulta inadmissível uma interpretação diferente dos enunciados constitucionais em franca contração com o seu texto”, e salienta ainda que, em todos os casos, quaisquer reformas constitucionais – seja ela formal (emenda) ou informal – pressupõe que se mantenham intactas as decisões fundamentais que configuram a identidade da Constituição – em nosso caso brasileiro, essas *decisões fundamentais* podem ser associadas as cláusulas pétreas.

Em resumo: há uma compreensão diferente a cada projeto interpretativo da Constituição conforme se dá a continuidade histórica de sua vigência; mas isso não significa um abandono do sentido “básico” do texto, delegando-se ao intérprete um poder de enunciar os sentidos do texto constitucional a partir e tão somente de sua consciência, isto é, escutando tão somente a sua própria opinião.

A propósito, é por isso que Lenio Streck (2014, p. 341) diz que o conteúdo do texto jurídico está na literalidade e além dela. Com efeito, o autor brasileiro pode ser considerado um dos principais nomes em contexto nacional que faz uma *mediação* entre a hermenêutica filosófica gadameriana e a interpretação jurídica no Brasil, porque mostra como os conceitos ali trabalhados podem contribuir para a compreensão do fenômeno jurídico. Aliás, Streck faz uma abordagem que se pretenda contra o relativismo jurídico travestido no imaginário de que juízes possuem uma espécie de poder discricionário. Já que compreender implica sempre uma produção de sentido e, conseqüentemente, um compreender diferente a cada momento, é preciso salientar que esse *diferente* não implica em “liberdade” de interpretar seguindo tão somente os próprios preconceitos.

Assim, evidentemente que um texto jurídico possa receber múltiplos sentidos – basta lembrarmos daquilo que abordamos sobre Dworkin: muitos dos direitos constitucionais

estão tidos em uma linguagem abstrata, de modo que as interpretações divergem sobre aquilo que pode ser considerado a melhor interpretação. Mas, mesmo essa variedade de sentidos que um texto jurídico possa receber (como qualquer outro texto), há limites estabelecidos pela linguagem que, por sua vez, fora instituída por uma tradição. Atualmente, por exemplo, em termos jurídicos/acadêmicos, dificilmente se encontram questionamentos acerca da constitucionalidade da Lei de “Cotas” por supostamente violar a igualdade prevista no art. 5º da Constituição¹⁴⁰, na medida em que a tradição jurídica brasileira já estabeleceu (e constantemente estabelece) um sentido básico para a igualdade que não a contrapõe com essa adoção de políticas afirmativas.

Nesse sentido, seguindo essas premissas gadamerianas, Streck (2014, p. 342) afirma ser a faticidade o que efetivamente produzirá a resposta acerca do sentido do texto, “uma vez que não existem conceitos sem coisas”. Desse modo, as “escolhas interpretativas” disponíveis ao intérprete são limitadas pela tradição, mas não absolutamente determinadas por ela; ela dá as condições para que a atribuição de sentido, em determinados contextos, ocorra cada vez de uma forma. É dentro desse paradigma que se pode citar, por exemplo, a distinção operada entre texto e norma que tem especial relevância no debate jurídico. Isso porque, muito se fala sobre a possibilidade que o STF tem de mudar seu entendimento sobre direitos constitucionais controversos na medida em que há alterações no contexto social.

Não discordamos dessa possibilidade; ao contrário: ela constitui nosso principal argumento sobre a atualidade dos compromissos constitucionais e a sua conseqüente legitimidade contramajoritária. Mas, de tudo que aqui estamos expondo, é preciso reforçar esse caráter não relativista da interpretação, como se a cada momento uma nova norma fosse atribuída a determinados textos jurídicos e pudesse reivindicar sentidos contrários a esse mesmo texto. É o caso que citamos em outras passagens da presunção de inocência e a fundamentação utilizada por alguns julgadores de que a “moralidade social” não suportava mais uma suposta impunidade de políticos no âmbito de processos criminais, e que, portanto, tais políticos deveriam iniciar o cumprimento de suas penas antes do trânsito em julgado. Trata-se de um típico exemplo que distorce a *atualização de sentido* ou até mesmo a *mutação constitucional* – nos moldes abordados por Hesse.

A norma é sim produto da interpretação atribuída pelo intérprete ao texto jurídico, afinal, a tarefa de interpretar a lei consiste na atribuição (adição) de sentido (STRECK, 2014, p. 306). Mas, o texto não comporta qualquer norma; não comporta atribuição de sentidos

¹⁴⁰ A título de sugestão, ver o capítulo 9, denominado de *A discriminação compensatória*, de *Levando os direitos a sério*. Cf. DWORKIN, 2010, p. 343.

arbitrárias. Conforme procuramos apresentar, há um sentido que se antecipa e que é fruto da pré-compreensão: ninguém se depara com o texto constitucional e atribui sentidos de que aquele texto compõe a letra de uma música ou um texto literário. Há um legado da tradição e, a partir desse legado que compõe nossa faticidade, atribuímos sentidos a esse texto, na dinâmica do círculo hermenêutico e todo o reprojeta de nossas expectativas de sentido. É por isso que a distinção entre programa normativo (teor literal) e âmbito normativo (recorte da realidade social para o qual o programa normativo aponta) operada por Friedrich Müller se mostra pertinente.

Pois, para Müller, é da interação entre o programa normativo e o âmbito normativo que surgem as normas de decisão que solucionam o caso. A estrutura metodológica aqui circula entre a investigação dos elementos linguísticos que compõem o programa da norma (texto) e a investigação dos elementos linguísticos que compõem a circunstância que está sendo analisada em termos políticos/econômicos/sociais. O ponto é que não há preponderância¹⁴¹: ao mesmo tempo que o texto não é o único critério a ser observado na concretização de direitos, o âmbito da norma, por sua vez, não pode ser compreendido como uma mera soma de fatos que pode justificar uma interpretação contrária ao texto.

Conforme explica Müller (2008, p. 249), o âmbito normativo não corresponde a uma esfera de liberdade “natural”, nem deve ser utilizado como natureza das coisas desvinculada de normas, corregedora da norma ou simplesmente superpositiva. Assim, “[...] a ‘natureza’ das coisas a serem aqui apreendidas pela teoria da norma significa apenas estrutura material básica das circunstâncias reais do mundo social normatizadas, apreendidas pela norma e co-fundadoras da normatividade concreta da disposição legal.”

Isso significa que o âmbito normativo não engloba a totalidade da realidade social, mas tão somente aquele recorte estipulado pelo programa normativo, o que se verifica no processo de interpretação jurídica. É por isso que, na possível atualização de sentido que se faz de uma norma não pode haver desconsideração do texto, porque embora ele não carregue a norma, dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito (MÜLLER, 2008, p. 41).

4.3 A temporalidade do Constitucionalismo Moderno

¹⁴¹ Tanto o programa como o âmbito da norma estão em nível hierárquico igual (CF. MÜLLER, 2005, p. 42).

Retomando-se a problemática que guiou o presente trabalho, vejamos como essa abordagem em torno de uma hermenêutica filosófica pode contribuir para a compreensão da legitimidade intergeracional de uma Constituição. (Re)começamos com a colocação do problema a partir das contribuições de Jed Rubenfeld: considerando-se uma Constituição escrita (e toda a tradição que acompanhou seu desenvolvimento), o *autogoverno* não pode se dar por meio de uma política de *voz popular*. Conforme mencionamos no capítulo anterior, quando da abordagem da premissa majoritária, Rubenfeld (2001, p. 3) mostra que esse pensamento – de uma liberdade que se satisfaz quando o autogoverno está possibilitado a se autodeterminar plenamente no presente (*aqui e agora*) – é paradoxal, na medida em que a tentativa de se emancipar do tempo exige, para ter sucesso, um entrincheiramento no tempo: “se é para emancipar, deve, no mínimo, ser lembrada, transportada e projetada no futuro”.

Aliás, as próprias revoluções do Século XVIII, marcadas por essa proclamação dos direitos dos vivos se autogovernarem, tiveram de conquistar um enraizamento histórico de uma certa transformação constitucional, que acabou se projetando nas gerações vindouras – exigiu-se assim um compromisso interminável com o passado e com o futuro, o que contribuiu para a manutenção das instituições democráticas (RUBENFELD, 2001, p. 4).

Isso significa que até mesmo os direitos que regulam e possibilitam as deliberações majoritárias da geração atual exigiram a elaboração de compromissos (leis) no passado sem os quais as projeções futurísticas não seriam possíveis. Nesses termos, a Constituição, como qualquer lei que venha a ser sancionada e posta em vigor, deve se projetar no tempo por meio de escrituras legais; o que dificilmente se cumpriria se o presente político estivesse voltado exclusivamente a exigência do *governo dos vivos*, que, conforme já mostramos, pode colocar de lado o próprio texto constitucional a fim de atender à vontade democrática momentânea do presente – essa é a principal fonte de justificação do presente trabalho.¹⁴²

¹⁴² Ademais, além de rejeitar esse ideal de autogoverno, Rubenfeld rejeita também a proposta de enfrentamento a dificuldade contramajoritária que ele assim coloca: “o direito constitucional é consistente com a liberdade democrática na medida em que impõe os postulados atemporais de individualidade livre e igual nos quais a democracia se baseia.” Aqui, tudo indica que o autor se refere a abordagem *dworkiana* de democracia constitucional baseada naqueles dois princípios da dignidade humana, que o mesmo atribui como “verdades atemporais” derivadas do trabalho de um ou outro filósofo moral; segundo Rubenfeld (2001, p. 72) sobre tal proposta, “ela deixa pouco espaço para uma prática na qual os juízes interpretam uma decisão escrita.” Acreditamos não ser essa uma interpretação acertada da abordagem *dworkiana*. Isso porque, embora Dworkin fale na dignidade moral a partir da observância de dois pressupostos democráticos, isso não significa tais pressupostos tenham seu significado dado de antemão. Pois, fosse Dworkin um adepto de pressupostos atemporais, não falaria o autor em *leitura moral* da Constituição e dimensão de peso e importância do argumento de princípio, por exemplo. De qualquer maneira, e apesar dessas divergências, há pontos enfrentados por Rubenfeld que aqui merecem destaque, em virtude dessa ênfase atribuída a questão interpretativa e temporal que, por sua vez, tem aproximações com a temática da *atribuição de sentido* da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer que será analisada a seguir como fonte de estruturação para nosso principal argumento.

Ao contrário dessa concepção, Rubenfeld (2001, p. 12) alega que a governança democrática acontece estabelecendo-se e mantendo-se em seus próprios compromissos fundamentais ao longo do tempo: “[...] restaure o tempo para o autogoverno, e o constitucionalismo não mais permaneceria em um relacionamento misterioso e presumivelmente de oposição à democracia.”¹⁴³ Assim, como é possível observar, um dos principais objetivos do autor é estabelecer um argumento em que o aspecto *temporal* do Direito seja utilizado para a resolução da *dificuldade contramajoritária*¹⁴⁴.

Para tanto, o autor faz uma defesa da “revolução” operada pela escrita da Constituição estadunidense, pois ela se tornou o elemento constitutivo da democracia, sendo fundamental para que um povo se lembre, interprete e mantenha seus compromissos ao longo do tempo – é o que o mesmo chama de *constitucionalismo como democracia*. Nesse constitucionalismo democrático, afirma o autor que a geração atual deve se considerar como um povo estendido temporalmente, respeitando os compromissos assumidos no passado dos quais somos beneficiários hoje; não somente porque limitações constitucionais impediram diferentes rupturas democráticas e possibilitaram o futuro, mas porque esses compromissos ainda nos pertencem. Desse modo, não se trata de uma submissão irrestrita ao passado e tampouco uma obediência cega ao presente; o fundamental é o modo como se vive esses compromissos ao longo do tempo - Rubenfeld fala no fortalecimento da autoridade da Constituição à medida que perdura e sob a qual é vivida.

Assim, viver um compromisso, nesses termos, exige interpretação, mas não uma interpretação em um dado momento que se pretenda capaz de “cobrir” os séculos, e sim uma interpretação contínua. É por isso que aqueles que levantam objeções tidas como *democráticas* aos compromissos constitucionais devem levar em consideração a questão interpretativa do Direito, porque tais compromissos só “amarrariam” a deliberação presente caso houvesse a eterna necessidade de aplica-los em conformidade com os sentidos pretendidos originalmente por seus criadores, o que não é o caso de nosso argumento.

Conforme mencionamos na subseção 2.3, Waldron alega que uma das desvantagens do pré-compromisso é que ao “delegar” seu julgamento a um outro órgão, haveria a possibilidade de um julgamento que não representasse as intenções do agente que se autorestringiu no primeiro momento. Ocorre que, ao contrário disto, a ênfase aqui atribuída recai sobre o fato de

¹⁴³ Texto original em inglês: Restore time to self-government, and constitutionalism would no longer stand in a mysterious, presumptively oppositional relationship to democracy.

¹⁴⁴ Quanto a este ponto, embora o autor esteja dialogando com outra realidade constitucional, vejamos que ela não se distancia de nossas pretensões em torno de um argumento temporal.

que não só esse “outro” órgão teria tal possibilidade. A grande questão é que a própria comunidade política atual e futura, bem como a composição atual e futura desse órgão terão a possibilidade de interpretar e ressignificar os compromissos constitucionais previstos no texto da Constituição (e não as intenções originárias!) a partir da situação (hermenêutica) concreta. Este é o principal ponto.

Pois, é a interpretação que possibilita assumirmos esses compromissos ao longo do tempo, à medida que compreendemos e interpretamos continuamente. Por isso, afirma Rubenfeld (2003, p. 1761) que se compreendermos o autogoverno com esse elemento temporal de uma interpretação contínua, não há necessidade de negar a historicidade constitucional, porque é exatamente ela que juízes devem honrar quando da interpretação da Constituição para anular alguma incompatibilidade criada pelas maiorias atuais¹⁴⁵.

Isso não diminui a legitimidade da Constituição, justamente porque seu sentido atual não se limita ao sentido originário empregado pelos constituintes e, muito menos, não se confunde com aquilo que eles pretendiam.¹⁴⁶ Da mesma forma que a legitimidade não se realiza por aquilo que desejam as maiorias eventuais quando, por exemplo, anseiam pela retirada de direitos de alguma minoria.

Ao contrário: pode-se dizer que a legitimidade está, também, na continuação dessa Constituição, afinal, é ela que possibilita um marco temporal dentro do qual se torna possível que uma completa democratização do processo de poder seja alcançada pelas gerações futuras (LOEWENSTEIN, 1957, p. 134). Segundo o próprio Dworkin¹⁴⁷ (2014, p. 492), a avaliação de legitimidade exige um juízo interpretativo que, por sua vez, deve levar em consideração o tempo e o lugar; isto é, deve computar as ideias predominantes dentro da comunidade política¹⁴⁸. Em nossa recente história constitucional, pode-se mencionar o caso da criminalização da discriminação homoafetiva que, da constituinte de 1987-1988 até 2013 (ou 2019), foi amplamente

¹⁴⁵ Embora seja possível traçar essa similaridade com alguns dos argumentos de Rubenfeld, descartamos a proposta do autor no que tange a questão interpretativa propriamente. Isso porque, o autor apresenta um “método” como forma de interpretar a Constituição estadunidense chamado *Interpretação de Caso Paradigma*. Ocorre que tal proposta, diferentemente das colocações mencionadas, mostra-se voltada exclusivamente para o contexto do *common law* estadunidense. Portanto, dada as diversas diferenças, não foi considerada sua menção no presente trabalho.

¹⁴⁶ Segundo afirma Rubenfeld (2001, p. 13): “Uma constituição escrita pode parecer democrática em conteúdo, mas se esta constituição for imposta ou mantida de forma não democrática, algo diferente do constitucionalismo democrático será realizado.” – similarmente, é o que Loewenstein classifica como *Constituição Semântica*.

¹⁴⁷ Contrariando mais uma vez a afirmação de Rubenfeld sobre uma suposta atemporalidade dworkiana.

¹⁴⁸ Dworkin (2014, p. 493) cita o exemplo da monarquia ou teocracia: “Numa época em que quase todos aceitavam que o destino de cada um se encontrava mais protegido e sua dignidade se expressava melhor quando ele era governado por aristocratas e ou clérigos nomeados por um deus e quando a religião do Estado era canônica, o argumento interpretativo em prol da legitimidade de uma verdadeira monarquia ou teocracia era mais forte do que é hoje. De qualquer modo, o juízo interpretativo deve levar e conta toda a gama das leis e práticas do governo.”

ignorada, mesmo com determinação constitucional por tal criminalização – o tema será melhor analisado em tópico seguinte.

Em termos *gadamerianos*, pode-se dizer que o intérprete jurídico precisa ter consciência dos *efeitos* da história, isto é, o jurista precisa ter consciência de sua situação hermenêutica impactada pela tradição, qual seja: o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito. Assim, a fusão de horizontes entre o texto constitucional e os preconceitos do intérprete deve levar em consideração a historicidade constitucional e todo o seu *constituir*. É somente dessa situação que se atribui sentidos – considerando-se nosso atual momento. Mais uma vez, é Lenio Streck (2011, p. 546) que bem ilustra essa questão:

quando nos ocupamos com questões jurídicas, possuímos, antecipadamente/pré-compreensivamente, um todo conjuntural que nos permite articular os diversos instrumentos que a tradição jurídica construiu. Há sempre um todo antecipado em cada ato particular que praticamos como advogados, procuradores, promotores, juízes etc. No contexto da tradição em que estamos inseridos, este todo é representado pela Constituição. Mas não a Constituição enquanto um texto composto de diversas fatias: os artigos, os incisos, as alíneas etc., *mas, sim, a Constituição entendida como um evento que introduz, prospectivamente, um novo modelo de sociedade*. Este evento que é a Constituição está edificado sob certos pressupostos que chegam até nós pela história institucional de nossa comunidade. Tais pressupostos condicionam toda tarefa concretizadora da norma, porque é a partir deles que podemos dizer se o direito que se produz concretamente está legitimado de acordo com uma tradição histórica que decidiu constituir uma sociedade democrática, livre, justa e solidária.

Dessa forma, tendo todo esse aspecto constitucional que se antecipa em qualquer tentativa de compreensão, não há que se falar em paradoxo intergeracional. Certamente, parte considerável da geração atual não participou da constituinte de 1987-1988 e cada vez mais terão menos pessoas que, de alguma forma, ao menos elegeram deputados para a criação da Constituição. Mas, isso não a torna menos legítima, vez que o foco é a necessidade de que essa Constituição seja constantemente interpretada a partir dos quadros contemporâneos, de modo que, os sentidos hoje atribuídos dar-se-ão exatamente em consonância com a continuidade histórica dessa Constituição (compartilhamento de sentidos). Continuação esta que não se dá por uma mera questão de antiguidade, mas, porque é condição de possibilidade para a democracia e os seus valores mais caros, tais como as próprias *liberdades*.

Portanto, a partir desse aspecto temporal de que falamos, as futuras gerações não só conservam os compromissos assumidos no passado em uma espécie de “reprodução” daqueles termos anteriormente estabelecidos. Mais do que isso: há uma efetiva contribuição das gerações futuras na composição do Direito Constitucional. Isso que Rubinfeld aponta como interpretação contínua das disposições constitucionais, conforme também insistimos, não implica no

significado pretendido em 1988 quando a Constituição foi promulgada, pois, ao interpretar tais disposições, atribui-se um novo e diferente sentido de que aquele conteúdo constitucional é adaptável as situações concretas para as quais ele foi projetado prospectivamente.

Com efeito, são inegáveis os avanços, retrocessos e diferenças que ocorreram na complexa sociedade brasileira desde que a Constituição foi promulgada. Assim, quando estamos diante do texto constitucional e intentamos a compreendê-lo, são inevitáveis os efeitos que essas mudanças históricas causam.

Os sentidos são temporais, de modo que as disposições de nossa Constituição podem receber uma ressignificação de uma nova estrutura de significado a partir dos quadros contemporâneos, isto é, “à luz de seu lugar na *história* que não se pensa como o passado, mas como o *médium* por qual nós todos, juntos, e cada um de nós, permanentemente, construímos” (COELHO, 2020, p. 143). Esse é o aspecto temporal tão relevante para a interpretação da Constituição que nos possibilita dizer que nada há de ilegítimo em seu conteúdo compromissório; ao contrário: há um juízo de constatação de legitimidade não somente porque possibilitou nossa democracia atual, mas porque interpretamos esse conteúdo a partir de nossa situação hermenêutica contribuindo-se para a sua continuação histórica da qual essa Constituição também faz parte.

No entanto, vale registrar, finalmente, que isso não pode significar, por uma exigência de integridade e coerência com o texto *transmitido*, uma abertura para que a comunidade política e principalmente os tribunais atribuam sentidos que “sufoquem” ou “atropelem” o texto da Constituição. Nesse sentido, chamamos a atenção para esse aspecto compreensivo-interpretativo do Direito: esse processo de “atualização de sentido” não significa atualizar em conformidade com os anseios majoritários ou as vontades de um julgador. A possível *atualização* ocorre na situação hermenêutica da qual o intérprete se encontra: o Estado Democrático de Direito proporcionado pela Constituição brasileiro.

Em outras palavras: “é a partir da aplicação da própria Constituição, a partir da concretização dos direitos nela previstos, que se pode atualizar e revigorar sua potência, sua carga revolucionária, no Estado Constitucional Democrático” (DE CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 167). É por isso que nossa abordagem não pode ser confundida com a mencionada *mudança constitucional*; antes, deve ser compreendida dentro desse paradigma constitucional brasileiro, isto é, de um texto constitucional que encontra aderência na realidade e, a cada momento, possibilita novas possibilidades interpretativas (sem que o texto tenha de ser expurgado), conforme a ilustração do exemplo a seguir.

4.4 Uma exemplificação da discussão no contexto constitucional brasileiro: a (in)coerência da ADO nº26

No dia 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, a fim de reconhecer, dentre outras coisas, o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se refere o inciso XLI do art. 5º da Constituição Federal. Desse modo, o Supremo reconheceu a inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo em editar uma lei que puna a discriminação existente na sociedade brasileira para com a comunidade LGBTQIA+. Além disso, o Supremo deu interpretação conforme à Constituição para enquadrar a conduta homofóbica e transfóbica aos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional), até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional – a justificativa dessa equiparação foi apresentada a partir de uma dimensão social do conceito de racismo que estaria para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos.

Conforme apontamos nas notas introdutórias, trata-se de um caso socialmente controvertido que, ao menos no que diz respeito aos parlamentares, houve uma rejeição e/ou uma postergação deliberada contrária ao cumprimento da Constituição, uma vez que a proposta de criminalizar tal conduta havia sido ignorada em mais de uma oportunidade. Na verdade, conforme demonstra Gustavo Gomes da Costa Santos (2016, p. 198-199), houve, até o ano de 2012, quatro proposições legislativas que visavam a promoção de direitos da população LGBTQIA+. São elas: 1) proposta de inclusão do termo “orientação sexual” nas razões de não discriminação do artigo 3º da Constituição Federal (Assembleia Nacional Constituinte, julho de 1987 e janeiro de 1988); 2) proposta de inclusão do termo “orientação sexual” nas razões de não discriminação do artigo 3º da Constituição Federal (Revisão Constitucional de fevereiro de 1994); 3) Projeto de Lei nº 1.151/1995, que reconhecia a Parceria Civil Registrada entre pessoas do mesmo sexo; e 4) Projeto de Lei nº 5.003/2001, que criminalizava a homofobia.

Todas as quatro proposições sofreram algum tipo de desaprovação por parte do Legislativo e não foram aprovadas. Com relação à última, que possui maior relação com aquilo que foi decidido pelo STF, chama a atenção o fato de que, embora o projeto de lei tenha sido aprovado em votação simbólica no plenário da Câmara dos Deputados em 2006, foi remetido ao Senado Federal, onde sofreu intensa oposição e acabou sendo regimentalmente arquivado

em 2011¹⁴⁹, em conformidade ao regimento interno da referida casa legislativa (SANTOS, 2016, p. 200). Ou seja, apesar de não ter sido rejeitado – igual as outras duas proposições referentes à constituinte – o projeto sofreu tamanha oposição que sequer foi submetido a votação no plenário do Senado Federal.

Nesse sentido, é possível visualizar um cenário de eventual tensão entre aquilo que determina a Constituição – conforme mandamento criado pelos constituintes de 1988, embora não pretendido pelos criadores – e aquilo que deliberou (ou, principalmente, deixou de deliberar) o Poder Legislativo em diversas oportunidades. Evidentemente que o caso possui relação com o todo teórico até então relacionado, de modo que nossa intenção agora é mencionar os pontos de convergência que podem contribuir para uma análise sobre os méritos da decisão.

Em primeiro lugar, cabe analisar aquilo que dispõe o inciso XLI do art. 5º da Constituição Federal: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Certamente, é possível observar que esse dispositivo não foi elaborado para tutelar condutas discriminatórias específicas, mas “tão somente” aquelas que atentem contra os direitos e liberdades fundamentais. Quanto a este ponto, embora a conduta homofóbica não fosse inexistente no momento de criação da Constituição Federal brasileira, o referido dispositivo não foi elaborado para tutelar exclusivamente condutas referentes a esse tipo de discriminação – mais do que isto, na verdade, houve ampla rejeição do termo “orientação sexual” na proposta de inclusão aos motivos determinantes do art. 3º da Constituição.

Nesse sentido, uma concepção originalista sobre esse inciso XLI até poderia oferecer uma resposta parcialmente satisfatória no sentido de que os constituintes se valeram da expressão “qualquer discriminação” porque suas intenções eram realmente abranger quaisquer tipos de discriminação. Contudo, considerando-se a ocorrência de manifestação dos constituintes em sentido contrário a inclusão do supramencionado termo¹⁵⁰ - ainda que os *motivos determinantes* não sejam vinculantes – a interpretação originalista teria de rejeitar a decisão do STF, na medida em que essa era a pretensão de seus criadores.

Ademais, um outro ponto a se indagar é: mesmo sendo otimista e levando-se em consideração uma proposta originalista, como verificar quais dos 559 congressistas que integravam a assembleia constituinte estavam inclinados a estabelecer uma proteção a comunidade LGBTQIA+? Em uma legislatura não composta por um único indivíduo natural, mas com

¹⁴⁹ Essas informações podem ser confirmadas no próprio portal do Congresso Nacional. Cf. <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pl-5003-2001>.

¹⁵⁰ Inclusive, até 1990 (após a promulgação da Constituição) a homossexualidade era considerada uma enfermidade pela Organização Mundial de Saúde. Isso não significa que este era o fundamento máximo da rejeição, mas era uma realidade da época.

centenas de pessoas com opiniões políticas e estados mentais completamente diferentes, essa busca pelas intenções originalistas não só se mostra incoerente com o texto da Constituição, como também impossível de verificação. Nesse sentido, Jeremy Waldron (2003, p. 32) afirma o seguinte:

Não cabe a questão de sermos capazes de atribuir à legislatura como tal quaisquer pensamentos, intenções, crenças ou propósitos. Além do significado incorporado convencionalmente no texto do estatuto submetido à Casa e votado, não há nenhum estado ou condição que corresponde à “intenção da legislatura” da qual alguma outra coisa – como aquilo que membros ou grupos específicos disseram, pensaram, escreveram ou fizeram – pudesse oferecer uma pista.

No entanto, para além de uma concepção originalista (e insuficiente), pode-se dizer que apesar do termo “orientação sexual” ter sido rejeitado no momento fundacional da Constituição brasileira e as proposições legislativas a respeito ignoradas nas legislaturas seguintes, toda a questão sobre a discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais da referida comunidade LGBTQIA+ recebeu, por parte do Supremo, uma atribuição de sentido diferente daquela até então predominante pelas maiorias do Poder Legislativo. Isto é, ao reconhecer a inércia do Congresso Nacional em elaborar uma lei que puna condutas discriminatórias, o Supremo atribuiu um sentido atual a partir dos quadros contemporâneos sem que houvesse qualquer necessidade de resgatar a pretensão dos constituintes e, principalmente, sem qualquer tipo de extrapolação dos limites linguísticos e históricos da Constituição. Conforme se verifica na própria decisão:

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torna-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade (BRASIL, 2019).

Evidentemente que esse sentido atribuído pelo Supremo não estaria incorreto se aplicado em momentos anteriores de nossa democracia, inclusive na própria constituinte de 1987-1988. No entanto, a problemática que se levanta é justamente a de que maiorias legislativas nunca efetivaram o cumprimento da Constituição no que tange a este assunto; e veja-se que nem maiorias qualificadas (tal como é para a alteração do texto da Constituição) eram necessárias para que tal mudança acontecesse. Nesse sentido, há de se destacar a ocorrência de uma “atualização de sentido” do referido dispositivo constitucional a partir de uma mediação entre

a “ideia jurídica” e o tempo presente, que, por sua vez, passou por mudanças significativas desde de 1988. Com efeito, no âmbito social, houve diversos avanços no que diz respeito a manifestações da comunidade LGBTQIA+ na luta por reconhecimento, igualdade e tantos outros direitos. A título de exemplo, pode-se mencionar a criação de diferentes Associações¹⁵¹, a criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT (criado em 2001), entre tantos outros eventos que tiveram/tem como pauta identitária o movimento LGBTQIA+.

Isso, por outro lado, não faz com que tal grupo minoritário esteja blindado contra preconceitos discriminatórios e diversos tipos de violência, tampouco faz com que as suas pautas sejam amplamente discutidas e levadas em consideração pelo Poder Público. Na verdade, todos esses avanços que são verificáveis socialmente padecem de incorporação política. Conforme conclui Adriana Marques Aidar (2016, p. 225) em recente estudo, apesar de ampliar e potencializar as reivindicações da população LGBTQIA+, o referido Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT enfrenta “grande dificuldade” de encaminhamento das demandas levantadas, fazendo com que elas raramente sejam concretizadas na forma de leis ou políticas públicas em todos os níveis da federação¹⁵².

Ademais, em que pese tais adversidades, conforme mencionado, houve um efetivo avanço social; e são justamente essas mudanças nas relações sociais que, transmitidas historicamente, operam na atual interpretação da Constituição. Esse é o impacto da nossa recente história que, acertadamente, foi reconhecida pelo Supremo quando da interpretação do inciso XLI voltada para o âmbito normativo de mora inconstitucional. E é importante registrar que não se trata de um reconhecimento proveniente de uma mera aceitação popular, como se cada vez mais um número maior de pessoas “aceitam” que outras se identifiquem como integrantes da população LGBTQIA+ e, portanto, tal reconhecimento se fez necessário – obviamente que essa aceitação é importante e efetivamente acontece na sociedade brasileira¹⁵³. Mas, o ponto a ser enfatizado não está nas estatísticas de preferência popular, e sim nessa crescente luta por uma efetiva participação democrática como superação de preconceitos discriminadores, fazendo com que a comunidade LGBTQIA+ seja cada vez mais reconhecida como detentora dos

¹⁵¹ São algumas delas: 1) Associação Nacional de Travestis e Transexuais, criada em 1992 sob outra nomenclatura; 2) Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos, criada em 1995; 3) Associação Brasileira de Estudos da Homocultura, criada em 2006.

¹⁵² Há de se mencionar um possível agravamento na situação. Isso porque, no ano de 2019, o governo federal, por meio do Decreto alterou o mesmo CNCD diminuindo a quantidade de membros de organizações da sociedade civil e, ainda, substituindo a identificação LGBT para “minorias étnicas e sociais” e a “vítimas de violência por discriminação”, o que foi visto pela comunidade LGBTQIA+ como um grande retrocesso na luta contra a discriminação motivada pela intolerância à orientação sexual e à identidade de gênero. Cf. REBEH (2019).

¹⁵³ “Aceitação da homossexualidade no Brasil cresceu de 61% em 2013 para 67% em 2019”. Ver: LOTT (2020).

mesmos direitos que quaisquer outras pessoas. Essa é a “atualização” do sentido do texto conforme os quadros contemporâneos e em coerência com esse mesmo texto constitucional.

Aliás, por não ter havido qualquer tipo de atropelo ao texto constitucional, pode-se dizer que essa decisão pelo reconhecimento da inércia do legislativo fortaleceu a democracia, mesmo que contrária ao que a maioria dos representantes do “povo” deliberou durante as últimas décadas. Isso porque, com relação aquilo que fora abordado anteriormente referente a Dworkin e a sua objeção ao majoritarismo, pode-se dizer que um compromisso constitucional foi efetivado na medida que em que a premissa majoritária foi rejeitada, sem fazer com que qualquer pessoa ou grupo tenha tido seus direitos prejudicados. Quanto a este ponto, aliás, não há que se falar em prováveis prejuízos da liberdade de expressão, porque há ninguém é garantido o direito de discriminar¹⁵⁴; ao contrário: houve uma efetiva contribuição à liberdade de expressão de um grupo minoritário no sentido de trazer futuras e maiores possibilidades de se expressarem ao passo que discriminadores possam ser criminalmente responsabilizados caso atentem contra as liberdades alheias por motivos de orientação sexual ou identidade de gênero. Por isso se fala em um efetivo cumprimento da Constituição com a consequente concretização da democracia, e, de modo algum, não o contrário.

Portanto, conclui-se que, ao decidir pela inconstitucionalidade por omissão, o Supremo fez cumprir, para além daquilo que pretendiam os *pais fundadores* da Constituição brasileira, um compromisso constitucional de proteção às minorias vulneráveis. Contudo, a partir do momento que o órgão de cúpula máxima do Judiciário equiparou a conduta discriminatória por orientação sexual às condutas discriminatórias da Lei nº 7.716/89, parte do conteúdo decisório se mostrou incoerente com a Constituição e contrário a própria jurisprudência do STF.

Isso porque, em primeiro lugar, não há uma relação direta entre uma das principais justificativas para tal equiparação e a própria equiparação. Com efeito, diversos apontamentos foram feitos no decorrer do acórdão a fim de mostrar, a partir de estudos e levantamentos estatísticos, a violência sofrida pela comunidade LGBTQAI+. Acontece que o emprego de violência para a prática de quaisquer condutas criminosas já configura a incidência de outros crimes que possuem o devido amparo legal, como o homicídio (art. 121 do Código Penal) e a lesão corporal (art. 129 do Código Penal), por exemplo. Sem embargo, a violência sofrida pelas pessoas que integram essa minoria já encontra algum tipo de respaldo no Código Penal – tanto é que aquilo que ficou decidido foi a equiparação a uma legislação que dispõe sobre penas para

¹⁵⁴ Quanto a este ponto, ver comentários relacionados no tópico 3.3.

condutas discriminatórias, e não para algum tipo de conduta violenta que tenha respaldo no Código Penal. Portanto, esse argumento referente a violência sofrida pela comunidade LGBTQAI+, embora seja preocupante e socialmente relevante, não corresponde ao que o próprio Supremo decidiu, dando amostras que se trata de um argumento moral¹⁵⁵ que tenta “corrigir” o Direito pela via inadequada, qual seja: o Judiciário.

Outro ponto – e talvez o mais importante – referente à equiparação realizada diz respeito a sua inconstitucionalidade. Para explicá-la, é preciso apontar que o Supremo adotou um conceito amplo de racismo alinhado a uma dimensão social para além de aspectos biológicos e fenotípicos. De acordo com a fundamentação, a adoção desse conceito amplo se deu em conformidade com o julgamento do caso Ellwanger, quando o órgão decidiu, por meio de *habeas corpus* (HC nº 82.424/RS), que a prática de conduta discriminatória por preconceito religioso se enquadra como racismo para fins de imprescritibilidade e inafiançabilidade (art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal).

Contudo, naquele julgamento, o Supremo não sustentou qualquer tipo de tese que reconhecia a discriminação por preconceito religioso como crime, pelo simples fato de que a Lei nº 7.716/1989 já o faz. O que o Supremo fez foi apontar que as condutas discriminatórias da referida lei se enquadram nisso que os Ministros chamaram de conceito amplo de racismo, mas tão somente para fins de imprescritibilidade, conforme previsto no inciso XLII. Desse modo, a interpretação atribuída pelo Supremo não buscava a criminalização de qualquer conduta discriminatória, mas sim o enquadramento do preconceito de etnia, religião ou procedência nacional (todos previstos na referida lei) ao mandamento do referido inciso XLII (imprescritibilidade e inafiançabilidade).

Ou seja, o Supremo agiu de forma incoerente com a sua própria decisão passada. Situação juridicamente diversa é o que acontece com o preconceito e condutas discriminatórias motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero que, por sua vez, não se encontram estipuladas na Lei nº 7.716/1989. Nesse sentido, a adoção de um conceito amplo de racismo não pode implicar na integração de qualquer conduta discriminatória nos tipos penais previstos na referida lei, que, por sua vez, limitam-se ao preconceito de raça, cor, etnia, religião ou

¹⁵⁵ No entanto, é importante destacar que o emprego do termo “moralista” aqui não corresponde ao significado moral da teoria dworkiana. Lá, o autor trabalha com a ideia de conceitos morais de uma moralidade política, que deve ser trabalhada dentro da história institucional do Direito. Situação diversa é quando apontamos que nas decisões judiciais os julgadores se valem de argumentos moralistas, no sentido de tentar empregar uma moral particular (ainda que essa moral particular seja predominante na maioria de uma sociedade) como correção do Direito. Nesse sentido, rejeitamos essa segunda hipótese porque ela proporciona julgamentos voluntaristas que extrapolam o Direito e sua história institucional.

procedência nacional. Trata-se de uma questão inerente aos direitos fundamentais que objetiva, entre outras coisas, proteger e garantir segurança jurídica à comunidade política.

Assim, pode-se afirmar que ao equiparar a discriminação por orientação sexual às discriminações da Lei 7.716/1989, o Supremo acabou por criar um crime não previsto em Lei. Em outras palavras, o Supremo legislou em matéria penal e inobservou o que há de essencial num regime democrático que tem na primazia da legalidade sua pedra fundamental (STRECK, 2014, p. 329): a separação dos poderes e o princípio da legalidade, contrariando um direito fundamental de liberdade que dispõe a não existência de crime sem uma lei anterior que o defina (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal). E isso não pode ser enquadrado dentro daquilo que trouxemos como “atualização de sentido” do texto, exatamente porque tal equiparação contraria diferentes textos jurídicos: seja o da Constituição por dispor sobre um crime pela via judicial (e não legislativa); seja o infraconstitucional por tratar *orientação sexual e identidade de gênero* como *raça* previsto na referida lei.

Com isso, não há que se falar em qualquer atualização nessa equiparação, justamente porque houve um atropelo do texto constitucional no que tange à competência do STF e também acerca de direitos e garantias individuais. Afinal, as palavras possuem significado, de modo que o intérprete, quando da sua atribuição de sentido aos textos jurídicos, não está autorizado a atribuir qualquer sentido – ou, conforme o bordão criado por Lenio Streck: “não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”. Independentemente de sua conservação ou não, a tradição já nos legou determinados significados que influenciam nossa faticidade e, conseqüentemente, nossa atribuição de sentido. Em termos jurídicos, essa história é institucional e, nas palavras de Dworkin (2002), ela age não como uma restrição ao juízo político dos juízes, mas como um componente do próprio juízo, “pois a história institucional faz parte do pano de fundo que qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração”.

Portanto, negar a tradição, isto é, negar a história institucional do constitucionalismo brasileiro e atribuir qualquer *norma* a um texto jurídico baseada nos pré-juízos da composição atual de uma Corte, é projetar para o futuro horizontes de sentido que correspondam não a tradição constitucional e seus efeitos na história, mas simplesmente aos preconceitos inautênticos de um determinado intérprete que, por sua vez, também deve observância à Constituição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicia-se essas considerações finais com os mesmos questionamentos introdutórios: afinal, qual a pertinência em levantar questões referentes à dificuldade majoritária entre limitações constitucionais e majoritarismo? Qual a importância de investigar questões sobre a legitimidade constitucional quando se tem uma Constituição em vigência com instituições tidas como consolidadas?

Em primeiro lugar, como forma de justificar tais indagações, fez-se necessária a colocação de um quadro atual sobre a instabilidade constitucional que permeia a realidade jurídica e política brasileira. Instabilidade essa gerada pela inobservância e constante alteração da Constituição, que se agrava na medida em que é possível observar uma dificuldade em conciliar determinadas reivindicações populares (eventualmente majoritárias) com o conteúdo comprometedor/limitador de uma Constituição. Mais do que isso: observa-se um aumento significativo de mobilizações contrárias à própria Constituição, sendo que o ponto crítico reside na dinâmica constitucional de que muitas de suas disposições foram projetadas justamente para conter os impulsos populares com tendência de autodestruição.

Diante desse cenário, então, levantou-se a problematização da legitimidade intergeracional de uma Constituição. Aspectos relacionados não só a compatibilidade entre o constitucionalismo e democracia, mas, principalmente, o aspecto temporal de continuidade de uma Constituição, isto é, sua vinculação para com as gerações vindouras.

Nesse sentido, conferimos uma certa validade à teoria do pré-compromisso constitucional, porque compreendemos ali que, apesar de surgir por motivos que possivelmente não interessam diretamente o presente trabalho, a noção do que vem a constituir um pré-compromisso está consideravelmente relacionada ao próprio constitucionalismo moderno e a necessidade de haver controles recíprocos entre os detentores do poder.

Além disso, constatou-se a proximidade que o pré-compromisso tem com o cenário jurídico-político brasileiro, isto é, aspectos relacionados ao que Elster denomina como miopia e paixões duradouras que justificam a elaboração de limites à deliberação democrática. Com efeito, são situações que, a partir desses conceitos, guardam um grau de similaridade, não sendo possível, em nossa compreensão, trata-las como meras discordâncias. Assim, a lógica de se trabalhar com um compromisso prévio de manutenção da Constituição como forma de possibilitar a democracia, ainda que a partir de limitações majoritárias ou de controles ao poder, não só não é sem sentido, como também pode muito bem explicar o porquê dessas disposições – caráter “demoníaco” do poder incontrolado

Assim, concluiu-se que a ideia de pré-compromisso se apresenta como uma forma de qualificar o constitucionalismo ante o problema do *paradoxo intergeracional*.

Por outro lado, verificou-se que tal teoria padece de uma justificação, na medida em que seus críticos consideraram como fraco o argumento de que patologias sociais seriam suficientes para justificar que as gerações futuras estivessem “amarradas” e as deliberações democráticas prejudicadas, bem como consideram a autonomia democrática prejudicada na medida em que a interpretação futura pode se distanciar dos termos originalmente estabelecidos. Ou seja, quando o pré-compromisso (que está muito próximo ao compartilhamento do poder do constitucionalismo moderno) é visto em uma perspectiva de democracia majoritária/procedimental, essa objeção democrática produz algumas antinomias que tornam a relação entre constitucionalismo e democracia bastante tensa e conflituosa – os últimos anos que marcaram o contexto político brasileiro mostram, em alguma medida, uma proximidade com essa corrente majoritarista¹⁵⁶.

No entanto, não foi esse o caminho aqui desenvolvido. Pois, a concepção *dworkiana* de uma democracia constitucional oferece condições de avaliar a legitimidade da Constituição que estão para além do cumprimento irrestrito das decisões majoritárias. A partir dela, verificamos que o argumento da antidemocraticidade das disposições constitucionais, especialmente as que limitam o poder majoritário, perde força na medida em que a democracia é relacionada a outros pressupostos que não somente as estatísticas, ou seja, pressupostos para além daquilo que a maioria decide; pressupostos esses que, embora sejam trabalhados por Dworkin no contexto constitucional estadunidense, podem ser aproximados da realidade constitucional brasileira em decorrência dos direitos que anunciam.

Na verdade, é importante frisar que não há um rechaço das decisões majoritárias; há, ao contrário, uma forma de qualifica-las: as decisões da maioria são democráticas apenas quando certas condições adicionais são atendidas para proteger o status e os interesses de cada cidadão como parceiro pleno nesse empreendimento (DWORKIN, 2006, p. 131). Tratam-se de dois princípios morais que sustentam a definição de democracia coparticipativa: igualdade, consubstanciada na ideia de igual consideração (*equal concern*); e liberdade, que reflete a ideia de autogoverno (*self-government*).

É o princípio do autogoverno que oferece uma resposta à concepção majoritária de democracia. A partir dele, Dworkin considera que a decisão majoritária é legítima apenas quando há participação (*liberdade positiva*) e independência moral (*liberdade negativa*). A

¹⁵⁶ Não porque houve ataques às instituições e à própria democracia; mas porque houve a crença de que, compondo uma maioria, ao “povo” qualquer reivindicação seria juridicamente válida e possível.

participação traz implicações para o sufrágio universal, eleições periódicas, a representação política, o próprio direito de liberdade de expressão, entre outros, ou seja, a *participação* estabelece um vínculo entre o indivíduo e a coletividade que faz com que a decisão coletiva seja do indivíduo mesmo que tenha ido contrário a ela. A independência, por sua vez, consiste na esfera privada que deve ser preservada toda vez que uma decisão é proferida; em outras palavras, consiste na preservação de alguns direitos a fim de que a dignidade das pessoas não seja violada e estar permaneçam na condição de deliberarem sobre o que há de valor em suas próprias vidas – a exemplo da decisão sobre a religião que se queira seguir.

Assim, quando tais premissas são observadas, uma decisão coletiva no âmbito democrático, fundamentada na Constituição, reivindica sua legitimidade independentemente de sua correspondência ao que a maioria dos cidadãos anseiam. Nesse sentido, o pré-compromisso constitucional tal como apresentamos e concluímos pela sua parcial validade, não se mostra contrário à democracia; antes, são compromissos sem os quais não haveria que se falar em democracia no aqui e agora.

Ademais, embora parcialmente concluído, elencamos a necessidade de inserção do aspecto temporal que permeia o tema do paradoxo intergeracional. Isto é, ainda que verificada a democraticidade de compromissos (e principalmente direitos) constitucionais ante ao majoritarismo, fez-se necessário a análise do problema sob a perspectiva da interpretação da Constituição. Isso porque, a questão intergeracional envolve não só o fato de que disposições criadas por gerações anteriores possam limitar o fazer político de gerações futuras, mas, principalmente, porque essa limitação (ou qualquer outro efeito que tais compromissos venham a implicar) depende da interpretação que os agentes das gerações atuais ou futuras façam de tais disposições.

E, nesse sentido, fez surgir a indagação sobre o sentido que se atribui ao texto da Constituição: um sentido que deve seguir aquilo que pretendiam os criadores do texto constitucional – um sentido *originário*, ou um sentido descolado do texto e que comporta ajustes conforme os anseios democráticos dos tempos; ou, ainda, um sentido que comporta algum tipo de atualização, mas que deve observância ao texto constitucional. Enfim, são diversas as possíveis indagações.

Nossa proposta objetivou apresentar o fenômeno interpretativo no Direito de forma a refutar qualquer perspectiva que ignore o texto, seja ela originalista, seja ela relativista.

Pois, aquele que se propõe a interpretar (e aplicar) as disposições constitucionais não deve buscar nos registros aquilo que os constituintes discutiram e objetivavam como forma de reproduzir aquele conteúdo dito por tais pessoas; ou que o intérprete deva se deslocar de sua

situação atual para aquele momento histórico – algum tipo de assimilação do passado com as expectativas de sentido do presente. E, por outro lado, o intérprete não deve inobservar a linguagem a fim de relativizar o texto e ajustá-lo aos anseios majoritários do presente.

Antes, verificou-se que, a partir de uma filosofia *gadameriana*, o empreendimento hermenêutico detém uma produtividade de sentido consistente no intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete, momento em que a compreensão acontece. O sentido do texto, assim, exsurge a partir da atribuição de sentido por parte do intérprete, e não pelo deslocamento até a constituição psíquica do autor. Isso porque, textos são eventos que integram a tradição, de modo que seus sentidos não dependem do aspecto ocasional representado pelo autor e seu público original, mas porque são determinados também pela situação histórica do intérprete e conseqüentemente por todo curso objetivo da história (GADAMER, 2015, p. 392).

Dessa forma, ocupando-se o curso da história, um texto será compreendido de forma diferente por cada época, justamente porque a compreensão se dá nesse intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. Quando um intérprete compreende um texto, o faz a partir de sua situação afetada pela tradição; mas, movimentando-se no acontecer da tradição, a consciência histórica do intérprete está em contínua formação, de modo que sua atribuição de sentido a esse mesmo texto no futuro será *diferente*.

Assim, a distância temporal ganha sua produtividade hermenêutica, possibilitando-se ao intérprete a conscientização dos efeitos que o passado gera no processo compreensivo-interpretativo. Ou seja, se o intérprete atribui um sentido a um texto legal criado no passado, ele o faz a partir do tempo presente, de sua situação hermenêutica (de sua *pré-compreensão*). Porém, o tempo presente de hoje não é o mesmo de amanhã, de modo que os sentidos atribuídos no futuro serão diferentes (leia-se: diferente, não necessariamente melhor), na medida em que se avança na relação com o texto e os preconceitos se confirmam em sua validade – trata-se do caráter produtivo que toda atribuição de sentido tem. É por isto que Gadamer vai dizer que, se quisermos compreender adequadamente um texto, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta.

Ademais, por outro lado, deve-se observar que, mesmo um texto sendo compreendido cada vez de forma diferente, a obra em si permanecerá sendo a mesma, de modo que um sentido de base se mantém, da mesma forma que a história continua a ser a mesma.

No âmbito da interpretação jurídica, essa hermenêutica *gadameriana* afasta a pretensão de um resgate das ideias autorais daqueles que criaram o texto legal, e, por outro lado, aproxima-se de nosso argumento em torno da atualidade das disposições constitucionais. Isso

porque, a lei, por meio de seu texto, está posta, mas, seu conteúdo normativo é determinado em conformidade ao caso que se tem diante de si. É assim que o intérprete realiza uma adaptação da lei às necessidades presentes; realiza sempre uma mediação (*fusão de horizontes*). No direito constitucional não é diferente: há uma compreensão diferente a cada projeto interpretativo de seu texto conforme se dá a continuidade histórica de sua vigência; mas isso não pode significar interpretações que ignorem o sentido “básico” do texto, delegando-se ao intérprete um poder de enunciar tais sentidos a partir e tão somente de sua consciência, isto é, escutando tão somente a sua própria opinião.

Assim, a interpretação de sentido presente não significa uma atribuição de sentido arbitrária. Ou seja: a atribuição de sentido presente (diferente) não tem em vista tão somente os preconceitos do intérprete que foram adquiridos pelo legado da tradição. Desse modo, não se considera hermeneuticamente adequado que sejam feitas “adaptações” no dispositivo constitucional ou legal que busquem mediar seu sentido transmitido pela tradição com aquilo que deseja as maiorias atuais, por exemplo. Pois, embora o “texto” legal não carregue consigo seu sentido pronto e acabado, há um significado de base que se mantém e que a tradição, por meio da linguagem, conservou (*transmitiu*).

Desse modo, é preciso reforçar esse caráter não relativista da interpretação, como se a cada momento uma nova norma fosse atribuída a determinados textos jurídicos e pudesse reivindicar sentidos contrários a esse mesmo texto. A normatividade, oriunda da atribuição de sentido por parte do intérprete, não reflete um ato de liberalidade ante o texto que se interpreta. Pois, o texto não comporta qualquer norma; não comporta atribuição de sentidos arbitrárias. Conforme procuramos apresentar, há um sentido que se antecipa e que é fruto da pré-compreensão: ninguém se depara com o texto constitucional e atribui sentidos de que aquele texto compõe a letra de uma música ou um texto literário. Há um legado da tradição e, a partir desse legado que compõe nossa faticidade, atribuímos sentidos a esse texto, na dinâmica do círculo hermenêutico e todo o reprojeta das nossas expectativas de sentido.

Nesse sentido, não há reprodução de sentido na interpretação do direito constitucional estabelecido décadas atrás; há, por outro lado, uma efetiva contribuição por parte das gerações futuras na composição constitucional entre o seu texto e a realidade social. Justamente porque é na interpretação do texto constitucional que a comunidade política encontra guarida para assumir e ressignificar as disposições da Constituição.

Assim, a pergunta que deve ser (re)feita é: trata-se de um *paradoxo* ou *dilema intergeracional*? Trata-se de uma contradição não passível de resolução? A Constituição que possibilita a democracia é ao mesmo tempo não democrática por limitar essa mesma

democracia possibilitada? É não democrática por dispor de cláusulas inalteráveis pela democracia majoritária futura?

Com efeito, a resposta que aqui consideramos é que o assunto não deve ser tratado como um *paradoxo*, justamente porque paradoxos oferecem contradições insanáveis. Ao contrário disto, a investigação aqui produzida nos oferece melhores condições de aproximar o problema a um *dilema* em torno da legitimidade constitucional frente as maiorias eventuais. Um dilema que primeiro pode ser respondido pelo afastamento da suposta antidemocraticidade das disposições constitucionais que incapacitam as maiorias, a partir de uma concepção de democracia que não se limite à composição majoritária.

Mas, um dilema que também pode ser respondido de forma pragmática da qual não necessariamente concordamos, qual seja: uma nova Constituição. Pois então, uma nova Constituição que constituiria o que? A partir da historicidade constitucional e o inevitável compartilhamento de sentidos, essa nova Constituição teria de instituir, basicamente, tudo aquilo que a atual já dispõe – ao menos no que diz respeito às instituições e cláusulas comprometedoras que vem sofrendo constantes ataques. Aliás, fosse o caso de derrubar a atual Constituição para a adoção de uma nova sem a presença de cláusulas e instituições indesejáveis pelas maiorias eventuais, não seria necessária uma nova Constituição; na verdade, não seria necessária Constituição alguma – vale lembrar, mais uma vez, a classificação de Constituição semântica de Loewenstein.

Assim, não se trata de amarrar o presente; mas, sim, de possibilitar o agir futuro. Nosso presente político não está “amarrado” constitucionalmente porque, quando interpretamos tais “amarras”, constatamos que não só são necessárias, como também legítimas por respeitaram aquilo que há de fundamental para nossa comunidade política. Esse é o horizonte de nossa história constitucional que, a cada interpretação da Constituição, a partir de uma situação presente, mostra-se como possibilidades diferentes para o futuro político; é a *fusão* de horizontes que se mostra coerente em toda pretensão de interpretação da Constituição.

6. REFERÊNCIAS

7 de Setembro: Brasil vive ameaça de 'insurreição' antidemocrática, diz carta assinada por políticos de 27 países. **BBC**, 06 set. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-58466032>. Acesso em: 29 set. 2021.

AIDAR, Adriana Marques. **O Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção de Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT): entraves e possibilidades de participação na elaboração e implementação de políticas públicas**. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.btd.uerj.br:8443/handle/1/15500>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BARBOSA, Marina. Deputados veem constituição com mais direitos que deveres e querem constituinte. **Congresso em Foco**. Brasília, 02 nov. 2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/congresso-nacional/deputados-veem-constituicao-com-mais-direitos-que-deveres-e-querem-constituinte/>. Acesso em: 01 set. 2020.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. Em derrota para Bolsonaro, Câmara rejeita e arquiva PEC do voto impresso. **Globo**. Brasília, 10 ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/08/10/em-derrota-para-bolsonaro-camara-rejeita-e-arquiva-pec-do-voto-impresso.ghtml>. Acesso em: 10 set. 2021.

BARROS, Ricardo. Por uma nova Constituição. **Folha de São Paulo**. Brasília, 3 jan. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2021/01/por-uma-nova-constituicao.shtml>. Acesso em: 06 jan. 2021.

BOLSONARO ameaça o STF de golpe, exorta a desobediência à Justiça e diz que só sai morto. **Folha de São Paulo**. Brasília, 07 set. 2021a. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/na-paulista-bolsonaro-repete-ameacas-golpistas-ao-stf-e-diz-que-canalhas-nunca-irao-prende-lo.shtml>. Acesso em: 29 set. 2021.

BOLSONARO faz ameaça golpista a STF e Fux em ato com milhares em Brasília. **Folha de São Paulo**. Brasília, 07 set. 2021b. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/bolsonaro-ameaca-stf-em-ato-com-pautas-golpistas-que-reuniu-milhares-em-brasil.shtml>. Acesso em 29 set. 2021.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106404>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Planalto. **Emendas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm. Acesso em 13 out. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2001.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-174, jan/jun. 2010.

Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/R4fdDzgNCj6Y7ms4PgQXmhP/?lang=pt#>. Acesso em: 25 nov. 2021.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. <<Constituição>> em perspectiva histórico-cultural e os limites e o sentido do Poder Constituinte. In: MONTEIRO, António Pinto; AMARAL, Francisco; LINHARES, José Manuel Aroso; e MARCOS, Rui de Figueiredo (orgs.). **Jurisprudencialismo e idiomas vizinhos**. Coimbra: Coimbra University Press, 2020, p. 141-165. Disponível em: <http://monographs.uc.pt/iuc/catalog/book/171>. Acesso em: 15 jan. 2022.

COLETTA, Ricardo Della. 'Ou fazemos eleições limpas no Brasil ou não temos eleições', diz Bolsonaro em nova ameaça. **Folha de São Paulo**. Brasília, 08 jul. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/07/ou-fazemos-eleicoes-limpas-no-brasil-ou-nao-temos-eleicoes-diz-bolsonaro-em-nova-ameaca.shtml>. Acesso em: 12 out. 2021.

CONSANI, Cristina Foroni. **O paradoxo da democracia constitucional e a tensão entre o direito e a política na filosofia política contemporânea**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/107632>. Acesso em: 22 jun. 2021.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 41-62, 2006. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/mGtBmjc9Xw5m99PDdqRzjdj/?lang=pt#>. Acesso em 15 jun. 2020.

CRUZ, Natalie Oliveira da; STEFANI, Jaqueline. Compreensão e linguagem em Heidegger: ex-sistência, abertura ontológica e hermenêutica. **BAKHTINIANA – Revista de Estudos do Discurso**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 112-127, abr./jun. 2019. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/bakhtiniana/article/view/39683/28022>. Acesso em: 31 jan. 2022.

DAHL, Robert Alan. **A Constituição norte-americana é democrática?** 2. ed. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015,

DALLARI, Adilson Abreu. Por que convocar uma Constituinte e redigir uma nova Constituição Federal. **CONJUR**, 05 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-05/interesse-publico-porque-constituicao-federal>. Acesso em: 14 out. 2021.

DATAFOLHA: 75% apoiam democracia e 78% dizem que regime militar foi ditadura. **Globo**. 27 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/27/datafolha-75percent-apoiam-democracia-e-78percent-dizem-que-regime-militar-foi-ditadura.ghtml>. Acesso em 29 set. 2021.

DE MARI, João; ROCHA, Lucas. É fundamental vacinar para evitar riscos de novas variantes, diz médica. **CNN**. São Paulo, 08 dez. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/eficacia-de-reforco-com-coronavac-contr-omicron-e-excelente-noticia-diz-medica/>. Acesso em 06 jan. 2022.

DUTRA, Francisco; CAIXETA, Fernando. Bolsonaro participa mais uma vez de ato que pede fechamento do STF. **Metropoles**. Brasília, 31 mai. 2020. Disponível em:

<https://www.metropoles.com/brasil/politica-brasil/bolsonaro-participa-mais-uma-vez-de-ato-que-pede-fechamento-do-stf>. Acesso em: 29 set. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

_____. **Is democracy possible here?** Principles for a new for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.

_____. Equality, democracy and constitution: we the people in Court. **Alberta Law Review**, v. XXVIII, n. 2, p. 324-346. 1990.

ELSTER, Jon. **Ulises y las sirenas**: estúdios sobre racionalidade e irracionalidade. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

_____. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process. **Duke Law Journal**. Durham: v. 45, p. 364-396, Durham, 1995. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol45/iss2/2>. Acesso em 10 maio 2021.

_____. Introducción. In: ELSTER, Jon e SLAGSTAD, Rune (orgs.). **Constitucionalismo e Democracia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 33-48.

_____. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

FERNANDES, Talita; PUPO, Fábio. Bolsonaro volta a apoiar ato contra STF e Congresso e diz que Forças Armadas estão 'ao lado do povo'. **Folha de São Paulo**. Brasília, 03 mai. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/ato-pro-bolsonaro-em-brasilia-tem-carreata-e-xingamentos-a-moro-stf-e-congresso.shtml>. Acesso em 29 set. 2021.

FINN, John E. **Constitutions in Crisis**: Political Violence and the Rule of Law. Ney York: Oxford University Press, 1991.

FOX, Maggie. Pessoas não vacinadas são “fábricas de variantes”, diz infectologista. **CNN**, 03 jul. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/pessoas-nao-vacinadas-sao-fabricas-de-variantes-diz-infectologista/>. Acesso em 06 jan. 2022.

FRASES de Bolsonaro, o candidato que despreza as minorias. **ISTOÉ**, 24 set. 2018. Disponível em: <https://istoe.com.br/frases-de-bolsonaro-o-candidato-que-despreza-as-minorias/>. Acesso em 29 set. 2021.

FREEMAN, Samuel. Constitutional Democracy and the Legimacy of Judicial Review. **Law and Philosophy**, Nova Iorque, v. 9, n. 4, p. 327-370, 1991. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3504771?origin=JSTOR-pdf>. Acesso em 30 mar. 2021.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

_____. **Verdade e Método II: complementos e índices**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GARCIA, Gustavo; FALCÃO, Márcio. Ato pró-Bolsonaro em Brasília reúne manifestantes em defesa de medidas inconstitucionais. **Globo**. Brasília, 31 mai. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/31/manifestantes-fazem-ato-em-brasilia-em-apoio-a-bolsonaro-e-em-defesa-de-medidas-inconstitucionais.ghtml>. Acesso em 29 set. 2021.

GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo VS. Democracia. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; SPECTOR, Ezequiel (orgs.). **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen três**. México: UNAM, 2015.

_____. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2013.

HAYEK, Friedrich August von. **The Constitution of Liberty: the definitive edition**. Edited by Ronald Hamowy. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

HEIDEGGER, Martin. **Que é isto – A Filosofia?** [S.l.], [S.d.]. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cv000037.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2021.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Tradução Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Martins Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HOLANDA, Marianna; VARGAS, Mateus; SASSINE, Vinicius; LUIZ, Washington; ROCHA, Marcelo. Bolsonaro faz ameaça golpista a STF e Fux em ato com milhares em Brasília. **Folha de São Paulo. Brasília**, 07 set. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/bolsonaro-ameaca-stf-em-ato-com-pautas-golpistas-que-reuniu-milhares-em-brasilia.shtml>. Acesso em: 29 set. 2021.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon and SLAGSTAD, Rune (orgs.). **Constitucionalismo e Democracia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262.

HOMERO. **Odisséia (em versos)**. Trad. Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

HORWITZ, Morton. Constitutional Transplants. **Theoretical Inquiries in Law**, Tel Aviv, v. 10, n. 2 p. 536-560. Disponível em: <http://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/720/679>. Acesso em 15 jan. 2022.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies**: contested power in the era of Constitutional Courts. New York: Cambridge University Press, 2015.

INNERARITY, Daniel. **Uma teoria de la democracia compleja**: Gobernar en el siglo XXI. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020.

KATZUMATA, Suzi. Trump diz que não aceita resultado da eleição presidencial dos EUA. **Globo**. São Paulo, 07 nov. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2020/11/07/trump-diz-que-nao-aceita-resultado-da-eleicao-presidencial-dos-eua.ghtml>. Acesso em 29 set. 2021.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political Power and the Governmental Process**. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.

_____. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.

LOPES, Raquel; VARGAS, Mateus. Maioria em consulta pública é contra prescrição médica para vacinar criança. **Folha de São Paulo**. Brasília, 04 jan. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2022/01/maioria-em-consulta-publica-e-contra-prescricao-medica-para-vacinar-crianca.shtml>. Acesso em 06 jan. 2022.

LOPES, Ziel Ferreira. **Onde habita o juiz Hércules? Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, 2020. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuista.org.br/handle/UNISINOS/9331>. Acesso em 15 set. 2021.

_____. Adaptações necessárias à teoria dworkiana no Brasil. In: OMMATI, José Emílio Medauar (org.). **Roanald Dworkin e o direito brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os caminhos do Constitucionalismo para a Democracia**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PA, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/36517?show=full>. Acesso em: 22 jun. 2021.

LOTT, Diana. Aceitação da homossexualidade no Brasil cresceu de 61% em 2013 para 67% em 2019. **Folha de São Paulo**. Belo Horizonte, 25 jun. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/06/aceitacao-da-homossexualidade-no-brasil-cresceu-de-61-em-2013-para-67-em-2019.shtml#:~:text=Aceita%C3%A7%C3%A3o%20da%20homossexualidade%20no%20Brasil,06%2F2020%20%2D%20Mundo%20%2D%20Folha>. Acesso em 22 jan. 2022.

MAGALHÃES, Vitor. Em atos de 7 de setembro, bolsonaristas pediram liberdade do que chamam de “presos políticos”. **OPOVO**, 08 set. 2021. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/politica/2021/09/08/em-atos-de-7-de-setembro-bolsonaristas-pediram-liberdade-do-que-chamam-de-presos-politicos.html>. Acesso em 29 set. 2021.

MARQUES RODRIGUES, Gabriel Benedetti; MARCOLINO, Marcela Helena; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Fake News e Liberdade de Expressão. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto,

v. 30, n. 3, p. 87–104, 2022. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2606>. Acesso em: 3 abr. 2022.

MARS, Amanda. Revoltas instigadas por Trump semeiam caos em Washington. **El país**. Washington, 06 jan. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-01-07/revoltas-instigadas-por-trump-semeiam-caos-em-washington.html>. Acesso em 22 jun. 2021.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. **CONJUR**, 28 mai. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira>. Acesso em 29 set. 2021.

MORBACH, Gilberto. **A terceira via de Jeremy Waldron**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, 2019. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/8965#:~:text=Esta%20disserta%C3%A7%C3%A3o%20tem%20como%20seu,as%20correntes%20que%20lhe%20servem>. Acesso em: 15 nov. 2021.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NAPOLITANO, Marcos. **1964: História do Regime Militar Brasileiro**. São Paulo: Contexto, 2014.

NEGRETTO, Gabriel Leonardo. **Making Constitutions: presidents, parties, and Institutional choice in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2013.

NEVES, Rafael; BORGES, Stella. Sem provas, Bolsonaro insinua fraude e ameaça eleição de 2022. **UOL**. Brasília, 08 jul. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/07/08/ou-fazemos-eleicoes-limpas-no-brasil-ou-nao-temos-eleicoes-diz-bolsonaro.htm>. Acesso em 29 set. 2021.

NOTA do Gabinete do Ministro Alexandre de Moraes. **Portal STF**. Brasília, 27 mai. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=444198&ori=1>. Acesso em: 21 jul. 2021.

NÃO vacinados aumentam risco de novas variantes, alertam pesquisadores. **Globo**, 06 jan. 2022. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2022/01/nao-vacinados-aumentam-risco-de-novas-variantes-alertam-pesquisadores.html>. Acesso em 06 jan. 2022.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação Constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PREZEWORSKI, Adam; LIMONGI, Fernando. Political Regimes and Economic Growth. **The Journal of Economic Perspectives**. vol. 7, n. 3, 1993, pp. 51–69. Disponível em: www.jstor.org/stable/2138442. Acesso em: 13 mar. 2021.

REBEH. Posicionamento sobre a extinção do Conselho Nacional de Combate a Discriminação - CNCD LGBT pelo Governo Bolsonaro. Disponível em: <https://revistas.unilab.edu.br/index.php/rebeh/article/view/348>. Acesso em: 16 jan. 2022.

REEVES, Richard V. **Ulysses Goes to Washington: Political Myopia and Policy Commitment Devices**. Washington: Brookings Institution, 2015. Disponível em: <https://www.brookings.edu/research/ulysses-goes-to-washington-political-myopia-and-policy-commitment-devices/>. Acesso em: 04 out. 2021.

ROCHA, Lucas. Anvisa reforça que vacinas da Covid-19 aprovadas no Brasil são eficazes e seguras. **CNN**. São Paulo, 24 dez. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/anvisa-reforca-que-vacinas-da-covid-19-aprovadas-no-brasil-sao-eficazes-e-seguras/>. Acesso em 06 jan. 2022.

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

_____. Of Constitutional Self-Government. **Fordham Law Review**, Nova Iorque, v. 71, n. 5, p. 1749-1760, 2003. Disponível em <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol71/iss5/3/>. Acesso em 10 jan. 2022.

SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. Movimento LGBT e partidos políticos no Brasil. **Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar**, São Carlos, v. 6, n. 1, p. 179-212, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/issue/view/16>. Acesso em: 15 mar. 2021.

SARA Winter, aliada de Bolsonaro, pede "liberdade imediata" ao STF. **EXAME**, 16 jun. 2020. Disponível em: <https://exame.com/brasil/sara-winter-aliada-de-bolsonaro-pede-liberdade-imediata-ao-stf/>. Acesso em: 29 set. 2021.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da USP, 2021.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____; BARRETO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São

Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>. Acesso em: 13 ago. 2021.

_____; **30 anos da CF em julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____; MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer? **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 25, n. 04, p. 1-12, 2020.

_____; BREDA, Juliano (org.). **O dia em que a Constituição foi julgada**: a história das ADC's 43, 44 e 54. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

_____. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Interpretações equivocadas sobre intervenção militar no artigo 142. **CONJUR**, 07 mai. 2020a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-07/senso-incomum-interpretacoes-equivocadas-intervencao-militar>. Acesso em: 29 set. 2021.

_____. Ives Gandra está errado: o artigo 142 não permite intervenção militar! **CONJUR**, 21 mai. 2020b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/senso-incomum-ives-gandra-errado-artigo-142-nao-permite-intervencao-militar>. Acesso em: 29 set. 2021.

SUNSTEIN, Cass Robert. Constitutionalism and Secession. **University of Chicago Law Review**. vol. 58, ed. 2, p. 633-670, 1991. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol58/iss2/9>. Acesso em: 01 set. 2021.

_____. **Designing Democracy**: What Constitutions Do. New York: Oxford University Press, 2001.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão e História**: Uma Exploração da Experiência Jurídica a partir das Estruturas Básicas da Decisão Judicial. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuista.org.br/handle/UNISINOS/3223>. Acesso em: 06 jun. 2021.

_____; TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e Superinterpretação: ADI 6341 e a quebra das competências federativas. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm**, Santa Maria, v. 15, n. 3, p. e62011, abr. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/62011>. Acesso em 04 jul. 2021.

TUROLLO JUNIOR, Reynaldo; COLETTA, Ricardo Della. Em Brasília, ataques ao STF e ao centrão marcam atos pró-Bolsonaro. **Folha de São Paulo**. Brasília, 26 mai. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/05/em-brasilia-ataques-ao-stf-e-ao-centrao-marcam-atos-pro-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 29 set. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 42, p. 53-97, 1997. Disponível em: <http://www.cedec.org.br/constituicao---ano-1997---no-42>. Acesso em: 04 out. 2021.

_____; BARBOSA, Ana Laura Pereira. Do compromisso maximizador à resiliência constitucional. **Novos Estudos CEBRAP: Fundação Carlos Chagas**, v. 37, n. 3, p. 375-393, 2018. Disponível em: <http://novosestudos.com.br/produto/edicao-37/>. Acesso em 04 out. 2021.

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

_____. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, n. 115, abr. p. 1346-406, 2006. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/>. Acesso em: 20 dez. 2021.

_____. **A majority in the lifeboat**. Boston University Law Review, Boston, 2010.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice R.; BURGOS, Marcelo D. **Quem somos a magistratura que queremos**. Associação dos Magistrados Brasileiros. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.amb.com.br/pesquisa/2019/publicacoes.php>. Acesso em: 20 mar. 2020.