

JOSÉ ARTHUR CASTILLO DE MACEDO

CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E AUTOGOVERNO

**CURITIBA
2011**

JOSÉ ARTHUR CASTILLO DE MACEDO

CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E AUTOGOVERNO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, sob orientação do Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

**CURITIBA
2011**

TERMO DE APROVAÇÃO

CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E AUTOGOVERNO

José Arthur Castillo de Macedo

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

Membro: Prof. Dr^a. Vera Karam de Chueiri

Membro: Prof. Dr^a. Estefânia Maria Queiroz Barbosa

Curitiba, 13 de junho de 2011.

Aos meus avós. *In
memorian* da
abuela, do abuelo e
do Nonno. Para a
Nonna.

AGRADECIMENTOS

*“Eu não ando só/só ando em boa companhia/com meu violão/Minha canção e a poesia”
Vinícius de Moraes e Toquinho: Para viver um grande amor.*

Acredito que esse trabalho é uma amostra de quão afortunado sou. É um testemunho da amizade. Da amizade e da crença que nutro nas pessoas. Da amizade de pessoas que acreditam que nós podemos fazer um mundo melhor ajudando uns aos outros, conversando, discutindo. Enfim, com carinho, força e alegria, tentamos (essas pessoas e eu) fazer do mundo um lugar melhor. Dispus (ainda mais) ao longo desses dois anos dessa riqueza incalculável que se chama amizade. Tenho o privilégio de tê-los e com eles aprender (e muito). Por isso, expresso minha gratidão a todos e todas que me ajudaram ao longo dos anos (nos dois últimos também). Estes agradecimentos podem soar repetitivos; não obstante, creio que nunca se agradece em excesso.

À minha família agradeço simplesmente por existirem. Em casa aprendi (e testei – confesso) muitas das convicções que me guiam nesse mundo. Quem os conhece sabe que eu já nasci premiado na “*loteria natural*”. Meus pais e meu irmão são alguns dos críticos mais rigorosos e algumas das pessoas mais inspiradoras que eu conheço (com todos os seus defeitos). Meu irmão além de amigo de todas as horas é talvez meu maior interlocutor. Meus avós também me inspiraram cada qual a sua maneira; vai meu “muito obrigado” aos que já foram e a que fica. À Nonna particularmente agradeço a hospitalidade por me receber na sua casa, por conseguir conviver com a enorme bagunça dos meus livros, por aturar meus horários heterodoxos. Essa dissertação também não se realizaria sem a sua comida. Agradeço ao tio Evaldo e a seus filhos, ao (tio) Arturo e ao Marrero, às tias Magali e Juana Alicia aos meus primos de cá e de lá. Constituímos uma família autenticamente latino-americana (do norte ao sul do continente). Agradeço ao tio Arturo pelas (sempre) sábias palavras. À tia Berna e Blanca sou grato pela hospitalidade.

Aos meus amigos que me conhecem de longa data: Germano, André e Renata. Aos amigos do Santa Maria, o tempo passa mas nossa relação

continua idêntica. Aos colegas de graduação especialmente aos amigos do PAR e do PET, essenciais na minha formação. Ao Léo(nardo) Orth tenho que agradecer pelas discussões sempre profícuas e pelos artigos que me enviou. Ao Cão, Kike, Madjer, Fernando e Judas sou grato pela amizade e pelo respeito às nossas divergências.

No curso de mestrado do PPGD-UFPR tive a honra de conviver e aprender com colegas e professores ilustres. Agradeço às professoras Kátia Kozicki, Vera Karam, Katie Arguello e aos professores Luís Fernando Lopes Pereira, Celso Ludwig e Clèmerson Clève pelos ensinamentos e discussões ao longo dos créditos cursados. Aos funcionários da secretaria devo meus agradecimentos pelas gentilezas e por sempre nos atenderem com eficiência; da mesma forma, aos coordenadores (professores Gediel e Rodrigo Xavier Leonardo) o meu agradecimento. Agradeço também aos professores da UFPR ou de outros programas que me deram inúmeras indicações bibliográficas, ou que tiveram a paciência de discutir comigo, ou de responder meus e-mails, dentre eles: Egon Bockman Moreira, José Ribas Vieira, Virgílio Afonso da Silva, Conrado Hübner Mendes, Marcelo Alegre, Luiz Repa, Renato Perissinotto Menelick de Carvalho Netto, Felipe Gonçalves, Newton Bignotto, Adriana Corrêa. Espero não ter esquecido ninguém.

Aos meus queridos amigos, mestres, doutorandos, especialmente: Miguel Godoy (com quem discute quase diariamente alguns dos temas desse trabalho – e discordamos muitos sobre isso; aliás, aprendo muito com seu jeito prático e alegre de ser) a ele e a Nicole Gonçalves (a quem também agradeço pelas inúmeras e longas discussões constitucionais) devo a leitura de John Rawls para o primeiro seminário do mestrado. Talvez eles não saibam, mas eu não queria ler esse autor. Ainda bem que eu li. A sugestão deles recolocou no caminho adequado os meus estudos. Aos leminskianos colegas do CEJUR (Dani, Eduardo, Felipe, Ju, Fer, Marília, Luciana e William) agradeço pela convivência fraterna e espirituosa. Às queridas civilistas Luciana e Marília Xavier e aos meus processualistas favoritos William Pugliese e Juliana Fonseca agradeço a disposição em ajudar (especialmente à Marília nos últimos momentos desse trabalho). William além de processualista é um Lorde de tão educado. À brilhante Juliana tenho que agradecer não só pelas nossas infindáveis e sempre produtivas discussões, mas sobretudo pela minuciosa

leitura do trabalho que o salvou de inúmeros erros primários; além disso, devo a ela à formatação do trabalho e a ajuda com o sumário. A querida Diana também sou muito grato por tudo.

Além das escadarias da Santos Andrade gostaria de agradecer ao professor Clèmerson Merlin Clève pelo convite para integrar a equipe de pesquisas do seu escritório. Obrigado também à Marta, Elo, Maria, Marina, Melina, Rudsney, Carlos e a Camila, pela convivência e auxílio mútuo. Devo longos agradecimentos à Ana Lúcia (Ucha), à Júlia com quem tive a satisfação de trabalhar e discutir inúmeras questões constitucionais e “extra-constitucionais”. Agradeço também à Cláudia Honório e à (minha querida amiga) Heloísa Krol (a quem devo muito do que está escrito nesse trabalho). À Evelin Krol agradeço por me ajudar a não infringir muitas regras gramaticais.

Aos meus professores de Direito Constitucional (em ordem de chegada): Lincoln Schroeder, Clèmerson Clève, Vera Karam de Chueiri e Roberto Gargarella. Aprendo e aprendi muito com eles. Agradeço pela amizade, pelas lições e pelo incentivo. À Vera e ao Roberto sou grato pelas gentilezas, atenção e pela paciência. À Vera exemplo de brilhantismo, simplicidade e carinho com seus alunos. Ao Roberto, novamente, pela atenção dispensada em Buenos Aires ou em qualquer canto em se encontra; pela combinação de franqueza, simplicidade e brilhantismo e por sempre desafiar meus argumentos. Ao Lincoln pela amizade. Ao meu orientador devo inúmeros agradecimentos. Há algum tempo ele decidiu me incentivar nos estudos constitucionais, me estimulou a refletir, me convidou a trabalhar em seu escritório. Também foi compreensivo com as minhas dificuldades e defeitos; estimulou-me a seguir em frente e acreditar que era possível ir além, mesmo quando eu não acreditava mais nisso. Agradeço também pela paciência. Na Universidade Federal do Paraná aprendi que Direito Constitucional e poesia são “*co-originais*”, nessa seara tenho muito a aprender com Clèmerson Clève e com Vera Karam. São perfeitas as palavras de Hannah Arendt: “*A poesia, cujo material é a linguagem, é talvez a mais humana e a menos mundana das artes, aquela cujo produto final permanece mais próximo do pensamento que o inspirou.*”

Devo agradecer à professora Katya Kozicki pela seriedade e pelas lições de Teoria do Direito.

Obrigado à Ana Paola.

Obrigado aos queridos amigos que tanto me estimulam a prosseguir na carreira acadêmica: Ilton Robl, Marco Marrafon, Lucas Arrimada (grande amigo e interlocutor argentino com quem tanto discordo), Melina Fachin, Pablo Malheiros. Aqueles que me lembram as alegrias que a vida pode nos proporcionar e continuam me chamado às festas e outros encontros sociais, especialmente: ao Miguel Godoy, Ilton Robl, Rodrigo Kanayma, Thiago Breus, Samir Namur, Maurício Dieter, André e Pedro Giamberardino, Victor Miguel (e sua “trupe”), Júlio Bittencourt, Pablo – o rol não é exaustivo, afinal, sempre cabe mais um.

À linda, querida, inteligente, e, além de tudo isso, minha namorada Ana Carolina (Carol – e a sua família) pelo carinho, compreensão, pelas palavras de incentivo, pelas conversas e risadas, só posso dizer muito obrigado. O que é muito pouco. Sem ela esse e outros trabalhos não seriam possíveis.

Se esqueci de alguém, desculpe-me, mas te agradeço também! Fica para a próxima!

RESUMO

Disserta-se no presente trabalho sobre a relação entre constitucionalismo e democracia desde o ponto de vista do autogoverno. Para esclarecer os possíveis sentidos dados aos termos dessa relação, discute-se no primeiro capítulo as teorias sobre o constitucionalismo como pré-compromisso de Jon Elster e a ideia de momentos constitucionais de Bruce Ackerman. O segundo capítulo expõe as concepções de democracia como uma competição para a formação de uma elite de Joseph Schumpeter e discute duas teorias sobre a democracia deliberativa de Carlos Santiago Nino e Jürgen Habermas, em seguida, oferece críticas às concepções apresentadas. No terceiro defende-se uma concepção de democracia adequada à Constituição brasileira. Para isso, em um primeiro momento expõe o traçado constitucional da democracia. Depois, fundamenta as noções de anti-perfeccionismo e autogoverno. O autogoverno, por sua vez, justifica algumas situações de paternalismo as quais não são consideradas perfeccionistas. Ele constitui, também, a noção central para uma teoria constitucional republicana que propõe a reconstrução teórica e dogmática do direito constitucional brasileiro sob um viés emancipatório. Por fim, tal aporte teórico indica algumas perspectivas a partir do viés proposto.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Democracia. Autogoverno. Republicanismo

RESUMEN

En el presente trabajo se diserta sobre la relación entre constitucionalismo y democracia desde el punto de vista del autogobierno. Para identificar los posibles sentidos dados a los términos de esa relación, se discute en el primero capítulo las teorías sobre el constitucionalismo como pre-compromiso de Jon Elster y la idea de momentos constitucionales de Bruce Ackerman. El segundo capítulo expone las concepciones de democracia como una competición para la formación de una élite de Joseph Schumpeter y discute dos teorías sobre la democracia deliberativa de Carlos Santiago Nino y Jürgen Habermas, en seguida, ofrece críticas a las concepciones presentadas. En el tercer, se defiende una concepción de democracia adecuada a la Constitución brasileña. Para eso, en un primer momento expone el trazado constitucional de la democracia. Después, fundamenta las nociones de anti-perfeccionismo y autogobierno. El autogobierno, por su vez, justifica algunas situaciones de paternalismo a las cuales no son consideradas perfeccionistas. El concepto expresa también, la noción central para una teoría constitucional republicana que propone la reconstrucción teórica y dogmática del derecho constitucional brasileño a la luz de una propuesta de emancipación. Por fin, tal aporte teórico indica algunas perspectivas a partir del concepto propuesto.

Palabras-clave: Constitucionalismo. Democracia. Autogobierno. Republicanismo.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| INTRODUÇÃO | 1 |
| CAPÍTULO 1. CONSTITUCIONALISMO | 7 |
| 1.1. Introdução | 7 |
| 1.2. Ulisses e as sereias: constitucionalismo, limites e pré-compromisso | 11 |
| 1.3. Momentos constitucionais..... | 30 |
| 1.4. Críticas ao pré-compromisso e aos momentos constitucionais..... | 41 |
| CAPÍTULO 2. CONCEPÇÕES DE DEMOCRACIA | 48 |
| 2.1. Introdução | 48 |
| 2.2. A concepção de Schumpeter..... | 53 |
| 2.3. Democracia Deliberativa | 60 |
| 2.3.1. Concepção de Carlos Santiago Nino..... | 61 |
| 2.3.2. Modelo de Jürgen Habermas | 80 |
| 2.4. Crítica às concepções apresentadas | 96 |
| CAPÍTULO 3. CONCEPÇÃO DE DEMOCRACIA ADOTADA | 106 |
| 3.1. Desenho constitucional da democracia brasileira | 106 |
| 3.2. Modelo de democracia adotado | 110 |
| 3.3. Constitucionalismo, democracia e autogoverno | 128 |
| 3.4. Autogoverno, dialéticas constitucionais e perspectivas | 144 |
| CONCLUSÃO | 160 |
| REFERÊNCIAS..... | 165 |

INTRODUÇÃO

*“Caminante, son tus huellas
el camino, y nada más;
caminante, no hay camino,
se hace camino al andar”
Antonio Machado*

O Direito Constitucional é *pop(ular)*. Atualmente não passam dois dias sem que haja uma nova notícia sobre alguma temática constitucional. Ministros (de Estado, dos tribunais superiores), a Presidência da República, o Congresso Nacional, Tribunais de Contas, Ministério Público, Agências Reguladoras têm sido notícias ordinariamente. Violações à Constituição e aos direitos fundamentais são grandes ofensas à opinião pública. Os meios de comunicação de massa, sempre que possível, expõem desrespeitos à Carta Magna e os classificam como verdadeiros absurdos. A Constituição¹ ocupa grande espaço na vida político-institucional do país.

Por outro lado, apesar de recentes recaídas a economia brasileira está assentada em bases sólidas. Temos um caminho certo, estamos prosseguindo a ele, ainda que não na velocidade desejada. Contamos, também, com uma democracia consolidada, porquanto já tivemos presidentes de direita, de centro-direita e presidentes de centro-esquerda. Do intelectual ao operário, “agora, é a vez de uma mulher” estar à frente da Presidência da República. Temos a impressão de que o Brasil deixou de ser o país do futuro, para tornar-se o país do presente. Seremos sede da Copa do mundo e das Olimpíadas. Ninguém segura esse país.

O Brasil de hoje poderia ser descrito assim. Todavia, é necessário cautela. Tirar os pés do chão para sonhar pode nos revelar, de repente, que o sonho virou pesadelo. Provavelmente o Brasil está no rumo certo, pois são inegáveis os avanços sociais dos últimos anos. Porém, a ansiedade e a euforia das paixões políticas devem ser controladas quando arregaçamos as mangas para analisá-la. Otimismo não pode ser confundido com boa vontade, ou com ingenuidade. Não podemos nos dar esse luxo. Ao discutirmos questões sociais (logo, políticas, econômicas, jurídicas) devemos controlar a ansiedade das respostas fáceis e seguras, e, com sobriedade, procurar enfrentar

¹ Ao longo do trabalho serão utilizadas como sinônimas as expressões “Constituição”, “Carta Magna” e “Lei Fundamental”.

problemáticas complexas com a atenção que elas requerem, sem procedermos simplificações injustificadas.

De fato, a Constituição goza hoje de normatividade e a maioria das instituições políticas a respeitam. Nossa vida político-institucional nem sempre foi assim, mas graças ao trabalho e a mobilização política de intelectuais e ativistas comprometidos com a Constituição conseguimos mudar uma história de insucesso constitucional². O entusiasmo não deve nos impedir de avançar mais. Esses intelectuais e ativistas que lutaram em prol da efetividade da Constituição tiveram que operar dois giros: o primeiro, em relação à compreensão que se tinha da Lei Maior. Como nos conta Luis Roberto Barroso, houve tempos em que até um telefonema (ou uma Portaria) de um ministro era mais importante que a Constituição³. Essa visão mudou graças ao grande esforço teórico, que imbuiu nos estudantes de ontem (hoje juristas, políticos, etc.) um respeito pela Constituição e a compreensão dela como uma norma jurídica vinculante. O segundo giro foi produzido pelo labor teórico de criação de instrumentos técnicos (sobretudo processuais) para dar efetividade às normas constitucionais. Foram desenvolvidos vários trabalhos sobre as diversas ações disponíveis para realizar os mandamentos constitucionais. Assim, muitos autores direcionaram suas preocupações à jurisdição constitucional e ao papel do Poder Judiciário na concretização da Constituição⁴. Isso decorreu justamente da conscientização de que a

² Sobre o tema cf.: BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. t.3. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7ª.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: O Editor dos Juristas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. Antes da promulgação da Constituição de 1988 foram feitos alguns trabalhos que propugnavam pela eficácia e até a efetividade das normas constitucionais, todavia, devido ao contexto de ditadura militar eles não tiveram o mesmo sucesso prático, sobre o tema, ver: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008; TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 88-166.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. XX.

⁴ Para citar somente dois trabalhos relevantes da chamada “escola da efetividade”: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7ª.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; e, CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Constituição é a norma jurídica maior e deve ser cumprida como tal, e, além disso, com os novos instrumentos-técnicos processuais, que é possível demandar em juízo o cumprimento dos seus preceitos. Em seguida, isso direcionou o debate para questões relativas às quais posturas deve o Poder Judiciário adotar (agora já) como guardião da Constituição e em prol da garantia dos direitos fundamentais. Surgiram, então, trabalhos preocupados com a concretização dos direitos fundamentais pelo Judiciário⁵. No começo dos anos 2000, esse debate sofisticou-se um pouco mais com a introdução da discussão norte-americana e alemã sobre regras e princípios, especialmente as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy⁶. Como corolário dessa nova problemática emergiu a questão do papel do Judiciário nas democracias constitucionais contemporâneas, especialmente, no Brasil. Depois disso, fez-se necessário pensar a concretização dos direitos fundamentais principalmente pelo Judiciário⁷ mas levando em consideração a tensão entre constitucionalismo e democracia. Nesse ínterim, inúmeras mudanças ocorreram no texto constitucional ou no plano infraconstitucional⁸ que foram (e deviam) ser debatidas nesses trabalhos. Até o momento o debate predominante segue nestes termos.

Ora, a discussão não está de todo equivocada, mas afigura-se reducionista. O Direito Constitucional não diz respeito só à jurisdição constitucional, às ações (ou outras técnicas processuais), ou aos direitos fundamentais. Esses são, com certeza, temas fundamentais para esse âmbito do Direito, porém, não podemos reduzi-lo a tais questões. Desde a independência norte-americana ou da revolução francesa o Direito

⁵ Vale lembrar, os direitos fundamentais eram vistos a partir de então como normas fundamentais porque integrantes do texto constitucional, desenvolvendo as teorizações feitas pela “Escola da Efetividade”. Excluímos dessa descrição o debate referente às normas programáticas, todavia, essa foi, também, uma questão relevante durante algum tempo.

⁶ Ver: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁷ Depois, os teóricos se deram conta que não poderiam reduzir a concretização dos direitos fundamentais ao Poder Judiciário. Entretanto, esse Poder continua sendo objeto de atenção especial dos juristas.

⁸ Emendas à Constituição trouxeram alterações aos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, foram promulgadas as leis 9.868/99 (sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade), a lei 9.882/99 sobre o processo de julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A Lei 9.868/99 foi alterada pela Lei .12.063/09 que incluiu um novo capítulo sobre a disciplina processual da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão.

Constitucional diz respeito à organização do poder e aos direitos básicos dos cidadãos de uma comunidade política. Tal “ramo” do Direito tem um lugar privilegiado por estar intimamente (e intrinsecamente) ligado com o fenômeno político. De modo que ele não regula somente o exercício da jurisdição em um país, mas, sobretudo, trata do “estatuto jurídico do político”, estabelece o relacionamento entre o direito e a política, isto é, entre o direito e o poder (e a força). Surgem aí inúmeras dificuldades e inúmeras possibilidades, desde que tenhamos claro que muitos problemas não se resolvem escrevendo um texto em um papel que é dado para uma pessoa ler, refletir e decidir a respeito, para que outra cumpra a decisão dessa pessoa. Inúmeros problemas não se resolvem com petições, recursos ou sustentações orais⁹. Não afirmaremos, porém, que os direitos fundamentais são ou devem ser concretizados sozinhos. Em uma democracia constitucional o Poder Judiciário é indispensável, mas não só ele, os direitos fundamentais precisam de várias instituições para ser assegurados. Todavia, nos chama atenção o fato de que muitas vezes tem-se debatido tais questões sem que se esclareça o que se entende por democracia, por constitucionalismo¹⁰; tampouco dizem como os poderes devem estar arrançados para proteger os direitos fundamentais e ampliar a democracia. Essas questões são fundamentais para este trabalho. Não podemos discutir arranjos institucionais e os sentidos dos direitos fundamentais sem esclarecer o que entendemos por democracia e constitucionalismo.

Neste trabalho enfrentaremos questões relativas ao constitucionalismo e à democracia. O discurso expressado não analisará questões tipicamente dogmáticas¹¹. Trabalharemos em um nível acima, mais abstrato, traçando aquilo que poderíamos chamar de *filosofia constitucional*¹². Tal empreitada, contudo, será realizada com recurso a diversos saberes. Por conta da complexidade do objeto analisado lançaremos mão de trabalhos de cientistas

⁹ Ter consciência disso não implica em negar o papel fundamental do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas.

¹⁰ Essa dificuldade também ocorre em outros países, conforme nos conta Roberto Gargarella, cf.: GARGARELLA, Roberto. **El derecho a la protesta: El primer derecho**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p.26 e ss.

¹¹ São questões dogmáticas sobretudo aquelas que buscam discutir à natureza de um instituto, qual seu sentido e alcance, como ele pode contribuir para lidar com conflitos sociais. Sobre o estatuto da dogmática jurídica, ver: FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

¹² Sobre o tema na literatura brasileira cf.: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

políticos, filósofos, sociólogos e juristas para articular uma teoria da constituição (um discurso filosófico-jurídico sobre a Constituição) que não simplifica excessivamente seu objeto porque carente de instrumentos para enfrentá-lo. A análise empreendida não pretende trabalhar com teorias que legitimem ou só descrevam como as coisas são. Discutiremos complexas questões teóricas porque necessitamos de parâmetros para analisar a realidade, e, caso seja necessário, para criticá-la. Teorias meramente descritivas não conseguem dar conta desse desafio.

Por isso, no primeiro capítulo trabalhamos duas teorias de grande importância no debate teórico constitucional contemporâneo. Num primeiro momento analisamos a justificativa do constitucionalismo como um ato de pré-compromisso, elaborada por Jon Elster. Em seguida refletimos sobre a democracia dualista e a ideia de momentos constitucionais apresentada por Bruce Ackerman. Ao final do capítulo são feitas algumas críticas às duas teorias.

No segundo capítulo discutimos algumas teorias da democracia. Por existirem muitas teorias sobre a democracia, fizemos um recorte analisando três concepções de democracia: a schumpeteriana e duas versões da democracia deliberativa, propostas respectivamente, por Carlos Santiago Nino e Jürgen Habermas. Ao final do capítulo procedemos algumas críticas às concepções apresentadas, jogando luz sobre algumas inconsistências e destacando alguns pontos positivos de cada autor.

No terceiro capítulo verificamos o desenho constitucional de democracia delineado pela Constituição brasileira. Isso nos fornece subsídios para discutir qual das concepções de democracia é constitucionalmente adequada às exigências da Constituição. Com isso, sem incorrerem em simplificações, extraímos dois critérios que nos permitem lidar, a um só tempo, com a relação constitucionalismo e democracia e com as diversas filosofias públicas implícitas ao texto constitucional. A partir destes dois critérios, a exposição nos guia, então, ao desenvolvimento da ideia de autogoverno que será justificada. Em seguida, essa ideia nos fornece elementos para justificar e criticar nossas práticas constitucionais. Com ela, possuiremos de instrumentais adequados para procedermos uma reconstrução das nossas teorias e práticas constitucionais.

Antes de cumprirmos esse longo caminho é necessário um esclarecimento: do ponto de vista político o presente trabalho parte da premissa de que “todo poder emana do povo”. Com isso não pretendemos criticar teorias a partir de uma *pretensa* (e inalcançável) neutralidade política. O presente trabalho está comprometido com o autogoverno. Os sentidos e a extensão desse comprometimento ficarão claros ao longo do texto; por ora, basta saber que o autogoverno implica em assumir a responsabilidade de que nossos destinos dependem de nós.

CAPÍTULO 1. CONSTITUCIONALISMO

1.1. Introdução

“O constitucionalismo em seu sentido mais pleno é um fruto exótico que floresce só em escassos lugares e em condições verdadeiramente excepcionais.”
Carlos Santiago Nino – Fundamentos de Derecho Constitucional

Era uma vez uma ilha chamada Inglaterra na qual o Rei oprimia a população, que, cansada de ser subjugada, decide tomar uma atitude e promulga uma Declaração de Direitos (*Bill of Rights* - 1689). Cria-se, assim, a supremacia do Parlamento. Ainda segundo esta fábula, o Parlamento representa os interesses do povo e a Coroa (e o monarca) estaria com seus poderes limitados, não gozando mais de poderes sem restrições.

Era uma vez na América treze ex-colônias inglesas, que após a sua independência decidiram construir um só Estado. Constituíram este Estado pela união dos estados-membros, formando assim os Estados Unidos da América. Para consagrar essa união, os engenhosos representantes do povo decidiram redigir um texto ao qual deram o nome de Constituição (escrito e promulgado em 1787). Esse texto buscava assegurar a liberdade, a propriedade e a democracia a mencionada união.

No continente europeu, pouco tempo depois dos acontecimentos nos Estados Unidos, ocorreu um evento que chocou o mundo. O povo francês cansado de passar fome, de ser explorado e de ter que sustentar as festas luxuosas da nobreza, decide, literalmente, arrancar a cabeça daqueles que contribuía para a manutenção deste (antigo) regime. Em 14 de julho de 1789 é invadida a prisão do Rei (a Bastilha). A queda da Bastilha simboliza o fim do – agora já – antigo regime. Depois disso sucedem acontecimentos surpreendentes, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e a promulgação da primeira Constituição francesa em 1791.

Após este século de grandes acontecimentos políticos, podemos afirmar seguramente que surge o constitucionalismo (moderno)¹³. Em seguida, segue-

¹³ Em certo sentido falar em constitucionalismo moderno soa pleonástico, uma vez que o constitucionalismo, tal como compreendemos nesse trabalho, é fruto das lutas e ideias

se a fase liberal do constitucionalismo. Depois, em virtude das “novas” demandas sociais, surge o constitucionalismo social. Hoje, fala-se em “neoconstitucionalismo”¹⁴, um novo constitucionalismo para fazer frente às novas demandas.

Sabemos, todavia, que esse “conto de fadas” constitucional, que descreve a feliz história do constitucionalismo é, no mínimo, pobre e seletivo em relação às informações que difunde. Ouvindo esta história crê-se que o “constitucionalismo” é uma ideia/ideologia poderosa que sempre buscou somente a emancipação do homem, o que não é de todo correto. As lutas sociais não podem ser pintadas somente com duas tintas: preto ou branco. Os fatos, as instituições e as pessoas para serem descritos ou expostos demandam uma infinidade de matizes.

Como todo mito (e ideologia), o “conto de fadas” constitucional é parcialmente correto¹⁵. É do nosso conhecimento, entretanto, que a história das ideias nem sempre corresponde aos fatos¹⁶. A história é muito mais rica e fugidia.

Ao discutir temas controversos que contribuíram para a formação da própria compreensão que temos sobre a realidade, ou determinadas instituições, devemos estar atentos para não procedermos muitas simplificações, de modo a eliminar toda complexidade da temática¹⁷. Por isso, ao analisar os termos constitucionalismo e democracia não podemos nos olvidar dessas advertências.

modernas. Contudo, se o termo “constituição”, e, por extensão “constitucionalismo”, forem entendidos como a forma pela qual os poderes estão arranjados – organizados, dispostos– em determinada sociedade, é possível afirmar que toda sociedade detém uma constituição, ou que em qualquer sociedade há constitucionalismo. Esse, porém, não é o sentido que adotamos no presente trabalho.

¹⁴ Sobre o tema, ver: CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2003.

¹⁵ Um mito e uma ideologia não podem ser completamente inventados, é necessária alguma correspondência com os fatos, cf.: CARVALHO, José Murilo de. **A Formação das Almas: O imaginário da República no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990 (2009).

¹⁶ PRZEWORSKI, Adam. **Qué esperar de la democracia: Límites y posibilidades del autogobierno**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010, p. 33: “Tendemos a confundir os ideais dos fundadores com descrições de instituições existentes na realidade. Esse véu ideológico deforma nossa compreensão e nossas avaliações.”

¹⁷ Algumas simplificações são inevitáveis, visto que nenhuma teoria pode dar conta da realidade.

Ora, o constitucionalismo tem sua origem na luta contra o absolutismo, mas provavelmente ele não foi tão liberal como, às vezes, nos contam¹⁸. Nesse sentido, o constitucionalismo é sinônimo de limitação de poder, o que o aproxima do pensamento liberal¹⁹. Grandes expoentes do constitucionalismo no final do século XVIII não poderiam ser tachados exclusivamente com o rótulo de “liberais”. James Madison, grande pai da Constituição estadunidense, era liberal e grande defensor do direito à propriedade, mas também se preocupava com arranjos institucionais que o aproximavam do republicanismo. Thomas Jefferson era um dos maiores defensores do republicanismo, além de ser jusnaturalista, e, simultaneamente, proprietário de escravos²⁰. Sieyès era um autor jusnaturalista, influenciado por Rousseau, foi responsável pela ponte entre os esquemas teóricos do jusnaturalismo moderno (e do contratualismo) e a prática, através do Poder Constituinte e da representação política²¹. Após este período revolucionário e iluminista do constitucionalismo surgiu o constitucionalismo da restauração, expressando um liberalismo conservador que contribuía para a afirmação da hegemonia dos valores burgueses. Na França, Benjamin Constant e Alexis de Tocqueville foram fundamentais para construção desse conservadorismo, bem como para a afirmação do medo em relação a “ditadura da maioria”²². No mesmo contexto, ao longo do século XIX, foi fundamental para afirmar certa visão sobre o constitucionalismo a ascensão do Positivismo como doutrina social, e, do positivismo jurídico na sua forma ideológica, que só reconhecia como direito o ato de vontade do Parlamento²³.

¹⁸ Nesse sentido, cf.: HESPANHA, Antonio Manuel. **Hércules Confundido**: Sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português. Curitiba: Juruá, 2009, p. 9 e ss.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 6. Ed, 9ª reimp. São Paulo: Brasiliense, 2010, p. 7 e ss.

²⁰ JEFFERSON, Thomas; et al. In: WEFFORT, Francisco (Org). **Jefferson, Federalistas, Paine, Tocqueville**. Trad.: Leônidas Gontijo de Carvalho; A. Della Nina, J. Albuquerque; Francisco Weffort. São Paulo: Abril Cultural, 1979, (col. Os Pensadores), p. VI e ss.

²¹ Distorcendo o pensamento de Rousseau que não via com bons olhos a representação política. Ver: COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: Ensaio de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 241.

²² BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**..., p. 55-61.

²³ Isto é, só é direito aquele ato produzido por um ente estatal dotado de competência, principalmente o Poder Legislativo, como queria a Escola da Exegese. Nesse sentido, ver: PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: Nova Retórica. Trad.: Vergínia K Pupi. São Paulo:

Além disso, de diversas maneiras e em vários contextos o Estado torna-se o único, ou o principal, produtor de enunciados jurídicos dotados de autoridade. A noção de Estado passa por mudanças significativas na Inglaterra, França e Alemanha²⁴, trazendo consequências para suas ex-colônias²⁵. O avanço da revolução industrial e consolidação do capitalismo também formam um contexto complexo. Após as duas guerras e a crise de 1929, surgem as grandes linhas mestras do constitucionalismo contemporâneo²⁶.

Todavia, o vocábulo “constitucionalismo” ainda é vago. Afinal, é praticamente impossível expressar com um termo situações tão diferentes: como países com monarquias; outros com sistemas legislativos bicamerais, outros, unicamerais; países parlamentaristas ou presidencialistas; países com constituições escritas e rígidas; nações com Cortes Constitucionais; presidentes com poderes de veto e de iniciativa de lei; primeiros-ministros com poderes para dissolver parlamentos²⁷. O que todas estas situações têm em comum? Talvez nada.

Provavelmente todas elas pretendem, em algum sentido, *contribuir para a limitação do poder*. Parece-nos que esta é uma noção bastante intuitiva, capaz de compreender uma série de situações diversas e que não é desmentida pelos acontecimentos históricos: *O constitucionalismo trata da limitação do poder*. Possuímos, assim, um ponto de partida. Entretanto, existem inúmeras teorias sobre o que é o constitucionalismo (e o que é a democracia). Por isso, foi necessário estabelecer um recorte. Serão expostas duas concepções acerca do constitucionalismo que possuem grande importância para o debate da teoria e dogmática constitucional contemporânea. Esta maneira de proceder traz um ganho em termos de clareza, pois definimos os sentidos atribuídos aos termos da discussão. Além disso, ganhamos

Martins Fontes, 2004, p. 32-34; BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad.: Marcio Pugliesi, Edson Bin, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

²⁴ Por todos, cf.: NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006.

²⁵ CARVALHO, José Murilo de. **A Formação das Almas**: O imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990 (2009), p. 17 e ss; NINO, Carlos Santiago, **Fundamentos de derecho constitucional**. 3ª. Reimp. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 4-7.

²⁶ COSTA, Pietro. O Problema da Representação Política: Uma Perspectiva Histórica. In: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: Ensaio de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 163-171.

²⁷ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Trad.: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 14-17.

igualmente em termos de aprofundamento, já que são expostas poucas concepções. Destarte, há como se deter em cada uma delas, bem como é possível expor de forma mais clara as eventuais críticas a elas.

1.2. Ulisses e as sereias: constitucionalismo, limites e pré-compromisso

“Caros amigos, não basta que um só, ou que dois, fiquem cientes/ do que respeita ao destino que Circe preclara me disse./ Não; quero tudo contar-vos, porque procuremos a Morte/ conscientemente, ou possamos fugir do Destino funesto./ Manda, em primeiro lugar, que as divinas Sereias, dotadas/ de voz maviosa, evitemos e o prado florido em que se acham./ 160 Somente a mim concedeu que as ouvisse; mas peço a vós todos/ que me amarreis com bem forte calabres, porque permaneça/ junto do mastro, de pé, com possantes amarras seguro./ Se, por acaso, pedir ou ordenar que as amarras me soltem,/ mais forte cordas, em torno do corpo, deveis apertar-me.” (Homero)²⁸

“Não sou eu quem me navega/ quem me navega é o mar/ É ele que me carrega/ Como nem fosse levar (...) Meu velho um dia falou/ Com seu jeito de avisar: - Olha, o mar não tem cabelos/ Que a gente possa agarrar (...) E quando alguém me pergunta/ Como se faz pra nadar/ Explico que eu não navego/ Quem me navega é o mar”²⁹ Paulinho da Viola e Hermínio Bello de Carvalho.

Em “Ulisses e as Sereias”, Jon Elster desenvolve quatro estudos sobre racionalidade e irracionalidade³⁰; no principal deles, “*Imperfect Rationality: Ulysses and The Sirens*” – “Racionalidade imperfeita: Ulisses e as Sereias” descreve que Ulisses nunca foi totalmente racional, pois utilizou de meios indiretos para atingir a um fim que uma pessoa racional chegaria diretamente³¹. A partir desta constatação, o ensaio desenvolve uma teoria para a

²⁸ HOMERO. **Odisséia**. Trad. Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 214, Canto XII.

²⁹ VIOLA, Paulinho da; CARVALHO, Hermínio Bello de. Timoneiro. In: VIOLA, Paulinho da. **Bebadosamba**. Rio de Janeiro: BMG, 1996, CD, digital, estéreo.

³⁰ Jon Elster é um cientista social que teve contribuições muito importantes em duas grandes frentes: na teoria da escolha racional e para o marxismo analítico. Sobre a teoria da escolha racional, cf.: ELSTER, Jon. **Peças e engrenagens das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Relume Dumara, 1994; sobre o marxismo analítico consultar: ELSTER, Jon. "Marxismo analítico: o pensamento claro. Uma entrevista com Jon Elster". **Novos Estudos Cebrap**. São Paulo, nº 31, p. 95-106, out. 1991; PERISSINOTTO, Renato. Marxismo e ciência social: um balanço crítico do marxismo analítico. **Revista brasileira de Ciências Sociais [online]**. São Paulo, vol. 25, nº. 73, p. 113-128, 2010; GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 103-136. Foram feitas traduções livres de todas as citações em línguas estrangeiras feitas ao longo do texto.

³¹ ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality**. ed. rev. New York: Cambridge, 1993, p. 36. Ulisses é o nome em latim para o herói grego “Odiseu”. Odiseu é o protagonista da “Odisséia”, obra épica do poeta grego Homero que relata a viagem – de dez anos – daquele herói para retornar a sua casa, em Ítaca, e aos braços de sua esposa, Penélope, após a Guerra de Troia.

racionalidade imperfeita. Sustenta a tese de que “se amarrar”³², como fez Ulisses ao mastro de seu barco, pode ser uma maneira privilegiada para resolver problemas de fraqueza da vontade, ou até a principal técnica para atingir a racionalidade por meios indiretos³³, o que será chamado por Elster de mecanismo de “pré-compromisso”. A partir desse estudo, o termo “pré-compromisso” será utilizado para expressar o papel do constitucionalismo na sua relação com a democracia. É necessário, portanto, definir o que se entende por “pré-compromisso”. Alguns exemplos são capazes ilustrar a dificuldade que pode surgir de uma noção pouco rigorosa desse conceito.

Uma pessoa que pretende parar de fumar pode adotar várias estratégias para atingir seu objetivo. Ela pode simplesmente parar de fumar; pode subir uma montanha muito íngreme ou fazer algum exercício que a faça sentir os malefícios do cigarro para a sua capacidade pulmonar; ou pode tomar um banho gelado cada vez que sente a necessidade de fumar; ou, ainda, pode contar aos seus amigos que parou de fumar, para que, quando eles a virem fumando, ironizem-na, proferindo comentários como: “nossa, mas você não tinha parado de fumar?”, “ainda bem que você parou de fumar, mas sempre tem cigarros né! Me dá um cigarro, por favor?”, e assim por diante.

A partir deste e de outros casos³⁴, e com o intuito de diferenciar o pré-compromisso de outros mecanismos causais, Elster explicita cinco requisitos para que haja o pré-compromisso³⁵. O primeiro requisito afirma que: “Amarrar a si mesmo é cumprir uma certa decisão no tempo t_1 , com o objetivo de aumentar a probabilidade de que alguém cumprirá outra decisão no tempo t_2 .”³⁶ O ponto central é que o motivo da ação anterior deve ser a mudança que provavelmente ocorrerá na ação posterior. Este requisito permite lidar com uma

³² É necessário um esclarecimento. Em inglês o verbo “to bind”, pode significar amarrar (ou amarrar-se) e obrigar (no sentido moral ou jurídico). De modo que, nesta sessão, as expressões “amarrar-se” e “obrigar-se” poderão ser lidas com a mesma conotação, pois expressam o mesmo sentido (de uma obrigação auto-imposta pela pessoa que “se amarra” ou “se obriga”). Será utilizado preferencialmente “amarrar-se” ou “se amarrar” por ser mais próximo da analogia com Ulisses que se amarra ao mastro do barco. Em alguns momentos, porém, será imprescindível utilizar “obrigar-se” para que fique claro o sentido naquele contexto.

³³ ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens**..., p. 37.

³⁴ ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens**..., p. 37. Elster dá outros exemplos como o de pessoas obesas que iniciam regimes para emagrecer, ou das leis norueguesas e suecas que permitem que algumas pessoas com distúrbios psicológicos solicitem a internação irreversível em hospitais psiquiátricos; ou, ainda, a questão da espontaneidade dos músicos de jazz. O exemplo do ex-fumante, contudo, já é bastante ilustrativo.

³⁵ ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens**..., p. 39 e ss.

³⁶ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 39.

série de dificuldades, inclusive com métodos mais complexos envolvendo três ou mais decisões³⁷. O segundo requisito surge porque, de acordo com os critérios 1, 3, 4 e 5 – que serão explicados adiante –, todo ato de investimento seria um ato de auto-obrigação, o que é contra-intuitivo³⁸. Para que haja pré-compromisso é necessário que algumas opções sejam excluídas. Assim, expressa o segundo requisito: “Se o ato no tempo anterior tem o efeito de induzir a mudança no conjunto de opções que ficarão disponíveis no tempo posterior, então isso não conta como amarrar-se a si mesmo se o novo conjunto factível inclui o antigo³⁹”. O terceiro requisito exclui noções como a “firmeza dos propósitos” ou uma “resolução” que as pessoas podem dar a si próprias (como as inúmeras resoluções de ano novo, por exemplo); ele afirma: “O efeito de cumprir uma decisão no *t1*, deve estabelecer algum processo causal no mundo exterior⁴⁰”. O quarto requisito delinea as condições para as quais a estratégia de Ulisses é a solução: “A resistência contra cumprir a decisão no *t1* deve ser menor que a resistência que seria oposta ao cumprimento da decisão no *t2* se a decisão *t1* não interviesse⁴¹”. Por fim, o quinto requisito demanda que o ato seja comissivo: “O ato de amarrar-se a si mesmo deve ser um ato comissivo, não de omissão⁴²”. Pois o “fato que alguém prefere não sair de um determinado estado não é uma evidência que ele poderia ter entrado livremente naquele estado entre todos [os possíveis] estados que estão abertos para ele.⁴³” Haveria custos de transação e

³⁷ Este requisito permite lidar com casos como o de pessoas maníaco-depressivas que alternam momentos de euforia e de depressão. De modo que um observador externo consegue saber quais instruções seguir àquelas de pré-compromisso, ou, “após o pré-compromisso”, ver: ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 41-42.

³⁸ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 42. Um ato de investimento seria a abdicação de usufruir de algo (um bem, produto, etc.) neste momento, para usufruir de algo melhor ou maior no futuro, o que poderia tornar o pré-compromisso supérfluo. Assim, segundo Elster, “O próximo critério é mais um critério *ad hoc*, mas parece ser necessário pela seguinte razão. Sobre o primeiro critério, tomado exclusivamente ou em conjunção com critérios (iii), (iv) e (v) abaixo, qualquer ato de investimento – i. e. qualquer sacrifício de bens presentes (atuais) a fim de que torne mais bens disponíveis depois – contaria como obrigar-se a si próprio. Isso, eu penso, é contra-intuitivo. Pode ser necessário amarrar a si mesmo a fim de que seja feito aquele sacrifício (...) i.e. para fazer a decisão no *t1* a fim de que aumente a probabilidade do sacrifício no *t2*, mas o sacrifício no *t2* não é necessariamente um ato de obrigar a si mesmo, ainda que ele aumente a probabilidade de certas decisões sobre os bens sejam cumpridas no *t3*. Com o objetivo de excluir esse caso e similares eu fixarei um requisito mais exigente”

³⁹ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 42.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens...**, p. 44.

⁴² ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens...**, p. 46.

⁴³ ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens...**, p. 47.

incertezas envolvidas que destruíram esta simetria aparente entre a entrada e a saída no estado, isto é, os dois estados –inicial ou final– não são necessariamente simétricos – iguais, já que em algumas situações a saída do estado teria um custo (de transação) maior.

A partir desses requisitos, Elster trata de vários temas afins que são importantes para a sua teoria da racionalidade imperfeita⁴⁴. Será exposto aqui o ponto em que ele se refere à noção de “abdicação de poder”, na qual trata de dois problemas que seriam próximos: o paradoxo da democracia e o paradoxo do capitalismo⁴⁵. Estes paradoxos podem ser interpretados a partir da noção de pré-compromisso (preenchendo os cinco requisitos acima expostos).

Interessa-nos, aqui, particularmente o paradoxo da democracia. Assim, para explicá-lo, Elster afirma que uma democracia direta ou uma democracia representativa, que possua o *recall* a qualquer tempo⁴⁶, são ineficientes, já que a política se tornaria a política “do zig-zag”, de idas e vindas, possibilitando a constante reavaliação do sistema: isso a tornaria incontinente, vacilante e ineficiente⁴⁷. O autor cita o fato de que Hegel, assim como outros filósofos, alertou que uma situação de “total liberdade” é, na verdade, uma situação de total não-liberdade. Em dois sentidos: primeiro porque uma liberdade ilimitada é escravidão. Uma pessoa totalmente livre torna-se refém de sua própria liberdade, visto que não possuiria limitações alguma às suas ações. Isso pode

⁴⁴ Cf.: ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens**..., p. 47-87.

⁴⁵ Aqui só será analisado o paradoxo da democracia. Sobre o paradoxo do capitalismo, cf. ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens**..., p. 96-103 Ele poderia ser formulado, basicamente, assim: cada capitalista quer que os salários dos seus empregados sejam baixos (o que aumenta seu lucro), e que os salários de todos os outros trabalhadores sejam altos (o que aumenta a demanda). É possível que qualquer capitalista possa atingir seu objetivo, mas todos os outros capitalistas não poderão atingir o mesmo objetivo simultaneamente. O que Elster não diz quando explica o paradoxo, mas que está implícito ao seu raciocínio, é que parte-se da premissa que os recursos são escassos, portanto, se um capitalista ganha mais é porque outro capitalista ganhará menos (isto pode ser estendido para sociedades, países e assim por diante). Este raciocínio permitiu o uso de modelos matemáticos, em especial, de equações para ilustrar o raciocínio econômico, já que “se se retira de algum lugar, terá que se colocar em outro.”

⁴⁶ O termo “recall” em inglês designa o instrumento de revogação dos mandatos de agentes públicos que são submetidos a uma avaliação antes do término desses. Os eleitores expressam pelo voto se os representantes devem ou não continuarem como titulares dos cargos que ocupam. Cumpre esclarecer que são denominadas “agentes públicos” as pessoas que foram investidas na condição de parlamentares ou na condição de chefes do Poder Executivo, nos três níveis da nossa Federação, isto é, União Federal, Estados e Municípios. Porém, é importante alertar para o fato de que não há no Direito brasileiro o instituto do “recall” – da “revogação de mandatos”.

⁴⁷ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 88.

gerar a inação, pois se é possível fazer tudo, resta-se sem nada fazer⁴⁸. Em segundo lugar, a liberdade ilimitada poderia levar a uma situação de anarquia (no sentido causal) porque prepara o terreno para uma ditadura⁴⁹.

Elster cita o exemplo de Atenas onde a Assembleia se reunia na Ágora quarenta vezes ao ano para discutir e decidir sobre as questões da cidade⁵⁰. A democracia ateniense possuía alguns mecanismos de defesa como o ostracismo e o *graphe paranomon*. O primeiro servia para excluir os demagogos que ameaçavam a Assembleia e o segundo permitia que, se alguém fizesse uma proposta ilegal nela, pudesse ser indiciado e julgado⁵¹. Ele critica alguns autores que pretendem assimilar esses institutos às proteções e salva-guardas criadas nas democracias modernas⁵². Não obstante, tais instrumentos podem ser compreendidos como mecanismos para manter a democracia nos limites requeridos de eficiência e estabilidade. E, de acordo com o primeiro requisito (para o pré-compromisso), a eficiência e estabilidade são exigidas para que estas instituições sejam consideradas como mecanismos de pré-compromisso.

Nas democracias modernas várias instituições podem ser interpretadas como mecanismos de pré-compromisso. Algumas delas são construídas de maneira a tornar indisponíveis determinados bens ou para incapacitar a ação ou decisão de alguma instituição, porque às vezes algumas ferramentas são tão perigosas, ou alguns valores são tão importantes, que não devem estar à livre disposição dos diversos atores. Seria o caso dos diversos Bancos Centrais

⁴⁸ Em Ulisses Liberto Elster explora esta ideia fazendo referência ao problema da onipotência, que será analisado na sequência.

⁴⁹ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 88. Elster não desenvolve esta afirmação.

⁵⁰ Idem. Sobre o número de reuniões na Ágora, cf.: RIBEIRO, Renato Janine. **A Democracia**. 3ª ed. São Paulo: Publifolha, 2008, p. 9 (Folha Explica).

⁵¹ ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens**..., p. 88-89, Para mais detalhes cf.: ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad.: Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Unesp, 2009, p.155-167, onde o autor explica e dá exemplos do uso destes mecanismos. Havia na política ateniense quatro dispositivos para compensar as emoções das massas: i) *anapsephisis* – reconsiderar uma decisão anterior; ii) “separação dos poderes” em aspas – porque o sentido de “separação dos poderes” naquela época era diverso daquele dado a partir da publicação do Espírito das Leis de Montesquieu-; iii) procedimentos em dois estágios – mecanismos de atraso (não era possível levar uma decisão para ser tomada imediatamente na Assembleia) e o ostracismo; iv) a responsabilização daqueles que instigam as emoções do povo (*graphé paranomon* e *probolé*).

⁵² Há quem faça um paralelo entre o *graphe paranomon* e o controle de constitucionalidade; e entre o ostracismo e a apatia (que, em tese, é necessária às democracias modernas). Elster critica este paralelo.

que gozam de autonomia em relação ao Poder Executivo, ou da estrutura da BBC⁵³ ou de alguns ministros ou ministérios exteriores de diversos países⁵⁴.

Elster ressalta que a própria decisão de remover alguma instituição ou organização da arena política já é, em si, uma decisão política⁵⁵. Ele levanta a questão de que talvez o sistema de eleições periódicas possa ser uma maneira do eleitorado se amarrar, sobretudo quando o governo tem o poder de dissolver o parlamento e ordenar novas eleições. Por outro lado, do ponto de vista dos políticos, as eleições periódicas teriam como consequência o acúmulo de políticas impopulares no começo do mandato⁵⁶. Nestes casos, quem guarda os guardiões? Seria interessante criar mecanismos para amarrar simultaneamente os políticos e o eleitorado.

Nesta linha de raciocínio, Francis Sejersted expõe a ideia de que a democracia direta (sem limitações) equivaleria ao despotismo, em razão da tamanha incerteza que ela gera, pois seria possível opinar sobre tudo⁵⁷. A democracia constitucional, por outro lado, é fundada em instituições estáveis que não podem ser desfeitas a vontade depois que são estabelecidas. A noção central, segundo Elster, é de que a assembleia constituinte aprova as leis fundamentais que são a base para todas as gerações seguintes. De modo que, “Só a assembleia constituinte é realmente um ator político, no sentido forte de *la politique politisante*; todas as gerações seguintes estão restritas a *la politique politisée*, ou ao dia a dia da aplicação diária das regras básicas).⁵⁸”. A partir dessa constatação, sugere uma noção (controvertida, como admite) de que através da assembleia constituinte a sociedade se amarra estabelecendo poderes de decisão sobre alguns temas ao judiciário e criando super-maiorias para a modificação da Constituição⁵⁹. Assim, propõe o *paradoxo da democracia*, segundo o qual: “cada geração quer ser livre para obrigar a sua sucessora, enquanto não é obrigada pelos seus predecessores.⁶⁰”.

⁵³ A BBC - British Broadcasting Corporation é a principal emissora pública do Reino Unido. E que goza de autonomia em relação ao governo. Para mais detalhes, cf: <http://www.bbc.co.uk/>

⁵⁴ ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens**..., p. 90.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Ibidem idem.

⁵⁷ ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens**..., p. 93.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Ibidem idem.

⁶⁰ Idem. Elster observa que esta estratégia é similar a contradição central do capitalismo, pois “Em ambos os casos é possível para qualquer geração (ou qualquer

Diante do paradoxo da democracia, fica clara a analogia com a estratégia de Ulisses que se amarra ao mastro do barco para não sucumbir ao canto sedutor das sereias. As constituições, assim como o ato de amarrar-se ao mastro, serviriam como dispositivos de pré-compromisso da sociedade diante de paixões ou de atitudes impensadas⁶¹. Como decorrência disto, a geração seguinte não tem obrigação de se sentir amarrada, nem possui o direito de legitimamente amarrar seus sucessores. Sob esta perspectiva, segundo Elster, a Constituição é legítima somente porque todas as alternativas disponíveis carecem de legitimidade⁶².

Após apresentar essas ideias, Elster foi criticado por vários pontos que não ficaram evidentes, que careciam de clareza, ou simplesmente não podiam se sustentar. Para responder algumas dessas críticas ele publicou vinte anos depois a obra “Ulisses Unbound”⁶³. É necessário repassar algumas críticas à ideia de que as constituições são um mecanismo de pré-compromisso, para que se compreendam melhor as respostas de Elster aos seus críticos e posterior desenvolvimento de seu pensamento.

Primeiro, uma ação individual pode ser equiparada a uma ação coletiva? Ou seja, para avaliar se há, ou não, pré-compromisso, pode-se igualar o ato de Ulisses ao se amarrar ao mastro do barco a uma Assembleia Constituinte ao redigir uma Constituição? Segundo, é possível comparar a metáfora de Ulisses que se amarra ao mastro para passar incólume pelas sereias e chegar aos braços de Penélope com países ao redigirem constituições? Terceiro, que limitações o pré-compromisso possui? Por fim, há algo externo à sociedade?

capitalista) que tenha e coma o seu bolo, mas todas as gerações (ou todos capitalistas) não podem simultaneamente atingir esse objetivo.” ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens**..., p. 94. Em Ulisses liberto o paradoxo da democracia é definido como: “cada geração quer ser livre para restringir suas sucessoras, mas não quer sofrer restrições por parte de suas predecessoras.” ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**..., p. 151.

⁶¹ A comparação das constituições como mecanismos de pré-compromisso tornou-se muito influente no âmbito da teoria política e do direito constitucional, sobretudo com a publicação do ensaio de Stephen Holmes, que analisa a ideia de Elster à luz de vários autores do pensamento político ocidental, para mais detalhes, cf.: HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura econômica, 1999, p. 217- 262.

⁶² Esta afirmação ficará mais clara adiante, cf. *infra*, capítulo 1, da Parte II.

⁶³ A obra foi publicada na Língua Portuguesa em 2009: ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. Trad.: Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: Unesp, 2009. Levando-se em consideração a observação feita à nota XX, sobre o verbo “to bind”, o título da obra em espanhol parecer ser mais adequado, pois se chama “Ulises desatado”.

É possível a analogia entre um ato individual (de Ulisses) e um ato coletivo (sociedades que promulgam uma Constituição)? Em “Ulysses and the Syrens”, Elster responde afirmativamente a este questionamento. Entretanto, algumas ressalvas devem ser feitas. Conforme veremos adiante, uma ação coletiva não é idêntica ao somatório de várias ações individuais⁶⁴. Em algumas situações o resultado da interação das pessoas é mais importante do que o somatório das ações individuais – o que não implica em qualquer organicismo. Isso pode ser visto claramente nos esportes coletivos, que requerem a colaboração de vários integrantes da equipe para que se atinja o objetivo almejado, como no futebol, ou no basquete, e assim por diante; ou na música, quando uma orquestra ou uma banda toca⁶⁵. É necessário que estas individualidades sejam concertadas, que inter-ajam para que se possa executar uma peça de Mozart⁶⁶, ou uma canção da Bossa Nova ou algum clássico do Rock, ou, ainda, para marcar um gol em um jogo de futebol⁶⁷. Por isso é necessária certa cautela ao transportar o raciocínio que um indivíduo faz quando está sozinho, para o possível raciocínio que ele faria se estivesse agindo em uma empresa coletiva, vale dizer, se estivesse trabalhando em equipe.

Jeremy Waldron dá outro exemplo interessante: no caso dos Estados Unidos, cuja Constituição foi promulgada há mais de duzentos anos, pensar em

⁶⁴ Cf. NINO, Carlos Santiago, **Fundamentos de derecho constitucional**. 3ª. Reimp. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 63-77; DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald. C (org.). **Democracia Deliberativa y Derechos Humanos**. Trad.: Paola Bergallo; Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa, 2004.

⁶⁵ Sobre o futebol, cf.: DWORKIN, Ronald. Ob. cit.; sobre a metáfora da orquestra, cf.: RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 646-647.

⁶⁶ Obviamente uma composição que exija mais de um instrumentista para executá-la, ou um esporte que não pode ser praticado sozinho; caso contrário, não faz sentido esta afirmação, tampouco o faz em se falar de ação coletiva de uma pessoa só. Veja-se a próxima nota para outros esclarecimentos.

⁶⁷ Poder-se-ia objetar que alguns músicos ou jogadores são tão excepcionais que dispensariam o auxílio dos outros. Tal afirmação, contudo, não pode prosperar, pois parte de uma premissa equivocada. Ainda que o músico ou o jogador fossem excepcionais será muito improvável que eles consigam desempenhar todos os papéis para que o resultado seja equivalente ao do coletivo. Dificilmente um jogador pode ser ao mesmo tempo atacante, centro-avante, zagueiro e goleiro, ou um músico pode tocar simultaneamente todos os instrumentos de uma orquestra ou de uma banda. Por exemplo, se a peça for para um quarteto de cordas, esta pessoa precisará ter no mínimo oito braços para executá-la. Logo, é bastante improvável que ela consiga fazê-lo. Note-se que esta ideia da “genialidade” parte da premissa liberal e ultra-romântica de que um indivíduo poderia fazer tudo ou quase tudo. Mas, (in)felizmente, ele não pode fazer tudo. Seja por limites dele sujeito, seja por limites externos a ele. Isso demonstra como as diversas concepções antropológicas (concepções de homem) têm grandes implicações para o Direito e para a Democracia.

uma sociedade se amarrando/obrigando-se implica em falar de uma agência (empreitada/ação) coletiva que deve considerar sua população, de ontem e de hoje, a partir das pessoas que a compõem e da coletividade como um todo⁶⁸. A questão que resulta disso é: como ter em conta esta ação coletiva?

O segundo questionamento estabelece a seguinte problemática: é possível comparar a metáfora de Ulisses que se amarra ao mastro para passar incólume pelas sereias e chegar aos braços de Penélope, com países ao redigirem constituições? Ulisses possuía destino certo e determinado. Sabia aonde queria chegar mas teve inúmeros percalços durante a sua viagem. Todavia, quando uma sociedade faz uma Constituição ela até pode saber em que direção quer “navegar”, mas, provavelmente, ou, raramente, saberá em qual “porto” atracar. Assim, consoante a música colocada na epígrafe deste capítulo, será que quem navega é o timoneiro (a Assembleia Constituinte, os agentes políticos de uma sociedade, o povo), ou quem o navega – o conduz – é o mar (fatores externos, p. ex., a economia internacional, eventualmente, catástrofes naturais)? Ou, ainda, ambos? O timoneiro controla o rumo do barco, porém, o mar em diversos momentos impõe problemas cuja solução não depende somente da vontade e astúcia do timoneiro.

Essas questões são bastante realistas, não se tratam de mera especulação desprovida de qualquer sentido prático, ou “meramente” exercício de poesia constitucional. Por exemplo, Portugal, ao promulgar sua Constituição de 1976, pretendia que aquela Lei Fundamental fosse o texto que levaria a sociedade portuguesa da democracia liberal para uma democracia socialista. Porém, não foi o que ocorreu. E, alguns anos após a sua promulgação, a Carta Constitucional foi amplamente reformada⁶⁹. A Constituição portuguesa foi

⁶⁸ WALDRON, Jeremy. Disagreement and Precommitment. In: WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford, 2004, p. 270.

⁶⁹ Há no texto da Constituição portuguesa cláusulas pétreas (disposições constitucionais protegidas contra a Reforma Constitucional - limites materiais ao Poder de Reforma). Adotou-se, contudo, a tese da dupla revisão que permitiu a mudança das próprias cláusulas que eram consideradas até então imutáveis. Esta tese foi defendida, dentre outros, por Jorge Miranda. Para Jorge Miranda as cláusulas pétreas da Constituição portuguesa poderiam ser reformadas em procedimento de duas etapas: na primeira etapa é reformado o preceito constitucional que estabelece o procedimento para se realizar a revisão, por exemplo: se reduz o quorum exigido para aprovação da revisão; já, em um segundo momento, poder-se-ia alterar o próprio conteúdo dos preceitos que eram protegidos até então como limites expressos, isto é, as próprias disposições referentes às cláusulas pétreas poderiam ser reformadas. Podem ser feitas críticas à correção (lógica) deste raciocínio, bem como críticas à plausibilidade do seu raciocínio. As críticas lógicas serão feitas na segunda parte deste

chamada à época de Constituição “Dirigente”, porque ela dirigia a um sentido, a um ponto de chegada, rumo ao socialismo⁷⁰. Todavia, poder-se-ia afirmar que a sociedade ficou a meio caminho da democracia (não chegou à democracia na esfera social – ao socialismo)⁷¹.

Ainda que se seguisse o rumo apontado pela Constituição, não seria fácil distinguir se já foi encontrado o ponto de chegada, ou o “destino final”; se é que existe algum “destino final” para sociedades e países⁷². Além disso, se

trabalho. Quanto à plausibilidade do raciocínio pode-se questionar dois aspectos: i) o autor se baseia no dispositivo do art. 82, § 2º., da Constituição Portuguesa de 1911, que previa a possibilidade do que se convencionou chamar “dupla revisão”. Entretanto, o texto da Constituição de 1976 não prevê tal possibilidade, e o autor não justifica por que deveria prevê-la ou porque o dispositivo da Constituição Portuguesa de 1911 pode ou deve ser retomado para se analisar as revisões constitucionais mais recentes; ii) além disso, a Constituição Portuguesa de 1976 pretendia ser o documento jurídico da transição de uma democracia (na qual vigia um sistema capitalista), para um modelo socialista, todavia, tais aspirações foram frustradas, como o próprio autor reconhece. Assim o extenso rol do art. 288 da Constituição Portuguesa (que era o art. 290 antes da 2ª revisão), previa inúmeras limitações expressas que só se justificavam a luz de um projeto de transição de uma democracia capitalista para uma democracia socialista, frustrado o projeto não haveria mais razão de ser destas cláusulas. É importante noticiar que esta tese foi defendida no Brasil por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, porém, como bem demonstrou Virgílio Afonso da Silva ela carece de correção em seu raciocínio lógico. E, acrescentaríamos, ao contrário de Portugal cujo contexto político era outro, não houve no Brasil uma mudança radical do contexto social ou da vontade popular. A Constituição de 1988 sempre foi uma Constituição da ordem capitalista. Ao contrário do que entende(ia) Manoel Gonçalves Ferreira Filho. A defesa da tese de Jorge Miranda pode ser lida em: MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. 2. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 221 e ss. Sobre os posicionamentos de Ferreira Filho e a crítica de Virgílio Afonso da Silva, cf.: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 202, p. 11-17, out./dez. 1995; SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no *quorum* de 3/5 para aprovação de emendas. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 226, p. 11-32 out./dez. 2001.

⁷⁰ Sobre o tema da Constituição dirigente cf.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Reimp. Coimbra: Coimbra, 1994; sobre a aplicabilidade do conceito de Constituição Dirigente para a Constituição brasileira, ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 317-318. Sobre a revisão do conceito pelo autor: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. A Constituição dirigente se caracteriza por impor programas, isto é, apontar rumos e objetivos que o Estado deve seguir sob pena de incidir em comportamento inconstitucional.

⁷¹ Segundo Elster: “Há uma relação íntima entre socialismo e democracia. Socialismo é a democracia aplicada à economia. Eu penso que os valores socialistas mais importantes podem ser implementados com democratização da propriedade no local de trabalho.” ELSTER, Jon. “Marxismo analítico: o pensamento claro. Uma entrevista com Jon Elster”. **Novos Estudos Cebrap**. São Paulo, nº 31, out. 1991, p. 104.

⁷² Aliás, esta ideia de ponto de chegada denota algo típico de algumas filosofias (e ideologias) sobre a história. Remontando a Santo Agostinho esta concepção influenciou e influencia noções muito influentes no imaginário ocidental da esquerda (algumas leituras marxistas) à direita (alguns autores que acreditam no “fim da história”) do espectro político. Por isso é necessário ter cautela com estas visões que informaram – e informam – muitas teorias políticas e jurídicas (constitucionais); como se a promulgação de uma lei fosse a panacéia.

Portugal fosse uma sociedade socialista e democrática as pessoas poderiam razoavelmente divergir sobre qual igualdade, liberdade, etc., são necessárias a este regime⁷³. O que poderia levar a crer que não se chegou a lugar algum. Ou não se chegou ao “destino final”.

Não obstante, fica o questionamento: haverá “ponto de chegada” para sociedades? Por isso, ao contrário de Ulisses, que tinha destino certo e sabia para onde rumava, as sociedades nem sempre, e geralmente, não são assim. Podem até saber para onde querem ir, mas não sabem necessariamente como, nem se lá já chegaram⁷⁴. A comparação entre a situação de Ulisses e de um país perde muito, senão todo o sentido, frente a este problema.

É imprescindível refletir, também, sobre os limites ao pré-compromisso. Passamos, então, a enfrentar o terceiro questionamento levantado.

Waldron lembra que, segundo o terceiro requisito estabelecido por Elster, o pré-compromisso geraria um *mecanismo causal*. Com isto estariam excluídas atitudes puramente internas (“resoluções de fim de ano”); nesses casos, a vontade seria depositada em alguma *estrutura externa* ao indivíduo⁷⁵. Todavia, questiona Waldron: “No caso da política, nós poderíamos querer perguntar: o que conta como uma estrutura externa?”⁷⁶ A idéia subjacente a teoria de Elster é: o que o povo fez, o povo pode desfazer. Apesar de que esta ideia faça sentido, a vontade do povo não é externa à moldura por ele imposta. Vejamos um exemplo.

Nada mais perigoso e inocente. Sobre a concepção de história em Santo Agostinho, cf.: CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das Ideias Políticas**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 28.

⁷³ Sobre o desacordo acerca de direitos, WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford, 2004; NAGEL, Thomas. *Los derechos personales y el espacio público*. KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald. C (org.). **Democracia Deliberativa y Derechos Humanos**. Trad.: Paola Bergallo; Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 48-49. Em relação aos possíveis sentidos de igualdade para o socialismo, cf.: COHEN, Gerald. A. **Why Not Socialism?** Princeton; Oxford: Princeton, 2009; e, GARGARELLA, Roberto. *Liberalismo frente al Socialismo*. In: BÓRON, Atílio. **Filosofia Política Contemporânea**. Buenos Aires: Clacso; São Paulo: USP, 2006.

⁷⁴ Elster parece reconhecer isto à p. 106 de *Ulysses and the Sirens*, mas somente tangencia esta questão. Em *Ulisses liberto* ele admite que sua teoria parte da teoria dos jogos a qual se apóia na suposição de que os atores são unitários e que eles possuem preferências e crenças consistentes e arraigadas. Contudo, o autor não desenvolve uma resposta específica a este questionamento, afinal: Quem navega? O mar ou o timoneiro? Ou ambos? Cf.: ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad.: Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: Unesp, 2009, p. 213.

⁷⁵ WALDRON, Jeremy. Ob. cit., p. 260.

⁷⁶ Idem.

Olívia e Henrique são amigos de Zeca, um profissional respeitado que adora ingerir ocasionalmente, nas palavras dele, “suco de cevada”, isto é, cerveja. Porém, Zeca sabe que não consegue apreciar essa bebida em pequenas quantidades, somente em um número maior do que seis (copos, latas, garrafas). Como cidadão consciente, Zeca sempre entrega aos seus amigos a chave do seu carro no início da noite, pois sabe que dirigir e beber pode ser muito perigoso⁷⁷. Aparentemente vemos a aplicação da noção de pré-compromisso, já que são respeitados os requisitos expostos acima, especialmente, a exigência do terceiro requisito – de um mecanismo causal e externo. Entretanto, Waldron levanta a questão: será que há realmente um *mecanismo causal*? Será que, na verdade, o pré-compromisso não depende aqui da vontade (e da virtude) dos amigos de Zeca para cumprirem sua vontade do *t1* (tempo 1) no *t2* (tempo 2)? Será que Zeca tem total controle da situação no *t2* ou ele depende dos seus amigos?⁷⁸

Waldron dá outro exemplo⁷⁹: digamos que Zeca e seus amigos estão celebrando a passagem do ano novo em sua chácara que fica a alguns quilômetros de distância de qualquer cidade, e deve-se passar por uma estrada perigosa para que se possa chegar ao local. Quase todas as pessoas do local, entusiasmadas com o ano novo que se aproxima, ingerem bebidas alcoólicas, à exceção de uma: o filhinho de Zeca de alguns meses que começa a passar mal (está com febre de trinta e nove graus) e precisa ser levado ao hospital urgentemente. Zeca entra em seu carro – o único disponível – o qual contém um dispositivo que o impede de ser dirigido caso o motorista esteja com uma dosagem alcoólica na corrente sanguínea acima daquela prevista em lei (a qual ele já extrapolou há algum tempo). Nesse caso Zeca descobre que precisa criar exceções à regra (do pré-compromisso). Então, quando seu filho estiver com febre acima de trinta e oito graus, se ele estiver na chácara, e ninguém tem outro carro ou meio de transporte para se locomover, ele poderá dirigir o carro⁸⁰. Waldron demonstra que se muitas exceções são criadas, ou caso haja

⁷⁷ O exemplo foi adaptado do texto do Waldron. Os nomes não constam no original.

⁷⁸ WALDRON, Jeremy. Ob. cit., p. 260.

⁷⁹ Novamente o exemplo foi adaptado para se tornar mais verossímil e evitar algumas objeções óbvias.

⁸⁰ Conforme afirmado na nota anterior o exemplo foi adaptado. Tratava-se de um coquetel na casa de “Zeca” (sem o nome) no qual o único carro disponível era o dele, que continha este dispositivo que o impedia de dirigir alcoolizado. Esta descrição poderia ser

muitas regras para aplicá-las pode-se fragilizar de tal maneira os mecanismos causais ao ponto de que não se poderá falar em *mecanismos causais*, tamanha a quantidade de exceções, ou sub-regras⁸¹. De modo que, nesse caso, não há pré-compromisso.

Há outros limites ao pré-compromisso além daqueles apontados por Waldron? Além disso, há algo externo à sociedade? Para responder a estes questionamentos é necessário verificarmos o desenvolvimento da reflexão de Elster em *Ulisses liberto*.

Segundo o autor, o “livro [*Ulisses liberto*] ilustra a proposição: às vezes *menos é mais* ou, mais especificamente, que há benefícios em se ter menos oportunidades do que se ter mais.”⁸²

Na maior parte da nossa vida cotidiana é correta justamente a percepção contrária. Sempre queremos ter mais opções de trabalho, de lazer, ou com quem nos relacionar etc. Grande parte do progresso da humanidade pode ser interpretado como a remoção material ou legal de restrições sobre escolhas, isto é, a ampliação do número de possibilidades⁸³. No livro são discutidos casos atípicos nos quais a expressão “quanto mais, melhor”, é inválida. O que pode acontecer por dois motivos. De um lado, o indivíduo pode-se beneficiar por ter opções *específicas* indisponíveis. De outro, o indivíduo pode ser beneficiado simplesmente por ter *menos* opções disponíveis, sem o desejo de excluir qualquer escolha específica⁸⁴.

A obra se preocupa com dois tipos de restrições benéficas. Elster divide-as em *restrições incidentais* e *restrições essenciais*⁸⁵.

As *restrições incidentais* são aquelas que beneficiam o agente que as sofre, mas que não são escolhidas por ele por causa desses benefícios. Elas podem ser escolhidas: i) pelo agente, (não em razão do benefício trazido, mas por qualquer outro motivo); ii) por outro agente; iii) ou não serem escolhidas por ninguém (fato da vida que o agente precisa respeitar).

objetável por questões óbvias: outras pessoas poderiam levar o filho dele ao hospital, ou, poderia ser chamado um táxi.

⁸¹ WALDRON, Jeremy. Ob. cit., p. 261.

⁸² ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**..., p. 11.

⁸³ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**..., p. 12.

⁸⁴ É o caso de pessoas que possuem medo de terem muitas opções para escolher. Elster fala em “medo de liberdade”, ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 12.

⁸⁵ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 15-17.

As *restrições essenciais* são aquelas que o agente impõe a si mesmo em nome de algum benefício esperado para si próprio. Em *Ulysses and Sirens* ele se referiu a elas como “pré-compromisso” ou “auto-restrição”. Quando a ênfase recai sobre benefícios que são criados tratar-se-ão de restrições essenciais.

No prefácio da obra, ele admite que um comentário crítico do historiador norueguês Jens Arup Seip fez com que repensasse suas concepções. De acordo com esse historiador: “No mundo da política, as pessoas nunca tentam restringir a si próprias, mas apenas aos outros”⁸⁶. No segundo capítulo da obra “*Ulisses liberto: Constituições como restrições*” ele expõe algumas mudanças em seu pensamento, influenciadas sobretudo por esta crítica. Vejamos quais mudanças ocorreram.

Em *Ulisses liberto*, Elster responde parcialmente às questões dois e três – propostas acima, pois afirma que existem algumas falsas analogias entre o pré-compromisso individual e as Constituições. São dois os casos expostos: i) as constituições podem restringir os outros; e ii) as constituições podem não restringir de forma alguma. No primeiro caso dá três exemplos⁸⁷. Para o segundo, sustenta que as constituições geralmente tornam difíceis, não impossíveis, a sua alteração. Mas restrições que tornem muito difícil a mudança podem ter justamente o efeito contrário ao almejado: a Constituição poderá ser simplesmente abandonada ou a disposição revogada⁸⁸. De modo que uma excessiva rigidez pode não obrigar a ninguém e ter justamente o efeito contrário, qual seja, de estimular a sua desobediência.

⁸⁶ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 7.

⁸⁷ i) Na primeira Constituição francesa a Assembleia constituinte deflagrou uma luta constante contra o Rei. Como resultado dela, a Assembleia conseguiu limitar os poderes do Monarca; ii) o autor também argumenta que se uma constituição foi feita por uma minoria (se a Assembleia Constituinte não foi eleita pelo sufrágio universal, p.ex.), esta minoria poderia impor restrições a futuras ampliações do sufrágio (exigindo a posse de determinada renda, certo nível de alfabetização) de modo a restringir a participação de outras pessoas ou classes da população; iii) algum grupo poderia constitucionalizar (inserir no texto constitucional) matérias que poderiam ser reguladas por legislação ordinária somente para dificultar sua alteração posterior.

⁸⁸ Elster cita o caso dos líderes da República Democrática Alemã (Alemanha oriental) que nos últimos dias do regime permitiam livre acesso das pessoas a Berlim Ocidental, na esperança de que elas desistissem de residir na Alemanha ocidental e retornassem para a Oriental. Retorno, aliás, que não ocorreu. Houve na Constituição norueguesa de 1814 que proibia a entrada de judeus e jesuítas no reino, segundo o autor, se esta disposição fosse possível de emendar ela teria sido revogada por meio extraconstitucionais, ou se tornaria tacitamente inoperante (a disposição foi ab-rogada, respectivamente, para os judeus e jesuítas, em 1851 e em 1956). ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 127-128.

Ora, indivíduos podem se auto-restringir confiando suas vontades a instituições ou forças externas que impeçam sua mudança; contudo, admite que

não há nada externo à sociedade, fora o caso do pré-compromisso por meio de instituições internacionais com poder de coação, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. E mesmo esses não podem tornar impossível agir contra o pré-compromisso, apenas tornar mais custoso fazê-lo⁸⁹.

Portanto, respondendo ao questionamento dos seus críticos – e à quarta questão feita neste trabalho em relação aos conceitos de Ulisses e as sereias–, Elster admite que a metáfora de Ulisses se amarrando ao mastro deve ser tomada com certa cautela quando se refere a sociedades inteiras no momento em que elaboram a sua Constituição, especialmente porque “não há nada externo à sociedade”.

Para o autor, as constituições regulamentam a vida política através de uma Declaração de Direitos e de estatutos que regulamentam a máquina de governo. As cartas constitucionais também se auto-regulamentam estabelecendo regras para o processo de emendas e dispositivos versando sobre a sua suspensão temporária⁹⁰. Após analisar como operam cada um desses mecanismos, Elster afirma que há dois níveis de pré-compromisso: i) no primeiro nível, a Constituição projeta a *máquina de governo* que visa contrabalançar a paixão, superar a inconsistência temporal⁹¹ e promover a eficiência; ii) no nível mais elevado é desenhada a própria *máquina de emenda* que age sobre os seus próprios problemas (paixão, inconsistência temporal e

⁸⁹ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 127. Adiante, na página 213, Elster afirma que as sociedades não são indivíduos em escala ampliada. Note-se que aqui Elster responde a crítica feita a Ulyses and the Syrens. Elster já havia reconhecido isto antes de Ulisses liberto. Jeremy Waldron, por exemplo, cita o mesmo trecho de uma obra anterior, *Solomonic Judgments*, na qual Elster reconhece esta crítica. Cf.: WALDRON, Jeremy. Ob. cit., p. 260.

⁹⁰ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 134.

⁹¹ “Inconsistência temporal, ou inconsistência dinâmica, ‘ocorre quando a melhor política planejada atualmente para algum período futuro não é mais a melhor política quando o período chega’. A essa definição, podemos acrescentar que a inversão de preferências envolvida em uma inconsistência temporal não é causada por mudanças exógenas e imprevistas no ambiente, nem por uma mudança subjetiva no agente além da inversão em si. A inversão é causada pela mera passagem do tempo. Quando aprendemos que estamos sujeitos a esse mecanismo, podemos adotar medidas para lidar com ele a fim de impedir que a inversão ocorra ou que tenha consequências adversas sobre o comportamento.”, ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 40. A inconsistência temporal pode ser subdividida em: *inconsistência temporal causada por desconto hiperbólico* (que não requer interação – pode ser aplicado a Robinson em sua ilha antes da chegada de Sexta-Feira) e *inconsistência temporal por interação estratégica* (que não requer desconto).

eficiência) e pode ser projetada para ser lenta e complicada. Este nível possui as funções de garantir e estabilizar o primeiro nível⁹², pois se a própria mudança da Constituição estiver à disposição dos agentes políticos para que eles possam modificá-la a qualquer momento, ela não operará como um mecanismo de pré-compromisso.

Todavia, alguém poderia questionar: não está Elster reduzindo as constituições a mecanismos (seja como máquina de governo, seja como máquina de emenda)?

Assim como em *Ulisses liberto*, em outra obra⁹³ nota-se a ênfase que Elster dá em sua teoria das restrições para a questão da eficiência⁹⁴. Essa desempenha um papel central na relação entre constitucionalismo e democracia. Para o autor, deve ser estabelecida uma relação tridimensional (e não bidimensional como se faz usualmente) entre constitucionalismo, democracia e eficiência. Esta dá profundidade à tensão entre os dois primeiros elementos. Seu objetivo é tornar eficaz a tomada de decisões liberada, que requer tanto a participação popular como as restrições constitucionais.

Ciente disso é possível compreender melhor por que o autor dedica várias páginas em *Ulisses liberto* a verificar o que justifica determinados arranjos institucionais em termos de eficiência, analisando exemplos tão diversos como: a democracia ateniense; a Convenção da Filadélfia; a Assembléia Constituinte de Paris (da primeira Constituição francesa, em 1791); ou a questão do bicameralismo; da autonomia dos Tribunais Constitucionais ou dos Bancos Centrais; conforme demonstra, tais mecanismos podem servir para diversos propósitos (p. ex., pode servir contra o desconto hiperbólico entre outras estratégias usadas pelos agentes políticos)⁹⁵. Eis a razão, também, para

⁹² ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 154.

⁹³ ELSTER, Jon. Introducción. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura económica, 1999, p. 33

⁹⁴ Conforme visto acima, de acordo com Elster a promoção da eficiência é um dos objetivos que deve buscar a *máquina do governo*.

⁹⁵ Em muitos casos os direitos fundamentais servem para atar as mãos do governo. Isto pode ser visto no caso dos direitos fundamentais sociais que podem requerer a alocação de muitos recursos, como os direitos à saúde e à educação. Assim, o motivo para que o governo retarde-se na implementação destes direitos pode ser que ele esteja propenso ao desconto hiperbólico, isto é, sempre adia a concretização desses direitos, apesar de reconhecer sua importância. A tendência à procrastinação, aliás, é algo inerente ao desconto hiperbólico. É nesse sentido que uma Declaração de Direitos funciona como um pré-compromisso segundo Elster. A Constituição brasileira fornece um bom exemplo de “pré-

que se dedique uma sessão à questão do paradoxo da onipotência, retomando a crítica de Sejersted da democracia direta como “zig e zag”. Ora, uma pessoa ou órgão/instituição onipotente torna-se, como já observara Hobbes, prisioneira de si⁹⁶. Uma vez que pode tudo, resta sem nada fazer ou poder, prisioneira das possibilidades infinitas, e pelo fato de que escolher implicará, necessariamente, em uma perda⁹⁷. Esta situação paradoxal leva a inação, contrariando muitas das nossas intuições mais arraigadas. Nestes casos, sustenta o autor, “menos [opções] é mais”. Restringir é capacitar, não o inverso⁹⁸. As constituições capacitariam, “empoderariam” as pessoas mais do que limitariam suas ações.

Além dos limites ao pré-compromisso, admite Elster que em alguns casos o pré-compromisso pode não ser possível ou desejável.

O pré-compromisso pode não ser possível em três ocasiões: i) quando existem *paixões duradoras*, que podem ser preconceitos arraigados, animosidades nacionais, religiosas ou étnicas, ou compromissos amplos com a hierarquia, entre outras disposições emocionais amplamente compartilhadas e profundamente arraigadas entre a população de determinado país⁹⁹. Da mesma forma, o pré-compromisso estará impossibilitado quando: ii) é ameaçado por paixões súbitas, geralmente ocasionadas por acontecimentos súbitos e ameaçadores, como uma crise econômica, uma guerra. Nestes casos não se aplica a ideia de que prevalece Pedro sóbrio sobre a vontade de Pedro bêbado¹⁰⁰. Elster admite, contudo, que a maioria dos momentos “constituintes”

compromisso” com os direitos, já que a Constituição impõe nos artigos 212, da CF e 60 e 72, §§ 2º e 3º, do ADCT da CF, e, no art. 198, §§ 2º e 3º, o gasto mínimo com educação e saúde, respectivamente. Os Bancos centrais também podem agir contra o desconto hiperbólico ou contra o mau uso de instrumentos de política monetária que podem ser benéficos ao partido que está no governo, mas prejudiciais à economia no longo prazo. Muitos países conferem autonomia aos seus bancos centrais justamente para evitar “a tentação” deste desconto hiperbólico dos políticos que podem fazer a economia ruir só para ganhar as próximas eleições, agindo de maneira completamente irresponsável.

⁹⁶ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 189-191.

⁹⁷ Ou, como diz o ditado: “Para cada escolha uma renúncia.”

⁹⁸ Cf. na mesma linha de raciocínio: HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura económica, 1999, p. 217- 262.

⁹⁹ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 200, São mencionados como exemplos de paixões duradouras a questão (do preconceito contra os) dos turcos na Bulgária, e as cláusulas anticlericais da Constituição Espanhola de 1931.

¹⁰⁰ Metáfora utilizada por Frederick von Hayek para ilustrar a ideia de que a Constituição é um pacto que nos protege nos momentos de fraqueza ou miopia, ou, nos momentos de embriaguez. Esta metáfora vai ao encontro da comparação com Ulisses. Para mais detalhes, utilizando uma série de autores do pensamento ocidental para tratar da questão

– de redação de uma Constituição – foram ou são momentos de crise¹⁰¹. Por fim, iii) o *interesse* impede o pré-compromisso, pois muitas vezes os constituintes podem estar interessados em redigir regras que poderão beneficiá-los. O que pode ser visto em muitos casos, nos quais a Assembleia Constituinte era a legislatura ordinária, e não cria freios aos interesses do Legislativo¹⁰².

O pré-compromisso constitucional pode não ser desejável, mesmo quando possível e eficiente. Surgem aí dois problemas. De um lado, a questão entre pré-compromisso e eficiência. Do outro, o problema entre pré-compromisso e democracia. Quanto à questão pré-compromisso e eficiência, indaga-se se a Constituição como um dispositivo de pré-compromisso, isto é, dispositivo de proteção, não cria mais perigo ao invés de afastá-lo. Elster ilustra isto através da metáfora do suicídio, ao contar que o juiz Robert Jackson afirmava que a constituição não é um pacto suicida. Com isto queria dizer que elas deveriam inibir o suicídio e não instigá-lo ou auxiliá-lo.

Assim, para proteger os dispositivos de segunda ordem que protegem a Constituição (a *máquina de emendas*, e a suspensão da Constituição) é necessário que se criem soluções de terceira ordem. Por isso, para que (qualquer) dispositivo de controle funcione é necessário que ele esteja indisponível àquele ator/entidade que deverá usá-lo. No caso das disposições de suspensão da Constituição, quem declara a suspensão deve ser um órgão diferente daquele que exerce os poderes durante a sua vigência. Contudo, Elster aponta que “As auto-restrições constitucionais fortes podem ser incompatíveis com a flexibilidade de ação exigida em uma crise”¹⁰³ De modo que as auto-restrições podem ampliar a crise ao invés de resolvê-la, em outras palavras, podem incitar o suicídio ao invés de evitá-lo.¹⁰⁴

Por sua vez, o conflito entre pré-compromisso e democracia surge quando os agentes que exercem a função de garantir o pré-compromisso estão afastados do controle democrático (como o são geralmente juízes de Cortes

da Constituição como pré-compromisso, cf.: HOLMES, HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura económica, 1999.

¹⁰¹ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 202-205. Para o autor as paixões impulsivas são mais comuns que as duradoras, para mais exemplos cf. as páginas citadas.

¹⁰² ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 205-207.

¹⁰³ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 207.

¹⁰⁴ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 208-209.

Constitucionais ou membros da diretoria de Bancos Centrais). Assim, em algumas situações as decisões de agentes que exercem o pré-compromisso podem ser eficientes, mas podem ser completamente inapropriadas, sobretudo em casos em que as pessoas destas instituições são muito dogmáticas e estão apegados a certos princípios independentemente da situação que se apresente¹⁰⁵.

Por fim, Elster sustenta que as sociedades não são indivíduos em escala ampliada e desenvolve, uma vez mais, a metáfora da constituição como pacto suicida. Para ele “Uma constituição é similar ao superego, no sentido de consentir em regras rígidas e inflexíveis que podem impedir o comportamento sensato mais adequado em ocasiões específicas.”¹⁰⁶ Porém, “essas cláusulas de válvula de escape podem interferir no impacto da constituição sobre os problemas de primeira ordem.”¹⁰⁷ E, “*Se os constituintes tentarem impedir a constituição de se tornar um pacto suicida, ela pode perder sua eficácia como um diploma de prevenção do suicídio.*”¹⁰⁸ Assim, a partir do vago e inconclusivo trecho do autor, poderíamos dizer que em face do conflito entre pré-compromisso e eficiência e entre pré-compromisso e democracia é necessário arriscar. Se a Constituição restringir demais a ação pode ocasionar o suicídio que visava evitar, é necessário, então, se lançar diante do risco, fazer como Ulisses que ao amarrar-se ao mastro não deixou de ouvir o belo canto (mortal) das sereias.

Será que as decisões que constituem algum pré-compromisso, assim como aquelas que são feitas em assembleias nacionais constituintes são idênticas às decisões que fazemos todos os dias? Bruce Ackerman tem este questionamento como ponto de partida para propor uma leitura do constitucionalismo e de sua relação com a democracia, conforme veremos no próximo item.

¹⁰⁵ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 210 e 212.

¹⁰⁶ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 220.

¹⁰⁷ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 221.

¹⁰⁸ Idem. Com esta afirmação o autor sustenta que a Constituição deverá desafiar os problemas do pré-compromisso com a eficiência e com a democracia, e que negá-la tal condição poderá impedi-la de ter qualquer função.

1.3. Momentos constitucionais

Bruce Ackerman desenvolve em uma série de escritos sobre a noção de “democracia dualista”¹⁰⁹, que parte da premissa de que nem todas decisões têm a mesma relevância. Para ele, existem dois tipos de decisões em uma democracia: as *decisões constitucionais* do povo e as *decisões ordinárias*. As primeiras são raras e acontecem somente sob determinadas condições. Elas são fundamentais, porquanto definem a vontade do povo, e, ao mesmo tempo, permitem constituir a identidade coletiva de uma nação. Além disso, habilitam as pessoas a se expressarem na primeira pessoa do plural, a se pronunciarem em nome de “Nós, o povo”, isto é, a falar por “nós todos”¹¹⁰.

Ackerman sustenta que devem ser preenchidas três *condições constitucionais* para que a decisão possa ser chamada de “*decisão constitucional*”. Assim, para um movimento se manifestar em nome da autoridade superior do povo deve: i) convencer um número extraordinário dos seus concidadãos para levarem a iniciativa proposta (pelo movimento) com uma seriedade que eles normalmente não conferem à política; ii) permitir a seus oponentes uma oportunidade justa para organizar suas próprias forças; iii) conseguir o apoio da maioria dos seus concidadãos a apoiar a iniciativa deles, enquanto o mérito dela é repetidamente discutido em um fórum deliberativo para a criação de uma “lei maior”¹¹¹, isto é, da Constituição. Decisões que

¹⁰⁹ ACKERMAN, Bruce. Un neofederalismo? In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Trad.: Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura econômica, 1999; ACKERMAN, Bruce. **El futuro de la revolución liberal**. Trad.: Jorge Malém. Barcelona: Ariel, 1995; ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Cambridge; London: Havard, 1999, e, ACKERMAN, Bruce. **We the People: Transformations**. Cambridge; London: Havard, 1998. Ackerman parte da premissa de que cotidianamente tomamos inúmeras decisões sobre: o que comer, que roupa vestir, que palavra pronunciar, qual gesto fazer, que sentimento expressar, etc. Porém, nem todas estas determinações podem ser consideradas como “decisões fundamentais” ou como atos de “pré-compromissos”. São situações bastante distintas, por exemplo, responder: “sim”, para um pedido de casamento, ou a uma indagação se a pessoa chegará no horário, ou, ainda, se ela quer tomar um café.

¹¹⁰ ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Cambridge; London: Havard, 1999, desenvolvendo a questão da identidade coletiva, cf. do mesmo autor: ACKERMAN, Bruce. The Living Constitution. **Harvard Law Review**. Vol. 120, nº 7, may., 2007, p. 1737-1812, p. 1746-1749.

¹¹¹ ACKERMAN, Bruce. **We the People** ..., p. 6. Ackerman fala neste e em outros textos em: “Higher Lawmaking”. Na edição brasileira da obra, esta expressão é traduzida como “criação da lei”. Entretanto, esta tradução pode não explicitar os sentidos que se quer designar, já que a Constituição (de algum país) pode ser chamada de, e comumente é tratada

preenchem estes requisitos serão consideradas *decisões constitucionais*. Os período em que elas são discutidas são chamados de “momentos constitucionais”¹¹². Por outro lado, as decisões ordinárias são as que ocorrem todos os dias e não requerem condições especiais para sua manifestação.

Assim, a democracia dualista está comprometida com duas intuições: de um lado, afirma que nem todas as decisões que as maiorias tomam merecem ser igualmente consideradas (nem todas as decisões que a maioria toma são iguais). E, de outro lado, aduz que em uma democracia quem deve governar é o povo¹¹³, não algum corpo de elite como o poder judiciário. É a própria cidadania que deve decidir como governar-se dizendo, diante de cada problema, que rumo tomar¹¹⁴.

Porém, será a democracia dualista uma concepção adequada para compreender o desenvolvimento constitucional norte-americano¹¹⁵? Será o melhor modelo para o Constitucionalismo americano? Ademais, será ela adequada para enfrentar o conflito inter-geracional? Para responder a essas perguntas o dualismo terá que enfrentar três objeções: dos monistas, dos fundacionalistas¹¹⁶ e dos historicistas (burkeanos)¹¹⁷.

por, “Lei Maior”, que, em inglês, seria “Higher Law”. Por isso Ackerman utiliza a expressão “higher lawmaking” justamente para diferenciar um processo de criação – ou de mudança – da Lei Maior (Constituição), do processo de criação das leis “menores”, isto é, as leis ordinárias, que é o processo legislativo comum, o processo do dia a dia (ordinário).

¹¹² ACKERMAN, Bruce. **We the People** ..., p. 6.

¹¹³ Roberto Gargarella afirma que esta premissa aproxima a teoria de Ackerman da corrente que chamada por Gargarella de *radicais não populistas* (também chamada de tradição genuinamente radical), pois não afirma que, em uma democracia, o governo deve ser para o povo, mas que só algumas pessoas teriam acesso às decisões corretas (elitismo). Para mais detalhes cf.: GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Ariel, 1996, p. 126 e ss.

¹¹⁴ ACKERMAN, Bruce. **We the People** ..., p. 16.

¹¹⁵ Ackerman é professor nos Estados Unidos e deixa claro ao longo de sua obra a proposta de democracia dualista pretende ser a melhor teoria para o contexto daquele país, não para qualquer país do mundo. Como se verá adiante (cf., abaixo, Cap. 1, parte II) é possível questionar se a democracia dualista tem uma abordagem interessante para dar conta dos problemas brasileiros.

¹¹⁶ Preferiu-se a tradução “fundacionalistas” ao invés de “fundamentalistas” conforme a edição brasileira, por dois motivos. Primeiro, porque em inglês fala-se em “foundationalists”, neologismo que Ackerman provavelmente criou a partir da palavra “foundation”, isto é, “fundação”. Esta palavra atribui significado completamente distinto de outra palavra – “fundamentalist” –, que poderia ser traduzida por “fundamentalista”. Ora, as duas têm significado completamente distinto (a segunda designa “fundamentalista”, enquanto que a primeira expressa “fundação”). O segundo motivo é que “foundation” pode remeter o leitor americano aos “Founding Fathers” – aos “Pais Fundadores”- que é a maneira – carinhosa- pela qual são chamados muitos políticos e personagens da geração que foi responsável pela independência dos Estados Unidos e posteriormente pela redação da Constituição daquele país. Nota-se que o vocábulo “fundamentalista” não preserva nenhum destes dois sentidos. Expressa somente que os partidários desta corrente seriam fundamentalistas, ou seja,

Os monistas acreditam que os vencedores da última eleição gozam de plena autoridade para a criação da Lei Maior¹¹⁸, o que acarreta duas consequências. A primeira delas é que qualquer freio sobre a vontade do eleitorado presume-se como antidemocrático. Para alguns monistas sofisticados essa é uma presunção que pode ser superada, de modo que não seriam antidemocráticos, por exemplo, os controles que fornecem uma proteção contra a (revogação) ab-rogação das eleições periódicas. A segunda consequência é que a Suprema Corte (ou qualquer outro órgão encarregado de fiscalizar a constitucionalidade das leis) ao declarar inconstitucional (invalidar) uma lei aprovada pelo legislativo, padece de uma “dificuldade contramajoritária”¹¹⁹, carecendo de legitimidade democrática.

Ackerman os critica por conceberem a democracia como uma versão idealizada da democracia britânica, o que os impede de captar a essência da democracia, especialmente nos Estados Unidos, que não é um fiel seguidor do modelo britânico¹²⁰. Os monistas também confundem democracia com supremacia do parlamento. O autor sustenta que nem todas as votações em Washington (ou em Londres, ou em Brasília, diríamos) representam os ideais da maioria dos cidadãos americanos (ingleses, ou brasileiros) mobilizados. Não é evidente que uma lei aprovada pelo Parlamento seja um reflexo da vontade do povo¹²¹. Além disso, a criação da Lei Maior exige que se percorra o

sectários na sua defesa dos direitos. O que, segundo a teoria, conforme ser verá, também é correto, mas isto pode prejudicar a interpretação do texto, por enfatizar somente uma característica deste grupo, negligenciando o fato de que pode haver alguma nuance dentro dos componentes do grupo.

¹¹⁷ Ackerman agrupa diversos autores de correntes muito distintas teórica ou politicamente. De modo que, são monistas: “Woodrow Wilson, James Thayer, Charles Beard, Oliver Wendell Holmes, Robert Jackson, Alexander Bickel e John Ely”; e fundacionalistas autores tão distintos como: “Ronald Dworkin, Richard Epstein e Owen Fiss” dentre outros. O historicismo burkeano é mais coeso, visto que é baseado nas ideias do conservador Edmund Burke. ACKERMAN, Bruce. Ob. cit., p. 7 e 11.

¹¹⁸ ACKERMAN, Bruce. Ob. cit., p. 7 e 9.

¹¹⁹ ACKERMAN, Bruce. Ob. cit., p. 8. A expressão “dificuldade contramajoritária” foi usada por Alexander Bickel na obra “The Least Dangerous Branch” para caracterizar a dificuldade que padece a Suprema Corte norte-americana. O título foi retirado do artigo nº 78 da coletânea “The Federalists Papers” – “O Federalista”, no qual Alexander Hamilton afirma que o Poder Judiciário seria “o ramo menos perigoso” do governo.

¹²⁰ Principalmente porque a democracia britânica não conta com uma Constituição escrita e rígida, nem com um Poder Judiciário que exerça a Fiscalização da Constitucionalidade das leis em face da Constituição.

¹²¹ Esta afirmação aparenta ser bastante intuitiva, mas frente a ela podem ser colocadas duas temáticas. De um lado, podem ser levantadas diversas questões sobre a “crise da representação”, a qual pode ocorrer por vários motivos, seja em virtude de um determinado arranjo do sistema eleitoral que privilegia ou não a participação das minorias na composição

caminho mais oneroso, pois apenas o movimento político que conseguir trilhá-lo poderá invocar a autoridade suprema do povo. Nessas situações a atuação da Suprema Corte é vista de uma maneira diferente pois não se presume que ela seja antidemocrática. Pelo contrário, ao garantir o cumprimento da vontade popular expressa nas grandes decisões democráticas, a Suprema Corte não age antidemocraticamente, mas sim, garante a democracia protegendo a vontade do povo, inclusive em face do legislador¹²². Assim, fica claro que não se confunde “a vontade de Nós, o Povo, com os atos de Nós, os Políticos”¹²³, e, portanto, que a visão monista da democracia é redutora e não consegue dar conta da experiência americana¹²⁴.

Os fundacionalistas não negam a democracia, mas seu entusiasmo popular está constrangido por um profundo comprometimento com os direitos fundamentais¹²⁵. Segundo essa corrente a Suprema Corte deve proteger os direitos mesmo em face das decisões majoritárias. Ackerman aponta que esse grupo sofre de uma doença antidemocrática – padece de certo elitismo. Para definirem o que entendem por Direito e direitos estabelecem um diálogo com as grandes obras do pensamento ocidental, como as de Locke ou Kant; sugerem também que os juízes deveriam se aproveitar das teorias desenvolvidas por estes autores para fundamentar suas decisões. Para Ackerman isso porém só os leva a removerem mais questões fundamentais do processo democrático.

Por outro lado, os fundacionalistas acusam os dualistas e os monistas de não assegurarem a proteção adequada aos direitos fundamentais, já que para essas duas correntes os direitos não precedem as decisões resultantes de um processo democrático. Os dualistas replicam que a proteção judicial dos direitos está condicionada à afirmação democrática do caminho mais oneroso

das casas legislativas, seja porque os representantes não representam (efetivamente) a vontade da maioria da população (ou, no mínimo, a vontade de seus eleitores). De outro lado, a afirmação de Ackerman poderia ser repensada à luz da teoria democrática, e, também, da noção de “presunção de constitucionalidade das leis”, que afirma a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo. Algumas críticas a partir da teoria democrática serão feitas adiante. Sobre a “presunção de constitucionalidade das leis”, cf.: COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 141 e ss.

¹²² ACKERMAN, Bruce. Ob. cit., p. 8.

¹²³ ACKERMAN, Bruce. **We the People** ..., p. 10.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ ACKERMAN, Bruce, Ob. cit... , p. 11.

para se fazer a “Lei Maior”. Uma vez percorrido esse caminho a atuação será legítima. Os fundacionalistas, entretanto, invertem essa ordem de prioridades.¹²⁶ Surge então a questão: afinal, de que lado ficar? Há alguma indicação de que a constituição americana prefira uma concepção à outra? Ackerman acredita que sim.

A Constituição dos Estados Unidos opta pelo dualismo. Apesar de prescrever duas exceções, a democracia vem antes dos direitos¹²⁷. Havia na Constituição americana a proibição do comércio de escravos, entretanto ela foi superada. Tal fato seria a prova de que a democracia precede a defesa dos direitos naquele país. Essa decisão consagrou a possibilidade do povo mudar de opinião, apesar da proibição constitucional.

Ackerman faz uma comparação com a Alemanha para evidenciar que os Estados Unidos são dualistas. Na Alemanha a situação é muito distinta, pois lá a Constituição é fundacionalista e coloca os direitos antes da democracia¹²⁸. A instituição de direitos fundamentais como cláusulas pétreas tem como consequência a vedação de reformas à Constituição que os eliminem. Para Ackerman, seria absolutamente correto que o Tribunal Constitucional alemão declarasse inconstitucional tal reforma, frente à vontade (superior) do povo expressa na Constituição¹²⁹. Se o povo alemão quisesse reformar a Lei Fundamental de Bonn para, p. ex., instituir o cristianismo como religião oficial

¹²⁶ ACKERMAN, Bruce. **We the People** ..., p. 12-13.

¹²⁷ As duas exceções ao dualismo são: a proibição de abolição da escravidão que constava da redação original da Constituição norte-americana, e, no começo do século XX a proibição de comercialização de bebidas alcoólicas (prescrita pela Emenda XXI). Ambas as proibições foram revogadas, o que, para Ackerman, demonstra que o povo nestes dois casos exerceu seu direito de mudar de opinião. ACKERMAN, Bruce. Ob. cit. p. 13-14. Esta afirmação de Ackerman pode ser questionada se levarmos em consideração que ainda há na Constituição americana a proibição de extinção da forma Republicana e da concessão de títulos de nobreza. Parece-nos que estas duas cláusulas (também) constituíram “cláusulas pétreas” ou limites materiais ao poder de reforma da Constituição americana. Nota-se que Ackerman não defende uma concepção exclusivamente formalista da Constituição, pelo contrário. Isto fica mais claro em outros textos: ACKERMAN, Bruce. Higher Lawmaking. In: LEVINSON, Sanford (ed.) **Reponding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. New Jersey: Princeton, 1995, e, ACKERMAN, Bruce. Un neofederalismo? In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Trad.: Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura econômica, 1999.

¹²⁸ Para Ackerman a Alemanha é “fundacionalista”, porque há na Constituição cláusulas pétreas, as quais protegem os direitos fundamentais inclusive em relação às deliberações democráticas. A Constituição Brasileira também institui esta proteção, o que será analisado adiante.

¹²⁹ ACKERMAN, Bruce. Ob.cit., p., 15.

ele deverá escrever uma nova constituição¹³⁰. Entretanto, a mesma decisão no contexto norte-americano seria absurda. Portanto, a comparação evidencia que nos Estados Unidos o povo é a fonte dos direitos¹³¹. Na Constituição americana a democracia antecede os direitos, mas não da maneira simples como supõem os monistas¹³².

Ackerman afirma que a polêmica entre monistas e fundacionalistas é permanente, especialmente em face de decisões judiciais em que uma das partes postula o fortalecimento de algum direito e a outra pleiteia mais proteção ao processo democrático. Diante dessa polêmica a perspectiva dualista parece ser mais promissora, já que faz uma mediação entre as duas posições ao aplicar a legislação a partir de uma reflexão histórica sobre as manifestações populares e suas conquistas.

É a reflexão histórica que aproxima a democracia dualista de outra perspectiva que a ela se opõe: o historicismo de Edmund Burke. Burke e seus seguidores concebem a história como a evolução gradual das práticas sociais. Segundo essa linha de raciocínio, as práticas se aperfeiçoam paulatinamente¹³³. No caso do direito esse processo ocorreria decisão a decisão, ao longo do tempo¹³⁴. Essa concepção seria a mais adotada por juízes e advogados, que estão mais interessados em lidar com a construção das decisões concretamente do que com as (teorias e) abstrações dos monistas ou dos fundacionalistas.

¹³⁰ Ackerman dá o seguinte exemplo: uma possível emenda à Constituição norte-americana que instituisse o cristianismo como religião oficial não violaria a Constituição para a visão dualista (desde que respeitados os requisitos para se obter uma decisão constitucional). Não se poderia dizer o mesmo em relação à Constituição alemã. Não se pode olvidar que os dois países são laicos e suas constituições asseguram a liberdade de crença como direito fundamental.

¹³¹ ACKERMAN, Bruce. **We the People** ..., p., 16.

¹³² Idem.

¹³³ Burke foi um grande crítico da Revolução Francesa por romper com as tradições daquele país, e que teve grande influência no pensamento conservador posterior. Ele defendia, olhando para a experiência inglesa, que as práticas se aperfeiçoariam com o passar do tempo e não com grandes rompimentos abruptos. Paradoxalmente ele não era crítico da guerra (revolução) de Independência norte-americana. Sobre suas críticas à Revolução Francesa, cf.:

¹³⁴ Esse processo de construção do Direito através de inúmeras decisões judiciais é típico do sistema do Common Law. Sobre o sistema do Common Law e a importância das decisões judiciais naquele sistema, consultar: MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito** - UFPR, Curitiba, n. 47, p.29-64, 2008.

Outro componente do historicismo burkeano é a desvalorização da manifestação das massas¹³⁵. O dualismo oferece quatro críticas a essa forma de historicismo: i) ao longo de sua história os americanos exerceram uma reforma revolucionária para definir na Constituição sua identidade política¹³⁶; ii) contrário ao entendimento historicista burkeano, os “Pais Fundadores” redigiram uma constituição claramente fundada em abstrações que não podem ser renegadas¹³⁷; iii) dentre estas abstrações está a atribuição do poder ao povo e não a uma elite; iv) o pensamento de Burke pode levar a um governo de elite dissociado das conquistas populares.

Apesar de elaborar essas críticas, Ackerman afirma que Burke reconhecia a excepcionalidade da experiência americana. Além disso, os dualistas compartilham com Burke a suspeita de riscos demagógicos que a democracia pode gerar. Porém, afirmam que não existe qualquer garantia efetiva contra eles. Para remediá-los, são propostas duas tarefas de prevenção: i) o cultivo diário de práticas de cidadania no dia a dia, desde as escolas às praças e assim por diante; e ii) estudar maneiras de criar estruturas constitucionais que permitam que movimentos transformativos engajem suas energias em um diálogo produtivo com a maior parte da população. Outra aproximação com o pensamento de Burke é a opção pela identificação de processos concretos de modificação constitucional decorrentes de mobilização popular ao invés de pensar somente a partir de categorias abstratas (como fazem os fundacionalistas). Ackerman afirma que os dualistas e o historicismo diferem-se do monismo e dos fundacionalistas, pois esses erigem suas teorias a partir de pressupostos a-históricos (como no caso dos fundacionalistas: posição original, estado de natureza), e aqueles adoram o altar do presente como fazem os monistas. Contudo não conseguem compreender, como pretende o dualismo, que há um diálogo entre as gerações, no qual não são

¹³⁵ ACKERMAN, Bruce. **We the People** ..., 17-21.

¹³⁶ Sobre a ideia de “reforma revolucionária”, cf.: ACKERMAN, Bruce. **El futuro de la revolución liberal**. Trad.: Jorge Malém. Barcelona: Ariel, 1995. A reforma revolucionária implica na luta por questões básicas de princípio que tem consequências para questões mais amplas da vida do país (na obra “O Futuro da Revolução Liberal”, Ackerman mostra exemplos de “reforma revolucionária”, no embate de ideias em outros contextos, especialmente nos países do Leste Europeu que se constitucionalizaram após a queda do regime soviético).

¹³⁷ Ackerman afirma que os “Pais Fundadores” “eram crianças do Iluminismo” que estavam dispostos a usar as melhores teorias políticas de sua época para provar que o autogoverno republicano não era um sonho. ACKERMAN, Bruce. Ob. cit., p. 20.

descartadas as contribuições do passado e não se deixa de olhar para o futuro.

Em busca dos processos concretos de mobilização e de produção de grandes decisões constitucionais que reescrevem a história e a identidade coletiva do povo, Ackerman aponta três momentos de mobilização popular nos Estados Unidos que poderiam ser identificados como “momentos constitucionais”, ou como “reformas revolucionárias”. Essa identificação afasta a ideia de que a história constitucional americana pode ser compreendida como um período linear de uma república bicentenária.

A primeira “Era” ou “Período” seria desde a “Fundação”, que abrange a ratificação da Constituição dos Estados Unidos, além da edição das dez primeiras emendas (a Declaração de Direitos – o “*Bill of Rights*” – daquele país), até o início do controle de constitucionalidade (o *judicial review*). A segunda Era envolve a “Reconstrução” que é o período da Guerra Civil e as mudanças constitucionais que lhe sucederam. Por fim, a terceira “Era” compreende o período do “New Deal” e o conflito entre o Presidente da República e a Suprema Corte, o que culminou com a afirmação do papel mais ativo do Estado na economia¹³⁸.

A ideia de democracia dualista é interessante, pois tendemos a concordar com a diferença de que há algumas decisões mais importantes que outras, e de que em alguns casos o Poder Judiciário deve proteger os direitos mesmo em face de uma decisão majoritária.

A proposta de uma democracia dualista parece superar as dificuldades que se impõem aos monistas, fundacionalistas e ao historicismo, pois não retira do povo o papel de protagonista na democracia, e também não afirma que qualquer decisão que declare a inconstitucionalidade de algum ato legislativo será, necessariamente, antidemocrática¹³⁹, já que se estará defendendo a

¹³⁸ ACKERMAN, Bruce. **We the People**, p. 58 e ss.

¹³⁹ Ackerman argumenta que seria mais apropriado falar-se em “dificuldade intertemporal” do que em “dificuldade contramajoritária”. Ora, ao tratar o conflito aparente entre a decisão do legislador e a decisão da Suprema Corte como dificuldade intertemporal fica clara a necessidade de que a decisão que será protegida pela declaração de inconstitucionalidade deva ser uma “decisão constitucional”, a qual será legítima se houver um debate que dure certo tempo e no qual haja o convencimento dos seus concidadãos. Esta dificuldade intertemporal também expressa o fato de que os cidadãos de hoje estabelecem/criam um diálogo com as gerações anteriores da cidadania. Logo, a dificuldade maior é criar e manter este diálogo; se ele existir não há que se falar em “dificuldade contramajoritária” já que a decisão é legítima.

vontade soberana do povo expressa no texto da Constituição. Essa linha de raciocínio parece coerente, porém, ela não é nova.

No Federalista setenta e oito¹⁴⁰, Alexander Hamilton desenvolve alguns dos principais argumentos utilizados até hoje para justificar a legitimidade democrática do controle da constitucionalidade das leis. Seus argumentos podem ser sintetizados em alguns pontos.

Na defesa da proposta de organização do Poder Judiciário feita pelos constituintes norte-americanos, Hamilton afirma que o Judiciário é o “ramo menos perigoso”¹⁴¹ dos três poderes, uma vez que ele não possui a espada (a força militar organizada), nem pode conceder honrarias como o faz o Executivo; além disso, não conta com a “bolsa” (o orçamento) como é o caso do Legislativo¹⁴². Vejamos qual a relação desse ramo “menos perigoso” com a Constituição e as leis.

Hamilton tem como premissa a superioridade da Constituição¹⁴³. Afirma que se houver um ato legislativo contrário à Constituição, o Poder Judiciário deve anulá-lo. Seus críticos, todavia, afirmam que segundo esta concepção o Judiciário seria superior ao Legislativo devido a sua capacidade de anular os atos desse poder. Hamilton enfrenta essa objeção e a nega.

Astuciosamente argumenta que o Judiciário não pode mais que o Legislativo, pois acima dos dois está a vontade do povo (escrita na Constituição), que deve ser obedecida por ambos. E, se os representantes do povo contrariam a sua vontade, ou seja, se eles proferem um ato que é contrário ao texto da Constituição, eles estão desrespeitando a vontade soberana do povo. Nesses casos, o Judiciário não só pode como deve declarar

¹⁴⁰ Os artigos federalistas – também conhecidos como “O Federalista” – são um conjunto de textos publicados em jornais do estado de Nova York, entre Outubro de 1787 e Maio de 1788, escritos por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, que buscavam a adesão do povo nova iorquino ao projeto de Constituição dos Estados Unidos e refutava as críticas dos adversários da Constituição (que ficaram conhecidos como anti-federalistas).

¹⁴¹ A expressão original é “the least dangerous branch” – provavelmente o artigo de Hamilton serviu de inspiração para a famosa obra de Alexander Bickel com o mesmo nome. Cf.: BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2ª ed. New Haven, London: Yale, 1986.

¹⁴² Esta afirmação guarda sentido nos Estados Unidos não no Brasil. Aqui, o Poder Judiciário possui iniciativa orçamentária, ver art. 99, § 1º da CF; suas decisões devem ser observadas sob pena de multa de acordo. art. 601 do CPC, ou de cometer o crime de desobediência, art. 330, do Código Penal. Ademais, a iniciativa de lei para a lei orçamentária anual é do Presidente da República, cf. art. 165, III, CF.

¹⁴³ HAMILTON, Alexander. The Federalist, 78: A view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behaviour. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Oxford, 2008, p. 381.

o ato inconstitucional¹⁴⁴. Caso contrário, seria o mesmo que dizer que a vontade do representante é mais importante que a vontade do representando, que ele pode contrariá-la, que a vontade do servo é mais importante do que a vontade do mestre. Todos sabem que esse raciocínio seria, evidentemente, absurdo¹⁴⁵. Se a Constituição é a lei fundamental que expressa a vontade do povo e se os juízes devem aplicar as leis, eles devem proteger a vontade do povo (a Constituição) e não a dos legisladores. Por isso, ao declararem inválido um ato do Legislativo que contrarie a Constituição eles estão, na verdade, garantindo a prevalência da vontade do povo sobre a vontade dos seus representantes¹⁴⁶.

Alguém poderia argumentar: e se o povo mudar de ideia? Como fica? Hamilton responde que a defesa da legitimidade do Poder Judiciário não impede que o povo mude de ideia e decida a qualquer tempo mudar ou revogar a Constituição¹⁴⁷.

Note-se, que Ackerman retoma essa linha de raciocínio, só que o faz com grande sofisticação ao vincular as decisões constitucionais às lutas concretas que são colocadas na agenda do debate público, cujos grandes momentos de mobilização popular ele chama de “momentos constitucionais”. Ao propor a criação de fóruns nos quais os cidadãos podem tentar convencer seus concidadãos escapa do conservadorismo inerente à proposta Federalista¹⁴⁸. Não obstante, o cerne da sua argumentação encontra-se nas

¹⁴⁴ Note-se que foi justamente seguindo este raciocínio/“lógica” que o Justice (Ministro) da Suprema Corte americana John Marshall justificou de *lege ferenda* (sem previsão no texto Constitucional) a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade dos atos de outros poderes. Sobre o caso no qual foi proferida a sentença que considerado o início do controle de constitucionalidade, cf.: STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis Michael; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V.; KARLAN, Pamela S. **Constitutional Law**. 5 ed. New York: Aspen, 2005, p. 36-42.; sobre a “lógica” da decisão de Marshall, cf.: NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Trad.: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 261 e ss.

¹⁴⁵ HAMILTON, Alexander. Ob. cit., p. 381. Cf. comparação no mesmo sentido e contemporaneamente a Hamilton, mas do outro lado Atlântico, em SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?** Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p. 115-118.

¹⁴⁶ HAMILTON, Alexander. Ob. cit., p. 382.

¹⁴⁷ HAMILTON, Alexander. Ob. cit., p. 383-384.

¹⁴⁸ Cass Sunstein acredita que os “Founding Fathers” desenharam nos textos d’Os Federalistas e na Constituição uma democracia deliberativa, cf. nesse sentido: SUNSTEIN, Cass. **Democracy and the problem of Free Speech**: With a new Afterword. New York: The Free Press, 1995, 242 e ss. Apesar de que outros autores concordam em alguma medida com Sunstein, p. ex., OVEJERO, Félix. **Incluso un pueblo de demonios**: democracia, liberalismo, republicanismo. Madrid, Buenos Aires: Katz, 2008, p. 81 e ss. Acredita-se que esta ideia é bastante anacrônica, para dizer o mínimo. Ora, os Pais Fundadores eram comprometidos em

palavras de James Madison e Alexander Hamilton, inclusive e especialmente a diferença entre decisões constitucionais e decisões ordinárias¹⁴⁹. Ackerman, contudo, não assume o caráter elitista do Poder Judiciário defendido por Hamilton, sobretudo para refrear a vontade popular¹⁵⁰.

Há, entretanto, outra questão. Chama atenção o fato de que Ackerman não critica a concepção de interpretação subjacente à proposta de Hamilton. *Não a critica e aparentemente a adota*. Ora, para autores como Hamilton, e antes dele Beccaria¹⁵¹ ou Montesquieu¹⁵², o juiz ao julgar será tão objetivo quanto o ato de um cientista que coloca na balança duas substâncias para medir seu peso¹⁵³. Diante da concepção iluminista de Direito era claro que, sendo a lei escrita, não haveria margens para arbitrariedades, pois a lei era tomada como um *dado*¹⁵⁴. O jurista e o juiz diante de um caso poderiam emitir

certa medida com o autogoverno e com a instituição de um governo republicano, mas o modelo por eles proposto era declaradamente elitista, ao contrário das propostas contemporâneas de democracia deliberativa. Falar em democracia deliberativa no final do século XVIII só é possível se se entender por democracia e por deliberação algo completamente distinto do que se expressa hoje. Para os Federalistas, assim como Sieyès na França, haveria alguma deliberação somente entre os representantes (que se constituíam em uma elite).

¹⁴⁹ Madison também defende a diferença entre decisões “ordinárias” e decisões mais importantes “constitucionais”, no Federalista nº. 48, todavia, a defesa da fiscalização da constitucionalidade foi feita por Alexander Hamilton no Federalista nº 78. MADISON, James. *The Federalist*, 48: The same subject continued with a view to the means of giving efficacy in practice to that maxim. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Oxford, 2008, p. 245-249.

¹⁵⁰ Hamilton afirma: “os registros desses precedentes [os precedentes que servem para definir e ressaltar o seu dever em cada caso particular] devem inevitavelmente crescer até um montante considerável e devem exigir longo e trabalhoso estudo para o alcance de um conhecimento adequado acerca deles. Por consequência, só poderão existir poucos homens na sociedade que terão habilidade suficiente com as leis a ponto de qualificá-los para os postos de juízes. E para fazer deduções apropriadas para a comum depravação da natureza humana, o número daqueles que unem a necessária integridade e o necessário conhecimento deve ser ainda menor.” HAMILTON, Alexander. *Ob. cit.*, p. 385

¹⁵¹ Para Beccaria: “O juiz deve fazer um *silogismo* perfeito. A *maior* deve ser a lei geral; a *menor*, a ação conforme ou não à lei; a *consequência*, a liberdade ou a pena.”, BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad.: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 22.

¹⁵² É conhecida a posição de Montesquieu sobre os juízes, para ele os magistrados seriam praticamente autômatos. Os “juízes, de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Trad.: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 152 (col. Os Pensadores).

¹⁵³ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: Nova Retórica**. Trad.: Vergínia K Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 32-34;

¹⁵⁴ Isto é, como algo que é *dado*, translúcido, óbvio. Isso refletia, por um lado, a concepção moderna de ciência que era hegemônica neste período, e foi muito importante para estes autores do direito e da política influenciados por ela. De outro lado, expressa a concepção da filosofia da consciência (da filosofia moderna) em relação à linguagem. Como se essa fosse algo que se interpõe - como uma terceira “coisa” - entre o sujeito e o objeto (de conhecimento).

um juízo tão objetivo, tão isento, quanto um cientista (natural) diante dos *dados* da natureza. O juízo que o juiz emitiria na sentença era semelhante ao do cientista, devendo ser tão claro e lógico quanto possível¹⁵⁵. Convergência para essa concepção o fato de que o juiz seria ideologicamente *neutro*¹⁵⁶, imparcial (equidistante) diante das partes¹⁵⁷. Contemporaneamente, a partir dos diversos avanços na hermenêutica filosófica e jurídica¹⁵⁸, não se pode olvidar que os juristas e os magistrados não podem tomar os textos normativos como objetos dados que possuem sentidos unívocos¹⁵⁹. A adoção desses pressupostos por Ackerman é injustificada.

Apesar do seu comprometimento com a democracia e com os direitos, a concepção dualista da democracia possui alguns pontos que não apresentam uma boa fundamentação e devem ser criticados. Essa crítica, juntamente com outras feitas ao pré-compromisso, será feita no próximo item.

1.4. Críticas ao pré-compromisso e aos momentos constitucionais

Jon Elster e Bruce Ackerman apresentam dois modelos sofisticados que nos ajudam a compreender a relação entre constitucionalismo e democracia. Enfatizando a perspectiva do constitucionalismo, eles demonstram a

¹⁵⁵ Veja as considerações de Beccaria acima e de PERELMAN, Chaïm. Ob. cit.

¹⁵⁶ Sobre a neutralidade sobretudo no positivismo (em geral) cf.: LÖWY, Michel. **As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.

¹⁵⁷ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e Sistema Constitucional**: a decisão judicial *entre* o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 2008 (Coleção Jacinto Nelson de Miranda Coutinho), p. 51-54.

¹⁵⁸ No campo da hermenêutica filosófica, ver: GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**: Fundamentos de una hermenêutica filosófica. Trad.: Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 4ª ed. Salamanca: Sígueme, 1991; poderiam ser incluídas, igualmente, as críticas dos teóricos críticos do Direito à pretensa neutralidade dos magistrados: KENNEDY, Duncan. **Libertad y restricción en la decisión judicial**: El debate con la teoría crítica del derecho (CLS). Trad.: Diego Eduardo López Medina e Juan Manuel Pombo. Bogotá: Siglo del Hombre, 1999. Sobre as teorias críticas do Direito no Brasil, cf.: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O jurídico como espaço de luta: sobre o uso alternativo do direito**. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os direitos**: Elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001; LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação**: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006, p. 188-209.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard, 1986; MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad.: Peter Naumann. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; no Brasil, cf.: STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

complementaridade e a indispensabilidade dos dois termos da relação. Elster, inclusive, vai além, acrescentando um terceiro termo que aprofundaria essa afinidade: a eficiência. Agora, é necessário revisitar criticamente alguns pontos que não ficaram claros ou que merecem ser revistos. É o que será feito doravante.

Ao desenvolver a ideia de pré-compromisso, Elster criou uma analogia poderosa que permitiu algumas respostas a velhos questionamentos, bem como alguns esclarecimentos essenciais.

O pré-compromisso apresenta-se como um bom instrumento analítico ao demonstrar que nem todas as regras são restrições¹⁶⁰. Não só pelo fato de que “às vezes menos é mais”, mas principalmente porque ao estabelecer as regras do jogo democrático, o constitucionalismo cria condições para que os jogadores possam participar dele e não tenham que se preocupar a todo tempo com quais regras irão guiar as suas condutas. Sob este viés, o constitucionalismo funciona para a democracia da mesma maneira que a gramática estabelece o funcionamento de uma língua ou que as regras de um jogo permitem que ele seja jogado¹⁶¹. Veremos adiante que essa analogia tem algumas limitações. Porém, no momento, ela parece bastante razoável.

Há, contudo, um problema de fundo em relação ao pré-compromisso. Ora, a formulação que Elster faz do conceito dá a mesma importância para a relação entre o constitucionalismo e a democracia, e entre o constitucionalismo e a eficiência (entendido o constitucionalismo como pré-compromisso). Ninguém objetaria a ideia de que uma democracia constitucional deve constituir-se com certo grau de eficiência; porém, não é decorrência lógica dessa afirmação a ideia de que a eficiência possa ser colocada no mesmo nível que a democracia e o constitucionalismo¹⁶². Elster justifica uma série de arranjos institucionais com o argumento de que eles tornariam a democracia

¹⁶⁰ HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura económica, 1999. Em sentido contrário, afirmando que regras implicam em restrições: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁶¹ HOLMES, Stephen. ob. cit., p. 248.

¹⁶² Como quer Elster. Para ele a eficiência aprofundaria a relação entre o constitucionalismo e a democracia. Esta afirmação pode ser correta. Mas questiona-se: por que estes e não outros termos? Por que não seria a igualdade que aprofundaria esta relação? Ou a liberdade? Elster não responde a estas questões.

mais eficiente. Todavia, por que a democracia deve ser mais eficiente do que justa? Ou deve possibilitar uma maior eficiência na tomada das decisões, ainda que, para isso, seja necessário restringir a participação? Por que esses devem ser os critérios e não outros? Que uma empresa deva ser eficiente parece bastante óbvio em um mundo capitalista. Que a democracia requer alguma eficiência, p. ex., que as deliberações sejam cumpridas, também. Poucas pessoas discordariam disso. Contudo, será que ela demanda a eficiência de uma empresa ou de uma máquina¹⁶³? Acredita-se que não. Há um problema de fundo, implícito à sua teorização.

Assim como outros autores, Elster desenvolve a noção de pré-compromisso inspirado em um tipo de sujeito: o sujeito da teoria da escolha racional¹⁶⁴. Esse sujeito seria egoísta e guiaria suas condutas a partir da lógica da razão instrumental, que visa adequar os melhores meios para a obtenção de um determinado fim¹⁶⁵. Segundo esta teoria, é necessário que haja segurança, ou em outras palavras, que o ator possa estabelecer certa previsibilidade em relação ao comportamento de outros atores (de outros atores, de instituições ou das leis). O único valor, ou pelo menos o principal valor, a ser buscado seria a segurança (jurídica, inclusive) que permite que os atores interajam sem grandes instabilidades, podendo buscar o maior proveito das suas ações para maximizar o lucro ou outras ações requeridas¹⁶⁶. Esse tipo de raciocínio é plausível se for utilizado para a análise de alguns tipos de atores que se relacionam em um mercado capitalista, porém, ainda que muitos autores queiram (e presumam), as pessoas ao atuarem no espaço público e na arena

¹⁶³ É lógico que não se defende aqui que a democracia deva ser completamente ineficiente. Porém, isto não implica em sustentar que a eficiência é tão importante quanto o autogoverno, a igualdade, a liberdade, etc. O raciocínio mecanicista em Elster é evidente, a tal ponto, que ele afirma que a constituição possui a “máquina de governo” e a “máquina de emendas”.

¹⁶⁴ ELSTER, Jon. *Ulisses liberto...*, p. 213. O autor admite que sua teoria parte da teoria dos jogos a qual se apóia na suposição de que os atores são unitários e que eles possuem preferências e crenças consistentes e arraigadas.

¹⁶⁵ Razão instrumental típica das relações econômicas. WEBER, Max. **Economia y Sociedad**: Esbozo de sociología comprensiva. Trad. José Medina Echavarría; Juan Roura Parella; Eugenio Ímaz; Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 64 e ss.

¹⁶⁶ OVEJERO, Félix. **Incluso un pueblo de demonios**: democracia, liberalismo, republicanismo. Madrid, Buenos Aires: Katz, 2008, p. 54 e ss.

democrática não necessariamente agem sempre a partir da lógica instrumental¹⁶⁷.

Afirmar que as pessoas não seguem a lógica instrumental em todas as suas atividades não implica crer que os homens sejam anjos¹⁶⁸. É necessário pensar a democracia a partir de uma visão mais complexa dos seres humanos. O pré-compromisso, entretanto, não fornece tal visão. Adiante será articulada uma concepção alternativa. Por ora, a crítica feita já é suficiente.

Jeremy Waldron traz outra crítica à ideia de pré-compromisso. A maioria dos exemplos sobre o pré-compromisso demonstra situações nas quais as pessoas incorrem em patologias decisórias, também chamadas de *Akrasia*¹⁶⁹. Ulisses, Pedro sóbrio e bêbado não são, portanto, bons exemplos. Waldron sugere o exemplo de Bridget, que seria mais verossímil em relação ao pré-compromisso. Bridget é uma mulher que por muitos anos estudou diversas religiões, pois não se sentia contemplada por nenhuma delas. Ao longo desses anos ela formou uma grande biblioteca sobre o assunto. Certo dia Bridget finalmente decide professar uma religião, e, por isso, tranca sua biblioteca e

¹⁶⁷ Bem pelo contrário, como tem demonstrados diversos estudos empíricos de economia comportamental. Muitos estudos de economia comportamental têm demonstrado empiricamente que as pessoas nem sempre agem conforme os ditames do *homo oeconomicus*. Cf. uma excelente crítica a teorias da escolha racional, ou teorias “econômicas da democracia”, bem como a exposição de alguns destes estudos: OVEJERO, Félix. **Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo**. Madrid, Buenos Aires: Katz, 2008, p. 31 e ss; e, HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. v. 2, p. 59 e ss (col. Biblioteca Tempo Universitário, n. 102), citando estudos feitos por Claus Offe. Segundo Ovejero: “O *homo oeconomicus* tem por cérebro uma caixa registradora. As opções se contabilizam como custos ou como benefícios. Explora as distintas ações abertas ante si, examina suas consequências e, atendendo a sua possibilidade e a seu proveito, escolhe aquela que o beneficia. O resto – os afetos, as lealdades, as normas – não lhe importam. Somente existem de uma maneira instrumental, o que [na verdade] é [significa] deixar de existir como afetos, lealdades ou normas. Um personagem que corresponde bem pouco com a realidade. Na nossa vida cotidiana percebemos com frequência a resistência para atuar como calculadoras egoístas. Não nos parece bem que os órgãos para transplantes ou os casais sejam leiloados, que aquele que pague mais leve o rim ou a namorada.” OVEJERO, Félix. Ob. cit., p. 31.

¹⁶⁸ Lançamos mão da metáfora de Madison ao afirmar que os homens não são anjos, nem demônios; o que, para ele, justifica a necessidade da separação dos poderes. MADISON, James. Poderia ser levantado o problema da constância e consistência das preferências, todavia, isso extrapolaria os limites desse trabalho. MADISON, James. *The Federalist*, 51: The same subject continued with the same view and concluded. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Oxford, 2008, p. 257.

¹⁶⁹ Estas patologias fazem com que muitos indivíduos que estão cientes de sua vulnerabilidade à luxúria, à preguiça, à impulsividade, à raiva, à paixão, ao pânico ou à intoxicação, tomem diversas atitudes nos momentos “de calma” prevendo que em momentos de crise podem atuar de maneira descontrolada. WALDRON, Jeremy. *Disagreement and Precommitment...*, p. 266.

entrega a chave ao seu amigo Michael, pedindo a ele que não a devolva. Porém, depois de seis meses, Bridget entra em crise em relação à sua religião e pede a Michael a chave. O que Michael deve fazer?¹⁷⁰ No caso de Ulisses ou de Pedro é mais fácil vislumbrar a atitude correta. Mas diante dessa situação não se pode afirmar, seguramente, qual resposta é correta, afinal, esse dilema existencial não é um dilema simples. Ela possui uma disputa interna entre adotar ou não uma religião, e, se for professar alguma, questiona-se: qual religião professar? Deveria Michael tomar a decisão por sua amiga? Mas quem decide aí: Michael ou Bridget?¹⁷¹

Situações semelhantes podem ocorrer com sociedades, que ao redigirem determinada regra da Constituição constitucionalizam a posição de uma maioria em um contexto específico. Pode ocorrer que o Legislativo, na mesma legislatura, mude de opinião e aprove uma medida em sentido contrário à emenda constitucional recém aprovada. A maioria de ontem, minoria de hoje, recorre à Corte Constitucional para que sejam assegurados seus direitos; e pede a declaração da inconstitucionalidade da lei contrária à emenda constitucional. A Corte Constitucional declara por maioria simples de seis votos a cinco que a medida é constitucional¹⁷². Pergunta-se: há ou houve consenso? Não há a ascendência forçada de uma visão? Por que a Corte deve fechar esse ciclo?

Elster poderia se socorrer do dualismo de Bruce Ackerman e afirmar que se forem cumpridos os requisitos para que haja uma decisão constitucional¹⁷³, a Suprema Corte (ou o Tribunal Constitucional Federal, ou; no Brasil, o Supremo Tribunal Federal) poderá declarar a inconstitucionalidade da lei sem problemas quanto a sua legitimidade.

Ainda que fossem cumpridas as condições mencionadas por Ackerman, seria muito difícil falar em pré-compromisso, pois o pré-compromisso torna-se inútil se não se sabe ao que se está pré-comprometendo¹⁷⁴.

¹⁷⁰ O segundo nome não constava no exemplo original.

¹⁷¹ Ackerman poderia responder esta problemática afirmando que Michael deveria entregar a chave de volta a Bridget, já que ela possui direito a mudar de opinião.

¹⁷² Cf. dispõe o Art. 23, da lei. 9868/99.

¹⁷³ Retomando os requisitos: deve haver uma grande mobilização da sociedade – que foi levada a sério, com uma seriedade que geralmente não se dá a política cotidiana; a oposição pode se manifestar; e, a maioria dos concidadãos foi convencida enquanto a proposta era discutida em foros deliberativos para a mudança da Constituição.

¹⁷⁴ WALDRON, Jeremy. Ob. cit. 266.

Ao dualismo podem ser apontadas algumas objeções (mais singelas). Em primeiro lugar, Ackerman não é convincente ao descrever o papel do povo entre um “momento constitucional” e outro. Aparentemente, o papel do povo é passivo, entre uma eleição e outra deve manter-se em casa com uma caixa de cerveja assistindo televisão¹⁷⁵. Talvez as pessoas deixem esta inação em momentos de grande mobilização. Isto é pouco ou nada intuitivo. Houve e existem inúmeros momentos de mobilização cívica que não necessariamente tornam-se momentos constitucionais. Não só isso. Apesar de admitir que a democracia possa sofrer com demagogos, Ackerman tende a ser simplista ao ver a política como uma movimentação em dois atos e não analisar as estruturas institucionais que dão suporte à passividade. É como se as pessoas não precisassem pagar contas, trabalhar para sustentar a casa, e, ao final do dia, arrumar a casa, cuidar da família, etc¹⁷⁶. Poucas pessoas têm tempo para dispor e para se preocupar com os assuntos que afetam a nação. Mas isso não parece ser um problema para o autor.

A segunda questão diz respeito ao arranjo institucional norte-americano que Ackerman aceita passivamente¹⁷⁷. Chama a atenção especialmente o papel que deve desempenhar o Poder Judiciário nesse esquema. Nesse ponto ele retoma sem ressalvas a concepção assumidamente elitista do Judiciário tal como formulada por Hamilton no Federalista nº 78¹⁷⁸.

Por fim, não se compreende porque se deve dar tanto poder para o *status quo*. O dualismo exige um ônus excessivo para qualquer movimento que

¹⁷⁵ Gargarella faz uma crítica a esta passividade do povo em relação à Ackerman, mas também o faz em relação a José Luiz Martí e sua concepção de democracia deliberativa. GARGARELLA, Roberto. La república deliberativa de José Luis Martí. **Diritto & Questioni pubbliche**. Rivista di Filosofia del Diritto e cultura giuridica. Palermo, n. 9, p. 257-266, 2009.

¹⁷⁶ Nesse sentido, cf.: SANDEL, Michael J. **Public Philosophy: Essays on Morality in Politics**. Cambridge; London: Harvard, 2005; SANDEL, Michael J. **Democracy's Discontent: America in search of a public philosophy**. Cambridge; London: Harvard, 1996; e, GARGARELLA, Roberto. Liberalismo frente al Socialismo. In: BÓRON, Atilio. **Filosofía Política Contemporánea**. Buenos Aires: Clacso; São Paulo: USP, 2006.

¹⁷⁷ É verdade que em textos posteriores ele reviu algumas destas questões. Porém, nas suas duas obras principais sobre a democracia dualista ele não se preocupa tanto em rever o arranjo institucional. Este trabalho posterior será analisado adiante.

¹⁷⁸ Em diversas obras, Gargarella aponta que as exaltadas virtudes do sistema de freios e contrapesos de estimularam a competição entre um poder e outro pode gerar mais conflito entre um poder e outro do que cooperação. Cf.: GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996; GARGARELLA, Roberto. **Crítica de la Constitución**: sus zonas oscuras. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004 (col. Clave para todos).

queira propor uma mudança na Constituição¹⁷⁹. O que garante, *prima facie*, uma proteção à continuidade das relações tal como estão (ao *status quo*).

Destarte, o dualismo quase impossibilita mudanças formais, visto que reformar a Constituição dos Estados Unidos é muito difícil em virtude dos requisitos exigidos para a sua reforma¹⁸⁰. Além disso, mesmo que se possa identificar um momento constitucional com ampla mobilização da sociedade pode ocorrer que: i) os Congressistas não queiram aprovar a alteração à Constituição; ii) que a alteração seja aprovada no Congresso Nacional, mas que as legislaturas estaduais se oponham à mudança. Nestes casos, o que fazer? Alguns estados poderão vetar a vontade da nação?

Algumas questões não foram respondidas por Ackerman ou Elster. Todavia muitas delas ainda são fundamentais e devem ser enfrentadas para que se possa esclarecer a relação entre constitucionalismo e democracia e assim se repensar alguns temas à luz da Constituição e do contexto brasileiro. Por isso, necessário analisar algumas concepções de democracia.

¹⁷⁹ Seja na sua estrutura formal (seu texto), seja na Constituição material.

¹⁸⁰ Prevê o Art. V da Constituição dos Estados Unidos: “Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo o Congresso uma ou outra dessas maneiras de ratificação.”

CAPÍTULO 2. CONCEPÇÕES DE DEMOCRACIA

2.1. Introdução

Carlos Nino relata que a pergunta “O que é...?” é ambígua, pois, com ela pode-se questionar: i) a especificação do significado da expressão, ou; ii) pode-se demandar informações sobre as qualidades dos fenômenos ou fatos nominados com tal palavra¹⁸¹. Quando a pergunta refere-se a arranjos institucionais, a sistemas de governo, ou regimes políticos, podem ocorrer inúmeros equívocos se a pessoa que oferecer a resposta acreditar que está expressando a verdadeira essência, aquilo que “a coisa” denotada realmente é. No campo do direito, da política e da moral isso pode ser fonte de uma série de equívocos.

Esse tipo de atitude demonstra certa concepção acerca da relação entre a linguagem e as palavras com a qual não concordamos neste trabalho. Essa concepção, conhecida como realismo verbal, crê que as palavras representam a verdade, ou a essência das coisas¹⁸². De modo que ao se falar em “democracia”, ou ao responder a demanda: “Que é a democracia?”, saberíamos o que a palavra democracia denota e conheceríamos o conjunto de propriedades que ela designa. Porém, a questão não será analisada dessa forma. Não será apresentado um significado para o vocábulo “democracia” como se fosse possível dizer quais são seus atributos essenciais e verdadeiros.

Democracia é um termo vago. Com ele não se compreende necessariamente as mesmas situações ou instituições¹⁸³. Além de vago é um termo que expressa uma carga emotiva favorável (assim como as palavras “direito”, “justiça”, “certo”)¹⁸⁴. Notamos que em tempos de ditaduras militares ou

¹⁸¹ NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2ª ed. 14ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 250.

¹⁸² NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho...**, p. 249 e ss.

¹⁸³ COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: Ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 235; e, COSTA, Pietro. Democracia. In: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: Ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 211.

¹⁸⁴ O que, aliás, dificulta sua análise. Segundo Nino: “A carga emotiva das expressões linguísticas prejudica seu significado cognoscitivo, favorecendo sua vagueza, posto que se uma

civis ela sempre é usada pelo grupo que está no poder para legitimar o regime. Igualmente, é muito comum ouvirmos que tal “coisa não é democrática”, “falta democracia em uma instituição”, “é necessário democratizar o acesso a isso, a prestação daquilo”, e assim por diante. Contemporaneamente a palavra democracia e seus derivados (democrático, “democratizar”) são amplamente utilizados, nem sempre com os mesmos significados.

Democracia designa o regime político que vigia na Pólis grega, no qual a grande maioria da população era excluída da vida política¹⁸⁵. “Democráticos” eram também os regimes do século XIX e início do século XX, mas neles, como na Grécia, homens negros, mulheres e menores de idade não poderiam participar, afinal, “eles não sabem o que fazem” e não gozam de “independência”¹⁸⁶. Democracia é, pois, um termo equívoco. O percurso do seu significado está intimamente relacionado com as suas vicissitudes históricas¹⁸⁷. Caso contrário, não haveria razão para se falar em “democracia direta”, “democracia representativa”, “democracia liberal”, dentre outras “formas de democracia”. Só há uma coisa em comum em todas estas expressões: a palavra democracia. Poucas pessoas gostariam de expressar os mesmos

palavra funciona como uma condecoração ou como um estigma, as pessoas vão manipulando arbitrariamente seu significado para aplicá-lo aos fenômenos que aceita ou repudia.” Ademais, “Assim mesmo, têm um forte significado emotivo, além de cognoscitivo, palavras como ‘democracia’, ‘ditadura’, ‘idiota’, ‘crime’, etc.” NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho...**, p. 269.

¹⁸⁵ RIBEIRO, Renato Janine. **A Democracia**. 3ª ed. São Paulo: Publifolha, 2008 (Folha Explica); CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das Ideias Políticas**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

¹⁸⁶ Pietro Costa destaca que: “É a propriedade que torna possível a independência do sujeito, a não que intervenha algum fator objetivamente, naturalmente, desabilitador: o pertencimento ao gênero feminino. O gênero é o segundo, fundamental, critério de seleção dos sujeitos (podemos dizer) autorizados a autorizar. Ainda está viva [nos séculos XVIII e XIX] e com vitalidade uma interdição que é preciso compreender à luz de um modelo cultural de extraordinária longevidade (completamente delineado nas páginas da *Política* de Aristóteles): a família como microcosmo hierárquico, como um complexo de situações subjetivas (a mulher, o filho, o servo) diferentes, mas, igualmente dependentes do pai-marido-patrão.” COSTA, Pietro. **O Problema da Representação Política: Uma Perspectiva Histórica**. In: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia: Ensaio de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 173. Para ler as justificativas “liberais” às restrições ao sufrágio, cf.: REBECQUE, Henri Benjamin Constant de. **Princípios políticos constitucionais**. Trad.: Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989; no mesmo sentido contemporaneamente defendendo posições conservadoras, cf.: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1979.

¹⁸⁷ COSTA, Pietro. **Democracia Política e Estado Constitucional**. In: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia: Ensaio de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 235; e, COSTA, Pietro. **Democracia**. In: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia: Ensaio de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 211.

sentidos ao chamar de democracia, ou de democráticos, regimes tão diferentes como a política grega no tempo da Pólis, as políticas Francesa e Americana do século XVIII, ou a democracia pós-década de 1930 na América Latina.

Saber disso nos cria um problema. Afinal, o que podemos entender por democracia? Democracia nos remete ao autogoverno do povo¹⁸⁸. Do ponto de vista etimológico democracia significa: *demos* (povo), *kratos* ou *kraiten* (governo)¹⁸⁹. Mas não foi da Grécia que esse sentido da democracia nos foi legado. Essa noção foi construída paulatinamente a partir do final do século XVIII, através de ideias, lutas e da ação de diversas mulheres e homens. A democracia está intimamente ligada com a ideia de que todos devem ser tratados como iguais e que será assegurada a proteção contra interferências indevidas do governo ou de outros cidadãos¹⁹⁰. Segundo essa ideia, só o povo pode ser soberano. Só ele pode se governar. Falar de democracia é, portanto, falar em autogoverno¹⁹¹.

Essa definição pode ser chamada de irrealista, de ingênua ou de excessivamente idealista. Afinal, todos sabem que a democracia não é isto. Como não pretendemos fazer um inventário dos sentidos dados à democracia¹⁹², necessitamos de um ponto de partida, de alguma definição, ainda que estipulativa¹⁹³. Compreender a democracia como uma expressão de autogoverno garante um ponto de partida seguro diante da sua polissemia.

É fundamental termos claro que não foi afirmado que as democracias contemporâneas asseguram o autogoverno do povo. Em muitos casos é

¹⁸⁸ Segundo Owen Fiss: “Democracia é um exercício de autogovernança coletiva, requerendo que oficiais governamentais sejam escolhidos pelo povo e que o Estado seja responsivo aos desejos e interesses do povo.” FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão**: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Trad.: Gustavo Binbenjy; Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 99. PRZEWORSKI, Adam. **Qué esperar de la democracia**: Límites y posibilidades del autogobierno. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010, p. 42-43.

¹⁸⁹ PRZEWORSKI, Adam. **Qué esperar de la democracia**...p. 42-43.

¹⁹⁰ PRZEWORSKI, Adam. Ob. cit., p. 43.

¹⁹¹ Trata-se evidentemente de uma definição estipulativa, ou seja, uma definição que estipula um sentido para o termo e não que procura apresentar a “essência” do termo. Sobre o uso de definições estipulativas no direito, cf.: NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**: Un ensayo de fundamentación. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 12-13.

¹⁹² Para algumas sentidos para o termo democracia, cf.: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: Ensaio de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 235-268; COSTA, Pietro. **Democracia**. In: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: Ensaio de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 211-221.

¹⁹³ Sobre definições estipulativas, ver: NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**: Un ensayo de fundamentación. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 12.

evidente que elas não asseguram. Não obstante, isso não significa que não deveriam fazê-lo. Afirmar o contrário seria bastante contra-intuitivo. Segundo Giovanni Sartori, falar em democracia é ao mesmo tempo tratar do que ela é, e do que ela deve-ser¹⁹⁴.

Existem milhares de pessoas no mundo que morrem de fome; existem pouquíssimas pessoas que podem decidir sobre a vida ou a morte de bilhões de seres humanos. Algumas pessoas podem fazer quase tudo que quiserem, outras, pelo contrário, só podem escolher entre dormir embaixo da ponte, da marquise, ou na frente de algum estabelecimento qualquer, ou, simplesmente, sob a luz do luar, ao relento. Isso não significa que devemos concordar com estas situações.

Instituições são criadas para resolver problemas, ou para ajudar-nos a resolvê-los. Problemas reais, para pessoas de carne e osso, como eu ou você. Ideias e teorias são debatidas para dar respostas às questões que nos desafiam. É fundamental saber como “as coisas são”. Mas isso não nos diz de forma alguma como devemos agir; ou, se devemos fazer algo para mudá-las, ou não. Uma teoria crítica do direito constitucional não pode se olvidar desse fato.

A releitura da realidade e a reconstrução das coisas tal como elas são já nos traz algum indicativo do que se pode fazer para mudá-las. Além disso, nada justifica que seres humanos dotados de alguma capacidade cognitiva mantenham intactas estruturas e instituições que foram criadas por outros homens e mulheres simplesmente porque não sabem o porquê.

Devemos submeter nossas instituições à análise de teorias sociais críticas, mas também à análise da razão¹⁹⁵. Instituições que mantêm situações que não se justificam racionalmente não têm pretextos para continuarem existindo. Nossa incapacidade coletiva de lidar com nossos problemas não pode servir de justificativa para mantê-las. Entretanto, novamente, o fato de ser assim não diz nada sobre o fato de *dever* continuar a ser dessa maneira. Uma teoria constitucional crítica tem o dever de apresentar perguntas, e, quem sabe, respostas.

¹⁹⁴ SARTORI, Giovanni. **Teoria Democrática**. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965, p. 19.

¹⁹⁵ O que não implica, necessariamente, na adesão do racionalismo típico da filosofia da consciência, eurocêntrico e que não vê limite à razão.

Na maioria dos trabalhos que discutem a relação entre constitucionalismo e democracia são apresentadas diversas versões da democracia constitucional¹⁹⁶. Esta seria o resultado do matrimônio feliz entre o constitucionalismo e a democracia¹⁹⁷. A conciliação dos dois ideais, que resulta no Estado Democrático de Direito, é uma fórmula que combina o que há de melhor em ambos. Contudo, o quadro parece ser mais complexo.

Nos próximos itens serão analisadas três concepções teóricas de democracia. Essas contribuições podem ser agrupadas em dois grupos. A primeira concepção (e o primeiro grupo) caracteriza-se por negar a mudança das preferências das pessoas¹⁹⁸. Essa concepção expressa um enfoque hiper-realista da política, que é muitas vezes associado às teorias das elites¹⁹⁹ ou a muitos estudos que usam de categorias econômicas para descrever ou explicar fenômenos políticos²⁰⁰.

O segundo grupo, composto de duas concepções, expressa duas visões sobre a vertente do pensamento político-democrático que há alguns anos tem sido muito influente no debate público e acadêmico: trata-se do modelo de

¹⁹⁶ A proximidade entre a democracia constitucional da segunda metade do século XX e da do início do século XXI com aquela que foi criada no início do constitucionalismo moderno (no final do século XVIII) é um dos motivos que justifica que a retomada da democracia como autogoverno. Para Pietro Costa: “Uma constituição, para ser tal [o autor refere-se ao art. 16 da Declaração dos direitos de 1789], não pode se limitar a dar uma forma jurídica qualquer à sociedade, mas deve determinar uma ordem construída em torno dos direitos fundamentais dos sujeitos. Poderíamos, então, sobre esta base, afirmar a existência de uma relação substancial continuidade entre o constitucionalismo do fim do século XVIII e o constitucionalismo da segunda parte do século XX e remontar às revoluções americana e francesa a síntese consagrada na fórmula do Estado ‘democrático-constitucional’.” COSTA, Pietro. *Democracia Política e Estado Constitucional*. In: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: Ensaio de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 244.

¹⁹⁷ A expressão “matrimônio feliz” é de Carlos Nino. NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Trad.: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 13.

¹⁹⁸ ELSTER, Jon. O mercado e o fórum: três variações na teoria política. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrio Soares (orgs.) **Democracia Deliberativa**. Trad.: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrio Soares. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007, p. 223-251.

¹⁹⁹ ELSTER, Jon. Ob. cit. No Brasil algumas posições destes teóricos são defendidas por autores conservadores “pseudoliberais” ou liberais “à brasileira”, pois defendem o liberalismo econômico, o autoritarismo político (velado) e a liberdade para uma parcela da população, não para todos. Exceção à regra tem sido o constitucionalista conservador Manoel Gonçalves Ferreira Filho que tem coragem de assumir suas posições políticas, para mais detalhes, cf.: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1979. A maioria dos autores “pseudoliberais” disfarça suas concepções políticas ao defender algumas posturas elitistas e contramajoritárias sem qualquer referência a democracia. Parece que para eles o Poder Judiciário e as instituições estatais “pairam” sobre a sociedade, sem qualquer referência à realidade, ou à democracia.

²⁰⁰ ELSTER, Jon. Ob. cit., p. 225. Elster faz referência à teoria da escolha social e a autores como: K. Arrow; A. Sen, A. Downs, entre outros.

democracia deliberativa. Ao contrário da primeira concepção, as versões apresentadas de democracia deliberativa crêem nas mudanças das preferências pessoais (sobretudo através do diálogo, do debate público robusto, de uma esfera pública mobilizada).

Durante a exposição das concepções apresentaremos as relações que os autores estabelecem entre democracia e direito, direito e moral, direito e política; além de expormos qual arranjo dos poderes é o melhor desenho institucional para a teoria sob exame. Isso nos habilitará a verificar se os autores se aproximam da poderosa intuição de que democracia é sinônimo de autogoverno coletivo. Ao final do capítulo algumas críticas serão feitas às ideias apresentadas.

2.2. A concepção de Schumpeter

Para desenvolver sua concepção de democracia, Joseph Alois Schumpeter critica a filosofia da democracia do século XVIII, segundo a qual o método democrático “é o arranjo institucional para se chegar a decisões políticas que realiza o bem comum fazendo o próprio povo decidir as questões através de eleição de indivíduos que devem reunir-se para realizar a vontade do povo”²⁰¹. Após introduzir esta noção, o autor apresenta, em três momentos, objeções à noção de bem comum. Em seguida analisa a natureza humana na política, e, posteriormente, trata das possíveis razões para a sobrevivência da filosofia da democracia setecentista. Vejamos este percurso.

Segundo Schumpeter, não existe bem comum unicamente determinado, já que para pessoas diferentes o “bem comum” possui significados diversos²⁰². Os defensores do “bem comum” não compreendem que os valores supremos de cada sujeito não podem ser reconhecidos com argumentos racionais, pois eles estão além da lógica. Em alguns casos tais valores podem ser conjugados com outros, porém, há situações em que não é possível de ser feito²⁰³. Em

²⁰¹ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad.: Sérgio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1984, p. 313.

²⁰² SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia...**, p. 314-315.

²⁰³ “os valores supremos – nossas concepções do que devem ser a vida e a sociedade – estão além do alcance da simples lógica. Em alguns casos, tais brechas podem ser transpostas por compromissos; em outros, não. (...) há diferenças irreduzíveis acerca de valores

segundo lugar, ainda que o “bem comum” fosse claramente definido isso não implicaria respostas igualmente claras para as inúmeras questões isoladas. Por exemplo, se a utilidade fosse escolhida como critério para definir o bem comum, ela poderia não auxiliar uma série de decisões. O que pode ser visto em questões de saúde. Ora, todos podem desejar ser saudáveis, mas as pessoas podem discordar quanto às diferentes técnicas utilizáveis para isto, tais como: campanhas preventivas, exercícios regulares ou vacinação²⁰⁴. Como consequência destas críticas dissipa-se o conceito de “vontade do povo” (*volonté générale*)²⁰⁵. Além disso, o problema dos utilitaristas, ao contrário da Escola Histórica do Direito²⁰⁶, é que derivam a vontade do povo da vontade dos indivíduos, e, se não houver o “bem comum” (como centro de gravidade da teoria) não haverá vontade geral. A isso se soma o fato de que a concepção utilitarista de democracia atribui à “vontade do *indivíduo* uma independência e uma qualidade racional que são de todo irrealistas²⁰⁷”, o que leva a pressupor que é possível determinar a vontade dos cidadãos, isto é, que todos teriam que saber exatamente o que desejam.

Diversas evidências se acumularam para demonstrar que pressupor a vontade como o “motor primário” da ação humana não é uma premissa correta.

supremos em torno dos quais o compromisso só poderia significar degradação.” SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia...**, p. 315. Nota-se uma possível influência de Max Weber, no que diz respeito ao irracionalismo de valores. Sobre o “irracionalismo dos valores”, consultar a obra ARGÜELLO, Katie. **Direito e Política em Max Weber**. Florianópolis: Acadêmica, 1997.

²⁰⁴ O raciocínio de Schumpeter segue nesta linha (questões de saúde), mas o exemplo utilizado é outro, ele afirma que pode haver divergências entre “vasectomia” e “a vacinação”. SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 315.

²⁰⁵ A expressão “*volonté générale*” é usada por Rousseau para designar a vontade geral, que, ao contrário do que diz Schumpeter não é idêntica a vontade do povo (da vontade majoritária). Schumpeter repete aqui o equívoco comum de confundir uma vontade com a outra. Sobre esta confusão comum, cf.: GARGARELLA, Roberto. El Contenido Igualitario del Constitucionalismo. In: GARGARELLA, Roberto (coord.). **Teoria y Crítica del Derecho Constitucional**. Tomo I. Democracia. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 13. Sobre a passagem da “vontade geral” e sua conversão –ou deturpação– em vontade da maioria (considerando a maioria os representantes eleitos pelo povo), cf.: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?** Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p. 116 e ss.

²⁰⁶ SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 316. Schumpeter refere-se à Escolha História do Direito que atribuí a vontade do povo a um ente abstrato, segundo ele, uma “entidade sem mística dotada de vontade própria – a ‘alma do povo’” - *volksgeist*. A noção de bem comum que ele crítica é uma noção utilitarista, segundo a qual o bem comum é o resultado da maximização da utilidade geral ou individual. Sobre a Escola Histórica cf.: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad.: Marcio Pugliesi, Edson Bin, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 45 e ss e, LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad.: José Lamego. 5ª Ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1983, p. 9-18.

²⁰⁷ SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 317.

Schumpeter demonstra somente duas delas. A primeira explica que o comportamento humano se modifica quando sob a influência de aglomeração de pessoas, gerando o desaparecimento de restrições morais que existiriam se a pessoa agisse sozinha. Schumpeter diz que esse fenômeno de irracionalidade, típico da psicologia das multidões, não está confinado “a multidões se barricando nas ruas estreitas de uma cidade latina”²⁰⁸, estende-o a todo parlamento, comitê, conselho de guerra, etc. E vai além, pois o fenômeno não se reduziria a uma “aglomeração física de muitas pessoas”, esta explicação é igualmente válida para os leitores de um jornal, aos ouvintes de rádio, os membros de um partido, mesmo que não estejam fisicamente reunidos²⁰⁹. A segunda fonte de evidência contra a racionalidade das “multidões” é o comportamento dos consumidores observados pelos economistas. O comportamento dos consumidores é tão permeável a propaganda e a outros meios de persuasão que em muitos casos, parece que são os produtores que constituem a vontade dos consumidores, e não o inverso²¹⁰. O que não significa dizer que todos os consumidores são irracionais²¹¹, pelo contrário, muitos deles se tornam peritos em certos assuntos. Uma dona-de-casa dificilmente será enganada em matéria de alimentos, artigos para o lar ou roupas²¹². Outro exemplo dado para ilustrar estas “evidências” é a insistência em um comportamento irracional sem ligá-lo

²⁰⁸ SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 322, à p. 321 incoerentemente, afirma: “[que as inferências de Le Bon, sobre a psicologia das multidões]: não se enquadram muito bem no comportamento normal de uma multidão inglesa ou anglo-americana.”

²⁰⁹ Todos “têm uma terrível facilidade de se transformarem em multidão psicológica e de alcançarem um estado de frenesi em que qualquer tentativa de se desenvolver uma argumentação racional espicaça os instintos animais.” SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 322.

²¹⁰ “A técnica da propaganda bem-sucedida é particularmente instrutiva. Na verdade quase sempre existe algum apelo à razão. Mas a mera afirmação muitas vezes repetida conta mais que a argumentação racional, e o mesmo ocorre com o ataque direto ao subconsciente, que toma a forma de tentativas de evocar e cristalizar associações agradáveis de natureza inteiramente extra-racional, freqüentemente sexual.” SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 322.

²¹¹ Esclarece o autor que: “Na passagem acima, irracionalidade significa o fracasso em agir racionalmente em relação a um dado desejo. Não se refere à razoabilidade do próprio desejo, na opinião do observador. É importante destacar isso, pois os economistas, ao avaliarem a extensão da irracionalidade do consumidor, algumas vezes a exageram, confundido as duas coisas.” E, “Racionalidade de pensamento e racionalidade de ação são duas coisas diferentes. A racionalidade de pensamento nem sempre garante a racionalidade de ação. E esta pode existir sem qualquer deliberação consciente e sem relação com qualquer capacidade de formular corretamente o trajeto racional da ação.” SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 323 e 324.

²¹² SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 323.

a suas consequências, como foi a demora para se descobrir a relação entre infecção (experiência subjetiva) e epidemia (consequência objetiva); o que fez com que os médicos até o final do século XVIII não isolassem as pessoas com doenças infecciosas como sarampo ou varíola. Essas evidências habilitam Schumpeter a fazer uma distinção entre vontade ou desejos genuíno(s) e manufaturado(s), que será fundamental posteriormente²¹³.

Outra falha da doutrina clássica é sua incapacidade em lidar com o fato de que o cidadão comum “dedica menos esforço disciplinado num problema político do que num jogo de bridge²¹⁴”. Apesar de que “A informação é abundante e facilmente disponível. Mas isto não parece fazer qualquer diferença²¹⁵”. No campo político, o cidadão é infantil e seu pensamento torna-se associativo e afetivo, o que tem duas consequências: i) ele tende a ceder a preconceitos e impulsos extra-rationais ou irracionais; ii) a ausência da crítica racional e influência racionalizadora tenderá a abrir espaço para os grupos que têm interesses a defender. Por isso, “tais grupos são capazes de fascinar e, dentro de limites muito amplos, até mesmo criar a vontade do povo. Deparamo-nos, na análise dos processos políticos, com uma vontade que, em grande parte, não é genuína, mas manufaturada²¹⁶.”

Não obstante todas essas críticas há quatro razões para a sobrevivência da doutrina clássica: i) ela se apóia em uma associação à crença religiosa, e, tornou-se um substituto ou complemento a esta crença. Assim, acreditar no “bem comum” seria algo próximo a um “ato de fé”²¹⁷; ii) algumas formas de expressão da doutrina clássica da democracia são associadas a eventos ou desenvolvimentos das histórias das nações que são aprovados por grandes

²¹³ SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 325. A vontade é a contrapartida psíquica de uma ação responsável e com objetivos.

²¹⁴ SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 327. Bridge é um tipo de jogo de cartas, jogado por dois pares de jogadores.

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ Prossegue: “E freqüentemente [*sic*] esse artefato é tudo aquilo que na realidade corresponde à *volonté générale* da doutrina clássica. Na medida em que isso assim for, a vontade do povo é o produto e não motor do processo político. As maneiras pelas quais os temas e a vontade popular a respeito de qualquer tema são manufaturados é exatamente análoga às da publicidade comercial. Encontramos as mesmas tentativas de entrar em contato com o subconsciente. Encontramos a mesma técnica de criar associações favoráveis e desfavoráveis, que são tão mais efetivas quanto menos racionais forem. Encontramos as mesmas evasões e reticências e o mesmo truque de produzir opinião através da afirmação reiterada cujo êxito depende precisamente da extensão em que evita a argumentação racional e o perigo de despertar as faculdades críticas do povo. E assim por diante.” SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p., p. 329

²¹⁷ SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 331.

maiorias (da população), os Estados Unidos são o exemplo mais claro disto²¹⁸; iii) a doutrina clássica se adapta bem em sociedades pequenas ou muito primitivas, como no caso da Suíça²¹⁹; iv) o último motivo é que os políticos apreciam uma fraseologia que lhes permite fugir à responsabilidade e “esmagar os seus oponentes em nome do povo”²²⁰.

A doutrina clássica da democracia promove uma inversão ao ressaltar que o povo deve decidir questões políticas elegendo representantes que zelariam pela sua opinião. Schumpeter propõe um *conceito alternativo*, segundo o qual “o método democrático é aquele acordo institucional para se chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decisão através de uma luta competitiva pelos votos da população²²¹”. Este conceito é muito melhor para a teoria do processo democrático quanto à sua plausibilidade e à sustentabilidade, por sete motivos.

Primeiro, porque ele *dispõe de um critério eficiente para distinguir governos democráticos de outros* que não sejam. Conforme foi demonstrado acima, a vontade popular e o “bem do povo” podem ser usados/manipulados por governos não democráticos. Segundo, pois a teoria incorporada na definição *ressalta o papel fundamental da liderança*. Por isso é mais realista que a teoria clássica, que é completamente irrealista em relação à iniciativa do eleitorado. É superior a teoria clássica, já que demonstra que a vontade geral pode ser falseada e insere na própria teoria a “vontade manufaturada”. Terceiro, *a teoria não despreza interesses grupais*, que podem muitas vezes ficar latentes. Esclarece também a relação entre estes interesses seccionais e a opinião pública. Quarto, o *conceito apresentado depende do que se entende por “competição por liderança”*, mas este é um problema idêntico àquele de definição da competição econômica. Pode-se restringir “o tipo de competição pela liderança que deverá definir a democracia à livre competição pelo voto livre²²².” Desse modo a democracia é compreendida como luta competitiva e o *método eleitoral é o único disponível para comunidades de qualquer*

²¹⁸ SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 333.

²¹⁹ Mas na Suíça não haveria muitas decisões importantes para se tomar, ao contrário dos Estados Unidos. SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 334.

²²⁰ SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 335.

²²¹ SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 336.

²²² SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 338.

*tamanho*²²³. Não devem ser feitas diferenciações entre concorrência “justa” e “injusta”, “fraudulenta” e “não-fraudulenta”, isto tornaria o ideal completamente irrealista. Quinto, esse conceito parece *esclarecer a relação que existe entre democracia e liberdade individual*, visto que a questão da liberdade é uma questão de grau. Afinal, nenhuma sociedade tolera a liberdade absoluta e nenhuma sociedade a reduz a zero²²⁴. Sexto, a função do eleitorado é de produção (pode investir) e/ou de retirar o governo, ou seja, ele pode aceitar um líder ou um grupo de líderes e pode retirar esta aceitação²²⁵. Sétimo, segundo esta definição fica claro que a vontade da maioria (simples) não é igual à vontade do povo. O conceito apresentado lança luz sobre isto, e também permite criticar a “perigosa” representação proporcional que tende a igualar um (vontade de uma maioria do povo) ao outro (vontade do povo). Se a verdadeira função do eleitorado é a aceitação da liderança, a representação proporcional entra em colapso.

Para ilustrar a aplicação deste princípio, Schumpeter toma o sistema de governo parlamentarista e explica como o voto do eleitorado “produz” o parlamento que, por sua vez, produzirá o governo. Isto seria um “crescimento natural”, seria o “método” do parlamento para produzir o governo²²⁶. O

²²³ Idem.

²²⁴ Schumpeter compreende por “liberdade” a esfera de autogestão individual. SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 339. Há, nesta afirmação, enorme semelhança com a afirmação de Kelsen de que o direito, como uma técnica social tem limites; assim, em toda sociedade moderna sempre há “um mínimo de liberdade”, já que o direito não pode normatizar todas as condutas dos indivíduos – devido aos seus limites técnicos. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 33 e ss, e 102 e ss.

²²⁵ Note-se que a ênfase na liderança, o fato de que o eleitorado escolhe entre uma minoria que exerce a direção do Estado, e o irracionalismo do “cidadão comum” é uma clara influência dos teóricos elitistas da política, em especial de Gaetano Mosca. Mosca chega a afirmar: “em todas as sociedades, começando pelas razoavelmente desenvolvidas, que apenas chegaram aos preâmbulos da civilização, até as mais cultas e fortes, existem duas classes de pessoas: a dos governantes e a dos governados. A primeira, que é sempre a menos numerosa, desempenha todas as funções políticas, monopoliza o poder e desfruta das vantagens que vão unidas a ele. Enquanto, a segunda, mais numerosa, é dirigida e regulada pela primeira de uma maneira mais ou menos legal, ou bem de um modo mais ou menos arbitrário e violento”, MOSCA, Gaetano. **La Clase Política**. Trad.: Marcos Lara. México: Fondo de Cultura, 1992, p. 106.

²²⁶ O sistema de governo parlamentarista geralmente é formado em duas etapas: primeiro o eleitorado escolhe os representantes da câmara baixa (Câmara dos Deputados), em seguida, os partidos que obtêm a maioria no Parlamento forma o governo (Poder Executivo), escolhendo o seu chefe: o primeiro-ministro (também chamado de Chanceler, ou o presidente do Conselho de ministros). Cf.: FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; FIGUEIREDO, Marcus. **O Plebiscito e as formas de governo**. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1993, e, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Parlamentarismo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

primeiro-ministro será o líder²²⁷ do governo, direta ou indiretamente de uma das casas do Parlamento, e, conseqüentemente, da opinião pública²²⁸.

Schumpeter reconhece que o Parlamento faz outras coisas além de instalar e derrubar governos. A casa legislativa também legisla e administra. O autor enfatiza que a competição entre partidos é como um conflito entre dois exércitos que lutam por fatias de um país ou uma colina²²⁹. O principal objetivo dos partidos é, portanto, sobressair-se. A vitória é a essência do jogo²³⁰. De modo que todo voto é um voto de confiança, e o governo mantém-se em conflito com a oposição (ou “gabinete sombra”) porque a atividade parlamentar é dominada pela disputa na orientação do governo, na tentativa de colocar temas em pauta²³¹.

Não obstante sua importância, o princípio da liderança governamental possui duas exceções. A primeira delas é que *nenhuma liderança é absoluta*, conquanto o elemento competitivo seja a essência da democracia, o líder tem que combinar pressão e concessões (ele não poderá só mandar). A segunda exceção é o fato de que as máquinas políticas *não absorvem certos temas*, seja porque altos comandos do governo ou da oposição não o apreciam, seja por serem duvidosos²³². Eventualmente pode surgir um líder que rompa com esta obstrução. Mas a regra é de que os eleitores não decidem as questões. A iniciativa é do candidato. Os partidos políticos e o “maquinário político” são respostas a esta incapacidade do eleitorado decidir²³³. A competição política é

²²⁷ “Embora haja razões para esperar que uma pessoa que assuma uma posição de comando supremo possua, em geral, considerável força pessoal, além de qualquer outra qualidade que possua – a isso voltaremos mais tarde –, daí não se segue que seja sempre assim. Portanto, o termo ‘líder’ ou ‘homem na liderança’ não implica que os indivíduos assim designados sejam necessariamente dotados de qualidades de liderança ou que sempre dêem orientações pessoais. Ocorrem situações políticas favoráveis à ascensão de homens deficientes em matéria de liderança (e de outras qualidades) e desfavoráveis ao estabelecimento de posições individuais fortes. Um partido ou combinação de partidos, portanto poderá ocasionalmente ser acéfalo. Mas todos reconhecem que se trata de um estado patológico e uma das causas típicas da derrota.” SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 341.

²²⁸ A conquista do cargo pelo primeiro-ministro e o apoio nele obtidos são pessoais, mas é fundamental respaldo externo ao partido e ao Parlamento.

²²⁹ Os partidos são definidos como “um grupo cujos membros se propõem agir combinadamente na luta competitiva pelo poder político.” SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 353.

²³⁰ SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 348.

²³¹ SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 349.

²³² Schumpeter não esclarece o que seriam “temas duvidosos”.

²³³ “Partido político e máquina política são simplesmente a resposta ao fato de a massa eleitoral ser incapaz de qualquer ação que não seja o ‘estouro da boiada’ e constituem uma

exatamente semelhante às práticas de uma associação comercial²³⁴. Assim, “As psicotécnicas da gerência do partido e publicidade do partido, das palavras de ordem e dos hinos, não são meros acessórios. São a essência da política. O mesmo ocorre com o chefe político.”²³⁵

Será que a democracia é isso? Deverá ela constituir-se dessa maneira? Qual a relação do direito, da moral e da noção de autogoverno para Schumpeter? Estas questões não foram respondidas. Voltaremos a elas adiante. Antes, veremos um segundo grupo de teorias que acredita na mudança das preferências das pessoas: a democracia deliberativa.

2.3. Democracia Deliberativa

A produção teórico-política sobre democracia deliberativa tem crescido exponencialmente nos últimos anos. Há inúmeros estudos teóricos e empíricos sobre a democracia deliberativa²³⁶. Por isso foi necessário estabelecer um recorte e trabalhar com duas poderosas concepções de democracia deliberativa. A primeira trata das ideias formuladas pelo jusfilósofo e

tentativa de regular a competição política que é exatamente semelhante às práticas correspondentes de uma associação comercial.” SCHUMPETER, Joseph A. Ob. cit., p. 353.

²³⁴ Idem.

²³⁵ Idem.

²³⁶ Só para citar alguns: NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Trad.: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 2003; MARTÍ, José Luis. **La república deliberativa: Una teoría de la democracia**. Madrid: Marcial Pons, 2006; HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, v. 1 (Col. Biblioteca Tempo Universitário, n. 101); SUNSTEIN, Cass. **Democracy and the problem of Free Speech: With a new Afterword**. New York: The Free Press, 1995; BOHMAN, James. **Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy**. Cambridge: MIT, s/d.; ELSTER, Jon. **Deliberation and constitution making**. In: ELSTER, Jon (org.) **Deliberative democracy**. Nova York: Cambridge University Press, 1998; FISHKIN, James S; ACKERMAN, Bruce. **Deliberation day**. New Haven and London: Yale University Press, 2004. FISHKIN, James. **Democracy and deliberation: new directions for democratic Reform**. New Haven and London: Yale University Press, 1991; FISHKIN, James. **The voice of the people – public opinion & democracy**. New Haven and London: Yale University Press, 1995. FISHKIN, James. **When the people speak – deliberative democracy & public consultation**. New York: Oxford University Press, 2009. No Brasil: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, STAMATO, Bianca. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, além dos trabalhos citados na nota seguinte.

constitucionalista argentino Carlos Santiago Nino²³⁷. A segunda analisa as ideias do sociólogo e filósofo alemão Jürgen Habermas.

2.3.1. *Concepção de Carlos Santiago Nino*

Ao analisar a relação entre constitucionalismo e democracia, Nino faz um primeiro esclarecimento: devemos elucidar o que se entende por “constitucionalismo” e “democracia”. Muitas pessoas entendem que a relação entre ambos é pacífica; afirmam, igualmente, que a democracia constitucional é o resultado de um matrimônio feliz²³⁸. Contudo, esse matrimônio não é simples, existindo tensões entre seus termos constitutivos, sendo que a expansão de um significa a contração do outro e vice-versa. Examinar esta relação não é simples, pois há dificuldade em estabelecer o que faz a democracia valiosa, qual modelo maximizaria esse valor e a própria obscuridade da noção “constitucionalismo”²³⁹. A maioria das pessoas concorda que a democracia é o sistema mais legítimo para governar a sociedade, porém, resta saber: qual é a fonte desta legitimidade? Ela é intrínseca ao processo? Ou instrumental? Processual ou substantiva?²⁴⁰. Por outro lado, a noção de constitucionalismo não é menos controversa. A noção de constitucionalismo implica o *Rule of Law*? E a atribuição de regras jurídicas limitando o que um órgão democrático

²³⁷ Apesar de haver inúmeros trabalhos sobre as contribuições da Teoria do Discurso (a teoria de Habermas) para repensar a democracia e o direito constitucional, e de que vários estudos tratam da democracia deliberativa, pouquíssimos estudos que tratam de ambos analisam as ideias de Carlos Nino. Suas ideias sobre Teoria do Direito tiveram alguma recepção no Brasil, mas suas considerações sobre o Direito Constitucional não, o que tem mudado recentemente. Exemplos disto são os trabalhos de: GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2010; GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2011. STAMATO, Bianca. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, e, SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 250, 2009. A teoria do direito de Nino foi trabalhada por diversos autores desde o início da década de 1990, veja, por exemplo: FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão e Dominação. São Paulo: Atlas, 1994; LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito**. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

²³⁸ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 13.

²³⁹ NINO, Carlos Santiago. Ob. cit., p. 14.

²⁴⁰ Idem.

pode fazer ou não, é constitutiva da noção de constitucionalismo? Ou exigiria um conceito mais robusto, de um governo limitado por regras jurídicas escritas em um documento? Esse documento, não importa seu conteúdo, requer um processo mais complexo para sua reforma do que a derrogação de leis ordinárias? Ainda, de forma mais robusta, exige a Separação dos Poderes, especialmente a independência dos poderes Legislativo e Judiciário? Demanda leis gerais, públicas, precisas e não retroativas? Reconhece direitos fundamentais? Reclama o Controle de Constitucionalidade? E a democracia? Será ela também componente do constitucionalismo?²⁴¹

Segundo Nino, para responder esses questionamentos e estabelecer os termos dessa relação é preciso esclarecer principalmente o que se entende por constitucionalismo²⁴². Por isso ele articula uma visão complexa do constitucionalismo formada por três dimensões.

Em geral, o constitucionalismo costuma ser caracterizado como o compromisso entre dois ideais em tensão: a democracia e a proteção de direitos, ou como uma simbiose entre as ideias de Locke e Rousseau²⁴³. Contudo, o relacionamento entre estes dois ideais não consegue conotar em toda a extensão o sentido pleno do constitucionalismo. É, pois, necessário acrescentar uma terceira dimensão: o respeito à constituição histórica²⁴⁴. Desse modo, cada dimensão do constitucionalismo dá respostas a algumas problemáticas específicas; além disso, as três dimensões quando relacionadas entre si geram tensões recíprocas, que serão analisadas adiante. Assim, veremos como se constitui a dimensão (constituição) histórica, a constituição (ideal) de direitos, e a constituição da democracia. Estas três dimensões permitem que Nino articule sua visão do constitucionalismo na qual direito, moral e política estão interligadas. Após a exposição, veremos as relações de uma dimensão com a outra e suas consequências para nossa análise.

²⁴¹ NINO, Carlos Santiago. **Ob. cit.**, p. 16.

²⁴² NINO, Carlos Santiago. **Ob. cit.**, p. 15.

²⁴³ Simbiose entre as ideias de Locke e Rousseau, pois combina respectivamente o ideal de limitação do poder e de que o governo deve ser democrático. NINO, Carlos Santiago, **Fundamentos de derecho constitucional**. 3ª. Reimp. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 4.

²⁴⁴ NINO, Carlos Santiago, **Fundamentos de derecho constitucional**..., p. 44; e NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**..., p. 24 e 47.

Para compreendermos a constituição histórica é necessário entender a relação entre direito e moral para o autor, sobretudo no que diz respeito à justificação e à interpretação do Direito²⁴⁵.

Uma pergunta crucial para ele é: constituem as proposições jurídicas ou as normas jurídicas, de forma independente e autônoma, razões para justificar ações e decisões?²⁴⁶ Para o positivismo a resposta seria negativa, porquanto o direito (do ponto de vista descritivo) é um fato, e, de um fato não se pode extrair uma consequência normativa. Pode-se dizer, em outras palavras, que a diferença entre os planos descritivo e normativo impede que se derive uma consequência normativa de um fato²⁴⁷. Por isso é necessário recorrer a proposições do tipo moral (ou seja, autônomas²⁴⁸), para que se possa justificar ações e decisões. Desse modo, do ponto de vista justificatório, a imprescindível

²⁴⁵ NINO, Carlos Santiago. **Derecho, Moral y Política I: Los Escritos de Carlos S. Nino.** (ed.) Gustavo Maurino. Buenos Aires: Gedisa, 2007, p. 104-105.

²⁴⁶ Nino parte da premissa, contrária a certa linha do positivismo, de que as normas jurídicas devem ser obedecidas porque elas nos dão “razões para atuar”. Ora, como o positivismo concebe o direito como um fato, isto é, uma lei é um ato de vontade do parlamento, dela eu não extraio o que devo fazer. O juízo de dever-ser é extraído da norma jurídica que é o resultado da interpretação da norma – da atribuição de sentido ao fato. Com algumas diferenças essa posição pode ser vista em autores como Kelsen, Bobbio ou Guastini. Nino desafia esta posição ao afirmar que as normas jurídicas devem dar razões (motivos) para que nós atuemos. Debatendo com Joseph Raz criticará a postura positivista que vislumbra na norma jurídica uma *razão operativa*, que “consiste na premissa de dever ser que em si mesma podia constituir uma razão completa para alguma ação.” Se as normas jurídicas não oferecem razões para atuar elas tornam-se supérfluas. O desenvolvimento que é apresentado a seguir surge justamente para enfrentar esta questão: como não tornar o direito em algo supérfluo para justificar ações e decisões. NINO, Carlos Santiago. **La validez del derecho.** 3ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 131.

²⁴⁷ Ora, um fato é, por exemplo, a afirmação de que o Brasil tem 8.514.876,599 km² de área total. Um juízo normativo seria uma afirmação “O Brasil deve ter um território maior”, ou “o Brasil deve zelar pelo seu território”. Note-se que do fato de que o território brasileiro tem 8.514.876,599 quilômetros quadrado não é possível inferir logicamente que ele deve ser aumentado ou diminuído, etc. Este raciocínio foi desenvolvido por David Hume, em seu Tratado sobre o entendimento humano. Ele marcou tão profundamente a Ética que foi chamado por Max Black de “a guilhotina de Hume”, conforme nos conta VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética.** 9ª ed. Trad. João Dell’Anna. São Paulo: Civilização Brasileira, 1986, p. 219-220. Nino tem conhecimento da “guilhotina de Hume” e reconhece que é necessário construir pontes entre o plano descritivo e o plano normativo, ou, em uma terminologia mais comum para os juristas: entre o plano do ser e do dever ser, conforme se verifica em diversas obras, sobretudo: NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación.** 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 219; e, os capítulos VI e VII da obra NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho.** 2ª ed. 14ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2007.

²⁴⁸ Sobre o caráter autônomo dos juízos morais, cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** In: Kant. Vol. II, Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril, 1980, p. 101-162, (col. Os Pensadores). O juízo moral é autônomo porque há uma coincidência entre o autor e o destinatário da norma, ou seja, a pessoa que deve cumprir a norma é a sua criadora. A partir dessa ideia a moral seria autônoma, ao contrário do Direito que seria heterônomo, isto é, os autores das prescrições jurídicas não necessariamente seriam os destinatários delas.

conexão com a moral se expressa na necessidade de se recorrer a proposições autônomas (logo, morais) para justificar ações ou decisões²⁴⁹. Deste ponto de vista, o Direito é supérfluo ou irrelevante para determinar ações ou decisões, já que para tomá-las recorre-se a princípios morais e não ao Direito ou às normas jurídicas.

Sob a perspectiva da interpretação do Direito parece que ocorre o mesmo, pois no momento da aplicação do Direito o juiz deverá identificar quais materiais são juridicamente relevantes, entre textos, atos lingüísticos, práticas sociais, etc., para decidir um caso²⁵⁰. O magistrado precisa transformar estes materiais em proposições para decidir. Eis que surge a questão: como percorrer este caminho? Novamente, para se determinar quais juízos se podem inferir dos materiais juridicamente relevantes são necessárias valorações do tipo moral.

Essas duas questões se interligam ao analisarmos a constituição histórica, revelando-se dois paradoxos aparentes: *a superfluidade da constituição histórica para o raciocínio prático, e a indeterminação radical da constituição*.

Começemos pela *indeterminação radical da constituição*. A questão central é: como transformar a constituição compreendida como texto, ou como ato discursivo, em proposições que sirvam de premissas para o raciocínio justificatório?

São propostos cinco passos para que se possa transformar o texto em proposições²⁵¹, o que, na nossa tradição, poderia ser descrito como o processo de aplicação da norma. O primeiro passo consiste em *atribuir sentido ao material jurídico relevante*²⁵². Nesse momento se contrapõem correntes subjetivistas e objetivistas, uns acreditando que devem ser levadas em consideração as diversas concepções sobre a intenção do agente do ato lingüístico, dos autores dos textos, ou dos participantes das práticas; outros

²⁴⁹ Explicitamente, contestando a afirmação de Joseph Raz em sentido contrário, ver: NINO, Carlos Santiago. **La validez del derecho**. 3ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 143.

²⁵⁰ Note-se que o Direito não se restringe aos textos (normativos) editados por alguma autoridade estatal dotada de competência.

²⁵¹ Na obra *Fundamentos de derecho constitucional* são incluídos dois passos (a determinação e o “encontro” dos materiais jurídicos relevantes) anteriores aos cinco que são expostos aqui. NINO, Carlos Santiago, **Fundamentos de derecho constitucional**..., p. 81-82.

²⁵² Nino pressupõe que já se sabe qual será o material jurídico relevante. Vide nota anterior.

(objetivistas) são contrários a essa postura. Também se opõem, neste âmbito, àqueles que defendem a existência e a permanência do sentido original do texto (originalistas), e, ainda àqueles, que postulam que o significado dos termos deve ser dado no momento da sua aplicação (construtivistas)²⁵³. O segundo passo é a *aplicação do critério escolhido ao texto*, nesse momento devem ser enfrentados problemas de vagueza e ambiguidade dos textos²⁵⁴. O terceiro passo consiste na *superação das indeterminações semânticas e sintáticas*, em que desempenha papel fundamental a dogmática jurídica, bem como considerações valorativas – de índole moral e política. O quarto passo é a *inferência de conseqüências lógicas dos materiais interpretados*, quando devem ser resolvidas lacunas lógicas e axiológicas – para a resolução das lacunas axiológicas são necessárias, novamente, considerações valorativas²⁵⁵. Por fim, o quinto passo, é a *subsunção do caso individual ao âmbito da norma*.

Contudo, ainda é necessário enfrentar a superfluidade da constituição histórica para o raciocínio prático. Se não precisamos do Direito, e conseqüentemente, da Constituição, para o raciocínio prático (raciocinar sobre como agir e tomar decisões), ambos, o Direito em geral, e a Constituição em particular, tornam-se supérfluos. Uma das respostas a esta questão é dada pelo individualismo metaético, que compreende as pautas morais como reflexo de ações individuais²⁵⁶. Esse tipo de individualismo reflete-se no direito quando um juiz tem que decidir algum caso. Muitos magistrados decidem casos de maneira solipsista, como se estivessem “sozinhos do mundo”, como se a

²⁵³ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 32-34.

²⁵⁴ Existem três formas de vagueza: por gradação; por combinação e por conta da textura aberta da linguagem. NINO, Carlos Santiago, **Fundamentos de derecho constitucional**, p. 90-92.

²⁵⁵ Na obra *Introducción al análisis del derecho*, Nino diz o que entende por considerações valorativas, especialmente, explica porque esta dimensão da teoria jurídica é uma especialização do discurso moral, bem como o necessário diálogo entre a dogmática jurídica e a filosofia moral e política, cf. NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2ª ed. 14ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 343-347.

²⁵⁶ O autor entende por “metaética” ou “ética analítica”, o ramo da filosofia que estuda a possibilidade de se justificar racionalmente os juízos de valor. Neste nível teórico, “se analisa o tipo de significado que caracteriza aos termos éticos – como “bom”, “justo”, “correto” e seus opostos – e o significado dos juízos de valor – como “a pena de morte é injusta”-, já que a possibilidade de justificar racionalmente os juízos valorativos depende de que classe de juízo são eles e que significado tem as expressões que se usam tipicamente para formulá-los.”, NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho** ..., p. 354. Sobre os juízos de valor no Direito, cf.: REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. 9ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

decisão proferida por ele fosse um ato desconectado de um contexto mais amplo, de outros atos dele mesmo, ou de outros funcionários do Poder ao qual ele está vinculado²⁵⁷. Decidem como se os princípios morais utilizados para justificar sua decisão fossem extraídos, *ex nihilo*, “do nada”, exclusivamente da sua reflexão individual. Nino dirá que essa é uma maneira equivocada de compreender o funcionamento do Direito, pois ele não é resultado do somatório de ações individuais. É, na verdade, uma grande ação coletiva. Isso nos leva a uma nova compreensão da constituição histórica.

A constituição histórica não se restringe a um texto ou a uma norma, como queriam os positivistas. A constituição histórica “não é um mero documento, senão está constituída pela regularidade das condutas, atitudes e expectativas de sucessivas legislaturas, funcionários de governo e gerações de cidadãos geradas a partir da sanção daquele texto²⁵⁸.” A constituição histórica é concebida como uma prática social. Desde um ponto de vista externo ela é vista como um critério de reconhecimento sobre quais normas pertencem, ou não, ao sistema jurídico (como a regra de reconhecimento de Hart)²⁵⁹. Do ponto de vista interno, isto é, sob a perspectiva dos atores do sistema jurídico, o que importa é se a norma (identificada) deve ser aplicada para justificar uma ação ou decisão. A constituição histórica é vista, então, não só como prática, mas como uma convenção, pois há a regularidade de condutas e há expectativas dos outros agentes para que determinada conduta continue ao longo do tempo²⁶⁰. Essa prática, ao contrário do que pretende o individualismo metaético, não é uma ação individual, é uma grande ação coletiva. Por isso, do ponto de vista dos atores do sistema jurídico, a melhor decisão a ser dada será aquela que levar em consideração as ações feitas no passado e as que se realizarão no futuro. Nesse contexto, para explicar a ideia de ação coletiva é proposta a metáfora da catedral.

²⁵⁷ NINO, Carlos Santiago. **Derecho, Moral y Política I: Los Escritos de Carlos S. Nino.** (ed.) Gustavo Maurino. Buenos Aires: Gedisa, 2007, p. 107.

²⁵⁸ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 55. Esclarece, à p. 51: “O papel da constituição histórica como uma convenção ou prática social se aclara se compreendemos que os atores do sistema jurídico, legisladores, constituintes ou juizes, por exemplo, **se encontram envoltos em uma empresa coletiva de certa duração.**”(negritamos)

²⁵⁹ Sobre a regra de reconhecimento, cf.: HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito.** Trad.: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 129 e ss.

²⁶⁰ NINO, Carlos Santiago, **Fundamentos de derecho constitucional...**, p. 47 e ss.

Nino sugere que os atores do sistema jurídico se percebam como arquitetos que construíram, ou construirão, alguma catedral, como a catedral de Colônia, Estrasburgo ou a Sagrada Família, em Barcelona. Todas elas foram construídas por diferentes gerações, algumas durante séculos; de modo que os primeiros arquitetos das catedrais faleceram e seus projetos foram continuados por outras pessoas que não os conheceram. Assim, os arquitetos das gerações subsequentes poderiam optar por demolir tudo que já havia sido construído e começar a construir novamente com um novo estilo, ou manter o que já foi construído e desenvolver a concepção que compreendessem como mais adequada a partir das bases já consolidadas. Com esta metáfora fica estabelecido o caráter convencional da constituição histórica, pois ela é uma prática coletiva através da qual os diversos atores constroem o sistema jurídico considerando a necessidade de preservação ou evolução da prática social²⁶¹. Essa diferenciação não é um mero “refinamento teórico”. Vejamos o motivo: O individualismo metaético concebe que o indivíduo reflete e decide sozinho, o que implica que a decisão dele deve ser a melhor que ele puder fornecer, ou, na expressão de Dworkin, deve ser uma resposta certa²⁶². A compreensão da constituição histórica como uma ação coletiva desenvolvida ao longo do tempo demanda uma racionalidade diversa (pois as decisões de uns são estrangidas pelas decisões de outros). A decisão a ser tomada, muitas vezes, será a “segunda melhor” e não a “melhor decisão”, isto é, a decisão ótima ou correta. A ideia de raciocinar conforme o segundo melhor será exigida quando a melhor decisão a ser tomada puder comprometer toda a prática coletiva ou se afastar do modelo “ótimo”; por isso se fala em “segundo melhor”²⁶³ e não no “primeiro melhor” (a resposta ótima/certa). Para se aferir se a prática deve ser continuada, ou não, é proposto um raciocínio escalonado de dois níveis. No primeiro nível deve-se verificar se a prática jurídica promove o

²⁶¹ Aqui, Nino separa-se e critica Ronald Dworkin que produz a interessante metáfora do Direito como integridade, e da *chain of Law*, a “cadeia do Direito”, que vislumbra o direito como um romance desenvolvido por diversos autores. É evidente que há uma semelhança entre as duas concepções (entre arquitetos e escritores), mas Nino ressalta a importância de conceber a constituição histórica (e o Direito) como uma ação coletiva e não como um conjunto de racionalidades individuais somadas, o que traz uma diferença bastante relevante no modo como se constrói a racionalidade da decisão. NINO, Carlos Santiago, **Fundamentos de derecho constitucional...**, p. 59-63.

²⁶² Cf.: DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard, 1986, p. 176 e ss.

²⁶³ NINO, Carlos Santiago, **Fundamentos de derecho constitucional ...**, p. 66.

processo democrático e reconhece direitos fundamentais. Se esse primeiro nível apoiar a legitimidade da constituição histórica, ainda que a prática seja imperfeita, pode-se passar ao segundo nível. O segundo nível “é a fase de aplicação na qual a constituição histórica é aplicada para justificar ações e decisões.”²⁶⁴ O primeiro nível limita o segundo, pois as razões justificatórias incompatíveis com a preservação da constituição histórica estão excluídas “sempre e quando o raciocínio do primeiro nível demonstre que a constituição é mais legítima em relação à constituição ideal que qualquer alternativa realista.”²⁶⁵ Do mesmo modo, um princípio impecável do ponto de vista do discurso moral²⁶⁶ pode ser excluído ou desqualificado se é necessário para a preservação da constituição histórica. Assim, sempre deverá se averiguar a exigência de preservação ou superação de determinadas práticas constitucionais, o que já nos coloca diante da tensão da constituição histórica com a constituição ideal de direitos, a segunda dimensão do constitucionalismo.

A constituição ideal dos direitos é a segunda dimensão do constitucionalismo. Essa constituição coloca princípios morais que estabelecem direitos. Estes princípios estabelecem a última base de justificação do raciocínio prático; à luz deles a constituição histórica é, ou não, legitimada. Dos princípios derivam direitos constitucionais que são direitos morais, porque derivam de princípios morais²⁶⁷. Para dar uma justificação sólida aos direitos, Nino a constrói sobre a base dos pressupostos da prática da discussão moral. Explica que participar de uma prática e ao mesmo tempo negar os

²⁶⁴ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 60.

²⁶⁵ O trecho completo: “Esta é a fase de aplicação quando a constituição histórica é aplicada para justificar ações ou decisões. O raciocínio deste segundo nível deve ser limitado a partir dos resultados do raciocínio no primeiro nível, ou seja, as razões justificatórias incompatíveis com a preservação da constituição histórica estão excluídas sempre e quando o raciocínio do primeiro nível demonstre que a constituição é mais legítima em relação a constituição ideal, que qualquer alternativa realista.” NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 60.

²⁶⁶ Aqui ocorre, novamente, a necessária articulação do discurso jurídico com a moral. Para tanto se exige que os princípios utilizados respeitem os requisitos do discurso moral, por isso devem ser: públicos, gerais, supervenientes, universais, sendo que qualquer potencial participante pode justificar suas ações e atitudes sobre a base dos princípios mesmos (daí decorre sua aceitabilidade). Para mais detalhes, cf.: NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación**. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 109-112.

²⁶⁷ Mas nem todos direitos morais têm caráter jurídico. A distinção entre direitos morais e jurídicos depende, primeiro, do conceito de direito empregado (se descritivo ou normativo; segundo, se há ou não a correspondente sanção. NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 73.

pressupostos aceitos quando se participa dela, ou de suas implicações, é incorrer em uma inconsistência pragmática²⁶⁸.

Um dos pressupostos da (prática da) discussão moral pós-iluminista é que toda autoridade está sujeita a críticas. Só não está sujeita a críticas a própria ideia de crítica. Esse papel da crítica na modernidade está relacionado com o liberalismo, já que ele reflete o valor da autonomia moral. Assim, a discussão moral está desenhada para solucionar conflitos e facilitar a cooperação através do consenso²⁶⁹. E o consenso pressupõe a aceitação livre e compartilhada de princípios para justificar ações ou atitudes. A partir destas premissas, Nino desenvolve três princípios morais dos quais deduz os direitos da sua constituição ideal²⁷⁰, respectivamente: autonomia, integridade da pessoa e dignidade. Vejamos cada um destes princípios.

O princípio da autonomia é compreendido, por um lado, como a ideia de *livre aceitação de princípios morais intersubjetivos*, que se referem às ações dos indivíduos e os seus efeitos sobre os interesses ou bem-estar de outros indivíduos; por outro, como *ideais autorreferentes de excelência pessoal*, que se referem ao agente mesmo (à pessoa). Quando diz respeito a princípios intersubjetivos a autonomia se autolimita, porquanto se restringe a autonomia de uns para preservar a de outros (e vice-versa). Já no que toca a ideais autorreferentes, a autonomia proscreeve a interferência na livre eleição de ideais de excelência pessoal. As decisões democráticas que impõem algum ideal de excelência pessoal não têm nenhum valor epistêmico²⁷¹. Com isso, o princípio da autonomia combate o perfeccionismo em matéria moral²⁷².

²⁶⁸ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 74.

²⁶⁹ NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos...**, p. 97.

²⁷⁰ A constituição é ideal no sentido de ideal(izada), isto é, contra-fática, não real. É um ideal com o qual se pode avaliar a constituição real. Isto é um reflexo no âmbito constitucional do discurso moral desenvolvido por Nino em *Ética y Derechos Humanos*, no qual ele desenvolve uma moral ideal em oposição à moral positiva (real) das sociedades, de modo que a comparação de uma com a outra possa gerar um aperfeiçoamento das práticas sociais visando à solução pacífica de conflitos e uma maior cooperação social.

²⁷¹ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 76. Esta afirmação ficará mais clara adiante quando será exposta a noção de valor epistêmico da democracia.

²⁷² Perfeccionismo em matéria moral consiste na defesa da obrigatoriedade de certos padrões de excelência pessoal para outras pessoas. São atitudes perfeccionistas aquelas que pretendem impor às outras pessoas determinada religião, conduta sexual, preferência política, etc. Nestas questões, aplica-se para Nino a ideia de John Stuart Mill que ninguém é melhor juiz (para decidir sobre sua vida) que a pessoa mesma. Voltaremos a isto adiante. Sobre a ideia de Mill, cf.: MILL, John Stuart. **On Liberty: and other Essays**. New York: Oxford, 2008, p. 83 e ss.

O segundo princípio é o da inviolabilidade da pessoa, que limita o princípio da autonomia. A primeira formulação deste princípio proíbe a diminuição da autonomia de uma pessoa para alcançar o aumento geral de autonomia²⁷³. Com isso, combatem-se concepções holistas (como algumas formas de utilitarismo) e coletivistas (o socialismo real) para as quais tudo se justifica em prol “da nação”, “do aumento da felicidade geral da nação”, “em prol do aumento do PIB (produto interno bruto – da economia)”, o, ainda “em prol do bem da maioria”.

Diante dos desafios comunitaristas e igualitários ao liberalismo, Nino se vê obrigado a reformular o princípio da inviolabilidade da pessoa. Propõe, então, uma composição entre igualdade e liberdade, sustentando que o liberalismo exige a *igual distribuição de liberdade*²⁷⁴. E questiona: por que os direitos clássicos (direito à vida, à integridade corporal, à propriedade, à proteção contra a agressão e à tortura) não são violados quando as pessoas morrem de fome, ou por falta de cuidados médicos, ou, ainda, quando carecem de recursos necessários para levar a cabo seus ideais de vida?²⁷⁵ Só há duas respostas: i) ou eles são violados; ii) ou não são violados, que é a postura conservadora clássica. Essa resposta justifica-se a partir de uma diferenciação entre direitos que exigem prestações e direitos que não as exigem, requerendo somente omissões. Todavia, essa diferença é moralmente injustificada²⁷⁶; ademais, ela deriva da moral positiva (moral social vigente)²⁷⁷. Ora, o liberalismo constitui-se justamente como crítico às práticas sociais, portanto, basear uma distinção que não tem respaldo moral algum é reproduzir um

²⁷³ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 79. Note-se que esta primeira formulação coincide com a segunda formulação do Imperativo Categórico (como imperativo prático): “*Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio.*” KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In: Kant. Vol. II, Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril, 1980, p. 135, (col. Os Pensadores).

²⁷⁴ Conforme se verá adiante, há uma coincidência entre esta formulação do princípio da inviolabilidade, o princípio geral do direito de Kant e o primeiro princípio de justiça de Rawls.

²⁷⁵ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 88-89.

²⁷⁶ Nino afirma que esta diferença é uma petição de princípio pois pressupõe que a autonomia dos indivíduos cujas necessidades não são satisfeitas não é afetada negativamente pelas omissões.

²⁷⁷ Sobre a diferença entre moral positiva (moral vigente em uma sociedade) e moral ideal, cf.: NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación**. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 92-96. Segundo Nino: “A moral social ou positiva é o *produto* da formulação e aceitação de juízos como os que se pretende dar conta de princípios de uma moral ideal.”, p. 93.

argumento que não tem força moral (portanto, não leva as pessoas a agir); logo, os liberais conservadores são mais conservadores do que liberais²⁷⁸. Assim, Nino reformula o princípio da inviolabilidade a partir do princípio da diferença criado por John Rawls. “Esta versão só proscreeve aquelas restrições que diminuam a autonomia de uma pessoa levando-a a um nível inferior de que gozam os demais.”²⁷⁹ Desse modo, “pode limitar a autonomia de alguém se disso resulta um incremento na autonomia das pessoas que são menos autônomas do que aquelas cuja autonomia está sendo diminuída.”²⁸⁰ Com isto esfacela-se a diferença entre direitos clássicos e sociais; os direitos sociais são uma consequência natural dos direitos clássicos. Isto leva Nino a duas noções de igualdade: como nivelção ou como não exploração. É adotada pelo autor a igualdade como não exploração, que ao ser articulada com a segunda formulação do princípio da inviolabilidade leva à noção de igualdade como nivelção. Pois, conforme veremos adiante, sua concepção de democracia demanda uma maior nivelção como decorrência da igualdade política/de participação para maximizar a qualidade epistêmica do resultado²⁸¹.

O terceiro princípio é a dignidade da pessoa. Este princípio possibilita a resolução de um aparente paradoxo. Pode um indivíduo autônomo restringir a sua própria autonomia? Se a resposta for positiva a partir do princípio da autonomia, gera-se uma situação paradoxal, já que a própria autonomia do indivíduo concorreria para a sua diminuição. O princípio da dignidade soluciona essa questão. Segundo ele, são permitidas restrições à autonomia com o consentimento dos indivíduos afetados. Seu caráter dinâmico permite que as pessoas possam contrair obrigações, assumir responsabilidades, perder direitos. Esse princípio exclui o determinismo normativo.

Os três princípios, juntos, conformam a dimensão ideal substantiva da constituição complexa, da qual podem ser extraídas premissas para justificar ações e decisões, bem como derivar vários direitos. Entretanto, esses princípios não estão “congelados”, parados no tempo. Eles interagem uns com

²⁷⁸ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 91.

²⁷⁹ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 92.

²⁸⁰ Idem. Sobre o princípio da diferença em Rawls: RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 91 e ss.

²⁸¹ A igualdade política, ou, igualdade de participação política, demanda uma voz igual, um voto igual e todas as condições para que a igualdade seja substantiva e não só formal, NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 93.

os outros, da mesma forma que uma dimensão interage com a outra. Vejamos a última dimensão da constituição complexa: a constituição da democracia deliberativa.

Para desenvolver a sua concepção de democracia, Nino reúne diversas concepções em dois grupos a partir de dois critérios: a transformação das preferências das pessoas e a relação da democracia com a moral. O primeiro grupo de concepções nega os dois critérios; o segundo grupo, pelo contrário, aceita ambos, logo, acredita na transformação das preferências pessoais e no relacionamento da democracia com a moral (poderíamos dizer da política com a moral)²⁸². Os dois grupos são criticados, porque, de um lado, não demonstram que a democracia é o meio mais confiável para se chegar ao conhecimento de princípios morais válidos (para o raciocínio justificatório); e, de outro, não se dão conta que o valor da democracia reside na sua natureza epistêmica, que permite a valorização das preferências das pessoas. Essa valorização ocorre porque essa concepção de democracia facilita que se tome conhecimento das preferências alheias, por isso seu *valor “epistêmico”*. Nino apresenta uma concepção alternativa que soluciona os dois problemas: a democracia deliberativa.

Para articular essa ideia o autor realiza um diálogo com as obras de Rawls e Habermas, pois acredita que ambos se aproximam da posição correta, mas não a alcançam. Critica, de um lado, Rawls por não levar em conta, na esfera ontológica, o aspecto da prática social para o discurso moral²⁸³; e, na esfera epistemológica, por conceber a reflexão individual como a única forma de acesso à verdade moral²⁸⁴. Do outro lado, critica Habermas por confundir, na esfera ontológica, validade e observância²⁸⁵; e, na esfera epistemológica o critica por certo populismo moral²⁸⁶. Podemos sintetizar as ideias de Habermas e Rawls conforme apresentadas por Nino na seguinte tabela:

148 ²⁸² NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 101-

²⁸³ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 162.

²⁸⁴ NINO, Carlos Santiago. **Ob. cit.**, p. 164.

²⁸⁵ NINO, Carlos Santiago. **Ob. cit.**, p. 163.

²⁸⁶ NINO, Carlos Santiago. **Ob. cit.**, p. 165.

| | Habermas | Rawls |
|------------------------------|---|----------------------------------|
| Forma dos pressupostos | Pressupostos formais | Pressupostos formais |
| Validade | Consenso de fato (real) | Satisfação da imparcialidade |
| Acesso aos princípios morais | Discussão coletiva (diálogo/dialógica-prática social) | Reflexão individual (monológica) |

Assim, sustenta uma posição intermediária, na qual: “a verdade moral se constituiria pela satisfação de pressupostos formais ou processuais de uma prática discursiva dirigida a lograr cooperação e evitar conflitos.”²⁸⁷ (na esfera ontológica), e na esfera epistemológica defende as discussões e decisões intersubjetivas que constituiriam o procedimento mais confiável para ter acesso à verdade moral²⁸⁸.

Em seguida apresenta três teses ontológicas sobre a constituição da verdade moral e três teses epistemológicas sobre (como se dá) o conhecimento dessa forma de verdade²⁸⁹. Adota as posições E2 e O2, as quais

²⁸⁷ NINO, Carlos Santiago. **Ob. cit.**, p. 161.

²⁸⁸ Idem.

²⁸⁹ As teses O1, O2, O3, referem-se, respectivamente: “O1; a verdade moral se constitui pela satisfação de pressupostos formais inerentes ao raciocínio prático de qualquer indivíduo, em particular o pressuposto de acordo com o qual um princípio moral é válido se é aceitável para todas as pessoas que se encontram sob condições ideais de imparcialidade, racionalidade e conhecimento dos fatos relevantes.”; “O2: A verdade moral se constitui pela satisfação de pressupostos formais ou processuais de uma prática discursiva dirigida a lograr cooperação e evitar conflitos.”; “O3: A verdade moral se constitui pelo consenso que resulta da prática real da discussão moral quando ela é feita de acordo com algumas restrições processuais acerca dos argumentos que são usados.” NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 160-161. As teses epistemológicas de E1 a E3: “E1: O conhecimento da verdade moral se alcança somente por meio da reflexão individual. A discussão com outros é um elemento auxiliar útil da reflexão individual mas, definitivamente, devemos atuar inelutavelmente de acordo com os resultados finais desta última.”; “E2: A discussão e a decisão intersubjetivas constituem o procedimento mais confiável para ter acesso a verdade moral, pois o intercambio de ideias e a necessidade de oferecer justificações diante dos outros não só incrementa o conhecimento que alguém possui e detecta defeitos no raciocínio, mas também ajuda a satisfazer o requerimento de atenção imparcial aos interesses de todos os afetados. Não obstante, isto não exclui a possibilidade de que através da reflexão individual alguém possa ter acesso ao conhecimento de soluções corretas ainda que deve-se admitir que este método é muito menos confiável que o coletivo, devido a dificuldade de permanecer fiel a representação dos interesses dos outros e de ser imparcial.”; “E3: O método da discussão e decisão coletiva é a única forma de acessar a verdade moral, já que reflexão monológica é sempre distorcida pelo viés do indivíduo a favor do seu próprio interesse ou o interesse das pessoas próximas a ele, devido ao condicionamento contextual e a dificuldade insuperável de uma pessoa colocar-se na situação do outro. Somente o consenso real atingido depois de um amplo debate com poucas exclusões, manipulações e

justificam: i) a importância da prática social para o discurso moral, - faz com que possa ser levando em conta: a) variações históricas; b) o modo de argumentação moral; ii) fornece base empírica – pode-se inferir regras e critérios que são pressupostos na prática; iii) o discurso tem pressupostos valorativos – como o princípio da autonomia, por exemplo²⁹⁰.

O valor epistêmico da democracia decorre da concepção de imparcialidade adotada. Segundo ela, todos os afetados por uma decisão devem poder participar de sua formação (através da voz, voto e sem coerção)²⁹¹. É fundamental neste ponto a ideia de John Stuart Mill de que ninguém sabe mais de suas preferências do que a própria pessoa²⁹², por isso, ninguém melhor do que ela mesma para expressar suas preferências e tomar suas decisões.

No âmbito da democracia a unanimidade parece ser o equivalente funcional desta noção de imparcialidade. Para expor a ligação entre a democracia, a moral e seu valor epistêmico, o autor argentino lança mão do exemplo de uma discussão em um condomínio de um prédio no qual o elevador está estragado e as pessoas precisam consertá-lo. Esse exemplo o ajuda a demonstrar que a ideia de unanimidade pode ser muito exigente, pois pode gerar uma “ditadura” da minoria, pois se não houver a concordância de todos, a decisão não será tomada. Nesse caso, a minoria fica com um “superpoder” de veto, porquanto se ela não concordar nenhuma decisão será tomada, ainda que seja só uma pessoa que discorde. Além disso, pode haver uma imposição do *status quo*, porque se não houver decisão alguma, a situação permanece como está (inércia). Se for exigida a unanimidade para que se possa decidir pela restauração ou não do elevador, é muito provável que os moradores dos pisos inferiores façam sua posição prevalecer, ainda que ela seja minoritária, ou seja, um ou dois apartamentos podem barrar a decisão porque se exige uma decisão unânime, e, como eles não usam o elevador, não pagarão pelo seu conserto.

desigualdades é um guia confiável para ter acesso aos mandamentos morais.” NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 161.

²⁹⁰ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 162-163.

²⁹¹ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 166. Aqui notamos a influência de Habermas e do princípio do discurso na formulação do valor epistêmico das decisões democráticas.

²⁹² MILL, John Stuart. **On Liberty: and other Essays**. New York: Oxford, 2008, p. 92.

Esta discussão demonstra algumas diferenças do processo informal de discussão moral e seu sucedâneo institucional, isto é, a democracia vinculada à regra da maioria. A democracia possui duas limitações que, em tese, não existem na discussão moral: a *impossibilidade de alcançar a unanimidade* e a *necessidade de se decidir em um tempo limitado*. Por isso, diante dos problemas expostos acima (imposição da vontade da maioria ou do *status quo*) substitui-se a noção de imparcialidade como unanimidade pela ideia de imparcialidade decorrente da regra da maioria, na qual todos os possíveis afetados possam participar na construção da decisão. Assim, a democracia é o sucedâneo institucional da discussão moral, cujo valor (epistêmico) está na possibilidade de conhecimento e participação de todos os possíveis afetados pela decisão²⁹³. Além disso, são desenvolvidos seis argumentos para justificar o valor epistêmico da democracia (para ter acesso a decisões moralmente corretas)²⁹⁴. O primeiro deles é que a concepção sustentada possibilita o **conhecimento dos interesses dos outros** (enfraquecendo os interesses egoísticos, e ampliando o rol de opções); o segundo deles é que o procedimento auxilia na **justificação da justiça** (pois impõe limites ao autointeresse; também são apresentados argumentos que não devem ser utilizados em uma discussão); o terceiro é que a concepção de democracia sustentada ajuda a **detectar erros fáticos e lógicos**; o quarto argumento são os **fatores emocionais** (que têm aspectos positivos e negativos, por exemplo, um aspecto positivo seria o fato de que em muitos casos as emoções auxiliam o progresso de um processo de argumentação; um aspecto negativo seria a habilidade retórica ou o carisma de uma pessoa, que podem impossibilitar que outras pessoas mais tímidas argumentem); o quinto é **negociação subjacente ao processo democrático** (aqui, o autor destaca que uma minoria não pode ficar sempre isolada, de modo que as minorias e majorias devem ser cambiantes, não devem se cristalizar); por fim, apresenta a **tendência coletiva**

²⁹³ “Com efeito, um processo de discussão moral com certo limite de tempo dentro do qual uma decisão majoritária deve ser tomada - o centro do conceito de democracia da visão normativa que estou articulando - tem maior poder epistêmico para ganhar acesso às decisões moralmente corretas que qualquer outro procedimento de tomada de decisões coletivas.” NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 168.

²⁹⁴ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 166-180.

à **imparcialidade** e explica o Teorema de Condorcet²⁹⁵, bem como a ideia de agregação de interesses satisfeitos que ajuda a demonstrar a correção da solução adotada²⁹⁶. Essas ideias permitem a defesa da *presunção de correção* das decisões provenientes da regra da maioria, contudo a *capacidade epistêmica não é absoluta*, ela exige condições que, quando não são satisfeitas não é gerado o valor epistêmico. São condições necessárias: **i)** que todas as partes interessadas participem da discussão e da decisão; **ii)** que partam de uma base razoável de igualdade e sem nenhuma coerção; **iii)** que possam expressar seus interesses e argumentos genuínos; **iv)** a dimensão apropriada do grupo que maximiza a probabilidade de um resultado correto; **v)** que não haja nenhuma minoria isolada (isto é, as maiorias e minorias devem ser mutáveis conforme mudam os assuntos a serem analisados); **vi)** que os indivíduos não estejam em condições emocionais extraordinárias²⁹⁷. O grau de valor epistêmico gerado depende da satisfação das condições, quanto maior for a satisfação, maior o valor epistêmico. Não obstante, há algumas restrições ao valor epistêmico: ele não existe, por exemplo, para temas científicos ou juízos fáticos, para assuntos religiosos e filosóficos, e para temas morais que afetam questões de ideais autorreferentes e pessoais (que se diferem dos ideais morais intersubjetivos, já que os primeiros referem-se à qualidade de vida e ao caráter da pessoa)²⁹⁸. Por fim, devemos considerar que o “processo democrático com valor epistêmico não é uma ‘situação ideal de fala’, senão uma situação bastante realista.”²⁹⁹

²⁹⁵ O Teorema de Condorcet sustenta que se cada membro de um grupo de pessoas que irá decidir algo tende a adotar a decisão correta, a probabilidade de que essa decisão seja correta aumenta conforme aumentar o número de pessoas que decidirão. Para mais detalhes ver: NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 178, e, também: NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos...**, p. 395.

²⁹⁶ “Algumas vezes os direitos em conflito podem ser exatamente da mesma hierarquia. Nestes casos, não há nenhuma forma de evitar que se afete o principio da inviolabilidade. Deste modo, o principio agregativo da autonomia pessoal é o único que controla o resultado. **Quando há um conflito de direitos da mesma hierarquia que não pode ser superado de outra forma, o resultado moralmente correto é o que maximiza a satisfação dos interesses protegidos por esses direitos.**” NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 179, (negritamos).

²⁹⁷ Algumas destas condições coincidiram com os pré-requisitos que o valor epistêmico exige, que serão denotados “direitos *a priori*” (no sentido kantiano), p. ex., participação livre e igual no processo de discussão e tomada de decisões; orientação/direção da comunicação no sentido da justificação; ausência de minorias congeladas e isoladas; marco emocional apropriado para a argumentação.

²⁹⁸ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 182.

²⁹⁹ Com esta afirmação Nino pretende refutar as críticas que atribuem a sua teoria um caráter utópico (e, indiretamente, critica a ideia habermasiana de situação ideal de fala). “O

Essa peculiar concepção de democracia, a democracia deliberativa, permitirá que Nino explique como se relacionam as diversas dimensões do constitucionalismo entre si, e qual é o melhor arranjo institucional para realizá-la. Destaquemos primeiramente qual o melhor arranjo institucional para sua realização. Para tornar esse ideal uma realidade seriam necessárias inúmeras reformas nas nossas instituições representativas. Conforme exposto acima, a exigência de valor epistêmico combinado com a regra da maioria demanda uma nova configuração do atual arranjo institucional. Provavelmente a democracia direta seria o ideal a ser realizado, contudo, por uma série de motivos (extensão dos territórios nacionais, estaduais e até municipais, o tamanho das populações), é muito difícil realizar a democracia direta como se fazia em Atenas. Somente alguns milhares de pessoas cabem na Praça Osório, da Sé, ou na Cinelândia (para ficar com três exemplos). Portanto os tempos modernos demandam que repensemos essa concepção de política. Ciente disso, Nino admite que a representação seja um mal necessário³⁰⁰. Todavia, isso não o impede de refletir sobre a representação e sobre as formas de democracia direta como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis. Otimista, mas não ingênuo, Nino não acredita que referendos, plebiscitos e outros mecanismos de participação popular, sem outras mudanças estruturais, possam, *sozinhos*, melhorar o valor epistêmico da democracia. Pelo contrário, como se sabe, esses mecanismos foram utilizados inúmeras vezes ao longo da história do ocidente para legitimar regimes autoritários e ditatoriais. Contudo, esses mecanismos, combinados a outros, podem trazer maior valor epistêmico à democracia. A democracia deliberativa exige que as pessoas possam falar e serem ouvidas, o que demanda um *debate público robusto* no qual todos os possíveis afetados possam participar. Isto implica em uma completa reformulação da liberdade de expressão (combatendo os monopólios e oligopólios dos meios de comunicação privados, combinando-os com meios de comunicação públicos de controle social). Igualmente, é necessário repensar a

processo democrático com valor epistêmico não é uma 'situação ideal de fala', pelo contrario é uma situação bastante realista. Consideremos a discussão que tivemos anteriormente a respeito do condomínio. Todos tem mais ou menos as mesmas oportunidades para apresentar seus interesses e de tratar de justificá-los. Não há nenhuma minoria permanentemente gerada a partir de nenhuma característica que seja a base de discriminação alguma e não há emoções extraordinárias que perturbem a possibilidade de formar um critério próprio." NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 183.

³⁰⁰ NINO, Carlos Santiago. Ob. cit...., p. 204 e ss.

Federação (no sentido de uma maior descentralização do poder político, de uma maior proximidade entre as instâncias de discussão, decisão, e, posteriormente, de execução); os sistemas político³⁰¹ e eleitoral³⁰²; o controle de constitucionalidade³⁰³, o financiamento das campanhas políticas (que para Nino deve ser exclusivamente público)³⁰⁴.

Esses são só alguns traços em um esboço de desenho institucional. Contudo, tais traços já indicam alguns caminhos a serem trilhados, alguns desenhos a serem detalhados, algumas questões a se (re)pensar. Enquanto se apontam os lápis e são escolhidas as folhas, é necessário dar um passo atrás para que se possa vislumbrar o todo.

Vimos as três dimensões do constitucionalismo que formam a noção de constituição complexa. Cada parte se relaciona uma com a outra, sempre em um movimento de avanços e de recuos. Pode-se notar que essa concepção torna a democracia uma noção interna ao constitucionalismo e relaciona Direito, Moral e Política. Sabemos que a constituição histórica pode ser caracterizada desde o ponto de vista externo como regra de reconhecimento, e, internamente, como uma convenção social, que pode ser resumida na metáfora da catedral (as ações coletivas desempenhadas pelos inúmeros agentes do sistema).

Assim, a constituição é construída como um telhado, com uma prática apoiada na outra, telha sobre telha. Essa dimensão se conecta com a

³⁰¹ O sistema político, e, em especial, o hiperpresidencialismo latino-americano é alvo de muitas críticas, sejam elas de ordem funcional, sejam de ordem moral. Voltaremos a tratar desta questão adiante, quando nos referirmos à Constituição brasileira.

³⁰² O sistema eleitoral tem que possibilitar uma maior proximidade entre o eleitor e eleito/representante, há diversas técnicas que podem ampliar esta proximidade como o sistema distrital misto (citado pelo autor). Nino destaca que com as novas tecnologias (o livro estava sendo escrito em 1993 quando ele faleceu) é possível ampliar a participação dos eleitores em diversos momentos, antes, durante e após as eleições. Além disto, o próprio processo legislativo pode e deve ser repensado de modo a ampliar o número de vozes que possam participar durante a feitura dos textos normativos.

³⁰³ O controle de constitucionalidade deve ser uma exceção em uma democracia deliberativa, já que os juízes gozam de nenhuma representatividade popular e responsabilidade política e suas decisões carecem de valor epistêmico. A defesa do controle de constitucionalidade tal como levada a efeito pelos juristas conota um alto grau de elitismo epistêmico que pouco ou nada tem de comprometimento com a democracia. Nino reconhece, todavia, três exceções que requerem o controle de constitucionalidade efetuado pelo Poder Judiciário: i) para **controle do procedimento democrático**, o judiciário neste caso pode e deve adotar uma postura ativista para fomentar **maisparticipação, mais liberdade, mais igualdade e maior concentração** na justificativa das decisões tomadas; ii) em **defesa da autonomia pessoal** no que diz respeito a ideais autorreferentes; iii) na **proteção da constituição histórica**.

³⁰⁴ NINO, Carlos Santiago. **Ob. cit.**..., p. 228.

constituição ideal de direitos que justifica a continuidade ou o aperfeiçoamento de suas práticas. A constituição ideal de direitos é baseada em princípios morais que servem³⁰⁵, ademais, para guiar a ação. Na medida em que o tempo passa a dimensão democrática (e o arranjo institucional que ela requer – a constituição ideal do poder) pode fazer com que a constituição histórica se aproxime da dimensão ideal dos direitos e do poder. Em outras palavras, na medida em que são garantidas as precondições para a democracia (direitos *a priori*) e a própria democracia vai sendo realizada no dia a dia, a constituição histórica pode ser aperfeiçoada (através da mudança de práticas, reforma do seu texto, etc.); igualmente, na medida em que se garante mais democracia há uma tendência a se buscar a concretização dos direitos *a priori*, e, novamente, se inicia um círculo virtuoso. Este círculo pode ter idas e vindas, pois, consoante ao que já foi afirmado, as três dimensões estão em tensão recíproca a todo momento, isto é, o reconhecimento de direito, a democracia “participativa” e a preservação do *rule of Law*, estão a todo momento indo e voltando. Não há garantia contra retrocessos. Há a necessidade de agir para combatê-los. Nino faz uma última advertência: na medida em que se ampliam as precondições da democracia – os direitos *a priori* –, amplia-se, também, o valor epistêmico que resultará do processo democrático, todavia, a expansão dos dois implicará em uma diminuição do alcance das decisões democráticas. Note-se que, se existem muito direitos fundamentais e eles são concretizados (direito à igualdade, à liberdade de expressão, direito à educação, etc.), nos aproximamos das condições para dotar a decisão de maior valor epistêmico, só que se estes direitos abarcam um grande número de objetos (p. ex., direito à felicidade, direito às férias no exterior, etc.) deixamos menos espaço para decidir o que fazer com nossos recursos escassos, ou com outros bem sociais que tem que ser alocados para garantir direitos. Estas considerações são bastante significativas, sobretudo em face da Constituição brasileira, ao seu rol de direitos fundamentais e sua relação com as cláusulas pétreas.

Antes de serem expostas algumas críticas à catedral construída por Nino, é necessário nos debruçarmos sobre a teoria de Jürgen Habermas

³⁰⁵ NINO, Carlos Santiago. **Ob. cit.**..., p. 297-298.

2.3.2. Modelo de Jürgen Habermas

Jürgen Habermas desenvolveu no início da década de 1990 sua teoria da democracia e do direito³⁰⁶. Para compreendê-la é necessário conhecer alguns conceitos articulados pelo autor em obras anteriores³⁰⁷: a exposição deles será feita doravante.

No início de sua trajetória intelectual, Habermas fez a análise do capitalismo tardio³⁰⁸, que se distingue pela necessidade da *intervenção do Estado na economia* para a sobrevivência da sociedade. Naquele contexto, caberia ao Estado a manutenção e a ampliação da infraestrutura material e social (nos setores de transportes, comunicações, sistema de saúde, educacional, etc.), investimentos diretos em empresas de alto custo e baixo rendimento (com a finalidade de manter a competitividade das indústrias nacionais no mercado internacional), e a criação de grandes centros de pesquisa essenciais para a manutenção do crescimento econômico. Além disso, o Estado deveria também se responsabilizar por – “absorver” – crises econômicas geradas pelo sistema.

³⁰⁶ Faz-se alusão às obras *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I e II; publicadas pela primeira vez em alemão em 1992 e traduzidas para o português em 1997. Habermas é filósofo e sociólogo, conhecido como integrante da segunda geração da “Escola de Frankfurt” (nome dado ao Instituto de Pesquisas Sociais sediado em Frankfurt e inicialmente liderado por Adorno e Horkheimer).

³⁰⁷ Em especial: *Técnica e ciência enquanto ideologia; Crise de Legitimação do Capitalismo Tardio*, entre outras para mais detalhes, cf. FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo. Introdução. In: FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo (org.). **Habermas**. São Paulo: Ática, 1980, p. 9-67. (Col. Grandes Cientistas Sociais – Sociologia n. 15).

³⁰⁸ “Conceito desenvolvido pelo economista belga Ernest Mandel em seu livro *O Capitalismo Tardio* (1972), e que caracterizaria a atual fase do capitalismo monopolista, desencadeada a partir de uma terceira revolução tecnológica (1940-1945), com a crescente introdução da automação na produção, a internacionalização e centralização do capital em conglomerados multinacionais, a rápida depreciação e o encurtamento do tempo de rotação do capital fixo e a busca do superlucro como principal estímulo de acumulação. (...) O crescente uso da automação e da regulação eletrônica da produção, que caracterizaria o capitalismo tardio, provoca, segundo Mandel, aumento da composição orgânica do capital e queda da taxa de lucro, definindo uma crise estrutural do modo de produção capitalista ou ‘uma crise histórica de valorização do capital’, já que nas fábricas inteiramente automatizadas, não havendo trabalho humano, também não haverá de mais-valia. O desenvolvimento tecnológico, mediante o aumento de despesas com pesquisas e sua organização como ramo autônomo da divisão do trabalho (possibilitada pela valorização das rendas tecnológicas, que se tornaram a principal fonte de superlucros), proporcionou uma depreciação mais rápida do capital fixo e o encurtamento do tempo de sua rotação, exigindo um planejamento empresarial mais abrangente. Esse fato explicaria a centralização do capital por meio dos conglomerados multinacionais e a tendência inerente ao capitalismo tardio de ampliar o controle sistemático sobre todos os elementos dos processos de produção, circulação e reprodução.” SANDRONI, Paulo. *Capitalismo Tardio*. In: SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. 14ª ed. São Paulo: Best Seller, 2004, p. 81-82.

Do ponto de vista do sistema político, a *ampliação da participação política*, resultando nas modernas democracias de massa, contribuiu para legitimar a dominação política; igualmente, houve a *institucionalização jurídica dos conflitos sociais*, que se tornaram problemas jurídicos em virtude da edição de legislações trabalhistas e de seguridade social; e, finalmente, ocorre a *expansão do sistema educacional* possibilitando a mobilidade social; o que gerou um apaziguamento nos conflitos de classe³⁰⁹. Nesse contexto, novas formas de violência surgiram. Habermas se dá conta de que a expansão do sistema econômico capitalista e do sistema burocrático está no centro de fenômenos patológicos como a perda de sentido e de distúrbios psíquicos diversos.

Esses problemas não existiam nas sociedades tradicionais, pois havia nelas um fio intransparente que servia como elo de conexão entre os diversos sujeitos sociais: a *eticidade*³¹⁰. Ela fornecia um conjunto coerente de princípios e explicações das práticas sociais e poderiam ser usados para tomar ações e decisões. Nas sociedades pré-modernas a carga de *eticidade* era muito alta, e a identificação dos indivíduos com a sua comunidade, ou com sua terra, ou língua, etc., era muito grande; sendo assim, as sociedades possuíam uma forte coesão social. Porém, quando da passagem para a modernidade as

³⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. Técnica e Ciência enquanto Ideologia. In: BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W., **Textos escolhidos**. Trad.: Roberto Schwarz, et. al. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, (Os Pensadores), p. 328-330, também: REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o Modelo Reconstrutivo de Teoria Crítica. In: NOBRE, Marcus (org.). **Curso Livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papyrus, 2008, p. 162-163, e OFFE, Claus. **Problemas Estruturais do Estado Capitalista**. Trad.: Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

³¹⁰ Em sociedades tradicionais predominava a *eticidade*, que consistiam em um conjunto de valores e tradições, enfim, havia um pano de fundo compartilhado na qual o sujeito podia ancorar e justificar ações e decisões. A justificação última era a *eticidade* (ela poderia ser a religião, as tradições imemorais da comunidade ou outra espécie de justificativa). O surgimento da sociedade moderna (sociedade capitalista) faz com que a *eticidade* perca grande parte do seu poder para justificar, sem mais, ações e decisões, pois, agora, os indivíduos poderiam escolher por quais valores orientar suas condutas nas diversas esferas da vida. Cf. para mais detalhes: NOBRE, Marcos. Introdução. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (org.). **Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. Sobre o apelo à tradição, escrevemos em outro lugar, que ele recorre a um expediente de fundamentação que se assemelha às respostas que o personagem Chicó, de Ariano Suassuna, dava aos seus interlocutores, ao dizer: “Não sei, só sei que foi assim...”. De certa maneira, apelar às tradições imemorais é proceder como Chicó ao responder uma demanda; afinal, pode-se questionar: por que um determinado sujeito age e deve continuar agindo conforme uma tradição imemorial? “Não sei, só sei que foi assim...” Cf. MACEDO, José Arthur Castillo de. Dádiva, Graça; Direito e Governo no Antigo Regime. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. XIX, 2010, Fortaleza. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 6151-6166.

sociedades diferenciaram-se cada vez mais, e os diversos domínios da vida social ganharam autonomia, passando, cada um, a se reproduzir com uma lógica própria. Isso gerou um potencial conflitivo – isto é, um potencial de desintegração social– enorme que só pôde ser estabilizado a partir da diferenciação da racionalidade das ações sociais. Assim, haveria duas formas de ação dominantes³¹¹: o agir (a ação) instrumental e o agir (a ação) comunicativo(a). A ação instrumental é orientada para o êxito/sucesso, visa à produção de mercadorias e à reprodução material do sistema³¹². A ação comunicativa, por sua vez, visa o entendimento mútuo entre participantes de uma discussão.

Às duas formas predominantes de ação preponderam e correspondem a domínios sociais diversos³¹³. Existem, portanto, dois domínios sociais diversos: o “*sistema*” – no qual (pre)domina a ação estratégica/instrumental – e o “*mundo da vida*” – no qual (pre)domina a ação comunicativa.

O “sistema” é composto pelos subsistemas: poder administrativo (representado pelo complexo burocrático-estatal) e subsistema econômico – o mercado capitalista.

O “mundo da vida” é composto pelas esferas pública e privada, nele prevalece a lógica do entendimento mútuo. Ações comunicativas possibilitam a ampliação do mundo da vida, enquanto as ações instrumentais privilegiam a reprodução do sistema; sendo que cada tipo de ação tem como função contribuir para a reprodução do sistema inteiro.

Nas sociedades tradicionais o sistema e o mundo da vida estavam acoplados (isto é, estavam juntos, não se diferenciavam)³¹⁴. No mundo moderno (capitalista, portanto,) há o desacoplamento do sistema em relação ao

³¹¹ Elas poderiam ser qualificadas como “tipos ideais” no sentido weberiano, isto é, modelos heurísticos que auxiliam para a análise e interpretação que, provavelmente, não aparecerá de um modo “puro” (desprovido de outros elementos) na realidade. Não obstante, esta apresentação esquemática contribui para que o teórico possa descrever a realidade e explicá-la.

³¹² A ação instrumental pode ser chamada de ação estratégica quando uma pessoa influencia outra para que realize atos necessários para a obtenção do seu fim, vale dizer, um sujeito usa o outro como um meio para determinado fim.

³¹³ HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action...**, p 119 e ss. Importa ressaltar, contudo, que isto não exclui conflitos entre cada tipo de ação dentro e fora dos domínios sociais, bem como o conflito de uma lógica com a outra. Este modelo teórico procura representar a realidade, mas, evidentemente, não consegue e nem pretende reproduzi-la já que ela é muito mais complexa.

³¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action...**, p. 153 e ss.

mundo da vida, cada um possui autonomia e lógicas específicas, ou seja, há a diferenciação e autonomização de cada domínio. Contudo, eles continuam ligados, um necessita do outro³¹⁵. Afinal, para se manter, a sociedade precisa da produção material e da (re)produção simbólica. Surge então o que Habermas chama de “colonização do mundo da vida” pelo sistema, isto é, a lógica da ação instrumental (e da reprodução material da sociedade) prevalece sobre a da ação comunicativa. O sistema transforma o mundo da vida em um meio-ambiente do qual ele se alimenta, como um parasita³¹⁶. Assim, ações instrumentais e estratégicas são privilegiadas em detrimento das ações comunicativas. As patologias de perda de sentido e de distúrbios psíquicos são resultados dessa colonização do mundo da vida pelo sistema no capitalismo tardio.

Antes, porém, de se analisar as relações entre a colonização do mundo da vida pelo sistema e a teoria do direito e da democracia, é necessário investigar a noção de ação comunicativa para que se possa compreender melhor a teoria do discurso (ou, o modelo de teoria crítica – habermasiana) do direito e da democracia³¹⁷.

A noção de ação comunicativa é construída a partir de várias contribuições da filosofia da linguagem contemporânea³¹⁸, em especial, da noção de atos de fala que pode ser representada na expressão “dizer é

³¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action**..., p. 185 e ss.

³¹⁶ Seguimos o raciocínio da obra Teoria da Ação Comunicativa (no 2º volume), sobretudo os capítulos VI e VIII (conclusões).

³¹⁷ Marcos Nobre e Luiz Repa destacam que não existe um modelo exclusivo de teoria crítica, mas se pode falar em vários modelos de teoria crítica. Contudo, o principal traço comum entre elas é o –necessário – *diagnóstico de tempo* e sua *orientação para a emancipação*. De modo que, “Não cabe à teoria limitar-se a dizer como as coisas *funcionam*, mas sim analisar o funcionamento concreto das coisas à luz de uma *emancipação* ao mesmo tempo *concretamente possível* e *bloqueada* pelas relações sociais vigentes. Com isso, é a própria perspectiva da emancipação que torna possível a teoria, pois é essa perspectiva que abre pela primeira vez o caminho para a efetiva compreensão das relações sociais. Sem a perspectiva da emancipação, permanece-se no âmbito das ilusões reais criadas pela própria lógica interna da organização social capitalista.”, NOBRE, Marcos. Introdução: Modelos de Teoria Crítica. In: NOBRE, Marcus (org.). **Curso Livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papirus, 2008, p. 17 e 18; e, cf. também: REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o Modelo Reconstutivo de Teoria Crítica. In: NOBRE, Marcus (org.). **Curso Livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papirus, 2008, p. 161-162.

³¹⁸ Segundo Ludwig: “Habermas, ao elaborar seu pensamento, tem em vista um conceito amplo de razão, com pretensão de validade geral. Recusa, no entanto, o conceito de razão pura. Formula um conceito de razão situada na história e na sociedade. Com tal perspectiva, a razão instaura-se, tendo como *médium* a linguagem, ou seja, a comunicação linguística tem por objetivo o entendimento e o consenso: é este o sentido da razão comunicativa ou do agir comunicativo.” LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação**: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006, p. 105-106.

fazer”³¹⁹, a qual expressa o caráter pragmático da linguagem, já que, quando se fala, se faz (age)³²⁰. Habermas aproveita esta poderosa ideia para sustentar que ao iniciarmos uma fala levantamos *pretensões de validade*, ainda que não saibamos ou não pretendamos fazê-la. Todo ato de fala tem encerrado em si pretensões de validade³²¹. Estas pretensões de validade são de três ordens: i) *de correção normativa* - quando fazemos pedidos, exigências e exortações; ii) *de verdade* - ao afirmar, explicar e descrever algo; iii) *de sinceridade* – para revelar intenções, expressar sentimentos e vivências subjetivas. As pretensões de validade conseguem expressar a ideia de que por trás de cada ato de fala, ou seja, a cada pronunciamento, pressupomos que o que nosso interlocutor diz

³¹⁹ A noção de atos de fala foi desenvolvida por diversos filósofos especialmente John Austin, Paul Grice e pelo aluno de ambos, John Searle. Com base na reflexão do “segundo Wittgenstein”, de que falar é essencialmente um modo de agir, Austin desenvolve primeiro a noção de enunciado performativo, o qual não descreve algo, mas realiza uma ação (prometer, apostar, dar algo). Depois, em “How to do things if words” ele desenvolve a ideia de que todos os enunciados tem um aspecto executivo, pragmático; dizer é de certo modo sempre fazer algo. O caráter pragmático dos atos de fala pode ser visto, por exemplo, quando se usa o verbo “prometer”. Note-se, quando uma pessoa diz a outra: “eu te prometo tal coisa”, ela está, ao mesmo tempo, dizendo uma informação, executando uma ação, e criando uma relação com alguém. O mesmo pode ser dito de tantos outros verbos. Por isso, “dizer é fazer”, fazer uma ação. Contudo, “fazer” não significa produzir um objeto material, como pensamos normalmente. Assim, Austin destaca três aspectos ou níveis de análise dos atos de fala: i) ilocucionário; ii) locucionário; iii) perlocucionário; novamente, e.g., quando se realiza uma promessa (isto é: “eu prometo...”): o nível ilocucionário diz respeito ao ato de dizer segundo uma forma gramatical específica; o nível locucionário refere-se à realização da ação em um dado contexto “eu me comprometi”, e o nível perlocucionário é a realização da ação sobre alguém, ou, até provocar certa reação de alguém. Para mais detalhes cf.: AUSTIN, J. L. **How to do things with words**. 2ª ed. New York: Oxford; SEARLE, John R. **Speech acts: An essay in philosophy of language**. New York: Cambridge, 2008; D'AGOSTINI, Franca; **Atos de Fala**. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5ª ed. trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 106-107.

³²⁰ “Convém definir, ainda que de forma breve, os diversos atos. Os atos de fala na ação comunicativa são definidos em sua natureza pelos verbos performativos. Assim, os atos de fala constatativos são caracterizados em sua natureza pelos verbos que exprimem o conteúdo das proposições referentes aos fatos (afirmar, descrever, explicar); os atos de fala regulativos definem-se como os que explicitam o sentido da relação entre os sujeitos falantes (comandar, proibir, ordenar, recomendar) e os atos de fala expressivos que levam um interlocutor a se autor-representar diante de outro – admitir, confessar, negar (ROUANET, 1989, p. 25). A característica destes atos de fala implica necessariamente pretensões de validade: verdade, no enunciado constatativo; justiça da norma, no enunciado regulativo, e sinceridade, no enunciado representativo.” LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação...**, p. 109.

³²¹ Com isto quer-se dizer que todo ato de fala pressupõe idealizações, ainda que as pessoas que estão argumentando não as explicitem (isto é, não se dêem conta delas). Isto fica mais claro se pensarmos em um diálogo qualquer. Em regra, as pessoas que conversam (dialogam) acreditam que aquilo que o seu interlocutor diz é verdadeiro, que ele está sendo sincero, etc. Normalmente, não há restrições ao diálogo, uma pessoa pode falar depois outra fala e assim por diante; o que pressupõe a igualdade das pessoas que dialogam (como no exemplo do Condomínio dado por Nino). Com isso, fica claro que a cada conversa fazemos uma série de pressuposições que estão implícitas a ela, até o momento que elas são problematizadas (tematizadas).

é correto (correção normativa), é verdadeiro (verdade) e é sincero (sinceridade)³²². A negação de uma destas pretensões gera um diálogo, no qual os interlocutores podem esclarecer, explicar ou contestar o que ensejou o desentendimento ou a falta de esclarecimento³²³. Esse diálogo pressupõe condições contrafactuais – no sentido de ideais – que possibilitam o entendimento factual (real); delas decorrem, igualmente, o caráter crítico-emancipatório da teoria do discurso habermasiana, pois estas pretensões, e a negação delas, servem como indicativo de modos de violência/patológicos concretizados nas práticas sociais. De modo que, quando o teórico procede à reconstrução destas pretensões e de seus desenvolvimentos, poderá identificar o que bloqueia os potenciais emancipatórios da prática social e indicar um caminho para liberar os potenciais emancipatórios³²⁴.

Em *Direito e Democracia*, Habermas reconstrói as noções de direito moderno e de democracia à luz da razão comunicativa³²⁵, o que o possibilita trabalhar com a tensão entre facticidade e validade desde a linguagem, passando pela reconstrução do sistema de direitos até chegar à política democrática. Isto permite que ele demonstre as relações entre facticidade e validade internas e externas ao direito³²⁶. Conforme vimos acima, a razão comunicativa pressupõe a linguagem como *medium*; em *Direito e*

³²² As pretensões de validade referem-se, respectivamente: ao mundo objetivo (pretensão de verdade); ao mundo social comum (pretensão de correção); a algo no mundo subjetivo próprio (pretensões de sinceridade).

³²³ “Assim, se o falante pretende ainda se manter em uma orientação comunicativa, ele tem de dar razões para mostrar que o que diz merece reconhecimento do outro, ou seja, começa aqui um processo de argumentação, de discussão. O termo ‘discurso’ (*Diskurs*), que caracteriza esse processo de argumentação, não deve ser entendido no sentido habitual de uma peça oratória diante de um público nem ainda no sentido de um sistema de enunciados, ideais e valores mais ou menos coerentes e compartilhados por várias pessoas de uma mesma área cultural, como nas expressões ‘discurso da antropologia’, ‘discurso da psiquiatria’ etc. Discurso significa, de modo geral, a discussão baseada em argumentos sobre a validade de um proferimento, sendo que esta discussão se constitui de regras compartilhadas.”, REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o Modelo Reconstutivo de Teoria Crítica. In: NOBRE, Marcus (org.). **Curso Livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papyrus, 2008, p. 172.

³²⁴ “Tal reconstrução coloca-nos nas mãos uma medida crítica que permite julgar as práticas de uma realidade constitucional intransparente.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, v. 1 (Col. Biblioteca Tempo Universitário, n. 101), p. 22.

³²⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**..., v. 1, p. 20.

³²⁶ As noções de agir comunicativo e de razão comunicativa requerem uma nova relação entre facticidade e validade, o que implica em uma mudança em relação à tradição platônica, pois, a partir de agora, a linguagem pode ser compreendida como um *medium* universal de incorporação da razão.

Democracia³²⁷, Habermas poderá reconstruir o direito como *medium*³²⁸ que, por um lado, serve como forma de expressão do poder administrativo e do sistema; e, por outro, é a expressão da formação coletiva da opinião e da vontade. É, igualmente, a expressão da autocompreensão e da autodeterminação de uma comunidade de pessoas de direito³²⁹. Importa, pois, (re)pensar o direito e a democracia a partir da tensão entre a coerção (facticidade) e a norma legitimamente produzida (validade)³³⁰. Para isto, antes de reconstruir o sistema de direitos, Habermas apresenta conceitos da sociologia do direito (que promoveu o desencantamento do direito)³³¹ e da filosofia da justiça (em especial o debate desencadeado por Rawls e pós-Rawls – entre comunitaristas, liberais e republicanos)³³².

Vamos, contudo, iniciar com a reconstrução do sistema de direitos que possibilitará a apresentação de várias relações (por exemplo, entre direito e moral, entre política e direito, entre soberania popular e direitos humanos, etc); será exposta a visão habermasiana de separação dos poderes. Passemos, então, a tal reconstrução.

Ao reler o direito moderno à luz da teoria do discurso, Habermas constata que até o momento não se conseguiu harmonizar conceitualmente

³²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia...**, v. 1, p. 19.

³²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia...**, v. 1, p. 25, 190, 212. Ludwig demonstra que em outras obras Habermas concebia o Direito de maneira diversa, inclusive em relação à moral, cf. LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito, 2006, 114-124.

³²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia..**, v. 1 (Col. Biblioteca Tempo Universitário, n. 101). HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. v. 2 (Col. Biblioteca Tempo Universitário, n. 102).

³³⁰ É fundamental compreender que a tensão entre facticidade e validade, não tem uma só dimensão. Ela existe no interior da linguagem, no interior direito e exteriormente a ele. No interior do direito ela se manifesta entre a facticidade da coerção e validade da norma legitimamente produzida, parte do questionamento: se os sujeitos de direitos são autores e destinatários das normas, por que há a necessidade de sanção e coerção em geral? A resposta é dada em vários níveis: o direito cria um aparato sistêmico para decidir sobre a violação de uma norma e eventual sanção a ser aplicada; mas, ao mesmo tempo, recai sobre ele a exigência de legitimidade e da positividade, que também é respondida por Habermas em vários níveis, por um lado, na relação do direito com a moral e, de outro, do direito com a política. Como não há garantia “metassocial” (transcendental) o direito pode se cristalizar nesta relação entre positividade e legitimidade. A reconstrução que Habermas faz da relação entre direitos humanos e soberania popular permite repensar esta cristalização. Do ponto de vista externo ao direito, a relação se dá entre facticidade do poder e validade (compreendida como autonomia política dos cidadãos, explorada com mais detalhes no vol. 2 da obra).

³³¹ Desencantamento operado especialmente por autores como Weber, Parsons e Luhmann.

³³² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia...**, v. 1, p.65-112.

autonomia pública e privada. Como consequência disso surge a relação não-esclarecida entre direitos subjetivos e o direito público³³³ e a concorrência entre direitos humanos e soberania popular³³⁴. Diante disso, retoma a controvérsia sobre os direitos subjetivos³³⁵, reinterpretando-a a partir de pressupostos não individualistas, enfatizando o sentido intersubjetivo dos direitos, que visa o reconhecimento recíproco³³⁶. O reconhecimento recíproco, por sua vez, é constitutivo da ordem jurídica e gera uma relação de co-originalidade entre direitos subjetivos e o direito objetivo (ordem jurídica), pois este resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem. Habermas extrai a noção de co-originalidade a partir da retomada pela lente da razão comunicativa da tentativa fracassada de Rousseau e Kant de fundar, simultaneamente, através de um contrato social, a soberania popular e os direitos humanos (ou fundamentais).

Ao revisar Hobbes, Kant defende que a celebração do contrato social institucionaliza o direito “natural” a iguais liberdades de ação subjetivas³³⁷, pois os direitos do homem são fundamentados na autonomia moral, e, para adquirem uma forma positiva – do direito positivo–, demandam a autonomia política dos cidadãos. Habermas o critica porquanto não fica claro o papel do

³³³ Direito público, aqui, possui a conotação que os juristas atribuem a “direito objetivo”, ou, ordem jurídica. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia...**, v. 1, p.121. Não se refere ao Direito Público (ramo do direito) que se opõe ao direito privado.

³³⁴ “Em ambos os casos, as dificuldades podem ser explicadas, não somente a partir das premissas da filosofia da consciência, mas também a partir de uma herança metafísica do direito natural ou moral. Entretanto, o direito positivo e a moral pós-convencional desenvolveram-se co-originariamente a partir das reservas da eticidade substancial em decomposição.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia...**, v. 1, p.115.

³³⁵ O sentido dos direitos subjetivos é apresentado por Habermas por meio da interpretação kantiana do artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a qual Kant utiliza para formular seu princípio geral do direito, descrito nas palavras de Habermas como: “o princípio geral do direito, segundo o qual toda ação é equitativa, quando sua máxima permite uma convivência entre a liberdade de arbítrio de cada um e a liberdade de todos, conforme uma lei geral.”, HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia...**, v. 1, p.114. Nas palavras de Kant, tal princípio é expresso: “É justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais.”, KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito**. 3ª ed., Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 2005, p. 46. Segundo o autor da teoria do discurso, este princípio kantiano retornou ao debate filosófico contemporâneo pelas mãos de Rawls e do seu primeiro princípio de justiça. A razão comunicativa supera(ria) a leitura rawlsiana, porquanto esta seria monológica ao contrário da razão comunicativa que é dialógica. Não condizendo com a interpretação individualista de tais direitos.

³³⁶ “Direitos subjetivos não estão referidos, de acordo com seu conceito, a indivíduos atomizados e alienados, que se entesam possessivamente uns contra os outros [como sustenta certa leitura do direito privado]. Como elementos da ordem jurídica, eles pressupõem a colaboração de sujeitos, que se reconhecem reciprocamente em seus direitos e deveres, reciprocamente referidos uns aos outros, como membros livres e iguais do direito.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia...**, v. 1, p. 121

³³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia...**, v. 1, p. 126.

princípio direito, que às vezes realiza uma mediação entre os princípios moral e democrático, e, em outras circunstâncias (quando Kant se aproxima de Rousseau), o princípio direito e o princípio democracia passam a ser os dois lados de uma mesma moeda. Essa confusão sobre a relação entre os três princípios que ocorre em Kant, mas que não é menor em Rousseau, é fruto de “uma não confessada *relação de concorrência* entre os *direitos humanos*, fundamentados moralmente, e o *princípio da soberania popular*.”³³⁸

Esta contraposição reproduz-se no debate constitucional estadunidense, no qual a posição liberal é vinculada à autodeterminação moral, por sua vez associada à ideia dos direitos humanos com o domínio impessoal das leis (*Rule of Law*), por um lado; e, por outro, à posição republicana que enfatiza a auto-realização ética que resulta da auto-organização espontânea de uma comunidade. Afirma, então, “No primeiro caso, prevalece o momento moral-cognitivo, no segundo o ético-voluntário.”³³⁹

E,

Opondo-se a essa linha, Rousseau e Kant tomaram como objetivo pensar a união prática e a vontade soberana no conceito de autonomia, de tal modo que a ideia dos direitos humanos e o princípio da soberania do povo se interpretassem *mutuamente*. Mesmo assim, eles não conseguiram entrelaçar simetricamente os dois conceitos. De um ponto de vista geral, Kant sugeriu um modo de ler a autonomia política que se aproxima mais do liberal, ao passo que Rousseau se aproximou mais do republicano³⁴⁰.

Segundo Habermas, Kant peca pois sustenta a prevalência e precedência da moral (existem direitos prévios) em relação à soberania popular. Rousseau, por outro lado, exagera ao máximo a “sobrecarga ética do cidadão, embutida no conceito republicano de sociedade. Ele contou com virtudes política ancoradas no *ethos* de uma comunidade mais ou menos homogênea, integrada através de tradições culturais comuns³⁴¹.” Rousseau também não consegue exprimir o sentido da igualdade do conteúdo encerrado na pretensão de legitimidade do direito moderno, através das qualidades *lógico-semânticas* das leis gerais³⁴². Por isso, Habermas contesta asseverando

³³⁸ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 128.

³³⁹ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 134.

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. Ib. idem.

³⁴¹ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 135-136.

³⁴² HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 137. Na mesma página afirma: “A pretensão segundo a qual uma norma é do interesse simétrico de todos tem o sentido de uma

que, em última instância, a legitimidade do direito ampara-se “num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se em uma norma controvertida que encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos.”³⁴³

Por conseguinte, o almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente. Assim, Habermas explicita o equilíbrio que Rousseau e Kant tentaram atingir, pois,

As intuições normativas, que unimos aos direitos humanos e à soberania do povo, podem impor-se de *forma não-reduzida* no sistema dos direitos, se tomarmos como ponto de partida que o direito às mesmas liberdades de ação subjetivas, enquanto direito moral, não pode ser simplesmente imposto ao legislador soberano como barreira exterior, nem instrumentalizado como requisito funcional para seus objetivos. A co-originalidade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus discursos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica³⁴⁴.

Soberania do povo e direitos humanos são, portanto, indissociáveis, de modo que um constitui o outro, assim como a autonomia pública e privada não podem ser apartados, já que são co-originais (constituem-se simultaneamente).

A partir da noção de co-originalidade fica mais clara a relação entre direito e moral para Habermas. Essa *relação*, entretanto, não é de subordinação, mas de *complementaridade*³⁴⁵, porque as matérias jurídicas são *mais restritas* que o âmbito da moral, já que o direito se refere somente ao comportamento exterior (que é acessível e “coercível”); mas é, também, *mais*

aceitabilidade racional – todos os possíveis envolvidos deveriam poder dar a ela o seu assentimento, apoiados em boas razões. E isso só pode evidenciar-se sob as condições *pragmáticas* de discursos nos quais prevalece apenas a coerção do melhor argumento, apoiado nas respectivas informações.”

³⁴³ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 138

³⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 138-139.

³⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 139, ver também HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe; Milton Camargo Mota. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 296-298.

abrangente, porquanto – o direito – versa sobre os meios de organização do domínio político: i) não diz respeito só a conflitos de ação interpessoal, ii) mas, além disso, a cumprimentos de programas políticos, e iii) à demarcação política de objetivos; ademais, a regulamentação jurídica também é destinada a questões morais em sentido estrito; a questões pragmáticas; a questões éticas; e a acordos entre interesses conflitantes³⁴⁶. Ademais, os direitos jurídicos têm conteúdo moral, mas não podem ser interpretados como tal (como normas morais). Interpretar os direitos fundamentais como simples cópias de direitos morais resulta em uma representação platonizante³⁴⁷. Ora, normas de ação gerais derivam em regras jurídicas e morais, que, à luz do princípio do discurso, “o qual só coloca em relevo o sentido das exigências de uma fundamentação pós-convencional³⁴⁸”, só expressam que o direito e a moral são co-originais.

A partir desta diferenciação Habermas pode apresentar o princípio do discurso “D”³⁴⁹ que se refere às normas de ação em geral e pode ser expresso na seguinte formulação: **“são validas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.”**³⁵⁰ (negritamos). O princípio do discurso resulta de um desdobramento normativo do agir comunicativo e a partir desse princípio podem ser deduzidos outros dois princípios: o princípio “U” (de universalização – que funciona como um equivalente do princípio “D”, funcionando como regra de argumentação) e o princípio democracia, que é direcionado ao participante que é sujeito de direito.

Com efeito, à luz do princípio do discurso, pode-se fundamentar o princípio democracia, que “destina-se a amarrar um procedimento de

³⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro...**, p. 296-298.

³⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 141.

³⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 142.

³⁴⁹ Segundo o autor este princípio tem um conteúdo normativo, já que expressa o sentido de imparcialidade dos juízos práticos, e é tão abstrato que, apesar do seu conteúdo moral, consegue ser neutro em relação ao direito e à moral.

³⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 142. Complementa Habermas, na mesma página, que **“Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas.** E ‘discurso racional’ é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente.” (negritamos).

normatização legítima do direito³⁵¹". O princípio democracia diferencia-se do princípio moral em duas instâncias: na primeira, porque cada princípio possui níveis de referência diversos; na segunda, pois o princípio moral se estende a todas as normas de ação que são justificáveis com argumentos morais, já o princípio democracia é talhado na medida das normas jurídicas³⁵². O princípio democracia também é responsável por orientar o próprio *medium* do direito³⁵³.

Além disso, o princípio democracia resulta da interligação entre princípio do discurso e a forma jurídica, dele surge a gênese lógica de direitos. O princípio democracia constitui-se no núcleo do sistema de direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir reciprocamente; dele implicam direitos aos cidadãos enquanto destinatários de leis³⁵⁴; como autores³⁵⁵; e direitos decorrentes dos anteriores³⁵⁶.

Feitas estas considerações podemos analisar, rapidamente, algumas considerações feitas por Habermas sobre direito e política; para, em seguida, verificar como ele desenvolve o princípio da separação de poderes.

Nota-se que direito e política são inseparáveis. Por um lado, o Estado e o poder político são pressuposições necessárias ao direito; por outro, o direito constitui o poder político e vice-versa³⁵⁷. O direito é concebido como um *medium*, pois é, simultaneamente, a voz da administração e do sistema; e, a

³⁵¹ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 145, na mesma página continua Habermas: "Ele significa [o princípio democracia], com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. Por isso, o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio moral."

³⁵² HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 146.

³⁵³ Idem.

³⁵⁴ Enquanto destinatários as pessoas na condição de "sujeitos de direito" possuem: "(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*. (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros de direito; (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção judicial individual." HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 159.

³⁵⁵ Como autores as pessoas detêm: "(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.", HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 159.

³⁵⁶ "(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).", HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 160.

³⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 211.

expressão da formação coletiva da opinião e da vontade; pode expressar a facticidade da coerção estatal e a validade das normas legitimamente aprovadas. É um *medium*, ainda do ponto de vista interno ao direito, porque inunda o poder administrativo de fluxos de poder comunicativo, e, com isso, afasta o primeiro da pressão indevida do poder social (leia-se: grupos de pressão/interesse). Nesse sentido, o direito é um *medium* entre o sistema e o mundo da vida³⁵⁸.

A partir destas considerações, o princípio da soberania popular pode ser explicado, metaforicamente, com o vocábulo “charneira”, pois liga, concomitantemente, o sistema de direitos e a construção de um Estado de direito. Interpretado pela teoria do discurso, o princípio da soberania popular expressa que todo poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O poder político é orientado e legitimado pelas leis que os cidadãos criam para si, numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente³⁵⁹. Quando essa prática é destinada a resolução de problemas, sua força legitimadora advém do processo democrático que garante o tratamento racional das questões políticas. Tal processo exigiria uma discussão “cara a cara”; contudo, como não é possível que todos os cidadãos reúnam-se no nível de interações simples e diretas (isto é, pessoalmente, “cara a cara”), surge o *princípio parlamentar* como uma alternativa. Esse princípio, reconstruído, exige negociações equitativas no seio do parlamento e considerações simétricas entre os diversos interesses contrapostos, o que implica no *princípio do pluralismo político*. Mas o princípio da soberania popular requer também o *princípio da esfera pública autônoma* e o *princípio da concorrência entre os partidos*³⁶⁰.

Da interpretação do princípio da soberania popular à luz da teoria do discurso decorre: a) a *ampla garantia legal do indivíduo*, assegurada por uma justiça independente, da qual deriva a separação entre poder judiciário e poder legislativo, que se justifica: i) pela divisão do trabalho; e ii) pela diferença lógica

³⁵⁸ Do ponto de vista sociológico, o direito pode ser visto como um aspecto político da produção de um equilíbrio entre os três poderes da sociedade: dinheiro, poder administrativo e solidariedade, HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 190.

³⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 213.

³⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 214.

e argumentativa de fundamentação e aplicação³⁶¹; b) o *princípio da legalidade*, que para Habermas, é o sentido nuclear da separação dos poderes³⁶². A noção de reserva de lei, subjacente a ele pode atuar como *condições possibilitadoras*, na qual o poder administrativo é direcionado para a instalação, organização e aplicação do direito, ou; como *condições limitadoras*, quando a administração assume outras funções – fato esse que deve ser excepcional – como decorrência do *princípio da proibição de arbitrariedades no interior do Estado*³⁶³. Neste contexto, devem ser derivados os direitos de defesa dos cidadãos nas suas relações verticais com o Poder Executivo³⁶⁴, estes derivam de outros direitos já estabelecidos pelos cidadãos nas suas relações horizontais – isto é, com outros cidadãos; d) *a separação entre Estado e sociedade*, que tem como implicação a limitação da influência do poder social e dos diversos grupos de interesse em face do poder administrativo³⁶⁵.

Além disto, Habermas desenvolve sua compreensão do Tribunal constitucional e do controle de constitucionalidade, criticando uma auto-compreensão metodológica equivocada, que confunde normas e valores (referindo-se a teoria de Robert Alexy e a denominada “ponderação de princípios”)³⁶⁶, e estabelece a função do Tribunal constitucional em seu modelo

³⁶¹ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 215, 144 e 322-323.

³⁶² HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 216.

³⁶³ “Por isso, a autorização do executivo para a promulgação de normas jurídicas necessita de uma norma especial, conforme ao direito administrativo.”, HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 217.

³⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. Id. *Ibidem*.

³⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 219-220.

³⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 316-318. Robert Alexy responde algumas críticas feitas por Habermas no pós-fácio de sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Cf.: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 575-627. No contexto brasileiro, vale registrar as considerações tecidas por Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes, que diferenciam duas posições extremadas em relação ao controle de constitucionalidade: i) há autores que defendem um sistema puramente majoritário (sem nenhum temperamento contramajoritário, como um Tribunal Constitucional, por exemplo); ou, ii) há aqueles que defendem uma instituição contramajoritária para intervir ativamente nas questões da agenda política. Esta diferença não necessariamente se amolda a relação entre procedimento e substância no âmbito das teorias da democracia, pois a defesa de um modelo puramente majoritário não significa que determinado autor seja despreocupado com a proteção de direitos ou com a substância de justiça da democracia. SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner Mendes. Habermas e a Jurisdição Constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (org.). **Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 216 -220. As páginas 218-220, estes autores criticam a não compreensão da parte de Habermas do sentido adotado pelo Tribunal Constitucional alemão para a expressão “ordem concreta de valores”. Esta expressão é usada como um “conceito guarda chuva” o qual permitiu o desenvolvimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que teve grande impacto nas relações entre particulares; da mesma forma, possibilitou a exigência de organização e de procedimentos do Estado para direitos

de democracia: o Tribunal deve sempre procurar uma maior abertura e a implementação dessa concepção democrática³⁶⁷.

Após acompanhar o desenvolvimento do Direito do ponto de vista interno (de um participante), Habermas propõe um novo itinerário. No segundo volume de *Direito e Democracia*, Habermas pretende analisar, de um lado, a tensão externa entre o poder político e a autonomia política dos cidadãos (autodeterminação), e, de outro, a relação entre Direito e Democracia do ponto de vista externo (isto é, de um observador – não-participante)³⁶⁸.

Na primeira parada, Habermas explicita as deficiências das teorias empíricas e normativas da democracia³⁶⁹. Aponta, entre outras questões, que a própria facticidade social já possui inserida em si um conteúdo normativo que pode apontar caminhos para a emancipação. Na segunda parada trabalha a reconstrução dos processos políticos efetivos (na dimensão de uma sociologia política)³⁷⁰. Nesse ponto apresenta questões referentes à sociedade civil, à esfera pública e à opinião pública. Aqui, a esfera pública detém um papel central. Enraizada no mundo da vida, a esfera pública política tem uma dupla função: por um lado, funciona como uma “caixa de ressonância onde os

fundamentais que exigem prestações, além da imposição de um dever de proteção a tais direitos. Além disso, continuam, à p. 219: “uma ordem de valores concreta nunca foi criada e o próprio uso do termo ‘valor’ é, desde a década de 1970, cada vez mais raro na jurisprudência do Tribunal. (...) é possível dizer que a jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional alemão, que tanto preocupa Habermas, não passa de um mito.”

³⁶⁷ Habermas fundamenta esta ideia a partir da leitura que faz de John Hartb Ely (um “procedimentalista puro”) e da conjugação do debate norte-americano entre liberais e republicanos, especialmente, no caso do controle de constitucionalidade, utiliza as ideias de Cass Sunstein e Frank Michelman, de modo a articular uma concepção de Tribunal que possa estimular as condições da política deliberativa. HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 342 e ss, e, 350 e ss.

³⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. v. 2, p. 9-10.

³⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**...,v. 2, p. 10 e ss. Sobre as teorias que pressupõem um sujeito racional atuando conforme a lógica econômica, afirma: “A premissa segundo a qual os sujeitos particulares se envolvem numa eleição levados exclusivamente por interesses próprios tinha que ser esclarecida através de uma hipótese que logo se mostrou falsa, ou seja, a de que a taxa de participação não varia enquanto os eleitores têm a expectativa de poderem contribuir com o seu voto para decidir uma disputa apertada. Por isso, o modelo egocêntrico de decisão foi alargado com o auxílio do conceito ‘metapreferência’ e estendido a considerações auto-referentes, porém, éticas. No final de tudo, porém, evidências empíricas falavam contra todos os modelos que partem de uma base de decisão egocêntrica, por mais dilatada que seja, e que descuidam os contextos sociais da transformação de interesses e de orientações valorativas. Revisões recentes levam em conta, por exemplo, p efeito de filtro desenvolvido por arranjos institucionais, os quais funcionam como uma ‘lavanderia’, trazendo à tona argumentos normativos. Desta maneira, processos institucionalizados podem promover um agir político ‘responsável’.” HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p., p. 63, Vol II.

³⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p.42 e ss., e, 59 e ss.

problemas a serem elaborados pelo sistema político encontram eco.³⁷¹; porém, é necessário considerá-la sob outro aspecto, como um fenômeno social elementar que,

pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos.³⁷²

Habermas acredita na necessidade de uma formação de uma esfera pública (e de um espaço público) mobilizado, isto é, um espaço no qual onde há uma ampla circulação de mensagens que permitem a formação da opinião e da vontade. Além disso, a esfera pública mobilizada permite que se verifique a “qualidade” da opinião pública como grandeza empírica³⁷³, porque a opinião pública não se confunde com uma mera estatística sobre a opinião do público (das pessoas)³⁷⁴. As qualidades procedimentais do seu processo de criação funcionam como indicativo dessa grandeza. Além disso, a esfera pública mobilizada pode contribuir para a mudança das preferências das pessoas e para a mobilização das convicções dos diversos atores que atuam nessa esfera. Assim, a sociedade civil e os atores sociais em geral podem “inundar” a esfera pública com argumentos e temas que se transformam em poder comunicativo, e, em um sentido ascendente, forçam o sistema³⁷⁵ a dar uma resposta às problemáticas levantadas³⁷⁶.

Quando os temas e problemas não conseguem “inundar” a esfera pública e transbordar para o sistema, pode ocorrer que o sistema lance mão do Direito para cumprir os seus imperativos sistêmicos³⁷⁷. O direito, nesse caso, torna-se um mero instrumento de reprodução do sistema, despindo-se dos seus potenciais emancipatórios³⁷⁸.

³⁷¹ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 91, e páginas anteriores.

³⁷² HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 92.

³⁷³ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 94.

³⁷⁴ Idem.

³⁷⁵ Especialmente o sistema político-parlamentar que pode responder através do *medium* do Direito; que, nesse caso opera a comunicação entre as pretensões do sistema e do mundo da vida.

³⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 73 -122

³⁷⁷ Idem.

³⁷⁸ Ibidem Idem.

Na última parada Habermas esclarece que o fato de ser “formal” diferencia o paradigma procedimental do direito em relação aos anteriores³⁷⁹. Nesta estação, caracteriza a disputa política pelo sentido do próprio direito como um paradigma de compreensão da própria sociedade e de seu futuro³⁸⁰. Retoma, por fim, a ideia de Preuss, que concebe a *constituição como um processo de aprendizagem falível*, “através do qual uma sociedade vence, passo a passo, sua natural incapacidade para uma autodeterminação normativa.”³⁸¹

2.4. Crítica às concepções apresentadas

Convém, neste momento, tecer algumas considerações em relação às teorias apresentadas para que possamos pensar a democracia a partir da Constituição brasileira.

Schumpeter afirma que a democracia deve fomentar a competição entre elites que são selecionadas através do voto. Essa competição segue a mesma lógica da concorrência entre empresas capitalistas. Além disso, afirma que a vontade popular não existe, mas é fabricada.

Parece que para Schumpeter o eleitor é, praticamente, um “idiota”, que fica sentado na frente de uma televisão absorvendo como uma esponja aquilo que lhe é transmitido³⁸². Essa descrição parece tão irrealista como aquela do sujeito da escolha racional defendida por Elster. As críticas feitas ao sujeito “elsteriano” servem aqui portanto³⁸³.

De fato, Schumpeter pode ter razão ao afirmar que as pessoas tendem a discutir temas políticos como discutem temas como esportes, novelas ou

³⁷⁹ “O paradigma procedimental distingue-se dos concorrentes, não apenas por ser ‘formal’, no sentido de ‘vazio’ ou ‘pobre de conteúdo’. Pois a sociedade civil e a esfera pública política constituem para ele pontos de referência extremamente fortes, à luz dos quais, o processo democrático e a realização do sistema de direitos adquirem uma importância inusitada.” HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 189.

³⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 188-189; NOBRE, Marcos. Introdução. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (org.). **Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.32.

³⁸¹ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 189.

³⁸² GARGARELLA, Roberto. La república deliberativa de José Luis Martí. **Diritto & Questioni pubbliche**. Rivista di Filosofia del Diritto e cultura giuridica. Palermo, n. 9, p. 257-266, 2009.

³⁸³ Novamente, conferir no item 1.4., do capítulo anterior as avassaladoras críticas formuladas por Félix Ovejero, na sua obra “Incluso un pueblo de demonios” e as feitas por Habermas no item anterior.

filmes. Todavia, caberia questionar: “por quê?” as pessoas discutem a política ou a economia de uma maneira novelizada e maniqueísta. Parece bastante plausível que as pessoas não queiram se informar sobre política ou queiram participar de algum debate complexo, após trabalhar mais de oito horas e de ficar no mínimo duas horas no trânsito (entre ir e voltar do trabalho para casa). Sem contar as incontáveis tarefas domésticas que acabam tornando-se uma segunda jornada de trabalho em muitos casos³⁸⁴. Também não se questiona qual é o papel da mídia nesse processo. Será que ao tratar a política como se fosse uma novela ela não contribui para simplificar o mundo, levando-nos a crer que existem os “bons” de um lado e os “maus” de outro?³⁸⁵ Quem poderia se interessar em discutir questões que dizem respeito ao nosso ar, nossas águas, aos tributos que pagamos e aos serviços públicos que não são prestados se, logo depois do jornal, existe a novela e o futebol? E, afinal, a política não é igual à novela?

Desde logo notamos como a questão de mudanças das preferências não é importante para Schumpeter, já que o indivíduo é um “Zé” que só assiste à televisão esperando que alguma ideia lhe seja sugerida pela publicidade de algum partido.

Aliás, democracia é uma competição para formar uma elite. Uma competição que se assemelha àquela de qualquer associação comercial enfrenta. Aqui parece que Schumpeter exagera demais. Não é implausível afirmar que a democracia é um governo de elites. Não é completamente carente de sentido a afirmação de que sempre existiram elites que governavam e ampla maioria da população era governada, como diria Mosca³⁸⁶. Porém, disso não se infere que: i) a democracia deva ser isso (não seria uma aristocracia?); ii) que essa elite age da mesma maneira que uma empresa.

Ora, uma empresa tem uma finalidade certa: a busca de lucro. Um político, contudo, não age somente em busca de lucro³⁸⁷. Ainda que os teóricos

³⁸⁴ GARGARELLA, Roberto. Liberalismo frente al Socialismo. In: BÓRON, Atílio. **Filosofia Política Contemporânea**. Buenos Aires: Clacso; São Paulo: USP, 2006, p. 100-105.

³⁸⁵ Sobre o tratamento da política pelos meios de comunicação no Brasil como se fosse uma novela, cf.: SOUZA, Jessé. **A Ralé Brasileira: Quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

³⁸⁶ MOSCA, Gaetano. **La Clase Política**. Trad.: Marcos Lara. México: Fondo de Cultura, 1992.

³⁸⁷ Sobre esta noção de lucro, cf.: RICARDO, David. **Princípios de Economia Política e Tributação**. Trad.: Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985,

econômicos da democracia acreditem nisso, sabemos que esta transposição do raciocínio econômico para o político não é tão fácil. Afinal, qual é o lucro do político profissional? Mais poder? Como se mede esta grandeza? Pelo número de verbas que ele consegue destinar para seu “reduto eleitoral”? Ou pela quantidade de vezes que ele é reeleito? Fica evidente que essa assimilação não resiste a um raciocínio mais cauteloso.

A exposição de Schumpeter ignora simplesmente as possíveis relações entre direito, moral e política. Para ele, as preferências são constituídas pelo representante no momento em que ele é eleito. Esta visão pobre da democracia tem uma postura completamente indiferente em relação aos arranjos institucionais, parece que não há diferença alguma se o país é uma república ou uma democracia, se é presidencialista ou parlamentarista, etc. Em relação ao parlamentarismo, aliás, Schumpeter parece ignorar as diferenças entre os diversos regimes. Isto é muito grave. Existem inúmeros estudos de ciência política que demonstram a diferença que os arranjos institucionais podem apresentar nas democracias. A teoria schumpeteriana simplesmente ignora isto. Essa concepção de democracia é muito pobre e com certeza não passa no filtro da Constituição brasileira que faz exigências muito elevadas em matéria democrática.

Passemos ao segundo grupo de teorias. Em primeiro lugar, podemos destacar algumas proximidades, Nino e Habermas articulam teorias complexas. Outra semelhança é a profunda influência de Kant e Rousseau, mas, sobretudo de Kant, em especial para Carlos Santiago Nino. A preocupação com a democracia deliberativa e com a constituição de sociedades mais justas também poderia ser destacada como outro ponto convergente. Além disso, há convergências nas ideias de que as decisões sobre questões públicas devem ser precedidas de um amplo debate coletivo sobre o tema, no qual qualquer

(col. Os Economistas); FURTADO, Celso. **Teoria e Política do desenvolvimento econômico**. 8ª ed. São Paulo: Editora Nacional, 1983; MARX, Carlos. **El Capital: Crítica de la economía política**. Trad.: Wenscelao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, vol. III; MARX, Carlos. **El Capital: Crítica de la economía política**. Trad.: Wenscelao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, vol. I. E do próprio Schumpeter: SCHUMPETER, Joseph A. **A Teoria do Desenvolvimento Econômico: Uma Investigação Sobre Lucro, Capital, Crédito, Juro E O Ciclo Econômico**. 2ª ed. Trad.: Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1985, (col. Os Economistas).

pessoa que pode ser afetada pela decisão tem condições de se manifestar sobre o tema (o que o Habermas chama de “princípio do discurso”)³⁸⁸.

Não obstante, é necessário fazer algumas críticas. A teoria de Nino tem como deficiências: i) o papel excessivamente abrangente da moral, já que cabe a essa possibilitar/facilitar a resolução de conflitos intersubjetivos³⁸⁹; Habermas poderia objetar que isso levaria a um enfraquecimento da moral, visto que não seria possível diferenciá-la da política em uma série de ocasiões. Nino poderia responder que é justamente essa a sua intenção: vincular a moral e a política. Habermas poderia respondê-lo mais uma vez, dizendo que esta vinculação só é possível em sociedades tradicionais nas quais não houve a separação entre sistema e mundo da vida (ou, o “desacoplamento estrutural”).

Isso levaria a um segundo ponto, mais problemático: ii) o papel dos direitos *a priori* na teoria de Nino restou muito ambíguo, porquanto em pelo menos duas ocasiões ele afirma que tais direitos seriam como condições “*a priori*” no sentido kantiano do termo³⁹⁰, o que, como sabemos é algo completamente transcendental, isto é, metafísico³⁹¹. Com isso, Nino expressa seu compromisso com o liberalismo (sobretudo kantiano), segundo o qual existem direitos indisponíveis e anteriores ao processo democrático, aqui,

³⁸⁸ Como bem nota Roberto Gargarella estes dois pontos são comuns a maioria das concepções sobre democracia deliberativa, qual seja, primeiro, que as decisões públicas devem ser adotadas após um amplo processo de discussão coletiva; segundo, o processo deliberativo requer a intervenção de todos os afetados (ainda que potencialmente) pela decisão a ser tomada. Estes são dois pontos fundamentais para a democracia deliberativa. GARGARELLA, Roberto. La Democracia Deliberativa y sus presuntas paradojas. In: JARAMILLO, Leonardo García. La democracia deliberativa a debate. **Cuadernos de Investigación**, Medellín, p. 137-148, 2011, p. 138.

³⁸⁹ NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**..., p. 97 e ss.

³⁹⁰ Explicitamente: “32. Eles pode ser associados com os juízos *a priori* kantianos a cujo conhecimento se acessa por meio de um método transcendental de investigação das precondições do conhecimento empírico. Estes direitos são reconhecidos por serem pré-condições para o conhecimento do resto da moralidade intersubjetiva, incluindo outros direitos.”, e: “17. Existe uma certa analogia entre esta determinação dos direitos *a priori* e o método transcendental através do qual Kant determinou a verdade das proposições sintéticas *a priori* que não são alcançáveis pela observação empírica senão pela identificação daquelas condições de observações empíricas.” NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**, respectivamente p. 201 e 294.

³⁹¹ Cf. o sentido de “*a priori*” na obra de Kant em geral: PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007, em sua teoria moral, cf.: KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In: Kant. Vol. II, Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril, 1980, p. 121-122, (col. Os Pensadores).

“flerta” com certa posição jusnaturalista. Neste ponto, falta a Nino o que Habermas faz ao “destranscendentalizar” Kant³⁹².

Todavia, poderiam nos contestar que só foi tratada de uma aceção dos direitos *a priori*, o que não justificaria falar em “ambiguidade”³⁹³. Há ambiguidade porque em alguns momentos da obra (sobretudo “*La Constitución de la Democracia Deliberativa*”) Nino afirma que os direitos *a priori* seriam inerentes ao processo de discussão moral e da argumentação prática moral em geral. Neste ponto ele se aproxima de Robert Alexy e de Habermas, que sustentavam um raciocínio nessa linha antes da publicação de “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”. Há autores que inclusive acreditam que esta seria a saída para o “paradoxo de Eutífron”³⁹⁴; outros, no entanto, acreditam que esse paradoxo é insolúvel³⁹⁵. Sabemos que essa não é posição de Habermas, pois para ele direitos fundamentais (ou humanos) e a soberania popular são co-originais, o que dissolveria o paradoxo. A partir de certa leitura de Nino, privilegiando as condições inerentes ao discurso prático e enfatizando um possível carácter “co-original” dos direitos *a priori*, é possível defender este

³⁹² “‘Destranscendentalizar’ Kant significa abrir mão da ideia de que há princípios (exigências lógicas, critérios, categorias), *a priori*, invariáveis, presentes em todo ato de conhecer, que constituiriam a estrutura cognitiva do sujeito e garantiriam o alcance universal e incondicional do conhecimento. O mesmo alcance seria assim garantido, também, na esfera da ‘razão prática’, no que se refere às normas de conduta, moral e política.”, p. 31. SOUZA, José Crisóstomo de. Introdução aos debates Rorty & Habermas: Filosofia, pragmatismo e democracia. In: SOUZA, José Crisóstomo de (org.). **Filosofia, Racionalidade, Democracia: Os debates Rorty & Habermas**. São Paulo: Unesp, 2005. Na mesma obra afirma Habermas que: “Nós percebemos a abordagem pragmatista de Peirce como uma promessa de salvação dos *insights* kantianos, numa veia destranscendentalizada mas analítica.” HABERMAS, Jürgen, p. 236.

³⁹³ Parece que Miguel Nogueira de Brito nota esta ambiguidade, contudo, vacila em enunciá-la, “Na verdade, não se se compreende como podem os princípios morais sustentar a obrigatoriedade de normas jurídicas e, ao mesmo tempo, serem subsidiariamente aplicáveis em face das indeterminações destas.” BRITO, Miguel Nogueira de. **A Constituição Constituinte: Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 444

³⁹⁴ O dilema de Eutifrón coloca a questão: Fulano é piedoso se e somente se é amado pelos deuses. De um lado Sócrates afirma que “fulano” é piedoso se é amado; de outro, Eutifrón afirma que: se fulano é amado é piedoso. José Moreso retoma o dilema de Eutifrón formulado por Platão, para colocar a seguinte questão: a decisão é correta porque cumpriu as condições ideais (como quer o construtivismo), ou “porque um ato é correto é que seria eleito por seres humanos em condições ideais”? Como quer o realismo em matéria moral? MORESO, José Juan. El constructivismo Ético y el Dilema de Eutifrón. ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto; ROSENKRANTZ, Carlos F (coord). **Homenaje a Carlos S. Nino**. Buenos Aires: La Ley, Facultad de Derecho, UBA, 2008, p. 13.

³⁹⁵ MARTÍ, José Luis. Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de lademocracia deliberativa) em Carlos S. Nino. ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto; ROSENKRANTZ, Carlos F (coord). **Homenaje a Carlos S. Nino**. Buenos Aires: La Ley, Facultad de Derecho, UBA, 2008, p. 307-324.

posicionamento, apesar das inúmeras ambiguidades na obra de Nino no tocante a esse assunto³⁹⁶.

Poderia se objetar a Habermas a não compreensão do uso da expressão “ordem concreta de valores”, meramente como metáfora, ou como um conceito guarda chuva, e não no sentido de uma defesa de uma eticidade, ou de valores metassociais (transcendentais)³⁹⁷.

Além disso, outra questão é problemática. Em “Direito e Democracia”, procede-se um hercúleo trabalho de reconstrução do direito e da democracia contemporâneos, resultando disto uma profunda descrição com enorme capacidade explicativa das sociedades contemporâneas. Todavia, Habermas parece tímido em suas propostas normativas. Suas propostas em termos de desenhos institucionais possíveis é quase uma fotografia das instituições existentes nas sociedades modernas³⁹⁸.

Algum defensor da teoria do discurso poderia responder que, como teoria crítica que é, a proposta habermasiana procura explicitar os potenciais emancipatórios inscritos na realidade a partir do diagnóstico de tempo que a própria teoria realiza, portanto ela não é “tímida”, nem utópica. É crítica³⁹⁹. Não obstante a plausibilidade dessa defesa, não se justifica a falta de criatividade em termos institucionais da proposta habermasiana. Algumas questões são até bastante contra-intuitivas, por exemplo, a dedução do princípio parlamentar como consequência óbvia do princípio democracia. Não se compreende porque representantes deveriam ser mais confiáveis que as próprias pessoas (como autores e destinatários de normas) para legislar. A proposta de arranjo institucional feita por Nino nesse ponto é superior. É muito mais intuitivo

³⁹⁶ Entendo, porém, que alguém que queira sustentar a “co-originalidade” também na obra de Nino deve desenvolver um esforço argumentativo grande, porquanto ela não está explícita como na obra de Habermas, pelo contrário, é necessário argumentar contra duas afirmações do autor quanto ao caráter *a priori* dos direitos. É importante lembrar que Habermas tece críticas a “tese do caso especial” defendida por Alexy e incorporada por Nino. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**..., v. 1, p. 287-291.

³⁹⁷ Cf. nota 366 acima.

³⁹⁸ Afirma Habermas, “Não me deterei numa doutrina constitucional comparada, nem numa análise política das instituições; ao invés disso, tentarei descobrir as pontes que permitem passar dos modelos normativos de democracia para os das teorias sociais da democracia, e vice-versa.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. v. 2, (col. Biblioteca Tempo Universitário, n. 102), p. 10.

³⁹⁹ “Não pretendo desdobrar essa questão seguindo o modelo de uma *contraposição* entre ideal e realidade, pois o conteúdo normativo, evidenciado pelas reconstruções iniciais, está inserido parcialmente na facticidade social dos próprios processos políticos observáveis.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**..., v. 2, p. 9.

pensarmos à luz da noção de democracia deliberativa (que aproxima os dois autores) que a representação é “um mal necessário”, do que o contrário⁴⁰⁰. Pensar o contrário é reforçar a realidade pouco inspiradora da representação política. Destarte, constatamos um déficit normativo na teoria habermasiana. O mesmo pode ser afirmado em relação a outras questões: por exemplo, apesar de Habermas enfatizar a questão do Tribunal Constitucional, que é fundamental, trata muito pouco de outras questões tipicamente constitucionais, como a Federação, o sistema de governo, regulamentação do jogo eleitoral, etc. Além disso, é difícil compreender como um autor radicalmente comprometido com a democracia consegue defender que juízes devem ser competentes para discutir questões constitucionais controversas. Ainda que os magistrados do Tribunal constitucional “só” cuidem das condições procedimentais do processo democrático, não fica claro porque eles devem fazê-lo e não você, eu, o próprio Habermas ou qualquer outra pessoa⁴⁰¹.

É difícil compreender porque Habermas negligencia importantes aspectos do desenho institucional (como a Federação, o sistema eleitoral) das democracias contemporâneas. Tais instituições são tão importantes quanto o Parlamento ou um Tribunal Constitucional para assegurar os direitos fundamentais e os espaços democráticos para os cidadãos.

O novo paradigma do direito proposto por Habermas pretende ser formal⁴⁰², e neutro em relação aos ideais de vida boa (isto é, almeja não se vincular a ideais de vida boa)⁴⁰³. Isso, porém, é impossível. Toda teoria, todo

⁴⁰⁰ Por isso é incoerente com a concepção de democracia deliberativa defendida neste trabalho a ideia de que o representante não possui vinculação alguma em relação ao seu eleitor, como sustentava Edmund Burke. A posição burkeana parece ter adeptos no direito público brasileiro, cf.: SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

⁴⁰¹ Nesse sentido, cf: WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford, 2004, e, GARGARELLA, Roberto. **Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras**. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004 (col. Clave para todos), p. 68-87.

⁴⁰² “O paradigma procedimental distingue-se dos concorrentes, não apenas por ser ‘formal’, no sentido de ‘vazio’ ou ‘pobre de conteúdo’. Pois a sociedade civil e a esfera pública política constituem para ele pontos de referência extremamente fortes, à luz dos quais, o processo democrático e a realização do sistema de direitos adquirem uma importância inusitada.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia...**, v. 2, p.189.

⁴⁰³ “Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do [*sic*, de] direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los.”, HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia...**, v. 2, p. 190

arranjo institucional e qualquer prática pressupõem, ainda que implicitamente, algum ideal de sujeito que é estimulado a agir conforme esta concepção⁴⁰⁴. No mundo capitalista, por exemplo, de nada adianta a pessoa participar da política, indo a discussões, seminários, manifestando-se na imprensa; se não tiver meios para satisfazer as suas necessidades mais básicas, tais como: alimentação, moradia, vestuário, higiene. O sistema capitalista não é nada neutro em relação a isso.

Quando a teoria do Habermas pretende ser neutra em relações a formas de vida boa, ela peca porque concede injustificadamente muita força ao *status quo* do mundo capitalista. O *status quo* é só o que está aí, mas não significa de modo algum que ele mereça um tratamento diferenciado por isso⁴⁰⁵. “O princípio da inércia” não se aplica a questões sociais tão facilmente. Nem sempre as pessoas deixam de mudar as situações “só” porque não querem.

Um ponto comum de crítica a Habermas e Nino é a relação entre democracia, direito e capitalismo. Este tema é analisado marginalmente na obra de Nino⁴⁰⁶. Quando o autor discorre sobre a apatia política e a questão da obrigatoriedade do voto, destaca uma passagem de Karl Polanyi que explicita o possível conflito entre propriedade privada e democracia. Relata Nino que o estabelecimento do sufrágio universal na Argentina desafiou os interesses das elites econômicas o que, entre outros motivos, resultou em uma série de golpes de Estado. Ora, a relação entre capitalismo e democracia é mais complexa⁴⁰⁷. Se em um primeiro momento a democracia desafiava o capitalismo, pode-se dizer que hoje essa relação ainda é tensa (a economia se nega a ser regulamentada), mas é indissociável, como muito bem explicitada por

⁴⁰⁴ SANDEL, Michael J. **Public Philosophy: Essays on Morality in Politics**. Cambridge; London: Harvard, 2005; SANDEL, Michael J. **Democracy's Discontent: America in search of a public philosophy**. Cambridge; London: Harvard, 1996; no Brasil seguindo as ideias de Charles Taylor: SOUZA, Jessé. **A Construção Social da Subcidadania: Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica**. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006. 1ª ed. de 2003. No âmbito do discurso constitucional afirmando a impossibilidade da neutralidade em relação às formas de vida, cf.: GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo y privacidad. In: GARGARELLA, Roberto (coord.). **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Tomo II. Derechos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 795.

⁴⁰⁵ GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo *versus* Democracia: In: GARGARELLA, Roberto (coord.). **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Tomo I. Democracia. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 37.

⁴⁰⁶ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 92-93, 218-219, 224-227.

⁴⁰⁷ É possível intuir que Nino soubesse disto, porém, como é comum aos liberais, mesmo aos igualitários, parece que ele “esquece” de criticar ao sistema econômico.

Habermas com a noção de “sistema”. Mercado e o Estado estão vinculados, às vezes em uma relação de auxílio mútuo; às vezes disputando recursos escassos⁴⁰⁸.

Habermas, por outro lado, preocupa-se em analisar a relação entre capitalismo, democracia e os direitos. E o faz articulando uma visão bastante complexa do direito, que demonstra as diversas ambiguidades que o direito como *medium* desempenha nas sociedades contemporâneas. O direito pode contribuir para a emancipação, como pode contribuir para dominação. No entanto, a ideia de sistema que ele defende neutraliza a dominação exercida, de modo a apresentar os imperativos sistêmicos como externos ao mundo da vida que se confronta com as identidades individuais. Ora, tanto Habermas como Nino não expressam o fato de que nas sociedades modernas – capitalistas – as diversas instituições e práticas sociais possuem implicitamente uma concepção do que é bom, do que deve ser seguido. Isso se reflete na prevalência de algumas profissões em detrimento de outras, e dentro do mesmo segmento profissional, entre as diversas carreiras ou pessoas⁴⁰⁹. Se todos são profissionais da mesma área, por que alguns são mais valorizados pelo seu trabalho e outros não?

Além disso, pode-se criticar também: quais condições são necessárias ao autogoverno coletivo? Além de direitos e de uma inovação institucional, não seria necessário re-pensar outras instituições econômicas que fortaleçam a democracia? ⁴¹⁰ Que condições econômicas exigem o autogoverno coletivo⁴¹¹?

⁴⁰⁸ Não se quer com isto afirmar que a democracia se resume a dimensão do Estado ou do mercado. Mas é importante destacar a relação entre os dois, como faz Habermas. Sobre o tema conferir: DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. Trad.: Beatriz Sidou. Brasília: Unb, 2001, p. 183-199; OFFE, Claus. **Problemas Estruturais do Estado Capitalista...**, p. 236 e ss; PRZEWORSKI, Adam. **Qué esperar de la democracia: Límites y posibilidades del autogobierno**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010, p. 139-164; PRZEWORSKI, Adam. **Estado e Economia no Capitalismo**. trad. Argelina Cheibub Figueiredo; Pedro Paulo Zahluth Bastos. Rio de Janeiro: Dumará, 1995, p. 144.

⁴⁰⁹ SOUZA, Jessé. **A Construção Social da Subcidadania: Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica**. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006. 1ª ed. de 2003, p. 24. “[imperativos sistêmicos] eles são componentes desta mesma identidade e são produzidos e adquirem eficácia precisamente por conta disto. Os imperativos sistêmicos são objetivos coletivos que se tornaram autônomos, e o desafio, ao invés de neutralizá-los como faz a perspectiva sistêmica, é precisamente reivindicá-los.”

⁴¹⁰ Os dois autores tratam somente da questão dos direitos sociais, porém reduzir esta questão à problemática dos direitos sociais é um tanto quanto empobrecedor, visto que tais direitos demandam a alocação de recursos escassos produzidos pela sociedade e extraídos pelo Estado. Enquanto que as questões colocadas são mais amplas e referem-se ao funcionamento da economia como um todo.

Afinal, quantas horas do dia são gastas trabalhando? Quantas horas restam para o lazer, para descansar, para participar da política? Após um dia inteiro de trabalho quanto tempo é possível dedicar-se a questões que dizem respeito à vida da comunidade em que se vive?

Antes de responder tais questões é necessário refletir sobre a democracia deliberativa à luz da Constituição brasileira, e vice-versa.

⁴¹¹ SANDEL, Michael J. **Public Philosophy**: Essays on Morality in Politics. Cambridge; London: Harvard, 2005, p. 9 e ss, e, SANDEL, Michael J. **Democracy's Discontent**: America in search of a public philosophy. Cambridge; London: Harvard, 1996, também GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo versus Democracia*: GARGARELLA, Roberto (coord.). **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Tomo I. Democracia. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 22-40; GARGARELLA, Roberto. **Crítica de la Constitución**: sus zonas oscuras. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004, p. 89 e ss. A relação entre direito e economia não pode se resumir ao âmbito do Direito comercial e econômico, ou da análise econômica do direito. Devemos procurar que as instituições econômicas e políticas sejam justas. Esse desafio legado por Rawls ainda precisa ser enfrentado. Há no pensamento político e jurídico brasileiro algumas propostas nessa linha, como: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999; VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Para conferir o "desafio rawlsiano", ver: RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 4 e ss.

CAPÍTULO 3. CONCEPÇÃO DE DEMOCRACIA ADOTADA

3.1. Desenho constitucional da democracia brasileira

Após a análise de diversas concepções de democracia é imprescindível, neste momento, verificar qual é o desenho constitucional plasmado na Constituição. Por isso é necessário analisar as disposições constitucionais que perfazem o traçado da democracia brasileira. Proceder dessa maneira não significa afirmar que a Constituição é só um texto impresso em um livro⁴¹², tampouco exprime a ideia de que um viés normativo pode, exclusivamente, dar conta da complexidade do constitucionalismo e da democracia brasileira⁴¹³. Não é disto que se trata. É necessário um parâmetro para que se possam comparar as diferentes concepções expostas. O texto constitucional afigura-se em um ponto de partida relativamente seguro⁴¹⁴, pois é um texto público e dotado de legitimidade⁴¹⁵. Assim, as disposições constitucionais podem ser usadas como verdadeiras lentes através das quais será lançada luz sobre as diversas concepções. É possível, portanto, fazer a filtragem das teorias à luz da

⁴¹² Ora, a Constituição não se reduz a um texto (impresso ou digital), pois, conforme defende Carlos Santiago Nino, o texto constitucional representa só uma das dimensões da Constituição, as práticas dos diversos atores da comunidade também constituem (fazem parte da) a Constituição. Nisso, há coincidência das interpretações de Nino e de Peter Häberle, para mais detalhes, cf. sobre Nino: *supra*, item 2.3.1; e, sobre Häberle: HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2007; HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: 2002. Porém, é importante ressaltar que isto não implica a negação do texto constitucional, já que ele é uma dimensão fundamental para que se desenvolva a normatividade constitucional, mas, sozinho, não representa em toda extensão o que se expressa com o vocábulo “Constituição”.

⁴¹³ “É evidente que a Constituição pode ser estudada a partir de variados ângulos e múltiplas perspectivas.(...)” Em rodapé prossegue o autor: “A economia, a sociologia, a ciência política, a ciência da linguagem, a história, e a filosofia podem, a partir de seus específicos conceitos e métodos, estudar a Constituição.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 21. Sob o enfoque empírico, pode-se consultar a seguinte coletânea: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.) **A Democracia Brasileira: Balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

⁴¹⁴ “Relativamente seguro” porque as disposições constitucionais são um texto, e, como todo texto, estão sujeitas a interpretação.

⁴¹⁵ Apesar de alguns críticos contestarem a legitimidade da Constituição, é inegável que se trata da Constituição mais legítima – e democrática– da história brasileira (o que não implica em negar alguns problemas que ocorreram antes e durante a sua redação). Cf.: CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: O longo Caminho**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 199 e ss.

Constituição⁴¹⁶. Como já conhecemos algumas visões sobre o constitucionalismo e a democracia, precisamos verificar as disposições constitucionais relativas ao tema, para que adotemos uma concepção adequada à Constituição brasileira.

Para identificar quais disposições constitucionais dizem respeito à democracia devemos fazer algumas perguntas: de quem é o poder? Como ele está arranjado? Existem representantes e representados? De que maneira eles são investidos nos seus cargos? Qual a forma de governo? E o sistema de governo, qual é? Existe pluralismo político? Há instâncias de participação popular na gestão da *coisa pública*? Como se estrutura o sistema eleitoral e partidário? Há liberdade de expressão? Como ela está arranjada?⁴¹⁷

Passemos, então, a uma breve identificação e descrição de dispositivos que estabeleçam o desenho da democracia brasileira.

A pedra fundamental da democracia brasileira está expressa no parágrafo único do art. 1º da CF, segundo o qual “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” O princípio da soberania popular, prescrito como fundamento da República (art. 1º, inc. I) se estende ao longo dos enunciados constitucionais. Segundo tais enunciados, há representantes com mandato por tempo determinado, que pode variar entre quatro a oito anos. São de quatro anos os mandatos de vereador (art. 29, inc. I), deputados estaduais (art. 27, § 1º), distritais (art. 32, § 2º) e federais (art. 44, parágrafo único); de prefeitos (art. 29, inc. I); de governadores (art. 28) e do Presidente da República (art. 82). Os senadores possuem um mandato de oito anos (art. 46, § 1º). Todos os representantes citados são investidos pelo voto popular em seus cargos. Num plebiscito, realizado em 1993, a população escolheu (o art. 2º, do ADCT previa

⁴¹⁶ Sobre a filtragem constitucional, cf.: SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4. outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 03/05/2009.

⁴¹⁷ Sobre a importância dos diversos critérios subjacentes a estes questionamentos para a noção de e identificação da democracia, pode-se consultar: FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; FIGUEIREDO, Marcus. **O Plebiscito e as formas de governo**. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1993; PRZEWORSKI, Adam. **Qué esperar de la democracia**: Límites y posibilidades del autogobierno. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Sistemas Eleitorais**: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1999; DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. trad. Beatriz Sidou. Brasília: Unb, 2001; MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.) **A Democracia Brasileira**: Balanço e perspectivas para o século 21. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

sua realização) como forma de governo a República (art. 1º, e 34, inc. VII, “a”), e o sistema de governo Presidencialista (art. 76-86).

O pluralismo é outro traço que se sobressai na democracia brasileira. Ele é consagrado em diversos trechos da Constituição, do *Preâmbulo* ao art. 1º, inc. V, que prescreve o pluralismo político; dispõe igualmente sobre a pluralidade de opiniões (art. 5º, inc. IV e IX); sobre a liberdade de associação (art. 5º, inc. XVII); sobre o pluralismo de partidos políticos – o “pluripartidarismo” – (art. 17); e o pluralismo econômico da livre iniciativa e da livre concorrência, (art. 1º, inc. IV, art. 170, *caput* e inc. IV); de ideias e concepções pedagógicas (art. 206, inc. III); o pluralismo cultural (art. 215 e 216); e dos meios de comunicação de massa (art. 220, *caput* e § 5º).

O sistema eleitoral é proporcional para os cargos do Poder Legislativo (art. 45; art. 32, § 2º; art. 27, § 1º), à exceção da eleição para o Senado, que se faz seguindo o princípio majoritário (art. 46). O princípio majoritário rege as eleições para os chefes do Poder Executivo nos três níveis de governo: municipal (art. 29, inc. II); estadual (art. 28) e federal (art. 77, § 2º). Os partidos políticos são protagonistas da democracia brasileira, afinal, além de desempenharem diversas funções nas casas legislativas (para a composição das mesas, comissões, etc.)⁴¹⁸; nenhum cidadão poderá se eleger a cargo representativo se não possuir filiação partidária (art. 14, § 3º, inc. V).

Outros traços também exprimem algumas peculiaridades da democracia brasileira. O primeiro deles é a liberdade de expressão. A liberdade de expressão no Brasil possui um regime constitucional diferenciado que imprime uma série de balizas ao seu exercício. Ao contrário de outros países, como os Estados Unidos, cuja Constituição, tipicamente liberal, prevê que o “Congresso não poderá fazer leis (...); ou restringindo a liberdade de expressão, ou de imprensa⁴¹⁹”; a Constituição brasileira institui um regime complexo que a robustece e ao mesmo tempo delinea limites ao seu exercício. Estabelece que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (art. 5º, inc. IV); é livre a expressão de atividade artística, científica e intelectual

⁴¹⁸ Cf.: composição das mesas e de cada Comissão: art. 58, § 1º.

⁴¹⁹ **U. S. CONSTITUTION:** And Fascinating Fact About It. 17 ed. 30 reimpr. Naperville: Oak Hill, 2008, p. 45. Sobre a liberdade de expressão no contexto estado-unidense, cf: STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis Michael; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V.; KARLAN, Pamela S. **Constitutional Law**. 5 ed. New York: Aspen, 2005, p.1049-1484.

independentemente de licença ou censura (art. 5º, inc. IX); mas é também assegurado o direito à resposta (art. 5º, inc. V); a proteção do direito à intimidade, à honra, à imagem e à vida privada, bem como a indenização por dano decorrente de sua violação (art. 5º, inc. X); é assegurado a todos o acesso a informação, resguardado o sigilo da fonte (art. 5º, inc. XIV). Além dessas disposições, a Constituição dedicou um capítulo específico para a Comunicação Social, que disciplina questões como a propaganda de produtos como o tabaco, bebidas alcoólicas (§ 4º, do art. 220); versa sobre a renovação da concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 223) – logo, trata-se de um serviço público e não de uma atividade meramente empresarial⁴²⁰; impõe princípios à programação de emissoras de rádio e televisão (art. 221), bem como limites à propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão (art. 222); institui o Conselho de Comunicação Social (art. 224) e proíbe que os meios de comunicação sejam objeto de monopólio ou oligopólio (art. 220, § 5º). Não é possível analisar o regime (jurídico) do direito fundamental à liberdade de expressão sem considerar tais disposições⁴²¹.

Finalmente, outro caráter distintivo da democracia brasileira é a ênfase dada pela Constituição à participação popular na gestão do Estado⁴²². O povo brasileiro não é coadjuvante da sua história desde 1988. A Constituição destina inúmeros dispositivos à participação popular, por isso os representantes não são os únicos porta-vozes dessa vontade⁴²³. Foram instituídas formas de participação direta na (con)formação da vontade estatal⁴²⁴, como o plebiscito

⁴²⁰ Sobre a distinção entre serviço público e atividade econômica, cf.: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 103-105; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 660-666.

⁴²¹ Pode-se compreender a imunidade tributária de que gozam materiais impressos (art. 150, VI, “d”) como uma das formas de proteger e consagrar a liberdade de expressão.

⁴²² A Constituição contempla a eleição de representantes em empresas estatais com mais de duzentos empregados, conforme prescreve o art. 10.

⁴²³ Na Argentina, pelo contrário, a Constituição em seu art. 22 dispõe: “O povo não delibera nem governa, senão por meio dos seus representantes e autoridades criadas pela Constituição.”

⁴²⁴ Alguns autores referem-se ao plebiscito, ao referendo, a iniciativa popular de lei, dentre outros, como instrumentos de “democracia direta”. Como ficará claro adiante, no contexto do presente trabalho, essa expressão será evitada por encerrar em si um tom pleonástico. Ora, se a essência da democracia é o autogoverno soa de modo estranho referir-se à “democracia direta” e “democracia indireta” (em verdade, a democracia representativa, ou democracia liberal). Ainda que estas expressões sejam consagradas no âmbito jurídico-político elas podem dar a falsa impressão de que “Democracia” é somente a democracia

(art. 14, inc. I; art. 18, §§ 3º e 4º); o referendo (art. 14, inc. II); a iniciativa popular de lei (art. 14, inc. III; art. 29, inc. XIII; art. 61, § 1º); a ação popular (art. 5º, inc. LXXIII)⁴²⁵, julgamento pelo júri (art. 5º, inc. XXXVIII); disponibilidade de acesso às contas dos Municípios aos contribuintes (art. 31, § 3º); na Administração Pública (art. 37, § 3º); a possibilidade de denúncias ao Tribunal de Contas da União por qualquer cidadão, partido, associação ou sindicato (art. 74, § 2º); a participação na gestão da seguridade social (art. 194, § único, inc. VII); a participação no planejamento da política agrícola (art. 187); a participação na formulação das políticas e no controle das ações de assistência social (art. 204, II); a gestão democrática do ensino público (art. 206, inc. VI); na proteção do patrimônio cultural (art. 216, § 1º) e na composição do Conselho de Comunicação Social (art. 224).

Feito este panorama das disposições constitucionais, pode-se verificar qual concepção de democracia afigura-se mais ajustada com a Constituição. É possível, também, interpretá-las à luz das considerações delineadas e do instrumental que possuímos. É o que faremos no próximo item.

3.2. Modelo de democracia adotado

Após o exame do texto constitucional, podemos afirmar que a democracia brasileira se baseia na ideia de que o poder emana do povo, que pode exercê-lo diretamente ou através dos seus representantes. O Brasil é uma República presidencialista e federativa. Várias disposições disciplinam o regime constitucional da liberdade de expressão e a proteção ao pluralismo (político e cultural).

Estabelecido o traçado constitucional da democracia brasileira, podemos verificar que a concepção de Schumpeter é pouco, ou nada, compatível com o

representativa, sendo os instrumentos de participação popular um “*plus*”/“algo a mais” que vem complementar a democracia, quando, na verdade, deveria se questionar justamente o contrário.

⁴²⁵ Comentando esse inciso do artigo 5º, assinala Roque CARRAZZA: “O cidadão tem iniciativa, pois, para pugnar pela anulação de qualquer ato governamental que considere detrimetoso a estes bens e valores, que, afinal de contas, existem para seu bem-estar. Os governantes não podem agir para si (*pro domo sua*), mas em nome e por conta do povo, a quem devem constante satisfação. São meros gestores da coisa pública.” CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 62.

texto constitucional, isto é, ela dificilmente passaria no teste da filtragem constitucional; já que a Constituição traz uma noção de democracia complexa e sofisticada que está muito além das propostas feitas por Schumpeter.

Não há argumento em sede constitucional que justifique a democracia como uma competição entre elites. Pelo contrário, a própria Constituição prevê inúmeras hipóteses de participação popular na gestão do Estado. Logo, no Brasil não há monopólio de expressão ou de representação da vontade popular. Não há base empírica para confirmar a hipótese schumpeteriana de que a vontade do povo é manufaturada (por representantes ou outros grupos de interesses)⁴²⁶. Dificilmente se sustenta a coincidência entre a noção de “pessoa” e de “cidadão” subjacente ao texto constitucional e àquela defendida por Schumpeter (o sujeito que fica em casa assistindo televisão e forma suas preferências a partir das diversas propagandas que assiste). Há, inclusive, pesquisas empíricas que desmentem esta visão do brasileiro como um alienado politicamente, que não tem interesse algum em política⁴²⁷.

A filosofia pública⁴²⁸, expressa na Constituição, prescreve que os cidadãos brasileiros podem participar de diversas instâncias decisórias do Estado, prevê que a cidadania pode se manifestar em plebiscitos, referendos, e, que também detém iniciativa para a propositura de leis. Por isso, os representantes não são “donos” da vontade popular. Isso demonstra, igualmente, como a teoria schumpeteriana e a maioria das teorias que dela derivam não se adequam às exigências da Constituição. São, portanto, inconstitucionais.

⁴²⁶ Em relação à imposição de vontades articulados por grupos de interesses, já afirmou corretamente HABERMAS: “Para contabilizar seu poder social em termos de poder políticos, eles têm que fazer campanha a favor de seus interesses, utilizando uma linguagem capaz de mobilizar *convicções*, como é o caso, por exemplo, dos grupos envolvidos com tarifas, que procuram esclarecer a esfera pública sobre exigências, estratégias e resultados de negociações. De qualquer modo, as contribuições de grupos de interesses são expostas a um tipo de crítica que não atinge as contribuições oriundas de outras partes. E as opiniões públicas que são lançadas graças ao uso não declarado de dinheiro ou de poder organizacional perdem sua credibilidade, tão logo essas fontes de poder social se tornam públicas. Pois as opiniões públicas podem ser manipuladas, porém não compradas publicamente, nem obtidas à força.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. v. 2 (Col. Biblioteca Tempo Universitário, n. 102), p. 96-97.

⁴²⁷ Citados por ANASTASIA, Fátima; CASTRO, Mônia Mata Machado de; NUNES, Felipe. De Lá para Cá: As condições e as instituições da democracia depois de 1988. MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.) **A Democracia Brasileira: Balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 109-145.

⁴²⁸ Sobre o sentido de “filosofia pública”, cf.: SANDEL, Michael J. **Public Philosophy: Essays on Morality in Politics**. Cambridge; London: Harvard, 2005. Voltaremos ao tema adiante neste item.

Uma concepção de democracia constitucionalmente adequada tem que ser compatível com as exigências constitucionais, e não só isso: é necessário que ela potencialize o desenho estabelecido pelo texto constitucional.

Defendemos que a democracia deliberativa é (a melhor) concepção constitucionalmente adequada à Constituição brasileira⁴²⁹. Ela lida bem com “o fato do pluralismo” e com os instrumentos de participação direta nas esferas estatais⁴³⁰. Por demandar um debate robusto de ideias no qual todos os possíveis afetados podem participar, ela vê com bons olhos a proibição de monopólios ou oligopólios para os meios de comunicação. Contribui, ademais, para que essa norma constitucional tenha efetividade, uma vez que requer que todas as pessoas tenham iguais condições para se manifestar sobre os problemas públicos. A democracia deliberativa não ignora a noção de pessoa subjacente ao texto constitucional, ela inclusive está de acordo com essa ideia⁴³¹ porque não defende a existência de pessoas que são mais capacitadas para decidir em nome das outras de forma imparcial (o que configura um *elitismo epistêmico*)⁴³². Para melhor compreensão dessa coincidência entre o

⁴²⁹ É a “melhor concepção”, pois admitimos que possam existir outras concepções constitucionalmente adequadas. Algumas formas de “democracia participativa” também serão constitucionalmente adequadas conforme os argumentos expostos.

⁴³⁰ Autores como Carlos Nino são muito conscientes de que instrumentos como plebiscitos, referendos, etc., podem constituir-se em instrumentos de emancipação ou de opressão. Eles não são essencialmente “bons” ou “maus” em si. O uso de tais instrumentos pode enriquecer ou empobrecer a democracia. Por isso, quando, para quê e como eles são usados, são questões que fazem toda diferença. Eles podem ampliar o valor epistêmico da democracia se precedidos de um debate sério, robusto e amplo. Mas podem enfraquecê-la se as exigências da democracia deliberativa não forem cumpridas. Poderá, ainda, contar com o selo de ser uma decisão “democrática”; o que é ainda mais trágico. Ora, é muito comum que demagogos, ou líderes populistas utilizem-se desses instrumentos para ampliar os seus poderes, o que “em si” é ruim para a democracia, sobretudo se esses líderes forem os chefes do Poder Executivo e quiserem legitimar a ampliação dos seus poderes através de consultas populares. É imprescindível cautela em relação a esses instrumentos. Não é porque a população pode apertar um pontão em um computador todas às manhãs decidindo “sim” ou “não” sobre os mais diversos temas, que esse país será mais democrático. Isto não é democracia. Será, no máximo, uma “votacia”. Democracia requer discussão pública sobre os problemas públicos. Não só uma votação sobre qualquer tema. É bom lembrar que as ditaduras costumam fazer muitos plebiscitos ou referendos. Na América Latina temos inúmeros exemplos disso (Pinochet foi só um caso). Cf., nesse sentido: NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Trad.: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 204-214.

⁴³¹ Sobre a “noção de sujeito subjacente ao texto constitucional” serão oferecidos alguns esclarecimentos ainda neste item.

⁴³² NINO, Carlos Santiago. Ob. cit.; GARGARELLA, Roberto. **Nos los representantes: Crítica a los fundamentos del sistema representativo**. Buenos Aires: Miño y Dárrila, 1995; GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Ariel, 1996; GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo versus Democracia*: GARGARELLA, Roberto (coord.). **Teoría y Crítica del Derecho**

desenho de democracia no Brasil e a democracia deliberativa, vamos retomar alguns pontos centrais do modelo de democracia adotado no presente trabalho.

A democracia deliberativa tem duas premissas básicas (comuns às duas teorias expostas): i) ela requer que as decisões públicas sejam resultado de um amplo processo de discussão coletiva; ii) o processo deliberativo requer, em princípio, a intervenção de *todos* que poderão ser afetados pela decisão (potencial ou efetivamente)⁴³³. Os autores concordam que essa visão inclui a ideia de que os argumentos da discussão pública são fornecidos *por e para* os participantes do debate que estão comprometidos com os valores da racionalidade e da imparcialidade⁴³⁴. A partir disso, Nino afirma que a democracia deliberativa tem um “*valor epistêmico*” maior que todos os outros mecanismos de tomada de decisão⁴³⁵. Por valor epistêmico, ele compreende que

Constitucional. Tomo I. Democracia. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 22-40. Defendendo que a democracia brasileira deve se basear em um elitismo epistêmico, veja as contraditórias afirmações de: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível.** São Paulo: Saraiva, 1979, p. 79-80: “A primeira base do modelo é, clara e insofismavelmente, a ideia, que é de senso comum mas que a demagogia conseguiu esconder, de que *nem todos os homens nasceram talhados para governar.* (...) Disso advém uma consequência lógica: *o poder deve ser deferido aos que contam com o dom de governar.* Dessa forma o mecanismo político deve voltar-se para a seleção dos assim dotados. (...) O povo é capaz de escolher os capazes para governar. O povo tem escolhido incapazes para governar. Ambas as assertivas são corretas, por paradoxal que pareça.”

⁴³³ GARGARELLA, Roberto. La Democracia Deliberativa y sus presuntas paradojas. In: JARAMILLO, Leonardo García. La democracia deliberativa a debate. **Cuadernos de Investigación**, Medellín, 2011, p. 138; Cf. as obras de Nino e Habermas citadas acima.

⁴³⁴ GARGARELLA, Roberto. Ob. cit., p. 138. Alguns autores, como Chantal Mouffe, poderiam criticar essa ideia pois nem sempre – talvez na maioria dos casos – as pessoas racionalizam suas convicções políticas, ou querem racionalizá-las. Por ignorar tal fato a democracia deliberativa seria muito idealista. Essa crítica parte de uma premissa plausível. De fato, as pessoas não são sempre racionais, não há desacordo quanto a isso. Contudo, no momento que as pessoas inserem-se em um debate elas não podem argumentar que defendem alguma posição porque “sim”. Como se costuma dizer: “Porque sim, não é resposta.” Porque sim não convence ninguém. Quando as pessoas estão em um debate elas precisam apresentar argumentos para convencer outras pessoas, isso exige que suas convicções sejam minimamente racionalizadas na forma de argumentos que possam persuadir os outros da correção da sua visão. Se a pessoa não conseguir fazer isso não convencerá ninguém sobre a sua posição, ou será vista como teimosa e inconsistente. Isso, por óbvio, não diz respeito à democracia deliberativa. É evidente, também, que algum demagogo pode articular os seus sentimentos na forma de argumentos. Mas esse é um risco para qualquer teoria da democracia desde os gregos (cf. 1.2, dessa parte). A democracia deliberativa tenta criar mecanismos para evitar isso. Sobre as críticas de Chantal Mouffe, cf.: MOUFFE, Chantal. **The Democratic Paradox.** London; New York: Verso, 2009; MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 25, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php>. Acesso em: 29 de setembro de 2006.

⁴³⁵ NINO, Carlos Santiago. Ob. cit., p. 168.

[o] processo de discussão moral com certo limite de tempo dentro do qual uma discussão majoritária deve ser tomada – o centro do conceito de democracia da visão normativa que estão articulando – tem maior poder epistêmico para ganhar acesso a decisões moralmente corretas que qualquer outro procedimento de tomada de decisões coletivas⁴³⁶.

O que Nino quer dizer com “valor epistêmico”? Epistêmico aqui não se refere a teoria do conhecimento, ou das ciências (epistemologia). Epistêmico expressa a ideia de “tomar conhecimento de algo” – ou a capacidade para conhecer algo. Nino fala em valor epistêmico da democracia porque, para ele, e para nós, a democracia é o procedimento de tomada de decisões coletivas que tem maior poder para se conhecer (quais são) as decisões moralmente corretas. Mas por que isso? Cass Sunstein e Roberto Gargarella podem auxiliar na resposta. Sunstein afirma que a concepção de democracia deliberativa apresentada por ele (no que há acordo com a de Nino) tem as seguintes características: i) as pessoas têm perspectivas parciais; ii) nossas experiências são limitadas (e nossas informações incompletas); iii) as pessoas devem estar “abertas à força do argumento”; iv) a democracia deliberativa tem a capacidade de transformar as crenças pessoais; v) a deliberação pública melhora as discussões públicas; vi) a deliberação gera um processo de correção mútua⁴³⁷. Já Gargarella afirma que o processo dialógico da democracia deliberativa permite que: a) se conheçam as alternativas; b) sejam corrigidas posturas; c) conheçamos pontos de vista que poderíamos haver ignorado por preconceito; d) se consolide a prática de que as decisões devem ser tomadas por consenso e não pela decisão arbitrária de alguém (ou de algum grupo)⁴³⁸; e) os procedimentos de discussão nos estimulem a apresentar razões pelas quais defendemos uma posição ou outra⁴³⁹.

⁴³⁶ Idem. Vale lembrar as justificativas apresentadas por Nino, no capítulo anterior: a) conhecimento do interesse dos outros; b) justificação da justiça; c) negociação subjacente ao processo democrático; d) tendência coletiva à imparcialidade (que é a aplicação do Teorema de Condorcet – o teorema explica que se cada membro de um grupo de pessoas que irão decidir algo tende a adotar a decisão correta, a probabilidade de que essa decisão seja correta aumenta conforme aumentar o número de pessoas que decidirão); e) detectar erros fáticos e lógicos; f) fatores emocionais.

⁴³⁷ SUNSTEIN, Cass. **Democracy and the problem of Free Speech**: With a new Afterword. New York: The Free Press, 1995, p. 242-243.

⁴³⁸ Consoante afirma Sunstein, não é imprescindível que as partes concordem em todos os termos que servem de fundamento para a decisão. Chegar ao consenso não exige, necessariamente, que as partes detenham uma teoria completa sobre o tema. Para mais detalhes, ver: SUNSTEIN, Cass. **Acuerdos Carentes de una teoría completa en derecho constitucional y otros ensayos**. Cali: Universidad Icesi, 2010. Porém, há quem defenda que

Autores como Nino partem de uma premissa muito básica: ninguém sabe mais sobre a própria vida do que a própria pessoa⁴⁴⁰. Esta premissa formulada por John Stuart Mill permite a Nino, a Habermas⁴⁴¹ e a tantos outros reformularem a ideia de imparcialidade. Para eles, e neste trabalho, imparcialidade é entendida como a possibilidade de efetiva participação de todo aquele que pode ser afetado por uma decisão. Não é, portanto, o sentido tradicional de imparcialidade dado no âmbito jurídico de que o magistrado mantém uma distância simétrica entre as partes. Nesse sentido, os magistrados não são e nem podem ser imparciais⁴⁴². Todavia, eles podem estar abertos para que todos possam apresentar os seus pontos de vista.

pode haver decisões sem que haja concordância dos afetados pela decisão. Isso implica em respaldar uma posição completamente contrária aos nossos ideias sobre democracia, igualdade, liberdade, etc. A democracia deliberativa não nega a necessidade da decisão, entretanto, exige que ela seja precedida de uma discussão. Afirmando a importância da decisão, sem a necessidade de uma ampla discussão, cf.: SCHMITT, Carl. **Teologia Política**: cuatro ensayos sobre la soberanía. Trad.: Francisco Javier Conde. Buenos Aires, Struhart & Cía. 2005; e, SCHMITT, Carl. **A Crise da Democracia Parlamentar**. Trad.: Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996. Ainda seguindo o raciocínio de Sunstein, importa ressaltarmos que a defesa da discussão não significa que todos concordaram com a decisão tomada, ou que ela acabará com as divergências. Isso não é factível, algumas diferenças são de muito difícil superação, senão impossível.

⁴³⁹ GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo versus Democracia*: GARGARELLA, Roberto (coord.). **Teoria y Crítica del Derecho Constitucional**. Tomo I. Democracia. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 39-40. Autores como Chantal Mouffe criticam a democracia deliberativa porquanto ela seria responsável por apaziguar (ou até, evitar) os conflitos. Carl Schmitt ao falar da democracia parlamentar chega a afirmar que a classe burguesa é a “classe discutidora”, que discute, discute, mas não decide. SCHMITT, Carl. **Teologia Política**..., p. 81. Ora, se por “conflito” entende-se uma luta física, ou armada, é evidente que a democracia deliberativa é, sim, favorável ao apaziguamento dos conflitos. Contudo, se há uma escolha a favor do diálogo (crítico e com grandes divergências) não se pode falar em “apaziguamento de conflito”. A democracia deliberativa não apazigua o conflito, só o coloca em termos mais civilizados. É contra-intuitivo afirmar que uma discussão coletiva na qual todos os participantes têm iguais condições para se expressar escamoteia o conflito. Estimular que as pessoas apresentem suas críticas, e que todos possam apresentar as suas contribuições para a discussão já é uma forma de expressar o conflito. Como diz Habermas: “ Quanto mais discursos tanto maior a contradição e a diferença.” HABERMAS, Jürgen. *A unidade da razão na multiplicidade de suas vozes*. In: HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**: Estudos Filosóficos. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 177. Além disso, essa crítica goza de uma contradição significativa: para afirmá-la (para levantar essa crítica de “apaziguamento do conflito”) tais autores tiveram que proferir um discurso e instaurar um debate sobre o tema. Isto é, instalaram uma discussão sobre o tema. Essa é a maior prova de que a democracia deliberativa não exclui o conflito. Dizer o contrário os levaria a afirmar que a crítica deles à democracia deliberativa não é uma divergência/conflito. A contradição performativa aqui é evidente.

⁴⁴⁰ No item 3.5 mostraremos que em alguns casos essa premissa terá que ser relida.

⁴⁴¹ Talvez Habermas não concorde integralmente com a fundamentação “milliana”, contudo, há total concordância em relação à ideia de imparcialidade apresentada.

⁴⁴² Os magistrados não são nem imparciais nessa acepção, nem neutros em diversos sentidos. Seja pelo tipo de socialização e de formação cultural comum, seja pelo *habitus* que é formado ao longo dos anos, durante a faculdade e ao exercerem a profissão. Já há algumas pesquisas empíricas demonstrando como estes fatores somados a algumas condições

Tal ideia está completamente de acordo com a Constituição brasileira, que é um projeto coletivo (e inacabado) de inclusão. Afirmar isso nos permite dizer que, apesar das inúmeras diferenças, há pelo menos um ponto em comum entre as perspectivas do reconhecimento⁴⁴³ ou da democracia radical e a democracia deliberativa. Há divergências quanto a forma da fundamentação e da exposição dos argumentos, contudo, há concordância de que a Constituição e a democracia podem ser pensadas como um *projeto inacabado* aberto ao futuro, que cada vez possibilita uma maior inclusão das pessoas. Mas, para que haja uma inclusão, sempre haverá alguém por ser incluído⁴⁴⁴. Isso expressa a precariedade e a abertura do projeto constitucional. O que não implica, de modo algum, afirmar que o Brasil nunca deixará de ser um país injusto. Ou que a Constituição não prescreve um compromisso profundo contra as gigantes desigualdades e injustiças que assolam o país. Afirmar o caráter incompleto do projeto constitucional só chama atenção para o fato de que não há um “ponto de chegada x” no qual todos estarão incluídos “no mesmo barco”. Não é possível delimitar um ponto final, pois estamos sempre nos constituindo enquanto comunidade política. De modo que, sempre poderá haver uma nova questão a ser colocada em pauta, ou a ser incluída; o que pode ser visto a

institucionais levam os magistrados a uma total insensibilidade diante de certas questões ou de algumas “clientelas” do Poder Judiciário, sobretudo aqueles desprovidos de recursos econômicos – pobres. Sobre o *habitus* no campo jurídico, ver: BOURDIEU, Pierre. A força do direito: Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 9ª ed. Trad.: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. Ver também as pesquisas (empíricas) no Brasil: COUTINHO, Priscila. A MÁ-FÉ DA JUSTIÇA. In: SOUZA, Jessé. **A Ralé Brasileira: Quem é como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2009, p. 329-350; PERISSINOTTO, Renato; MEDEIROS, Pedro Leonardo; WOWK, Rafael T. Valores socialização e comportamento: sugestões para uma sociologia da elite judiciária. **Revista de Sociologia Política**. Curitiba, v. 16, n. 30, p. 151-165, jun. 2008.

⁴⁴³ Quanto à perspectiva do reconhecimento, ver: HONNETH, Axel. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas a ordem moral da sociedade. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (orgs.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007; HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa. 2ª ed. São Paulo: Ed. 34, 2009. Honneth desenvolve sua ideia de uma “luta pelo reconhecimento” através da análise das injúrias morais. Para o autor os conflitos contemporâneos podem ser descritos como uma luta pelo reconhecimento (de ordem moral) cada vez mais amplo daqueles que se sentem/estão excluídos pela sociedade. Nisso consiste a coincidência entre as perspectivas deliberativistas e radicais da democracia e a noção de reconhecimento, porque as três compreendem que a democracia se faz em um processo de inclusão que é sempre parcial e precário, pois sempre haverá alguém por ser incluído. Surge daí a importância da crítica; de modo que, aqueles que estão sendo excluídos possam ser ouvidos, e, conseqüentemente, incluídos. Isso leva também a ideia de que a Constituição é um projeto inacabado de constituição da identidade da comunidade política, mas voltaremos ao tema no próximo capítulo.

⁴⁴⁴ MOUFFE, Chantal. **The Democratic Paradox**..., p. 13 e ss.

partir da sucessiva afirmação de novos direitos fundamentais que direcionam nossa atenção para “novas” questões⁴⁴⁵.

Para a democracia deliberativa, a imparcialidade e o valor epistêmico só existem quando algumas condições mínimas estão asseguradas⁴⁴⁶, caso contrário, não é possível falar num ou noutro. Por isso, é imprescindível que todos possam se manifestar em igualdade de condições⁴⁴⁷; que as pessoas tenham acesso à educação; à saúde; que não passem fome; e que elas possam se informar⁴⁴⁸.

Todavia, essa posição poder ser criticada. Por um lado, há aqueles que concordam com a exigência de algumas condições para que a deliberação seja imparcial ou possua algum valor epistêmico. Contudo, a dificuldade (e o desacordo) não se refere às condições mínimas requeridas pela democracia deliberativa, mas como viabilizá-las e quais atitudes tomar diante das inúmeras carências que assolam nossa sociedade. Por outro lado, uma crítica mais consistente pode ser formulada nos seguintes termos: a democracia deliberativa impõe condições para que haja imparcialidade e valor epistêmico; contudo, essas condições não se verificam na nossa realidade, logo, essa concepção de democracia é utópica, porque inatingível.

Para responder essas críticas, é necessário distinguir utopias legítimas de utopias ilegítimas, como propõe Nino⁴⁴⁹. As utopias ilegítimas nos fazem crer em algum ideal ou em concepções valorativas que são impossíveis de

⁴⁴⁵ “Novas” porque muitas vezes as questões sempre estiveram presentes, porém, só em algum momento passamos a compreender alguns temas como problemáticos, ou que estávamos excluindo certas pessoas ao promovermos determinadas situações.

⁴⁴⁶ Segundo Nino, são condições fundamentais para a democracia deliberativa: 1) que todas as partes interessadas participem da discussão sobre a decisão; 2) que [as partes] participem a partir de uma base razoável de igualdade e sem nenhuma coerção; 3) [que as partes] possam expressar seus argumentos genuínos; 4) [é necessária uma] dimensão apropriada do grupo que maximize a probabilidade de um resultado correto; 5) não deve haver minorias isoladas (as majorias e as minorias devem ser mutáveis em relação às diversas matérias); 6) que os indivíduos não estejam submetidos às condições emocionais extraordinárias. NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la democracia deliberativa**, p. 180. Habermas apresenta condições mais exigentes. Para mais detalhes ver, *supra*, item 2.3.

⁴⁴⁷ GARGARELLA, Roberto. **El derecho a la protesta: El primer derecho**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007; FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Trad.: Gustavo Binenbojm; Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁴⁴⁸ Cf., na teoria constitucional brasileira: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴⁴⁹ NINO, Carlos Santiago, **Fundamentos de derecho constitucional**. 3ª. Reimp. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 11.

materializar-se. Ademais, essa forma de utopia não permite que julguemos os sistemas políticos ou as práticas sociais, já que ela não estabelece qualquer critério que nos permita avaliar as práticas sociais. Assim, diante de uma utopia ilegítima não saberemos dizer qual sistema político é mais democrático: alguma ditadura do Oriente Médio, os regimes suecos, italianos ou argentinos⁴⁵⁰. Não obstante, há *utopias legítimas* que se configuram em ideais que talvez sejam inalcançáveis mas que permitem distinguir os diversos graus de aproximação desse ideal, como é o caso da democracia deliberativa proposta por Nino.

Com Habermas podemos afirmar que a democracia deliberativa proposta pela teoria do discurso não é utópica. Ora, ela propõe uma reconstrução do sistema de direitos e das instituições dos Estados democráticos de direito contemporâneos. Nessa reconstrução procura identificar, na própria realidade, potenciais de emancipação que estão bloqueados. Ao desvelar tais bloqueios já se instaura uma nova etapa em busca da emancipação negada. De modo que não se impõe um ideal “de fora para dentro”, antes, são retirados da própria realidade os indícios e os princípios que devem guiar a ação transformadora da realidade⁴⁵¹.

Desse modo, seja com Habermas ou com Nino, podemos afirmar seguramente que as teorias da democracia deliberativa propostas por eles não se tratam de utopias ilegítimas. Elas podem ser concebidas como teorias reconstrutivas e críticas da realidade. Portanto, diante disso, afirmamos que uma pessoa passar fome, ou não ter acesso à saúde e à educação a impedem de participar no processo deliberativo, o que não pode ser admitido. A democracia exige que a opinião das pessoas seja levada em consideração; requer que elas possam falar e serem ouvidas; demanda condições mínimas. Decisões – ditas “democráticas” – que não respeitem essas exigências não contribuem para que encontremos a decisão que leva em consideração todos os afetados. Elas são somente a contagem de opiniões que são favoráveis a

⁴⁵⁰ Idem.

⁴⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. v. 2, (col. Biblioteca Tempo Universitário, n. 102), p. 9-10.

um assunto ou outro. Entretanto, democracia não é só contar a opinião das pessoas, ou, como afirma Dworkin, democracia não é estatística⁴⁵².

A democracia deliberativa articula, igualmente, uma perspectiva anti-elitista sob o viés epistêmico e econômico. Partimos da premissa que todos devem ser tratados com igual respeito e consideração pelo Estado⁴⁵³. Disso decorre que não defendemos a existência de pessoas mais capacitadas (intelectualmente) para representar os interesses dos outros (denominamos essa postura de elitismo epistêmico).

A democracia deliberativa também diverge daqueles que pretendem restringir ou ampliar as possibilidades de participação de uma pessoa em razão do seu patrimônio, já que viola a noção básica de que todos nós temos a mesma dignidade enquanto seres humanos, e que, por isso, todos devemos ter as mesmas condições para manifestarmos as nossas vontades ou levarmos a cabo nossos projetos de vida⁴⁵⁴. Ademais, a concepção deliberativista é completamente plausível com os enunciados da Constituição. Por conseguinte, tratamos apenas de expressar as normas inscritas na Constituição brasileira e de dar-lhes plena efetividade⁴⁵⁵.

Por isso, além da perspectiva anti-elitista (epistêmica ou econômica)⁴⁵⁶, igualmente há uma profunda concordância entre a Constituição e a perspectiva

⁴⁵² DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald. C (org.). **Democracia Deliberativa y Derechos Humanos**. Trad.: Paola Bergallo; Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa, 2004.

⁴⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 279-282.

⁴⁵⁴ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la democracia deliberativa**, p. 75 e ss; VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 157 e ss.; RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁴⁵⁵ Como preconizava a chamada “teoria da efetividade” das normas constitucionais. Sobre o tema, cf.: BARROSO, Luis Roberto. **A doutrina brasileira da efetividade**. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**: O Editor dos Juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁴⁵⁶ Novamente, o anti-elitismo epistêmico afirma que não existem pessoas mais capacitadas – melhores – para conhecer os interesses dos outros, ou para representá-los de maneira a levar a uma decisão imparcial. O anti-elitismo econômico se opõe a ideia de que só aqueles que detêm certo nível de propriedade são “capazes” para decidir de maneira “correta”, ou saberão tomar decisões mais sábias. É importante frisar que os dois elitismos estavam interligados para autores como os Federalistas Hamilton e Madison, mas também estavam conectados para autores –liberais conservadores– do outro lado do Atlântico como Tocqueville e Benjamin Constant. A conjugação das duas formas de elitismo impediu que o sufrágio (o direito ao voto) fosse universalizado, já que os pobres eram “incapacitados” ou não possuíam

deliberativista da democracia no que diz respeito ao anti-perfeccionismo que pode ser extraído do texto constitucional. Antes, porém, de explicar essa convergência, é imprescindível tecer um breve comentário sobre a “filosofia pública” da Constituição brasileira.

O filósofo Michael Sandel criou a expressão “filosofia pública” para explicar a ideia de que nossas instituições têm inscritas em si certas concepções filosóficas⁴⁵⁷. Desde a mais tenra infância, as instituições sociais privilegiam certas práticas em detrimento de outras. Atitudes e modos de compreender o mundo são estimulados em jogos nos colégios, nos quais as crianças apreendem a cooperar ou a competir; no trabalho há funcionários da mesma empresa com a mesma formação, mas que recebem diferentes salários (às vezes, porque um funcionário é de um sexo e outro não). Essa ideia explicita que todas as instituições, indiretamente, expressam a noção de pessoa valorizada pela filosofia que a concebeu, ou denota a visão que ela tem sobre o mundo, e de que maneira o homem deve se mover nele. Com isso, escancara-se que as instituições não são moralmente neutras. Elas valorizam alguns padrões morais, ainda que não tenham esse intuito⁴⁵⁸.

Desde a família, na escola, no trabalho, nos momentos de lazer, na política, etc., há a valorização de posturas que, como diria Pierre Bourdieu, criam *habitus*, isto é, comportamentos que são incorporados e que praticamos irrefletidamente⁴⁵⁹. Esses comportamentos tornam-se tão naturais que parecem

“independência” o suficiente para votar. Cf.: REBECQUE, Henri Benjamin Constant de. **Princípios políticos constitucionais**. Trad.: Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989; comentando a questão: COSTA, Pietro. O Problema da Representação Política: Uma Perspectiva Histórica. In: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: Ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 171-176; GARGARELLA, Roberto. **Nos los representantes**: Crítica a los fundamentos del sistema representativo. Buenos Aires: Miño y Dárla, 1995, p.27-62; BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 6. Ed, 9ª reimp. São Paulo: Brasiliense, 2010, p. 49-61.

⁴⁵⁷ Ver: SANDEL, Michael J. **Public Philosophy**: Essays on Morality in Politics. Cambridge; London: Harvard, 2005, p. 156 e ss.; SANDEL, Michael J. **Democracy's Discontent**: America in search of a public philosophy. Cambridge; London: Harvard, 1996.

⁴⁵⁸ Seguindo as lições de Charles Taylor, cf. nesse sentido: SOUZA, Jessé. **A Construção Social da Subcidadania**: Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006. 1ª ed. de 2003.

⁴⁵⁹ Para o desenvolvimento do conceito de *habitus*, cf.: BOURDIEU, Pierre. **A Distinção**: crítica social do julgamento. Trad. Daniela Kern; Guilherme J. F. Teixeira. São Paulo: Edusp; Porto Alegre; Zouk, 2007; WOCQUANT, Loïc. **Esclarecer o Habitus**. Disponível em:

http://sociology.berkeley.edu/faculty/wacquant/wacquant_pdf/ESCLARECEROHABITUS.pdf. Acesso em: 27/01/2010.

quase instintivos, mas não o são. Parafraseando o ditado e Bourdieu, podemos dizer que: “o *habitus* faz o monge”. A pessoa age como se a atitude tomada fosse natural ou instintiva; quando, na verdade, a prática que ela efetua foi apreendida (com muito esforço, aliás)⁴⁶⁰.

As instituições políticas e econômicas também possuem determinadas filosofias públicas, que podem ser desveladas ao se compreender a maneira que elas estão arranjadas. Algumas instituições favorecem a ação individual ou coletiva; promovem a participação de todos os possíveis afetados, ou de seus representantes; enfim, asseguram o debate público sobre problemas coletivos, ou destinam essas discussões a algum corpo de técnicos. Cada arranjo poderá (im)possibilitar maior controle do povo sobre seus representantes; facilitará – ou não – a gestão da economia e assim por diante. É para esse ponto fundamental que Sandel chama atenção.

Todas as constituições também possuem filosofias públicas subjacentes. Por exemplo, algumas privilegiam a participação dos cidadãos individualmente, outras incentivam a participação dos cidadãos coletivamente (atuando como um grupo), outras não incentivam participação alguma. Para ficar com um exemplo, mas inúmeros poderiam ser fornecidos sobre questões como os direitos à igualdade, à liberdade; ou quais poderes devem possuir o Chefe do Executivo e o Congresso Nacional; se existe Fiscalização da Constitucionalidade pelo Poder Judiciário, e assim por diante. Por isso, é correta a questão colocada por Gargarella a partir dessas reflexões:

Um elemento chave, na hora de entender a lógica de uma Constituição, é [compreender] os seus pressupostos básicos, normalmente associados com a filosofia pública dominante. Tipicamente, como é que a Constituição considera os indivíduos? Os vê como seres racionais, autônomos, capazes de decidir por si mesmos, ou como sujeitos fundamentalmente incapazes de reconhecer e avaliar seus interesses, ineptos para definir o que é melhor para eles? E o que se supõem em relação aos indivíduos atuando juntos em assembleias coletivas? Considera que a ação coletiva potencializa ou enfraquece a racionalidade individual?

⁴⁶⁰ Bourdieu demonstrou através de suas pesquisas que as pessoas não são “naturalmente” disciplinadas. A disciplina e os “gostos” (preferências estéticas) são construídas socialmente, no seio da família e da classe que ela vive, com a qual ela compartilha essas preferências e disposições. Logo, para ele, “classe” não tem o mesmo sentido exclusivamente econômico, como pensava o marxismo. Jessé Souza demonstra o impressionante fato de que o sociólogo brasileiro Florestan Fernandes já notava (“intuía”) ideias que Bourdieu só irá explicar ano depois. Cf.: FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**: (o legado da “raça branca”). 5ª ed. São Paulo: Globo, 2008.

Entende – aristotelicamente – que atuando em conjunto se ganha em sabedoria e conhecimento; afirma – rousseauianamente – que a ação conjunta é uma precondição indispensável para o reconhecimento da decisão pública correta; ou melhor, presume – burkeanamente – que o atuar coletivo é em princípio, sempre, uma atuação irracional?

A questão dos pressupostos filosóficos da Constituição é obviamente importante, porque eles ficam traduzidos imediatamente na adoção de instituições de certo tipo⁴⁶¹.

Seguindo esse raciocínio, podemos indagar sobre qual é a identidade da Constituição⁴⁶², ou, como faz Rosenfeld, sobre qual é a identidade do sujeito constitucional?⁴⁶³

Ainda que muito diversas, essas duas perspectivas se aproximam pelo objeto do questionamento. Assim, podemos questionar: qual é a filosofia pública implícita à Constituição brasileira? Ou, qual a identidade do sujeito constitucional no Brasil? Neste espaço só responderemos parcialmente tal pergunta dada a sua complexidade e profundidade, mas é necessário lançar alguma luz sobre o tema.

Em primeiro lugar, a Constituição brasileira, assim como qualquer outra, não é um objeto translúcido, não é algo óbvio, ou algo que nos é “dado”⁴⁶⁴. Ela é construída a partir do seu texto, na interação com a realidade, através das diversas interpretações e dos inúmeros intérpretes. De modo que a ela não é só o texto obra da Assembleia Constituinte de 1988. É, também, o seu texto. Mas não só ele que funda uma dimensão essencial de sua normatividade,

⁴⁶¹GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Disponível em: <http://seminariogargarella.blogspot.com/search?q=el+nuevo+constitucionalismo+latinoamericano>, acesso em: 10 de agosto de 2009, p. 3.

⁴⁶² Questão colocada por: SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad.: Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2001.

⁴⁶³ ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

⁴⁶⁴ A concepção positivista de ciência defende que a sociedade pode ser estudada e explicada pelos mesmos métodos das ciências naturais. Isso influenciou consideravelmente o positivismo jurídico, e as escolas pós-revolução francesa que acreditavam na possibilidade de trabalhar com o Direito como o químico lida com a natureza. As escolas tradicionais da Hermenêutica Jurídica (especialmente, a Escola da Exegese) tomavam o Direito como algo “dado” cuja apreensão pode ocorrer imediatamente com um ato de conhecimento. Sobre as origens do positivismo jurídico, cf.: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad.: Marcio Pugliesi, Edson Bin, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995; em relação ao positivismo científico, ver: LÖWY, Michael. **As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 17 e ss.

porém não a esgota por inteiro. É a partir dele que podemos questionar: qual é a sua filosofia pública? Haverá uma só?

A Constituição brasileira não adota uma filosofia pública, mas várias. Expliquemos. Ao contrário da Constituição dos Estados Unidos da América, que possui uma concepção predominante sobre as pessoas, instituições e direitos⁴⁶⁵, a Constituição brasileira conjuga várias correntes filosóficas em um projeto emancipatório. Isso levou alguns teóricos a se debaterem com falsos problemas. Ora, a Constituição não é só “liberal”, só “republicana”, só “comunitarista”, ou “social-democrata”, e assim por diante⁴⁶⁶. Ao combinar essas filosofias políticas ela cria uma grande dificuldade para o intérprete, pois ao trabalhar com o texto constitucional ele deve levar em consideração as diversas perspectivas (e deverá lidar com as exigências e divergências criadas por cada uma delas). O critério topográfico não necessariamente nos salva dos desafios interpretativos que dela surgem. Por exemplo, há uma predominância de traços comunitários (ou comunitaristas) no Título VIII – Da ordem social, ao tratar da proteção especial: a família (art. 227, *caput*); a criança, adolescente e jovem; aos portadores de deficiência (art. 227, § 1º, II; 227, § 2º, e, 244); que coíbe a violência na família (art. 226, § 8º). Versa sobre os índios (art. 231 e 232); sobre meio-ambiente (art. 225); sobre educação, cultura, desporto; ciência e tecnologia, etc. Essas questões não afetam só a “você” ou a nós como indivíduo, dizem respeito a toda sociedade. Aliás, em uma Constituição tipicamente liberal é difícil conceber a existência de disposições sobre a família,

⁴⁶⁵ SANDEL, Michael J. **Public Philosophy**..., p. 9 e ss.

⁴⁶⁶ Em sentido contrário: “Em outras palavras, todas as forças políticas da comunidade devem utilizar os mecanismos processuais assegurados pelo ordenamento constitucional, procurando, através desta participação político-jurídica, garantir os ideais da igualdade e da dignidade humana. Ao mesmo tempo, a concretização destes ideais também depende necessariamente do Poder Judiciário que, na qualidade de último intérprete da Constituição, deve estar vinculado à eticidade substantiva da comunidade. Daí a ideia de que a jurisdição constitucional tem a função primordial de guardião de valores que conformam o ‘sentimento constitucional’ da comunidade. Como assinalamos anteriormente, em face da atuação decisiva dos constitucionalistas ‘comunitários’ no processo dos anos 80, a Constituição Federal de 1988 incorporou claramente todos estes compromissos.” CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos de filosofia constitucional contemporânea. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 228. Mais próxima da nossa posição, afirma Daniel Sarmento: “Portanto, talvez seja lícito afirmar, correndo alguns riscos, que a Constituição de 88, pode ser lida pela lentes de um ‘comunitarismo liberal’ ou de um ‘liberalismo comunitarista’, já que visa conciliar aspectos divergentes destas doutrinas políticas, ficando no meio do caminho entre elas.” SARMENTO, Daniel. Colisão entre Direito Fundamentais e Interesses Públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos Fundamentais**: Estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 292.

já que elas seriam consideradas ofensivas à liberdade e à autonomia privada⁴⁶⁷. Conforme o exposto, não é o caso brasileiro.

Além disso, há dentro do mesmo capítulo (ou do mesmo artigo da Constituição), direitos e deveres que subscrevem diversas filosofias públicas. A Constituição assegura o direito à propriedade, mas o faz exigindo o cumprimento da sua função social (fundamental para republicanos, comunitaristas, socialistas e até para os liberais igualitários); exige o cumprimento de alguns deveres como alistamento militar – para os homens, art. 143 –, e eleitoral para ambos os sexos (exigências fundamentais para o republicanismo e para alguns autores comunitaristas). Também, impõem contribuições para a seguridade (art. 195) e previdência social (art. 201). Enfim, a mera enunciação dos dispositivos constitucionais permite comprovar a afirmação de que não existe uma única filosofia pública inerente ao texto constitucional. Mas como lidar com esta diversidade? Do próprio texto podemos extrair dois critérios: o anti-perfeccionismo e a ideia de autogoverno, ambos coerentes com a concepção de democracia adotada. Veremos no próximo item que o autogoverno, particularmente, possibilitará a releitura (reconstrução) da temática da reforma da constituição, e, especialmente, das cláusulas pétreas.

Afinal, o que se entende por anti-perfeccionismo? Estará ele protegido pela Constituição? Qual a sua relação com a ideia de democracia deliberativa?

Ao desenvolver a sua fundamentação do princípio da autonomia, Nino afirma que o valor da autonomia se refere à livre aceitação dos princípios morais *intersubjetivos* e de ideais *auto-referentes* de excelência pessoal. Os primeiros dizem respeito aos efeitos sobre os interesses ou bem-estar de

⁴⁶⁷ Essas discussões, é importantíssimo lembrar, são fundamentais para todos. Ora, cada filosofia política (e filosofia pública) compreende, a partir de seus pressupostos, que a extensão do direito nas relações entre familiares, ou, entre os cidadãos e o Estado se darão de uma forma e não de outra (o mesmo pode ser dito sobre a democracia). Isso pode influir em questões discutidas todos os dias: pode o Estado restringir a venda de doces em colégios (públicos e privados)? Os pais podem educar seus filhos? Os pais estão autorizados a ensinar doutrinas racistas ou preconceituosas aos filhos? Quem decide o que pode ser veiculado nos meios de comunicação em termos de programas humorísticos e "talk shows"? Qual é o limite do politicamente correto? Um cidadão pode criticar um jornalista como ele pode criticar um político? E o político pode criticar a imprensa? A quantidade de perguntas depende da imaginação de que as faz. Todavia, saber que a resposta não é uma só dependendo do ponto de partida já traz um grande ganho em termos de amadurecimento político e institucional.

outros indivíduos⁴⁶⁸. Já os segundos atribuem valor às ações pelos seus efeitos sob a qualidade de vida e o caráter moral do agente mesmo⁴⁶⁹⁻⁴⁷⁰. O perfeccionismo alude à segunda feição do princípio da autonomia. O Estado produz uma prática, política pública, lei, ou ato normativo perfeccionista se ele pretende impor algum ideal de excelência pessoal por meio dessa ação. Tal ideia constitui-se como um dos postulados fundamentais do liberalismo⁴⁷¹. Nino não nega isso, pelo contrário, afirma ao longo de suas obras seu compromisso com a visão liberal igualitária. Não obstante a fundamentação e a justificação apresentada pelo autor argentino, o que importa para nós no âmbito deste trabalho é saber se há algum fundamento constitucional (na Constituição brasileira) para o anti-perfeccionismo. A resposta é afirmativa, a Constituição não prescreve ideal(is) de excelência pessoal, porém, em alguns casos ela restringe a autonomia (e a liberdade entendida como autonomia), conforme veremos adiante.

O anti-perfeccionismo já fora identificado por outros teóricos anteriormente⁴⁷². Nosso objetivo, nesse momento, é de delinear com maior clareza seus contornos normativos, uma vez que ele não pode ser extraído de uma disposição da Constituição, mas da conjugação de várias delas.

⁴⁶⁸ A autonomia se auto-limita quando se refere a princípios intersubjetivos. É necessário restringir a autonomia de uns para preservar a de outros, pois o modelo de moralidade de uns tende a afetar o de outros. Sobre o princípio da autonomia, cf.: NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación**. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 199.

⁴⁶⁹ Com “afetam a qualidade de vida” ou o “caráter moral do agente” Nino refere-se a situações: “Como os ideias de ser um bom pai, um bom patriota, um bom cristão, ou levar a cabo uma vida sexual que satisfaça os desejos dos agentes, etc.” NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Trad.: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 76

⁴⁷⁰ Em virtude da concepção milliana sobre a escolha dos sujeitos (de que a pessoa é a melhor juíza sobre o que bom para ela), esta versão do princípio da autonomia proscreve a interferência na livre eleição de ideais de excelência pessoal. Disso decorre igualmente que as decisões que impõe um ideal de excelência pessoal não têm nenhum valor epistêmico. NINO, Carlos Santiago, Idem.

⁴⁷¹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 6. Ed, 9ª reimp. São Paulo: Brasiliense, 2010, p. 20-25.

⁴⁷² Na mesma coletânea Clèmerson Clève e Daniel Sarmento fazem afirmações muito próximas das que serão articuladas aqui. Desenvolveremos alguns pontos dos seus raciocínios. Ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de Expressão, de informação e propaganda comercial. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; SARMENTO, Daniel. Colisão entre Direito Fundamentais e Interesses Públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

A primeira disposição constitucional que pode ser invocada é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), prescrita como fundamento da República brasileira e do Estado Democrático de Direito. Segundo Clèmerson Clève, a dignidade da pessoa humana pode abranger as ideias de: i) não tratar os outros como meios; ii) auto-realização, igualdade, satisfação pessoal; iii) reconhecimento, o que já inibe várias práticas perfeccionistas⁴⁷³. No mesmo artigo, deve-se ressaltar o pluralismo político (art. 1º, V) como outro fundamento da nossa República⁴⁷⁴. O pluralismo político por si já poderia limitar as ações estatais em prol de determinada ideologia em detrimento de outras. Porém, é necessário ir além.

Há a proteção da pluralidade de opiniões (art. 5º, IV, IX); da liberdade de associação (art. 5º, XVII); do pluralismo de partidos políticos – o “pluripartidarismo” – (art. 17)⁴⁷⁵; e do pluralismo econômico da livre iniciativa e da livre concorrência, (art. 1º, IV, art. 170, *caput* e inc. IV)⁴⁷⁶; de ideias e concepções pedagógicas (art. 206, III); o pluralismo cultural (art. 215 e 216); e dos meios de comunicação de massa (art. 220, *caput* e § 5º).

Ademais, não se pode olvidar o direito fundamental à liberdade de crença; a laicidade do Estado –muitas vezes ignorada– (art. 19, inc. I)⁴⁷⁷, e o

⁴⁷³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Arguição da Tese Apresentada pela candidata Adriana Schier como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito do Estado. Curitiba, 18 de novembro de 2009.

⁴⁷⁴ Consoante afirmado acima, o pluralismo também está posto no Preâmbulo da Constituição.

⁴⁷⁵ Todavia, há constrição da liberdade de associação quando servir para propósitos paramilitares (art. 5º, inc. XVII); a proibição de práticas racistas (art. 5º, inc. XLII); a proibição de utilizar partidos políticos para ameaçar a soberania nacional; o regime democrático; o pluripartidarismo e os direitos fundamentais (art. 17, *caput* e § 4º). O que configura, segundo Clève, expressão anti-fundamentalista da Constituição: “Tratando-se de uma Constituição aberta, conquanto aponte, como objetivo fundamental da República, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não há, a não ser nas circunstâncias expressamente definidas por razões mais do que justificáveis, lugar para o fundamentalismo, para a intolerância, para o suprimir da argumentação do outro, enfim, para a compressão da alteridade. Ao contrário, no contexto da Constituição brasileira há lugar para o livre fluxo de ideias, para a disputabilidade intersubjetiva, para o debate forjador da opinião pública e para a formação de uma razão pública moldada a partir dos discursos que circulam livremente no espaço público.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de Expressão, de informação e propaganda comercial. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos Fundamentais**: Estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 212.

⁴⁷⁶ Como isso pode ser conciliado com a existência de um sistema capitalista é questão a ser respondida.

⁴⁷⁷ “Parece-nos que a tutela ultra-reforçada conferida às liberdades fundamentais, a consagração do pluralismo político como fundamento da República (art. 1º, inc. V, CF), ao lado do princípio da laicidade estatal (art. 19, inc. I, CF), desautorizam qualquer interpretação que abra espaço para um Estado perfeccionista, que, em nome de tradições coletivas, ou alguma

princípio da legalidade (art. 5º, II), e a igualdade (art. 5º, *caput* e inc. I) que exige do Estado o igual respeito e consideração pelos cidadãos⁴⁷⁸.

Qual a consequência da existência desses inúmeros dispositivos? Ora, é adequada à Constituição a ideia de que ideais de excelência pessoal (auto-referentes) não podem ser impostos pelo Estado⁴⁷⁹. Invocar a proibição de atitudes perfeccionistas por parte do Estado implica, por exemplo, limitar a ação estatal que vise cercear o pluralismo (de culturas, de opções religiosas, sexuais, ou profissionais). Requer, por outro lado, que o Estado trate com igual respeito as diversas crenças religiosas, ou as diversas práticas culturais, religiosas, sexuais. Essa postura demanda atitudes positivas, isto é, prestações estatais (materiais – políticas públicas, ou normativas) que estimulem o respeito à diferença e o combate às discriminações de qualquer espécie. Implica, igualmente, em um enfraquecimento (senão a perda completa) da presunção de constitucionalidade de qualquer ato que imponha algum padrão de excelência pessoal⁴⁸⁰.

O anti-perfeccionismo (ou, anti-fundamentalismo, como prefere Clève⁴⁸¹, está intrinsecamente relacionado com a democracia deliberativa, uma vez que só é possível evitar medidas perfeccionistas se as pessoas podem entrar em contato com perspectivas diversas, se elas podem expressar sua opinião sobre a temática em questão, ou se suas vozes são ouvidas. A democracia deliberativa, portanto, reforça essa proteção já assegurada na Constituição.

visão majoritária sobre o bem comum, busque tutelar paternalisticamente a vida de cada um, passando por cima da autonomia individual.” SARMENTO, Daniel. Colisão entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos Fundamentais**: Estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 291.

⁴⁷⁸ “Na Constituição brasileira, a igualdade não é só um limite, mas antes uma meta a ser perseguida pelo Estado, justificadora de enérgicas políticas públicas de cunho redistributivo, que podem gerar forte impacto sobre os direitos patrimoniais dos particulares.” SARMENTO, Daniel. Colisão entre Direito Fundamentais e Interesses Públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos Fundamentais**..., p. 286.

⁴⁷⁹ Contudo, há ressalvas constitucionais a essa afirmação. Algumas escolhas substantivas impõem limites ao princípio da autonomia, ao direito à propriedade e assim por diante. Essas restrições, todavia, não são absurdas ou perfeccionistas pelos motivos que serão vistos no próximo item.

⁴⁸⁰ Ora, os atos públicos (normativos, materiais) presumem-se constitucionais até que se provem o contrário (presunção relativa, portanto). Porém, entendemos que se o ato veicular postura perfeccionista sua presunção deva ser afastada. E, caso levado à análise do Poder Judiciário caberá ao autor do ato provar a constitucionalidade da medida (logo, invertendo o ônus da prova – vide: art. 333, CPC), uma vez que tal provavelmente viole vários direitos fundamentais.

⁴⁸¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. cit., p. 212.

Todavia, poderia ser levantada a seguinte objeção: a própria Constituição impõe alguns deveres que parecem ter um claro viés perfeccionista. Como lidar com a imposição do voto? Ou a proteção constitucional de temas relativos à família? Enfrentar essa questão nos ajudará a compreender melhor a filosofia pública inscrita na Constituição e a noção de autogoverno.

3.3. Constitucionalismo, democracia e autogoverno

No capítulo anterior afirmamos que falar de democracia é tratar de autogoverno. Mas, essa noção, ideia ou ideal não é exclusivo da democracia. Há uma tradição no pensamento político ocidental que, ao lado da igualdade e da liberdade, reivindica esse ideal – trata-se do republicanismo⁴⁸².

A história do pensamento e da política ocidental foi perpassada pelos debates sobre a melhor forma de governo, sobre as melhores instituições; sobre como constituir uma comunidade justa e livre. O republicanismo deu resposta a algumas dessas problemáticas. A história do republicanismo (e do termo “*republica*”⁴⁸³) é quase tão longa como a história da democracia. Explorar a paisagem da acidentada topografia republicana não é fácil. Todavia, não pretendemos desenhar esse mapa, basta assinalar que a tradição republicana tem uma multiplicidade de autores e de linhas que privilegiam ora a dimensão da igualdade, ora a liberdade, ora o autogoverno. Isso somado ao grande período de existência do republicanismo só aumenta a dificuldade de uma cartografia conceitual ou de uma genealogia dos seus autores⁴⁸⁴. Por isso,

⁴⁸² OVEJERO, Félix. **Incluso un pueblo de demonios**: democracia, liberalismo, republicanismo. Madrid, Buenos Aires: Katz, 2008.

⁴⁸³ Provavelmente a definição mais abrangente que podemos fornecer de República é: ela constitui-se em uma forma de governo caracterizada pela transitoriedade dos mandatos; pela responsabilidade (civil e penal) daqueles que exercem o poder político e pelo fato de que o Estado é de todos. Aliás, esse é o sentido etimológico de *res* (coisa) *publica* (pública), isto é, o Estado é uma coisa pública (de todos), opondo-se, àquilo que é “privado” – que não é de todos.

⁴⁸⁴ O pensamento republicano, como sói acontecer com as diversas correntes de pensamento, teve momentos de importância e de desprestígio. O seu retorno aos debates políticos e acadêmicos ocorreu a partir de algumas revisões que foram feitas na historiografia político-institucional dos Estados Unidos, da década de 1970 em diante. É importante destacar que o republicanismo (e a reflexão) sobre a república tem suas origens em Roma, sendo possível afirmar que algumas temáticas republicanas já tinham sido expostas por Platão e Aristóteles. Contudo, nesse terreno os marcos não são claros nem rígidos. Nos é lícito afirmar

basta saber que são autores republicanos desde Cícero e outros romanos, passando por Maquiavel; no mundo moderno, Rousseau, que é um pensador fundamental para essa corrente, assim como Thomas Jefferson e Thomas Paine; e a alguns dos anti-federalistas⁴⁸⁵, contemporaneamente, pensadoras(es), como Hannah Arendt; Frank Michelman; Cass Sunstein, Philip Phettit, Félix Ovejero e Roberto Gargarella podem ser inseridos nessa tradição⁴⁸⁶.

Poderiam nos questionar se não se trata de mais uma importação de ideias que não possuem tradição no território nacional. Ora, isso não se afigura correto. De fato, na proclamação da república o povo teve um papel coadjuvante, pois houve quem acreditasse que tal ato fosse uma parada militar⁴⁸⁷. Porém, se o povo não participou da Proclamação da República

que essa tradição antecede aquilo que se convencionou chamar depois de liberalismo e até de outros movimentos como o constitucionalismo, e, mais recentemente, o socialismo, o comunitarismo, etc. Podem existir coincidências desses ideais com o republicanismo. Mas isso nada diz sobre as especificidades do primeiro.

⁴⁸⁵ Nos Estados Unidos houve um debate antes e após a promulgação da Constituição entre aqueles que eram favoráveis ao arranjo institucional por ela estabelecido, e aqueles que eram contrários. Os defensores do arranjo proposto foram chamados de Federalistas, seus críticos de anti-federalistas. Os anti-federalistas fizeram várias objeções em relação ao sistema de freios e contrapesos e a outras instituições criadas pela Constituição americana. Porém, esse debate não é sequer mencionado pelos manuais de Direito Constitucional brasileiros. Cf.: KETCHAM, Ralph. **The Anti-Federalist Papers: and the Constitutional Convention Debates**. New York: New American, 2003.

⁴⁸⁶ Ver: MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. 5ª ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UNB, 2008; ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: ou princípios de direito político**. Trad.: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973, (col. Os Pensadores); ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma**. Trad.: Antonio Hermosa Andujar. Madrid: Tecnos, 1988; JEFFERSON, Thomas. **Writings**. 9ª reimp. New York: Library of America, 1984; PAINE, Thomas. **Collected Writings**. 8ª reimp. New York: Library of America, 1984; MICHELMAN, Frank I. Law's Republic. **The Yale Law Journal**. New Haven, vol. 97, n. 8, 1493-1537, jul. 1988; SUNSTEIN, Cass. Beyond the Republican Revival. **The Yale Law Journal**. New Haven, vol. 97, n. 8, 1539-1590, jul. 1988; PETTIT, Philip. **Republicanism: A Theory of Freedom and Government**. Oxford New York: Oxford, 1999; OVEJERO, Félix. **Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo**. Madrid, Buenos Aires: Katz, 2008; GARGARELLA, Roberto. **Nos los representantes: Crítica a los fundamentos del sistema representativo**. Buenos Aires: Miño y Dárla, 1995; GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Ariel, 1996.

⁴⁸⁷ Sobre o tema cf.: CARVALHO, José Murilo de. **Os Bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi**. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, especificamente sobre a construção simbólica e ideológica do regime, ver, do mesmo autor: CARVALHO, José Murilo de. **A Formação das Almas: O imaginário da República no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990 (2009). Na segunda obra José Murilo mostra a influência das matrizes americanas (e do seu constitucionalismo consequentemente), positivistas e francesa (pós-revolução – 1789) na construção do regime (da república) no Brasil. Afirma que no Brasil prevaleceu uma variante do modelo da terceira República francesa que visava combinar governabilidade e liberdade ao mesmo tempo. CARVALHO, José Murilo de. **A Formação das Almas...**, p. 19 e ss.

podemos afirmar que ao menos uma vez ele se manifestou sobre a forma de governo⁴⁸⁸: no plebiscito realizado em 1993 e previsto no art. 2º do ADCT da Constituição de 1988⁴⁸⁹. Além disso, a própria Constituição foi o resultado de um processo de inúmeras mobilizações populares desde o movimento das “Diretas já”. Portanto, a República tem guarida constitucional. E o republicanismo terá também?

Constituição, democracia e república são palavras (significantes) cujos sentidos não são auto-evidentes⁴⁹⁰. Os significados de tais termos devem ser construídos. Por isso, ao longo desse trabalho tem sido diferenciado o texto constitucional da Constituição, porque o texto constitucional é uma dimensão daquilo que nós chamamos de Constituição⁴⁹¹. Se a Constituição fosse um texto ela estaria contida em um livro, ou estaria expressa no *site* do Planalto. Seria, enfim, uma folha de papel⁴⁹². Todavia, as folhas de papel e os livros não voam (pairam) por aí dizendo quais são os seus sentidos, prescrevendo o que se deve fazer ou deixar de fazer. Portanto, se não há norma jurídica sem

⁴⁸⁸ Como aponta José Afonso da Silva: “A atual Constituição não incluiu a República expressamente entre as matérias imodificáveis por emenda. Não o fez porque previu um plebiscito para que o povo decidisse sobre a forma de governo: República ou Monarquia constitucional. O povo, em votação direta, optou por maioria esmagadora pela República, legitimando-a de uma vez por todas, já que sua proclamação não contou com sua participação.”, SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 441.

⁴⁸⁹ Há quem afirme que a população não foi devidamente esclarecida à época do Plebiscito. Do ponto de vista deliberativo, essa crítica a instrumentos como o plebiscito e o referendo é sempre pertinente, pois questionam o valor epistêmico da decisão resultante desses processos. Mas nada impede que a discussão seja retomada. Contudo, é importante ter em conta que desde a perspectiva da Constituição histórica a República é há algum tempo uma tradição nacional. Ademais, o plebiscito foi realizado antes da revisão constitucional justamente para que essa pudesse fazer as eventuais adequações quanto à forma e sistema de governo. O que, entretanto, foi desnecessário.

⁴⁹⁰ São, também, conceitos normativos, sua aplicação depende de concepções valorativas. Por isso, afirma Nino “Isto significa que deve rechaçar-se o enfoque, corrente, sobretudo entre os politólogos, de identificar a democracia liberal através de certo conjunto de propriedades fáticas e ilustrar o conceito com instituições distintivas das democracias reais de certos países. Praticamente todas essas propriedades admitem exceções em algum caso e ela não se dá porque o conceito de democracia constitucional tem uma ‘vagueza combinatória’, senão porque – subjacente a seu emprego – há uma teoria filosófica-política que torna alguma dessas propriedades contingentes e instrumentais.” NINO, Carlos Santiago, **Fundamentos de derecho constitucional**. 3ª. Reimp. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 10.

⁴⁹¹ No capítulo anterior já expusemos a posição de Nino que concebe a Constituição não só como texto. Essa posição é seguida também por Canotilho que destaca que as práticas e as interpretações são fundamentais para compreender as constituições hoje. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1135 e ss.

⁴⁹² Segundo a famosa expressão de Ferdinand Lassalle, cf.: LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

interpretação⁴⁹³, podemos afirmar que não há Constituição sem interpretação e sem as práticas que a constituem (que dão sentido ao texto). Não é todo livro cuja capa está escrito “Constituição”, que nós interpretamos e seguimos como uma norma jurídica vinculante (e superior).

A Constituição só constitui algo porque ela é por nós constituída. Talvez Hesse já notasse isso ao afirmar a necessidade de uma “*vontade de constituição*”⁴⁹⁴. Todavia, é necessário trabalhar melhor essa ideia. Caso contrário, estaremos afirmando que a “Constituição” –o texto constitucional– tem sentidos imanentes, como se alguém escrevesse um livro e a obra possuísse sentidos independentemente da existência dos leitores. Entretanto, isso não é possível.

Entretanto, a Constituição não é auto-explicativa e não vem com “manual de instruções”. O texto constitucional ainda está bruto⁴⁹⁵. A Constituição vigente não tem seus sentidos dados, eles não estão prontos. É necessário construí-los⁴⁹⁶. Mas como fazê-lo de uma maneira não arbitrária? Como é possível dar coerência ao sistema constitucional e ao Direito de maneira racional? Como construir uma leitura adequada do texto constitucional sem recair em princípios exteriores às nossas práticas, que são completamente abstratos e que ignoram o nosso sistema constitucional? Como lidar com o fato de que a própria constituição tem sido reformada? Se a Constituição é um

⁴⁹³ De autores positivistas a autores pós-positivistas há grande convergência no sentido de que a norma é o resultado de uma interpretação, não um texto legislativo. Cf., nesse sentido: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; GUASTINI, Ricardo. **Das Fontes às Normas**. trad.: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; e, CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴⁹⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19 e ss.

⁴⁹⁵ Dois exemplos talvez ajudem a compreender essa ideia. Ora, uma placa de metal em formato triangular, suspensa por uma haste de metal e pintada de vermelho e branco pode ser um sinalização de trânsito. Mas, ela, sozinha, é só um objeto de metal fincado em uma calçada. Caso ninguém passe por ali não lhe será atribuído o sentido de que há uma norma jurídica a ser cumprida. O mesmo pode ser dito de um guarda de trânsito que levanta os braços. Conforme o contexto ele poderá estar expressando uma proibição ou uma autorização para ir adiante com seu veículo, ou, estará chamando um táxi ou ônibus (pois está indo embora do trabalho com sua farda). Por isso, a Constituição antes de ser interpretada é tão “bruto” como a placa colocada na calçada, ou guarda ao levantar o braço.

⁴⁹⁶ “E o sentido performativo dessa prática [do ato de fundação] destinada a produzir uma comunidade de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, foi apenas enunciado no teor da constituição. Ele continua dependente de uma explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais.” HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições...**, p. 167.

texto, e, se ele muda, ficamos carentes de critérios para avaliar as suas mudanças. É possível reconstruir (reler) o sistema constitucional sem abdicar de um radical comprometimento com a democracia e com o constitucionalismo sem recair em “utopismos ilegítimos”? Acreditamos que sim. O republicanismo dá uma resposta adequada a essas questões a partir do princípio/ideal do autogoverno⁴⁹⁷.

Várias estratégias serão usadas para justificar a noção de autogoverno como um aporte adequado para reconstruir e repensar as problemáticas constitucionais. Mostraremos como essa noção pode ser extraída da gênese do enunciado constitucional; ou derivado do próprio texto. Ela também pode ser justificada como princípio seguindo as regras do discurso prático. Partimos da ideia básica de que autogovernar pode ser entendido, por um lado, como direção e controle da própria vida, e, por outro, como a liberdade de participar das decisões que afetam a própria vida⁴⁹⁸.

A redação de uma carta constitucional democrática, como a nossa, é fruto de um exercício de autogoverno coletivo. Esse momento de autodeterminação pressupõe a construção de um “projeto de uma associação de parceiros do direito livres e iguais, que a si mesmos se autodeterminam”⁴⁹⁹. A promulgação da Constituição funda a comunidade política, e, no caso do Brasil, constitui um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*). Nesse momento ocorre, simultaneamente, uma grande expressão do autogoverno coletivo (da democracia) e é criado o sistema de direitos com todas as suas decorrências. Nesse contexto, a democracia só pode existir porque existem direitos fundamentais e instituições que permitem o autogoverno coletivo⁵⁰⁰. Por outro lado, os direitos fundamentais só são assegurados, pois as decisões democráticas direcionam a ação do Estado e da sociedade. A democracia enquanto autogoverno coletivo é a maior garantia de proteção dos direitos, pois

⁴⁹⁷ Devemos alertar que a noção de autogoverno ora desenvolvida se aproxima daquilo que Nino fundamenta como princípios morais. Contudo, ela não é redutível à noção de princípio tal como formulada pelo autor argentino.

⁴⁹⁸ OVEJERO, Félix. **Incluso un pueblo de demonios**: democracia, liberalismo, republicanismo. Madrid, Buenos Aires: Katz, 2008, p. 145

⁴⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 167.

⁵⁰⁰ Não é possível criar uma Constituição democrática sem a oportunidade de debater sobre ela (liberdade de expressão), sem que haja reuniões dos cidadãos para discutir a nova Constituição (liberdade de reunião) e assim por diante.

não há melhor maneira de garantir direitos do que os exercitando⁵⁰¹. Habermas chama essa relação intrínseca e indissociável de “co-originalidade” entre o direito e a democracia. A co-originalidade, contudo, como próprio Habermas admite, tem suas origens na intuição rousseauiana que foi posteriormente desenvolvida por Kant⁵⁰²⁻⁵⁰³.

A gênese do texto constitucional brasileiro (democrático) pressupõe um ato de autodeterminação de pessoas que se consideram livres e iguais e que se atribuem reciprocamente o mesmo sistema de direitos. Esse é o sentido da promulgação de uma Constituição democrática. Tal gênese pressupõe o autogoverno individual para que possa ocorrer o autogoverno coletivo. É plausível conceber o autogoverno como um ideal que faz jus a essa ideia, na qual está implícita a maneira como são redigidas as constituições democráticas, e, especialmente, como foi elaborada a Constituição brasileira⁵⁰⁴.

Mas o autogoverno pode também ser justificado do ponto de vista do próprio texto, isto é, *intranormativo*. Desde tal perspectiva, poderíamos elencar inúmeras disposições que comprovam essa afirmação, a começar pelo *caput* do artigo primeiro da Constituição que dispõe que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito. Em seguida, no mesmo artigo o inciso III e V, respectivamente, prescrevem que a dignidade humana e o pluralismo político são fundamentos dessa República. No parágrafo único do art. 1º está disposto que “todo poder emana do povo”. É

⁵⁰¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**.... v. 2, p. 159.

⁵⁰² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**.... v. 1, p. 122 e ss. Pietro Costa observa que as constituições do segundo pós-guerra se aproximaram do constitucionalismo do final do setecentos ao positivarem declarações protegendo direitos fundamentais, que, entretanto, não são mais direitos naturais, mas direitos decorrentes do próprio direito positivo, mas que não podem ser superados por ele. Podemos acrescentar que essa aproximação com o constitucionalismo dos setecentos também se verifica no plano teórico ao se tentar compatibilizar a proteção dos direitos fundamentais (não mais direitos naturais) com o autogoverno (democracia). COSTA, Pietro. **Democracia Política e Estado Constitucional**. In: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: Ensaio de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 239-261.

⁵⁰³ Reconhecer a co-originalidade não tem como corolário a afirmação de que não haverá, em hipótese alguma, conflitos entre os direitos e a democracia ou entre o constitucionalismo – entendido como limitação do poder- e a democracia (autogoverno coletivo). Nino compreendeu muito bem isso ao falar em tensões entre as várias dimensões da sua concepção de Constituição. A tensão entre facticidade e validade central para Habermas também desautoriza essa interpretação.

⁵⁰⁴ Sobre a constituinte, ver: SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia - Título por título em um desenho (quase) lógico**: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

inconcebível uma República que constitui um Estado Democrático de Direito, na qual os cidadãos não são tratados com (igual) dignidade; na qual as diferenças políticas não são respeitadas. Aliás, afirmar a dignidade humana como fundamento da República já implica em um comprometimento radical com cada cidadão que dela faz parte. Além disso, essa República é um Estado Democrático de Direito e como tal, seus atos só podem resultar de uma vontade democrática. Não obstante, para que não haja dúvidas há, ainda, a previsão no parágrafo único desse artigo de que o poder “emana do povo”. Ora, na República Federativa do Brasil o Estado só será Democrático se buscar concretizar a vontade do povo. Porém, não poderá efetivar a vontade popular sem respeitar a igual dignidade de todos, sem obedecer ao Direito. O Direito, por sua vez, não poderá violar a igual dignidade dos cidadãos. Essa tensão dialética vai ser melhor compreendida na sequência. No momento, a interpretação feita do primeiro artigo da Constituição já expõe a compatibilidade do autogoverno sob o viés *intranormativo*. A exposição de outras disposições só confirmaria isso, sobretudo as elencadas nos itens anteriores desse capítulo que dizem respeito ao regime democrático.

O autogoverno passa, também, no “teste” de fundamentação dos discursos práticos. É necessário compreender como. Nino e outros filósofos defendem que o discurso moral tem alguns traços formais⁵⁰⁵. Para justificar algum princípio moral que sirva como um guia para ações e atitudes⁵⁰⁶, algumas exigências devem ser preenchidas, isto é, esses princípios devem ser: *públicos, gerais, supervenientes e universais*. Eles são públicos, pois todos as pessoas podem conhecê-los; gerais porque estabelecem soluções normativas para casos definidos sobre a base de propriedades e relações genéricas; supervenientes às questões fáticas e dotados de universalidade, no que diz respeito à generalidade, mas tratam principalmente do fato de que qualquer potencial participante do discurso moral pode justificar suas atitudes sobre a base do mesmo princípio⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**: Un ensayo de fundamentación. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 104 e ss.

⁵⁰⁶ Conforme já expusemos no capítulo 2, para Nino a reconstrução do sistema jurídico (e da Constituição) deve ser precedida pela fundamentação destes princípios morais que servem como critério para julgarmos as práticas constitucionais.

⁵⁰⁷ NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**..., p. 110-111.

Para enfrentarmos essa questão, precisamos compreender o que significa autogoverno.

Vimos que toda sociedade, Constituição ou instituição possui uma “filosofia pública” que traz em si a concepção moral que as informam. Portanto, não podemos escapar dessa condição. Sabemos, também, que as sociedades e as instituições não são produtos da natureza ou que “caíram do céu”. Pelo contrário, são criações humanas e como tais contingentes e sujeitas a revisões. Salvo raras exceções, ninguém gosta de se submeter à vontade alheia sem consentir, seja de sua família, seja da sua comunidade ou de alguma instituição. É bastante razoável pensar que ninguém além da própria pessoa pode dizer qual rumo quer dar para sua vida. O autogoverno parte dessa ideia simples, porém, fundamental, de que cabe às pessoas pensarem, refletirem e decidirem sobre qual rumo querem dar às suas vidas. Algum liberal poderia afirmar que o liberalismo sustenta o mesmo. Não é o caso. Aqui surgem as diferenças essenciais. A maioria dos autores liberais acredita que as pessoas devem decidir os rumos das suas vidas a partir de uma decisão racional tomada a partir de sua reflexão individual. O autogoverno não compartilha dessa premissa.

Nossas preferências são uma combinação de fatores complexos que se referem desde questões genéticas a disposições incorporadas socialmente (os *habitus*)⁵⁰⁸. Elas não são fruto somente das nossas reflexões racionais, pois muitas vezes somos induzidos pelas disposições que incorporamos durante o processo de aprendizado; ou somos ludibriados por técnicas publicitárias que criam falsas necessidades; ou possuímos preconceitos arraigados dos quais não nos damos conta. Somos pessoas racionais, mas dotados de uma racionalidade imperfeita⁵⁰⁹. E, ainda que fossemos dotados de uma racionalidade perfeita para tomarmos decisões não é possível conceber as

⁵⁰⁸ Sobre a formação das personalidade e das preferências ver: OVEJERO, Félix. Ob. cit.; ELIAS, Nobert. **A Sociedade dos Indivíduos**. Trad.: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994; BOURDIEU, Pierre. **A Distinção: crítica social do julgamento**. Trad. Daniela Kern; Guilherme J. F. Teixeira. São Paulo: Edusp; Porto Alegre; Zouk, 2007; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)**: Repensando a dimensão funcional do Contrato, da Propriedade e da Família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

⁵⁰⁹ GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo versus Democracia*. In: GARGARELLA, Roberto (coord.). **Teoria y Crítica del Derecho Constitucional**. Tomo I. Democracia. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 38; sobre a racionalidade imperfeita em geral: ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality**. ed. rev. New York: Cambridge, 1993.

peças como anteriores ou independentes das relações sociais (da sua sociedade)⁵¹⁰.

Ciente disso, o autogoverno visa combinar a ideia de que as pessoas devem dar a direção e o controle da própria vida, residindo em uma sociedade na qual as outras pessoas também querem se autogovernar. Surge, então, uma dificuldade para coordenar essas ações. Como realizar essa coordenação?

Em primeiro lugar, concebemos que as pessoas são dotadas de uma racionalidade limitada e, por isso, são falíveis⁵¹¹. Elas erram por diversos motivos: por falta de informações, por preconceitos, por serem induzidas a equívocos, etc. Alguns desses problemas podem ser mitigados com a instauração de uma discussão coletiva que forneça informações que não existiam antes, que permita a superação de erros fáticos ou lógicos, que possam tematizar questões que estavam “recalcadas”⁵¹².

Em segundo lugar, para que as pessoas possam dizer o rumo das suas vidas é necessário, no caso de uma decisão coletiva, que todos os possíveis afetados pela decisão sejam ouvidos⁵¹³. Não há autogoverno se a opinião de uma pessoa vale mais do que outra, ou, se uma pessoa é ouvida e outra não. É necessário, portanto, que todos sejam tratados com a mesma dignidade e que detenham os mesmos direitos⁵¹⁴.

Em terceiro lugar, o caráter coletivo da decisão não implica sua perfeição. Aumentar o número de pessoas que participam da decisão não significa que acabamos com a falibilidade de cada um. A decisão coletiva provavelmente será melhor que a decisão individual pelos motivos já expostos, porém, isso não significa que ela será perfeita e infalível, ou que a “voz do povo

⁵¹⁰ Cf. SANDEL, Michel. Ob. cit.

⁵¹¹ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno...**, p. 120-132. Gargarella afirma que essa era a premissa para a construção de um sistema político para autores como Thomas Jefferson ou Thomas Paine, chamados por ele de “genuinamente radicais” ou “radicais não populistas”. Nessa linha, cf.: JEFFERSON, Thomas. **Writings**. 9ª reimp. New York: Library of America, 1984, p. 1146-1148, e 1391-1395. PAINE, Thomas. *The Rights of Man*. In: PAINE, Thomas. **Collected Writings**. 8ª reimp. New York: Library of America, 1984, p. 441 e ss., e, 586 e ss.

⁵¹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia...**, v. 2, p.34-41, e 91 e ss.

⁵¹³ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno...**, p.120-123. Poderiam ser citados praticamente todos os autores que defendem um modelo de democracia deliberativa.

⁵¹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social...**, p. 37-43.

é a voz de deus”, isto é, que o povo não erra⁵¹⁵. Decisões democráticas também podem estar equivocadas. Esse é, aliás, o “risco” da democracia. Mas não há nada a se fazer. Esse é o “risco” da condição humana (falível). Uma decisão coletiva implica em assumir a responsabilidade dessa decisão. Pensar o contrário é abdicar do autogoverno.

Em quarto lugar, as decisões coletivas, fruto do autogoverno, não podem impor ideais de excelência pessoal⁵¹⁶, nem podem impedir que a pessoa assuma a responsabilidade pelos seus atos e atitudes.

Por fim, o autogoverno individual implica algumas condições. Uma pessoa não se autogoverna se ela não tem acesso à educação, ou à saúde, dentre outras condições que são indispensáveis para que ela possa refletir e discutir sobre quais rumos quer dar para a sua vida ou de sua comunidade. Por isso, o autogoverno impõe um critério objetivo para julgarmos algumas situações, por exemplo, desigualdades brutais devem ser combatidas. O autogoverno individual e coletivo só é possível se não existirem desigualdades enormes, pois o fato delas existirem significa que algumas pessoas se “autogovernam demais” à custa da redução do autogoverno alheio. Só é possível ampliar o autogoverno coletivo se for ampliado o autogoverno individual, disso decorre que as pessoas devem construir seus projetos de vida a partir de um igual ponto de partida⁵¹⁷.

Quais são as consequências dessa noção (do autogoverno)?

O autogoverno não é uma maneira de falar em autonomia com outra palavra. Não é só uma “mudança de rótulos”. A autonomia se refere predominantemente ao campo normativo – a noção de criar normas⁵¹⁸. O autogoverno não se refere só à possibilidade de editar normas, ele requer também que se possa executá-las. Eis a primeira consequência.

Há também uma bifurcação. Falar em autogoverno implica falar em autogoverno individual e coletivo. Cientes que as preferências individuais são

⁵¹⁵ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno...**, p.122-123; HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia...**, v. 2, p. 184 e ss.

⁵¹⁶ OVEJERO, Félix. Ob. cit, p. 133.

⁵¹⁷ Aqui há concordância com republicanos e liberais igualitários (como Rawls, Dworkin ou Nino), como bem observa Gargarella. GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 210-216.

⁵¹⁸ Além de que, em muitos casos, faz referência ao sujeito transcendental kantiano, o que é incompatível com o que defendemos aqui.

construídas intersubjetivamente, não justificamos o autogoverno individual como uma versão da autonomia privada. O autogoverno individual diz respeito tanto ao espaço privado como público. No âmbito privado ele impõe um limite à imposição de ideias de excelência pessoal, ou seja, limita as decisões perfeccionistas, pois elas impedem que cada pessoa crie o seu projeto de vida, além de carecem de valor epistêmico⁵¹⁹. Destarte, nesse ponto, o autogoverno individual subsume o anti-perfeccionismo inscrito no texto constitucional. O autogoverno individual também requer igualdade nos pontos de partida, caso contrário será estabelecido o autogoverno para uns e a servidão para outros. Isso não é defensável à luz do autogoverno. A igualdade dos pontos de partida significa que a pessoa deve ter condições para refletir, discutir e decidir, e, caso não tenha, tais condições devem ser fomentadas⁵²⁰. Se houverem bloqueios que impedem o autogoverno, eles devem ser removidos. Outra face do autogoverno individual é que as decisões tomadas após esse processo de reflexão, discussão e decisão ensejam a responsabilidade do cidadão. A pessoa deve ser responsável pelas escolhas (ações e omissões) que toma.

Do ponto de vista coletivo, o autogoverno requer um governo democrático. O governo democrático exigido pelo autogoverno é tão exigente que praticamente só se adéqua a uma democracia deliberativa, nos termos aqui expostos. Por isso, para que haja realmente autogoverno coletivo é necessário: i) que todos tenham iguais condições para se manifestar nas decisões que *potencialmente* afetem suas vidas; ii) os arranjos institucionais devem estar estruturados para fomentar a discussão pública e a participação de todos os possíveis afetados; iii) as decisões fruto de um processo de

⁵¹⁹ Nesse sentido ver a exposição de Ovejero justificando a partir das concepções republicanas as preferências sexuais, cf.: OVEJERO, Félix. Ob. cit, p. 133. A pesar da influencia de autores clássicos como Maquiavel e Rousseau, um republicanismo compatível com a Constituição brasileira e adequado ao nosso país não pode simplesmente instrumentalizar os sujeitos em prol de um bem comum. O republicanismo requer virtudes que são indispensáveis para viver em sociedade. Todavia, após Kant não é possível afirmar a prevalência de uma ideia de bem comum que possa instrumentalizar os indivíduos. República e democracia têm limites, sem as pessoas elas não podem existir. Cada pessoa (cidadão) é fundamental para a comunidade (se autogovernar), por isso não podemos instrumentalizar as pessoas em prol de um bem maior.

⁵²⁰ “A simples atitude de abstenção do Estado diante das gritantes desigualdades sociais e do uso do *poder econômico* pelos grupos que o detêm termina por operar como fator de desigualação, com conseqüências – até políticas – alarmantes. Daí o impor-se ação positiva e concreta do Estado na promoção efetiva da igualdade, ao lado de legislação compensatória das desigualdades. Nessa linha estão inúmeros preceitos constitucionais concernentes à ordem econômica e social. Tal postura, porém, tem-se revelado manifestamente insuficiente.” ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 163.

discussão coletiva e dotadas de valor epistêmico devem ter reflexo na gestão do Estado. O autogoverno coletivo, assim como o individual, requer uma revisão das brutais desigualdades políticas e econômicas que nos assolam. Contrariando o senso comum, o autogoverno nos chama a atenção para o fato de que a concentração de renda e de poder impede que todos possam decidir sobre o rumo de suas vidas, pois o poder de influência e da decisão de algumas pessoas é muito maior que de outras⁵²¹. Isso contraria, também, a exigência de igual respeito a todos os cidadãos, porque desigualdades políticas e econômicas muito grandes impedem que as pessoas decidam sobre os rumos da sua vida ou da sua comunidade. Por isso, o autogoverno não é neutro diante do sistema econômico e político⁵²². Ora, consoante com as ideias aqui desenvolvidas, não se deve dar preferência ao *status quo* diante das alternativas possíveis⁵²³. Ele só é mais uma alternativa que está em pauta, nem a primeira, nem a última. Com o princípio do autogoverno, temos uma medida para repensá-lo à luz da nossa convicção partilhada de que constituímos uma comunidade de pessoas livres e iguais.

Após essa exposição podemos verificar que o autogoverno consegue cumprir os requisitos de publicidade, pois todos podem conhecê-lo; de generalidade, já que estabelece soluções normativas sobre a base de

⁵²¹ GARGARELLA, Roberto. **Crítica de la Constitución**: sus zonas oscuras. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004 (col. Clave para todos), p. 99-108. A propósito, pertinentes as palavras de Habermas “Por isso, na sua respectiva comunidade jurídica, *ninguém* é livre enquanto a sua liberdade implicar a opressão do outro. Pois a distribuição simétrica dos direitos resulta do reconhecimento de todos como membros livres e iguais. Esse aspecto do respeito igual alimenta a pretensão dos sujeitos a iguais direitos. O erro do paradigma jurídico liberal consiste em reduzir a justiça a uma distribuição igual de direitos, isto é, em assimilar direitos a bens que podem ser possuídos e distribuídos. No entanto, os direitos não são bens coletivos consumíveis comunitariamente, pois só podemos ‘gozá-los’ *exercitando-os*.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**.... v. 2, p. 159.

⁵²² Ao contrário do paradigma procedimental de Habermas. O republicanismo chama a atenção para o fato de que existem pré-condições econômicas ao autogoverno, por isso sua relação com o sistema capitalista não é pacífica uma vez que esse sistema pode, de diversas formas, criar bloqueios ao autogoverno. Às vezes as pessoas até querem, porém, não conseguem, participar de debates ou se informar sobre questões públicas pois tem que trabalhar mais de dez horas por dia, e ainda, ao final do dia, fazer o trabalho doméstico. Algumas situações de extrema desigualdade reforçam situações de exclusão, porque tornam muito custosa a participação para a pessoa ou grupo excluído. Buscando enfrentar este tipo de dificuldades, Thomas Paine já defendia em sua obra *Agrarian Justice* que cada pessoa poderia receber uma renda mínima para que fosse assegurada a ela alguma independência financeira, e, assim, pudesse decidir sobre a sua vida, cf.: PAINE, Thomas. *Agrarian Justice*. In: PAINE, Thomas. **Collected Writings**. 8ª reimp. New York: Library of America, 1984, p. 400 e ss. Sobre as pré-condições econômicas ao autogoverno ver: GARGARELLA, Roberto. **Crítica de la Constitución**..., p. 90-110.

⁵²³ GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo versus Democracia*..., p. 37.

propriedades e relações genéricas (conforme visto acima); ele é superveniente aos fatos, e dotado de universalidade, pois os potenciais participantes do discurso moral podem justificar suas atitudes sobre a base desse princípio.

Por visar à ampliação do autogoverno individual e coletivo o republicanismo ora articulado reclama a revisão de uma série de pressupostos do discurso liberal dominante no âmbito constitucional. O liberalismo parte da premissa de que os indivíduos são sujeitos racionais e predominantemente egoístas. A maioria das nossas instituições políticas e econômicas foi concebida pressupondo essa visão antropológica – esse “tipo” de homens e mulheres. Todavia, muitos liberais ignoram o fato de que diversas ações no plano político e econômico não são um conjunto de várias ações individuais, mas uma grande ação coletiva para a qual cada pessoa contribui de alguma forma. Para que essas ações coletivas ocorram são necessárias algumas condições externas aos indivíduos. Segundo o liberalismo dominante o Estado e a sociedade devem promover algumas práticas para promover a maior autonomia dos cidadãos, desde que não haja de forma paternalista. O paternalismo consiste em uma interferência excessiva do Estado na esfera de autonomia dos cidadãos, como se fosse um “pai” que trata o cidadão como um “filho” que deve ser tutelado. Nossa visão se diferencia dessa.

Nem todo paternalismo é inconstitucional para o republicanismo centrado no autogoverno. Para esses republicanos, ao contrário de muitos liberais, o paternalismo pode ser legítimo quando ele fortalece a capacidade decisória do cidadão⁵²⁴. Fortalecer a capacidade decisória não significa substituir a vontade do cidadão; trata-se de eliminar os eventuais bloqueios para que ele possa tomar uma decisão sem constrangimentos. Assim, medidas que promovam fontes alternativas de informação; que incentivem o debate dos temas em pauta; ou que assegurem condições materiais⁵²⁵ para que haja uma decisão são legítimas e necessárias. O cidadão não é tratado como uma criança ou um incapaz que precisa de um tutor, simplesmente são lhe asseguradas as condições para que ele possa decidir sobre a sua vida

⁵²⁴ GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo y privacidad. In: GARGARELLA, Roberto (coord.). **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Tomo II. Derechos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 791-793.

⁵²⁵ Condições materiais dizem respeito à garantia das condições mínimas para uma vida digna (alimentação, saúde e educação), mas também a proteção contra ações que busquem restringir a reflexão e a decisão autônoma da pessoa.

(individual e da sua comunidade). Por isso, desde que devidamente justificadas poderão ocorrer restrições ao autogoverno individual e coletivo se servirem à ampliação da capacidade decisória daqueles que não podem gozar dela⁵²⁶.

Portanto, leis que proíbem a violência doméstica, como a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), apesar de criminalizarem condutas, são, aos olhos do autogoverno, constitucionais⁵²⁷. Ora, não existe autogoverno público se a mulher que vai à rua protestar, que escreve nos jornais, que constitui suas relações de trabalho e afetivas; enfim, chega à sua casa e sofre inúmeras violências e opressões do seu cônjuge. Não há violação à liberdade nesse caso, muito menos restrição a direito fundamental⁵²⁸. Há a concretização da norma constitucional que dispõe sobre a coibição pelo Estado da violência doméstica (§ 8º, do art. 226). Essa norma é justificada, não só concretizada, à luz do republicanismo exposto.

Além disso, o autogoverno nos lembra que se uma pessoa não é livre, ninguém da comunidade (da República Federativa do Brasil) o será. Por isso, todos nós somos responsáveis pelas violações dos direitos, já que os direitos são transgredidos dia e noite com a nossa cumplicidade (por nossas omissões em não defendê-los). Assim, se uma pessoa padece de impedimentos para se autogovernar há uma infração aos direitos de toda a comunidade, porquanto, ao contrário do que defendem os liberais, os direitos existem a partir do momento que existe a comunidade política e nós só poderemos falar em Direito ou direitos quando há sociedade. Em outras palavras, não existe direito de “um homem só” – anterior a vida em sociedade. Os direitos são de todos e só

⁵²⁶ Aqui poderia ser aplicado o princípio da diferença de Rawls. Não há espaço nesse trabalho para desenvolver isso, mas essa fundamentação é corrente com o discurso articulado por Nino ao tratar do princípio da autonomia, ou por Álvaro de Vitta, ao trabalhar a realidade brasileira a partir da teoria rawlsiana. Cf.: RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.79 e ss.; NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa...**, p. 91-94; e VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos...**, p. 201 e ss.

⁵²⁷ Esse também foi o entendimento – unânime – do Supremo Tribunal Federal ao julgar o *habeas corpus* 106212, no dia 24 de março de 2011. Para mais detalhes, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=175260> . Acesso em: 25 de março de 2001. Para uma interessante discussão a respeito HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe; Milton Camargo Mota. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 293-305. E as considerações de Habermas tecidas no segundo volume de Direito e Democracia.

⁵²⁸ Há algum direito fundamental a restringir a autoestima e a integridade alheia?

podem ser exercidos intersubjetivamente⁵²⁹. Muitos liberais têm dificuldade em compreender essa dimensão intersubjetiva dos direitos e a confunde com alguma forma de organicismo. Essa confusão ocorre porque essa filosofia idealiza as pessoas como mônadas isoladas umas das outras. Sabemos, e a sociologia tem inúmeros estudos que demonstram isso, que as pessoas não são “ilhas” separadas do seu meio-ambiente, são, no máximo, ilhas de um arquipélago, que “interagem” umas com as outras e com o seu *habitat*. Portanto, afirmar a dimensão intersubjetiva da proteção aos direitos não significa afirmar uma concepção organicista de sociedade; pelo contrário, cientes da dimensão intersubjetiva podemos pensar formas diferenciadas para proteger os nossos direitos.

Após esses esclarecimentos podemos enfrentar a questão da obrigatoriedade do voto. A argumentação de Nino é perfeitamente aplicável aqui, passaremos a expô-la em virtude da consonância com o que se tem defendido neste trabalho.

Para Nino, visões que estabelecem uma virtude cívica à força são *perfeccionistas*⁵³⁰. Apesar de compreender a obrigatoriedade do voto como uma *virtude cívica*, Nino defende sua manutenção, pois a solução não é abandonar a participação. Devemos criar mecanismos que não absorvam todo o tempo livre dos cidadãos. Por isso, uma participação moderada não expõe ao risco do perfeccionismo.

Ademais, a participação pode ser requerida por várias razões não perfeccionistas. Em primeiro lugar, um governo democrático é um bem público, isto é, um bem de todos. Destarte, não é justo que alguém desfrute dos benefícios do governo como se “pegasse uma carona” – *free-rider*⁵³¹.

Em segundo lugar, participar da discussão é essencial para proteger os interesses daqueles que estão em uma situação similar. Por fim, a participação

⁵²⁹ Há uma longa tradição republicana que defende essa visão como, por exemplo, Maquiavel, Rousseau, Jefferson, Paine, contemporaneamente, Habermas, Gargarella e Ovejero.

⁵³⁰ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**....,p. 215.

⁵³¹ Sobre o efeito carona, ver: GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

pode ser exigida como uma forma de *paternalismo não perfeccionista*⁵³². Ora, a não participação (ou o afastamento) de certos grupos⁵³³ pode reforçar a sua exclusão. Muitos grupos, sobretudo aqueles que a participação é mais custosa (os pobres, menos educados), deixam de participar justamente porque não há opiniões atrativas para eles, o que gera um círculo vicioso: as pessoas não participam já que seus interesses não são levados em consideração e seus interesses não são levados em consideração porque elas não participam.

Por conseguinte, é possível defender o voto obrigatório. O abstencionismo é negativo para todos os cidadãos. Além disso, o *voto obrigatório não é perfeccionista*, pois ele não impõe um ideal de excelência pessoal, e, no caso brasileiro, só exige que a pessoa compareça a sua sessão de votação (ou que justifique a impossibilidade de comparecer) em um ou dois domingos a cada dois anos. Afirmar que se trata de um dever cívico muito exigente ou custoso, é, no mínimo, exagero. Sustentar que há uma violação ao direito à liberdade também é completamente implausível. Defender a liberdade como a ausência completa de restrições só pode ser feito a partir das premissas individualistas liberais, as quais já foram criticadas por serem completamente irreais. Não existe liberdade alguma sem limitações. O simples fato de vivermos em sociedade já implica em inúmeras restrições à liberdade, uma vez que nós temos (querendo ou não) de (com)viver com outras pessoas.

Por outro lado, o voto obrigatório também não nega o abstencionismo. Afinal, a pessoa pode votar em branco ou nulo, e, legitimamente mostrar sua discordância com os possíveis candidatos do pleito. Por fim, se não há uma razão especial para não votar (por convicção religiosa, ou até política) pode se realizar uma objeção de consciência; logo, não há a imposição de um ideal de excelência pessoal⁵³⁴.

Assim, com o autogoverno conseguimos transitar entre as diversas filosofias públicas implícitas ao texto constitucional sem nos abster do nosso radical compromisso com a democracia, com a liberdade e com a igualdade.

⁵³² No mesmo sentido, cf.: GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo y privacidad*. In: GARGARELLA, Roberto (coord.). **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Tomo II. Derechos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 793.

⁵³³ NINO, Carlos. Ob. cit., p. 216 e ss.

⁵³⁴ GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo y privacidad*. In: GARGARELLA, Roberto (coord.). **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Tomo II. Derechos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 793 e ss.

Ainda precisamos verificar se o autogoverno nos dá um instrumental adequado para enfrentar as dificuldades apresentadas pelo direito constitucional brasileiro.

3.4. Autogoverno, dialéticas constitucionais e perspectivas

Desenvolvemos nos dois últimos itens do presente trabalho um discurso centrado no ideal/princípio do autogoverno. Poderíamos afirmar que tecemos uma série de argumentos em prol de uma teoria constitucional republicana, que se funda no que se convencionou chamar de “*republicanismo cívico*”⁵³⁵. O “retorno ao republicanismo” é um movimento plural com várias concepções dentro da mesma tradição teórica. Os teóricos republicanos de hoje não podem ser descritos com a imagem de uma equipe de algum esporte ou como um partido em prol de uma causa⁵³⁶, pelo contrário. Sua imagem se aproxima mais de um caleidoscópio com a sua diversidade de espectros, apesar da tradição em comum. De modo que há republicanismos para todos os gostos, dos mais liberais, aos comunitários até àqueles que se aproximam do socialismo⁵³⁷.

O republicanismo ora articulado se aproxima do liberalismo igualitário ao criticar o perfeccionismo e ao insistir que existem algumas pré-condições indispensáveis para a existência de um regime democrático⁵³⁸. Há outro ponto afim no que toca à concepção de democracia. Sustentamos que a democracia deliberativa é adequada à Constituição e ao ideal do autogoverno. Porém, dele se distancia ao explicitar alguns equívocos na concepção liberal de direito e de

⁵³⁵ A locução “republicanismo cívico” designa a recente retomada das discussões e temáticas tradicionais da tradição republicana. Nesse sentido, ver: GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls...**, p. 183; BIGNOTTO, Newton (org.) **Pensar a República**. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

⁵³⁶ Porque as equipes e os partidos têm, em tese, alguns interesses comuns em vista dos quais trabalham. Sobre as diversidades de visões e teorizações republicanas, ver: Hernández, Andrés. El desafío republicano al liberalismo igualitário de Rawls y los debates sobre libertad, ciudadanía y democracia. In: BOTERO, Juan José (ed.) **Con Rawls y contra Rawls: Una aproximación a la filosofía política contemporánea**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005, p. 195 e ss. OVEJERO, Félix. **Incluso un pueblo de demonios...**, p. 127-131; BIGNOTTO, Newton. Republicanismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 716-719. Além das obras citadas na nota anterior.

⁵³⁷ Cf. GARGARELLA, Roberto. Ob. cit., p. 204-221.

⁵³⁸ Os liberais igualitários e os republicanos afirmam a ideia de “igualdade de oportunidades”, justamente por estarem cientes da necessidade de algumas pré-condições para que haja um governo democrático.

sociedade. O republicanismo chama a atenção para o fato de que as pessoas não atuam politicamente como agentes econômicos operam em um mercado, como defende a teoria do pré-compromisso⁵³⁹. Igualmente, insiste na diferença entre ações individuais e coletivas e na necessidade de pensar as instituições políticas e econômicas levando em consideração a ação coletiva dos diversos atores que constroem o sistema político. Um sistema político não é constituído por atores que agem como se estivessem sozinhos no mundo, como ingenuamente crêem alguns liberais.

Não obstante, alguns republicanos podem afirmar que a visão exposta é muito moderada e simplesmente ignora temas fundamentais para essa tradição como a questão das virtudes cívicas e do patriotismo. Corremos o risco, inclusive, de sermos tachados de “pseudoliberais igualitários”, travestidos com trajes republicanos. Não é o caso, pois conforme vimos no parágrafo anterior há diferenças entre o republicanismo e o liberalismo igualitário. Além disso, não falamos de autogoverno tendo em vista somente considerações teóricas. O princípio do autogoverno é articulado levando em conta as condições históricas e as limitações impostas pelo Direito brasileiro. Por conseguinte, a defesa de algumas virtudes cívicas é compatível com o discurso formulado, desde que sejam respeitados os limites do anti-perfeccionismo e do autogoverno individual. Todavia, a imposição de ideias de excelência pessoal em razão de uma escolha “democrática” não se ajusta ao republicanismo fundado no autogoverno. Postulamos um republicanismo moderado em virtude da complexidade social contemporânea (do fato do pluralismo, do respeito à integridade de cada indivíduo) e das próprias limitações inerentes à constituição de um Estado democrático de direito. Por conseguinte, incabível a defesa “*republicana*” de uma democracia que pode impor sempre a vontade da maioria contra algum indivíduo (ou contra uma minoria). Os indivíduos não podem ser usados como meios para a realização de bens ou metas coletivas⁵⁴⁰. Há que se reconhecer essa contribuição liberal para as reflexões políticas e jurídicas contemporâneas. Com isso, afirmamos que a democracia

⁵³⁹ Ver *supra* 1.2 e 1.4.

⁵⁴⁰ Ver: KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In: Kant. Vol. II, Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril, 1980, p. 101-162, (col. Os Pensadores), p. 135-148; RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**..., p. 4; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

não é um regime no qual tudo está aberto a discussão e a deliberação sempre⁵⁴¹. A democracia (assim como a república) ou qualquer instituição humana pressupõe alguns compromissos. Além disso, como tudo que é construído pelo homem, a democracia tem limites. Assim, se ela não for articulada com os direitos fundamentais não podemos afirmar que se trata de um processo verdadeiramente democrático. Ademais, não diverge do autogoverno uma noção de patriotismo fraca, não carregada de imposições éticas⁵⁴². Com isso, sustentamos que a noção de *patriotismo constitucional* calcada nos direitos fundamentais (ou humanos) e na democracia está plenamente de acordo com o ideal do autogoverno⁵⁴³. Já noções de “patriotismo” tais como aquelas afirmadas durante a ditadura militar como: “Brasil, ame ou deixe-o”; são inconcebíveis porque completamente autoritárias e excludentes.

Além disso, o presente discurso faz parte do que podemos chamar de teorias emancipatórias (ou críticas) do direito. Não é, porém, a única visão emancipatória, compartilhando esse grande rótulo com outros discursos teóricos⁵⁴⁴. Todavia, o diferencial do republicanismo alicerçado na noção de autogoverno é que ele busca enfrentar as problemáticas que se apresentam sem descurar do compromisso com o autogoverno individual e coletivo. Para esse discurso, portanto, constitucionalismo e democracia estão intrinsecamente ligados.

Ora, consoante vimos ao longo do trabalho, a Constituição não é algo pronto (*dado*), ela é construída através das diversas interpretações e práticas, por isso é necessário algum instrumental para que essa (re)construção não seja completamente arbitrária. Por isso, vamos rever alguns pontos da relação entre constitucionalismo e democracia para melhor compreender a pertinência da leitura proposta.

Vimos que a relação entre constitucionalismo e democracia é complexa. Desde o final do século XVIII direito e democracia tem se interpenetrado, como

⁵⁴¹ Há, portanto, acordo nesse ponto entre republicanos, liberais e autores que defendem o pré-compromisso.

⁵⁴² HABERMAS, Jürgen. **Identidades Nacionales y Postnacionales**. Trad.: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 1994, p. 101-104 e 114 e ss.

⁵⁴³ Idem.

⁵⁴⁴ Com os liberais igualitários, democratas radicais, os vinculados às diversas teorias críticas ou à filosofia da libertação, etc.

fos formando o tecido que constitui nossas instituições sociais. Por vezes o Direito (e o constitucionalismo) foi instrumentalizado para assegurar a dominação das classes dominantes, noutras ocasiões foi lançado contra si mesmo promovendo mudanças que desafiam os “direitos” estabelecidos⁵⁴⁵. Com a democracia não foi diferente. Não ousaremos coser novamente este tecido. Somente chamamos a atenção para essas questões de modo a explicitar algumas especificidades que foram apontadas aqui ou acolá. Tratemos, então, de retirar o véu que nos impede de ver os diversos matizes do constitucionalismo e da democracia.

No primeiro capítulo vimos duas versões do constitucionalismo⁵⁴⁶ que privilegiam a dimensão temporal dessa relação. Ackerman e Elster trabalham com a “dificuldade intertemporal” que se apresenta na questão: Como e por que uma geração pode vincular a outra? Elster inclusive denomina isso de “paradoxo da democracia”, e apresenta algumas respostas ao desafio colocado por Thomas Jefferson de que cada geração deve possuir o direito a se autogovernar⁵⁴⁷.

As teorias da democracia no segundo capítulo analisam essa relação por outro viés. Especialmente Habermas e Nino vão demonstrar a tensão não suprimível existente entre facticidade e validade, e entre constitucionalismo e

⁵⁴⁵ Referimo-nos ao caso do fim da escravidão. Havia aqueles que afirmavam o direito “natural” à propriedade contra as propostas abolicionistas. Foi necessária uma mudança na compreensão do que se entendia por direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade para que a escravidão fosse abolida. Importa observarmos que esse processo não ocorreu sem a discordância dos proprietários de escravos, que, no Brasil, inclusive requereram indenizações em face da violação ao seu “direito à propriedade”.

⁵⁴⁶ É plausível a alegação de que as teorias sobre o constitucionalismo são, na verdade, teorias (também) sobre a democracia. Isso só demonstra a relação de indissociabilidade que estabelecemos entre um e outro sobretudo a partir do final do século XVIII.

⁵⁴⁷ Desde a sua promulgação da Constituição dos Estados Unidos (em 1787) muitos dos principais atores desse período já se debruçavam sobre a mesma questão que preocupava os franceses alguns anos depois: pode uma geração legar a sua concepção de Direito à outra? Os franceses responderam essa questão negativamente. Na Constituição francesa de 1793 (da segunda república) prevê o artigo 28 que uma “geração não pode assujeitar às suas leis as gerações futuras”. Essa problemática ficou mais conhecida pela famosa expressão de Thomas Jefferson em uma carta ao seu amigo James Madison na qual ele afirma “que a terra está em usufruto para aqueles que nela vivem;’ que os mortos não têm nem direitos nem poderes sobre ela.” Jefferson também afirma que é um princípio básico de qualquer governo que uma geração não pode obrigar a geração seguinte. A partir dessa premissa ele faz um cálculo (com base nas estatísticas da época) de que a cada 19 anos deve ser convocada uma nova Assembleia Constituinte, assim, cada geração pode pelo menos uma vez na vida participar da redação das regras que a governam. Cf.: JEFFERSON, Thomas. “The Earth Belong to the Living”, Letter to James Madison. Paris, September 6, 1789. In: JEFFERSON, Thomas. **Writings**. 9ª reimp. New York: Library of America, 1984, p. 959-964.

democracia. Com Habermas vimos que essa tensão já está inscrita na própria linguagem e perpassa diversas instâncias e instituições do social. Já Nino explica as possíveis tensões que a ampliação dos direitos fundamentais pode gerar: muitos direitos fundamentais (concretizados) garantem a qualidade da decisão fruto de um processo democrático, porém, ao mesmo tempo, eles limitam os temas que podem ser objeto dessa decisão.

Por outro lado, conjugando os pensamentos de Habermas e Nino com uma poderosa intuição de Pietro Costa podemos afirmar que os direitos fundamentais permitem a transcendência do ordenamento a partir dele mesmo⁵⁴⁸. Ora, uma vez positivados os direitos fundamentais não são mais direitos naturais, tratam-se de direito positivo. Após os desenvolvimentos do constitucionalismo americano, da obra de Kelsen, de Hesse e da “escola da efetividade” no Brasil, ninguém afirmará que os dispositivos contidos na Constituição não são normas que devem ser imediatamente efetivadas. Destarte, indubitavelmente os direitos fundamentais são normas jurídicas. Todavia, os direitos fundamentais ao serem exercidos geram pretensões que provocam os diversos intérpretes a repensá-los à luz das novas situações de fato e de suas convicções. Ou, para dizermos em outros termos: a cada momento que um direito fundamental é exercido instaura-se uma pretensão sobre a interpretação daquele direito fundamental, vale dizer, a pessoa postula que sua interpretação seja correta (válida e justa). Da mesma forma, a cada interpretação discutimos quais situações podem ou não ser protegidas (*tuteladas*) por esse direito, isto é, apresentamos uma interpretação sobre o “âmbito de proteção” de algum direito fundamental⁵⁴⁹. Mas cada pretensão que aspira afirmar uma nova leitura de um direito fundamental instaura um novo processo de autocompreensão da sociedade, e de releitura de todo ordenamento⁵⁵⁰. Isso pode ser visto claramente em relação ao direito à

⁵⁴⁸ COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia...**, p. 257-258. Habermas fala em “transcendência a partir de dentro”.

⁵⁴⁹ Sobre o “âmbito de proteção” dos direitos fundamentais, cf.: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais: Direito Estadual II**. Trad. António Franco; António Franco de Sousa. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008, p. 69 e ss.; MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad.: Peter Naumann. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35 e ss.; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 72-73.

⁵⁵⁰ Por isso que autores como Thomas Nagel e Jeremy Waldron vão destacar o fato de que as pessoas divergem sobre seus direitos (em relação ao sentido deles, ou, em termos

igualdade, prescrito na Constituição dos Estados Unidos, que, ao longo de duzentos anos, já abrangeu situações como a escravidão de inúmeros norte-americanos, a doutrina “*separados mas iguais*” e até a defesa de ações afirmativas⁵⁵¹.

Esse fenômeno ocorre todos os dias, de modo que constitucionalismo e democracia estão constantemente em movimento, nessa dialética de tensões recíprocas que os constituem. Note-se que provavelmente o julgamento da ADPF 154 sobre a antecipação do parto no caso de anencefalia poderá ensejar uma nova compreensão sobre o direito à vida, só para ficarmos com um exemplo, mas uma infinidade poderia ser fornecida. É nesse sentido, portanto, que os direitos fundamentais permitem, segundo a paradoxal expressão de Habermas, uma “*transcendência a partir de dentro*”⁵⁵², sem recursos à metafísica do direito natural. Como consequência disso, a democracia e o exercício dos direitos fundamentais também provocam novas compreensões sobre o que são ou devem ser as instituições que estão obrigadas simultaneamente a respeitá-los e a trabalhar a favor de sua materialização. Desse movimento de *idas e vindas* surgem novas pretensões e necessidades de revisão do arranjo institucional de modo que ele cumpra suas pretensões. Postulamos que essa é a segunda dimensão da dialética constitucional.

Canotilho menciona que a relação entre constitucionalismo e democracia produz mais dois dilemas: de um lado, o dilema liberal instaura o conflito entre a proteção dos direitos de uma pessoa em face das deliberações de todos (o dilema: um/todos); do outro, o dilema comunitário põe as dificuldades relacionadas à unidade ou à pluralidade – de comunidades, de visões de vida boa –⁵⁵³ (é o dilema: unidade/pluralidade). É lícito afirmar com Michel Rosenfeld e Alain Touraine que os dilemas colocados por Canotilho, como ele

mais técnicos, em relação ao seu âmbito de proteção). Cf.: NAGEL, Thomas. *Los derechos personales y el espacio público*. KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald.C (org.). **Democracia Deliberativa y Derechos Humanos**. Trad.: Paola Bergallo; Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 47-64; WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford, 2004.

⁵⁵¹ Ver: STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis Michael; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V.; KARLAN, Pamela S. **Constitutional Law**..., p. 447-500.

⁵⁵² HABERMAS, *Direito e Democracia*, vol. I., p. 35 e ss. Provavelmente Habermas não utilizaria essa expressão para designar aquilo que estamos tratando. Porém, a usamos pois expressa em uma fórmula sintética aquilo que queremos dizer (deve-se, contudo, estar ciente dessa possível divergência).

⁵⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**..., p. 1450-1452.

admite, referem-se à problemática da(s) identidade(s) no mundo contemporâneo globalizado e multicultural⁵⁵⁴. Vislumbramos, nesse ponto, a terceira dimensão entre constitucionalismo e democracia, na qual existem identidades em disputa sobre os sentidos que são atribuídos à Constituição.

Afinal, quais dessas três dimensões descrevem essa relação tão discutida? Só existem três dimensões ou poderão existir outras?

Na verdade, as três dimensões descrevem aspectos importantes dessa relação dialética entre constitucionalismo e democracia. Por isso, afirmamos que não há uma dialética, mas dialéticas constitucionais, já que elas se chocam umas com as outras⁵⁵⁵. Porém, essas e outras tensões que ainda possam ser identificadas dizem respeito à identidade do “sujeito” constitucional, isto é, remetem à identidade da própria Constituição e da comunidade política que constitui essa norma constitucional⁵⁵⁶. Essa ideia parece estar implícita aos raciocínios de Ackerman, Rosenfeld ou Habermas. Uma interpretação constitucional busca dar sentido ao texto constitucional, e, simultaneamente, em uma dimensão simbólica, nos capacita a construir a imagem que temos de “nós” enquanto sociedade. A ligação entre constitucionalismo e democracia permite a ideia de um “*patriotismo constitucional*” calcado nos direitos fundamentais e na democracia, que *está sendo construído* e não tem data certa para acabar. A amálgama fornecida pelo patriotismo constitucional não exige uma referência às tradições éticas, ou a projetos de vida boa, porquanto a comunidade só se constitui porque fundada sob a base de um Estado democrático de direito, cujos sentidos são atribuídos a todo instante pelo seu povo. A promulgação da Constituição não termina o processo de formação da identidade coletiva, pois esse processo é (está) aberto para história (passada, presente e futura)⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ ROSENFELD, Michel. Ob. cit., p. 109-115; TOURRAINE, Alain. **O que é a democracia?** Trad.: Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 171-176.

⁵⁵⁵ Dialéticas aqui não necessariamente no sentido hegeliano ou marxista. É fundamental compreender que há uma dialética da polaridade (ou implicação), já que um termo implica (e constitui) o outro. Não sendo possível pensá-los de maneira dissociada. Sobre a dialética da polaridade/implicação, ver: REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a ed. 9^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁵⁶ Falar em identidade constitucional é responder questões como: o que é uma Constituição? O que nossa Constituição constitui? Quem somos nós? Quem queremos ser?

⁵⁵⁷ ROSENFELD, Michel. Ob. cit., p. 18 e ss. e 41; HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia...**, v. 2, p. 180.

Por isso, falar em constitucionalismo não é falar em pré-compromisso, uma vez que estamos constantemente nos comprometendo uns com os outros na construção da sociedade em que vivemos. O texto normativo que denominamos por Constituição só tem sentido à luz dessas práticas que se configuram como uma grande ação coletiva, como um grande processo de aprendizagem no qual podemos nos equivocar⁵⁵⁸. Por isso o autogoverno é essencial para lidar com essa relação tensa entre o constitucionalismo e a democracia, que nos levam ao processo de constante revisão dos sentidos dados às nossas práticas, instituições e ao nosso Direito.

Mas resta saber: de que maneira o republicanismo (autogoverno) pode contribuir sob o ponto de vista teórico para lidar com essas questões? O republicanismo propõe uma reconstrução da teoria constitucional⁵⁵⁹. Essa maneira de trabalhar com o Direito Constitucional nos permite lidar com a tensão entre real e ideal, entre constitucionalismo e democracia, entre facticidade e validade⁵⁶⁰. Isso só é possível devido aos avanços da linguística, da filosofia da linguagem e da epistemologia aplicados à teoria política e à teoria constitucional. Com eles, sabemos, por um lado, que qualquer prática científica (ou que se pretenda científica) já encerra em si pressupostos normativos (valorativos)⁵⁶¹. Estas práticas também estão sujeitas às condições e às relações instituídas na sociedade (em que se insere) e no tempo em que se apresenta⁵⁶². Em síntese, “não há texto, sem contexto”, no campo teórico como na vida em geral. O ideal (o pressuposto) é englobado no real em uma

⁵⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 162 e ss. Sobre a ação coletiva, cf. as críticas à teoria de Elster no item 1.2 *supra* e a metáfora da catedral para Nino no item 2.3.1 *supra*.

⁵⁵⁹ Essa abordagem reconstrutivista não é exclusiva do republicanismo.

⁵⁶⁰ ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional...**, p. 41.

⁵⁶¹ POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico: A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006, p. 178-183.

⁵⁶² Warat denomina tal fato de “princípio da intertextualidade”. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, p. 14; cf., também: GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**: Fundamentos de una hermenêutica filosófica. Trad.: Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 4ª ed. Salamanca: Sígueme, 1991.

tensão de influência mútua⁵⁶³. O aporte reconstrutivo (republicano) não nega essa dimensão, pelo contrário, deixa claro suas premissas para efetuar a construção dos sentidos da Constituição e das categorias do direito constitucional. Por outro lado, esse aporte só pode ser bem compreendido, se tivermos consciência que o que denominamos como “*real(idade)*” é uma construção que conjuga uma pluralidade de sentidos e de ações. Ou, como corretamente observa Marcelo Cattoni,

Em Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, Carvalho Netto (1998) nos chama justamente a atenção para o modo com que tradicionalmente as teorias jurídicas vão lidar com o problema da efetividade do Direito, com a questão do seu cumprimento e de sua aplicação efetiva. Por um lado, tais teorias, que têm como exemplo a de Loewenstein (1976), afirmam que o Direito representa um ideal de sociedade, que deve ser perseguido, mas que, todavia, a própria realidade da sociedade pode se apresentar como um obstáculo, a todo o momento, para que esse ideal seja realizado, como se, por um lado, essa realidade não fosse também um *constructo* e, por outro, como se esse mesmo ideal de construção de uma nova sociedade não tivesse surgido e, assim, não fizesse parte dessa própria sociedade que o projeta, assumindo, pois, em última análise, uma postura que agrava o problema que pretendem denunciar (Carvalho Netto, 2002, p.46-52).

Tudo isso, ao invés de procurar mostrar como é que esses ideais de democracia e de justiça, esses anseios por uma vida mais solidária, por uma relação de convivência pacífica, etc., já fazem parte da nossa convivência, ao se buscar resgatar criticamente seus vestígios na nossa própria história. É preciso explorar as **tensões** presentes nas práticas jurídicas cotidianas e reconstruir, de forma adequada ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, os fragmentos de uma racionalidade normativa *já presente* e vigente nas próprias realidades sociais e políticas, pois é exatamente essa dimensão de *idealidade destranscendentalizada* que torna, inclusive, passível de crítica uma *realidade* excludente⁵⁶⁴.

⁵⁶³ POZZOLO, Susanna. Ob. cit., p. 180. Nesse sentido, também: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**, vol. I e II; ROSENFELD, Michel. Ob. cit., p. 41.

⁵⁶⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A Constituição entre o direito e a política: uma reflexão sobre o sentido performativo do *projeto* constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, nº 6, abr/jun 2007, p. 219-220. Oportunas as colocações de Menelick Carvalho Netto, pois: “como demonstrado por NIKLAS LUHMANN (Causalidade no Sul) e desenvolvido em várias análises por RAFFAELLE DE GIORGI, essas explicações antropológicas terminam vítimas de sua própria armadilha conceitual, pois, ao buscarem descrever o que visualizam como uma distância, um hiato, entre a Constituição ‘*ideal*’ e a ‘*real*’ terminam por justificar essa distância a título de descrevê-la. São explicações intrinsecamente incapazes de oferecer qualquer saída para o problema que tematizam, a não ser sua própria justificação e eternização.

E isso porque tomam a ‘*idealidade*’ como algo oposto e oponível à ‘*realidade*’ como se qualquer ‘*ideal*’ não estivesse profundamente mergulhado na gramática das práticas sociais da qual emerge, na denominada ‘*realidade social*’, e sobre a qual visa influir, e como se pudessemos ter acesso a uma objetividade, que a atual filosofia da ciência certamente

Assim, a própria realidade é uma construção, no sentido de que é um repertório de signos e significações que não estão prontos (não são *dados*) para os intérpretes, ao contrário, são construídos. Por conseguinte, é fundamental deixar claro que o aporte reconstrutivo defendido pelo republicanismo não pretende impor um princípio “de fora para dentro”, completamente metafísico e que prescinde das nossas experiências históricas. Conforme já demonstramos, o autogoverno busca a sua fundamentação na própria prática constitucional brasileira sem dela prescindir. Logo, ideal e real estão em interação para contribuir na construção de um discurso que permite a um só tempo, justificar as nossas práticas, e, caso elas não possam ser justificadas, fornecer parâmetros para que possamos criticá-las.

A Constituição é um produto das reconstruções teóricas, das interpretações e práticas dos enunciados normativos do seu texto. É fundamental ter claro que esse processo muda inclusive a compreensão da Constituição como objeto de estudo do Direito Constitucional. A Constituição não está “pronta” para ser estudada pelo teórico, pois seus sentidos e a sua normatividade são concebidos dinamicamente⁵⁶⁵. Essa dinamicidade traz mudanças ao próprio objeto a ser estudado.

É evidente, contudo, que para os “céticos” tal empreitada não passa da mais um discurso metafísico que ao se deparar com a realidade, ou melhor, com a força, acaba se rendendo. Ora, a crítica é pertinente, todavia, devemos questionar para aqueles que a fazem: qual a pertinência do direito e da política

reconheceria como mítica, retratada em uma normatividade absolutizada como ‘*real*’. Padrões de comportamento social são assim elevados à condição de “*realidade objetiva*”, e desse modo, como resultado, passam a ser inquestionáveis não somente em sua suposta concretude comportamental majoritária, mas é generalizada e absolutizada como o ‘*real*’. Esses padrões de comportamento terminam, portanto, imunizados teoricamente contra os demais padrões socialmente concorrentes, desqualificados como ‘*meras idealidades*’. O tratamento constitucionalmente adequado dessa problemática requer certamente a sua recolocação em termos teóricos mais complexos, capazes de dar conta da complexidade do próprio tema.” CARVALHO NETTO, Menelick de. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. **Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão**, n.º 9, jan./dez. de 2002, p. 5-50.

⁵⁶⁵ POZZOLO, Susanna. Ob. cit., p. 78-82; ver também: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad.: Peter Naumann. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

diante de atos de pura força?⁵⁶⁶ Aliás, é possível constituir uma sociedade, Estado ou Direito exclusivamente com base na força? Sabemos que não. Até positivistas moderados são obrigados a convir de que não é possível fundar o direito ou uma sociedade somente na força. Algum consenso, ainda que mínimo, é imprescindível⁵⁶⁷. É justamente aí que surgem os potenciais para a emancipação, mesmo porque a pura força precisa de algo para legitimá-la. Novamente, fica evidente a adequação e a necessidade do viés reconstutivo. Por fim, àqueles que desdenham da participação, da ação coletiva, enfim, do autogoverno, é bom lembrá-los que a maior crise institucional enfrentada pós-1988 teve como desfecho o impedimento do presidente da república sem que houvesse a quebra da legalidade ou algum golpe de estado. A resposta provavelmente seria que “As instituições cumpriram suas funções”. As instituições agiram para conter os abusos do Poder Político não só porque as pessoas que estavam à frente delas estavam imbuídas de uma “vontade de constituição”. No *impeachment* do presidente Collor foi a ampla mobilização popular que jogou água no moinho das instituições e fez elas funcionarem. Provavelmente sem a mobilização popular o *impeachment* nem ocorreria. Mas os críticos do autogoverno parecem se esquecer disso. Em que outro momento

⁵⁶⁶ Karl Loewenstein reproduz essa visão de que o Direito é desnecessário e impotente em face da força ao criticar o uso de cláusulas pétreas em constituições. Oscar Vilhena Vieira responde muito bem essa afirmação. Nas palavras dos dois autores: “Em geral, convém assinalar que as disposições de intangibilidade incorporada a uma constituição podem presumir em tempos normais uma luz vermelha útil frente a maiorias parlamentares desejosas de emendas constitucionais – e segundo a experiência tampouco existe para isto uma garantia completa-, mas com ela em absoluto se pode dizer que ditos preceitos se acham imunizados contra toda revisão. Em um desenvolvimento normal da dinâmica política pode ser que até certo ponto se mantenham firmes, mas em épocas de crise serão tão só pedaços de papel varridos pelo vento da realidade política. Quando na Iberoamérica (sic) um presidente quer se tornar ditador, anula simplesmente, por um golpe de Estado, a constituição que lhe proíbe a reeleição e prescreve uma nova que lhe transmite ‘legalmente’ o poder ilimitado.”, LOWESTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 192; responde Vilhena que: “Este tipo de argumento, no entanto, questiona não apenas a utilidade das cláusulas pétreas, mas da própria Constituição e do Direito em geral, pois, a princípio, nenhum mecanismo, por si, garante a eficácia do direito constitucional. Esta decorre de uma construção da sociedade e de sua própria legitimidade.” VIEIRA VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 24

⁵⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad.: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.155-157, 214-218, afirma à p. 215: “A força é necessária para exercer o poder, não para justificá-lo.” As ditaduras não se legitimam baseadas somente na força, prova disso é o fato de que os regimes totalitários do século XX dispunham de um enorme aparato de propaganda para ganhar os corações e as mentes das pessoas por eles dominadas.

tão grave pós-1988 houve uma boa resposta institucional a uma crise sem que houvesse a mobilização do povo? Até o momento, nenhum.

Feitos esses esclarecimentos podemos anunciar algumas perspectivas. O discurso que tecemos até o momento trabalha em um alto nível de abstração, que assegura o desenvolvimento de uma teoria (ou filosofia) constitucional e de uma dogmática, ambas, emancipatórias. Esse aporte teórico nos permite superar as inconsistências que se apresentam nas nossas teorias e práticas. Esse processo não pode ser realizado, contudo, sem que se tenha claro que a tensão entre constitucionalismo e democracia no Brasil realiza-se de uma maneira muito especial, pois inúmeras matérias que em outros países são questões infraconstitucionais possuem, aqui, sede constitucional. Esse fenômeno foi chamado de “*ubiquidade constitucional*”⁵⁶⁸, isto é, a Constituição está em todos os lugares. Por isso, temas que em outros países são considerados como habituais, no Brasil são questões constitucionais. O que leva a “constitucionalização da política ordinária”. Tal especificidade que não pode ser negligenciada. Passemos, então, uma última olhada sobre a Constituição para apontarmos algumas perspectivas e temas que devem ser colocados na agenda.

A Constituição brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, rompe com o passado autoritário ao instituir o texto constitucional mais democrático que o país já possuiu⁵⁶⁹. Fiel a certa tradição latino-americana, ela mescla a influência do direito norte-americano e europeu⁵⁷⁰, pois, de um lado, instituiu a separação dos poderes, conforme o modelo de freios e contrapesos, erigido pioneiramente pelos constituintes da Filadélfia⁵⁷¹, no qual os poderes são

⁵⁶⁸ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, nº 2, abr/jun. 2006, p. 83-118.

⁵⁶⁹ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 199; FERNANDES, Florestan. **A Constituição Inacabada: Vias históricas e significado político**. São Paulo: Estação Liberdade, 1989, p. 167.

⁵⁷⁰ NINO, Carlos Santiago, **Fundamentos de derecho constitucional...**, p. 4-7. Nino chegou a comentar que: “Outro exemplo da difícil combinação das duas tradições da democracia liberal é dado por textos constitucionais como o recentemente promulgado no Brasil, com sua adoção expansiva de direitos, que reflete a tradição européia do constitucionalismo social, ao mesmo tempo que conserva o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade para fazer valer tais direitos em paralelo aos direitos individuais clássicos (com o que se transfere um enorme conjunto de faculdade ao Poder Judiciário.” NINO, Carlos Santiago, Ob. cit., p. 6-7.

⁵⁷¹ Sobre a constituinte dos Estados Unidos da América e a sua relação com o sistema de freios e contrapesos, cf. GARGARELLA, Roberto. **Nos los representantes: Crítica a los fundamentos del sistema representativo**. Buenos Aires: Miño y Dárla, 1995.

independentes e harmônicos entre si⁵⁷². Sob inspiração do modelo americano, desde a primeira Constituição republicana (de 1891), o Brasil adota a fiscalização da constitucionalidade das leis em concreto, diante de cada caso submetido à apreciação do judiciário. Por outro lado, há a profunda influência européia na concepção de Estado, da Administração Pública, de partidos políticos, do regime eleitoral, de leis processuais e materiais, bem como a estrutura do Poder Judiciário, são, todos, baseados em modelos advindos da Europa. Inclusive foi adotada a fiscalização concentrada da constitucionalidade dos atos normativos, operada pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, que teve suas competências paulatinamente ampliadas⁵⁷³.

A Constituição, seguindo a tradição européia, apresentou um amplo rol de direitos fundamentais e, concomitantemente, constitucionalizou diversas matérias que antes eram regidas por leis infraconstitucionais⁵⁷⁴.

Apesar das profundas influências das duas matrizes de pensamento, a Constituição de 1988 inovou não só a história política e institucional brasileira: trouxe, ademais, institutos novos ao constitucionalismo mundial, como o mandado de injunção, o *habeas data* e ampliou a participação popular⁵⁷⁵, indo além da democracia exclusivamente representativa, conferiu amplos poderes à oposição⁵⁷⁶. Não obstante, do ponto de vista do desenho (arranjo) institucional a Constituição brasileira expandiu as competências de alguns Poderes, o que pode prejudicar o funcionamento da democracia. O Poder Judiciário foi muito fortalecido pelo constituinte, seus poderes foram ampliados por conta de: i) o grande rol de direitos fundamentais que possuímos na Constituição, além da

⁵⁷² Consoante ao Art. 2º da Constituição Federal. Pode-se, contudo, seguramente afirmar que não há somente três poderes no Brasil, mas cinco. Além do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, o Tribunal de Contas (da União e dos Estados-membros) e o Ministério Público (Federal ou Estadual) constituem poderes autônomos, pois gozam de autonomia normativa, financeira, administrativa e governamental. Isto, contudo, não descaracteriza a noção de freios e contrapesos que foi formulada, inicialmente, somente para três poderes. Defendendo a existência de cinco poderes, cf: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 90-91.

⁵⁷³ Esta tendência pode ser constatada a partir da análise das diversas emendas constitucionais que foram ampliando a competência do Supremo Tribunal Federal, bem como das diversas mudanças em leis processuais que ampliaram os poderes dos relatores nos dos órgãos colegiados do Poder Judiciário (as Turmas).

⁵⁷⁴ Como direito de família, meio-ambiente, regime previdenciário de servidores públicos, etc.

⁵⁷⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 150-151.

⁵⁷⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo...**, p. 148-149.

ampliação de outras competências exclusivamente processuais; e ii) o princípio da inafastabilidade da jurisdição impõe que qualquer ameaça de lesão de direito não possa ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).

Por outro lado, o Poder Executivo também foi fortalecido. Dá a Constituição excessivos poderes ao Presidente da República, alguns de clara feição parlamentarista (como as medidas provisórias), outros tradicionais da função presidencial (como a chefia de Estado e de governo). O Presidente da República no Brasil possui “super-poderes” se comparado aos seus colegas de outras nações, inclusive os Estados Unidos, que foi o grande modelo de inspiração dos sistemas presidenciais⁵⁷⁷. Aliás, isto ocorre não só com o Presidente da República, os chefes do Poder Executivo, em geral, sobretudo no âmbito Federal e Estadual enfeixam um número de competências amplíssimo, o que caracteriza o *hiperpresidencialismo* brasileiro⁵⁷⁸. Provavelmente àqueles que estão comprometidos somente com o “bom andar da carruagem”, com o bom funcionamento das instituições, esta configuração dos poderes não pareça ser muito problemática. Contudo, para aqueles que estão comprometidos com o autogoverno, o modo como nossas instituições estão arranjadas não parece garantir que as pessoas decidam sobre seus futuros e sobre os rumos do seu país (autogoverno individual e coletivo). Por diversos motivos: elas não estimulam a cooperação entre e intra-orgãos, muito menos da sociedade e entre os Poderes (salvo raras exceções)⁵⁷⁹. Nem

⁵⁷⁷ Vários cientistas políticos também concordam com esse diagnóstico, cf. por todos: PALERMO, Vicente. Como se Governa o Brasil? O Debate sobre Instituições Política e Gestão de Governo. **Dados**. Rio de Janeiro: v. 43, n. 3, 2000.

⁵⁷⁸ NINO, Carlos Santiago, **Fundamentos de derecho constitucional...**, p. 569-656. NINO, Carlos Santiago. El Hiper-Presidencialismo Argentino y las Concepciones de Democracia. In: **El Presidencialismo Puesto a Prueba: Con especial referencia al sistema presidencialista latinoamericano**. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1992; e GARGARELLA, Roberto. El Presidencialismo como Sistema Contramayoritario. In: **El Presidencialismo Puesto a Prueba: Con especial referencia al sistema presidencialista latinoamericano**. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1992; no plano estadual, cf.: ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os Barões da Federação: Os Governadores e a Redemocratização Brasileira**. São Paulo: Hucitec, 1998.

⁵⁷⁹ Poder-se-ia contrapor a este argumento o fato de que o Poder Judiciário tem feito audiências públicas que permitem a ampla participação da sociedade. Isto deve ser visto com certa dose de cautela, pois: i) as audiências são públicas, mas isto não significa que todo potencial afetado consegue expor suas razões, porquanto é necessário que a pessoa seja aceita na condição de amigo da corte “amicus curiae” para se manifestar em tais audiências; ii) digamos que estas audiências contaram com amplíssima participação, quase sem restrições. É provável que o material fornecido por elas seja muito rico, porém, ele não pode, e provavelmente não deve vincular a decisão do julgador, o que serve tão somente como um

sempre ampliam a participação da sociedade e legitimidade de suas decisões, afinal, todo possível afetado pela decisão deve poder se manifestar quando do processo de sua elaboração. Além de outras disfuncionalidades, como a excessiva concentração de poderes no âmbito da União Federal, a falta de válvulas de escape a crises, o empobrecimento do debate público, etc.

Desde a sua promulgação a Constituição já coadunava com várias intuições que advêm das propostas deliberativistas (ou de uma democracia deliberativa republicana)⁵⁸⁰. Passada sua promulgação, ao longo dos anos, houve uma enorme concentração de poderes na União federal, no chefe do Poder Executivo, no órgão de cúpula do Poder Judiciário (o STF). Esta tendência, porém, vai de encontro às nossas convicções democráticas, que demandam a participação das pessoas, que exigem um debate robusto de ideias, que acreditam no valor epistêmico das decisões democráticas; que afirmam que qualquer pessoa possivelmente afetada por uma decisão, deve ter condições de expor suas razões, de falar, de criticar outras propostas, em pé de igualdade com outras pessoas. Esta visão de democracia possibilita uma maior inclusão das pessoas, bem como uma abertura da sociedade para o novo, para o *instituinte*. Fornece um instrumental não metafísico e transcendente, pelo contrário, inerente a própria linguagem e comprometido com o autogoverno dos cidadãos, com a possibilidade deles decidirem o que farão de suas vidas no âmbito público e privado.

A leitura da Constituição brasileira comprometida com autogoverno implica uma releitura do hiperpresidencialismo brasileiro, da concentração de poderes no STF e na União Federal; dos direitos de participação, em especial o

argumento a mais; iii) ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário e em especial o STF realiza audiências públicas, há, por outro lado, uma excessiva concentração de poderes nas mãos dos relatores dos casos a serem julgados (isto para que haja uma maior celeridade processual). Ninguém discorda de que os direitos devem ser garantidos prontamente, o problema é até que ponto um “órgão colegiado” cumpre sua função se os magistrados que lá judicam a exercem solitariamente? Isso demonstra a tendência de concentrar poderes nos órgãos da União e, simultaneamente, “ampliar a participação das pessoas”; iv) há que se ter cautela para não “essencializar” as instituições: as audiências não são boas em si, ou sempre serão se desconectadas do contexto, das instituições e etc. O mesmo serve para todos os poderes e direitos fundamentais, isto é, o uso, pode gerar o abuso.

⁵⁸⁰ Marçal Justen Filho afirma em seu Curso de Direito Administrativo que vige no Brasil uma democracia republicana. A descrição que o autor dá simplifica a ideia de uma “democracia republicana”, porém, ao longo da obra ao tratar do Estado democrático de direito, notamos que sua visão se aproxima muito da visão de democracia defendida nesse trabalho (com muitos elementos deliberativos inclusive). Contudo, acreditamos que as propostas dele sejam um pouco mais modestas que as feitas pelo republicanismo centrado no autogoverno. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.

voto; da tese do “conteúdo essencial” para a análise de emendas constitucionais que possam violar direitos fundamentais; da “obviedade” de que o Supremo é competente para fiscalizar o processo de reforma constitucional⁵⁸¹; e, por fim, a própria noção de última “palavra”, ou se não se trata de um diálogo entre poderes e entre estes e a sociedade⁵⁸². Isto, no entanto, fica por vir.

⁵⁸¹ Justen Filho afirma que “é pacífica a submissão das emendas constitucionais ao processo de controle de constitucionalidade, ainda que matizado por peculiaridades diferenciais. Essa é a posição doutrinária unânime no Brasil e no estrangeiro. JUSTEN FILHO, Marçal; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Emenda dos Precatórios: Fundamentos de sua Inconstitucionalidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 69-70.

⁵⁸² MENDES, Conrado Hübner Mendes. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 219 p. Tese de Doutorado, Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

CONCLUSÃO

“esta vida é uma viagem
pena eu estar
só de passagem”

Paulo Leminski

Não pretendemos nesta conclusão apresentar uma síntese do raciocínio desenvolvido, pois seria repetitivo; assim, pontuaremos algumas questões vistas ao longo do nosso itinerário.

1. Na primeira etapa discutimos algumas teorias sobre o que se entende por constitucionalismo. Vimos que para autores como Jon Elster e Stephen Holmes a Constituição e o constitucionalismo podem ser vislumbrados como atos de pré-compromisso. Analisamos os requisitos para que haja o pré-compromisso. Antes de verificarmos os desenvolvimentos posteriores desse raciocínio formulamos algumas críticas a ideia de pré-compromisso em “*Ulisses e as Sereias*”, como as dificuldades de transpor a racionalidade de uma ação individual para uma ação coletiva. Ponderamos, igualmente, que é oportuno questionar se quem navega é o timoneiro ou o mar: Será que as sociedades sabem para onde rumam? A resposta, todavia, não veio nesta estação. Continuamos nosso trajeto e vimos algumas respostas de Elster em “*Ulisses Liberto*”. Com Bruce Ackerman discutimos a ideia dos momentos constitucionais e sua proposta de democracia dualista que supera(ria) as visões monistas, fundacionalistas e historicistas da Constituição. Objetamos a retomada da defesa hamiltoniana da Fiscalização da Constitucionalidade feita por Ackerman e a sua relação com a interpretação da Constituição. Ao final da estação fizemos críticas às duas propostas ressaltando a questão da racionalidade (individualista) subjacente a proposta de Elster e aceitação sem questionamentos do desenho institucional norte-americano por Ackerman.

2. Na segunda parada vimos que o termo democracia traz inúmeras dificuldades para análise. Por isso, expusemos a necessidade de escolher algumas das inúmeras concepções sobre democracia. Feito o recorte metodológico, analisamos a visão schumpeteriana de democracia como uma competição para a formação das elites. Em seguida, foram expostas duas concepções de democracia deliberativa. Analisamos com Nino e com

Habermas a relação entre constituição e democracia, qual a relação entre direito, moral e política, e quais são suas propostas de arranjos institucionais. No último momento da estação vimos que a teoria de Schumpeter simplesmente ignora uma série de questões fundamentais, além de partir de concepções pouco plausíveis sobre como as pessoas atuam no espaço democrático.

2.1. Também fizemos críticas a algumas questões que se apresentaram como deficientes em Nino e em Habermas. Particularmente no caso de Nino, ressaltamos o excessivo caráter metafísico de sua teoria. Para Habermas levantamos o *déficit normativo* de sua teoria em relação aos arranjos institucionais que uma democracia deliberativa requer. Basicamente parece que Habermas só descreve as instituições políticas das democracias européias, ao invés de também apontar caminhos para o seu aperfeiçoamento.

3. Na terceira estação vimos, no primeiro momento, o traçado da democracia brasileira no texto constitucional. Depois, defendemos que a democracia deliberativa é a melhor concepção constitucionalmente adequada à luz desse traçado.

3.1. A concepção de democracia deliberativa que sustentamos é uma conjugação dos modelos de Nino e Habermas buscando potencializar ao máximo o que há de melhor em cada teoria. Para justificar a adequação dessa concepção discutimos e analisamos a “*filosofia pública*” implícita subjacente à Constituição.

3.2. Para que houvesse uma correta compreensão da dinâmica constitucional e do modelo de democracia proposto, tivemos que esclarecer que a Constituição não se reduz a um texto. E que seus sentidos não são *dados*, pelo contrário, esse texto reclama a sua interpretação para que possamos dar sentido a ele. Assim, a concepção hamiltoniana de Constituição como um texto claro e de fácil interpretação, é incompatível com a visão defendida nesse trabalho. Dadas as contribuições da filosofia da linguagem não podemos conceber a Constituição só como um texto.

3.3. Mas, ao verificarmos a “*filosofia pública*”, isto é, ao analisarmos o texto constitucional, constatamos que seria possível que houvesse alguns conflitos do ponto de vista semântico, devido às inúmeras matérias que são objeto de regulamentações constitucionais. Para enfrentar essa dificuldade

extraímos do próprio texto constitucional dois princípios: o anti-perfeccionismo e o autogoverno. O anti-perfeccionismo nos ajudou a resolver algumas questões, todavia, não conseguia dar conta de outras; passamos, assim, ao princípio do autogoverno.

3.4. Para fundamentar o princípio do autogoverno tivemos que deixar a dimensão semântica do texto constitucional e seguimos adiante para a dimensão pragmática da Constituição. Justificamos o princípio com três estratégias diferentes que demonstram sua completa adequação à ordem constitucional pátria. Com isso, verificamos que o autogoverno está inscrito nas nossas práticas constitucionais desde o processo de promulgação da Constituição, passando pelo fato de que nós formamos uma República que se constitui em um Estado democrático de Direito (que, novamente, pressupõe uma comunidade de pessoas livres e iguais). Ainda, justificamos esse princípio baseados nas exigências formais do discurso moral.

3.5. O princípio do autogoverno, por sua vez, na sua forma constitucionalmente adequada subsume o princípio do anti-perfeccionismo limitando intervenções perfeccionistas, mas autorizando práticas paternalistas (que ampliem a capacidade decisória dos cidadãos). Do princípio do autogoverno foram deduzidas inúmeras consequências como a necessidade de reduzir as extremas desigualdades sociais, políticas e econômicas que assolam o Brasil, e a garantia de um ponto de partida igual para todos.

3.6. O autogoverno é o centro de uma teoria republicana do Direito Constitucional que produz uma reconstrução da teoria e da dogmática brasileiras contemporâneas. Por isso, foram necessários alguns esclarecimentos quanto ao seu alcance prático (p. ex., casos de paternalismo justificado: voto obrigatório e violência doméstica) e teórico. Na última sessão do capítulo três foram expostas as razões que sustentam o aporte reconstrutivo e apresentamos algumas perspectivas em face das nossas práticas cotidianas.

4. Entender a Constituição como um processo de aprendizagem constituído pelo seu texto, por nossas interpretações e práticas não implica em um menor comprometimento com a sua *“força normativa”*. Ao contrário, uma compreensão mais complexa da Constituição, da democracia e da realidade social permite-nos ir além da inércia cotidiana, da dificuldade de lidar com nossos problemas.

O autogoverno chama atenção para o fato de que devemos buscar a ampliação do nosso controle sobre o Estado para providenciar mais possibilidades de decisão coletiva sobre os problemas coletivos. No âmbito pessoal exigimos mais condições para que decidamos, e assumamos a responsabilidade pelas decisões e atitudes que tomamos. Não defendemos a responsabilização pelo acaso ou pelo azar. Ao radicalizar nosso compromisso com a democracia e com os direitos (fundamentais e o constitucionalismo), o autogoverno expõe que não podemos recorrer mais a fundamentações teológicas, ou metafísicas, nem podemos esperar que alguma instituição seja a portadora da panacéia (seja uma instituição estatal ou o “livre” mercado). Tampouco sustenta o republicanismo exposto que os juristas, os políticos, ou qualquer elite será responsável por nos guiar ao “*outro mundo possível*”. Em uma República que constitui um Estado democrático de direito “só” há um autor e ator principal do enredo que estamos escrevendo: *nós mesmos*. Nós devemos estar comprometidos com a Constituição da comunidade política, com a ampliação dos direitos fundamentais e da democracia.

Essas criações humanas só fazem sentido se realizadas coletivamente (intersubjetivamente). Não há democracia ou direito de um homem (mulher) só. Para que haja autogoverno é necessário responsabilidade, é imprescindível coragem, pois decidiremos sobre o nosso futuro e poderemos errar. Felizmente é isso que nos resta. Ideias diferentes são crenças que podem nos levar do sonho ao pesadelo. Por isso, com Vinícius de Moraes sabemos que é isso que nos resta.

Resta essa distração, essa disponibilidade, essa vagueza
De quem sabe que tudo já foi como será no vir-a-ser
E ao mesmo tempo esse desejo de servir, essa
Contemporaneidade com o amanhã dos que não têm ontem nem
hoje.

Resta essa faculdade incoercível de sonhar
E transfigurar a realidade, dentro dessa incapacidade
De aceitá-la tal como é, e essa visão
Ampla dos acontecimentos, e essa impressionante

E desnecessária presciência, e essa memória anterior
De mundos inexistentes, e esse heroísmo
Estático, e essa pequenina luz indecifrável
A que às vezes os poetas dão o nome de esperança.

Resta essa obstinação em não fugir do labirinto
Na busca desesperada de alguma porta quem sabe inexistente

E essa coragem indizível diante do Grande Medo
E ao mesmo tempo esse terrível medo de renascer dentro da treva.

Resta esse desejo de sentir-se igual a todos
De refletir-se em olhares sem curiosidade e sem história
Resta essa pobreza intrínseca, esse orgulho, essa vaidade
De não querer ser príncipe senão do próprio reino.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os Barões da Federação: Os Governadores e a Redemocratização Brasileira**. São Paulo: Hucitec, 1998.

ACKERMAN, Bruce. **El futuro de la revolución liberal**. Trad.: Jorge Malém. Barcelona: Ariel, 1995.

ACKERMAN, Bruce. Higher Lawmaking. In: LEVINSON, Sanford (ed.) **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. New Jersey: Princeton, 1995.

ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Cambridge; London: Havard, 1999.

ACKERMAN, Bruce. Un neofederalismo? In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Trad.: Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura econômica, 1999.

ACKERMAN, Bruce. **We the People: Transformations**. Cambridge; London: Havard, 1998.

ACKERMAN, Bruce. The Living Constitution. **Harvard Law Review**. Vol. 120, nº 7, may., 2007, p. 1737-1812.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANASTASIA, Fátima; CASTRO, Mônia Mata Machado de; NUNES, Felipe. De Lá para Cá: As condições e as instituições da democracia depois de 1988. MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.) **A Democracia Brasileira: Balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

AUSTIN, J. L. **How to do things with words**. 2ª ed. New York: Oxford.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. t.3. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad.: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2ª ed. New Haven, London: Yale, 1986.

BIGNOTTO, Newton. Republicanismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 716-719.

BIGNOTTO, Newton (org.) **Pensar a República**. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad.: Marcio Pugliesi, Edson Bin, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad.: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 6. Ed, 9ª reimp. São Paulo: Brasiliense, 2010.

BOHMAN, James. **Public Deliberation**: Pluralism, Complexity and Democracy. Cambridge: MIT, s/d.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito: Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 9ª ed. Trad.: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

BOURDIEU, Pierre. **A Distinção**: crítica social do julgamento. Trad. Daniela Kern; Guilherme J. F. Teixeira. São Paulo: Edusp; Porto Alegre; Zouk, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=175260>. Acesso em: 25 de março de 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Reimp. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Os Bestializados**: O Rio de Janeiro e a República que não foi. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

CARVALHO, José Murilo de. **A Formação das Almas**: O imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990 (2009).

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: O longo Caminho. 12ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. **Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão**, n.º 9, jan./dez. de 2002, p. 5-50.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das Ideias Políticas**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos de filosofia constitucional contemporânea. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**: O Editor dos Juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O jurídico como espaço de luta: sobre o uso alternativo do direito. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os direitos**: Elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os direitos**: Elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de Expressão, de informação e propaganda comercial. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos Fundamentais**: Estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Arguição da Tese Apresentada pela candidata Adriana Schier como requisito parcial para à obtenção do título de Doutor em Direito do Estado. Curitiba, 18 de novembro de 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. São Paulo: RT, 2010.

COHEN, Gerald. A. **Why Not Socialism?** Princeton; Oxford: Princeton, 2009.

COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

CONSTANT, Benjamin. “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos”. Revista Filosofia Política no. 2, 1985 [1819]. Disponível em caosmose.net/candido/unisinis/textos/benjamin.pdf, acesso em 11 de janeiro de 2010.

COSTA, Pietro. O Problema da Representação Política: Uma Perspectiva Histórica. In: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: Ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 155-207.

COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: Ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 235-268.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. trad. Beatriz Sidou. Brasília: Unb, 2001.

D'AGOSTINI, Franca. Atos de Fala. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5ª ed. trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard, 1986.

DWORKIN, Ronald. **La comunidad Liberal**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1996.

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

DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald. C (org.). **Democracia Deliberativa y Derechos Humanos**. Trad.: Paola Bergallo; Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa, 2004.

ELIAS, Nobert. **A Sociedade dos Indivíduos**. Trad.: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

ELSTER, Jon. "Marxismo analítico: o pensamento claro. Uma entrevista com Jon Elster". **Novos Estudos Cebrap**. São Paulo, nº 31, p. 95-106, out. 1991.

ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens**: Studies in Rationality and Irrationality. ed. rev. New York: Cambridge, 1993.

ELSTER, Jon. **Peças e engrenagens das ciencias sociais**. Rio de Janeiro: Relume Dumara, 1994.

ELSTER, Jon. Introducción. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura econômica, 1999.

ELSTER, Jon. O mercado e o fórum: três variações na teoria política. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrio Soares (orgs.) **Democracia Deliberativa**. Trad.:WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrio Soares. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad.: Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Unesp, 2009.

FERNANDES, Florestan. **A Constituição Inacabada**: Vias históricas e significado político. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**: (o legado da "raça branca"). 5ª ed. São Paulo: Globo, 2008.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão e Dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Parlamentarismo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; FIGUEIREDO, Marcus. **O Plebiscito e as formas de governo**. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

FISHKIN, James S; ACKERMAN, Bruce. **Deliberation day**. New Haven and London: Yale University Press, 2004.

FISHKIN, James. **Democracy and deliberation**: new directions for democratic Reform. New Haven and London: Yale University Press, 1991.

FISHKIN, James. **The voice of the people** – public opinion & democracy. New Haven and London: Yale University Press, 1995.

FISHKIN, James. **When the people speak** – deliberative democracy & public consultation. New York: Oxford University Press, 2009.

FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão**: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Trad.: Gustavo Binbenbojm; Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo. Introdução. In: FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo (org.). **Habermas**. São Paulo: Ática, 1980, p. 9-67. (Coleção Grandes Cientistas Sociais – Sociologia n. 15).

FURTADO, Celso. **Teoria e Política do desenvolvimento econômico**. 8ª ed. São Paulo: Editora Nacional, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**: Fundamentos de una hermenêutica filosófica. Trad.: Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 4ª ed. Salamanca: Sígueme, 1991.

GARGARELLA, Roberto. **Nos los representantes**: Crítica a los fundamentos del sistema representativo. Buenos Aires: Miño y Dárila, 1995.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

GARGARELLA, Roberto. **Crítica de la Constitución**: sus zonas oscuras. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004 (col. Clave para todos).

GARGARELLA, Roberto. Liberalismo frente al Socialismo. In: BÓRON, Atilio. **Filosofía Política Contemporánea**. Buenos Aires: Clacso; São Paulo: USP, 2006.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho a la protesta**: El primer derecho. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo *versus* Democracia. In: GARGARELLA, Roberto (coord.). **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Tomo I. Democracia. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 22-40.

GARGARELLA, Roberto. El Contenido Igualitario del Constitucionalismo. In: GARGARELLA, Roberto (coord.). **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Tomo I. Democracia. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 7-22.

GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo y privacidad. In: GARGARELLA, Roberto (coord.). **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Tomo II. Derechos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 779-796.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Disponible em: <http://seminariogargarella.blogspot.com/search?q=el+nuevo+constitucionalismo+latinoamericano> , acesso em: 10 de agosto de 2009.

GARGARELLA, Roberto. La república deliberativa de José Luis Martí. **Diritto & Questioni pubbliche**. Rivista di Filosofia del Diritto e cultura giuridica. Palermo, n. 9, p. 257-266, 2009.

GARGARELLA, Roberto. La Democracia Deliberativa y sus presuntas paradojas. In: JARAMILLO, Leonardo García. La democracia deliberativa a debate. **Cuadernos de Investigación**, Medellín, p. 137-148, 2011.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2011.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HABERMAS, Jürgen. Técnica e Ciência enquanto Ideologia. In: BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W., **Textos escolhidos**. Trad.: Roberto Schwarz, et. al. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, (col. Os Pensadores).

HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action**: Lifeworld and system: A critique of functionalist reason. Trad.: Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1987, vol. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Identidades Nacionales y Postnacionales**. Trad.: Manuel Jiménez Redondo . Madrid: Tecnos, 1994.

HABERMAS, Jürgen. A unidade da razão na multiplicidade de suas vozes. In: HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**: Estudos Filosóficos. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, v. 1 (Col. Biblioteca Tempo Universitário, n. 101).

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. v. 2 (Col. Biblioteca Tempo Universitário, n. 102)

_____. O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153-173.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe; Milton Camargo Mota. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2007.

HAMILTON, Alexander. The Federalist, 78: A view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behaviour. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Oxford, 2008, p. 379-385.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad.: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Hernández, Andrés. El desafío republicano al liberalismo igualitário de Rawls y los debates sobre libertad, ciudadanía y democracia. In: BOTERO, Juan José (ed.) **Con Rawls y contra Rawls**: Uma aproximación a la filosofía política contemporánea. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura económica, 1999.

HOMERO. **Odisséia**. Trad. Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

HONNETH, Axel. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas a ordem moral da sociedade. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (orgs.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: A gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. 2ª ed. São Paulo: Ed. 34, 2009.

JEFFERSON, Thomas. Escritos Políticos. In: WEFFORT, Francisco (Org). **Jefferson, Federalistas, Paine, Tocqueville**. Trad.: Leônidas Gontijo de

Carvalho; A. Della Nina, J. Albuquerque; Francisco Weffort. São Paulo: Abril Cultural, 1979, (col. Os Pensadores).

JEFFERSON, Thomas. "The Earth Belong to the Living", Letter to James Madison. Paris, September 6, 1789. In: JEFFERSON, Thomas. **Writings**. 9ª reimp. New York: Library of America, 1984, p. 959-964.

JEFFERSON, Thomas. **Writings**. 9ª reimp. New York: Library of America, 1984.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad.: Cristian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Emenda dos Precatórios: Fundamentos de sua Inconstitucionalidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In: Kant. Vol. II, Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril, 1980, p. 101-162, (col. Os Pensadores).

KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito**. 3ª ed., Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KENNDY, Duncan. **Libertad y restricción en la decisión judicial: El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)**. Trad.: Diego Eduardo López Medina e Juan Manuel Pombo. Bogotá: Siglo del Hombre, 1999.

KETCHAM, Ralph. **The Anti-Federalist Papers: and the Constitutional Convention Debates**. New York: New American, 2003.

KROLL, Heloísa da Silva. **Reforma Constitucional: Fundamentos e limites no cenário democrático-constitucional.** 157 p. Dissertação de Mestrado – UFPR, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2007.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Trad.: José Lamego. 5ª Ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1983.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución.** Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito.** In: FARIA, José Eduardo (org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 1994.

LÖWY, Michael. **As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento.** 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo.** Florianópolis: Conceito, 2006.

MACEDO, José Arthur Castillo de. Dádiva, Graça; Direito e Governo no Antigo Regime. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. XIX, 2010, Fortaleza. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 6151-6166.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio.** 5ª ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UNB, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n. 47, p.29-64, 2008.**

MARTÍ, José Luis. **La república deliberativa: Una teoría de la democracia.** Madrid: Marcial Pons, 2006.

MARTÍ, José Luis. Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de lademocracia deliberativa) em Carlos S. Nino. ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto; ROSENKRANTZ, Carlos F (coord). **Homenaje a Carlos S. Nino**. Buenos Aires: La Ley, Facultad de Derecho, UBA, 2008, p. 307-324.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Florianópolis: Habitus, 2008 (Coleção Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

MARX, Carlos. **El Capital: Critica de la economia politica**. Trad.:Wenscelao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, vol. III.

MARX, Carlos. **El Capital: Critica de la economia politica**. Trad.:Wenscelao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, vol. I.

MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.) **A Democracia Brasileira: Balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

MENDES, Conrado Hübner Mendes. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 219 p. Tese de Doutorado, Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MICHELMAN, Frank I. **Brennan and democracy**. New Jersey: Princenton, 1999.

MICHELMAN, Frank I. Law's Republic. **The Yale Law Journal**. New Haven, vol. 97, n. 8, 1493-1537, jul. 1988.

MILL, John Stuart. **On Liberty: and other Essays**. New York: Oxford, 2008.

MORESO, José Juan. El constructivismo Ético y el Dilema de Eutifrón. ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto; ROSENKRANTZ, Carlos F (coord). **Homenaje a Carlos S. Nino**. Buenos Aires: La Ley, Facultad de Derecho, UBA, 2008, p. 13-22.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Trad.: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, (col. Os Pensadores).

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. Curitiba, 2002. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

MOSCA, Gaetano. **La Clase Política**. Trad.: Marcos Lara. México: Fondo de Cultura, 1992.

MOUFFE, Chantal. **The Democratic Paradox**. London; New York: Verso, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad.: Peter Naumann. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NAGEL, Thomas. Los derechos personales y el espacio público. KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald.C (org.). **Democracia Deliberativa y Derechos Humanos**. Trad.: Paola Bergallo; Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 47-64.

NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Trad.: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 2003.

NINO, Carlos Santiago, **Fundamentos de derecho constitucional**. 3ª. Reimp. Buenos Aires: Astrea, 2005.

NINO, Carlos Santiago. **La validez del derecho**. 3ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2006.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2ª ed. 14ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2007.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**: Un ensayo de fundamentación. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

NINO, Carlos Santiago. **Derecho, Moral y Política I**: Los Escritos de Carlos S. Nino. (ed.) Gustavo Maurino. Buenos Aires: Gedisa, 2007.

NOBRE, Marcos. Introdução. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (org.). **Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

NOBRE, Marcos. Introdução: Modelos de Teoria Crítica. In: NOBRE, Marcus (org.). **Curso Livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papyrus, 2008, p. 9-20.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

OFFE, Claus. **Problemas Estruturais do Estado Capitalista**. Trad.: Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A Constituição entre o direito e a política: uma reflexão sobre o sentido performativo do *projeto* constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, nº 6, p. 213-228, abr/jun 2007.

OVEJERO, Félix. **Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo**. Madrid, Buenos Aires: Katz, 2008.

PAINE, Thomas. Agrarian Justice. In: PAINE, Thomas. **Collected Writings**. 8ª reimp. New York: Library of America, 1984.

PAINE, Thomas. The Rights of Man. In: PAINE, Thomas. **Collected Writings**. 8ª reimp. New York: Library of America, 1984.

PALERMO, Vicente. Como se Governa o Brasil? O Debate sobre Instituições Política e Gestão de Governo. **Dados**. Rio de Janeiro: v. 43, n. 3, 2000.

PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

PETTIT, Philip. **Republicanism: A Theory of Freedom and Government**. Oxford New York: Oxford, 1999.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: Nova Retórica**. Trad.: Vergínia K Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERISSINOTTO, Renato. Marxismo e ciência social: um balanço crítico do marxismo analítico. **Revista brasileira de Ciências Sociais** [online]. São Paulo, vol. 25, nº. 73, p. 113-128, 2010.

PERISSINOTTO, Renato; MEDEIROS, Pedro Leonardo; WOWK, Rafael T. Valores socialização e comportamento: sugestões para uma sociologia da elite judiciária. **Revista de Sociologia Política**. Curitiba, v. 16, n. 30, p. 151-165, jun. 2008.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)**: Repensando a dimensão funcional do Contrato, da Propriedade e da Família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais: Direito Estadual II**. Trad.: António Franco; António Franco de Sousa. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008.

POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico: A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006.

PRZEWORSKI, Adam. **Qué esperar de la democracia**: Límites y posibilidades del autogobierno. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010.

RAWLS, John. **Political Liberalism**: expanded edition. New York: Columbia, 2005.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a ed. 9^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

REBECQUE, Henri Benjamin Constant de. **Princípios políticos constitucionais**. Trad.: Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.

REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o Modelo Reconstutivo de Teoria Crítica. In: NOBRE, Marcus (org.). **Curso Livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papyrus, 2008, p. 161-182.

RIBEIRO, Renato Janine. **A Democracia**. 3ª ed. São Paulo: Publifolha, 2008 (Folha Explica).

RICARDO, David. **Princípios de Economia Política e Tributação**. Trad.: Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, (col. Os Economistas).

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: ou princípios de direito político. Trad.: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973, (col. Os Pensadores).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma**. Trad.: Antonio Hermosa Andujar. Madrid: Tecnos, 1988.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia - Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico**: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SANDEL, Michael J. **Democracy's Discontent**: America in search of a public philosophy. Cambridge; London: Harvard, 1996.

SANDEL, Michael J. **Public Philosophy**: Essays on Morality in Politics. Cambridge; London: Harvard, 2005.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, nº 2, p. 83-118, abr/jun. 2006.

SARMENTO, Daniel. Colisão entre Direito Fundamentais e Interesses Públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

SARTORI, Giovanni. **Teoria Democrática**. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

SARTORI, Giovanni. **Ingeniería Constitucional Comparada: Una investigación de estructuras, incentivos y resultados**. México: Fundo de Cultura, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4., outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 03/05/2009.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político** Trad.: Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. **A Crise da Democracia Parlamentar**. Trad.: Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad.: Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2001.

SCHMITT, Carl. **Teología Política: cuatro ensayos sobre la soberanía**. Trad.: Francisco Javier Conde. Buenos Aires, Struhart & Cía. 2005.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad.: Sérgio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1984.

SCHUMPETER, Joseph A. **A Teoria do Desenvolvimento Econômico: Uma Investigação Sobre Lucro, Capital, Crédito, Juro E O Ciclo Econômico**. 2ª ed. Trad.: Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1985, (col. Os Economistas).

SEARLE, John R. **Speech acts: An essay in philosophy of language.** New York: Cambridge, 2008.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?** Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner Mendes. Habermas e a Jurisdição Constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (org.). **Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas.** São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, n. 250, 2009.

SOUZA, Jessé. **A Construção Social da Subcidadania: Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica.** 1ª reimpressão. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006. 1ª ed. de 2003.

SOUZA, Jessé. **A Ralé Brasileira: Quem é e como vive.** Belo Horizonte: UFMG, 2009.

SOUZA, José Crisóstomo de. Introdução aos debates Rorty & Habermas: Filosofia, pragmatismo e democracia. In: SOUZA, José Crisóstomo de (org.). **Filosofia, Racionalidade, Democracia: Os debates Rorty & Habermas.** São Paulo: Unesp, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STAMATO, Bianca. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis Michael; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V.; KARLAN, Pamela S. **Constitutional Law**. 5 ed. New York: Aspen, 2005.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUNSTEIN, Cass. Beyond the Republican Revival. **The Yale Law Journal**. New Haven, vol. 97, n. 8, 1539-1590, jul. 1988.

SUNSTEIN, Cass. **Democracy and the problem of Free Speech**: With a new Afterword. New York: The Free Press, 1995.

SUNSTEIN, Cass. **Acuerdos Carentes de una teoría completa en derecho constitucional y otros ensayos**. Cali: Universidad Icesi, 2010.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TOURRAINE, Alain. **O que é a democracia?** Trad.: Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia Realizada**: a alternativa progressista. Trad. Carlos Graieb; Marcio Grandchamp; Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo.

U. S. CONSTITUTION: And Fascinating Fact About It. 17 ed. 30 reimp. Naperville: Oak Hill, 2008.

VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. 9ª ed. Trad. João Dell'Anna. São Paulo: Civilização Brasileira, 1986.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIOLA, Paulinho da; CARVALHO, Hermínio Bello de. Timoneiro. In: VIOLA, Paulinho da. **Bebadosamba**. Rio de Janeiro: BMG, 1996, CD, digital, estéreo.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALDRON, Jeremy. Introduction. In: WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford, 2004, p. 1-18.

WALDRON, Jeremy. Disagreement and Precommitment. In: WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford, 2004, p. 255-281.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**: Esbozo de sociologia comprensiva. Trad. José Medina Echavarría; Juan Roura Parella; Eugenio Ímaz; Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

WOCQUANT, Loïc. **Esclarecer o Habitus**. Disponível em: http://sociology.berkeley.edu/faculty/wacquant/wacquant_pdf/ESCLARECERO_HABITUS.pdf. Acesso em: 27/01/2010.