

A CONQUISTA CIVILIZATÓRIA TRAZIDA PELO PRÉ-COMPROMISSO E O PARADOXO DA DEMOCRACIA

THE CIVILIZATION CONQUEST REACHED BY THE PRE-COMMITMENT AND THE PARADOX OF DEMOCRACY

Samira Andraos Marquezin Fonseca¹

Márcia Jerônima Felix da Silva Costa²

RESUMO

A partir do entendimento exposto por Jon Elster acerca das concepções de constituição e ideais democráticos, estarão expostos os principais argumentos para adoção de um modelo de pré-compromisso constitucional que visa salvaguardar os direitos individuais. Nele, a constituição passa a ser não uma simples limitação auto-imposta dos “mortos” aos “vivos”, mas uma forma de se assegurar as condições e valores fundamentais à própria democracia. Destacando a importância de se criarem expedientes no passado que protejam a coletividade futura de si própria.

Palavras-chave: pré-compromisso constitucional, democracia.

ABSTRACT

Based on Jon Elster's understanding of constitutional conceptions and democratic ideals, the main arguments for adopting a model of constitutional pre-commitment that seeks to safeguard individual rights will be exposed. In it, the constitution becomes not simply a self-imposed limitation of the "dead" to the "living", but a way of ensuring the conditions and values fundamental to democracy itself. Emphasizing the importance of creating expedients in the past that protect the future collective of itself.

Keywords: constitutional pre-commitment, democracy.

1 INTRODUÇÃO

¹Advogada; Mestranda em Direito Coletivo e Cidadania na “Universidade de Ribeirão Preto” – UNAERP – Ribeirão Preto/SP; Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela “Universidade de Ribeirão Preto” – UNAERP – Ribeirão Preto/SP. Graduada em Direito pela “Universidade Federal do Rio de Janeiro” – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ. Email: samiraam@hotmail.com

²Mestranda em Direito Coletivo e Cidadania na “Universidade de Ribeirão Preto” – UNAERP – Ribeirão Preto/SP; Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela “Fundação Armando Álvares Penteado” FAAP - Ribeirão Preto/SP, Pós Graduada Direito Previdenciário pela PROORDEM Ribeirão Preto /SP. Graduada em Administração de Empresas “Universidade de Ribeirão Preto” – UNAERP – Ribeirão

Tratados desde os primórdios da concepção de regras sociais, os temas do constitucionalismo, do seu processo de formação e das dificuldades de se produzir um ordenamento jurídico democrático exigem uma análise mais aprofundada com uma abordagem de garantia democrática e de proteção aos direitos fundamentais.

No início da difusão das ideias, tanto do constitucionalismo quanto da democracia representativa moderna, surge um impasse.

De um lado, constitucionalistas ligados mais a um ideário conservador exigiam que a constituição tivesse rigidez, ou seja, propugnavam que as gerações pretéritas produzissem um texto constitucional que vinculasse permanentemente a gerações futuras.

2 O PRÉ-COMPROMISSO CONSTITUCIONAL

Nesse sentido, o denominado “pré-compromisso constitucional” está ligado à ideia de tradição, que, de acordo com Gilbert Keith Chesterton, “é a democracia dos mortos”. São os mortos contando aos vivos o pesado custo que se tem quando determinadas garantias fundamentais são suprimidas, tendo em vista que eles – os mortos – já foram vítimas dessa supressão. Nesse sentido, os mortos protegem os vivos de si próprios.

Descreve em sua obra:

Todo o mundo moderno se dividiu em conservadores e progressistas. O negócio dos progressistas é seguir cometendo erros. O dos conservadores é evitar que os erros sejam corrigidos. Mesmo quando o revolucionário possa ele próprio se arrepender de sua revolução, o tradicionalista já está defendendo-a como parte da sua tradição. Assim, nós temos dois grandes tipos – a pessoa avançada que nos empurra para a ruína e a pessoa retrospectiva que admira as ruínas. Ele as admira especialmente à luz da lua, para não dizer sob um raio da lua. Cada nova tolice do progressista ou golpista se torna instantaneamente uma lenda ou antiguidade imemorial para o pretensioso. Isso é chamado de equilíbrio, ou contrapesos mútuos, em nossa Constituição.³

Preto/SP. Advogada. Email: mjfelixrp@hotmail.com

³ CHESTERTON, Gilbert Keith. *The Collected Works of G.K. Chesterton*, Volume 33, Página 313. Ignatius Press, 1990, ISBN 0898702747 - 697 páginas. Texto original: “The whole modern world has divided itself into Conservatives and Progressives. The business of Progressives is to go on making mistakes. The business of Conservatives is to prevent mistakes from being corrected. Even when the revolutionist might himself repent of his revolution, the traditionalist is already defending it as part of his tradition. Thus we have two great types — the advanced person who rushes us into ruin, and the retrospective person who admires the ruins. He admires them especially by moonlight, not to say moonshine. Each new blunder of the progressive or prig becomes instantly a legend of immemorial antiquity for the snob. This is called the balance, or mutual check, in our Constitution.” Disponível em: https://pt.wikiquote.org/wiki/G._K._Chesterton. Acesso em 08 de julho de 2017.

Trata-se de uma espécie de colaboração intergeracional, dos mortos para com os vivos, dos velhos para com os novos, dos pais para com os filhos.

Ao se falar em um direito de uma geração deixado para reger outra, tomando por base o texto “EL PRECOMPROMISO Y LA PARADOJA DE LA DEMOCRACIA”⁴, podemos observar o que seria um suposto conflito histórico no plano das ideias entre o constitucionalismo e a democracia. Conflito na verdade mais aparente do que real.

Nesse sentido, é como se os mortos instituíssem uma ditadura “contra” os novos; é como se, dentro de uma linha intergeracional, os vivos estivessem vinculados a dívidas contraídas por aqueles que já morreram.

Assevera Chesterton que: “Tradição significa conceder votos à mais obscura de todas as classes: nossos ancestrais. É a democracia dos mortos. A tradição recusa submeter-se a essa arrogante oligarquia que meramente ocorre estar andando por aí.”⁵

Por trás dessa ideia está a preocupação de que as gerações atuais, movidas por contingências de momento, por ímpetos imediatistas, sentissem a tentação de, por meio de assembleias constituintes, reformar ou suprimir conteúdos nucleares da constituição.

Por outro lado, aqueles ligados mais aos ideários liberais entendem que as gerações atuais não podem ser escravizadas pelas gerações passadas, pois entendem que a vida social é dinâmica e, por isso, o texto constitucional deve ser permanentemente readequado à nova realidade.

Segundo esses autores, as gerações passadas não têm como prever todos os problemas que serão enfrentados no âmbito político e social pelas gerações futuras. Por conseguinte, são totalmente contrários a essas ideias de rigidez constitucional. Daí por que propõem a realização de assembleias constituintes de tempos em tempos (ex.: de 20 em 20 anos, de 30 em 30 anos).

Essa mobilização periódica de energias políticas por meio de Assembleias Constituintes cria uma comoção pública em torno da aprovação de normas fundamentais, que regerão a organização e o funcionamento do Estado, a aquisição a perda e o exercício do poder, as garantias e os direitos fundamentais.

⁴ ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2012, pp. 217-262.

⁵ CHESTERTON, Gilbert Keith. *Orthodoxy*. 287 páginas. John Lane Company, 1909, p. 85. Texto original: “Tradition means giving votes to the most obscure of all classes, our ancestors. It is the democracy of the dead. Tradition refuses to submit to the small and arrogant oligarchy of those who merely happen to be walking about.”

Em contrapartida, essa mobilização acabaria reflexamente por minar todas as forças da sociedade para a solução de problemas menores. Como se não bastasse, de tempos em tempos renasceria o grande risco de oportunistas e manipuladores tomarem de assalto o poder constituinte e, com isso, plasmarem na constituição ideias que nem sempre sejam as mais elevadas.

No fundo, subjacente ao ideal de um paradoxo democrático está a ideia de que toda constituição deve trazer consigo um certo grau de pré-compromisso.

3 AS CONSTITUIÇÕES E O PRÉ-COMPROMISSO

O texto do pré-compromisso⁶ trata desse conflito aparente, que nos dias de hoje já se encontra equacionado institucionalmente, entre rigidez e flexibilidade, entre partes constitucionais intangíveis e partes constitucionais suprimíveis ou modificáveis.

Tomemos como exemplo o fato de que, em sua redação original, a Constituição Federal de 1988 trazia um dispositivo que prescrevia que, um ano após a promulgação da Constituição, portanto em 1989, tinha que ser feito uma auditoria na Dívida Externa brasileira.

Ocorre, porém, que, na prática, como as pessoas em geral não sabiam à época e até hoje a existência desse dispositivo na Constituição, a determinação judicial não foi cumprida de acordo com o estipulado. Por força de interesses que sempre permearam o jogo político, o Congresso e o Governo sempre largaram isso de escanteio, nunca fizeram nenhum esforço para colocar em prática o que estava imposto.

Segundo Madison⁷, uma Democracia, para efetivamente garantir o que deve garantir, precisa gerar a possibilidade de *auto-governos*. Auto-governo implica garantia da liberdade. Mas, para que haja liberdade, é preciso que haja compromissos ou pré-compromissos que estabeleçam prazos. Em sentido contrário, Jefferson, como um bom democrata, entendia pela não-vinculação das gerações futuras, as quais deveriam ter sempre a possibilidade de deliberar majoritariamente e de fazer prevalecer a vontade da maioria. Entretanto, Madison, constitucionalista de raiz, entendia que esse “majoritarismo” ameaçava a

⁶ ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune. *Op. cit.*

⁷ MADISON, James. O Federalista n. 10 – A utilidade da União como Salvaguarda contra a Facção e Insurreições Domésticas. In: O Federalista. 2ª edição. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 117-127.

própria liberdade, pois a maioria também pode ser tirana (aliás, tirana inclusive com a minoria derrotada em um processo eleitoral).

Nesse sentido, o pré-compromisso seria uma conquista civilizatória, visto que ao se falar na visão dos democratas, nenhuma instituição, por mais importante que se mostre é inalterável e nenhuma lei, por mais fundamental que seja, é irrevogável. A falta de uma rigidez legislativa e institucional causa o surgimento de uma falta de segurança. Evidente que os freios constitucionais estão distantes de serem anti-democráticos; na verdade, reforçam seus ideais.

Afirma, Madison, que as massas estariam, na democracia dos moldes ateniense, vulneráveis às paixões e que os cidadãos eleitos e preparados para tomada de decisões pelos seus representados deveriam ser os protagonistas destas decisões, atuando como um filtro.

Aqui, embora uma deliberação democrática possa impor uma regra, essa deliberação encontrará uma limitação, que a antecede. Há uma noção não-instantânea de tempo, uma noção de tempo em sentido *programático*. Há uma dimensão em que se estabelece uma quantia, mínima pelo menos, de um planejamento a longo prazo. Pois, do contrário, há o perigo de reduzir-se a democracia à ideia simplória de “deliberação popular”, em que o tempo passa a ser apenas uma “sucessão de agoras”.

Com isso, cada “agora” passa a exigir uma deliberação que a ele se adeque, sem que haja um mínimo de estabilidade institucional. Todavia, não há sentido em que um direito venha a ser criado para durar alguns anos, com prazo marcado para ser substituído por outro.

Para nossa tradição, essa instabilidade jamais foi um problema, pois ela se estrutura sobre a relação entre a constituição e o bloco de infraconstitucionalidade. Aceitamos quase que unanimemente a concepção kelseniana de constituição formal e de ordenamento jurídico escalonado, em que as normas não se encontram todas dentro do mesmo patamar hierárquico. Todavia, nem toda tradição jurídica se estrutura dessa maneira.

De todo modo, por mais paradoxal que possa parecer, a ideia de regra democrática necessita da ideia de pré-compromisso. A segunda ideia serve como limite à primeira. Nesse sentido, uma importante materialização da primeira ideia são os *direitos fundamentais*. Não se pode esquecer que um governo avalizado pela maioria não governa só para essa maioria, mas também para as minorias derrotadas. Os direitos fundamentais garantem essa governabilidade também para essas minorias.

Tome-se o exemplo da *livre iniciativa*: numa sociedade que se baseia nela, é temerário que esse tipo de liberdade seja colocado à disposição de maiorias eventuais. Todavia, é preciso deixar claro que essa liberdade não é instituída simplesmente porque isso deflui da sabedoria de um grupo de “iluminados” que constituiu a Assembleia Constituinte, mas porque isso decorre de uma *tradição* que corre e percorre todo o Ocidente.

Após o momento decisivo da Segunda Guerra Mundial, o que acontece não é propriamente o estabelecimento dessa tradição, mas a EXPANSÃO DESSA TRADIÇÃO. Uma expansão que tem como centro irradiador os Estados Unidos da América e acabou por promover uma americanização da Europa (aqui disseminando o chamado “neo-constitucionalismo”, que à época já era algo discutido há mais de um século nos EUA e que na Europa passou a ser protagonizado pelos tribunais constitucionais).

Os Estados Unidos convivem com uma ideia de constituição normativa – regra contramajoritária – que é uma afronta a maiorias eventuais e que tem algum tipo de compromisso com a geração anterior. Essa ideia de Constituição normativa existe nos Estados Unidos pelo menos desde 1803 (ideia de “força normativa da Constituição”). Entretanto, na Europa, essa ideia só ficou clara no pós-guerra, com um desenvolvimento teórico que é anterior. As coisas também não acontecem de um dia para o outro.

Mesmo durante o positivismo europeu, a ideia de supremacia constitucional não era consensual, não obstante ali tenha florescido a ideia kelseniana de ordenamento jurídico como um sistema hierárquico-escalonado de norma. Afinal, a tradição europeia sempre gravitou ao redor do direito privado e, portanto, do culto milenar ao Código Civil.

Não por outra razão um livro importantíssimo do entre-guerras como a *Metodologia da ciência do direito*, de Karl Larenz⁸, nada mais faz do que tratar do direito privado, ou melhor, reconstruir o modo de consciência jurídica a partir do direito privado. Entende que é necessária a descoberta e concretização de princípios jurídicos, bem como a formação de conceitos determinados pela função. Estas são as formas específicas de pensamento de uma Jurisprudência que a si própria se entende simultaneamente como pensamento “orientado a valores” e pensamento sistemático.

Isso explica porque Hans Kelsen e a sua ideia de ordenamento jurídico não foram muito bem aceitas num primeiro momento, especialmente no contexto cultural austro-germânico.

⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5ª. Edição. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2009. P. 697.

Montesquieu, com *O Espírito das leis*, influenciou muito mais os Estados Unidos do que a França. A França jamais adotou o modelo tripartite de Governo.

A separação de poderes do Montesquieu não raro é mal compreendida, pois se pensa que se trata de uma simples separação de poderes. Decerto há influência do Montesquieu na França, mas o desenho institucional que se aproxima mais do que está descrito no Capítulo X do *Espírito das Leis* é o dos Estados Unidos, que é a ideia de *freios e contrapesos*, a ideia do poder controlando o próprio poder.

Muitos textos de escritores famosos, quando tratam da separação de poderes de Montesquieu, se referem a uma separação estática.

4 O PRÉ-COMPROMISSO E O PODER JUDICIÁRIO

Desde o início da década de 2000 existe um movimento no direito que consiste em aumentar o poder do Judiciário sob o argumento de que a separação de poderes não deveria ser montesquieniana; o Judiciário não seria um poder alheio aos outros, razão por que deveria ter possibilidades de intervenção. Todavia, isso é equivocado, pois Montesquieu nunca disse que os poderes eram estanques. Ao contrário: o que ele defendia era uma lógica de auto-controle.

Em primeiro lugar, a ideia básica é a de que não se pode concentrar muitas funções do poder em uma única pessoa, pois isso leva ao absolutismo, ou a uma tirania, ou a uma ditadura.

Em segundo lugar, é preciso separar esses poderes.

Em terceiro lugar, uma vez separados, esses poderes precisam ter mecanismos de auto-controle para a manutenção de um equilíbrio. Tem de haver um equilíbrio institucional de modo que nenhum deles se sobreponha, pois, se há sobreposição, aí começa a haver concentração de poderes.

Por isso que não há como se resolver o problema, tanto o problema institucional no nível da normalidade, quanto no nível da ilicitude, como é o caso da corrupção, etc.

Como se resolve um problema, assim, de corrupção sistêmica ou de abusos no exercício legítimo de poder? Resolve-se no Judiciário; todavia, corre-se o risco de agigantar o Poder Judiciário, ferindo-se o equilíbrio da divisão. Com isso se cria um problema colateral indesejado: o governo dos juízes, ou a chamada judiciorocracia.

Num sistema democrático com regra contramajoritária, que valoriza a noção de pré-compromisso, o Judiciário vai assumir um papel estratégico (concepção substantiva da ideia de democracia). Em contraposição, pode-se ter um sistema democrático focado em instrumentos deliberatórios fixos, que permitem deliberações por medidas constantes, em que sempre a maioria vence e sempre a maioria resolve (concepção formalista de democracia).

Uma concepção substantiva da democracia pode também surgir, a maioria delibera e até é limitada pelos pré-compromissos, pelos direitos comunitários, etc.

Na opção formal de democracia, coloca-se o Judiciário em segundo plano. Ele apenas controla os aspectos extrínsecos das decisões, atos e procedimentos, sejam eleitorais, sejam deliberatórios. A função de controle do Judiciário resumir-se-ia ao controle da regra democrática.

Já na opção substantiva de democracia, o judiciário tem como “gerenciar” o mérito. Quando se admite essa concepção substantiva, o foco fica deslocado para o Judiciário. Ele assume uma posição estratégica dentro desta democracia.

Atualmente se vê um Judiciário muito proeminente, até porque se vivendo uma democracia que caminha a largos passos no sentido de uma substantivação das regras democráticas (este é o diagnóstico).

Qual é o problema? O fato de se jogar muita luz em cima do Poder Judiciário pode fazer com que ele comece a se agigantar, ferindo o equilíbrio. Daí surge um segundo problema: o controle do Poder Judiciário sobre os conteúdos dos direitos fundamentais; a possibilidade de o Poder Judiciário definir quando esses conteúdos são legítimos ou ilegítimos.

Lenio Streck trabalha essa oposição entre concepção formal e concepção substancial, se bem que prefira os termos *procedimentalismo* e *substancialismo*, repetindo o Luiz Werneck⁹ Vianna no texto “A Hermenêutica Jurídica”, que foi quem inventou essa dicotomia.

Embora fale de procedimentalismo, defende o substancialismo. Quando escreveu o livro *Jurisdição Constitucional*, Lenio se deparava com o uso corrente e ambíguo da expressão. Afinal, “jurisdição constitucional” faz sentido na Europa, onde há cortes especializadas em controle de constitucionalidade.

⁹ VIANNA, Luiz Werneck, Luiz et alii. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro. Editora Revan, 1999.

No Brasil isso não acontece. O Supremo Tribunal Federal não é especializado; todavia, referimo-nos ainda assim a uma “jurisdição constitucional” desempenhada pelo STF. Tradicionalmente, no Brasil, temos sim Jurisdição Eleitoral, Jurisdição Trabalhista e Jurisdição Militar, por exemplo.

No Brasil, não se adota a tese substancialista porque o Judiciário não está preparado para julgar conflitos inter-individuais, só individuais. Na verdade, não se pode dizer nem que temos, no Brasil, uma Jurisdição Constitucional procedimentalista nem substancialista.

O modelo procedimentalista, embora teoricamente bastante sofisticado, tem dificuldade de justificar formalmente, por exemplo, a importância dos direitos humanos dentro de uma democracia, já que essa importância precisa defluir de um processo deliberativo em que haja ampla participação popular.

Por outro lado, o modelo substancialista tem como problema o controle sobre o Poder Judiciário, ou seja, precisa evitar de passar-lhe um cheque em branco. Qual seria o limite desse controle? Na verdade, o substancialismo, com esta construção, não vai ser o cheque em branco do Poder Judiciário. Em Werneck Vianna, por exemplo, isso não fica muito claro, pois ele diz que pode haver ativismo judicial, se bem que não opere uma diferenciação muito clara entre o ativismo judicial e a judicialização da política.

Segundo, é possível uma concepção substancialista de democracia sem ativismo judicial. Os princípios constitucionais não são abertos a interpretações. Não se aceita a concepção de J. J. Gomes Canotilho, para quem a regra é fechada (se aplica no tudo ou nada) e o princípio é aberto. Canotilho lia isso em segunda mão, porque extraía essa ideia de Robert Alexy. “Tudo ou nada” é expressão ligada à ideia de subsunção e, portanto, à noção de regra.

Já o princípio, segundo Alexy, se aplica por um outro tipo de procedimento argumentativo, que ele chama de ponderação, que deve ser cumprido nas máximas possibilidades fáticas e jurídicas que o caso estabeleça. Nesse sentido, ele jamais associou princípios a uma ideia de abertura semântico-interpretativa. Não obstante, Canotilho se apropria inadequadamente dessa diferenciação, como se na regra não houvesse liberdade interpretativa e no princípio houvesse.

No entanto, é possível associar a ideia de princípios à ideia de pré-compromisso. Decerto não como uma norma semanticamente aberta, em que se passa um cheque em branco ao julgador, mas como uma norma de fechamento interpretativo. Afinal, se não fosse o

princípio, o julgador poderia decidir de forma livre em caso de lacuna, por exemplo (que é justamente a proposta de Dworkin).

Dworkin começa o seu livro *Levando os direitos à sério*¹⁰ com um artigo que ele escreveu para debater com seu professor Herbert Hart, positivista expoente inglês, professor de Oxford, e fez uma teoria do positivismo diferente do kelseniano (mais tradicional no Brasil) em vários aspectos. Uma das diferenças é que Hart tematizava o problema interpretativo do direito. Para Kelsen, isso não era um problema; a interpretação do direito para o Kelsen é um apêndice da teoria do direito. Para o austríaco, o principal problema é identificar de que modo se separa o direito das outras ciências. Nesse sentido, a interpretação específica das normas jurídicas, para Kelsen, é um problema secundário.

Em contrapartida, Hart coloca a interpretação como tema principal de sua teoria; no entanto, estando dentro de um sistema de *Common Law*, ele admite a ideia de que o juiz faz direito (precedentes). Ele diz que, se o julgador não encontra uma resposta clara, que esteja dentro de um sistema de regras, pode fazer uso de seu poder discricionário para preencher essa lacuna. Contudo, esse preenchimento de lacuna obedece a um modelo mais sofisticado.

Afinal, não se está aí falando de lacuna como inexistência da lei (que é o clássico). Para Hart, há lacuna a ser preenchida quando, mesmo existindo regra, dá ela margem a interpretação. Ele oferece o seguinte exemplo: imagine uma regra que diz “é proibida a circulação de veículos no parque”. Mas o que é veículo? Um caminhão é um veículo e consequentemente não poderá circular no parque; aplica-se a regra e pronto. Mas uma bicicleta é um veículo? Ela fica numa área que ele chama zona da penumbra e aí, nesse caso específico, não é a regra que decide. Quem decide é o juiz. Mas de que modo? Segundo seu poder discricionário.

Se a decisão dele for arbitrária, uma vez que já fez coisa julgada, pode ser desconstruída? Não, ela tem que ser cumprida. Então o poder discricionário não tem, no fundo, limitação, porque, uma vez que esse poder foi imunizado no sistema, não se o retira de lá mais.

¹⁰DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/300269784/Levando-os-direitos-a-serio-Ronald-Dworkin-pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2017.

O positivismo diz: no limite, o juiz faz o direito e não há como corrigir isso. Até pode ser dito que está errado, mas não existe (não consigo) meio institucional para falar que ele foi de expediente.

Ronald Dworkin responde dizendo o seguinte: o juiz não tem poder discricionário, pois, se a regra não dá conta, há o princípio, que – uma vez aplicado – “fecha” a interpretação. Na verdade, ele busca sintetizar uma teoria na qual pudessem ser desenvolvidos os argumentos jurídicos selecionados, uma espécie de retórica resguardado na visão interpretativa moral de uma sociedade em especial.

Seu exemplo é um pouco mais sofisticado que o de Hart: existe uma lei que diz que o calvo não pode pagar imposto que incide sobre o shampoo, pois não usa shampoo; contudo, é calvo quem só tem uma falha no topo da cabeça?

Seguindo nesta seara, nos Estados Unidos há uma cláusula de direitos e sucessões, teoricamente muito forte, de antecipação de riqueza. Em primeiro lugar, antigamente, não existiam regras muito rigorosas com relação à indignidade do legatário, dos limites da atividade de testar. Tudo se baseava na ideia de que, quanto mais pulverização existisse do patrimônio, melhor seria para a igualdade. Se há regras de concentração, a tendência é criarem-se pequenas oligarquias; se há regras de divisão, a tendência é aumentar-se o número de distribuição.

Um outro ponto de exemplo seria o de que certa feita, um neto matou o avô para receber a herança. Dentro do sistema americano, não existia regra que o impedisse de herdar. Ou seja, o neto poderia ser condenado, ir preso, etc., mas poderia receber a herança, pois não havia como tirá-lo da linha sucessória.

Como o juiz vai decidir nesse caso? Ele decide com base no seu juízo moral? Sob o ponto de vista discricionário? Não, ele deve decidir com base nos princípios e, nesse caso, ele nomeia qual é o princípio: “Ninguém pode se beneficiar da própria torpeza”. O princípio, neste caso, não está abrindo a interpretação, mas fechando-a. Nesse sentido vem seu argumento de que os princípios podem sim ser aplicados de forma vinculante, porque norteiam por um ideal, mesmo que não haja situações concretas.

Ele está fazendo com que o juiz decida de uma determinada maneira, razão por que, se decidir de outra forma, talvez sua decisão seja tida como “desobediente”, porque não deu vigência a um padrão normativo que é imposto.

A quem diga que a crítica de Dworkin não é fiel a Hart, pois Hart não tratava dessa circunstância. Ocorre, porém que, na verdade, o exemplo em tela trata de total ausência da regra. Não se tratava de uma regra que permitia mais de uma interpretação. Ali simplesmente não havia uma regra. Não havia um sistema de deliberações convencionais de que o Dworkin fala, ou seja, não havia um estatuto, que é texto normativo formado pelo Parlamento, ou um precedente, que é formado por decisões judiciais futuras, pelo júri, pelo próprio juiz togado.

Já Hart, não dizia isso. Na verdade, ele dizia que, dentro de uma regra posta, seja por precedente, seja por parlamento, existe uma margem de penumbra. A interpretação sempre vai se deparar com uma margem de penumbra. A partir daí se está diante de um problema da análise da linguagem em seus aspectos sintático e semântico.

Há que se dizer que existe a possibilidade de se retratar, que é a questão que está posta nos princípios, numa perspectiva limitadora, não numa perspectiva expansiva.

A Constituição é repleta de princípios, mas isso não significa que o juiz pode decidir do jeito que ele quiser. Ao contrário. A existência de princípios faz com que o juiz veja diminuídas as suas possibilidades de interpretação.

Numa concepção substancial da democracia, o juiz e o Poder Judiciário possuem responsabilidade política. Aí surge a questão do ônus interpretativo. É impossível um juiz dizer que não é ele quem está decidindo, mas a lei. Essa é a ideia no sistema substancial.

Os Estados Unidos são exemplo de uma realidade político-jurídica que convive com a opção normativa em que se pode observar dimensões substantivas na atuação do Poder Judiciário, porém, existe uma atuação acadêmico-teórica que combate a possibilidade de interpretações substantivas pelo Poder Judiciário.

Há teóricos nos Estados Unidos que defendem a ideia jeffersoniana de que a regra democrática tem de prevalecer sempre, razão por que não pode haver controle judicial sobre questões morais e substantivas. O Judiciário tem um limite de controle e esse limite de controle são os procedimentos democráticos.

O caráter contramajoritário do Judiciário não é aceito. As teorias positivistas do direito, de um modo geral, tendem a ir nesse sentido. No sentido de que o limite do Judiciário é a regra democrática.

Uma visão procedimentalista diria o seguinte: é preciso aguardar o pronunciamento do Congresso acerca de um pedido que versa sobre a liberdade de discurso,

para que lá se delimite o que é ou não um discurso de ódio. Faz-se uma espécie de apelo ao legislador.

Em contrapartida, será substancialista na medida em que colocar a decisão nas mãos da sociedade. Não a sociedade como um corpo coletivo consciente. Na verdade, cada um faz o seu próprio controle. Cada um decide se quer ou não escutar o referido discurso. A Suprema Corte confere uma interpretação substancial aqui. É óbvio que a determinação do que seja liberdade de expressão é sempre problemática, pois jamais há uma definição isenta de problemas. O direito é controverso, é problemático e isso é uma coisa ínsita à ciência jurídica.

Nem sempre se pode concordar com a interpretação que a Suprema Corte estabeleceu, mas é uma interpretação e, se é uma interpretação, tem-se um procedimento substancial. Porque, para dizer o que diz, a Suprema Corte tem de fazer um juízo cultural, valorativo, tem que estar sabendo que dentro desta comunidade política qual é a melhor forma de circulação das ideias.

Como se vincula uma sociedade inteira a esse entendimento? É o problema que enfrenta a ditadura. A ditadura dizia que comunista deveria ser exilado do Brasil. Como se definia quem é o comunista? Karl Marx fala em comunismo; ele é um pensador alemão; logo, se a pessoa estuda filosofia alemã ela tem um referencial comunista. O que se faz com essa pessoa? Envia-a para fora do país. Com isso se dá um poder gigante ao sensor. A interpretação dele é a que prevalece.

A ideia de liberdade de expressão nos Estados Unidos é mais ampla. A Suprema Corte entendeu, por exemplo, que não é possível impedir que uma banda coreana utilizasse o registro de um nome tido como discurso de ódio.

No Brasil, o Supremo diz que o discurso de ódio não é uma questão de limitação, é uma questão de se estar fora do âmbito de proteção. O limite se dá dentro do âmbito de proteção. Uma limitação clara ao direito de resposta é uma limitação. O Supremo entende simplesmente que não há proteção para o discurso de ódio.

Um outro problema antigo nos EUA é saber até que ponto os direitos fundamentais ou os direitos civis podem vincular situações particulares.

Daniel Sarnento, por exemplo, diz que nos Estados Unidos prevalece a teoria negativa de vinculação de direitos fundamentais nas relações privadas, isso porque em solo

americano se analisa a questão a partir do chamado *State Action*: pode haver vinculação, desde que o particular esteja desempenhando uma função que é tipicamente de Estado.

Há uma jurisprudência no Estado da Califórnia que dizia que as empresas de cartão de crédito poderiam ter glosadas as multas que impunham a seus maus pagadores, caso elas sejam tão altas a ponto de deixarem de ser remuneração para tornarem-se pena. Isso porque pena só quem pode instituir é a lei. Logo, se a administradora do cartão de crédito está estabelecendo uma pena, ela está adentrando uma esfera que é tipicamente estatal. Assim, nesse momento, a atividade dela está vinculada aos direitos fundamentais. O que aqui chamamos de proporcionalidade, lá eles chamam de *balance*. É preciso que se faça o *balance* para se poder estabelecer regras e ficar dentro de um padrão aceitável.

Um número recente da *Harvard Law Review* publicou uma decisão da Corte da Califórnia que estabeleceu uma revisão sobre esse assunto e passou a entender que não havia aí uma atividade estatal, razão por que se trataria apenas de uma interpretação abusiva da cláusula do devido processo legal.

O ponto aqui não é que não existe vinculação aos direitos fundamentais, mas sim que, neste caso, não se está diante de uma relação de direito privado que esteja na órbita de incidência da *StateAction*; daí prevalece a economia privada. Nesse caso, não se está dizendo que é uma questão tipicamente política, que o Judiciário não pode decidir e que o local adequado para o pronunciamento é o Congresso; o que se está dizendo é que a interpretação daquele direito específico tem de seguir num determinado sentido, portanto, como uma atividade substancial.

É importante frisar que não se está diante propriamente de uma atitude procedimentalista, mas de uma “auto-contenção” (*judicial self-restraint*): o Judiciário simplesmente diz que não pode se pronunciar sobre o tema porque se trata de questão tipicamente política, razão por que o local adequado de debate é o Congresso.

O substancialismo não significa sempre a afirmação do direito: pode ele também se degenerar em ativismo. Um exemplo clássico do ativismo para o mal se deu com a Suprema Corte dos EUA durante o *New Deal* na época do Governo Roosevelt. A cada tentativa do Governo de instituir uma maior intervenção do Estado na economia, a Corte criava uma barreira declarando inconstitucional a lei por lesão ao *laissez faire*. Nesse caso, a Suprema Corte intervinha diretamente na política pública, numa dimensão que não se

restringe a concretizar um direito, mas avaliar o que há de melhor para a sociedade, diante de uma crise sem precedentes.

Segundo Abranches¹¹, o achatamento do Poder Legislativo é alimentado por dois fatores: 1) o ativismo judiciário e 2) o presidencialismo de coalisção com seu excesso de medidas provisórias. Uma espécie de presidencialismo de coalisção existe, aliás, dentro do próprio Supremo Tribunal Federal, que, ao invés de eleger um representante adequado para o Congresso, para deliberar sobre uma determinada questão de seu interesse, acaba decidindo por si próprio.

Note-se que, se todas as delações premiadas forem comprovadas, isso confirmará que a maioria dos desvios se institucionalizaram por meio de medidas provisórias, o que mostra que o Congresso Nacional teve a sua autonomia achatada e se limitou à condição de “cordeiro” do Poder Executivo, aprovando instrumentos normativos por imposição do Executivo, quando não mediante o pagamento de propina.

A instituição do impeachment prova que se uma regra de controle contramajoritário, em que pese ser uma regra extremamente arriscada, que pode levar o país à ingovernabilidade.

Aliás, a Operação Lava Jato e a crise política brasileira constituem bom exemplo para demonstrar a importância do pré-compromisso constitucional.

O presidencialismo acaba sendo o pior sistema de governo porque é propenso a gerar crises que podem tornar instável o sistema político e um país totalmente ingovernável.

A democracia envolve uma concepção de direitos fundamentais e tem de inicialmente pensar nela a partir dessa lógica do pré-compromisso. Isso fatalmente coloca o Poder Judiciário numa situação de proeminência. Essa concepção acaba colocando o holofote em cima do Poder Judiciário. Então surge o problema da judicialização da política. Se o Judiciário está intervindo demais na esfera política, é porque existe provocação.

Já numa concepção mais formal de democracia, o Judiciário é jogado para um plano secundário.

Note-se a importância de se criarem expedientes no passado que protejam a coletividade futura de si própria. No Brasil de hoje, em um momento de comoção, é enorme a tentação de se suprimirem as garantias processuais penais para que, a todo custo, se punam os

¹¹ABRANCHES, Sérgio, H. H. Presidencialismo de Coalisção: O Dilema Institucional Brasileiro. In: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a 34.

envolvidos – políticos, empresários, servidores públicos – no maior esquema de corrupção conhecido mundialmente.

Existe uma sede de combate à corrupção e de moralização das práticas políticas e, portanto, de punição dos envolvidos a todo custo. No entanto, essas atitudes, muitas vezes imediatistas, que tentam suprimir essas garantias processuais em nome da eficiência punitiva, ainda que pontualmente resolvam o problema da Operação Lava Jato, podem criar precedentes judiciais que acabarão por atingir a sociedade como um todo e não somente os réus da referida operação.

Foram séculos até se chegar a essas garantias, que são uma conquista civilizatória liberal. São garantias do tipo – não há processo sem acusação formal; não há prova incriminatória sem contraditório; não há crime sem previa previsão legal; não há processo sem um juízo competente instituído antes do fato criminoso; não há processo sem contraditório e ampla defesa; não há punição sem juízo de certeza sobre a culpabilidade - à mingua dessa certeza, o acusado deve ser absolvido.

Essas garantias existem em favor de todos, inclusive dos réus da Lava Jato. Elas existem para impedir o exercício abusivo da função jurisdicional e da função punitiva pelo Estado. Quando se flexibilizam essas garantias para punir corruptos, também se fazem flexíveis contra nós mesmos, caso um dia venhamos ser injustamente acusados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando essas garantias foram instituídas em 1988, o que fizeram foi defender a geração atual de si própria, contra essa tentação, porque, no passado, o Estado abusou do poder de punir e a muito custo essas garantias foram construídas. Daí a importância do garantismo.

É preciso chegar a uma síntese superior ou a uma solução de meio termo. Que na verdade é o que existe hoje. Há pedaços da constituição que são intangíveis, rígidos, que não podem ser de forma alguma suprimidos ou modificados pelas gerações posteriores, sob pena de desfiguração da própria identidade daquela ordem constitucional (que é o que o jargão constitucional chama de “cláusulas pétreas”). Por outro lado, há pedaços da constituição em relação aos quais se pode proceder a acréscimos, modificações e supressões, desde que mediante um quórum qualificado (através das chamadas “emendas constitucionais”).

De ordinário é assim que as civilizações do mundo ocidental procedem. Isso varia de país a país, mas essa é uma tradição da Europa continental.

Como se vê, trata-se de uma forma de proteger a maioria de si própria (papel contramajoritário das constituições): criam-se partes impassíveis de serem modificadas por gerações futuras, protegendo essas gerações de si próprias em momentos de comoção em que a tentação de se modificar tudo, de maneiras muitas vezes radicalmente reformistas ou revolucionárias, é grande.

Ao mesmo tempo, engessam-se as gerações futuras, que só mediante quórum qualificado podem modificar a maior parte do texto constitucional, adequando-o à dinâmica social e aos problemas atuais pelos quais a geração futura estiver passando.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio, H. H. Presidencialismo de Coalisção: O Dilema Institucional Brasileiro. *In: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a 34.

CHESTERTON, Gilbert Keith. *The Collected Works of G.K. Chesterton*, Volume 33, Página 313. Ignatius Press, 1990, ISBN 0898702747 - 697 páginas.

_____. *Orthodoxy*. 287 páginas. John Lane Company, 1909, p. 85.

DWORKING, Ronald. Levando os direitos a sério. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/300269784/Levando-os-direitos-a-serio-Ronald-Dworkin-pdf>. Disponível em: 10 de julho de 2017.

ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, capítulo de HOLMES, Stephen. *El precompromiso y La paradoja de la democracia*. pp. 217 a 262.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5ª. Edição. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2009. P. 697.

MADISON, James. O Federalista n. 10 – A utilidade da União como Salvaguarda contra a Facção e Insurreições Domésticas. In: O Federalista. 2ª edição. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 117-127.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, capítulos III e IV.

VIANNA, Luiz Werneck, Luiz et alii. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro. Editora Revan, 1999.

Submetido em 10.09.2017

Aprovado em 20.09.2017