
UM ELO COM O PASSADO: A QUESTÃO INTERGERACIONAL NO CONSTITUCIONALISMO

A LINK TO THE PAST: THE INTERGENERATIONAL QUESTION IN CONSTITUTIONALISM

ADRIAN MOHAMED NUNES AMARAL¹

Resumo

Este ensaio se foca no longo conflito travado entre constitucionalismo e democracia iniciado com as revoluções liberais. A Convenção da Filadélfia criou o problema ao estabelecer uma Constituição rígida e inalterável com os mecanismos comuns de deliberação. No entanto, teriam os Pais Fundadores o direito de vincular maiorias futuras aos seus desejos? A proposta apresentada buscará responder se a limitação do princípio democrático é prejudicial para a democracia ou é o mecanismo correto para protegê-la. Será analisada a possibilidade do constitucionalismo intergeracional ser o meio essencial para proteger direitos fundamentais dentro de uma democracia. Ademais, mostrará o papel das Cortes Constitucionais como legisladoras negativas de direitos fundamentais.

Palavras-chave

Constitucionalismo – Democracia - Direitos Fundamentais.



Abstract

¹ Acadêmico da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR)

This essay focus on the endless conflict between constitutionalism and democracy started by the liberal revolutions. The Philadelphia Convention created the issue when drafted a rigid and immutable Constitution by ordinary deliberation mechanisms. Nevertheless, could American Founding Fathers impose binds to the rights of the future majorities to their will? This paper will seek to answer whether the limitation of the democratic principle is prejudicial to the democracy or it is the best mechanism to protect it. Also, it will analyze the role of the intergenerational constitutionalism in promoting fundamental rights in a democracy. Furthermore, it will demonstrate the function of Constitutional Courts as negative legislators of fundamental rights.

Key words

Constitutionalism - Democracy - Fundamental Rights

1. Introdução

O principal escopo deste ensaio é apresentar o debate entre constitucionalismo e democracia com enfoque na questão intergeracional da constituição, a saber, a capacidade de perseverança da constituição através do respeito do povo na crença de cumprimento de promessas a longo prazo por meio de restrições auto-impostas em um pré-compromisso constitucional.

Num primeiro momento, o esclarecimento do sentido geral de constitucionalismo e de democracia se mostra necessário, além de exprimir as origens da discussão.

O movimento constitucionalista surgiu com as revoluções liberais do século XVIII nos Estados Unidos e na França. Nos Estados Unidos, a questão teve início com a Declaração da Independência em 1776, quando as Treze Colônias quiseram se ver livres da jurisdição da Coroa Britânica. Após a independência, os EUA precisavam de um documento que a ratificasse e que trouxesse uma declaração de direitos em seu corpo, o que culminou na Constituição Americana de 1787, considerada clímax e expressão final da Revolução Americana,² antes mesmo dos franceses quebrarem paradigmas na Europa em 1789.

O fato de a Constituição Americana ter sido aprovada quase 10 anos depois da Declaração da Independência não impediu que as convenções estaduais elaborassem suas próprias constituições estaduais,³ como é o caso da Constituição

² BAILYN, Bernard. *As origens ideológicas da Revolução Americana*. Tradução: Cleide Rapucci. Bauru: EDUSC, 2003. p. 287.

³ JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Tradução: Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura e Económica, 2000. p. 467.

de Massachusetts, que teve John Adams entre seus autores, e da Constituição da Virgínia, a qual inspirou o texto da Constituição de 1787 e é considerada a primeira Constituição elaborada após a Independência.

A Revolução Americana é o marco criacional dos Estados Unidos da América (*Founding*) e seus responsáveis são conhecidos como Pais Fundadores (*Founding Fathers*), embora comumente equiparados a semideuses numa leitura a partir do *excepcionalismo americano*.

Na França, os eventos que antecederam a Revolução Francesa deram origem à teoria constitucional. Havia, no *Ancien Régime*, uma espécie de parlamento denominado *États Généraux*. Nele, estavam presentes as três ordens da sociedade francesa: o primeiro estado (clérigos), o segundo estado (nobres) e o terceiro estado (população geral, plebeus). Dentre aqueles pertencentes à população geral estavam os comerciantes burgueses, que ascendiam economicamente, mas que ainda careciam de poder político. Sieyès,⁴ então, propôs um aumento de poder político dos cidadãos laboriosos que sustentavam os privilégios das duas primeiras ordens. Para isso, defendeu a ideia de uma assembleia constituinte formada por representantes externos aos Estados Gerais e que seriam a representação da nação francesa,⁵ de modo que, por ter um contingente populacional mais elevado, o terceiro estado deveria estar maior representado na constituinte. Acrescentou a ideia de que as deliberações não deveriam se dar por ordem, uma vez que as ordens privilegiadas se uniam para derrotar o terceiro estado nos Estados Gerais, resultando sempre em um resultado de dois sobre um; por outro lado, deliberações que contabilizassem a totalidade dos votos refletiriam a verdadeira vontade da nação.⁶

A Constituição pode ser entendida como o princípio de ordenação que constitui e ordena a vontade do Estado.⁷ Surge fora da ação legislativa ordinária e é considerada a lei mais alta de um país por ter seus poderes criados pelo povo, com sua própria vontade, limitando seus membros para que não seja violada.⁸

Por sua vez, o conceito de democracia remonta à Grécia Antiga e quer dizer, literalmente, poder ou governo do povo (*δημοκρατία*). Aristóteles classificou as formas de governo em seis – três justas e seus desvios correspondentes.⁹ As justas são monarquia (reino de um homem que busca o bem-estar comum com sua lealdade), aristocracia (governo de poucos, mas considerados os melhores homens para governar e decidir o que é o melhor para o Estado ou seus membros) e, por

⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: qu'est-ce le tiers état?*. 4. ed. Tradução: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

⁵ *Ibid.* p. 53.

⁶ *Ibid.* p. 14, 26-27.

⁷ JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Tradução: Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura e Económica, 2000. p. 457.

⁸ *Ibid.* p. 467-468.

⁹ ARISTOTLE. *The politics*. Tradução: T.A. Sinclair; Trevor J. Saunders. London: Penguin Books, 1992. p. 190.

fim, *politeia*¹⁰ (governo de todos para o bem de todos); as antípodas são tirania, oligarquia e democracia (demagogia), das quais nenhuma das três busca o bem comum da comunidade política e age conforme seus interesses particulares.

Portanto, na democracia ateniense, aqueles considerados cidadãos (homens livres descendentes de atenienses) podiam deliberar sobre o futuro da *pólis* na Ágora. Quando as deliberações buscavam o interesse comum, tínhamos a *politeia*, se não buscavam, tínhamos a demagogia.

O debate moderno entre constitucionalistas e democratas se iniciou no período fundacional dos Estados Unidos. Thomas Jefferson advogava a ideia de que o governo não pode ser outro senão o governo dos vivos e de que a perpetuidade constitucional é moralmente repugnante, uma vez que estaria ligada a servidão e monopólios eternos. Para Jefferson, era incabível o fundamento de que gerações passadas possuíam o direito de atar gerações futuras sem sequer estarem vivas, a morte dos *Founding Fathers* deveria significar a morte espiritual da Constituição, permitindo que a cada 20 anos uma geração tivesse o direito de elaborar uma nova Constituição.¹¹

Jefferson deu continuidade ao entendimento de outro pai fundador dos Estados Unidos, Thomas Paine, que combateu fortemente os argumentos elitistas de Edmund Burke, o qual afirmava que o Parlamento britânico havia assumido o poder de vincular e controlar a posteridade até o “fim dos tempos”. Paine respondeu que tal decisão deveria ser considerada nula ou inválida, pois nunca poderá existir qualquer tipo de deliberação que permita aos homens de uma geração controlar e vincular a posteridade até o “fim dos tempos”. Para ele, cada geração, em qualquer hipótese, deveria ser livre para agir por conta própria, subjugando aqueles com vaidade e presunção suficiente para desejar governar para além do túmulo – *a mais ridícula e insolente de todas as tiranias*.¹²

James Madison, por outro lado, preconizava a divisão de trabalho intergeracional como meio de granjear vantagens a longo prazo, tendo em vista que objetivos do passado seriam mais facilmente atingidos se compartilhados entre gerações. Desse modo, a Constituição estaria mais para um instrumento de governo do que para um obstáculo para limitá-lo. Madison defendia a ideia de que o compromisso

¹⁰ Πολιτεία pode significar tanto “constituição” (denominação dada ao governo ou à administração pública na Grécia Antiga) ou democracia na forma que a concebemos modernamente (governo de todos, ricos ou pobres). A palavra democracia em Atenas tinha a pesada carga de ser o “poder do povo”, o que queria dizer literalmente isso: uma classe particular, majoritariamente pobre, agindo somente com vistas aos próprios interesses. Talvez um termo hodierno melhor empregado para a concepção de democracia aristotélica seja o que convencionamos chamar de demagogia. Para não confundir, o sentido de *politeia* nos escritos aristotélicos é de “governo constitucional”, enquanto democracia em Atenas é a forma pejorativa da *politeia*, utilizada pelas maiorias pobres para alcançar seus interesses egoísticos. Cf. Aristotle, *The politics*. p. 191.

¹¹ HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], p. 217-262. p. 224-227.

¹² PAINE, Thomas. *The rights of man: being and answer to Mr. Burke's attack on the French Revolution*. London: W.T. Sherwin, 1817. p. 3-4.

prévio era um exercício de liberdade e não de restrição dela. A Constituição herdada poderia mesmo ajudar a estabelecer e estabilizar a democracia, emancipando as gerações futuras e permitindo que elas se foquem em conquistar *objetivos intergeracionais* sem a preocupação de se distrair na criação constante de novos marcos políticos. Para ele, convenções constituintes frequentes criariam um vazio legal e seriam conduzidas mais pela paixão pública do que pela razão pública, correndo o sério risco de se tornarem forças antirrepublicanas.¹³

Feitas tais ponderações, verificar-se-á de forma mais aprofundada esses fenômenos na história constitucional.

2. Pré-compromisso

James Madison seguia precisamente a premissa de que a auto-restrição é uma forma de manifestação de poder e não de limitação dele. Assim, se um monarca deseja estabilidade política, por exemplo, poderá limitar sua esfera de atuação observando os objetivos de seus predecessores, ao mesmo tempo que aumenta sua influência ao não estagnar o projeto da nação. Similarmente, na teologia, a faculdade de Deus restringir a si por meio de promessas é manifestação clara de sua onipotência divina. A proibição de promessas obrigatórias por Deus seria, essa sim, uma limitação de seu poder.¹⁴

Entretanto, ainda parece contraditório afirmar que restrições e promessas são feitas para promover a liberdade daqueles que as fazem, uma vez que limitam seu espaço de atuação na sociedade.

Jon Elster, em um de seus estudos dedicados ao tema,¹⁵ demonstrou como uma escolha restritiva antecipada pode gerar um benefício futuro se o agente não ceder a alguma recompensa mais próxima do momento presente com uma carga considerável de gratificação imediata.

Sua tese busca demonstrar a ideia de que *menos é mais*, a partir do pressuposto de que podemos tirar benefícios do fato de termos menos oportunidades. Para tal, começa por problematizar a questão do conhecimento e da ignorância dos homens. O axioma comumente aceito de que “*conhecimento é poder*” é contraposto pela afirmação de que a “*ignorância é uma benção*”. Aparentemente sofisticada e falaciosa, a afirmação ganha seu grau de credibilidade ao analisarmos a história da humanidade, na qual frequentemente nos deparamos com a

¹³ HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], p. 217-262. p. 237-238.

¹⁴ Ibid. p. 235.

¹⁵ ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Tradução: Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

constatação de que o conhecimento muito serviu como instrumento de poder e dominação no lugar de emancipar a espécie humana.¹⁶

Elster ilustra a problematização do conhecimento e da ignorância a partir da literatura, mais precisamente o exemplo das sereias que atraíam marinheiros na Odisseia de Homero. Ulisses havia se amarrado ao mastro para evitar um possível conhecimento perigoso a ser oferecido pelas sereias. Também no Gênesis bíblico, a serpente seduziu Eva com o conhecimento do bem e do mal. A diferença entre as duas narrativas, segundo Elster, é que na epopeia homérica o conhecimento é mero artifício para atrair marinheiros.¹⁷

Há, a priori, dois tipos básicos de restrições: restrições incidentais e restrições essenciais.¹⁸ As primeiras são aquelas que não foram escolhidas, num primeiro momento, por quem se pré-comprometerá, como é o caso, por exemplo, da situação em que um diretor filma um longa-metragem em preto e branco pela inexistência da tecnologia que permite produzir filmes coloridos. A segunda hipótese, refere-se às auto-restrições que são impostas racionalmente pelo próprio agente que as cumprirá no intuito de granjear um benefício futuro. Pode ser afirmado que a racionalidade da imposição consiste basicamente na existência dos motivos e dispositivos que permitam o pré-compromisso.

Ao longo da história humana, diversos autores adotaram certas táticas de pré-comprometimento para não se afastarem de seus objetivos. Montaigne, por exemplo, defendia o desvio das emoções por meio da ignorância da ocorrência dos eventos quando estes não puderem ser evitados. Trata-se da hipótese supracitada de que a *ignorância é uma benção*. Elster dá exemplos no sentido de que a ignorância de certos eventos pode ser necessária para evitar a vingança decorrida da raiva ou do ciúme. No entanto, atenta ao fato de que a auto-ilusão e a falta de percepção não podem se enquadrar na hipótese da ignorância como benção.¹⁹

A teoria da restrição, em suma, nada mais é que a capacidade humana de abrir mão da fraqueza de caráter em favor de um objetivo futuro, evitando-se a quebra do compromisso por um benefício imediato, porém de menor valia. Os meios para as auto-restrições podem ser decorrentes de *ameaças e promessas*, e seus opostos *avisos e encorajamentos*²⁰ ou podem ser diversos, como as alternativas apontadas por Elster no livro.²¹ A restrição é utilizada para evitar ceder às paixões momentâneas individuais ou coletivas, embora de maneira peculiar em cada um dos casos.

¹⁶ ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*.

Tradução: Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 13.

¹⁷ Ibid. p. 14.

¹⁸ Ibid. p. 15.

¹⁹ ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Tradução: Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 31.

²⁰ Ibid. p. 52-65.

²¹ Ibid. p. 110-117.

2.1. Um Elo com o Passado

Feita esta breve introdução dos pré-compromissos, emerge o ponto fundamental deste trabalho: a possibilidade de uma Constituição servir como dispositivo de pré-compromisso e os meios adequados para tal função.

Como mencionado, existe um conflito perene entre democratas e constitucionalistas que data do surgimento do constitucionalismo moderno. Enquanto os defensores da democracia pregavam uma menor rigidez das leis num sentido geral, o que inclui as constituições; os defensores do constitucionalismo, por outro lado, pregavam uma maior rigidez.

Os argumentos de ambos os lados são bastante pertinentes. Se por um lado é possível argumentar que constituições muito rígidas serviriam como empecilho à evolução humana de forma geral, por outro é possível arguir que as mesmas constituições, se dotadas de alto grau de rigidez, têm a função de criar a própria democracia e estabilizá-la, tendo em vista que a ausência de plausibilidade de uma democracia ser criada pela própria democracia. Além disso, o grau de rigidez das constituições poderia limitar fortemente paixões momentâneas surgidas no processo democrático, mediante mecanismos constitucionais como o controle de constitucionalidade, o bicameralismo, o pacto federativo e as cláusulas pétreas.

A questão que surge, no entanto, é se uma geração teria o direito de “aprisionar” gerações futuras através de um pacto constitucional,²² mesmo que alegue que tal pacto será benéfico a todas as gerações, pois, em teoria, buscaria um objetivo comum que traria a felicidade de todos.

Na resposta de Kant à pergunta “*O que é o esclarecimento?*”,²³ há a afirmação de que vincular gerações futuras a decisões que sequer conhecem ou tiveram a possibilidade de aceitar ou rejeitar é uma atitude típica de seres que se consideram superiores tentando manter os demais na minoridade, mesmo que jamais cheguem a conhecê-los.²⁴ A afirmação faz sentido se vista de uma perspectiva em que um grupo de indivíduos deseja aprisionar outros para usurpar vantagens, mas talvez não seja de tão bom senso quando se trata de uma vantagem exclusiva da geração futura, embora sem escolha desta. De qualquer forma, no que concerne aos direitos humanos, cerne do pensamento kantiano, a justificativa de rejeitar um

²² “Cada geração quer ser livre para restringir suas sucessoras, mas não quer sofrer restrições por parte de suas predecessoras” Cf. ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Tradução: Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 151.

²³ KANT, Immanuel. *Practical philosophy*. Tradução: Mary J. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 11-22.

²⁴ “One age cannot bind itself and conspire to put the following one into such a condition that it would be impossible for it to enlarge its cognitions (especially in such urgent matters) and to purify them of errors, and generally to make further progress in enlightenment. This would be a crime against human nature, whose original vocation lies precisely in such progress; and succeeding generations are therefore perfectly authorized to reject such decisions as unauthorized and made sacrilegiously.” Cf. KANT, Immanuel. *Practical philosophy*. p. 20.

vínculo do passado só é plausível quando se trata de uma geração despótica, do contrário, decisões anteriormente tomadas podem servir para promover justamente o fundamento kantiano, a saber, os direitos humanos.

Ao contrário do que se pensa, o constitucionalismo, nas circunstâncias corretas, não limita a democracia, mas restringe o poder do seu mais provável limitador: o governo nacional. O grande problema político da Revolução Francesa foi o fato dos revolucionários não terem percebido que o parlamento, ainda que votando na regra de *um homem, um voto*, pode ser tão tirânico quanto o poder do monarca absoluto.²⁵ Seguiram Rousseau demais e confundiram a vontade geral com a vontade de todos, o que resultava, comumente, na exclusão de minorias políticas importantes, como as mulheres.²⁶

Por outro lado, na Convenção da Filadélfia, não se tratou com demérito as minorias em prol de uma soberania parlamentar. Os Pais Fundadores tinham consciência de que a democracia ilimitada poderia servir como instrumento para limitar direitos fundamentais. Ao contrário dos franceses que trocaram uma estrutura falha de poder por outra falível, os teóricos políticos americanos da Revolução sabiam que um parlamento era tão suscetível a paixões e interesses próprios quanto uma monarquia. Para evitar paixões momentâneas das majorias, a Convenção Constitucional previu restrições ao princípio democrático. A Convenção teria plenos poderes de determinar não somente o futuro dos cidadãos americanos, mas os poderes das esferas governamentais, as quais só poderiam fazer aquilo que a lei permitisse.²⁷ Os EUA seriam um “governo de leis” e não um “governo de homens”.

A argumentação acima tem sua fundamentação baseada na premissa básica de que o ser humano é suscetível a paixões, enquanto a legislação não. No entanto, essa mesma legislação não pode ser considerada perfeita quando elaborada pelos mesmos humanos falhos, ainda que deliberadamente tenham discutido e ponderado todos os pontos de vista possíveis. Talvez aqui resida outro paradoxo além daquele de que cada geração se considera mais livre que seus predecessores e seus sucessores. James Madison cria tão veementemente na máxima que chegou a afirmar que não precisaríamos do governo se os homens fossem todos anjos.²⁸ Para ele, era necessário um mecanismo que viesse de dentro do governo para limitá-lo a si próprio, de modo que cada parte pudesse restringir as demais em algumas matérias no intuito de preservar a Constituição. O mecanismo recebeu o nome de freios e contrapesos e permitiu que casa esfera de poder (legislativo,

²⁵ ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito. *Caderno da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 11-63, jan./jun. 2004. p. 16.

²⁶ Olympe de Gouges foi condenada à guilhotina por propor uma Declaração de *Direitos da Mulher e da Cidadã*, a qual propunha os mesmos direitos previstos para os homens na *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*.

²⁷ HAYEK, Friedrich. *Os fundamentos da liberdade*. Tradução: Anna Maria Capovilla; José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983. p. 208-209.

²⁸ LIMONGI, Fernando Papaterra. O Federalista: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os clássicos da política*, v. 1. 13. ed. São Paulo: Ática, 2002. p. 273.

executivo e judiciário) pudesse controlar as ações exageradas das outras esferas, muito embora cada uma se considerasse independente das demais.

Resta claro que a Constituição Americana surgiu no intuito de limitar o governo, que, sensível, poderia abandonar os objetivos maiores da nação em troca de objetivos imediatos e menores de maiorias temporárias e sem discernimento.²⁹ Para Hayek, a hierarquia constitucional não serve para limitar de forma absoluta a vontade do povo, mas para subordiná-la a vontades *maiores* a longo prazo.³⁰ Chegou a defender o constitucionalismo contra uma forma deturpada de democracia, como o desvio da *Politeia* na democracia ateniense,³¹ conhecida hodiernamente como “tirania da maioria”. Além disso, a forma federativa e o controle de constitucionalidade das leis teriam a função de equilibrar o poder, tendo em vista a capacidade de controle de ambos para além de suas instâncias. A constituição, na visão dos constitucionalistas, é um poderoso instrumento de estabilização da ordem política.

Voltando ao estudo de Elster, há a constatação de que os mecanismos criados para proteger a ordem política americana são, na verdade, dispositivos de pré-compromisso. O bicameralismo, por exemplo, é considerado um dispositivo criador de atrasos que podem ser essenciais para esfriar situações políticas turbulentas, embora presuma quase sempre a criação de uma câmara aristocrática.³² A previsão de maiorias qualificadas para criação de emendas e leis também pode ser considerada um dispositivo de pré-compromisso, por proteger a Constituição de emendas temporárias que afastariam seus objetivos primeiros. Ademais, os freios e contrapesos, decorrentes do princípio da separação de poderes, também são um dispositivo de pré-compromisso.

A mudança constitucional deve ser lenta.³³ O processo de elaboração de emendas deve ser mais trabalhoso e demorado que a de uma legislação ordinária. Isto se deve ao dever de respeito à Constituição para que ela não perca sua força normativa e vire um mero pedaço de papel.³⁴ Para proteger as Constituições de emendas frívolas, há um rol de obstáculos para a elaboração de emendas, a saber: cláusulas pétreas, maiorias qualificadas, atrasos, ratificação do Estado (no caso americano), etc. Elster define as maiorias qualificadas (quóruns) e os atrasos

²⁹ HAYEK, Friedrich. *Os fundamentos da liberdade*. Tradução: Anna Maria Capovilla; José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983. p. 210.

³⁰ *Ibid.* p. 212.

³¹ “Somente um demagogo pode tachar de antidemocráticas as limitações que decisões duradouras e princípios gerais defendidos pelo povo impõe ao poder de maiorias temporárias. Tais limitações foram concebidas com o objetivo de proteger o povo daqueles aos quais tem de conferir poder e são os únicos meios pelos quais o povo pode determinar o caráter geral da ordem dentro da qual deverá viver.” Cf. HAYEK, Friedrich. *Os fundamentos da liberdade*. p. 213.

³² ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Tradução: Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 122.

³³ *Ibid.* p. 133.

³⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 21-22.

(processo legislativo) como os principais dispositivos de restrição constitucional.³⁵

Os motivos descritos acima são os que influenciam os governos atarem as próprias mãos e dos demais para a instauração de uma ordem que faça sentido posteriormente. Todos os dispositivos citados buscam, de alguma maneira, perpetuar ideais e objetivos em face de interesses e paixões momentâneas. Talvez Jefferson e Paine não estivessem inteiramente certos de suas razões ao se limitarem a enxergar apenas a presunção parlamentar de fazer de sua vontade perene sobre as gerações futuras. Talvez o correto fosse verificar o quanto as gerações futuras conquistaram graças às restrições impostas antes mesmo que surgissem. A possibilidade de cada geração dar um *restart* na ordem política, deixaria, de fato, esta ordem a mercê de demagogos em busca de maiorias esporádicas e tirânicas. Democracia e constitucionalismo estão mais para dois lados da mesma moeda, na qual a coexistência de ambos é necessária, do que para antípodas ou nêmesis. Não há paradoxos quando o constitucionalismo define a democracia.

2.2. Proteção dos Direitos Fundamentais

Se um dos efeitos do constitucionalismo é proteger os direitos das minorias de maiorias autoritárias, resta saber quais são esses direitos e por que são considerados fundamentais, enquanto outros não.

Os direitos fundamentais podem ser entendidos como aqueles referentes à proteção da pessoa humana dentro do ordenamento jurídico. Muitas vezes surgem em decorrência dos direitos humanos, os quais têm âmbito universal.

Com o fim da Segunda Grande Guerra, desorientados pelas consequências trágicas que o positivismo jurídico extremo pode levar, vários países ao redor do globo elaboraram novas constituições no intuito de proteger os direitos fundamentais do indivíduo. Em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos previu uma série de disposições que continham direitos a serem protegidos com o fim de se preservar a dignidade da pessoa humana. Direitos como educação, igualdade étnica e racial, liberdade religiosa e proteção contra a tortura passaram a ser protegidos efetivamente na esfera internacional. A maioria desses direitos adentrou nos ordenamentos jurídicos do pós-guerra como direitos fundamentais através das constituições.

³⁵ ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Tradução: Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 137.

As constituições, no entanto, não limitavam os direitos fundamentais aos direitos humanos. No Brasil, por exemplo, os direitos fundamentais estão previstos do art. 5º ao 17, da Constituição Federal. Entretanto, o rol não é exaustivo, podendo haver outros direitos e garantias decorrentes de princípios constitucionais ou da ratificação de tratados internacionais, conforme pode se auferir do art. 5º, §3º, CF. Assim, por exemplo, uma norma internacional que trata de direitos humanos pode ser tida como direito fundamental positivado, uma vez que a cláusula constitucional possibilita a abertura dos direitos fundamentais.

No que concerne à história constitucional americana, durante o processo de elaboração da Constituição surgiram dúvidas acerca da positivação de certos direitos. O que se temia era a restrição de direitos não previstos na Constituição. Para solucionar o impasse, o *Bill of Rights* trouxe a Nona Emenda, a qual dispunha que “a enumeração de certos direitos na Constituição não deve ser interpretada para negar ou denegrir outros retidos pelo povo”.³⁶ O fato de alguns direitos estarem previstos no texto constitucional não permitia ao governo restringir os externos à Constituição no intuito de usar o constitucionalismo de forma negativa.³⁷

É comum que exista um dispositivo de pré-compromisso dentro da Constituição protegendo esses direitos de mudanças substanciais. Os direitos são *petrificados* para não se sujeitarem à eliminação por imposição das maiorias.³⁸ Nem mesmo quóruns qualificados podem eliminar o conteúdo dos direitos fundamentais.³⁹ A necessidade de se proteger tais direitos possui a mesma razão do seu surgimento no pós-guerra europeu: proteger os direitos referentes à pessoa humana com um direito constitucional substantivado com conteúdo ético.⁴⁰

Em seguida, será analisada a possibilidade de se interpretar um desses direitos que o povo detém como direito fundamental decorrente de princípios. Para a presente análise, foi tomado como exemplo a polêmica questão do porte de armas de fogo nos EUA e no Brasil, mediante a interpretação do judiciário de ambos os países.

2.2.1. Mais armas, mais mortes?

³⁶ “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall no be construed to deny or disparage others retained by the people.” Cf. U.S. Const. Amend. IX.

³⁷ HAYEK, Friedrich. *Os fundamentos da liberdade*. Tradução: Anna Maria Capovilla; José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983. p. 220.

³⁸ No ordenamento jurídico brasileiro, a disposição que protege as cláusulas pétreas está prevista no art. 60, §4º, CF.

³⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. *Lua Nova*, São Paulo, n. 42, p. 53-97, 1997. p. 57.

⁴⁰ *Ibid.* p. 58.

No Brasil, a Suprema Corte, assim como nos EUA, assumiu, primordialmente, o papel do legislador negativo kelseniano, possuindo, além de outras competências,⁴¹ o papel de Corte Constitucional. Além disso, o Supremo Tribunal Federal passou a analisar questões que são comumente apreciadas pelos poderes representativos. Ao analisar, por exemplo, a questão do porte de armas, em contraste aos Estados Unidos, não há no Brasil um direito constitucionalmente garantido de manter e portar armas de fogo,⁴² porém em ambos os países a questão é tratada de forma polêmica, levando em consideração que no Brasil o porte de armas, mesmo sem previsão constitucional, está intimamente ligado às garantias à vida e à propriedade. Naquele país, o foco é em relação se a norma constitucional de manter e portar armas pode interferir irrestritamente no âmbito dos Estados e dos demais entes federados,⁴³ no Brasil, onde os homicídios por armas de fogo predominam, o pano de fundo é se uma lei,⁴⁴ não reconhecida pelo povo, poderia ou não ter seu caráter de eficácia afetado. A questão chegou ao STF, que foi favorável ao Estatuto do Desarmamento.⁴⁵

Nos EUA, o direito de possuir armas de fogo está expressamente previsto em sua Constituição. Foi um dos direitos alcançados mediante emenda da Carta de Direitos de 1791. A Segunda Emenda à Constituição Americana prevê que o direito do povo americano de possuir e usar armas de fogo não pode ser restringido.⁴⁶

Os Pais Fundadores defendiam a ideia de que todos deveriam ser providos com armas e munição. Para eles, o treinamento dos cidadãos para o uso de armas de fogo era indispensável para a situação de transição política iniciada com a Independência de Julho de 1776.⁴⁷

Recentemente, devido a casos de homicídios com armas de fogo naquele país, a questão voltou a ser discutida no ponto em que concerne à autonomia dos entes federados imporem restrições ao porte. A Suprema Corte decidiu em dois casos que a Segunda Emenda deve ser aplicada em detrimento das legislações das entidades da federação, tendo como alicerce o disposto na Décima Quarta Emenda, a qual previa que nenhuma lei dos Estados poderia legislar no sentido de restringir os privilégios e imunidades dos cidadãos americanos, nem poderia privá-los de seus direitos à vida, liberdade e propriedade sem o devido processo

⁴¹ O Supremo Tribunal Federal acumula as funções de corte constitucional, corte recursal e corte especial (para foro privilegiado).

⁴² Dispõe a Segunda Emenda à Constituição norte-americana: “*A well regulated militia, being necessary to the security of a free state, the right of the people to keep and bear arms, shall not be infringed*”.

⁴³ Recentemente, a Suprema Corte americana deu parecer favorável ao porte de armas no distrito capital e nos municípios, como se verifica, respectivamente, nos casos *District of Columbia v. Heller* e *McDonald v. City of Chicago*.

⁴⁴ Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003).

⁴⁵ A ADI 3.112 foi apreciada pelo pleno que decidiu pela constitucionalidade do Estatuto do Desarmamento, revogando apenas os dispositivos referentes à pena.

⁴⁶ “*A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.*” Cf. U.S. Const. Amend. II.

⁴⁷ ADAMS, John. *Thoughts on government*. In: _____. *The revolutionary writings of John Adams*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000. p. 285-293. p. 292.

legal ou negar a proteção igualitária de direitos.⁴⁸ No primeiro caso,⁴⁹ a proteção foi garantida dentro dos *Federal Enclaves*, unidades federadas distintas dos Estados, como a capital Washington. Dois anos mais tarde, foi decidido que o direito previsto na Segunda Emenda deve ser aplicado *contra* todos os Estados.⁵⁰

No Brasil, houve um referendo em 2005 tratando acerca da proibição de armas de fogo, o qual teve resultado contrário à proibição do art. 35 da Lei 10.826/2003 (63,94%). No entanto, o porte ainda é restringido com base em princípios constitucionais como a vida e integridade física.

Diversos Projetos de Lei advindas das Casas parlamentares ou de iniciativa popular vêm buscando alterar a legislação restritiva à comercialização.⁵¹ Ações Diretas de Inconstitucionalidade também foram arguidas, sendo a mais notável a ADI 3112, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro e julgada em 2007, a qual pedia pela inconstitucionalidade do Estatuto do Desarmamento, alegando que a legislação usurpava atribuições exclusivas do Presidente da República, tal como ofensa ao direito de propriedade e de legítima defesa dos cidadãos.

Foram admitidos como *amicus curiae* o Instituto Sou da Paz, a Conectas Direitos Humanos e a Viva Rio.⁵² O documento elaborado pelos *amicus curiae* pedia o indeferimento e a improcedência da ADI, salientando que as restrições ao porte de armas em muito diminuíam o risco de homicídios e que são responsáveis por índices mais ou menos estáveis de criminalidade a nível mundial, uma vez que 11% dos homicídios no mundo seriam frutos da posse de armas de fogo. Aufere-se do documento que os possuidores dessas armas têm 56% mais de chance de serem mortos – homicídio ou por suicídio – e que quase metade dos crimes com armas são realizados por seja por pessoas sem antecedentes criminais, contrapondo o mito do “cidadão de bem”. A intervenção conclui que não há direito constitucional de portar armas de fogo no Brasil, pois a comercialização do porte de armas feriria direitos fundamentais como os direitos à vida, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*, CF).

Por outro lado, um estudo mais recente da Harvard Law School⁵³ analisou as taxas de criminalidade violenta e suicídio em países industrializados e encontrou objeções ao argumento de que mais armas significam necessariamente mais mortes.

⁴⁸ “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” Cf. U.S. Const. Amend. XIV. Sec. I.

⁴⁹ U.S. Supreme Court. *Distric of Columbia v. Heller* (2008).

⁵⁰ U.S. Supreme Court. *McDonald v. City of Chicago* (2010).

⁵¹ O Decreto 5.123/2004 regula a comercialização.

⁵² Supremo Tribunal Federal. *ADI 3112: amicus curiae*. 2004.

⁵³ KATES, Don B.; MAUSER Gary A. Would banning firearms reduce murder and suicide? A review of international and some domestic evidence. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 30, n. 2, p. 649-694, 2007.

O estudo começa por analisar as duas grandes nações da Guerra Fria: a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e os Estados Unidos da América. Constatou-se que a URSS restringiu seus cidadãos do direito de portar armas utilizando-se de propaganda contra os EUA, a qual alegava que as taxas de criminalidade americana eram decorrentes do uso de armas de fogo dos seus cidadãos. Uma nação armada, no entender dos soviéticos, aumentaria a criminalidade. No entanto, tais restrições não impediram a Rússia de se tornar um dos países com a maior taxa de homicídio do mundo desenvolvido, superando os Estados Unidos, que mantiveram suas taxas estabilizadas. A taxa russa continua em ascendência e sugere que quando as armas de fogo são poucas, outras armas são utilizadas para matar.⁵⁴

Indo mais a fundo, é possível verificar um padrão dentro das regiões dos países desenvolvidos, como nos EUA, que é bem delimitado no que concerne aos seus Estados federados. O padrão demonstra que onde há mais armas, a taxa de crime é menor, sendo a recíproca verdadeira.⁵⁵

É possível argumentar que a permissão de armas de fogo infligiria uma carga de medo em potenciais criminosos que passariam a evitar o confronto armado. Justificativa similar àquela que defende o uso de armas nucleares por todas as nações, como a teoria do realismo estrutural de Kenneth Waltz,⁵⁶ pelo fato de que os países com potencial nuclear evitariam conflitos para proteger a integralidade de seus próprios territórios.

Não há relação entre o número de portadores de armas e o número de homicídios. Países com mais armas não têm mais mortes que os que não possuem; mais: os países mais armados têm diminuído suas taxas de homicídio.⁵⁷ Logo, é possível afirmar que mais armas significam menos mortes.

Os mesmos direitos fundamentais citados no *amicus curiae* para justificar podem ser utilizados, ainda que alguns possam considerar subversão, para permitir o direito de portar armas. O aumento da população consciente armada poderia sim proteger o país de crimes graves. No entanto, o direito não é expressamente previsto na Constituição Federal pátria, sendo necessária a sua extração dos próprios direitos fundamentais e princípios constitucionais, de modo que, sendo necessário para preservar o direito à vida, à segurança e à liberdade, o direito de portar armas parece essencial no atual contexto da sociedade brasileira.

⁵⁴ KATES, Don B.; MAUSER Gary A. Would banning firearms reduce murder and suicide? A review of international and some domestic evidence. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 30, n. 2, p. 649-694, 2007. p. 651-652.

⁵⁵ Ibid. p. 653.

⁵⁶ Cf. WALTZ, Kenneth N. *Theory of international politics*. Waveland Press, 2010; WALTZ, Kenneth N. Why Iran Should Get the Bomb. *Foreign Affairs*. Jul/Ago 2012. Disponível em: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/iran/2012-06-15/why-iran-should-get-bomb>>. Acesso em: 9 set. 2016.

⁵⁷ KATES, Don B.; MAUSER Gary A. Would banning firearms reduce murder and suicide? A review of international and some domestic evidence. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 30, n. 2, p. 649-694, 2007. p. 661.

8. Conclusão

O presente estudo verificou a possibilidade de se criar promessas a longo prazo a fim de se proteger direitos fundamentais essenciais para a promoção de uma democracia justa. Dele se extrai o ideal de que constitucionalismo e democracia são essenciais um ao outro para a estabilização e perpetuação da ordem política – o império da lei deve andar lado a lado com a soberania popular. O que se verifica é que as revoluções liberais, sobretudo a americana, permitiram a criação de democracias constitucionais com constituições democráticas.

A Constituição, emprestando um pouco da psicanálise, pode ser equiparada ao superego da nação, no sentido de frear paixões momentâneas da maioria que seriam prejudiciais à própria democracia.

No que concerne aos direitos fundamentais, verifica-se que eles não são restritos às normas constitucionais positivas, podendo ser expandidos com cláusulas de abertura, para que protejam de forma mais eficiente os direitos dos cidadãos. A análise do porte de armas é um exemplo basilar de como um direito pode ser presumido de outros direitos fundamentais para proteger esses mesmos direitos.

Em última instância, conclui-se que para que o pacto constitucional seja o mais perfeito possível, existam dispositivos prevenindo mudanças constitucionais influenciadas por motivações passageiras. Os mais importantes dispositivos de pré-compromisso são as maiorias qualificadas, as cláusulas pétreas e o bicameralismo.

Referências

ADAMS, John. Thoughts on government. In: _____. The revolutionary writings of John Adams. **Indianapolis: Liberty Fund, 2000, p. 285-293.**

ARISTOTLE. The politics. Tradução: T.A. Sinclair; Trevor J. Saunders. London: Penguin Books, 1992. p. 190.

BAILYN, Bernard. As origens ideológicas da Revolução Americana. Tradução: Cleide Rapucci. Bauru: EDUSC, 2003.

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

HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles?. **Political Theory**. v. 29, n. 6, p. 766-781, dec. 2001.

HAYEK, Friedrich. **Os fundamentos da liberdade**. Tradução: Anna Maria Capovilla. São Paulo: Visão, 1983.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988]. p. 217-262.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Tradução: Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura e Económica, 2000.

KANT, Immanuel. **Practical Philosophy**. Tradução: Mary J. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

KATES, Don B.; MAUSER Gary A. Would banning firearms reduce murder and suicide? A review of international and some domestic evidence. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, v. 30, n. 2, p. 649-694, 2007.

LIMONGI, Fernando Papaterra. O Federalista: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os clássicos da política**, v. 1. 13. ed. São Paulo: Ática, 2002.

PAINE, Thomas. **The rights of man**: being an answer to mr. Burke's attack on the French Revolution. London: W.T. Sherwin, 1817.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito. **Caderno da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 11-63, jan./jun. 2004.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: qu'est-ce le tiers état?. 4. ed. Tradução: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. Constituciones y democracias: epílogo. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988]. p. 344-368.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3112**: amicus curiae. 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

U.S. SUPREME COURT. **Distric of Columbia v. Heller** (2008).

U.S. SUPREME COURT. **McDonald v. City of Chicago** (2010).

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição como reserva de justiça**. Lua Nova, São Paulo, n. 42, p. 53-97, 1997.

WALTZ, Kenneth N. **Theory of international politics**. Waveland Press, 2010.

WALTZ, Kenneth N. Why Iran Should Get the Bomb. **Foreign Affairs**. Jul/Ago 2012. Disponível em: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/iran/2012-06-15/why-iran-should-get-bomb>>. Acesso em: 9 set. 2016.