

QUEM VAI DECIDIR O FUTURO DE ULISSES?

WHO WILL DECIDE ULISSES' FUTURE?

UBIRAJARA COELHO NETO¹

GUSTAVO DA SILVA SANTOS FONTES²

RESUMO: Este artigo analisa a crítica de Jeremy Waldron à vinculação entre pré-compromissos constitucionais e o controle de constitucionalidade. Inicialmente, expõe o “núcleo duro” dessa concepção, ilustrado por Jon Elster com base na metáfora de Ulisses e as sereias. Em seguida, explora variações desse argumento, ajustadas por outros autores da teoria constitucional. A partir desse contexto, discute a crítica que Waldron oferece às bases dessa teoria, que é o foco do trabalho. Suas principais objeções são: (i) a noção de que pré-compromissos, por sua natureza democrática, justificam o *judicial review* é falaciosa, pois a origem desses compromissos não é suficiente para garantir que sua aplicação futura será igualmente democrática; (ii) a natureza abstrata das disposições constitucionais suscita inevitáveis desacordos interpretativos, o que compromete a ideia de aplicação neutra ou intencional dos pré-compromissos; (iii) a delegação da interpretação constitucional põe em risco o ideal de autogoverno democrático, uma vez que os conflitos constitucionais não envolvem uma escolha entre decisões racionais e irracionais, mas entre convicções democráticas igualmente legítimas, o que questiona a possibilidade de uma minoria não eleita aplicar esses pré-compromissos de maneira impositiva. Ao final, o artigo destaca o problema da concepção de autoridade legítima que permeia as críticas de Waldron.

1144

PALAVRAS-CHAVE: Pré-Compromissos Constitucionais; Controle de Constitucionalidade; Autogoverno Democrático; Desacordos Interpretativos.

ABSTRACT: This article analyzes Jeremy Waldron's critique of the connection between constitutional pre-commitments and judicial review. It begins by presenting the "hard core" of this concept, illustrated by Jon Elster through the metaphor of Ulysses and the sirens. It then explores variations of this argument, as adjusted by other constitutional theorists. Within this framework, the article

¹ Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa, sob orientação do Prof. Jorge Miranda. Professor permanente do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe.

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Tiradentes. Advogado.



examines Waldron's critique of the foundations of this theory, which constitutes its central focus. His main objections are: (i) the notion that pre-commitments, by virtue of their democratic nature, justify judicial review is fallacious, as their initial legitimacy does not ensure that their future application will remain democratic; (ii) the abstract nature of constitutional provisions inevitably gives rise to interpretive disagreements, undermining the idea of a neutral or intentional application of pre-commitments; (iii) delegating constitutional interpretation threatens the ideal of democratic self-government, since constitutional conflicts do not involve a choice between rational and irrational decisions, but rather between equally legitimate democratic convictions—raising doubts about whether an unelected minority can impose these pre-commitments. Finally, the article highlights the problem of legitimate authority, which underlies Waldron's critique.

KEYWORDS: Constitutional Pre-Commitments; Judicial Review; Democratic Self-Government; Interpretative Disagreements.

INTRODUÇÃO

Por que promessas são tão difíceis de cumprir? Por que as pessoas criam estratégias para se forçar a concluir aquilo que, em um momento de maior racionalidade, parecem acreditar ser o melhor para si? A clássica tradição de fazer promessas no início de cada ano, por exemplo, revela um dilema cotidiano: a necessidade de criar mecanismos que controlem o “eu futuro” quando se sabe que, em momentos de fraqueza, ele pode não agir conforme o “eu racional” planejou.

Veja-se o caso das promessas de ano novo; não basta simplesmente ter a intenção de cumpri-las. Na maioria dos casos, são adotadas medidas para garantir que a decisão tomada em um momento de clareza prevaleça diante de tentações futuras. Inscrever-se em uma academia, contratar um *personal trainer* ou pedir a um amigo que vigie o cumprimento das metas são exemplos corriqueiros. O compromisso não é simplesmente mental; ele se traduz em mecanismos que dificultam a desistência e reforçam a intenção original.

Esse raciocínio encontra eco em diversos espaços da vida social. O mesmo princípio pode ser observado na construção de sistemas destinados a impedir que decisões futuras sejam comprometidas por circunstâncias imprevisíveis ou pelo próprio comportamento dos agentes. Na esfera política, essa lógica aparece em momentos históricos, quando uma sociedade busca proteger certos valores ou princípios contra a erosão da racionalidade. Nesses momentos, a sociedade sente a necessidade de se proteger contra as suas próprias flutuações emocionais. É assim que surgem mecanismos que limitam a ação de futuros governantes ou até da própria população, de modo a preservar uma decisão considerada racional no contexto de sua adoção. Segundo a visão predominante, esse é o fundamento por trás das constituições do mundo contemporâneo.

O problema é que, por vezes, os instrumentos criados podem, em vez de assegurar a continuidade desses compromissos, tornar-se rígidos ou incertos em sua aplicação. O que inicialmente parece uma questão de autocontrole se revela mais complexo no plano coletivo. O dilema é: até que ponto a sabedoria do presente pode antecipar o futuro com precisão? Mais ainda, que garantias existem de que os mecanismos concebidos para proteger as decisões tomadas não serão, com o tempo, barreiras que dificultam a adaptação às novas circunstâncias? O paradoxo se agrava quando esses mecanismos passam a decidir autonomamente como tais pré-compromissos devem ser cumpridos, impondo interpretações que escapam ao controle dos agentes subordinados. As instituições criadas para proteger a sociedade de sua própria irracionalidade podem se apropriar do controle sobre o futuro, limitando a capacidade de adaptação e sufocando a deliberação democrática.

Esse é o pano de fundo dos pré-compromissos constitucionais e, para os autores que defendem essa ideia, também do controle de constitucionalidade. Nesse debate, Jon Elster é um nome central, autor que teoriza sobre a força e os efeitos dos pré-compromissos individuais e coletivos. Seguindo o caminho que ele abriu, outros autores desenvolveram diferentes formas de entender essas “amarras” constitucionais, presentes hoje na grande maioria dos Estados. Por sua vez, em tom crítico, Jeremy Waldron apresenta objeções a esse raciocínio, destacando a dificuldade de transpor a ideia de pré-compromissos para o nível coletivo, além do problema de confiar a uma minoria a tarefa de interpretar e definir os limites dessas promessas.

O intuito deste artigo é apresentar esse debate. O tópico 2 se concentra na análise do argumento de Elster, ilustrado pela metáfora de Ulisses e as sereias, que exemplifica como decisões racionais do presente podem ser protegidas contra a futura fraqueza da vontade. O autor conecta essa ideia às constituições, vistas como instrumentos de autolimitação coletiva por estabelecer regras que resguardam uma sociedade contra crises políticas e tentações de curto prazo. No tópico 3, o artigo explora como a teoria de Elster influenciou outros pensadores, como Holmes, Rawls e Ackerman, que expandem a ideia dos pré-compromissos para o campo político. Embora esses autores não usem diretamente a metáfora de Ulisses, suas ideias seguem a mesma lógica de que as constituições funcionam como mecanismos de contenção, protegendo a democracia de decisões impulsivas ou passionais. Por sua vez, no tópico 4, introduz-se a crítica de Jeremy Waldron, que problematiza a aplicação dessas teorias no nível constitucional.

A pergunta que orienta a investigação é: um compromisso assumido democraticamente continua legítimo quando, no futuro, sua aplicação é atribuída a atores que não foram eleitos? Espera-se, ao final, contribuir para a reflexão sobre os usos e limites desse argumento em contextos marcados por desacordos interpretativos e disputas sobre a ideia de autoridade legítima.

2. ULISSES E AS SEREIAS: O ARGUMENTO DE JON ELSTER

O conceito de pré-compromisso aborda os dilemas da racionalidade humana frente à incerteza do futuro. Ele surge quando um agente, diante da possibilidade de perder o controle sobre suas decisões, decide de antemão restringir suas próprias alternativas. Na filosofia, esse tema é tratado no contexto do problema das “inconsistências temporais da racionalidade”. A clássica narrativa de Ulisses e as sereias, revisitada por Elster (1979, p. 36-37), ilustra essa tensão entre prognose e autolimitação, por mostrar como o desejo de evitar escolhas impulsivas no futuro molda as ações do presente.

Ulisses, personagem central da *Odisseia* de Homero e rei de Ítaca, enfrentou uma árdua jornada de volta para casa após a vitória na Guerra de Troia. Em um ponto de sua viagem, ele tomou a decisão de navegar próximo à ilha das sereias, figuras mitológicas conhecidas por seu canto hipnótico, capaz de enfeitiçar e atrair qualquer ouvinte. O canto, famoso por prometer revelações e conhecimento transcendentais, era, na verdade, uma armadilha mortal: aqueles que sucumbiam à sedução das sereias eram levados às costas rochosas da ilha, onde seus navios naufragavam e suas tripulações encontravam a perdição.

Ulisses, entretanto, não ignorava o perigo. Ele havia sido previamente advertido pela feiticeira Circe, que lhe explicou que nenhum homem seria capaz de resistir ao encanto das sereias. Movido pela curiosidade e pelo desejo de vivenciar o que elas prometiam, Ulisses decidiu enfrentá-las. Sua escolha não foi imprudente; ele sabia que precisaria tomar algumas precauções. Determinado a sobreviver, exigiu que seus marinheiros tapassem os ouvidos com cera, de modo que ficassem completamente surdos ao som das sereias. Quanto a si, ordenou que fosse firmemente amarrado ao mastro do navio, instruindo seus homens a ignorarem qualquer de seus futuros pedidos para ser libertado, por mais que ele implorasse ou tentasse convencê-los a soltá-lo.

À medida que o navio se aproximava da ilha, as sereias começaram a cantar, e Ulisses logo foi dominado pelo desejo incontrolável de se libertar. Suas palavras de ordem se transformaram em súplicas, clamando para ser solto e guiado até a fonte daquela melodia irresistível. No entanto, seus marinheiros, incapazes de ouvir suas palavras e instruídos com antecedência, seguiram as ordens originais, remando vigorosamente até que o navio passasse pela zona de perigo.

Ulisses sobreviveu à provação, demonstrando sua esperteza e a força de sua decisão de se precaver contra a própria fraqueza. Ele conseguiu ouvir o canto das sereias e, ao mesmo tempo, evitar que sua vontade fosse sua ruína, uma façanha que simboliza o poder do pré-compromisso: uma decisão tomada em um momento de maior racionalidade para evitar a irracionalidade futura.

A história de Ulisses exemplifica como a antecipação da fraqueza da vontade pode levar à implementação de mecanismos que garantem a aderência aos objetivos estabelecidos. Elster (1970, p. 44) demonstra que tais estratégias são essenciais para lidar com a *akrasia* – conceito filosófico que descreve a fraqueza da

vontade, situação em que uma pessoa age contra seu melhor julgamento, mesmo sabendo que essa decisão é inadequada ou prejudicial. Quer dizer, trata-se do cenário em que o *conhecimento* do que é melhor não é suficiente para garantir a *ação* correspondente no momento adequado. O pré-compromisso, portanto, serve como uma “ponte” entre o reconhecimento de uma racionalidade humana imperfeita e a ação efetiva. Por antecipar a possível irracionalidade futura, o agente se envolve em um processo de autocontenção que envolve um controle ativo do “eu futuro”, que pode não ser tão racional quanto o “eu presente”.

Elster (p. 37-40) também explica que, do ponto de vista psicológico, a adoção de pré-compromissos não envolve somente *limitações*; há também um ganho psicológico para os agentes. A antecipação de que, no futuro, eles poderão ser influenciados por impulsos momentâneos ou emoções adversas oferece uma espécie de *alívio cognitivo* ao criar mecanismos de autocontenção. Essas limitações funcionam como âncoras, estabelecendo uma sensação de controle sobre o comportamento futuro. A liberdade de não precisar deliberar em situações emocionalmente intensas ou tentadoras alivia a pressão interna de tomar decisões difíceis. Isso permite que os agentes se concentrem em suas metas de longo prazo, sem o risco constante de serem desviados por impulsos irracionais. Segundo ele (p. 44-45), essa perspectiva é corroborada pela economia comportamental. Na teoria dos jogos, o pré-compromisso é uma forma de modificar a estrutura de incentivos, criando condições que aumentam a probabilidade de que um agente, no futuro, tome decisões que estejam de acordo com seus interesses de longo prazo. Em dilemas intertemporais, a autolimitação atua como uma estratégia para evitar o viés de curto prazo, que muitas vezes leva a escolhas *subótimas*.

O conceito de pré-compromissos é relevante na teoria política ao ser estendido às constituições. Elster (1979, p. 94-96) propõe que esses documentos organizam o poder e atuam como instrumentos de contenção contra tendências destrutivas da própria coletividade. Segundo ele, esses “momentos constitucionais” – para usar uma expressão que se tornou famosa com Ackerman (1991) – são propícios para que os constituintes possam projetar, de forma ponderada, um conjunto de princípios e regras que *limitarão* as ações de futuros governantes³. Elster vê as constituições como uma forma sofisticada de garantir que as escolhas racionais feitas em momentos de lucidez política resistam a futuras tentativas de erosão⁴.

³ Em outro texto, Elster (1995, p. 370 *et seq.*) também observa que novas constituições são quase sempre frutos de uma crise ou de uma circunstância excepcional, períodos mais desafiadores de uma sociedade. Esses momentos são propícios para a criação de pré-compromissos, já que o senso de urgência e a instabilidade forçam os agentes a pensar em salvaguardas institucionais que protejam o futuro. Assim, na essência, o pré-compromisso constitucional surge tanto como um reflexo de lucidez em tempos de normalidade quanto como uma resposta deliberada a um ambiente em que as pressões imediatas demandam soluções estruturais duradouras.

⁴ Em rigor, Elster categoriza (1979, p. 103) as estratégias de pré-compromisso em diferentes tipos. No caso de Ulisses, ao ordenar que seus marinheiros o amarrem ao mastro, ele opta por uma

Veja-se o caso brasileiro como exemplo. Na Constituição Federal de 1988, os pré-compromissos estão presentes especialmente na forma de direitos fundamentais. Uma referência clara é a proibição da pena de morte, prevista no artigo 5º, inciso XLVII, que admite essa prática apenas em caso de guerra declarada. Ao incluir essa cláusula, os constituintes adotaram uma postura firme contra a pena capital, garantindo que mesmo em situações de crise social, instabilidade política ou aumento da criminalidade, o país não poderá recorrer à pena de morte como uma solução rápida ou populista. A regra estabelecida pelos constituintes, nesse caso, resguarda um direito fundamental e molda os sistemas de punição, impedindo que qualquer mudança legislativa possa contrariar o que foi estabelecido como inviolável pela constituição.

Outro exemplo evidente é o princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, que assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Esse princípio impõe limites claros à legislação processual: qualquer modificação no Código de Processo Penal está vinculada a essa garantia, o que impede que leis ordinárias possam ser alteradas para permitir a execução de penas antes que todas as possibilidades de recurso tenham sido esgotadas. Mesmo diante de pressões para acelerar condenações em contextos de crise ou de crescente demanda por respostas judiciais mais imediatas, a presunção de inocência continua a reger o sistema de justiça penal.

A centralidade dessa ideia repousa na compreensão de que, em sistemas democráticos, a racionalidade coletiva está sempre em tensão com as pressões sociais e políticas de curto prazo. Para Elster (1979, p. 96), as constituições são elaboradas como um esforço deliberado de controlar o impacto de futuras crises e mudanças de opinião que possam ameaçar a coesão do sistema político. O desafio está em definir os limites do poder dos governantes e, ao mesmo tempo, estruturar mecanismos que os mantenham “amarrados” diante de circunstâncias nas quais os próprios agentes busquem contornar os princípios fundadores. Além disso, Elster (1979, p. 104-105) destaca que os pré-compromissos constitucionais funcionam melhor quando conseguem integrar um nível de flexibilidade que permita

restrição física, impossibilitando que ele ceda à tentação. Essa é uma forma de eliminar a possibilidade de agir contra seus interesses de longo prazo por *limitar* seu conjunto de escolhas futuras. Uma outra estratégia abordada por Elster é o ajuste das futuras motivações ou desejos do agente. Embora Ulisses não utilize essa estratégia, ela é relevante em contextos em que a autolimitação física não é viável. Por exemplo, alguém pode tentar mudar suas preferências através de treinamento ou condicionamento, visando alinhar seus desejos futuros com seus interesses de longo prazo. No contexto constitucional, essa diferenciação é refletida na criação de instituições e normas que promovem uma cultura política que valoriza e protege os direitos fundamentais. Assim, além de mecanismos formais de pré-compromisso, há um esforço para internalizar valores democráticos e de justiça na sociedade, fortalecendo a resistência a impulsos autoritários ou a decisões precipitadas.

respostas mínimas a contextos imprevisíveis, sem que essa maleabilidade comprometa a integridade do sistema.

O dilema *intertemporal* abordado por Elster está na raiz do constitucionalismo contemporâneo. Como Zagrebelsky (2019, p. 38-47) destaca, essa tensão foi ilustrada na histórica disputa entre James Madison e Thomas Jefferson durante a elaboração da constituição norte-americana. Enquanto Madison via a proteção das normas constitucionais como salvaguarda contra as paixões momentâneas, Jefferson argumentou que cada geração deveria ser livre para reformar suas instituições de acordo com suas próprias necessidades – em sua visão, isso deveria ocorrer a cada 19 ou 20 anos. Esse dilema reflete a tensão entre a necessidade de estabilidade política e a inevitável transformação das sociedades ao longo do tempo. A teoria de Elster, nesse sentido, busca um ponto de equilíbrio ao conceber as constituições como mecanismos de autolimitação. Aliando-se aos seus estudos sobre a psicologia da racionalidade humana – segundo ele, sempre imperfeita –, o autor defende que esse ponto de equilíbrio está na projeção da racionalidade em um horizonte de longo prazo.

A sofisticação de sua análise reside no reconhecimento de que o poder de autolimitação, quando exercido coletivamente, corre o risco de ser reavaliado continuamente, o que pode diluir sua eficácia. Em outro texto, Elster (1992, p. 45-46) chama esse fato de “problema da miopia”. Por isso, um dos pontos centrais da metáfora é o desafio das “contramedidas”. Para ele, são situações nas quais os agentes buscam formas de contornar ou enfraquecer os pré-compromissos que eles próprios estabeleceram (Elster, 1979, p. 94). No caso de Ulisses, por exemplo, ele mesmo tentou se libertar, sob a influência do canto das sereias, renegando o compromisso que fez de ser amarrado. Os marinheiros funcionaram como o mecanismo de segurança que garante a eficácia dos pré-compromissos. Isso reflete um aspecto central dos argumentos de Elster: o pré-compromisso só será eficaz se houver instrumentos de controle para garantir sua preservação. Em contextos institucionais, governantes ou legisladores podem, de forma semelhante, tentar alterar ou reinterpretar as regras previamente estabelecidas para atender a seus interesses imediatos. Por essa razão, Elster ressalta a importância de instrumentos eficazes de contenção, como a independência judicial e os quóruns de supermaioria⁵.

⁵ Em *Ulysses Unbound*, Elster (2000, p. 92-94) revisita e expande as ideias apresentadas em sua obra anterior, em especial no que se refere às constituições e aos pré-compromissos. Inicialmente focado na autolimitação individual, exemplificada por Ulisses restringindo sua própria liberdade, ele passa a explorar como as “amarras” operam no campo político. Elster afirma que, na política, as pessoas não buscam tanto se autolimitar, mas sim limitar os outros. Ele admite que sua visão original, que enfatizava o *autovínculo* como centro da constituição, estava parcialmente equivocada. Defende que, na verdade, constituições funcionam menos como dispositivos de autolimitação coletiva – em que a sociedade se limita por medo de suas próprias ações futuras – e mais como mecanismos de restrição de grupos ou agentes em relação a outros, visando controlar

Seguindo essa ideia de preservação, a literatura costuma destacar que o controle de constitucionalidade é um corolário da ideia de pré-compromissos constitucionais – como se verá, essa é a grande contribuição de Holmes (1995). Sob essa lente, o *judicial review* funcionaria como o principal instrumento de garantia dos princípios estabelecidos pela constituição. Sem essa ferramenta, costuma-se argumentar que o pré-compromisso perderia sua força normativa, tornando-se suscetível às pressões políticas e sociais que surgem ao longo do tempo. A fiscalização constitucional asseguraria a continuidade dos compromissos ao evitar que desvios de percurso comprometam os valores acordados anteriormente. Em tom jocoso, Elster (2014, p. 259) já disse que o *judicial review* dá “dentes” às constituições, ou seja, as torna mais efetivas.

Essa última ideia, que vincula os conceitos de pré-compromisso e controle de constitucionalidade, constitui o ponto central da crítica de Waldron. Contudo, antes de aprofundar sua visão, é conveniente examinar outras abordagens teóricas que, conectadas à conceituação de Elster, oferecem perspectivas distintas sobre o papel dos pré-compromissos no controle de constitucionalidade. Como se verá, mesmo propondo interpretações alternativas do pré-compromisso como fundamento desse controle, essas abordagens também enfrentam as objeções democráticas de Waldron.

3. OUTRAS VARIÁVEIS DO ARGUMENTO

A teoria de Elster, associada à metáfora de Ulisses, influenciou os debates sobre pré-compromissos constitucionais. Com o tempo, novas abordagens, como as de Holmes, Ackerman e Rawls expandiram essa discussão, explorando diferentes aspectos do tema. Embora alguns deles – caso de Ackerman e Rawls – não utilizem explicitamente a imagem de Ulisses, seus argumentos seguem uma lógica de justificação semelhante: a necessidade de pré-compromissos institucionais para proteger a estabilidade política e evitar que governantes cedam a impulsos momentâneos. Ainda que as abordagens variem, elas compartilham um fundamento comum que justifica ao menos uma análise sucinta.

3.1. AS NORMAS DE MORDAÇA (OU DE SILÊNCIO) E O PARADOXO DA DEMOCRACIA

Holmes (1995) é um dos principais autores a expandir o conceito de pré-compromisso a partir da teoria formulada por Elster. Ele constrói sua teoria sobre a necessidade de mecanismos que restrinjam futuras decisões impulsivas, indo além da autolimitação individual proposta por Elster. Nesse sentido, também propõe que as democracias se beneficiam de “amarras”, em especial no formato de constituições. Ao mesmo tempo, entretanto, ele se preocupa com o potencial antidemocrático dessas limitações. Já no início de um de seus textos, ele (1995, p. 134-135) se pergunta em que medida o *judicial review* – que é destacado como o

o poder de terceiros. Além disso, ele também revisa sua ideia de que as constituições não *restringem* da mesma forma que Ulisses o fez; na realidade, elas tendem a *dificultar* certas mudanças de rumo.

instrumento por excelência de preservação constitucional – é um instituto aceitável do ponto de vista da democracia:

Como o “consentimento dos governados” pode ser reconciliado com a antecipação desse consentimento por uma Convenção Constitucional? Por que uma estrutura constitucional, ratificada há dois séculos, deveria ter tanto poder sobre nossas vidas hoje? Por que uma minoria de nossos concidadãos deveria ter o poder de impedir emendas à Constituição? A revisão judicial, quando baseada em uma reverência quase supersticiosa à intenção dos Fundadores, é compatível com a soberania popular?⁶

Entre os *insights* de Holmes (1995, p. 202 *et seq.*) que se dedicam a responder a essas perguntas, as *gag rules* (normas de mordada ou de silêncio) se destacam. Trata-se de “mecanismos” que excluem certas questões do debate público para proteger o sistema democrático de si mesmo. Assim como os indivíduos, ele (1995, p. 234) diz que “comunidades podem optar por silenciar-se sobre questões específicas em prol do que consideram ser seu próprio bem”. Ao exercer esse tipo de autocontenção, “até mesmo cidadãos com visões de mundo profundamente divergentes podem colaborar para resolver problemas comuns”. Nessa linha, Holmes (1995, p. 135) levanta um ponto crucial, a que chama de “paradoxo da democracia”: em certas situações, a “mordada” institucional pode garantir a estabilidade constitucional; ao mesmo tempo, entretanto, esse silêncio pode gerar colisões com os valores fundamentais de uma sociedade democrática.

A bem da verdade, a preocupação com a irracionalidade democrática não é um tópico exatamente recente. Como destaca Urbinati (2009, p. 66), de Platão, no século IV a.C., ao Marquês de Condorcet, no século XVIII, o princípio democrático foi criticado a partir da idealização de bens superiores *a priori*, como a verdade ou a justiça, supostamente inalcançáveis por meio da deliberação popular. Essa desconfiança com a democracia se funda na ideia de que nela há uma natureza partidária inevitável, de modo que os “amantes da verdade e da justiça” devem elaborar procedimentos de tomada de decisão que possam se aproximar da racionalidade e reconciliar a representação popular com objetivos superiores ao poder político e às opiniões enviesadas (*biased*). Como afirma Whittington (2000, p. 690), “[e]mbora a maioria veja a democracia como uma coisa boa, é mais provável que as legislaturas sejam consideradas como um mal necessário que deve ser mantido sob vigilância”.

Também Zagrebelsky (2007, p. 58-74), em *Il «Crucifige!» e la democrazia*, reflete sobre como o procedimento democrático, capturado por momentos de “embriaguez coletiva”, pode levar a decisões moralmente inaceitáveis. Ele evoca o episódio da crucificação de Jesus para exemplificar esse fenômeno, e aponta o fato de que Pilatos submeteu sua decisão ao clamor popular. A multidão, movida por

⁶ Essa e as demais traduções são de elaboração livre dos autores do artigo.

um fervor irracional, escolheu a condenação de Jesus, revelando a fragilidade da democracia diante da manipulação das paixões populares. Zagrebelsky (2007, p. 82-94) ressalta que, nesse contexto, o procedimento democrático puro, sem freios substantivos, corre o risco de servir a fins injustos. Sem mecanismos que limitem *a priori* os impulsos irracionais – o que ele chama de “democracia crítica” –, o processo democrático compromete seus próprios valores fundamentais.

O paradoxo da democracia emerge, então, do conflito entre dois pilares do sistema constitucional: a soberania popular e a necessidade de autolimitação para preservar a própria democracia⁷. De um lado, a democracia se baseia na ideia de que todos os cidadãos devem ter o direito de participar plenamente do processo deliberativo, de modo a influenciar as decisões que afetam a coletividade. Isso implica liberdade irrestrita de expressão, debate e decisão. De outro lado, para garantir a estabilidade e a continuidade das instituições democráticas, é preciso estabelecer mecanismos que limitem a ação das majorias momentâneas, a fim de prevenir que decisões passionais possam comprometer os direitos fundamentais ou mesmo a existência do próprio sistema democrático.

Holmes (1995, p. 232-234), portanto, não ignora os perigos que acompanham a adoção das normas de mordaza. Embora reconheça que, em certas circunstâncias, elas possam se justificar como estratégia temporária de estabilização política, ele também alerta para os riscos inerentes à supressão de decisões públicas. Uma norma de mordaza que exclui do discurso público questões profundamente enraizadas pode, paradoxalmente, intensificar as divisões sociais ao invés de mitigá-las.

O exemplo do debate sobre a escravidão nos Estados Unidos é ilustrativo (1995, p. 213 *et seq.*). As *gag rules* adotadas no Congresso norte-americano durante a primeira metade do século XIX silenciaram temporariamente as discussões públicas sobre a escravidão, numa tentativa de preservar a coesão entre os estados do Norte e do Sul. No entanto, esse silêncio forçado não resolveu a questão subjacente; ao contrário, apenas adiou a explosão das tensões e impediu que o país enfrentasse de forma direta as contradições morais e políticas ligadas à escravidão.

Holmes (1995, p. 221) utiliza esse episódio para demonstrar o limite crítico das normas de mordaza: elas podem ser eficazes para evitar a polarização imediata, mas, ao mesmo tempo, também podem funcionar como um artifício frágil, que apenas posterga um confronto inevitável. No caso da escravidão, o uso prolongado dessa estratégia não eliminou as divergências; apenas contribuiu para a intensificação das tensões e culminou na Guerra Civil norte-americana. Esse

⁷ Enquanto paradoxo que lida com o equilíbrio entre liberdade e limitação para preservar o próprio sistema, a ideia de Holmes pode ser comparada ao paradoxo da tolerância de Karl Popper. Isso se dá porque, para Popper (1974, p. 836, nota de rodapé 200), uma sociedade aberta não pode tolerar ilimitadamente aqueles que são intolerantes, sob o risco de que esses intolerantes destruam a própria liberdade que a tolerância visa proteger. A ideia é que não é possível garantir a liberdade ou a tolerância sem impor restrições àqueles que buscam destruí-las.

exemplo ilustra uma falha estrutural das normas de mordação quando aplicadas a questões que tocam em princípios centrais de justiça ou moralidade, uma vez que a supressão do debate pode ser vista não como um meio de resolução, mas como um afastamento temporário do problema, que retorna ainda mais forte no futuro. Portanto, as *gag rules* se revelam como um instrumento ambivalente. Se, por um lado, elas protegem o sistema contra a polarização, por outro, podem criar ressentimento ou injustiças que, mais cedo ou mais tarde, explodem em crises maiores.

Ainda assim, mesmo diante dessa objeção, Holmes (1995, p. 222-223) argumenta que, em uma democracia contemporânea, o pré-compromisso é essencial para a preservação de valores fundamentais, e as constituições servem como um modelo para essa autolimitação. Holmes vê nas constituições uma forma de amarrar as mãos das maiorias futuras, assim como Ulisses se amarrou ao mastro para não sucumbir ao canto das sereias⁸. Como ele afirma, a constituição “representa não apenas um esforço de antepassados esclarecidos para prevenir comportamentos autodestrutivos, mas também um conjunto de incentivos que encoraja os futuros cidadãos a pensar por si mesmos” (Holmes, 1995, p. 174). Para ele (1995, p. 226), a ideia de que cada geração deveria governar apenas para si, defendida por Thomas Jefferson, faz sentido apenas em uma análise limitada ao curto prazo, considerando apenas duas gerações. Uma visão mais ampla demonstra que uma constituição pode permitir à geração A proteger a geração C contra ameaças vindas da geração B. Para garantir os direitos de sucessores mais distantes, é necessário restringir algumas escolhas imediatas.

Há também outro argumento interessante. Segundo Holmes (1995, p. 163), os princípios constitucionais não impõem somente *restrições*. De forma análoga aos princípios gramaticais, eles *constituem e organizam* as próprias condições de fala, com a finalidade de que a comunicação ocorra de maneira eficaz. Para ele, longe de tão-só limitar as pessoas, as regras linguísticas abrem novas possibilidades que, de outra forma, não seriam sequer cogitadas. Da mesma forma, argumenta que a flexibilidade e a rigidez não devem ser vistas como características necessariamente opostas, pois as restrições podem, paradoxalmente, promover uma maior flexibilidade. Aplicando essa lógica ao constitucionalismo, Holmes observa que uma constituição democrática, além de impor limites às maiorias e aos governantes, também confere poderes ao estabelecer a estrutura de governo e garantir a participação popular. Além disso, ela regula como esses poderes são exercidos,

⁸ Holmes (1995, p. 135) também utiliza a conhecida metáfora de “*Peter sober*” e “*Peter drunk*”. Em sua análise, as normas de mordação funcionam como um pré-compromisso coletivo: “*Peter sober*” representa a sociedade em momentos de racionalidade, estabelecendo limites para “*Peter drunk*”, uma sociedade futura mais vulnerável a impulsos e paixões momentâneas. Assim como “*Peter sober*” procura evitar que sua versão embriagada se autossabote, a constituição, por meio de normas de mordação, impede que temas sensíveis sejam debatidos em momentos nos quais as paixões políticas ou sociais estejam embriagadas.

seguindo princípios como o devido processo legal e a igualdade de tratamento. Conforme explica, “a ideia de ‘restrições que geram possibilidades’ ajuda a explicar a contribuição do constitucionalismo para a democracia” (Holmes, 1995, p. 172).

É por essas razões que Holmes (1995, p. 236-237) também vê no controle de constitucionalidade um mecanismo essencial para a efetividade dos pré-compromissos constitucionais. Ele reconhece que o *judicial review* pode ser visto como uma tensão à soberania popular, já que permite que juízes não eleitos invalidem decisões de representantes eleitos. No entanto, argumenta que esse mecanismo é compatível com a democracia porque serve como uma proteção contra decisões impulsivas ou passionais que possam ameaçar os direitos fundamentais e a estrutura constitucional. De forma didática, explica que “psicologicamente, para usar um exemplo trivial, é muito mais fácil manter um compromisso com seu parceiro de tênis do que cumprir uma promessa de correr feita a si mesmo”, já que “o que você promete livremente a si próprio, pode também livremente deixar de cumprir” (Holmes, 1995, p. 146).

A justificativa para o controle judicial, segundo Holmes (1995, p. 232), reside na limitação da racionalidade humana e na necessidade de proteger as instituições democráticas contra ações que possam comprometer seus princípios fundamentais; por isso, ele (1995, 267) conclui que a “teoria da democracia liberal se baseia em um pressuposto psicológico simples e em uma estratégia institucional complexa. Seu pressuposto psicológico é a fragilidade da razão”. Tomado nesse sentido, o *judicial review* não diminui a soberania popular, mas a fortalece a longo prazo, de forma que a democracia permaneça fiel aos seus princípios constitutivos. É uma forma de autoproteção institucional que permite que a democracia se preserve e se aperfeiçoe ao longo do tempo, pois “uma constituição que seja ao mesmo tempo vinculante e democrática parece não apenas paradoxal, mas completamente incoerente” (Holmes, 1995, p. 146).

Logo, vê-se que Holmes defende as *gag rules* e o *judicial review* como uma forma pragmática de pré-compromisso. Ele reconhece o paradoxo democrático envolvido – o fato de que, para preservar a democracia, certos temas precisam ser excluídos do debate público –, mas também justifica que essa exclusão, quando feita de maneira ponderada, é um “mal necessário”. O problema maior para Holmes, portanto, não está nas *gag rules* constitucionais e no seu *enforcement* judicial, mas em seu uso indiscriminado ou na incapacidade de prever quando elas deixam de ser úteis. Quando a mordaza sobre uma questão fundamental deixa de proteger a estabilidade institucional e passa a aprofundar injustiças, as *gag rules* se tornam insustentáveis. Entretanto, ao prevenirem decisões impulsivas ou a deterioração do debate público, esses mecanismos protegem as instituições contra seus próprios vícios e também promovem um espaço mais qualificado de deliberação pública. Quando aplicados de forma criteriosa, os pré-compromissos constitucionais podem fortalecer a democracia ao garantir a continuidade de seus princípios fundamentais, sem comprometer a legitimidade do processo democrático.

3.2. INSTITUIÇÕES E JUSTIFICATIVAS: O ENCONTRO DE IDEIAS ENTRE ACKERMAN E RAWLS

Embora Ackerman e Rawls não façam referência direta a Elster, algumas de suas ideias encontram claras ressonâncias no conceito de pré-compromissos constitucionais. Essa é uma associação que já foi feita, por exemplo, por Klarman (1992, p. 795) e Freeman (1990, p. 353). O primeiro justifica os pré-compromissos por meio de uma perspectiva histórica, a partir da qual ele distingue decisões políticas cotidianas e momentos constitucionais de grande mobilização popular. Já Rawls, que cita Ackerman expressamente, utiliza uma abordagem filosófica, ligada ao ideal de justiça como equidade e vinculada ao consenso original entre cidadãos livres e iguais. No fundo, ambos convergem para a necessidade do *judicial review*. Seja para corrigir falhas de racionalidade, preservar o legado de momentos constitucionais ou proteger um acordo filosófico de justiça, o controle de constitucionalidade aparece como um instrumento fundamental para assegurar que esses compromissos sejam mantidos.

Ackerman (1991, p. 3-33) introduz a ideia de “democracia dualista” para explicar como os pré-compromissos operam em uma constituição que distingue entre dois tipos de decisão democrática: as decisões ordinárias, feitas pelo governo no curso normal da vida, e as decisões extraordinárias, ou “*higher lawmaking*”, que envolvem uma mobilização popular para realizar grandes mudanças constitucionais. Ackerman (1991, p. 266 *et seq.*) defende que a legitimidade constitucional deriva da participação direta do povo em momentos de elaboração e reforma constitucional, enquanto as decisões ordinárias do governo devem se submeter às regras estabelecidas por esses momentos extraordinários de alta deliberação. Por isso, o *judicial review* é essencial para preservar os resultados desses “*higher law moments*”, protegendo-os de erosões por parte de legislações ordinárias. Nesse sentido, ele (1991, p. 86-90) descreve o papel da Suprema Corte dos Estados Unidos como um guardião “preservacionista”, que tem o dever de evitar que os legisladores ordinários enfraqueçam ou subvertam as realizações democráticas alcançadas naqueles momentos de deliberação popular.

Para Ackerman (1991, p. 285-288), os momentos constitucionais se distinguem por serem expressões democráticas profundas, em que o próprio povo decide temas fundamentais por meio de compromissos duradouros. Assim como Ulisses, os constituintes, em momentos históricos, optam por criar barreiras que protejam o sistema de futuras decisões impulsivas – situações ordinárias que, devido ao pequeno engajamento social, são de menor qualidade. Em ambos os casos, a restrição não é imposta por uma fonte externa; ela surge de uma decisão consciente do próprio agente, que antecipa as dificuldades futuras e se protege delas por meio de pré-compromissos. Dessa forma, as constituições se tornam marcos que preservam a vontade democrática original, a fim de resistir às flutuações sentimentais da política ordinária. Klarman (1995, p. 762), comentando a obra, diz que “quando um tribunal invoca a Constituição para invalidar um estatuto, ele não

impõe preferências constitucionais passadas sobre o Povo atual”. Em vez disso, “privilegia a mais genuína expressão da vontade popular em detrimento dos julgamentos políticos dos legisladores que atuam como meros ‘substitutos’”.

Por sua vez, Rawls (1999, p. 118-123) conceitua os princípios de justiça como parte de um acordo público – ou contrato social hipotético, em sua terminologia construtivista – que definiria os limites substantivos da deliberação política em uma sociedade democrática pluralista. No *consenso original*, os indivíduos, em uma posição de abstração de seus interesses particulares, concordariam com princípios que regerão a sociedade futura. Esses princípios, escolhidos em um momento de “racionalidade ideal”, seriam projetados para transcender as condições sociais e materiais que dominam a sociedade de carne e osso, funcionando como um guia para a justiça e a organização social. Assim como Elster sugere que pré-compromissos são uma defesa preventiva contra os impulsos irracionais que podem surgir no futuro, Rawls utiliza o véu da ignorância como uma estratégia teórica de proteger o processo democrático contra decisões influenciadas por contingências da vida em sociedade.

Rawls não utiliza a metáfora de Ulisses. Entretanto, sua teoria sugere que os cidadãos, ao deliberarem sob o véu da ignorância, também preestabeleceriam normas que devem ser seguidas independentemente das flutuações sociais subsequentes. O que é essencial nesse processo é que o véu da ignorância assegure que o acordo não seja influenciado por contingências arbitrárias, como a posição social, a riqueza ou a capacidade natural dos indivíduos – quer dizer, elementos que, por focarem em interesses privados, diminuem a racionalidade da decisão. Isso garante que os princípios oriundos do consenso original tenham uma *qualidade superior*, pois são fundados em uma racionalidade imparcial e universal (Rawls, 1999, p. 119-120).

Para Rawls (1993, p. 223-227), é o conceito de razão pública que delimita a forma de discussão sobre os princípios de justiça. Ela regula o modo como esses princípios são justificados e aplicados no cotidiano da democracia. Exige que os argumentos apresentados no espaço público sejam fundamentados em razões aceitáveis por todos os cidadãos razoáveis, a fim de garantir que as decisões políticas respeitem os critérios de imparcialidade e universalidade que definiriam os pré-compromissos sob o procedimento hipotético do véu da ignorância. Dessa forma, a razão pública reforça a racionalidade do processo democrático, evitando que as deliberações políticas sejam contaminadas por contingências parciais. A relação entre os dois conceitos é de complementaridade: enquanto os pré-compromissos protegem as exigências da justiça, a razão pública assegura que o discurso político opere dentro desse arcabouço, promovendo a estabilidade e o respeito mútuo em uma sociedade democrática. Comentando a obra de Rawls, Michelman (2003, p. 395) explica que a razão pública *rawlsiana* é a ideia que organiza o discurso político em uma sociedade marcada pelo *fato do pluralismo*.

A conexão entre pré-compromissos constitucionais e o *judicial review* em ambas as abordagens é central. Para Ackerman (1991, p. 191-195), o *judicial review* não é apenas um mecanismo de proteção dos direitos; é também uma garantia de que as leis ordinárias não suplantem os momentos em que o povo, em seu papel soberano, definiu novos parâmetros constitucionais. Essa visão dualista é clara na forma como Ackerman distingue entre “decisões do governo” e “decisões do povo”. As primeiras são cotidianas e limitadas pela Constituição; as segundas, embora raras, têm uma autoridade especial, já que são feitas em nome do povo em momentos críticos de reforma constitucional. O papel do *judicial review*, segundo Ackerman, é assegurar que as instituições políticas respeitem essas decisões fundamentais, o que significa que, em um sistema dualista, os juízes não devem interpretar a Constituição apenas como um documento jurídico, mas como um registro vivo dos *compromissos* estabelecidos pelo povo em seus momentos de maior envolvimento democrático.

Da mesma forma, no pensamento de Rawls (1993, p. 231-240), o *judicial review* é legitimado pelo uso da ideia de razão pública, que guia as deliberações políticas em uma democracia constitucional – por isso que, para ele (1993, p. 214), a Suprema Corte dos Estados Unidos é um modelo exemplar de uso da razão pública, “porque os juízes precisam explicar e justificar suas decisões com base em sua interpretação da constituição, dos estatutos relevantes e dos precedentes”. Isso difere dos atos do Legislativo e do Executivo, que não precisam ser justificados dessa maneira; assim, “o papel especial do tribunal o torna o exemplo máximo da razão pública”. Aceitando a ideia de democracia dualista de Ackerman, ele entende que o controle de constitucionalidade funciona como uma proteção contra legislações que, ao atenderem interesses de maiorias contingentes, movidas por razões particulares, possam violar os princípios de justiça fundamentais acordados no nível constitucional. Para Rawls (1993, p. 233-234), ao aplicarem esses princípios, os juízes garantem que o processo democrático se mantenha dentro dos limites do que é publicamente aceitável:

Ao aplicar a razão pública, o tribunal deve evitar que a lei seja corroída por legislações de maiorias transitórias ou, mais provavelmente, por interesses restritos, organizados e bem posicionados, habilitados em impor sua vontade. Se o tribunal assume esse papel e o desempenha de forma eficaz, é incorreto afirmar que ele age de maneira diretamente antidemocrática. Na verdade, ele é, de certo modo, antimajoritário em relação à legislação ordinária, pois um tribunal com poder de revisão judicial pode declarar tais leis inconstitucionais. Contudo, isso é respaldado pela autoridade superior do povo. O tribunal não é antimajoritário em relação à lei superior quando suas decisões estão razoavelmente alinhadas com a própria constituição, suas emendas e as interpretações exigidas pelo ordenamento político.

Além disso, Michelman (2003, p. 397) observa que o recurso à razão pública é essencial para preservar o ideal de *cooperação* entre cidadãos livres e iguais. Segundo essa orientação, a aplicação do *judicial review* não se resume a uma revisão meramente jurídica; funciona também como um instrumento de salvaguarda da própria legitimidade democrática ao exigir que as decisões sejam ancoradas em valores públicos acessíveis e compartilháveis por todos⁹.

Desse modo, partindo de perspectivas distintas, os autores apresentados convergem em um ponto fundamental: a necessidade do *judicial review* como mecanismo de proteção dos pré-compromissos constitucionais. É justamente essa confiança que é questionada por Waldron, ao problematizar seu impacto sobre a democracia.

4. ULISSES E O PROBLEMA DA AUTORIDADE: A CRÍTICA DE JEREMY WALDRON

Waldron se destaca como um dos principais críticos do controle de constitucionalidade. Ele defende uma abordagem que, longe de subestimar a importância dos direitos fundamentais, enxerga na deliberação democrática o mecanismo mais legítimo para protegê-los. Diferentemente de uma postura cética em relação aos direitos, argumenta que sociedades pluralistas, marcadas por desacordos profundos sobre questões morais e de justiça, devem resolver seus conflitos por meio de procedimentos democráticos, nos quais os cidadãos participam ativamente, em vez de delegar essas decisões a uma elite judicial. Seu pensamento rivaliza com o de autores como Dworkin (1985), seu supervisor em Oxford, que sustenta que os direitos fundamentais necessitam de proteção judicial para garantir sua prevalência contra possíveis abusos majoritários. Whittington (2000, p. 696), por exemplo, afirma que “Waldron levantou um desafio importante e convincente aos defensores da revisão judicial e àqueles que minimizam a importância da tomada de decisões democráticas”.

⁹ Em rigor, Rawls (1993, p. 240) explica que o *judicial review* não é a *única* forma de proteger os direitos fundamentais, e que idealmente a justiça deveria ser garantida pelo engajamento público com a razão pública. Isso significa que, para ele, a prática democrática deveria ser suficiente para assegurar que os compromissos constitucionais fossem respeitados, sem depender exclusivamente dos tribunais. No entanto, embora essa posição atenuar a defesa central do papel dos tribunais, Rawls admite que, em certos momentos históricos críticos, o *judicial review* assume um papel indispensável. Nesses contextos, quando as instituições democráticas falham ou se mostram incapazes de manter os princípios constitucionais, o controle judicial funciona como o último recurso na preservação dos valores da razão pública. Gargarella (2005, p. 24-27) destaca que esse dilema reflete a dificuldade de Rawls para equilibrar o paradoxo entre liberalismo político e democracia. Isso se torna claro quando Rawls, ao defender o *judicial review*, inclina-se mais para o lado do liberalismo – sugerindo que, em última instância, os direitos básicos prevalecem mesmo quando há tensão com a soberania democrática.

Embora inserida em seu projeto teórico mais amplo, sobretudo em sua reflexão sobre a centralidade do *desacordo* na vida em sociedade, a análise apresentada aqui se concentrará na crítica que ele faz à vinculação entre os pré-compromissos constitucionais e o *judicial review*, uma das muitas nuances de sua teoria.

Em *Law and Disagreement*, Waldron (1999) apresenta uma crítica à ideia de que o controle de constitucionalidade é mero *corolário* dos pré-compromissos constitucionais. Ele (1999, p. 258) argumenta que, ao contrário do que sustentam os defensores dessa prática, pré-compromissos em contextos democráticos apresentam sérias limitações teóricas, seja por razões descritivas ou normativas. Waldron baseia sua crítica em três eixos principais, que abordam (i) a tensão entre os pré-compromissos originalmente democráticos e o risco de sua transformação em mecanismos antidemocráticos; (ii) a natureza ambígua das constituições, que frequentemente contêm disposições abstratas que suscitam desacordos interpretativos legítimos sobre sua aplicação; e (iii) o desafio de delegar a interpretação constitucional a uma minoria não eleita, subvertendo a ideia de autogoverno democrático.

O primeiro eixo da crítica de Waldron (1999, p. 262) destaca a contradição entre um compromisso democrático e o risco de que ele produza resultados profundamente antidemocráticos. Normalmente, argumenta-se que o controle de constitucionalidade é legítimo *porque* foi instituído por um processo democrático, fato que asseguraria sua natureza intrinsecamente democrática. Trata-se, portanto, de uma espécie de legitimação *genética*. Waldron, no entanto, desafia esse raciocínio ao apontar que, se aceitássemos esse argumento em sua totalidade, teríamos de admitir que até uma ditadura, caso fosse escolhida por meios democráticos, também seria *geneticamente* democrática. Da mesma forma, Waldron sugere que o controle judicial não se torna necessariamente legítimo só porque foi implementado por meio de uma deliberação popular inicial; ele também precisa se justificar, por si mesmo, como um mecanismo democrático. O ponto é que, mesmo que o estabelecimento original dos pré-compromissos tenha sido democrático, a transferência subsequente da autoridade para interpretar e aplicar esses compromissos pode subverter os princípios do autogoverno democrático.

Nesse ponto, Waldron (1999, p. 258) parece criticar diretamente a concepção de Ackerman sobre a “democracia dualista” e os “momentos constitucionais” de mobilização popular. Waldron argumenta que, mesmo estabelecidos democraticamente, tais pré-compromissos podem gerar mecanismos antidemocráticos quando sua interpretação e aplicação ficam a cargo de uma minoria não eleita. Essa crítica, aparentemente lateral, desafia a noção de que a democracia consiste *apenas* no ato de decidir coletivamente.

Sua argumentação é interessante: Waldron (1999, p. 264) observa que, em rigor, uma democracia não é somente um sistema em que as decisões são tomadas pela maioria; é, na verdade, um arranjo político que valoriza a participação *contínua* e *significativa* de todos os cidadãos nas decisões que afetam suas vidas. O problema

destacado por ele é que a institucionalização de um pré-compromisso que transfere a tomada de decisões para uma elite judicial não eleita pode corroer essa participação. Esse ponto toca em um paradoxo importante que Waldron explora ao longo de sua crítica: o fato de que um pré-compromisso que, em teoria, deveria preservar a democracia, pode acabar prejudicando seus próprios princípios, como o de autogoverno e de participação pública dos cidadãos. Assim, um sistema forte de *judicial review* pode, sob a justificativa de proteger a sociedade contra si mesma, afastar os cidadãos da arena pública. Quer dizer, na linguagem de Elster: embora Ulisses tenha *escolhido* se amarrar ao mastro, disso não se segue que as ações dos marinheiros serão sempre uma expressão de sua autonomia. Como ele (1999, p. 265) afirma, “[o] máximo que podemos dizer, com base no argumento da autonomia, é que estamos agindo, paternalisticamente, como Ulisses *teria agido* se estivesse lúcido e em posse de informações completas”, mas não “que estamos agindo como ele claramente queria que agíssemos para defender sua autonomia” (*ênfase no original*).

A segunda crítica de Waldron (1999, p. 266-268) se concentra na natureza das constituições e na realidade de que elas frequentemente contêm disposições ambíguas e que refletem compromissos feitos em um nível teórico, sem resolver discordâncias concretas sobre a sua aplicação. Diferentemente de Ulisses, que sabia exatamente quais ações futuras ele queria evitar, os compromissos constitucionais não são tão bem definidos. Para que essa ideia fosse válida, seria preciso que os juízes, na qualidade de guardiões desses compromissos, fossem capazes de aplicá-los em momentos futuros de maneira objetiva e neutra.

Ocorre que, conforme Waldron (1999, p. 262-263) argumenta, as constituições, ao contrário de pré-compromissos pessoais, são redigidas de forma abstrata, em boa parte para garantir a adesão de grupos com visões de mundo muito divergentes. O que os constituintes parecem acordar em termos gerais nem sempre se traduz em consenso sobre a aplicação concreta desses princípios. Por exemplo, disposições sobre igualdade ou liberdade podem ser aceitas em termos abstratos, mas, na prática, essas concepções levam a intensos desacordos – em especial quando, em situações comuns, tais princípios colidem entre si. Portanto, em vez de resolver conflitos futuros, as constituições muitas vezes os perpetuam. Assim como Ulisses não poderia exigir que os marinheiros o protegessem de forma ambígua, pedindo, por exemplo, que eles equilibrassem simultaneamente sua autonomia e sua incolumidade física, as constituições, com comandos abstratos que frequentemente colidem, deixam aos intérpretes o desafio de navegar por esses “mares de ambiguidade”.

Essa é uma crítica de Waldron (1999, p. 149-163) ao pensamento de Rawls, a respeito da ideia de razão pública e da capacidade das constituições em oferecer respostas concretas a problemas complexos. Waldron destaca que Rawls, por vincular a deliberação política à ideia de uma razão pública guiada por princípios de justiça – como os princípios da liberdade e da igualdade –, ignora que esses

princípios, ainda que possam ser amplamente aceitos, não garantem soluções claras para os dilemas morais e políticos de uma sociedade plural. Conforme explica, o enfoque de Rawls na razão pública – e em especial nos tribunais como modelo ideal de deliberação – limita o espaço para um verdadeiro debate sobre concepções concorrentes de justiça. Para ele, a insistência de Rawls em um conjunto restrito de argumentos, aceitos dentro de uma estrutura pré-determinada, não reconhece a profundidade dos desacordos razoáveis sobre o bem comum. Em vez de promover uma deliberação aberta, a razão pública *rawlsiana* acaba por excluir considerações relevantes, baseando-se na suposição de que há uma verdade comum que pode guiar o processo político, quando, na realidade, os desacordos sobre questões fundamentais são inerentes à vida política. Como diz (1999, p. 268),

[s]e Ulisses conseguisse, de alguma forma, se desamarrar e se preparasse para pular do barco e nadar até as sereias, seria evidente para sua tripulação que essa era exatamente a ação que ele os instruiu a impedir. No entanto, na maioria dos casos constitucionais, os cidadãos divergem sobre se a legislação em questão representa o tipo de medida que eles desejaram (ou que teriam ou deveriam ter desejado) estabelecer como uma restrição no momento constituinte. Além disso, todos os juízes e legisladores sabem que a questão em debate é uma sobre a qual pessoas razoáveis discordam. Já na *Odisséia*, os tripulantes podem ter certeza de que o esforço de Ulisses para romper suas amarras é fruto de uma patologia decisória bem conhecida por todos os envolvidos, inclusive pelo próprio Ulisses.

Além disso, a ideia de pré-compromissos constitucionais pressupõe uma neutralidade judicial que, na prática, não existe. Embora os defensores dessa posição não sustentem uma vinculação direta à “intenção original” dos constituintes, a noção de que os juízes devem simplesmente aplicar um *compromisso* estabelecido no passado pode levar a essa interpretação intencionalista. No entanto, para Waldron (1999, p. 91), essa perspectiva ignora que, ao aplicar a constituição, os juízes inevitavelmente fazem escolhas interpretativas que refletem seus próprios juízos políticos e morais. Eles não se limitam a executar compromissos preestabelecidos de forma neutra; as interpretações judiciais são influenciadas por diferentes visões de mundo, resultando em decisões que frequentemente afastam a “intenção original” dos compromissos constitucionais¹⁰.

¹⁰ Nos Estados Unidos, existe uma forte corrente de ideias conhecida como “originalismo”, que defende que a interpretação das disposições constitucionais deve ser baseada no significado original pretendido pelos constituintes no momento de sua promulgação. No entanto, em capítulo anterior, Waldron (1999, p. 128 *et seq.*) já havia criticado de forma contundente o argumento intencionalista na interpretação constitucional. Em sua visão, a ideia de recorrer às intenções de legisladores para resolver ambiguidades é inadequada por várias razões. Primeiramente, ele

Waldron (1999, p. 280) também destaca que, assim como os cidadãos, juízes possuem concepções divergentes sobre questões fundamentais, e isso não é um problema em si. Quer dizer, no fim do dia, “juízes discordam tanto quanto qualquer outra pessoa – e discordam de maneira razoável e de boa-fé – sobre a natureza de sua responsabilidade constitucional e os compromissos de princípio que essa responsabilidade deveria representar”. A dificuldade surge quando eles, com suas visões particulares, são tratados como *autoridades* externas e neutras, como se estivessem alheios aos desacordos inerentes à sociedade. Na verdade, ele sugere que em uma democracia a divergência de interpretações é não apenas inevitável, mas também saudável. Esse desacordo não é um problema que deve ser evitado ou resolvido por uma autoridade externa, mas sim uma característica positiva da democracia.

Nesse ponto, Waldron (1999, p. 270) oferece uma crítica à visão de que o controle judicial de constitucionalidade é uma forma de proteger a sociedade de suas próprias decisões equivocadas. Para ele, essa visão subestima a legitimidade e o valor do desacordo. As discordâncias não surgem porque as pessoas agem de má-fé ou estão sob influência de emoções exacerbadas, mas porque os próprios conceitos de justiça e direitos são altamente controvertidos e suscitam legítimas interpretações discordantes. Portanto, o problema não é simplesmente que as constituições são abstratas, mas o fato de que a interpretação de suas ambiguidades é monopolizada pelos tribunais. A verdadeira essência da democracia está na capacidade de um povo resolver suas divergências por meio do debate e da deliberação política, e não na imposição de interpretações “de cima para baixo” por parte de uma minoria de “especialistas”. A questão central se desloca para quem tem a *autoridade* legítima de interpretar os compromissos democráticos ao longo do tempo.

Comentando a obra de Waldron, Whittington (2000, p. 694) deixa o ponto explícito ao afirmar que, diferentemente de outras práticas sociais, a política exige a tomada de decisões, o que torna o desacordo inevitável. Por isso, é impossível escapar da questão sobre *quem* deve decidir sobre o desacordo. Quando o

aponta que o processo legislativo, em particular o constitucional, raramente reflete as intenções claras e unívocas de um único agente ou grupo coeso, sendo o produto de múltiplas deliberações e compromissos entre diferentes grupos com interesses diversos. Waldron enfatiza que o apelo a essas intenções desconsidera o caráter complexo, coletivo e muitas vezes contraditório do processo legislativo, que não se presta à identificação de uma vontade unívoca que possa ser resgatada posteriormente para orientar a interpretação judicial. Essa pluralidade torna difícil, se não impossível, inferir uma única “intenção” constituinte original. Além disso, mesmo que uma intenção original pudesse ser identificada, Waldron 1999, p. (131-132) argumenta que apelar a ela não resolve o problema da interpretação, já que juízes frequentemente devem aplicar normas constitucionais sob condições sociais e políticas completamente diferentes das enfrentadas pelos constituintes originais. Essa divergência temporal compromete a relevância de uma “intenção original” nas decisões judiciais contemporâneas.

Legislativo não assume o papel de deliberar e resolver uma questão política, essa responsabilidade recai sobre outra instituição, e a decisão que será tomada por essa instância também estará sujeita a disputas e controvérsias, assim como seria no caso do Legislativo. Portanto, a transferência dessa função para instituições como uma suprema corte não elimina o caráter controverso das decisões; isso apenas desloca o poder de decidir para um grupo diferente e menor de pessoas.

Por fim, o terceiro e mais desenvolvido eixo da crítica de Waldron (1999, p. 270-275) foca no problema de permitir que uma minoria *interna* tenha o poder de decidir o futuro de toda a sociedade. Para isso, Waldron observa que, no caso de Ulisses, as decisões sobre os pré-compromissos são delegadas a um grupo *externo* – no exemplo mitológico, são os marinheiros que desempenham esse papel. No entanto, ao aplicar esse raciocínio ao contexto político, o resultado é problemático, pois dá a uma minoria interna o controle sobre a interpretação de normas que deveriam ser decididas por toda a coletividade. Delegar a aplicação das normas constitucionais a uma elite judicial, como os juízes, implica uma abdicação da responsabilidade política do povo. Isso contraria os princípios fundamentais da democracia, que são baseados na participação ativa dos cidadãos.

Para fortalecer sua crítica, ele (1999, p. 268; 270) apresenta mais dois exemplos. O primeiro é o do rapaz que entrega as chaves do carro a um amigo antes de uma festa. Ele sabe que, após consumir bebida alcoólica, pode estar inclinado a dirigir de forma irresponsável. Ao entregar as chaves a alguém sóbrio, cria um mecanismo de autoproteção, impedindo que suas ações futuras sejam prejudicadas por sua condição momentânea de embriaguez. O segundo exemplo, considerado por ele (1999, p. 271) mais adequado, é o da personagem Bridget, que decide bloquear seu acesso a livros teológicos que, no passado, estimularam dúvidas em relação a sua fé. Em um momento de profunda convicção religiosa, ela entrega a chave de sua biblioteca a um amigo, pedindo que, mesmo que ela mude de ideia, o amigo não lhe devolva o acesso. Esse pré-compromisso impede que suas futuras oscilações internas conduzam a uma reavaliação que ela, no presente, entende que é necessário evitar.

Nos exemplos dos pré-compromissos individuais, a lógica é clara: o agente responsável por garantir o cumprimento do pré-compromisso é externo àquele que o institui. No caso do rapaz que decide ingerir álcool, seu amigo, sendo uma pessoa de fora, age como uma garantia de que o compromisso será mantido, mesmo que o rapaz, em um momento de fraqueza, mude de ideia. Da mesma forma, no exemplo de Bridget, seu amigo age para preservar o pré-compromisso firmado, mesmo que ela deseje desfazê-lo. O traço mais importante é que, nesses casos, o agente externo é visto como alguém que não está sujeito às mesmas tentações ou conflitos internos do instituidor do pré-compromisso. Ele é capaz de manter uma certa distância emocional ou racional, protegendo o compromisso de decisões impulsivas que o próprio instituidor poderia tomar.

No entanto, quando essa ideia é transposta para o contexto dos tribunais, a situação se torna muito problemática. Waldron (1999, p. 260; 263-264) critica a ideia de que os tribunais sejam vistos como agentes externos, como no exemplo dos amigos. Juízes não estão isolados das disputas morais e políticas da sociedade; pelo contrário, eles fazem parte desse mesmo contexto e compartilham das mesmas influências, visões e divisões que afetam o resto da população. Ao contrário do que ocorre nos pré-compromissos individuais, em contextos coletivos essa separação simplesmente não existe. Suas decisões também refletem escolhas subjetivas, influenciadas por valores e interpretações pessoais. Eles não são imunes às “ilusões” ou à “embriaguez” que afetam o restante da sociedade. Sem desvios, ele (1999, p. 15) afirma que

[q]uando os cidadãos ou seus representantes discordam sobre quais direitos temos ou o que esses direitos implicam, parece algo insultante dizer que isso não é algo que eles podem resolver por meio de processos majoritários, mas sim que a questão deve ser atribuída a um pequeno grupo de juízes para uma decisão final. Isso é particularmente insultante quando eles descobrem que os juízes discordam entre si exatamente da mesma maneira que os cidadãos e representantes, e que os juízes também tomam suas decisões no tribunal por meio de votação majoritária. Os cidadãos podem muito bem sentir que, se os desacordos sobre essas questões devem ser resolvidos contando cabeças, então deveriam ser contadas as suas cabeças ou as de seus representantes, que são responsabilizáveis. O desacordo sobre questões de princípio, como enfatizei, não é a exceção, mas sim a regra na política.

Waldron (1999, p. 273) sugere que essa delegação de poder subverte a própria ideia de democracia. Em uma democracia, o princípio fundamental é o autogoverno: o povo governa a si mesmo, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos. Mas quando uma minoria não eleita assume a responsabilidade de interpretar e aplicar a constituição, ela adquire um poder desproporcional sobre o futuro da sociedade. No contexto de um pré-compromisso individual, essa delegação até pode ser vista como uma forma de proteger a autonomia do indivíduo em face de suas próprias fraquezas; no entanto, em um contexto democrático, tal transferência de poder significa abrir mão do autogoverno em favor de uma pequena elite. Como ele (1999, p. 213) afirma expressamente,

[...] nosso respeito por esses direitos democráticos é seriamente questionado quando surgem propostas para transferir decisões sobre a concepção e revisão de princípios fundamentais do legislativo para os tribunais, tirando-as do povo e de suas admitidamente imperfeitas

instituições representativas e entregando-as a um pequeno grupo de homens e mulheres, supostamente dotados de sabedoria, conhecimento, virtude e princípios elevados, que, acredita-se, são os únicos em quem se pode confiar para tratar seriamente das grandes questões que eles levantam.

Tome-se novamente o exemplo de Bridget. É interessante como Waldron (1999, p. 269) o considera mais adequado para ilustrar a complexidade dos pré-compromissos. Ao contrário dos exemplos mais simples, a oscilação de Bridget envolve uma mudança *interpretativa* de crenças e convicções. Ela não está lidando com um desejo ou uma tentação impulsiva, mas com uma incerteza mais profunda e legítima sobre questões de fé. Ou seja, Bridget até estabelece um pré-compromisso, mas sua oscilação não se dá entre uma decisão *racional* e uma tentação *irracional*; não é a mesma coisa de reter as chaves, à meia-noite, de alguém que tem problemas com álcool. Na verdade, ela reflete a luta entre diferentes aspectos de sua identidade e de suas visões de mundo, ambos com igual peso racional. A decisão de Bridget se modifica com o tempo à medida que novas dúvidas surgem, o que representa bem o tipo de conflito interpretativo que Waldron identifica como característico de uma sociedade pluralista e democrática, em que não há um único caminho racional a ser seguido. Esse exemplo, por sua natureza mais interpretativa e mutável, ilustra de forma mais satisfatória os dilemas que surgem no contexto de pré-compromissos constitucionais, nos quais os tribunais têm de interpretar princípios abstratos diante de uma sociedade que, como Bridget, pode mudar de visão ao longo do tempo.

Quem melhor do que ela para resolver suas questões de fé, que envolvem convicções profundamente pessoais? Por mais que o amigo tenha boas intenções, ele não é capaz de entender as nuances de sua experiência espiritual da mesma forma que ela. A ideia de que ele possa tomar uma decisão *melhor* do que ela própria parece absurda. Afinal, as dúvidas e certezas de Bridget mudam com o tempo, e seu “agente externo” jamais terá condições de captar essas mudanças. Waldron (1999, p. 269) é enfático:

Manter o pré-compromisso de outra pessoa pode ser considerado uma forma de respeitar sua autonomia apenas se for possível traçar uma linha clara entre os fenômenos mentais irracionais que o pré-compromisso deveria superar, por um lado, e a incerteza genuína ou as mudanças de opinião, por outro. No caso de Ulisses e do potencial motorista bêbado, essa linha pode ser traçada. No caso de Bridget, isso é muito mais difícil, e é por isso que respeitar o pré-compromisso parece mais como tomar partido em uma disputa interna entre duas facções que lutam em termos aproximadamente iguais. Como se isso não fosse suficientemente complicado, se quisermos mesmo traçar um paralelo com o exemplo do

controle judicial, deveríamos imaginar o caso teológico com uma diferença: Bridget entrega as chaves da biblioteca a um grupo de amigos, que então decidem, por votação majoritária, quando será apropriado devolvê-las. Eles então percebem que precisam decidir por votação majoritária porque discordam sobre a questão exatamente nas mesmas linhas de incerteza que atormentam a própria Bridget.

Segundo ele, essa mesma lógica se aplica à sociedade: quem melhor do que o povo para deliberar sobre seus próprios conflitos e questões fundamentais?

O ponto que desperta a crítica de Waldron está diretamente ligado à teoria da *autoridade* subjacente aos pré-compromissos¹¹. A teoria da autoridade se preocupa, fundamentalmente, com a origem e a legitimidade das decisões políticas. Busca definir quem deve ter o poder para tomar decisões em contextos de desacordo, assegurando que essa autoridade seja reconhecida e aceita como legítima pela coletividade. Na visão de Waldron, a discussão sobre a autoridade legítima é fundamental, e os pré-compromissos são perigosos justamente por sua potencial natureza antidemocrática. Logo, para ele, autores como Elster, Holmes, Rawls e Ackerman ignoram que, diante do desacordo sobre o conteúdo das decisões, a questão mais importante é resolver *quem* tem autoridade para decidi-las. Por retirar decisões fundamentais das mãos do povo e colocá-las sob o controle de intérpretes “especialistas”, esses pré-compromissos ameaçam a autoridade democrática.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As teorias discutidas revelam a profundidade dos debates sobre o controle judicial de constitucionalidade e seu papel nas democracias modernas. Este artigo procurou destacar como certos autores, ao refletirem sobre esse mecanismo, oferecem uma compreensão interessante do domínio que as sociedades tentam exercer sobre o seu próprio futuro. Em particular, Elster e outros teóricos exploraram como são as constituições que, ao agirem como barreiras institucionais, protegem as sociedades de suas próprias falhas.

¹¹ Como ele destaca em texto posterior (Waldron, 2006), as decisões políticas podem ser avaliadas por critérios de resultado (*outcome-related reasons*) ou de procedimento (*process-related reasons*). As primeiras avaliam a decisão com base no conteúdo que produzem; as segundas, com base no modo como foram tomadas. Como visto, os pré-compromissos parecem dar primazia às razões relacionadas ao resultado. Todavia, Waldron chama atenção que uma teoria da autoridade dessa natureza inevitavelmente incorre em petição de princípio: por justificar a autoridade dos juízes com base na correção de suas decisões, presume-se que eles têm razão justamente nas matérias em que há desacordo. Em contextos marcados por divergências legítimas, esse tipo de justificativa se mostra circular e autorreferente. Para Waldron, é justamente por não haver um critério objetivo e consensual sobre o conteúdo “correto” das decisões que a legitimidade deve ser buscada no procedimento que confere a cada cidadão igual voz. Quando há desacordo, não adianta perguntar quem tem razão. A pergunta decisiva é: quem tem o direito de decidir?

Waldron, por outro lado, desafia a confiança em tais pré-compromissos e argumenta que delegar a interpretação e o *enforcement* desses acordos a uma minoria de juízes pode subverter o princípio do autogoverno democrático. Ao contrário de uma simples salvaguarda, ele vê nesses arranjos o risco de se criar uma autoridade que, em nome de proteger o passado, nega ao presente o direito de decidir. Para Waldron, a democracia não se esgota em compromissos prévios, por mais democráticos que tenham sido, mas na capacidade de uma sociedade de revisar e deliberar sobre seu próprio rumo, algo que o controle judicial pode enfraquecer.

Algumas conclusões podem ser extraídas do que foi exposto. A crítica de Waldron está inserida no mundo anglófono, especialmente no debate norte-americano, onde o controle judicial de constitucionalidade não é previsto explicitamente na constituição. A ausência de um fundamento textual o torna mais controverso, pois sua legitimidade deriva de um intrincado conjunto de precedentes e práticas históricas dos tribunais. No Brasil, o cenário é diferente. A Constituição Federal de 1988 prevê um controle de constitucionalidade forte – para alguns, *ultraforte* –, estabelecido formalmente, com papel central para o Supremo Tribunal Federal.

Isso, entretanto, não diminui a relevância dos argumentos de Waldron, mesmo no contexto brasileiro. O ponto do autor não é meramente a ausência de previsão constitucional – ele não se limita a discutir se a Constituição norte-americana admite ou não esse poder –, mas a natureza desse controle em um cenário de profundo desacordo social. Assim, sua filosofia é relevante para qualquer país, independentemente de se adotar ou não o *judicial review*. Seu principal mérito está em desafiar um cenário ainda marcado pela crença de que o controle de constitucionalidade é um instrumento acima de questionamentos. Por problematizar seus fundamentos teóricos, Waldron força o reexame dessas ideias amplamente aceitas. Ele chama atenção, por exemplo, para o fato de que divergências não surgem unicamente de “embriaguez” ou irracionalidade. Embora isso de fato possa ocorrer em circunstâncias excepcionais, desacordos políticos frequentemente são sinceros e racionais, e não devem ser vistos, de antemão, como frutos de falhas inatas.

Além disso, Waldron convida a uma reflexão sobre os limites do raciocínio constitucional, especialmente no que diz respeito ao papel dos tribunais de decidir questões que envolvem profundos desacordos morais – cenários em que o próprio método jurídico é falho e está, também, sujeito ao desacordo. A ideia de que os tribunais agem de maneira neutra e desinteressada ignora o fato de que os juízes também estão inseridos nas mesmas dinâmicas de desacordo que caracterizam a sociedade. Suas decisões não são apenas técnicas ou jurídicas, mas refletem, inevitavelmente, escolhas políticas e morais. Se o *judicial review* pode ser entendido como um pré-compromisso, na acepção de Elster, ele deve ser manejado com

cautela. O desafio está em equilibrar sua função protetiva com a necessidade de preservar o autogoverno democrático.

Mesmo que não se acate integralmente a crítica de Waldron – isto é, mesmo que se defenda a manutenção do controle de constitucionalidade –, sua análise convida a pensar em estratégias que respondam às objeções que ele levantou. É possível, por exemplo, imaginar formas de controle judicial que reforcem a deliberação democrática, em vez de substituí-la, ou instrumentos que aumentem a participação democrática no processo de interpretação constitucional. Ao destacar essa abertura, seu pensamento convida à construção de formatos mais compatíveis com uma democracia verdadeira. O desafio permanece aberto, e este artigo não teve a pretensão de solucioná-lo. Seu objetivo foi apenas contribuir para um debate que ainda exige novas reflexões. Para adotar o tom metafórico que o conduziu, é possível dizer que a travessia está longe de terminar, e Ulisses ainda navega com a esperança de que novos ventos tragam melhores rumos à discussão. Sua lenda continua útil, desde que se aceite que os marinheiros também estão sujeitos ao canto das sereias – e que talvez, por vezes, seja preciso mudar o rumo da viagem.

Nesse sentido, vale notar que, em texto mais recente (Waldron, 2006), o próprio autor reconheceu a legitimidade de modelos mais flexíveis de *judicial review*, nos quais o Parlamento pode revisar ou afastar decisões judiciais. Inspirados nos sistemas canadense e britânico, esses arranjos preservam a autoridade democrática do Legislativo, sem excluir um papel relevante às cortes como instâncias de *catalisação* e defesa dos direitos constitucionais. Ainda que mantenha sua crítica aos modelos tradicionais, Waldron reconhece que essas novas configurações permitem um equilíbrio mais razoável entre proteção constitucional e autogoverno. Nesse mesmo sentido, o modelo semiprocedimental de *judicial review* também se apresenta como uma alternativa valiosa, por privilegiar a qualidade deliberativa dos processos legislativos e oferecer um controle que reforça, em vez de substituir, o debate democrático.

Em síntese, Waldron defende que o processo legislativo democrático é o mecanismo mais adequado para resolver esses conflitos, pois oferece um espaço em que a pluralidade de opiniões pode ser efetivamente considerada. Para ele, esse processo é mais do que um simples meio de decisão majoritária; é a expressão mais fiel dos princípios de igualdade e autogoverno. Cada cidadão, por meio de seus representantes eleitos, tem a oportunidade de participar das decisões que moldam o futuro da sociedade. Isso garante que todos, independentemente de suas posições ou crenças, possam ter voz. Como ele enfatiza, na democracia há um profundo respeito à ideia de que ninguém deve ser excluído da construção do futuro coletivo. Não é preciso aceitar toda a crítica de Waldron para perceber que ele tem razão em muitos pontos.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **We, The People: Foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens: Studies in rationality and irrationality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

ELSTER, Jon. Intertemporal Choice and Political Thought. *In*: LOEWENSTEIN, George; ELSTER, Jon (orgs.). **Choice Over Time**. New York: Russell Sage Foundation, 1992. Cap. 2, p. 35-53.

ELSTER, Jon. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process. **Duke Law Journal**, vol. 45, n. 2, p. 364-396, nov. 1995. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol45/iss2/2>. Acesso em: 03 out. 2024.

ELSTER, Jon. **Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ELSTER, Jon. Comments. *In*: GUERRA, Claudio López; MASKIVKER, Julia (orgs.). **Rationality, Democracy, and Justice: The Legacy of Jon Elster**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. Cap. 12, p. 251-277.

FREEMAN, Samuel. Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review. **Law and Philosophy**, v. 9, n. 4, p. 327-370, dez. 1990. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/BF00212703>. Acesso em: 10 out. 2024.

GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo según John Rawls. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales**, vol. 7, n. 14, p. 16-32, dez. 2005. Disponível em: <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/1101/997>. Acesso em: 16 out. 2024.

HOLMES, Stephen. **Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy**. Chicago: Chicago University Press, 1995.

KLARMAN, Michael J. Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Moments. **Stanford Law Review**, v.

44, n. 3, p. 759-797, fev. 1992. Disponível em: <http://doi.org/10.2307/1228980>. Acesso em: 10 out. 2024.

MICHELMAN, Frank I. Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law. *In*: FREEMAN, Samuel (org.). **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Cap. 11, p. 394-425.

POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Trad. de Milton Amado. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Rev. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

URBINATI, Nadia. Unpolitical Democracy. **Political Theory**, v. 38, n. 1, p. 65-92, 25 set. 2009. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/0090591709348188>>. Acesso em: 15 out. 2024.

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

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, abr. 2006. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54_115YaleLJ1346_April2006_.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 15 abr. 2025.

WHITTINGTON, Keith E. In Defense of Legislatures. **Political Theory**, v. 28, n. 5, p. 690-702, out. 2000. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/192294>. Acesso em: 04 out. 2024.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il «Crucifige!» e la democrazia**. Torino: Einaudi, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y Constitución**. Trad. de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2019.