XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

BERNARDO GONÇALVES ALFREDO FERRNANDES

ILTON GARCIA DA COSTA

VITOR BARTOLETTI SARTORI

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Bernardo Gonçalves Alfredo Ferrnandes, Ilton Garcia Da Costa, Vitor Bartoletti Sartori – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-135-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O presente livro aborda temas que, muito embora raramente tratados em conjunto, são de grande relevância na medida em que há possibilidade de uma análise que mostre certa confluência entre os mesmos. As temáticas que permeiam as distintas teorias da justiça, da decisão e da argumentação são muitas e, certamente, é possível tratá-las, até certo ponto, separadamente. No entanto, igualmente válido é observá-las em sua unidade. Temos em conta nesses termos, que um tratamento do Direito que deixe de problematizar a própria prática jurídica (bem como sua fundamentação) é, para dizer o mínimo, insuficiente. Neste sentido, pode-se considerar bastante proveitosa a posição segundo a qual, há uma unidade inseparável entre os textos que compõem o presente livro.

Justamente ao passar por uma grande variedade de temas e de autores, tem-se algo central à teoria do Direito contemporânea: a explicitação do fato segundo o qual qualquer abordagem jurídica envolve, ao mesmo tempo, a apreensão da especificidade do Direito e o modo pelo qual esta última relaciona-se com distintas esferas da sociabilidade, como a moral, a ética, a política, dentre muitas outras, as quais, de modos diversos, são tematizadas aqui.

Para que se ressalte algo, é bom trazer à tona um aspecto que não pode ser deixado de lado: é de conhecimento de todos aqueles que leram com o mínimo de atenção a obra de Hans Kelsen que sua Teoria pura do Direito não é uma teoria do Direito puro (embora seja necessário destacar que, por vezes, falte muita atenção na pesquisa jurídica realizada no Brasil). Por conseguinte, há de se perceber que mesmo um autor normativista, como Kelsen, que não tematiza a todo o momento acerca do processo decisório e da fundamentação das decisões judiciais, não fecha a porta de modo resoluto à teorização acerca da maneira pela qual pode haver na prática jurídica, e não em uma teoria pura - uma relação necessária, por exemplo, entre o Direito e alguma posição moral, política, filosófica, etc, etc.

Ainda sobre o ponto, pode-se destacar que justamente o capítulo final da obra magna do autor abre um grande espaço para estas questões que, ao fim, aparecem quando se tem em conta a questão da interpretação, bem como de sua relação, a ser vista de um modo ou doutro, com a aplicação.

Certo é que interpretação e aplicação, a rigor, não podem ser retiradas de campo quando se aborda o Direito: tanto as codificações, quanto quaisquer espécies normativas, não dizem nada por si mesmas, não podendo haver uma fetichização do texto, como apontaram os mais diversos autores (muitos deles tratados por aqueles que contribuem para o presente volume).

Neste sentido, não pode deixar de ser interessante tratar dos temas aqui albergados em conjunto (mesmo que eles possam, como mencionamos, ser vistos separadamente também), sendo de bastante relevo para aqueles interessados na teoria do Direito e nas áreas a ela relacionadas a apreensão da especificidade, bem como da indissociabilidade, entre os diversos autores tratados neste volume.

É interessante que mesmo que se parta de Kelsen que pode ser visto como o maior autor do positivismo de cunho normativista, percebe-se que a questão da fundamentação, bem como da argumentação as quais remetem à problemática da justiça não podem ser tiradas de cena ao se tratar do Direito.

A questão, claro, ganha bastante destaque posteriormente ao debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, tendo-se, com este debate, uma problematização explícita tanto das bases filosóficas da teoria do Direito quanto do modo pelo qual, ao final, haveria uma relação entre Direito e moral, seja ao modo de um conceito semântico de Direito em que se tematiza a relação entre a perspectiva interna e externa, como em Hart, seja com uma concepção decididamente hermenêutica como a de Dworkin.

Outra questão a se destacar é que, embora o debate metodológico tenha se passado permeando principalmente a teoria do Direito de talhe anglo-americano, ele influenciou todos aqueles que, posteriormente, trataram do Direito com seriedade. A teoria do Direito alemã, com Alexy principalmente, dentre outras coisas, procurou debater com a concepção de Dworkin acerca dos princípios, trazendo à tona, novamente, questões que remeteram à filosofia e à teoria do discurso.

Neste sentido, é bom que se tenha claro: aquilo a ser conhecido ao se ter em conta as teorias sobre o Direito ganha mais amplitude ainda, sendo necessário ao jurista, por exemplo, averiguar a qual teoria acerca da linguagem adere: Austin? Wittgeinsten? Habermas? Appel? Algum outro? Também neste sentido, o modo pelo qual aparecem os diversos textos deste volume (em conjunto) não deixa de expressar a situação particular na qual os estudos sobre o Direito se encontram explicitando-se justamente que uma concepção tecnicista acerca do Direito não é mais possível. Mais ainda: uma concepção tecnicista sobre o Direito, justamente ao não abordar aquilo no que sua argumentação se embasa aceita,

inadvertidamente, posições não explicitamente tematizadas. E justamente a tematização disto parece ser essencial.

Ainda para que se remeta ao modo pelo qual amplia-se o estudo do Direito ao se ter em conta o panorama atual um autor como Roberto Gargarella não deixou de mostrar como uma análise entre a posição de Rawls e de Dworkin poderia ser central e, neste sentido também deve-se destacar que, ao se tratar da teoria do Direito, também se tem uma conexão estreita com a teoria da justiça (embora não só com ela, claro). Ou seja, justamente a conformação do debate em torno do Direito atual propicia uma aproximação entre teorias da justiça, da decisão e da argumentação e, nesses termos, o presente livro talvez possa contribuir, mesmo que de modo modesto.

Poderíamos enumerar vários outros modos pelos quais a questão se delineia no presente livro, apontando, por exemplo, a importância da teoria de Honneth na contemporaneidade, ou as questões ligadas às minorias, ao racismo, ao sexismo e transfobia; poderíamos ainda destacar a importância destas questões passando pelo modo, por vezes apressado, pelo qual elas aparecem nos tribunais superiores no Brasil. No entanto, havendo destacado o cenário geral, passarmos a citar os textos aqui trazidos a lume.

O primeiro texto diz respeito a temática entre a Hermenêutica filosófica e a teoria da Argumentação jurídica. Esse tema vem sendo objeto de debate na doutrina brasileira nos últimos anos, entre aqueles que são adeptos da hermenêutica filosófica e entendem que as teorias da argumentação desprezam a hermenêutica, e aqueles adeptos da teoria da argumentação, que entendem que os hermeneutas dão muito peso a hermenêutica e desprezam as técnicas de argumentação que produziriam racionalidade e segurança no processo de decisão do Direito. O texto se intitula: OS JURISTAS SABEM DO QUE ESTÃO FALANDO OU FALAM SOBRE O QUE SABEM? UM DIÁLOGO ENTRE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA; O segundo texto aborda a situação dos refugiados numa interface com a obra de Hans Kelsen e é intitulado A ILUSAO DA JUSTICA POR KELSEN; O terceiro busca trabalhar a questão da fundamentação das decisões e é intitulado ANALISE DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTACAO DAS DECISOES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DO DISCURSO JURIDICO; Já o quarto texto apresenta uma crítica ao art.489 do novo CPC e é intitulado de TEORIA DA ARGUMENTACAO JURIDICA E FUNDAMENTACAO JUDICIAL NO NOVO CODIGO DE PROCESSO CIVIL: INSUFICIENCIAS DO METODO LOGICO-DEDUTIVO E A PROPOSTA DE UMA RACIONALIDADE PRAXE; O quinto texto traz um estudo de Aristóteles, Kant e Sandel e é intitulado JUSTICA EM ARISTOTELES, KANT E SANDEL: UM ESTUDO COMPARADO; O sexto texto trabalha

com Rawls e Dworkin tendo como base as teorias da justiça desses autores do liberalismo norte-americano e é intitulado A EQUIDADE EM UMA DEMOCRACIA: ANALISE COMPARATIVA ENTRE RAWLS E DWORKIN; O sétimo versa também sobre Dworkin, mas pela ótica da jurisdição constitucional e é intitulado CONTRIBUICOES DE RONALD DWORKIN A JURISDICAO CONSTITUCIONAL; O oitavo texto discute novamente a teoria da justiça pela ótica do embate entre o liberalismo e o comunitarismo e é intitulado de IGUALDADE E DIFERENCA: O CONCEITO DE JUSTICA NO ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO A PARTIR E ALEM DO COMUNITARISMO E DO LIBERALISMO; O Nono texto volta a temática de Ronald Dworkin e a sua teoria da justiça a partir da ótica do planejamento e tem como título JUSTICA DISTRIBUTIVA DE RONALD DWORKIN E A OBRIGACAO CONSTITUCIONAL DE PLANEJAR; O decimo texto trabalha com as teorias da justiça e é intitulado de LIBERALISMO, LIBERAL-IGUALITARISMO OU COMUNITARISMO?; O decimo primeiro ensaio trabalha a temática da relação entre a liberdade e a justiça, tendo como pano de fundo a perspectiva marxista, e é intitulado de LIBERDADE VERSUS JUSTICA SUBSTANTIVA: TEORIAS ACERCA DAS (DES)IGUALDADES E (NAO)LIBERDADES NA VISAO DE ROUSSEAU E MARX. TERA SIDO MARX INFLUENCIADO PELAS IDEIAS DE ROUSSEAU E ATE QUE PONTO?; O decimo segundo texto aborda a questão das normas de direito internacional na interface com a Corte Internacional de Justiça e é intitulado de NORMAS PROCESSUAIS E NORMAS SUBSTANTIVAS: A PRIMAZIA DAS NORMAS DE JUS COGENS E O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICA; O decimo terceiro texto trabalha a questão da fundamentação das decisões e é intitulado de O PRINCIPIO DA FUNDAMENTACAO DAS DECISOES JUDICIAIS FRENTE A IDEOLOGIA DA TEORIA POLITICA; O decimo quarto ensaio versa sobre a perspectiva pragmatista na teoria da decisão e é intitulado de MODELO PRAGMATISTA DE DECISAO NO DIREITO: DO MENTALISMO INSTRUMENTAL A INTERSUBJETIVIDADE COMUNICATIVA; O decimo quinto ensaio trabalhou a obra do professor Humberto Ávila pela ótica da interpretação do direito e é intitulado de OS POSTULADOS NORMATIVOS NA DOUTRINA DE HUMBERTO AVILA E SUA APLICACAO NA INTERPRETACAO CONSTITUCIONAL EM CASOS DIFICEIS; O decimo sexto texto trabalha a obra do professor de Kiel Robert Alexy e é intitulado de RACIONALIDADE DADA DECISAO JUDICIAL EM ROBERT ALEXY; O decimo sétimo ensaio trabalha a questão do pluralismo jurídico na teoria da decisão e é intitulado de AS FONTES PLURAIS DO DIREITO, A ATUACAO DAS PARTES NO PROCESSO E A NECESSIDADE DE LEGITIMACAO DA DECISAO JURISDICIONAL; O Decimo oitavo texto trabalha a obra do professor Axel Honneth e a crítica do mesmo as tradicionais teorias da justiça e é intitulado de AXEL HONNETH E A RECONSTRUCAO DA JUSTICA: UMA TENTATIVA DE SUPERACAO DO PARADIGMA DA DISTRIBUICAO; O decimo nono

texto trabalha a obra de Paul Ricoeur e é intitulado de A TEORIA DA JUSTICA NA CONCEPCAO DE PAUL RICOEUR EM FACE DA INTERGERACIONALIDADE DO IDOSO BRASILEIRO; O vigésimo texto desse livro aborda a obra de David Trubek e é intitulado de A TEORIA SOCIAL DO DIREITO NA CONCEPCAO DE DAVID M. TRUBEK; Logo em seguida temos o importante tema da justiça de transição abordado no texto DAS DIVERSAS FORMAS DE JUSTICA E DA JUSTICA DE TRANSICAO; O vigésimo segundo texto trabalha os precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos e é intitulado de OS PRECEDENTES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE REFINAMENTO DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS: DECISAO JUDICIAL E NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ADSCRITA/DERIVADA; O próximo ensaio trabalhou a obra de Amartya Sen na interface com o processo civil e é intitulado A IDEIADE JUSTICA EM AMARTYA SEN E A RAZOAVEL DURACAO DO PROCESSO; Novamente temos o professor Amartya Sen como marco teórico, agora no tocante a questão do gênero no texto A IDEIA DE JUSTICA DE AMARTYA SEN: UM ENFOQUE SOBRE A IGUALDADE DE GENERO; O vigésimo quinto texto trabalha os conflitos intergeracionais e é intitulado de MORTOS, VIVOS E NAO NASCIDOS: CONFLITOS INTERGERACIONAIS LIGADOS AO PROGRESSO E AO RETROCESSO NAS DEMANDAS CONSTITUCIONAIS; O vigésimo sexto texto apresentado envolve o intenso e atual debate europeu sobre o multiculturalismo e a xenofobia e é intitulado de MULTICULTURALISMO, TOLERANCIA E XENOFOBIA: UMA CRITICA DO RECENTE CONTEXTO EUROPEU; O vigésimo sétimo texto aborda a questão da transexualidade e é intitulado de JUSTICA?! O NOME, O SEXO E A LIBERDADE TRANS; O vigésimo oitavo ensaio volta a questão da transexualidade a partir da ótica das teorias do reconhecimento e é intitulado TRANSEXUALIDADE E TEORIA DO RECONHECIMENTO: DE UM MODELO PATOLOGIZANTE A UMA NOVA MANEIRA DE PENSAR ATRAVES DA CONTRIBUICAO TEORICA DE NANCY FRASER.

Os organizadores convidam a todos a lerem os textos, que como já externalizado, guardam uma interface entre as teorias: da justiça, da argumentação e da decisão.

MORTOS, VIVOS E NÃO NASCIDOS: CONFLITOS INTERGERACIONAIS LIGADOS AO PROGRESSO E AO RETROCESSO NAS DEMANDAS CONSTITUCIONAIS

DEAD, ALIVE AND UNBORN: INTERGENERATIONAL CONFLICTS LINKED TO PROGRESS AND RETROGRESSION IN CONSTITUTIONAL CLAIMS

Marcelo Kokke Gomes

Resumo

Os conflitos intergeracionais estão ligados a reivindicações constitucionais. As reivindicações constitucionais envolvem o constante conflito entre o progresso e o retrocesso; elas confrontam as possibilidades de ruptura com as exigências de manutenção de direitos e liberdades. Os limites e possibilidades de ruptura recebem diversos tratamentos nas abordagens de Rawls e de Ackerman. O pensamento de Rawls permite identificar um núcleo de direitos e liberdades como compromisso intergeracional. O pensamento de Ackerman orienta-se para a ampla possibilidade de ruptura. As reivindicações constitucionais podem seguir caminhos distintos, confrontando-se o liberalismo político de Rawls com o dualismo de Ackerman. Portanto, o debate constitucional confronta a preservação e a ruptura.

Palavras-chave: Gerações, Conflitos, Constituição, Ackerman, Rawls

Abstract/Resumen/Résumé

Intergenerational conflicts are linked to constitutional claims. The constitutional claims involve the constant conflict between progress and retrogression; they confront the possibilities of rupture with the maintenance requirements of rights and freedoms. The limits and possibilities of rupture receive several treatments in the approaches of Rawls and Ackerman. The thought of Rawls allows to identify a core of rights and freedoms as intergenerational commitment. The thought of Ackerman guides to the wide possibility of rupture. The constitutional claims may follow different paths, confronting the political liberalism of Rawls with dualism in Ackerman. Therefore, the constitutional debate confronts the preservation and breakage.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Generations, Conflicts, Constitution, Ackerman, Rawls

Introdução

A ideia da evolução, do avanço, do ir adiante, envolve o debate humano em diversas searas, refletindo na teoria da justiça, na teoria da democracia, na teoria crítica e lançando efeitos sobre o Direito e sua configuração positiva. A ideia de evolução como um progresso do ir adiante, valoroso e positivo em face do retrocesso, o qual remete a perdas e involução de estágios e aprendizado humano, abre espaço a conflitos tematizadores do próprio sentido do que seja evolução, do que signifique progresso, do que se caracterize como retrocesso.

O aprisionamento do ser em uma concepção formada pelo seu semelhante antecessor, no passado por vezes distante, com o estabelecimento de um crivo avaliador da condução das relações humanas na história e na sociedade é contrário à emancipação e autorrealização do humano ou sequer se poderia falar aqui de aprisionamento, mas sim de garantias contra fatores reconhecidos como contrários à efetiva emancipação e autorrealização do ser? O debate entre progresso e retrocesso envolve agentes que por vezes não podem mesmo entrar em debate, gerando problemas dialógicos. O conflito intergeracional da definição de rumos, do estabelecimento de uma linha de progresso e uma salvaguarda do risco de retrocessos entra em tema. A questão remete a um debate entre ausentes, em que vivos questionam linhas de progresso e retrocesso em face da herança social deixada pelos mortos, e ao mesmo tempo definem diretrizes e firmamentos para os não nascidos.

Em que medida podem ocorrer rompimentos? Como podem ser concebidos os rompimentos ou proposições de rompimento? Há anteparo para compreender-se progresso e retrocesso entre gerações admitindo uma base objetivista de avaliação ou se recai de forma determinante em um relativismo que esvazia o próprio sentido de conflito intergeracional para situar internamente aos vivos de cada tempo o que lhes é tido por devido, sem heranças do passado ou testamentos para futuro?

A problematização pode recair em um questionamento fundamental: como pode existir uma interação intergeracional democrática entre sociedades que dialoguem por heranças do passado e testamentos para o futuro sem comprometimentos negativos para a emancipação e autorrealização humanas?

No presente estudo buscaremos abordar a questão do progresso e do retrocesso e sua conflituosidade a partir de duas vertentes de pensamento diferenciadas. A primeira delas será centrada no pensamento liberal, tomando como referencial teórico John Rawls. A proposição argumentativa de Ralws gira em torno do questionamento acerca do problema central do

liberalismo: “como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais que se encontram profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora incompatíveis entre si?” (2011, p. XIX). Abordaremos os contornos do pensamento liberal e a compreensão de Rawls dos princípios de justiça e sua relação com o processo democrático.

A segunda das vertentes assumida para análise neste estudo centra-se em aspectos do pensamento comunitário e republicano, tomando como referencial teórico Bruce Ackerman. Ackerman sustenta um modelo de democracia e Constituição dualista, em que há abertura para decisões de rompimento com reabertura para reformulações intergeracionais, tomadas pelo povo (ACKERMAN, 2006, p. 7). Neste cenário, retrocesso e progresso perdem seu paradigma avaliador.

Não se quer aqui dizer que há uma oposição do pensamento de Ackerman ao liberalismo, pelo contrário, o pensamento de Ackerman revela um “duplo compromisso com o liberalismo e com o republicanismo” (CITTADINO, 2006, p. XXII). O que se tem é uma vertente que conduz à construção de princípios e determinações morais que alicerçam trincheiras evolutivas na configuração progresso/retrocesso em contraposição à abertura reflexiva de momentos de rompimento entre gerações, esvaziando ou relendo heranças e testamentos de justiça social. A emergente provocadora para com o problema levantado é justamente o comprometimento negativo para com a emancipação e autorrealização humanas, possivelmente ocasionadas em cada uma das vertentes.

Procederemos à abordagem dos autores a partir da percepção levantada por ambos em face do seguinte caso hipotético, construído por Ackerman (2006, p. 17). Em uma situação de renascimento religioso exponenciado, supõe Ackerman uma mobilização desenfreada e generalizada de projetos religiosos de linha cristã, vindo a alcançar o caráter de política pública de massa demandada pela própria população. Produzindo uma oposição religiosa a cultos diversos do cristão, principalmente os mulçumanos, vem a ser aprovada uma emenda constitucional afirmando que o cristianismo é a religião nacional do povo, havendo uma releitura do que seja liberdade religiosa, com transformação da herança jurídica constitucional. Enquanto Ackerman se posta disposto a aceitar o rompimento hipotético para com as gerações passadas na suposição construída, Rawls posta-se de forma contrária.

1 O pensamento liberal e a doutrina de John Rawls: princípios de justiça intergeracionais

O pensamento liberal funda-se em um padrão moral de discernimento da realidade e do ser humano, erigindo a autonomia humana, sua agência, como pilar e ponto de partida na percepção de justiça. A autonomia, a agência humana, promove a ascensão do indivíduo como ser moral e dotado de independência racional em face de outro indivíduo, consagrando sua igualdade e liberdade. A concentração de foco no indivíduo como centro emanador de sentido conduz a uma planificação de concepções de vida, paralelas e não reificadoras, tornando ilegítima qualquer tentativa de estabelecer-se uma hierarquia de pauta ética socialmente imposta, pois os indivíduos são sujeitos em autonomia. Se não há hierarquia de autonomias ou agências, a diversidade de concepções de boa vida e de visões de mundo gera uma inarredável consequência: o pluralismo. Admitir o pluralismo é admitir a expressão existencial da autonomia do ser humano.

A sociedade deve retirar sua legitimidade do indivíduo, sob risco de transformar-se em uma opressiva manifestação de determinada visão de mundo, pondo em risco a autonomia. Há assim uma instrumentalidade em favor do indivíduo e de garantias e direitos que resguardem sua manifestação moral, sua autonomia, concebendo-se o todo da sociedade a partir de suas irredutíveis manifestações individuais. Uma teoria da justiça somente pode afirmar-se como uma cooperação que resguarde a expressão da autonomia humana, da agência em sua articulação moral. Necessário assim identificar as bases, os alicerces, que permitem uma projeção das interações humanas sem quebra da manifestação plural da agência. Mas, se a autonomia humana é formada em amálgama com a própria moral do indivíduo, há um caráter de universalidade na manifestação humana. Seja quais forem as doutrinas e compreensões de mundo em divergência, seja qual for o caminho de interlocução entre gerações, pontos comuns as reunirão: o conteúdo moral e autonomia. O fato do pluralismo, ou seja, a diversidade de padrões de boa vida, de visões de mundo, de visões religiosas e doutrinas compreensivas da realidade, somente se faz possível com adoção *a priori* da autonomia e da moral como bases da interação humana, seja entre os vivos, seja entre gerações passadas e futuras.

> Em consequência, o liberalismo supõe um sistema de direitos civis que determina a priori as decisões políticas suscetíveis de exprimir as exigências obrigatórias em

> face de outros cidadãos, e que permitirá excluí-los de todas as instituições políticas onde impera a regra da maioria. (LACROIX, 2003, p. 34, tradução nossa)[1]

A proteção do fato do pluralismo, impedindo uma verdadeira colonização de uma doutrina hierarquizante de bens da vida e projetos de ser, assim como a proteção da agência humana diante de ameaças constritivas que negassem a igual manifestação da moral no indivíduo, demanda neutralidade no espaço público, um reconhecimento centrado em um exercício intelectual pelo qual seja possível despir-se da porção particular para mergulhar em princípios universais. Neste cenário situa-se o modelo de teoria da justiça de Rawls.

Rawls circunscreve seus argumentos a partir de ambiente democrático de manifestações em que a justiça assume caráter avaliativo da conformação de valores e posturas em face da autonomia humana. Neste sentido, o modelo de Rawls é deontológico, assumindo o justo primazia sobre concepções particulares de bem (LACROIX, 2003, p. 37). O modelo de coordenação em Rawls pressupõe uma reciprocidade de razão, pela qual é reconhecida à agência a faculdade de julgamento e de deliberação, e uma reciprocidade de percepções razoáveis, em um processo voltado pela disposição à conciliação e à tolerância para com diversidade própria do pluralismo.[2] A dinâmica da interação humana está ligada a manifestações morais, avessas ao utilitarismo, em uma concepção de justiça que assume o pluralismo razoável como um traço permanente da cultura política democrática. A concepção de justiça diante do fato do pluralismo somente pode ser uma concepção política de justiça, e não religiosa ou calcada em costumes ou pautas de vida ligadas a visões fragmentadas com pretensão totalizante. Por isto, o espaço público em que atuam os cidadãos exige que estes se afastem de suas doutrinas abrangentes, de sua especial forma de ver o mundo, cooperando conjuntamente na formulação de uma razão pública que se desapega da identidade privada individual do ser. A ideia de espaço público remete a um consenso justaposto. Neste quadro, "o pluralismo razoável se distingue, na obra de Rawls, do pluralismo simples na medida em

---

[1] "En conséquence, le libéralisme suppose un système de droits civiques qui détermine a priori les décisions politiques susceptibles d'exprimer des exigences contraignantes à l'égard des autres citoyens, et qui permettra d'exclure celles-ci de toutes les institutions politiques où règne la loi majoritaire." (LACROIX, 2003, p. 34)

[2] Segundo Rawls, a justiça como equidade está ligada a faculdades da autonomia humana, "essas faculdades são as capacidades de ter um senso de justiça e uma concepção do bem. A primeira dessas faculdades está vinculada ao razoável – a capacidade de propor termos equitativos de cooperação e de agir com base neles, supondo-se que outros façam o mesmo; a segunda, ao racional – a capacidade de ter uma concepção racional e coerente do bem que possa ser perseguida dentro dos limites estabelecidos por esses termos equitativos." (RAWLS, 2011, p. 493-495)

que ‘ele é o resultado natural da atividade racional humana quando ela se desenvolve dentro do contexto continuado de instituições livres” (LACROIX, 2003, p. 40, tradução nossa).[3]

Como traço permanente da cultura democrática, o pluralismo razoável compõe o liberalismo político, mas também demanda um tipo de razão próprio para possibilitar a integração social entre pessoas diversas, grupos diversos, e, qual seja também entre gerações diversas, todos comprometidos com uma sociedade razoavelmente bem ordenada e com direitos que garantam a igualdade e liberdade lastreadas nas manifestações morais. Rawls utiliza da noção de posição original e véu da ignorância para poder sustentar esta disposição de razão em ambiente público, despida de concepções particulares de bem, e aberta a construir sentidos em cooperação racional. O véu da ignorância é uma ferramenta argumentativa de Rawls para indicar a linha construtivista de pensamento: pelo véu da ignorância, o ser humano considerará o outro em um plano superior a qualquer doutrina compreensiva (seja filosófica, religiosa ou de outro tipo), ou seja, sua compreensão de boa vida não pode alicerçar seu julgamento moral. Já pela posição original, o ser humano posta-se em igualdade com o outro em função de ambos serem manifestações da expressão moral presente em cada indivíduo, e esta expressão moral não pode ser atingida por contingências sociais, econômicas ou outras ligadas a posições perante um bem da vida. Interessante passagem é observada em Kymlicka em relação à funcionalidade da posição original e do véu da ignorância da doutrina de Ralws:

> Mas o véu da ignorância não reflete uma teoria da identidade pessoal. Trata-se de um teste intuitivo de equidade que funciona da mesma maneira que o processo que consiste, quando nós queremos dividir um bolo em partes iguais, em assegurar que a pessoa encarregada de efetuar esta tarefa não saiba qual parte ela obterá. O mesmo se aplica quanto a influenciar o processo de seleção em seu favor graças à sua posição vantajosa estando dentro da impossibilidade de fazê-lo. (KYMLICKA, 2003, p. 75, tradução nossa)[4]

A alcançar a integração social em um ambiente democrático, lastreado no pluralismo e no liberalismo político, Rawls constrói a ideia de razão pública. Para o autor, a razão pública

---

[3] “le pluralisme raisonable se distingue, chez Rawls, du pluralisme simple en ce qu’il est ‘le résultat naturel de l’activité de la raison humaine quand elle se déroule dans le contexte durable d’instituions livres” (LACROIX, 2003, p. 40).

[4] “Mais le voire d’ignorance ne reflète pas une théorie de l’identité personelle. Il s’agit d’un test intuitif d’équité qui fonctionne de la même façon que le procédé qui consiste, quand nous voulons diviser un gâteau en parts égales, à s’assurer que la personne chargée d’effectuer cette tâche ne sait pas quelle part elle obtiendra. De même d’influencer le processus de sélection en leur faveur grâce à leur position avantageuse soient dans l’impossibilité de le faire.” (KYMLICKA, 2003, p. 75)

é própria do povo democrático, ligada ao status da cidadania em igualdade (RAWLS, 2011, p. 250). A razão se apresenta como pública de três maneira (RALWS, 2011, p. 251): 1) a razão é pública porque é própria dos cidadãos em um ambiente democrático; 2) o objeto da razão pública é bem do público, não sendo qualquer bem, são questões de justiça fundamental; 3) a natureza e o conteúdo da razão pública são públicos, pois "são determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção política de justiça da sociedade e são conduzidos à vista de todos sobre essa base" (RAWLS, 2011, p. 251). A justiça como equidade realiza-se através da razão pública, voltada para escolhas públicas, instituições e estados de coisas comprometidos com uma

> ordem de direitos vistos como fundamentais (no sentido de que sua realização é assegurada, ou deveria ser, pelas instituições de uma sociedade) e absolutos (no sentido de que considerações baseadas em direitos não podem, ou não deveriam, ser sobrepujadas, quaisquer que sejam as circunstâncias, por considerações de outro tipo). (VITA, 1992, p. 5)

A aprovação de leis e emendas constitucionais, tal como a própria compreensão constitucional, estão, para Rawls, ligadas ao exercício da razão pública. O poder político supremo somente pode ser efetivado, em uma sociedade razoavelmente bem ordenada comprometida com os princípios do liberalismo político, por meio da razão pública (RAWLS, 2011, p. 252). Assim, as interações dos cidadãos, não somente entre os cidadãos de uma mesma geração, mas entre cidadãos de diversas gerações, estão atreladas à razão pública. E a discursividade entre as gerações passadas e futuras, já que não é ela possível, como proceder-se? A discursividade não é nota pressuposta em Rawls. O compromisso com o liberalismo político e com os princípios de razão pública é o ponto de coligação. As gerações podem suceder-se, mas, em um ambiente democrático e de respeito ao pluralismo e aos direitos, a integração se dará pelo compromisso contínuo com a razão pública.

A herança e o testamento entre as gerações serão escritos em torno de princípios e ideais que cidadãos de gerações diversas desenhem com o lápis da racionalidade no papel da razoabilidade. Espera-se que os cidadãos de gerações passadas, presentes e futuras comprometam-se com a razoabilidade e com a racionalidade. O compromisso proporcionará o exercício do pluralismo e da justiça. Utilizando-se da referência de Kymlicka, podemos dizer que cada geração efetivará tanto a divisão do bolo quanto a produção de novos bolos sem saber os destinatários das fatias a serem divididas, e sem saber quanto à produção dos ingredientes, no compromisso comum mútuo de justificação por princípios que superam

doutrinas de projetos de vida particularizados. Se não é possível o diálogo simultâneo entre mortos, vivos e os ainda não concebidos, podem eles trabalhar com palavras diversas, mas todas retiradas do alfabeto do liberalismo político e do compromisso da justiça como equidade. Para os objetivos aqui traçados neste trabalho, pode-se extrair da percepção de Rawls um compromisso entre os cidadãos não só de uma mesma geração, mas entre os cidadãos de gerações diversas:

> Como pessoas razoáveis e racionais e sabendo-se que professam uma diversidade de doutrinas religiosas e filosóficas, os cidadãos devem se dispor a explicar as bases de suas ações uns aos outros em termos que cada qual possa razoavelmente esperar que os demais julguem consistentes com sua liberdade e igualdade. Procurar satisfazer essa condição é uma das tarefas que esse ideal de política democrática exige de nós. (RAWLS, 2011, p. 256)

A integração entre gerações diversas e sua interlocução com as normas constitucionais e padrões de política democrática hão de observar, na visão de Rawls, o compromisso com a razão pública que ancora uma sociedade razoavelmente bem ordenada e democrática. As gerações, as heranças das gerações passadas e os legados para as gerações futuras, podem conter diversas decisões e expressões ligadas a razões não públicas. Segundo Rawls, "as razões não públicas abarcam as muitas razões da sociedade civil e pertencem àquilo que denominei 'cultura de fundo', em oposição à cultura política pública" (2011, p. 259). A razão não pública não representa uma razão privada, mas sim corresponde ao elenco de conteúdos que não estejam atrelados a uma concepção política de justiça. Em decorrência, as gerações estão vinculadas para com a razão pública de uma concepção política de justiça, mas de forma alguma eternizadas na dimensão da razão não pública, a qual pode redundar em variações, rompimentos e redefinições, pois não afetam princípios básicos de justiça.

Para Rawls existe um conteúdo de razão pública, e este conteúdo de razão pública é fornecido pela concepção política de justiça (RAWLS, 2011, p. 263), extraindo daí três consequências. A primeira delas é a especificação de determinados direitos, liberdades e oportunidades fundamentais (RAWLS, 2011, p. 263) que são próprios dos regimes democráticos. A percepção de herança social entre as gerações está submetida ao nível de relação estabelecida para com os direitos, liberdades e oportunidades configurados no exercício da cidadania racional e razoável fundada na moralidade próprias do ambiente democrático. Afirmar e negar o ponto de avaliação é a medida e progresso e retrocesso intergeracional que se pode extrair da perspectiva do liberalismo político. Isto porque, pelo

segundo consectário, há atribuição de prioridade especial "a esses direitos, liberdades e oportunidades, sobretudo com relação às exigências do bem geral e de valores perfeccionistas" (RAWLS, 2011, p. 263). As gerações comprometidas com o ideal de razão pública estarão afetadas por conseguinte ao terceiro consectário formulado por Rawls, que preconiza "medidas para assegurar que todos os cidadãos tenham os meios polivalentes que lhes possibilitem fazer uso efetivo de sua liberdade e oportunidades fundamentais" (2011, p. 263).

O princípio liberal da legitimidade não é construído a partir de uma concordância da maioria tão somente, o exercício do poder político não se faz presente em qualquer norma que seja firmada se feito a partir de uma doutrina abrangente e com pretensão de verdade total em face de outras percepções de mundo, mesmo que espelhadas na Constituição. O liberalismo político e a justiça como equidade demandam que os elementos essenciais da expressão constitucional possam ser razoavelmente supostos como subscritos por todos os cidadãos, "à luz de princípios e ideais que são aceitáveis para eles, na condição de razoáveis e racionais" (RAWLS, 2011, p. 256). A partir do princípio da legitimidade, a justiça como equidade foca a adoção de princípios de justiça para a estrutura básica, adotando "diretrizes e critérios e razão pública para aplicar essas normas" (RAWLS, 2011, p. 266). Estando as gerações vinculadas antes de tudo à justiça como equidade e comprometidas com a moral, a avaliação entre progresso e retrocesso é antes de tudo uma avaliação do acordo único em torno da razão pública em uma sociedade democrática, afinal confrontando-se posições razoáveis entre cidadãos e gerações de cidadãos, "um debate ordenado entre essas diferentes visões, ao longo do tempo, constitui um método confiável para descobrir qual delas é a mais razoável, se é que alguma delas o é" (RAWLS, 2011, p. 268).

A prevalência da razão pública interage de tal forma com a concepção política de justiça em Rawls que permite extrair-se elementos constitucionais essenciais, sem os quais haverá comprometimento de decisões racionais e razoáveis que marcam a sociedade democrática, ameaçando o próprio pluralismo. Estes elementos constitucionais essenciais em Rawls (2011, p. 268) podem ser de dois tipos: 1) os princípios fundamentais; 2) os direitos e as liberdades fundamentais. Os princípios fundamentais afetam-se à estrutura geral do Estado e às interações entre os poderes ou funções do Estado, incluindo os contornos da regra da maioria. Já os direitos e liberdades fundamentais assumem especial destaque, pois correspondem a manifestações inatas aos regimes democráticos livres, vinculando-se à igual

cidadania que “as maiorias legislativas estão obrigadas a respeitar” (RAWLS, 2011, p. 268), o que engloba direitos políticos, liberdade religiosa, liberdade de expressão e pensamento, além das garantias inerentes ao Estado de Direito.

Os elementos essenciais manifestados em uma geração de cidadãos ou entre as gerações de cidadãos, em conformidade com a razão pública e seus patamares de decisão racional e razoável, definirá um compromisso entre as próprias gerações passadas e futuras, ou seja, o norte vinculador entre mortos, vivos e não nascidos está no comprometimento com elementos constitucionais essenciais que permitam a manifestação moral própria da razão pública, sem o que não será possível entender-se a geração presente em uma sociedade como voltada a preservar a cooperação política e social voluntária entre cidadãos livres e iguais, como argumenta Rawls:

> Mas na medida em que haja um sólido acordo sobre os elementos constitucionais essenciais e que se considerem os procedimentos políticos estabelecidos como razoavelmente equitativos, em geral será possível preservar a cooperação política e social voluntária entre cidadãos livres e iguais. (RAWLS, 2011, p. 272)

Sob estes pilares, aborda Rawls a questão que elegemos para comparação argumentativa com Ackerman, pela qual, em uma situação hipotética de renascimento religioso exponenciado, uma mobilização desenfreada e generalizada de projetos religiosos de linha cristã, vem a alcançar o caráter de política pública de massa demandada pela própria população. Produzindo uma oposição religiosa a cultos diversos do cristão, principalmente os mulçumanos, vem a ser aprovada uma emenda constitucional afirmando que o cristianismo é a religião nacional do povo, havendo uma releitura constitucional pela sociedade e Tribunais do que seja liberdade religiosa, com transformação da herança jurídica constitucional. Rawls pondera argumentos se a emenda “para converter dada religião em religião oficial, com todas as consequências que isso acarretaria deveria ser aceita pela Suprema Corte como uma emenda válida” (2011, p. 281). Em outros termos, a questão é relativa à possibilidade de uma arrematadora maioria popular determinar a alteração de uma compreensão de direitos e liberdades provocando rompimento com compreensões anteriores, ou, na doutrina de Rawls, haveria possibilidade de uma redefinição total do conteúdo protegido pelos elementos constitucionais essenciais fundados na razão pública?

Rawls responde negativamente (2011, p. 281), posicionando-se contra a validade de pretensões de alteração de conteúdo que possam vir a comprometer a expressão moral e o

pluralismo, em suas manifestações razoáveis e racionais próprias de uma sociedade democrática. Rawls tece seus argumentos contrários à possibilidade de uma retração comprometedora (um retrocesso) perante a herança de direitos e liberdades recebidos das gerações anteriores a partir da análise histórica estadunidense (RAWLS, 2011, p. 282). Argumenta Rawls que, historicamente, as gerações seguem um norte constitucional: ajustar progressivamente as normas constitucionais e a compreensão constitucional a uma promessa original (RAWLS, 2011, p. 282) lastreada na razão pública, no compromisso com os elementos essenciais constitucionais que defluem da integração de doutrinas divergentes razoáveis e racionais.

Afrontam o princípio da legitimidade as posturas contrárias às bases da razão pública, que venham a por em risco "uma concepção política cujos valores combinados de justiça e de razão pública levem a respostas razoáveis para todas ou quase todas as questões políticas fundamentais" (RAWLS, 2011, p. 282). Destarte, respostas que contrariem a herança do liberalismo político comprometida com a moral em um regime democrático não são respostas razoáveis e racionais. As gerações estão comprometidas entre si pela razão pública, de modo a proporcionarem legados contínuos que signifiquem respostas razoáveis e racionais desenvolvidas pela articulação da razão pública entre os cidadãos. Não há um diálogo propriamente entre os cidadãos, mas há uma interlocução de civilidade a partir da razão pública. Mas isto não significa que inexistam limites para a razão pública, pelo contrário, Rawls expressamente reconhece os limites da razão pública, ao que questões que extrapolem o âmbito daquela não são objeto de uma concepção política de justiça empenhada por cidadãos livres e iguais. A razão pública aplica-se às "questões que dizem respeito a elementos constitucionais essenciais e à justiça básica" (RAWLS, 2011, p. 299), é neste âmbito que se circunscreve o compromisso de civilidade entre os cidadãos e entre as gerações.[5]

Não há assim pela posição de Rawls um agrilhoamento ou aprisionamento entre cidadãos e entre gerações, mesmo porque isto violaria o caráter moral dos cidadãos livres e iguais em um regime democrático, condições históricas e sociais podem reconformar

[5] Carlos Bolonha sintetiza o cerne dos objetivos de Rawls: "A ideia central da teoria rawlsiana sustenta que a justiça política deve se preocupar com a 'estrutura básica' da sociedade, a saber, as instituições políticas que regulam a distribuição dos bens e protegem a ordem social. Mas, há que se dizer também que essa teoria adota a perspectiva de que a condição humana está vinculada à justiça como uma virtude absoluta porque sem ela estaria desfigurada nossa humanidade e perderíamos a capacidade do pleno exercício da autonomia. (2005, p. 92)

interações que se passam em uma sociedade plural (2011, p. 298). O que há é um compromisso de civilidade e de afirmação da razão pública entre os cidadãos e gerações, entre heranças e testamentos geracionais de relações de justiça, em prol da ideia de cidadania livre e igual, viabilizadora de respostas racionais e razoáveis em torno de um conteúdo propositivo que gira em torno de dois componentes:

> O conteúdo da razão pública é fornecido por uma concepção política de justiça. Esse conteúdo tem dois componentes: os princípios substantivos de justiça para a estrutura básica (os valores políticos da justiça) e as diretrizes da indagação pública e as concepções de virtude que tornam a razão pública possível (os valores políticos da razão pública). (RAWLS, 2011, p. 299)

Entretanto, realça Rawls que os limites da razão pública figuram para além de limites normativos, justamente o que permite funcionalizar a razão pública para integração entre cidadãos e gerações. É neste sentido que enfatiza não serem os limites da razão pública uma questão de limites da lei ou da norma legal, mas sim os limites traçados dentro de um ideal comum democrático de condução política.[6] Há um dever moral que envolve as gerações, e não propriamente um dever jurídico ou legal, dever que as compromete com a razão pública:

> E como o exercício do poder político deve ser em si mesmo legítimo, o ideal de cidadania impõe aos cidadãos o dever moral (não legal) – o dever de civilidade – de ser capaz de explicar uns perante os outros, quando se trata dessas questões fundamentais, como os princípios e as políticas que preconizam e nos quais votam podem se apoiar nos valores políticos da razão pública. (RAWLS, 2011, p. 256)

O dever de civilidade é um dever assumido de apoio a uma concepção política de justiça pelas gerações em seu compromisso com a razão pública e a justiça como equidade. O modelo de Rawls é procedimental na medida em que busca a "conciliação entre a justiça e o pluralismo político das sociedades contemporâneas" (BOLONHA, 2005, p. 91), mas também remete a resultados de resguardo à agência humana e dos valores do liberalismo, sendo também substancial a ideia rawlsiana de justiça, como reconhece o autor americano ao articular a defesa de seu ponto de vista: "entendo minha resposta como uma defesa do liberalismo, pois qualquer visão liberal deve ser substantiva, e é correto que o seja" (RAWLS, 2011, p. 499). Os princípios de justiça e a posição original do modelo remetem a decisões

[6] Segundo Rawls, "evidentemente, os limites da lei ou da norma legal, mas aqueles que respeitamos quando respeitamos um ideal: o ideal dos cidadãos democráticos que se empenham em conduzir seus assuntos políticos em termos que têm por base valores políticos que podemos razoavelmente esperar que outros subscrevam" (2011, p. 299-300)

racionais que não são parciais, mas sim neutras pois obtidas em um consenso justaposto (*overlapping consensus*), e daí denotam uma superação dos próprios interesses dos indivíduos para com sua geração. Extrai-se o dever de civilidade na construção de princípios de justiça intergeracionais, que com isto se transformam em plataformas fixas de aferição do progresso e retrocesso vivenciados.

A sociedade afirma-se em suas gerações sequenciais comprometidas com o pluralismo e o regime democrático por uma "obrigação de nos tornarmos membros de um processo de cooperação, em uma sociedade liberal, que está acima de nossas próprias vidas" (BOLONHA, 2005, p. 92). A concepção política de justiça vincula, sim, as gerações, pois ela se aplica à estrutura básica da sociedade, isto é, às principais instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade, possibilitando a cooperação de uma geração para a outra (BOLONHA, 2005, p. 98). Não se pretende um consenso em torno de projetos de vida ou de valores ou concepções estranhas a uma concepção política de justiça que garanta, sobretudo, a expressão da agência do cidadão, mas sim emerge do modelo rawlsiano um consenso justaposto[7] entre gerações que prezem a justiça como equidade:

> Por lo tanto, la justicia como equidad parte de una determinada tradición política y adopta como su idea fundamental, la idea de la sociedad como un sistema equitativo de cooperación a lo largo del tiempo, de generación en generación. Esta idea organizadora central se desarrolla junto a otras dos ideas fundamentales asociadas: una es la idea de ciudadanos (que participan en el sistema de cooperación) como personas libres e iguales; la otra es la idea de una sociedad efectivamente regulada por una concepción política de justicia.
> Suponemos también que estas ideas pueden ser articuladas en una concepción política de justicia que obtenga el apoyo de un consenso sobrepuesto. Tal consenso comprende a todas las doctrinas religiosas, filosóficas y morales opuestas que probablemente persistan durante generaciones y obtengan un considerable cuerpo de adherentes en un régimen constitucional más o menos justo, un régimen en el cual el criterio de justicia está especificado por esa concepción política. (RAWLS, 1994, p. 13)

Embora as gerações se sucedam em heranças e legados, Rawls sustenta um grau de justiça substancial que devem preservar, tendo em conta a cultura política do regime democrático, em instituições políticas habilitadas a efetivar a liberdade e igualdade do cidadão. A cultura política e a ideia substancial de justiça em Rawls revelam fatos e situações intrinsecamente injustas, com as quais estão as gerações envolvidas no exercício da razão

[7] Rawls salienta em relação à sua teoria da justiça: "Esperamos que ela possa encontrar pelo menos o que podemos chamar de um consenso por justaposição, ou seja, um consenso que inclua todas as doutrinas filosóficas e religiosas contrapostas, que podem ser duradouras e encontrar adeptos numa sociedade democrática constitucional mais ou menos justa." (2002, p. 205)

pública e em uma concepção política de justiça. Rawls considera que condições como a escravidão e a intolerância religiosa são contrárias à justiça como equidade,[8] incompatíveis com uma concepção de justiça adequada ao regime democrático. As gerações possuem uma identidade não-pública, pela qual variam em compreensões filosóficas, religiosas, costumes, tradições e composições sociais, diferenciando-se, variando sem lastros que as prendam. Mas possuem um dever de civilidade comum que leva a uma identidade pública comum, a identidade de condução pela razão pública e uma concepção política de justiça que é sobreposta ao modo e vida de uma geração isoladamente considerada, comprometida em substância com a agência humana, com direitos e liberdades próprios do cidadão livre e igual, próprio de uma sociedade democrática razoavelmente bem ordenada, seja de que geração for.

Há assim uma trincheira protetora na doutrina de Rawls em prol de direitos e liberdades, mas não uma trincheira protetora que se converte em amarra ou aprisionamento entre gerações, pelo contrário, é ela tomada como expressão do cidadão livre e igual, uma afirmação da concepção política de justiça e da expressão da razão pública. Rawls não admite que a expressão da maioria possa romper com "convicções sólidas" que forneceram suporte substancial na afirmação da razão pública. Mortos, vivos e não nascidos são comprometidos entre si por um dever de civilidade e conservação da razão pública em um ambiente democrático. Apregoar pensamento contrário é chocar o razoável e o racional.

2 O dualismo de Ackerman: proteção de direitos dependente de prévia afirmação democrática

Procederemos à análise do pensamento de Bruce Ackerman essencialmente pelas obras "Nós, o povo soberano" e "Transformação no Direito Constitucional". Os conflitos intergeracionais são tratados em Ackerman por meio de um conceito essencial em seu pensamento: a democracia dualista. Consoante identifica Gisele Cittadino (2006, p. XV), o compromisso de Ackerman é com uma teoria constitucional inscrita na história, com marcante influência da teoria política e guiada pelos marcos históricos estadunidenses.

Embora a história estadunidense seja regida por um texto constitucional, datado de 1787, a manifestação, compreensão e aplicação das normas constitucionais foi marcada por

[8] "Partiremos de convicções tão sólidas quanto a crença na tolerância religiosa e o repúdio da escravidão, depois tentaremos organizar as ideias e princípios básicos que lhes são implícitos numa concepção coerente da justiça. Podemos tratar essas condições como pontos de referência provisórios que qualquer concepção da justiça tem de levar em conta para que nos pareça razoável". (RAWLS, 2002, 209)

momentos de rompimento, momentos de completa alteração do paradigma constitucional, em uma manifestação interativa do político e do jurídico, reconformadora de instituições e de significados. Ackerman (2006) identifica três momentos constitucionais decisivos na história estadunidense, definidores e conformadores das relações político-jurídicas passadas ao crivo do povo, ao crivo da democracia.

Os momentos constitucionais revelam-se como situações de rompimento, produtoras de releituras do passado, com uma redefinição de giros e objetivos a partir de uma decisão do povo para além das instituições então estabelecidas no desenho constitucional. São verdadeiras transformações constitucionais promovidas pela manifestação democrática capazes de recolocar conteúdos e dinâmicas de manifestações em direitos e liberdades. Salienta Cittadino que "nessa perspectiva, Ackerman pretende demonstrar que, a despeito da longa sobrevivência da Constituição, não é possível, como supõe a maioria, interpretar a história constitucional americana a partir da ideia de continuidade" (2006, p. XIX). O ponto de relevância central do pensamento de Ackerman para este trabalho consiste na perspectiva legítima e concreta de rompimentos e releituras redefinidoras exercidos por uma geração em face das heranças que lhe legaram as gerações passadas, conformando a partir da manifestação democrática a configuração de direitos e de liberdades.

Os momentos constitucionais visualizados por Ackerman (2006) são a Fundação, a Reconstrução ou Reencontro e o New Deal. Os momentos constitucionais são situações de rompimento em que a expressão democrática refaz a constituição e redesigna o padrão de gestão institucional no intercâmbio jurídico-político, interferindo na própria dimensão da compreensão de justiça e na leitura de direitos e liberdades. Para situar os momentos constitucionais da história estadunidense, Ackerman (2006, p. 52) delimita o período dos primeiros cento e cinquenta anos de história constitucional, de 1787 a 1937. Passa então o autor a identificar a causa que o faz designar cada um dos momentos como uma situação de rompimento e releitura do passado herdado.

O primeiro momento constitucional estadunidense, denominado Fundação, é delineado por Ackerman pela "construção da Constituição original e do Bill of Rights, a determinação inicial da Suprema Corte no caso Marbury x Madison" (2006, p. 54). A Fundação se caracteriza como um rompimento por ter proposto e estatuído uma nova ordem constitucional, quebrando as regras antes existentes na Confederação, em nome do povo e sua vontade. Ackerman explicita:

> Os Federalistas da Fundação, afinal de contas, não estavam preparados para respeitar os procedimentos de ratificação estabelecidos nos Artigos da Confederação, que tinham sido solenemente aceitos pelos treze Estados apenas alguns anos antes. Os Artigos exigiam a autorização unânime dos treze Estados antes que alguma nova emenda pudesse entrar em vigor. Contrariamente, os Federalistas discretamente excluíram as legislaturas estaduais da função de ratificação e continuaram a afirmar que a aprovação da assembleia constituinte extraordinária em apenas nove dos treze Estados seria suficiente para validar a assembleia como instrumento de representação do povo. (2006, p. 56-57)

O critério de legitimidade da produção normativa, o assentamento do passado, o acordo procedimental político para conferir regularidade, que pressupunha a unanimidade dos Estados, foi afastada, mas não afastada com o fito de realização de ato ilegítimo, pelo inverso, quebrou-se uma dimensão de legitimidade por não se afigurar mais legítima, estatuindo-se um novo padrão de aferição e legitimidade perante o povo. O rompimento do momento constitucional não é o rompimento da consagração do ilegítimo constitucionalmente considerado, mas sim para implantar um novo paradigma de legitimidade.

O segundo momento constitucional estadunidense é denominado Reconstrução. Seu contexto envolve o conflito entre o federalismo descentralizado, com amplos poderes dos Estados, e o choque com a centralização pretendida pela União. O conflito resultou em rompimento com a ordem anterior, catalisado pela Guerra Civil nos Estados Unidos da América, em favor de uma nova identidade política reclamada pelo povo. A Guerra da Secessão consubstanciou uma revisão total das relações presentes na vida civil, tanto no espaço público quanto privado, em iterativos choques bélicos e compreensivos entre o Norte e o Sul estadunidenses. A conquista da Reconstrução está em grande medida presente na 13ª Emenda e na 14ª Emenda.

A 13ª Emenda,[9] aprovada em 1865, abole oficialmente a escravidão e a servidão, estatuindo que "não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado" (USA, 1865, tradução nossa) e que "o Congresso terá competência para fazer executar este artigo por meio das leis necessárias". Já a 14ª Emenda (USA, 1868) é composta de diversas disposições, destacando-se previsão no sentido de que nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou

[9] "Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction." (USA, 1865)

bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis, em seguida firmando que o Congresso terá competência para executar, com legislação apropriada, as disposições fixadas. Ackerman explicita o caráter do rompimento, denotando o momento constitucional próprio da Reconstrução:

> Para evitar que o Sul utilizasse as normas federalistas do art. 5º, visando derrotar a proposta e a ratificação da emenda, os republicanos da Reconstrução elaboraram um novo, e mais nacionalista, sistema de tomada de decisões constitucionais, no qual os Estados representavam apenas um papel secundário. Foi esse processo revisado, e não aquele designado pelos federalistas da Fundação, que determinou a legitimidade da solução constitucional que hoje identificamos como a 14ª Emenda. (2006, p. 62-63)

Enquanto o primeiro e o segundo momentos constitucionais são caracterizados por modificações constitucionais que redesenham o paradigma da identidade nacional e instituições do Estado, apoiados em reclamos do povo para auferir legitimidade, o terceiro momento constitucional se diferencia. O rompimento, a releitura com acolhida revisada da herança normativo-constitucional, se passa em outro campo de batalha: o Judiciário e sua função de aplicação das normas. Trata-se aqui do New Deal. O New Deal contrapôs o Presidente da República, Franklin Roosevelt, patrono de ideias intervencionistas na economia então em convulsões causadas pela crise econômica de 1930, à Suprema Corte, cujas decisões invalidavam as proposições presidenciais com argumentos de cunho econômico-liberal. Apoiado pela vontade popular, o rompimento levantava uma necessária revisão da compreensão constitucional legada do passado. O Presidente da República contrastava o paradigma da Corte não tão somente com a voz de seu poder institucional, mas como um agente em nome do povo, como um ator representativo da vontade popular. Em resultado, a Suprema Corte alterou seu pensamento, reconhecendo a legitimidade do novo paradigma de condução do Estado e das políticas públicas (ACKERMAN, 2006, p. 143).

Ackerman sustenta que em todos os momentos constitucionais há sustentação de rompimento no povo, há um reclamo de autoridade na pretensão que almeja legitimidade não na base do regime existente, mas naquilo que ele contraria a determinação popular de refazer-se como identidade coletiva na seara política. Os momentos constitucionais não somente definidores do paradigma normativo, sendo também da configuração política e institucional do país, de sua identidade patrioticamente afirmada através da manifestação no espaço público. As concepções de direitos e liberdades não se mostram prévias para definir a

manifestação do povo, pelo inverso, são as manifestações do povo nos momentos constitucionais que permitem re-elaborar-se o conteúdo e delimitação de direitos e liberdades. Ackerman sintetiza comparativamente os momentos constitucionais:

> Embora os Fundadores tenham rompido com os artigos da Confederação, eles não estabeleceram claramente a prioridade do poder nacional sobre a cidadania estadual; embora os Reconstrutores tenham solucionado essa questão fundamental em favor da União, eles não desafiaram frontalmente a noção da Fundação de que o governo nacional possuía poderes limitados sobre o desenvolvimento social e econômico; com o New Deal, esse princípio da Fundação foi definitivamente repudiado. A partir daí, o Governo Federal operaria como um governo verdadeiramente nacional, representando o povo em todas as questões que atraíam suficientemente o interesse dos legisladores em Washington. (2006, p. 145)

A soberania popular assume especial relevância no delineamento do momento constitucional, pois é nela que se anteparam os direitos fundamentais. A soberania popular é pedra angular no desenvolvimento de um constitucionalismo patriótico em Ackerman, pelo qual "as últimas gerações têm revisado os compromissos substantivos do século XVIII" (2008, p. 36). Ela propicia uma autodeterminação constitucional, que é fonte de direitos e liberdades, e não produto da delimitação de direitos e liberdades.

> Quando uma comunidade altera o conjunto dos valores que compartilha, pode criar uma nova Constituição, modificar o seu direito constitucional ou instituir novas interpretações da Constituição em vigor. Essa capacidade de autodeterminação da comunidade está precisamente na origem do 'constitucionalismo patriótico', que se traduz, segundo Ackerman, na disposição republicana da comunidade de, em momentos decisivos, alterar legitimamente os seus compromissos políticos e normativos. (CITTADINO, 2006, p. XXII)

Entretanto, os momentos constitucionais de rompimento, de reviravolta e releitura completa de paradigmas institucionais a favor da identidade política redefinida em nome do povo, convivem com momentos de estabilidade, de prevalência da continuidade. Está aqui o núcleo da democracia dualista de Ackerman. O autor distingue dois tipos de decisão. O primeiro tipo é denominado decisão de governo, ao passo que o segundo é uma decisão tomada pelo povo (ACKERMAN, 2006, p. 7).

A decisão de governo se passa no âmago das instituições políticas e jurídicas traçadas em um marco democrático, mas mantidas pelo povo em um ambiente de normalidade, de estabilidade, em que o fluxo do cotidiano e da vida privada tramita sem solavancos que se voltem para rever as regras do jogo político-jurídico. Ao inverso, a decisão

de governo se manifesta em um ambiente em que os conflitos rendem uma demanda pela aplicação das regras do jogo, há uma aspiração de que os direitos e liberdades se manifestem em um padrão já admitido, herdado pela geração então presente. Tem-se aqui um ambiente propício para a preservação e não para a reformulação do alicerce constitucional. A decisão de governo coliga-se à prevalência da vida privada, do cotidiano do indivíduo, do cidadão que está envolvido na condução do seu próprio ideal de boa vida, e não em uma plena integração republicana.

Entretanto, a estabilidade da vida política e prevalência da vida privada em face da mobilização cívica integrada não significa uma mórbida apatia popular destituída de reflexos em face das ocorrências do espaço público, mesmo que se admita que o grau de reação venha a alcançar fração, mesmo que pequena, do todo cívico. Situações de violações normativas e de condução inadmitida pelo ideal democrático podem sim promover demandas da opinião pública e pressões em face das instituições e seus atores quando ocorrerem abusos censurados no ambiente público, mas "embora seja acirrada a sua denúncia contra os abusos existentes, eles se recusam a romper com o sistema político usual, envolvendo-se em atividades ilegais revolucionárias" (ACKERMAN, 2006, p. 351). A decisão de governo é a decisão proferida em respeito às heranças intergeracionais, em um ideal de preservação das regras do jogo, sem imobilismo, mas transitando em uma mobilidade que remove e constrói paredes a partir de pilastras e vigas mestras cuja retirada não é questionada.

Já a decisão tomada pelo povo é a manifestação cívica da autodeterminação dos cidadãos na definição de sua identidade pública. Não se atém à vida privada dos cidadãos, pelo contrário, instigada pelo contexto da sociedade em dado tempo, a decisão do povo redefine instituições e regras do jogo jurídico-político dos atores sociais. Trata-se de verdadeira epifania, pela qual a soberania popular centra em movimentos democráticos presentes em dada geração uma reflexão e tomada de postura em face da herança legada pelas gerações passadas.

Os cidadãos ascendem de sua vida privada, de seu cotidiano individual, para uma integração democrática, pela qual se rearticulará o pano de fundo da vida político-jurídica. Expressar-se em decisão do povo é uma abertura potencial para toda geração. Mortos, vivos e não nascidos são senhores plenos para uma tomada de decisão desta estirpe, mas isto não significa que irão fazê-lo ou que o fizeram. Destaca Ackerman (2006, p. 7) que as decisões tomadas pelo povo raramente ocorrem e estão sujeitas a especiais condições que afetam o

ambiente constitucional. A ocorrência da tomada de decisão pelo povo exige um ativismo democrático, com mobilização popular orientada à quebra do *status quo*, rearticulando e pondo em discussão as regras do jogo político e jurídico então vigentes. Os momentos constitucionais estadunidenses são momentos de tomada de decisão pelo povo, são momentos em que uma geração rompe com outra, total ou parcialmente, propondo-se a instaurar bases para um novo futuro. Destaca Ackerman a dimensão da decisão do povo em sua democracia dualista, norteando os fatores que permitem sua identificação:

> Antes de conquistar a autoridade para exercer a lei suprema em nome do povo, os partidários de um movimento político devem, primeiramente, convencer um número extraordinário de cidadãos comprometidos a conduzir sua iniciativa proposta com seriedade demonstrando sua discordância política; em segundo lugar, devem permitir à oposição uma oportunidade justa de organizar suas forças; em terceiro lugar, devem convencer a maioria dos cidadãos simpatizantes a apoiar sua iniciativa, enquanto o mérito é discutido repetidamente nos fóruns estabelecidos para a criação da lei. É somente dessa forma que um movimento político obtém a legitimidade plena, reconhecida pela Constituição dualista, a partir das decisões tomadas pelo povo. (2006, p. 7)

O espaço constitucional compõe-se desta forma de momentos de preservação e atuação em demandas e integração estabelecidos em dada ordem de compreensão e sentido, ou seja, pelas regras do jogo, e por momentos de reviravolta e redefinição das próprias regras do jogo, momentos em que se identifica que "povo exercitou seu direito de mudar de opinião" (ACKERMAN, 2006, p. 17). Tem-se que pela democracia dualista de Ackerman as relações intergeracionais são ao mesmo tempo de preservação e de rompimento com releituras e redefinição, a depender da configuração do momento constitucional vivenciado. Ackerman agrega ainda que o momento constitucional de exaltação da soberania e da expressão democrática, na rearticulação de direitos e liberdades, em seu sentido político-jurídico está submetido ao chamado efeito locomotiva.

O efeito locomotiva consiste em uma espiral de atos, circunstâncias e situações que vão se somando e impulsionando a modificação do sentido da mobilização popular, a qual se inicia como voltada a atuar no contexto da decisão de governo e vai assumindo contornos mais drásticos, alcançando situações de rompimento e caracterização em autodeterminação popular, ou seja, há efervescência que propicia uma ebulição a resultar na decisão tomada pelo povo. A decisão de governo ou decisão do povo não é vista *a priori* de sua tomada, pelo inverso, a conjuntura da presença do efeito locomotiva promoverá a caracterização da ocorrência do momento constitucional. Eventos que poderiam, isoladamente, passar

despercebidos socialmente, são faísca que explode demandas que se tornam combustível para outras demandas e redundam em uma mobilização crescente em que a insurreição atinge o âmago das instituições, dos direitos e liberdades. O efeito locomotiva é assim um somatório de fases e fatos que redundam na plausibilidade e efetivo ânimo de rompimento na expressão da atuação cívica na vida pública:

> Em cada fase, algumas instituições importantes se recusaram a cooperar com fundamentos legalistas. Não obstante, os federalistas conquistaram aceitação suficiente de instituições de base para sustentar o seu momento político. A conquista dessas confirmações oficiais tornou plausível que eles embarcassem em um outro projeto ilegal, que – confirmado mais uma vez por outras instituições permanentes – tornou-lhes plausível proceder a outra iniciativa ilegal. E assim por diante, até que eles tivessem conquistado um grande senso de autoridade constitucional embora não tivessem jogado pelas regras do jogo. (ACKERMAN, 2008, p. 44)

Isto quer dizer que fatores que levam ao conflito intergeracional podem ser catalisados pelo efeito locomotiva em uma soma de frustrações ou demandas que não são limitados à geração que expressa o ponto de ebulição para a tomada de decisão pelo povo. Quer-se dizer que há uma passagem legada de razões e sentimentos entre as gerações, em uma germinação plantada por vezes por gerações anteriores mas que vem a explodir em momento constitucional no futuro. Mortos, vivos e não nascidos "convivem" em legados de propulsão, pelo qual a geração que expressa o momento constitucional por vezes possuirá como motivação fatos passados que se sucederam com seus "pais" e "avós" ou fatos futuros que podem se passar com seus "filhos" e "netos".

A democracia dualista não remete ao isolamento entre gerações, mas sim a um conflito intergeracional de redefinição ou de permanência, de decisão quanto ao que acolher da herança recebida e o que pôr em testamento no legado que será transmitido. É esta dinâmica de transformação que se encontrará presente em emendas ou proposições de rompimento ou redefinição essencial, as proposições de transformação "representam a expressão culminante da crítica do *status quo* de uma geração inteira – uma crítica que finalmente conquista o apoio popular de uma maioria mobilizada do povo norte-americano" (2006, p. 129), nas palavras de Ackerman, ao abordar o caso estadunidense.

Mas, se a expressão da soberania popular e da tomada de decisão pelo povo pode proceder a rompimentos, poderiam estes rompimentos atingir direitos e liberdades tidos por incontrastáveis pelas gerações passadas? Pode o rompimento revisitar e redefinir, e mesmo excluir, direitos então reconhecidos como fundamentais? Ackerman identifica uma linha de

pensadores (dentre os quais se situa Rawls) a negar o alcance em questão para a expressão democrática da vontade do povo, ao que haveria uma delimitação, um limite intransponível, pelo qual a democracia geraria uma autofagia. Direitos fundamentais e concepções de justiça ligadas a princípios fundadores do liberalismo seriam avessos a rompimentos que se predisponham como legítimos, não haveria uma abertura para democraticamente "se optar pela tirania", os direitos fundamentais seriam uma trincheira em face da qual não pode haver violações mesmo que acobertadas pelo desejo e manifestação da maioria (CITTADINO, 2006, p. XX). Esta linha de pensamento é identificada por Ackerman como posição assumida pelos *rights foundmentalists*, sendo assim denominada como posição fundamentalista, em razão de partir dos direitos fundamentais para daí proceder-se à compreensão da democracia e dos movimentos constitucionais. Ackerman identifica que o fundamentalista de direitos

> se preocupa mais frequentemente com a possibilidade de uma legislação, ainda que democrática, ter a faculdade de ratificar ações opressoras – impor uma religião, ou autorizar a prática de tortura, etc. Quando ocorrem tais violações, o fundamentalista demanda a intervenção judicial apesar de negligenciar o princípio democrático. Os direitos se sobrepõem à democracia, desde que, obviamente, sejam direitos legítimos (2006, p. 14-15)

O fundamentalismo não admite, mesmo nos denominados momentos de decisão tomada pelo povo, que haja uma quebra, um rompimento de direitos fundamentais. As gerações estão assim lastreadas em um compromisso constante de exercício de democracia não somente para a produção de relações político-jurídicas, mas estão lastreadas a conduzirem-se político-juridicamente a partir de direitos e liberdades reconhecidos para plena autonomia da agência humana. A soberania popular somente pode ser compreendida quando o espaço da decisão do povo se efetive com respeito a direitos firmados como fundamentais e infensos à invasão majoritária. Para os fundamentalistas de direito, os conflitos intergeracionais não podem desconhecer a primazia dos direitos fundamentais no debate democrático, devendo preservar-lhes o respeito e tutela seja em situações de decisões políticas de governo, seja em situações de decisão política tomada pelo povo.

A democracia dualista de Ackerman confronta-se parcialmente com o fundamentalismo de direito. Por um lado, aquela reconhece a devida preservação e tutela dos direitos fundamentais nas situações de normalidade, naquelas circunstâncias imersas em decisões de governo. Ou seja, a democracia dualista admite a tutela dos direitos fundamentais e sua relevância na plataforma de relações político-jurídicas espelhadas nas instituições e na

sociedade em dado paradigma. Mas poderá haver alteração, rompimento, redefinição das bases democráticas, e justamente aí o distanciamento do dualismo para com o fundamentalismo de direitos. Se a decisão tomada pelo povo for no sentido de revisitar e reler os direitos fundamentais, se houver mobilização em efeito locomotiva suficiente para confrontar os próprios direitos fundamentais ou seu conteúdo, a declaração democrática poderá desafiar a herança recebida das gerações anteriores e provocar verdadeira guinada, ultrapassando as então delimitadas fronteiras ou trincheiras dos direitos fundamentais.

Ackerman destaca que para os dualistas a "tutela de direitos depende da declaração democrática prévia na instância superior de criação da lei" (2006, p. 17), sendo a constituição dualista primeiramente democrática, cunhada pela decisão tomada pelo povo, e somente a partir de então voltada para assegurar direitos e liberdades, mesmo que denominados como fundamentais. Para a democracia dualista, é legítimo e imponível o rompimento entre gerações que venha a desconstituir ou mesmo esvaziar direitos fundamentais, desde que processados em tal dimensão do efeito locomotiva que se legitime pela decisão tomada pelo povo, em expressão da constituição democrática.

Enquanto para o fundamentalista de direitos "a Constituição encontra-se, em primeiro lugar, engajada na proteção de direitos; apenas em segundo plano é que autoriza o povo a impor sua vontade sobre outras questões" (ACKERMAN, 2006, p. 17), o dualista extrai a existência, conteúdo e conformação de direitos fundamentais da vontade democrática manifestada pelo povo em sua decisão que conforma as matrizes político-jurídicas acolhidas por dada geração, e que tenha ultrapassado em sua afirmação três problemas: o problema da legitimação da proposta; o problema da articulação; o problema da consolidação constitucional (ACKERMAN, 2008, p. 44-45). O problema da legitimação consiste em arrecadar apoio popular suficiente que permita qualificar a proposta de quebra das regras do jogo político-jurídico como proposição legítima, como resposta adequada à conjuntura que pode desencadear a ebulição cívica. Mas o problema da legitimação se restringe a qualificar a proposta, ao que deve ser ela apta a desencadear o efeito locomotiva, atraindo apoio para a quebra, para a ruptura e nova conformação pretendidas. Este segundo problema é chamado por Ackerman como problema de articulação, sendo fase em que se demanda apoio para o salto revolucionário (2008, p. 45). Ultrapassada a articulação, resta-se o problema da consolidação constitucional, pelo qual se exige que a proposta admitida e provocadora do início da tomada de decisão pelo povo, e após confirmada como decisão e superação da

ordem anterior, seja implementada e confirmada com "aceitação geral das novas normas de ratificação" (ACKERMAN, 2008, p. 45). O problema da consolidação é justamente o estabelecimento de nova situação de normalidade, com naturalização nas instituições e níveis político-jurídicos de um novo padrão de compreensão dos próprios direitos e liberdades.

O dualismo constitucional, quando há declaração democrática na tomada de decisão pelo povo e superados os problemas da legitimação da proposta, da articulação e da consolidação, reconhece a potencial superação de conteúdo e forma de direitos fundamentais, pois estes não podem sobreviver alheios à sustentação da vontade democrática. Para Ackerman, a Constituição é mais do que uma ideia ou uma proposição teórica preconcebida, "trata-se de uma prática constitucional evolutiva, constituída por gerações de norte-americanos, conforme esses se mobilizaram, discutiram e solucionaram suas controvérsias com relação à identidade e ao destino da nação" (2006, p. 47).

Sob estas premissas, Ackerman aborda o problema hipotético por ele formulado, focado neste trabalho. Em uma situação de renascimento religioso exponenciado, supõe Ackerman uma mobilização desenfreada e generalizada de projetos religiosos de linha cristã, vindo a alcançar o caráter de política pública de massa demandada pela própria população. Produzindo uma oposição religiosa a cultos diversos do cristão, principalmente os mulçumanos, vem a ser aprovada uma emenda constitucional afirmando que o cristianismo é a religião nacional do povo, havendo uma releitura do que seja liberdade religiosa, com transformação da herança jurídica constitucional. Seguindo sua construção dualista da constituição e da democracia, o autor estadunidense mostra-se favorável à ruptura com os padrões de direitos fundamentais herdados de gerações passadas:

> Não obstante, se tivesse eu o infortúnio de ser um membro da Suprema Corte (servindo como mediador), não teria qualquer dúvida quanto à minha responsabilidade. Embora eu tivesse a convicção de que tal emenda de natureza religiosa estivesse inteiramente equivocada, deveria interpretá-la como parte integrante da Constituição estadunidense: somente se algum opositor do novo milênio oferecesse um projeto para convencer o Supremo do contrário, somente assim, deveria discutir o assunto com outros membros da corte para rejeitar o pedido, ou demitir-me do meu cargo, e associar-me a uma campanha para convencer o povo estadunidense a mudar de ideia.
> No entanto, eu não seguiria o curso sugerido pelos fundamentalistas, ou seja, manifestar formalmente a minha opinião divergente negando a validade da alteração da Primeira Emenda. (2006, p. 18)

Na democracia dualista, os direitos fundamentais não podem limitar ou restringir a tomada de decisão pelo povo, ou seja, a expressão da declaração democrática, não havendo

assim, concepção política de justiça ou questão sólida historicamente construída por uma geração, ou por gerações, que venham a impedir rupturas ou revisões de conteúdo em direitos e liberdades. As posições de Rawls e Ackerman, apesar de aproximarem-se quando do momento das decisões de governo, distinguem-se quando da precedência ou não da decisão democrática em face da decisão de proteção de direitos e liberdades. Tem-se no conflito intergeracional entre mortos, vivos e não nascidos respostas diversas, construídas em plataformas conceituais e sob fundamentos contrastantes.

O comparativo entre Rawls e Ackerman é bem expressado por Dutra e Moura (2008, p. XXIII), ao identificarem que Rawls aceita a ideia de democracia dualista de Ackerman no sentido de que as conformações de poder transitórias de uma dada eleição não podem transgredir a concepção constitucional assentada (ou seja, decisões de governo não podem ir de encontro às decisões do povo), ao que a Constituição poderia assumir uma feição antimajoritária mas não antidemocrátrica. Entretanto, Rawls não acena favoravelmente a que mudanças ocorridas por processos políticos que não os juridicamente acolhidos possam impactar desfavoravelmente na compreensão, conteúdo e forma de direitos fundamentais (DUTRA e MOURA, 2008, p. XXV). Nos conflitos intergeracionais, para a democracia dualista, em uma situação de decisão tomada pelo povo, não se pode questionar de progresso ou retrocesso da geração atual para com as gerações passadas, a identificação do engenho evolutivo das relações democráticas e constitucionais se dá para com a própria declaração democrática em si. A democracia aceita os riscos de ser democracia, não se pode proteger a democracia da democracia, em escala última, para Ackerman. Julgar se há progresso ou retrocesso é proceder a um juízo de valor sobre a manifestação da tomada de decisão, o que nada mais seria do que lançar uma proposição que almeja criar um efeito locomotiva favorável a si. Ou seja, juízos que talhassem progresso ou retrocesso são juízos políticos em concurso com outros tantos, a pretender ultrapassar o problema de legitimar sua proposta e enveredar para galgar resultado positivo no problema da articulação e em eventual consolidação, se sucesso tiverem.

Mortos, vivos e não nascidos não estão comprometidos entre si senão pela afirmação democrática de sua opção manifestada na decisão tomada pelo povo em dado momento constitucional, o conflito entre gerações não se encontra circundado por convicções sólidas a serem reiteradas em testamento por uma geração que recebeu dada herança das gerações precedentes. Não há um dever de civilidade e nem uma conformação de razão pública fixando

dada concepção política de justiça, somente há propulsão e primazia da declaração democrática, com sujeição constante de toda e qualquer geração ao efeito locomotiva e a confirmar ou rever as regras do jogo político-jurídico. Mais do que comprometida com gerações futuras ou passadas, a geração presente é comprometida consigo mesma, seu primeiro compromisso é com sua expressão democrática plena, pelo dualismo de Ackerman, ao passo que o liberalismo político de Rawls volta-se para conter toda e qualquer geração em comprometimentos morais de decisões razoáveis e racionais, ao crivo da agência humana.

Considerações finais

A tematização proposta neste trabalho, adotando como referenciais teóricos as obras de Rawls e Ackerman, dispôs-se ao recorte temático do conflito intergeracional, buscando identificar percepções de progresso e retrocesso que envolvem heranças, testamentos e legados passados entre as gerações na dinâmica político-jurídica que permeia a constituição e embates de teoria da justiça que sobre ela refletem.

Não há dúvidas de que ambas as linhas teóricas são robustas em seus diversos argumentos e lógicas internas, assim como não há dúvidas de que são igualmente passíveis de críticas. Pode-se mencionar a crítica democrática ao modelo rawlsiano, pois poderia conduzir a elitismos e cerceamentos na expressão da soberania popular e republicana, tal como limitação discursiva, tendo em conta as restrições às manifestações dialógicas e configuração de um *self* pontual e descontextualizado. Pode-se também levantar críticas ao modelo de Ackerman, pelos riscos levados às conquistas seculares materializadas em direitos fundamentais e no reconhecimento humano em autorrealização, tal como levantar-se riscos da instauração de períodos de Terror, como sucedido nos desenrolares da Revolução Francesa, sob a justificativa da realização da vontade do povo. Acresce-se o risco de nebulosidade na identificação do que seja em situações concretas uma decisão de governo para com o que seja uma decisão tomada pelo povo, tal como a categorização e identificação dos momentos reais compreendidos no efeito locomotiva, sob a crítica do risco de se produzir legitimação artificial ao invés de legitimidade.[10] Entretanto, tanto o modelo rawlsiano quanto o modelo de democracia dualista apresentam o mérito de consubstanciar respostas articuladas em paradigmas avaliadores da realidade e da integração em uma sociedade democrática,

[10] A abordagem da crítica dos modelos expostos, de forma mais completa e pormenorizada, ultrapassa os limites pretendidos por este trabalho, que volta sua atenção às respostas proporcionadas pelo modelo rawlsiano e pelo modelo da democracia dualista de Ackerman para o conflito intergeracional.

colocando em xeque respostas que se pretendam uníssonas em um emaranhado de questões que se embrenham pelo Direito, pela Política e pela Filosofia Política.

Mortos, vivos e não nascidos estão embrenhados em uma interação constante na manifestação da agência humana. Volvidos a perquirir de que modo a "presença" dos ausentes influi ou determina a manifestação dos presentes na dinâmica democrática e constitucional, identificamos os seguintes pontos de questionamento: (i) em que medida podem ocorrer rompimentos? (ii) como podem ser concebidos os rompimentos ou proposições de rompimento? (iii) há anteparo para compreender-se progresso e retrocesso entre gerações admitindo uma base objetivista de avaliação ou se recai de forma determinante em um relativismo que esvazia o próprio sentido de conflito intergeracional para situar internamente aos vivos de cada tempo o que lhes é tido por devido, sem heranças do passado ou testamentos para futuro? (iv) a problematização pode recair em um questionamento fundamental: como pode existir uma interação intergeracional democrática entre sociedades que dialoguem por heranças do passado e testamentos para o futuro sem comprometimentos negativos para a emancipação e autorrealização humanas? Os questionamentos atrairão respostas diversas, conforme as premissas teóricas que se assuma, contrapondo-se, se tenderem à democracia dualista de Ackerman ou ao liberalismo político de Rawls.

Se nossos questionamentos dos conflitos intergeracionais navegarem sob as luzes do modelo rawlsiano, teremos: (i) somente poderão ocorrer rompimentos em questões que não sejam elementos essenciais ou questões básicas de justiça, pois, em um regime democrático, os cidadãos estão comprometidos entre si, ao que também estão as gerações; (ii) os rompimentos e as proposições de rompimento podem representar aspectos de boa vida particulares de doutrinas compreensivas postos em alteração pelos cidadãos ligados a dada doutrina filosófica, religiosa ou cultural, mas devem conciliar-se diante do fato do pluralismo, não podendo alcançar a razão pública ou a concepção política de justiça que acolhe conceitos substanciais de justiça, construídos com convicções sólidas alcançadas pela moral humana; (iii) há um anteparo para compreender-se progresso e retrocesso entre gerações, pois em uma sociedade razoavelmente organizada, e sob regime democrático, a razão pública coliga-se com uma concepção política de justiça, proporcionando a construção substancial da justiça como valor, devendo as gerações comprometerem-se em um dever de civilidade contínuo, em prol da razão pública, encontrando-se aqui um parâmetro avaliador; (iv) a interação intergeracional democrática entre sociedades que dialoguem por heranças do passado e

testamentos para o futuro sem comprometimentos negativos para a emancipação e autorrealização humanas pode existir a partir de um consenso justaposto de cidadãos e gerações comprometidas com o dever de civilidade em favor da razão pública, gerações comprometidas com decisões razoáveis e racionais em uma concepção política de justiça que considere o fato do pluralismo no regime democrático.

Se nossos questionamentos dos conflitos intergeracionais navegarem sob as luzes do modelo de democracia dualista de Ackerman, teremos diversas respostas: (i) os rompimentos entre gerações poderão ocorrer legitimamente, havendo na expressão histórica constitucional decisões de governo e decisões tomadas pelo povo, sendo que se o momento constitucional se afigurar como de decisão tomada pelo povo, poderá haver quebra das regras do jogo político-jurídico existente; (ii) os rompimentos e as proposições de rompimento podem ser concebidos como fatos do processo democrático e das reconformações constitucionais ao longo do tempo, em que gerações e seus cidadãos alternam momentos de concentração de atenção na vida privada com momentos de declaração democrática e envolvimento cívico, nos quais efervescem movimentos em efeito locomotiva que rompem problemas de aceitação de mudança, articulação de mudança e consolidação de mudança na implementação de novos paradigmas e leituras políticas e de concepções de direitos e de liberdades; (iii) a declaração democrática precede direitos e liberdades, que somente podem ter sentido a partir das decisões tomadas pelo povo, assim, em face das decisões democráticas tomadas pelo povo, pelas quais é legítimo o rompimento e a fixação de novas regras do jogo político-jurídico em prejuízo das anteriores, não é possível atribuir-se um prejulgamento externo de progresso ou retrocesso, pois este julgamento assumiria a condição de proposição concorrente à firmada, e não como um critério superior e avaliador dotado de supremacia, ao que os vivos de cada tempo possuem expressão de soberania popular para selecionar em decisão do povo as heranças do passado que desejam receber e os testamentos para o futuro que pretendem deixar; (iv) a interação intergeracional democrática entre sociedades que dialoguem por heranças do passado e testamentos para o futuro sem comprometimentos negativos para a emancipação e autorrealização humanas pode existir a partir da preservação de instituições, direitos e liberdades em face de decisões de governo, abrigadas em parâmetros avaliadores próprios de dado momento constitucional, e simultaneamente a partir do respeito da prática dualista em relação à tomada de decisão pelo povo, com o reconhecimento da primazia da

democracia e da legitimidade do povo e de dada geração em mudar de opinião na construção de seu presente e no direcionamento de seu destino.

Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano:** fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Coord. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Título original: We the People: Foundations.

_____. **Transformação do direito constitucional:** Nós, o povo soberano. Trad. Júlia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Coord. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Título original: We the People: Foundations, vol 2.

BOLONHA, Carlos. **Duas propostas de justiça:** Rawls e Walzer. In Perspectivas atuais da filosofia do direito. Org. Antônio Cavalcanti Maia et al. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CITTADINO, Gisele. **Apresentação.** In ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Coord. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Título original: We the People: Foundations.

DUTRA, Delamar José Volpato; MOURA, Júlia Sichieri. **Apresentação.** In ACKERMAN, Bruce. Transformação do direito constitucional: Nós, o povo soberano. Trad. Júlia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Coord. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Título original: We the People: Foundations, vol 2.

KYMLICKA, Will. **Les théories de la justice:** une introduction. Trad. Marc Saint-Upéry. Paris: La découverte, 2003. Titre original: Contemporary political philosophy.

LACROIX, Justine. **Communautarisme versus libéralisme:** quel modèle d'intégration politique?. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2003.

RAWLS, John. **Ideas fundamentales del liberalismo político**. Trad. Sebastián Mazzuca. Agora: Cuaderno de estúdios políticos. Vol. 1 – Ano 1994 – p. 5 – 37.

_____. **Justiça e democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: Justice et démocratie.

_____. **Liberalismo político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Título original: Political liberalism.

_____. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: A theory of justice.

UNITED STATES OF AMERICA. **The Constitution of the United States of America**: 13th Amendment. Abolition of Slavery, 1865. Disponível em https://www.law.cornell.edu/constitution. Acesso em 10 de agosto de 2015.

_____. **The Constitution of the United States of America**: 14th Amendment. Privileges and Immunities, Due Process, Equal Protection, Apportionment of Representatives, Civil War Disqualification and Debt, 1868. Disponível em https://www.law.cornell.edu/constitution. Acesso em 10 de agosto de 2015.

VITA, Álvaro de. **A tarefa prática da filosofia política em John Rawls.** Lua Nova: Revista de Cultura e Política – vol. N. 25 – Ano 1992 – p. 5 – 24.