

DEMOCRACIA E DIREITO A DECIDIR

Josep Maria Vilajosana*

Resumo: O propósito deste artigo é abordar aspectos relacionados à formulação de uma teoria constitucional do direito a decidir. Para tanto, analisa-se não apenas a formação constitucional desse direito fundamental, mas também se apresenta um estudo de caso sobre a sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, em específico o Processo n. 31, que julgou sobre o plebiscito ocorrido na Catalunha em 2010 referente à ampliação da autonomia dessa região espanhola em relação ao Estado central. A abordagem se concentra em definir quem é o legítimo possuidor do direito a decidir: o cidadão interessado, toda a população ou o Estado.

Palavras-chave: direito a decidir; autonomia; soberania nacional.

1 Introdução

O apoio que o direito a decidir recebe na Catalunha se viu ultimamente incrementado de maneira exponencial. Para não retroceder muito no tempo, a partir da Sentença n. 31/2010 do Tribunal Constitucional, sobre o Estatuto de Autonomia, consolidou-se um movimento social que pôs no primeiro ponto da ordem do dia a discussão sobre essa questão. Só cabe recordar as manifestações multitudinárias de 10 de julho de 2010, com o lema “Somos uma nação. Nós decidimos”, a de 11 de setembro de 2012, com o lema “Catalunha, novo Estado da Europa” ou a da via catalã para a independência, de 2013.

Esse estalo social forçou um posicionamento mais claro, em geral, dos partidos políticos sobre o direito a decidir, que, indiretamente, originou um debate social e

¹ Tradução do espanhol para o português de Ernani de Paula Contipelli e Daniel Francisco Nagao Menezes.

* Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Pompeu Fabra (Espanha).

político, no qual ainda estamos imersos². Nessa tendência, devem-se acrescentar os resultados eleitorais favoráveis a formações que incluem, em seus programas, o direito a decidir e todos os indicadores sociais que mostram a existência sustentada de uma ampla maioria social favorável a esse direito³.

O âmbito jurídico não podia ficar excluído dessa discussão. Inclusive, em alguns momentos, ganhou o protagonismo que parecia corresponder a direitos, constituições e normas jurídicas. Entretanto, o debate jurídico tal e como se levou a cabo até agora não foi de todo clarificador. Muitas vezes, o único feito é aludir a supostas evidências que serviriam para legitimar uma ou outra posição política já tomada. Foram frequentes as declarações, em um ou outro sentido, de juristas ou, inclusive, de pessoas que não cultivam nenhum saber jurídico. Mencionam-se alguns artigos, mas faltam construções com a solidez teórica exigível em um tema dessa envergadura.

Quem pretende negar a possibilidade de que o sistema jurídico espanhol ampare o direito a decidir entrincheira-se basicamente no art. 2º, segundo o qual a Constituição se fundamenta na indissolúvel unidade da nação espanhola, e no art. 1.2, em que se afirma que a soberania nacional reside no povo espanhol. Pelo contrário, quem considera que esse direito pode receber proteção constitucional insiste que deve se ter em conta o art. 1.1, no que se afirma que o Estado espanhol se constitui em um Estado democrático, e outros preceitos, como o art. 23, em que se reconhece que os cidadãos têm o direito fundamental de participar direta ou indiretamente nos assuntos públicos. Não obstante, em um problema jurídico complexo como esse, a simples entrevista de uns artigos não pode ser suficiente para dirimir as disputas interpretativas.

Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é duplo. Por uma parte, tentarei clarificar os términos da discussão, com o fim de dar sentido *jurídico* a uma reclamação que se tem feito em primeira instância desde postulados alheios ao direito. Na Seção 2, veremos que “direito a decidir” é uma expressão ambígua, que esconde dois conceitos diferentes com implicações jurídicas diferentes: o direito a ser consultado sobre o próprio futuro político e o direito à autodeterminação. Ato seguido, mostrarei que é possível fazer uma defesa sólida do direito a decidir, no primeiro desses sentidos, sem alterar o redigido da Constituição de 1978. Essa defesa encontra seu fundamento no princípio democrático, razão pela qual destacarei suas potencialidades e limites. E o farei mediante a análise dos problemas que afetam o objeto e o sujeito da consulta, seguindo a ordem que acredito ser adequada, tal como explicitarei na Seção 3.

² Como destacou o relatório (doravante, “IEA Report”) do Institut d’Estudis Autònoms (2013) (doravante, “IEA Report”), as resoluções do Parlamento que receberam o direito de decidir passaram de fórmulas muito abstratas (resoluções n. 9 /III, de dezembro de 1989, 229/ III, de setembro de 1991, e 679/ V, de outubro de 1998) a manifestar o seu desejo de estabelecer mecanismos para o exercício desse direito (resoluções n. 944/V, de junho de 1999, e 1978/VI, de junho de 2003), para, a partir de 2010, terminando com destaque para a decisão de exercer esse direito (resoluções n. 631/VIII, de março de 2010, 6/IX, de março / IX de setembro de 2011/42 de 2012, e 5/X, de janeiro de 2013). Ver “IEA Report” (p. 5, nota 4).

³ Nas eleições de 25 de novembro de 2012, 73,47% dos eleitores optaram por partidos que tinham incorporado, em seus programas, o direito de os cidadãos da Catalunha serem consultados sobre o seu futuro político. Os vários estudos publicados desde então não fizeram nada para mostrar a consolidação desse fenômeno.

Na Seção 4, dedicada ao problema do objeto, justificarei uma determinada ponderação dos princípios de indissolubilidade e democrático. Advogarei por uma interpretação evolutiva dos direitos democráticos, vinculada a uma concepção densa da democracia. Na conclusão dessa seção, apontaremos que, assim como ante o exercício do direito à autodeterminação por meio de uma declaração unilateral de independência vence o princípio de indissolubilidade, em relação à possibilidade de fazer uma consulta, vence o princípio democrático: a Constituição não proíbe uma consulta sobre a independência da Catalunha.

Na Seção 5, destinada à análise do problema do sujeito, será feita uma ponderação entre o princípio da soberania nacional e os diversos princípios que ajudam a definir uma democracia liberal. A conclusão, nesse caso, é que a consulta deve poder fazer-se entre os catalães, para não passar do princípio da maioria (definitório de uma democracia) ao domínio da maioria (contrário a qualquer concepção razoável da democracia). O princípio da soberania nacional, entretanto, também jogará seu papel se considerarmos que a Constituição reserva ao Estado uma intervenção nada desprezível nos processos referendários.

Deve-se advertir, finalmente, que minhas observações se fundamentarão prioritariamente nos utensílios da filosofia do direito, com a pretensão de proporcionar elementos que sirvam de dobradiça entre a teoria geral do direito ou a filosofia política e a teoria constitucional.

2 O direito a decidir

2.1 A oportunidade de uma expressão

Sublinhou-se mais de uma vez que a locução “direito a decidir” é um neologismo que nasce no âmbito político ou midiático, mas que não tem reconhecimento como conceito técnico na ciência jurídica. Essa afirmação é certa pela metade.

Por uma parte, se o que se quer dizer é que até agora não foi utilizada tecnicamente em contextos jurídicos, isso é verdade. Fora da Catalunha, seu uso se pode detectar em Escócia e também no Euskadi, no momento em que o *lehendakari* Ibarretxe expôs a proposta de um novo estatuto e a consulta posterior sobre o processo de paz. Em ambos os casos, a iniciativa provinha das instituições, bem fora para recalcar a indiscutida possibilidade de consultar o povo (Escócia), bem fora um intento de desmarcar-se de um procedimento violento (LÓPEZ, 2011, p. 72) (Euskadi). Entretanto, na Catalunha, aparece no contexto dos debates estatutários, pouco depois de haver-se produzido a declaração conjunta do Parlamento de 30 de novembro de 2005. A diferença dos dois casos citados, na Catalunha a expressão “direito a decidir” agarrará o impulso decisivo graças aos movimentos sociais. Em concreto, organizara-se em 2005 e incorporara explicitamente (“Plataforma pel dret de decidir”) (VILAREGUT, 2013, p. 114). É a partir de então que se generalizará seu uso. Portanto, pode-se afirmar que fora da Catalunha, em geral, a expressão “direito

a decidir” foi utilizada principalmente por representantes de instituições, em processos que vão de cima abaixo, enquanto, na Catalunha, seu uso majoritário foi dentro dos movimentos sociais, em um processo que vai de abaixo acima.

Por outra parte, caso se pretenda sustentar, em troca, que do fato de que essa expressão não se utilizou até agora nos cenáculos jurídicos, terá que inferir que não se pode utilizar no futuro, então a afirmação não tem nenhum sentido. Notemos ao absurdo que se chegaria se aplicássemos esse mesmo critério a todos os conceitos jurídicos: não se poderia ter inovado de maneira nenhuma o arsenal conceptual do direito romano! Em definitivo, a justificação de utilizar uma nova terminologia radica simplesmente no fato de que é necessária para aludir a situações ou reclamações novas, que não ficam refletidas no vocabulário existente até então. Não é uma suposta natureza imutável das coisas a que nos dita que conceitos se devem utilizar, mas, sim, é sua utilidade que nos proporciona o critério para cunhá-los quando convier.

Pergunta que se deve fazer, pois não é se a bagagem dos saberes jurídicos contém o conceito de direito a decidir, mas, sim, se necessitamos dele e por quê. Há quem sustente que aquilo que é juridicamente relevante já está relacionado com a apelação ao direito à autodeterminação. Este, sim, que seria um conceito conhecido: aparece nas declarações e nos tratados internacionais e foi desenvolvido soberanamente pela doutrina⁴. Mas, quando se procede dessa maneira, normalmente quer fechar o debate simplesmente por definição. Joga-se, frequentemente de maneira intencionada, com o fato de que o direito à autodeterminação dos povos tem umas conotações muito contextualizadas devido à sua origem, que tem a ver com o processo de descolonização. Daqui é fácil passar a negar que seja de aplicação em outro contexto, como o do Estado espanhol atual. Entretanto, alguém pode sustentar que o mesmo conceito seja utilizado fora do contexto em que nasceu. Mas, então, lhe exigirá um *plus* de argumentação e um ponto de partida desvantajoso que não há boas razões para aceitar. Por exemplo, poder-lhe-ia forçar a contribuir com provas de que na Catalunha atual se dão todos e cada um dos rasgos que caracterizavam às antigas colônias.

Em realidade, o fato de que a expressão “direito a decidir” seja um neologismo, a diferença do que possa parecer, torna-o um candidato mais idôneo para abordar uma discussão jurídica sem prejuízos. Seu significado não vem condicionado por um conceito carregado com conotações de um contexto histórico alheio e permite, portanto, uma melhor adaptação ao problema que quer debater. E qual é esse problema, ao que o direito a decidir quer dar resposta?

O primeiro que se deve ter em conta é que esse problema, independentemente do que seja, surge em contextos democráticos, ou seja, dentro de Estados cujo fundamento radica na soberania popular e que reconhecem e desenvolvem direitos

⁴ O direito à autodeterminação como um direito dos povos está em vigor em direito internacional da Carta de 1945 da Organização das Nações Unidas (arts. 1º e 55) e expressamente consagrado no art. 1º dos pactos internacionais de direitos civis e direitos políticos e culturais, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e em vigor desde 1976 no que diz respeito às doutrinas socioeconômicas (DECI; RYAN, 2002, p. 231).

fundamentais, entre os quais o de participação política de seus cidadãos nos assuntos públicos. Entretanto, além de serem democráticos, esses Estados são plurinacionais, isto é, contêm minorias territorializadas. É no espaço delimitado por essas características, no qual faz sentido formular o problema ou problemas, que o direito a decidir se manifesta. Quando o tentarmos, daremos conta de uma ambiguidade a que se deve emprestar atenção.

2.2 Dois conceitos de “direito a decidir”

Uma contrariedade que afeta a utilização dessa expressão em um âmbito técnico, como é o do discurso jurídico, é sua ambiguidade. Não há dúvida de que falar ambigualmente de direito a decidir tem uma vantagem estratégica de primeira ordem. A utilização que se faz, tanto dentro dos movimentos sociais que o defendem como nas declarações políticas que o assumem, permite que diferentes posições se sintam cômodas. Dessa forma, alcança-se um consenso certamente mais amplo, o que não aconteceria se a expressão fosse utilizada com um único significado. Mas essa razão estratégica, que pode ter sua justificação na esfera dos movimentos sociais e inclusive na da política, não pode avalizar sua transposição mimética ao âmbito acadêmico. Um saber técnico como o jurídico requer distinções claras e um uso rigoroso dos termos, objetivos que são contrários ao feito de utilizar expressões ambíguas.

Quais são os diferentes sentidos que se expressam mediante essa locução e que relevância jurídica eles podem ter? “Direito a decidir” expressa duas situações jurídicas diferentes, mas unidas pelo papel relevante que lhe atribui o princípio democrático: o direito de os cidadãos serem consultados sobre o futuro político e o direito à autodeterminação.

Trata-se de situações jurídicas diferentes porque, em primeiro lugar, o direito a ser consultado é um direito individual (cujos titulares são os cidadãos), ao passo que o direito à autodeterminação é um direito coletivo (cujos titulares são os povos). Em segundo lugar, porque são direitos vinculados a duas diferentes formas típicas de exercício, como a realização de uma consulta, no primeiro caso, e a declaração unilateral de independência, no segundo. Finalmente, sua legalidade toma como referência dois ordenamentos jurídicos distintos: estatal e internacional, respectivamente (SESHAGIRI, 2010, p. 553). Neste trabalho, tratarei do direito a decidir só no primeiro sentido.

Apesar da ambiguidade e da cautela e do cuidado necessários em relação às distinções mencionadas, é útil seguir mantendo a expressão “direito a decidir” como guarda-chuva que cubra os dois sentidos, devido ao rol determinante que joga em ambos os casos o princípio democrático. No primeiro sentido, já o desenvolverei aqui; quanto ao segundo, deve-se acrescentar que o direito à autodeterminação dos povos está tomando cada vez mais uma conotação que o desvincula de sua origem colonial e que traz para o primeiro plano a forma democrática de exercício, principalmente da Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça de 2010 sobre o Kosovo (LÓPEZ, 2011, p. 18).

3 Direito a decidir como direito de os cidadãos serem consultados sobre seu futuro político

3.1 Delimitando o sentido

Com o fim de especificar o alcance jurídico dessa questão, é melhor formulá-la tendo em conta que atualmente existem instituições representativas dos cidadãos da comunidade autônoma. Eis a pergunta prática que se deveria fazer:

A Constituição espanhola *permite* que a Generalitat exponha uma consulta aos catalães sobre seu futuro político?

Quando se formula o assunto nesses termos, é possível conectar o titular do direito (os cidadãos) à forma típica de exercê-lo institucionalmente (a consulta). Além disso, essa formulação nos permite que tenhamos clareza de uma ambivalência que poderá ficar encoberta se a questão for pronunciada simplesmente em termos de direitos dos cidadãos⁵. Refiro-me à típica ambiguidade das permissões.

Sempre que se fala em termos de “permissão”, devem-se considerar dois possíveis sentidos. Permitir uma conduta em sentido *débil* equivale a afirmar que, no sistema jurídico de que se trate, não há uma norma que proíba essa conduta. Em troca, quando alguém sustenta que uma conduta está permitida em sentido *forte*, o que diz é que, no sistema jurídico relevante, há uma norma de permissão. Portanto, no primeiro caso, trata-se de mostrar a ausência de uma norma (de proibição), enquanto, no segundo, terá que mostrar a existência de uma norma (de permissão) (VON WRIGHT, 1971, p. 13). Como comprovaremos neste trabalho, há bons argumentos para pensar que a Generalitat está autorizada, quando menos em sentido débil, a realizar uma consulta aos cidadãos da Catalunha sobre seu futuro político.

3.2 Ordenação lexicográfica dos problemas

Uma vez determinado o sentido da questão que nos expomos, é necessário avançar elucidando quais são os problemas aos que se enfrenta quem, como é meu caso, procure justificar a possibilidade mencionada. Esses problemas de justificação são de três tipos: relativos ao objeto, ao sujeito e aos procedimentos da consulta. A seguir, delimitarei esses tipos muito brevemente, com o fim de mostrar que a ordem em que terá que abordá-los não é aleatória.

O problema relacionado ao propósito da consulta surge basicamente da dúvida de que a Constituição possa permitir uma consulta sobre a possibilidade de que uma parte do território estatal queira cindir; o problema do sujeito se refere ao fato de que o coletivo deveria ser chamado a manifestar sua opinião; o problema sobre

⁵ Estritamente, não são as formulações equivalentes. Teoricamente, é concebível que os cidadãos exerçam o direito de instituições externas. No entanto, como afirmado no texto, aqui vejo apenas um exercício realizado pela instituição da Generalita, e criado de acordo com a Constituição.

os procedimentos consiste em averiguar se a Constituição contempla vias pelas quais uma consulta desse tipo se possa levar a cabo.

Deve-se considerar que existe uma determinada ordenação lexicográfica dos problemas. Com isso quero dizer que só faz sentido passar ao segundo se já se resolveu o primeiro, e ao terceiro, se se resolveu o segundo. Mas também que, ao discutir um dos problemas posteriores, implicitamente se aceita uma determinada solução com respeito aos prévios. Se se chegar à conclusão de que não há possibilidades de justificar constitucionalmente que a consulta trate do tema da secessão, então não faz sentido discutir qual deve ser o sujeito a quem consultar, nem o procedimento justificado para fazê-lo. Igualmente, quem inicia uma discussão sobre qual deve ser a classe de indivíduos convocada a pronunciar-se sobre a consulta admite implicitamente sua legitimidade. Nas discussões em torno desse tema, não se respeita sempre essa prioridade lexicográfica. Assim, encontramos quem se lança a discutir sobre os procedimentos, sem ter resolvido antes as duas anteriores questões, ou, mais frequentemente até, há quem uma vez dito rotundamente que a Constituição não permite fazer uma consulta porque o objeto é inconstitucional, ato seguido discute que o sujeito da consulta não pode ser o povo catalão, a não ser o povo espanhol, admitindo assim que a consulta pode fazer-se.

A partir de agora analisarei, e por esta ordem, os problemas relativos ao objeto e ao sujeito. Não me ocuparei dos procedimentos previstos, porque considero que seu estudo já foi realizado de maneira exemplar⁶. Minha intenção é mostrar as potencialidades e os limites que o princípio democrático tem na hora de fundamentar constitucionalmente o direito a decidir, entendido no sentido de justificar que a Generalitat possa levar a cabo uma consulta. Mostrarei que, bem compreendido, o princípio democrático justifica juridicamente que essa consulta possa fazer-se em torno da secessão da Catalunha (e, portanto, *a fortiori* sobre qualquer tipo de encaixe da Catalunha dentro do Estado espanhol) e que possa fazer-se só entre os catalães.

4 O problema do objeto

Esse problema pode ser descrito assim:

Pode-se argumentar que a Constituição ampara, ou seja, permite, embora seja em um sentido débil, que se exponha uma consulta aos cidadãos sobre se Catalunha deve se converter em um Estado independente?

O primeiro que terá que dizer é que nenhuma regra contempla a questão. Por isso, é necessário ir a princípios. Ao confrontar assim o problema, deve-se estar consciente de que a distinção entre regras e princípios é de caráter *estrutural*. As regras têm condições de aplicação, enquanto os princípios são categóricos (DWORKIN, 1984). Portanto, o que diríamos de entrada é que não há nenhum enunciado

⁶ Para o estudo sobre os procedimentos, refiro-me ao "IEA Report". Para uma análise de possíveis cenários apresentados por diferentes vias, ver também Felíu (2013) e Bossacoma (2012).

constitucional que possa ser reconstruído razoavelmente como regra, que regule esse caso e ofereça a correspondente solução normativa. Isso nos deixa com o problema de encontrar a solução a partir de princípios. Uma vez estabelecido que devemos confrontar o problema com as ferramentas dos princípios, é determinante, nesse contexto, complementar o enfoque estrutural, que permite distinguir os das regras, com um *funcional*, que indique o que se persegue na hora de regular o comportamento humano por meio deles.

4.1 O funcionamento dos princípios jurídicos

Muito já se escreveu sobre os princípios jurídicos, em geral, e sobre os constitucionais, em particular. Agora darei simplesmente umas pinceladas que ajudem a explicar como os entenderei aqui. Recordarei no que consistem as normas prescritivas e as constitutivas, assim como as regras técnicas e as ideais. Os princípios relevantes, que serão depois objeto de interpretação, serão contextualizados precisamente como regras ideais (cf. GUASTINI, 1999).

4.2 Sentidos diferentes de “norma”

A palavra “norma” não tem um conteúdo conceptual unívoco. Um dos sentidos mais utilizados é o que a associa às prescrições, ou seja, a pautas de conduta que se consideram obrigatórias, proibidas ou permitidas. Em outras ocasiões, entretanto, “norma” vincula-se à determinação daquilo que é correto ou definitivo de uma instituição. É o que acontece com os jogos. Nesse caso, podemos falar de normas constitutivas. Esse tipo de norma tem uma forma canônica: “No contexto C, X equivale a E” (SEARLE, 1997, p. 209). Por exemplo, “No contexto do futebol, que a bola transpasse a linha de portaria equivale a um gol”.

A Constituição oferece casos claros de enunciados que podem ser reconstruídos nesses dois sentidos. Podemos entender como norma prescritiva a contida no art. 22.5: “Proíbem-se as associações secretas e as de caráter paramilitar”. E podemos entender como uma norma constitutiva a que expressa o art. 12, reconstruído assim: “No contexto da Constituição de 1978, ter (um mínimo de) 18 anos equivale a ser maior de idade”.

Outro sentido de “norma” que pode ser relevante é o das chamadas “normas ou regras técnicas”. As regras técnicas estabelecem as condições necessárias para alcançar uma determinada finalidade. O direito não está acostumado a conter diretamente regra técnicas. Podemos entender que, às vezes, a partir do estabelecimento de normas constitutivas, podem inferi-las regras técnicas associadas. Por exemplo, o art. 22.2 da Constituição (“As associações que procurem finalidades ou utilizem meios tipificados como delito são ilegais”) pode ser entendido como uma norma constitutiva: “No contexto da Constituição, as associações que procurem

finalidades ou utilizem meios delitivos serão consideradas ilegais”. Daqui se pode construir uma regra técnica que diga mais ou menos: “Quem quer constituir uma associação legal não deve procurar finalidades nem utilizar meios delitivos”. Posto que formar uma associação que tenha ou não essas características cai dentro de nossa capacidade de decisão, pode-se formular essa regra técnica como uma espécie de instrução de uso. Estritamente falando, a regra técnica não faz parte da Constituição, mas pressupõe conceitualmente a presença de uma norma constitutiva como a do artigo transcrito.

Finalmente, chegamos às regras ideais que, de acordo com o Von Wright (1971, p. 89), têm uma relação imediata não com nossas ações, ou seja, não com um “deve fazer-se”, a não ser com um estado de coisas determinado, isto é, com um “tem que ser”. Isso é o que acontece quando, por exemplo, dizemos que um automóvel deve ser rápido, cômodo e seguro. As regras ideais estabelecem o padrão de excelência de alguma coisa. Nesse sentido, parecem-se com as normas constitutivas, já que definem o que terá que entender por um bom indivíduo pertencente a uma classe determinada (um bom automóvel, em nosso exemplo), mas também têm similitudes com as regras técnicas, já que investir esforços para alcançar um ideal é parecido com perseguir uma finalidade. Os princípios constitucionais podem ser entendidos como regras ideais (MORESO; VILAJOSANA, 2004, p. 68).

4.3 Os princípios como regras ideais

Os princípios, entendidos como regras ideais, estabeleceriam determinadas dimensões dos estados de coisas ideais, que o mundo deve ter para ser de conformidade com o direito. De forma semelhante ao que afirmamos sobre o fato de que um carro ideal deve ser estável, veloz e seguro, o estado de coisas ideal regulado pela Constituição deve produzir, por exemplo, condições favoráveis para o progresso social e econômico (art. 40), permitir que todos os cidadãos desfrutem de um meio ambiente adequado (art. 45.1) e assegurar a liberdade de informação e o direito à intimidade. É óbvio que esses aspectos do ideal podem entrar em conflito entre si (no caso do automóvel, a velocidade pode comprometer a segurança; no caso do estado de coisas promovido pela Constituição, um meio ambiente adequado pode impedir o progresso econômico, e a amplitude da liberdade de informação pode interferir na intimidade pessoal). Nesse sentido, as regras ideais devem ser complementadas por mecanismos que estabeleçam o grau aceitável em que essas condições devem ocorrer e eliminem os conflitos. A forma como os intérpretes constitucionais fazem isso, como é sabido, é pela técnica da ponderação.

Assim, os princípios jurídicos são pautas que estabelecem não apenas o que se deve fazer, mas também aquilo que deve ser. Por outra parte, dessas regras ideais pode emergir um tipo de regra técnica que assinale as medidas necessárias que se aproximem do ideal. Assim pode ser entendida a posição do Robert Alexy (1993, p. 87),

segundo a qual os princípios jurídicos são mandatos de otimização: obrigam a fazer aquilo que é necessário para que o estado de coisas ideal se realize na maior medida possível.

Os princípios jurídicos não são normas detalhadas e necessitam, frequentemente, ser complementados por normas de detalhe. Os princípios jurídicos apelam, de maneira muito geral, às razões que justificam ter uma determinada regulação ou outra: ajudam a configurar o que poderíamos chamar a identidade do objeto do que se prega. Os princípios de uma pessoa lhe conferem uma determinada identidade. De forma similar, podemos dizer que os princípios jurídicos de um ordenamento configuram sua identidade material. Isso é o que acontece com os princípios constitucionais e de maneira muito especial com os que encontramos aqui: configuram a identidade de um sistema democrático liberal, entendido do modo que veremos posteriormente.

4.4 A ponderação dos princípios relevantes

Uma vez contemplada a conceptualização mais adequada dos princípios, devem-se analisar aqueles que podem entrar em colisão no suposto que agora nos ocupa. Quem se opõe a uma consulta que trate sobre a secessão da Catalunha esgrime um dos princípios contidos no art. 2º da Constituição, o da indissolúvel unidade da nação espanhola. Por contra, quem considera que a consulta estaria permitida alude ao princípio democrático contido no art. 1.1.

Antes de examinarmos as possibilidades de ponderar ambos os princípios, poderíamos questionar inclusive que, nesse caso, entrem em colisão. Em efeito, o mero feito de realizar uma consulta, estritamente falando, não rompe a unidade estatal (FERRERES, 2012). Em todo caso, será o uso que se faça do resultado o que pode dar lugar a um conflito com a unidade. Se o resultado da consulta sobre a secessão fosse negativo, é óbvio que não o afetaria, mas, se fosse positivo, então seria a articulação desse resultado o que poderia entrar em conflito com o princípio de indissolúvel unidade.

Do ponto de vista conceptual, é muito difícil pôr objeções a esse argumento. Considero que não se pode dar por acabada a discussão sobre a justificação da consulta a partir do objeto, porque isso suporia uma certa trivialização do que significa uma consulta democrática dessa magnitude. Parte-se do pressuposto de que as pessoas que participassem dessa consulta gostariam de ver a vontade delas respeitada e que fossem tratadas com a dignidade que merecem, como mais adiante terei a ocasião de argumentar. Considerariam que não participam de uma simples pesquisa de opinião, mas, sim, a questão que se apresenta a sua consideração é da máxima transcendência para suas vidas⁷. Acredito que a valoração da

⁷ "Le rejet clairement exprimé par le peuple du Québec de l'ordre constitutionnel existant conférerait clairement légitimité aux revendications sécessionnistes, et imposerait aux autres provinces et au gouvernement fédéral l'obligation de prendre en considération et de respecter cette expression de la volonté démocratique en engageant des négociations et en les poursuivant en conformité avec les principes constitutionnels" (RENVOI RELATIF À LA SÉCESSION DU QUÉBEC, de 20-1-1998, ap. 88).

relevância do que está em jogo também é compartilhada por quem se opõe à justificação jurídica da consulta (por isso, opõe-se). Portanto, podemos concluir que faz sentido discutir sobre a ponderação entre os princípios de indissolubilidade e democrático. Poderíamos dizer, então, que eles estritamente não colidem, mas o fazem *tendencialmente*.

Em oposição à justificação constitucional da consulta, articulam-se os dois princípios por meio de argumentos que denominarei, respectivamente, de argumento da primazia absoluta do princípio de indissolubilidade e de argumento da petrificação do princípio democrático. Em relação ao primeiro, sustentarei que, como todos os princípios, também o de indissolubilidade tem limites; quanto ao segundo, opor-me-ei defendendo uma interpretação evolutiva da Constituição e, em concreto, dos direitos que diretamente estão vinculados com o princípio democrático.

4.5 Os limites do princípio de indissolubilidade

O argumento da primazia absoluta do princípio de indissolubilidade defenderia que não há nenhuma circunstância concebível em que o princípio democrático possa prevalecer. Uma consulta sobre a secessão de uma parte do território estatal afeta (embora só seja tendencialmente, como mencionado) o princípio de indissolubilidade. Portanto, concluiria o argumento, uma consulta desse tipo não pode receber proteção sob o princípio democrático.

Esse raciocínio, entretanto, resulta chocante. Até agora se tinha admitido, tanto por parte da doutrina como pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, que a ferramenta da ponderação entre princípios servia precisamente para não entender nenhum de uma forma ilimitada. Em determinadas circunstâncias, prevaleceria um; em circunstâncias distintas, prevaleceria o outro. Agora, entretanto, parece, se aceitássemos a plausibilidade desse argumento, que há um princípio que não cede nunca, justamente o da indissolúvel unidade da nação espanhola. E podemos dizer que não cede nunca, porque, se não o faz em nenhuma circunstância ante o princípio democrático, não parece que o possa fazer ante nenhum outro princípio. Em efeito, resulta problemático imaginar outros casos de colisão que possam levar a discussões razoáveis. Em troca, se levarmos em conta a concepção dos princípios como regras ideais e o mecanismo da ponderação utilizado nas argumentações dos tribunais constitucionais de todas as democracias de nosso entorno, a consideração do princípio de indissolubilidade como absoluto perde muita força.

Em qualquer caso, para ser consequente, é necessário acrescentar os casos em que o princípio de indissolubilidade sobrepuje o democrático. Do contrário, poder-se-ia entender que cometo o mesmo engano que critico: uma espécie de argumento da primazia absoluta do princípio democrático. O que agora interessa é saber em que caso cederia o princípio democrático ante o princípio de indissolubilidade. Parece-me que esse suposto se dá em relação ao direito de secessão. É uma questão

pacífica que a Constituição não reconhece⁸. Portanto⁹, uma declaração unilateral de independência por parte da Generalitat, como o exemplo típico de exercício daquele direito, não teria cobertura constitucional, embora o fizesse os representantes democraticamente escolhidos. Logo, nenhum desses dois princípios pode ser entendido de maneira ilimitada e ambos devem intervir na configuração da identidade da Constituição de maneira ponderada.

4.6 Uma interpretação evolutiva dos direitos democráticos

O argumento da petrificação da Constituição parte da premissa de que, se era necessária uma ponderação entre o princípio de indissolubilidade e o princípio democrático, já que o fez, em seu momento, o legislador constituinte. Assim, a formação do princípio democrático no art. 1.1, dentro do que o Tribunal Constitucional denominou “princípios estruturais”, admitiria uma e só uma estruturação, uma e só uma realização concreta, plasmada no resto do articulado da Constituição. Como não se contempla expressamente esse tipo de consulta, dir-se-ia, então, que a forma como o constituinte entendeu a democracia é essa e não pode ser alterada.

O argumento da petrificação da Constituição se correlaciona em sede interpretativa com o uso de uma interpretação psicológica ou originalista. Privilegiar-se-ia assim a vontade do legislador constituinte na hora de dar conteúdo e alcance aos preceitos da Constituição e, no caso concreto que nos ocupa, no momento de interpretar o conteúdo e alcance do princípio democrático. É plausível essa forma de raciocinar?

Deve-se admitir que o argumento psicológico é uma ferramenta interpretativa que um jurista pode utilizar. Entretanto, seu peso na argumentação está acostumado a perder força à medida que nos afastamos da data em que a vontade do legislador se manifestou. Podemos aceitar que, no momento de ser aprovado o texto constitucional, não estivesse presente entre a maioria dos membros das cortes constituintes a ideia de que a Constituição amparava uma consulta como a que agora se expõe. Também podemos admitir que não é possível prever que os instrumentos de democracia direta reconhecidos na Constituição, como o *referendum*, possam ser utilizados de uma forma mais ativa da que naquele momento se pensava, haja vista as lógicas prevenções às quais me referirei mais adiante. Mas do fato de que naquele momento não existisse essa percepção não podemos inferir que a

⁸ Existe atualmente um debate, principalmente no campo da ciência política, em torno das razões que, em geral, poderiam justificar a constitucionalização do direito de secessão. Ao contrário do que possa parecer, há algumas pessoas de posições “unionistas” em favor dessa opção, o que proporcionaria segurança jurídica. Agora, é evidente que a chave para defender ou não o fato de a Constituição incluir explicitamente o direito de secessão é saber qual é o mecanismo específico para torná-lo eficaz. Como sempre, o diabo está nos detalhes (KREPTUL, 2003, p. 30).

⁹ Além disso, há o parecer do Supremo Tribunal do Canadá já referido. Outra coisa seria discutir a situação legal do ponto de vista do direito internacional, mas essa é uma questão que, como já mencionado, pertence a um segundo sentido em que se pode compreender o direito de decidir cuja análise está além do objetivo deste trabalho.

Constituição interpretada 35 anos depois não possa ir mais à frente. Essa adequação aos tempos cambiantes é precisamente o que facilita a interpretação evolutiva¹⁰.

O uso da interpretação evolutiva goza de uma larga tradição na jurisdição internacional e, mais em concreto, na do Tribunal Europeu de Direitos humanos¹¹, na hora de interpretar o Convênio de Direito Humanos¹². Também se utilizou, entre outros, pelo Tribunal Internacional de Justiça, pelo Tribunal Europeu de Justiça, pela Corte Interamericana de Direitos humanos ou pelo Comitê de Direitos humanos das Nações Unidas.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como mínimo da resolução do caso *Tyrer*, foi elaborando a doutrina segundo a qual os direitos humanos devem ser interpretados de maneira evolutiva. Isso significa que seu conteúdo e alcance não podem se ver limitados, apelando ao fato de que, no momento da promulgação da normativa de que se trate (no caso desse tribunal, o Convênio), interpretava-se o direito em questão de maneira restringida ou com determinadas conotações. O relevante nesses casos não é a vontade que tinha em seu momento quem aprovou a normativa, a não ser as conotações e o alcance que o conceito tenha adquirido com o passar do tempo (HELMERSEN, 2013, p. 127).

Ultimamente, também o Tribunal Constitucional espanhol utilizou a interpretação evolutiva. Na Sentença n. 198, de 6 de novembro de 2012, o alto tribunal faz uso dela com o fim de considerar plenamente constitucional a Lei n. 13/2005 mediante o que modificava o Código Civil no sentido de permitir o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo. No fundamento oitavo dessa resolução, podemos ler: “No ano 1978, quando se redige, o art. 32 C [que regula o matrimônio] era entendido majoritariamente como matrimônio entre pessoas de distinto sexo, também no seio dos debates constituintes”. Mas, apesar dessa constatação e aludindo à sentença de 9 de dezembro de 2004 da Corte Suprema canadense sobre o mesmo tema, o Tribunal Constitucional faz uma defesa da interpretação evolutiva para justificar o afastamento daquela opinião dos constituintes e o faz no fundamento jurídico nono de uma forma que merece uma citação *in extenso*:

A Constituição é uma “árvore viva” que, por meio de uma interpretação evolutiva, acomoda-se às realidades da vida moderna como forma de assegurar sua própria relevância e legitimidade, e não só porque se trate de um texto cujos grandes princípios são de aplicação a supostos que seus redatores não imaginaram, mas também porque os poderes públicos, e particularmente o legislador, vão atualizando esses princípios

¹⁰ Lembre-se de que o art. 3.1 do Código Civil espanhol prevê, com efeito, que as regras serão interpretadas como a “história histórico e legislativo”, mas também em relação à “realidade social do tempo que deve ser aplicada”. No entanto, como veremos a seguir, o Tribunal Constitucional não vinculou a interpretação evolutiva dessa disposição e do art. 10.2 da Constituição, o que é relevante para o que defendo aqui.

¹¹ Essa jurisdição foi aprovada em 4 de novembro de 1950 e passou a vigorar em 3 de setembro de 1953.

¹² Alguns casos que podemos mencionar: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, [1971] ICJ Reports 16, para. 53; *Aegean Sea Continental Shelf* [1978] ICJ Reports 3, para. 77; *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* [2009] ICJ Reports 213, para 64-66.

paulatinamente e porque o Tribunal Constitucional, quando controla o ajuste constitucional dessas atualizações, dota as normas de um conteúdo que permite ler o texto constitucional à luz dos problemas contemporâneos, e das exigências da sociedade atual a que deve dar resposta à norma fundamental do ordenamento jurídico a risco, em caso contrário, de converter-se em letra morta.

Além disso, o alto tribunal acrescenta que o encaixe constitucional desse tipo de interpretação vem avalizado pelo art. 10.2: “a regra hermenêutica do art. 10.2 C tem associada uma regra de interpretação evolutiva”.

O argumento que conduz a essa conclusão pode ser reconstruído do seguinte modo. O art. 10.2 estabelece que as normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece deverão ser interpretadas de acordo com a Declaração Universal de Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre essas matérias ratificados pelo Estado espanhol. Já que essa chamada ao âmbito internacional inclui, segundo a própria doutrina do Tribunal Constitucional, a interpretação que fazem dessa declaração e daqueles tratados os órgãos pertinentes, e posto que, no processo hermenêutico desses órgãos, joga um papel decisivo, tal como mencionei antes, a interpretação evolutiva, podemos concluir, então, que, quando o Tribunal Constitucional a utiliza, não faz outra coisa senão cumprir o mandato do art. 10.2.

Uma vez visto o papel fundamental atribuído à interpretação evolutiva tanto na jurisprudência internacional como na do Tribunal Constitucional, fica a translação a nosso caso. Para isso, deveremos ser sensíveis à evolução que sofreu a instituição da democracia nos últimos tempos e capazes de aplicar resultados obtidos aos direitos e às liberdades que estão claramente associados com ela. Não se deve esquecer, ao longo desse caminho, do mandato interpretativo do art. 10.2, tal como o mesmo Tribunal Constitucional o interpretou. Por essa razão, seguidamente proporei uma concepção “densa” da democracia que se encaixa perfeitamente com a interpretação evolutiva e da qual poderemos inferir mais adiante consequências relevantes com o fim de interpretar os direitos e as liberdades que se vinculam com ela, como o direito fundamental reconhecido no art. 23.1 e a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade que encontramos no art. 10.1.

4.7 Uma concepção densa da democracia

A democracia não é uma instituição criada de uma vez para sempre. Seu tamanho foi aumentando com diferentes capas que se foram incorporando com o passar do tempo, por meio de conquistas que revistam ser consideradas definitivas, não no sentido de que não se possam empiricamente perder, mas, sim, essa eventual perda não estaria justificada. Essa é a concepção densa da democracia que defendo. A metáfora da densidade permite visualizar uma ideia dinâmica da democracia, como conjunto de estratos superpostos, mas que não são fruto de uma simples

acumulação, mas constituem uma integração compacta e nunca acabada. Por isso, agora interessa que essa concepção se concretize em duas vertentes: procedimental e de conteúdo.

Com respeito à vertente procedimental, uma concepção densa da democracia nos ajuda a entender que não faz sentido expor, como às vezes se faz precisamente para negar a possibilidade de justificar a consulta, que há dois sistemas democráticos irreconciliáveis: representativo e direto. Segundo essa linha argumental que critico, a Constituição teria consagrado um modelo de democracia representativa, no qual qualquer elemento de democracia direta seria visto com apreensão e, portanto, limitado à sua mínima expressão.

Essa cautela sobre o uso de instrumentos de consulta direta, normalmente por meio de referendos, pode ser explicada pelo contexto em que nasce a Constituição. Ainda era muito recente o uso feito desses instrumentos por parte da ditadura franquista. Certamente era compreensível que essa desconfiança existisse naquele momento. Entretanto, faz sentido que siga existindo mais de três décadas depois de instaurado um regime democrático?

Às vezes, temos a impressão de que convocar referendos é um ato antidemocrático. Entretanto, muitos se esquecem de que o que torna o referendo um instrumento verdadeiramente democrático não é o mecanismo em si, mas o contexto institucional em que ele se emoldura. Os referendos da época franquista eram antidemocráticos não porque fossem referendos, mas porque se desenvolviam dentro de um regime autoritário. Aqueles que se podem convocar agora, em troca, são plenamente democráticos porque podem materializar-se em um entorno pleno de garantias eleitorais e de respeito pelos direitos fundamentais. Isso faz que a expressão por meio desse instrumento seja tão genuína do povo, como a que serve para escolher os seus representantes em umas eleições ordinárias. Quando se entende isso, também se entende que, cada vez mais, é possível interpretar que não há uma contraposição radical entre democracia representativa e democracia direta. As eleições e as consultas podem conviver perfeitamente, sem que o uso de um procedimento exclua o outro. Essa coexistência, longe de desnaturalizar uma suposta essência representativa imutável presente na Constituição, enriquece seus componentes, de modo a torná-la mais qualificada e mais “densa”. E isso é perfeitamente compatível com o direito fundamental que os cidadãos têm de participar diretamente nos assuntos públicos, tal como se reconhece no art. 23.1 da Constituição.

Essa densidade da democracia também se manifesta em seu conteúdo. As democracias atuais são fruto de sucessivas conquistas nos direitos das pessoas e dos coletivos dos que formam parte. O número de direitos reconhecidos não parou de crescer. Pode-se seguir o fio histórico de como se foram incorporando ondas novas de direitos que se acrescentaram a outros que estavam previamente reconhecidos, não como uma mera superposição, mas, sim, de forma integrada. Basta recordar a conhecida reconstrução das chamadas gerações de direitos,

que vão dos direitos civis e políticos, que remontam às revoluções americana e francesa (fundamento do Estado de direito), passando pela geração dos direitos econômicos, sociais e culturais (fundamento do Estado social), até chegar aos chamados direitos de terceira geração, que incluem, entre outros, os direitos à autodeterminação e à identidade nacional. A sensibilidade que hoje se tem com respeito à importância que foram adquirindo este último conjunto de direitos se pode apreciar não somente na teoria política contemporânea (FERRERES, 2012), mas também na visão de organismos internacionais.

O que quero destacar desse fenômeno, na linha que defendo, não é só que seja uma visão nova, mas, sim, é perfeitamente integral com as anteriores. A perspectiva das democracias liberais está em mutação mas não, para dizer que os direitos liberais não são mais úteis¹³. Eles se alteram para permitir seu funcionamento. Há visões que integram estas mutações, mantendo a raiz liberal, não sendo necessário a busca de um fundamento natural, acima do indivíduo para justificar estes direitos. Não é preciso ir procurar um ente objetivo por cima dos indivíduos, com o fim de justificar direitos “nacionais”. Estes são pertinentes para a democracia precisamente porque importam aos cidadãos, que têm o direito de desenvolver seus próprios planos de vida¹⁴. No conteúdo desses planos de vida, adquire-se uma relevância indiscutível que se faça efetiva a possibilidade real de participar de maneira direta do futuro político da própria comunidade, de acordo, outra vez, com o direito fundamental reconhecido no art. 23.1. Mais adiante, emprestarei mais atenção a esse componente liberal, adequadamente interpretado.

A concepção densa da democracia, em definitivo, serve para dotar de conteúdo a interpretação evolutiva que essa instituição requer, tal como expliquei. Diante de tudo o que sustentei nesse artigo, a interpretação ponderada do princípio democrático (escrito no art. 23.1) da indissolubilidade, é tal que, permite (quando menos, em sentido débil) a convocatória de um referendun sobre a independência da Catalunha, e mais, na forma uma declaração unilateral. Essa é uma forma razoável de tomar esses princípios como regras ideais e definitórias do Estado democrático instaurado no art. 1.1 da Constituição.

5 O problema do sujeito

5.1 O princípio da soberania nacional

Apesar de ter raciocinado que a Constituição permite a consulta, falta discutir a quem se deve consultar: apenas os catalães ou todos os espanhóis?

¹³ O comportamento do Reino Unido em relação às demandas escocesas ou do Canadá em relação a Quebec é um bom exemplo. É desnecessário mencionar novamente, neste ponto, o parecer da Suprema Corte canadense de 1998.

¹⁴ Como você pode ver, limito-me a um argumento estritamente liberal que se encaixa no direito individual de decidir, mesmo diante de questões nacionais denominadas direitos coletivos (REQUEJO; CAMINAL, 2009).

Outra vez, encontramos diferentes princípios constitucionais em disputa. Para quem acredita que o sujeito da consulta não pode ser a cidadania catalã, mas a espanhola, o fundamento seria o princípio segundo o qual a soberania reside no povo espanhol (art. 1.2). Pelo menos dois argumentos podem se opor a essa posição, um mais simples e outro mais profundo.

Há, em efeito, um argumento evidente para rebater essa posição. Se a minha intenção é saber se, de fato, os catalães desejam a independência, a quem terei que perguntar senão a eles mesmos? Parece que assim se entendeu na trintena de referendos que se fez no mundo em torno desse assunto.

A mesma simplicidade do argumento faz que tenha incorporado uma armadilha. Em efeito, se a única razão para avaliar constitucionalmente a consulta é a de conhecer a vontade dos catalães, então surge a tentação de assimilá-la em excesso a uma espécie de pesquisa, com um valor realmente limitado. É fácil, pois, tomar essa manifestação pelo que não é e entendê-la simplesmente como uma constatação de que há um mal-estar mais ou menos estendido na Catalunha em relação ao seu encaixe no Estado espanhol.

Nesse caso, a proposta de quem tem sustentado esse tipo de argumento é canalizar o “mal-estar” como se fora a expressão de uma intenção de reforma constitucional (LLORENTE, 2012). Uma vez assumido isso, o resultado acaba sendo muito parecido com o de quem sustenta que a consulta tem que ter como destinatários todos os espanhóis, dada a extrema dificuldade que implicaria uma reforma constitucional. Além disso, seria necessário estabelecer que tipo de reforma constitucional seria consequente com uma vontade majoritária expressa por parte dos catalães a favor da independência. Encontraríamos, certamente, uma expressão falseada: votou-se sobre a independência, enquanto o que se admite é o início de um processo de reforma com um conteúdo diferente e com umas maiorias requeridas que colocam em uma posição totalmente injustificada aos votantes catalães, como argumentarei a seguir. Por essas razões, é necessário um tipo de raciocínio da maioria que nos aproximará de novo do princípio democrático.

5.2 Princípio da maioria e domínio da maioria

Proponho fazer um experimento mental. Imaginemos que, na Catalunha, a totalidade do corpo eleitoral queira votar “sim” em um referendo pela independência. Esses catalães continuariam a ser uma minoria na Espanha. Portanto, é previsível que perdesse sistematicamente qualquer votação sobre essa questão que tivesse como sujeito todos os espanhóis.

Agora nos perguntemos: como se sentiriam os catalães ou como deveriam se sentir em uma situação de depender de uma perpétua maioria legislativa? Poderia seguir vivendo tão tranquilamente? Poderia dizer que vive em um Estado democrático e liberal?

A resposta à primeira pergunta dependeria do grau de consciência moral de cada um e fica fora do que aqui interessa. Mas o segundo interrogante nos põe sobre a pista de uma circunstância fundamental e que não depende de elementos subjetivos. A razão é esta: a democracia implica o *princípio* da maioria, mas é contrária ao *domínio* da maioria sobre a minoria, nesse caso uma minoria com contornos territoriais definidos e com língua, cultura e instituições próprias¹⁵. O domínio da maioria perverte a democracia e se opõe aos princípios definitórios dos Estados liberais. Façamos um breve repasse desses princípios e depois veremos que ocupam um lugar destacado nos tratados da União Europeia e na Constituição. Trata-se dos princípios de autonomia, de inviolabilidade e de dignidade.

5.3 O princípio de autonomia da pessoa

Esse princípio estabelece que o Estado não deve interferir na eleição individual de planos de vida dos indivíduos. Por conta disso, deve limitar-se a desenhar instituições que facilitem a perseguição desses planos e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustente, impedindo a interferência mútua. Corolário desse princípio é que o Estado só está legitimado para interferir nos planos de uma pessoa quando esta cause dano a outra, quer dizer, quando impeça que esta última possa desenvolver livremente seu próprio plano de vida.

O perfeccionismo, por sua vez, sustenta que o que é bom para um indivíduo, ou o que satisfaz seus interesses, é independente dos próprios desejos ou de sua eleição em forma de vida. O Estado, por diferentes meios, daria preferência àqueles interesses e planos de vida que são objetivamente melhores. O perfeccionismo é peculiar de Estados fundamentalistas. Se, por alguma razão, religiosa ou de outro tipo, considera-se que se alcançou a verdade moral, então se entende que o Estado tem um dever de impor as condutas que prescrevem essa verdade moral, de modo a tornar seus súditos “melhores”, segundo o ideal.

Em uma concepção liberal da sociedade, os indivíduos devem ser responsáveis pela eleição de seus planos de vida de acordo com suas preferências, e não ver essa eleição um fato de que são vítimas. Trata-se de um princípio que permite justificar os bens sobre os que versam certos direitos fundamentais em nossas sociedades contemporâneas. Esses bens são indispensáveis para a eleição e manutenção dos planos de vida que os indivíduos possam propor-se. Entre eles, estariam a liberdade de realizar qualquer conduta que não prejudique terceiros, o direito à integridade corporal e psíquica, o direito à educação, a liberdade de expressão, a liberdade no desenvolvimento da vida privada, a liberdade de associação etc. E se deveriam acrescentar os direitos que implicam a participação política no futuro da comunidade à qual pertence o cidadão, tal como se reconhece no art. 23 da Constituição.

¹⁵ A distinção entre princípio e regra da maioria já está em Kelsen (1954, p. 412), embora esse autor, obviamente, não tenha pensado em aplicá-lo a territorializadas minorias. Mas, se considerarmos a concepção de espessura da democracia que defendo no texto, então não há nenhum impedimento para fazer.

A aplicação ao caso que nos ocupa seria esta: se, para um amplo número de catalães, conta muito para o desenvolvimento de seus planos de vida o fato de serem consultados sobre seu futuro político, até o ponto de incluírem na consulta a possibilidade de constituir uma entidade política independente, eles não podem ser ignorados com base no argumento de que são uma minoria dentro do Estado (NINO, 1989).

5.4 O princípio de inviolabilidade da pessoa

De acordo com esse princípio, não se podem impor às pessoas sacrifícios e privações que não redundem em benefícios a elas. Esse princípio parte da seguinte premissa: quando alguém é privado de um bem sem que obtenha um benefício maior, tal sacrifício é um meio para alcançar alguma finalidade alheia ao bem-estar do afetado, e isso não está justificado. Embora seja uma ideia mais geral do que a que acabo de pronunciar, é necessário recordar a segunda formulação do imperativo kantiano: Aja de maneira tal que nunca trate a humanidade, seja em sua própria pessoa ou na dos outros, como um mero meio a não ser sempre como um fim em si mesmo (KANT, 1983).

A ideia de não instrumentalizar as pessoas para obter outras finalidades alheias ao bem-estar delas fundamenta claramente o veto ao domínio da maioria. Quando se produz esse domínio, que além o será de maneira perpétua, as pessoas que pertencem à minoria passam a ser tratadas como meros destinatários das políticas de outros e não como sujeitos, de cujas preferências a maioria terá que ter em conta. Quando se determina que uma consulta sobre a independência dos catalães tem de ser votada por todos os espanhóis, relega-se, de maneira perpétua, o cidadão catalão a um plano inferior sobre um assunto que influi de maneira decisiva em seus planos de vida. Incapacitados para reverter essa situação, os catalães seriam tratados como meros instrumentos de uma política sobre a qual não terão nunca capacidade de influir.

Pode-se acrescentar, além disso, que os defensores de que se deve ir a uma reforma constitucional ou de que a consulta deve fazer-se extensiva a todos os espanhóis facilmente podem incorrer em uma espécie de fraude democrática. Frequentemente são os mesmos que argumentaram, ao longo dos anos de democracia, que poderiam participar das eleições todos os partidos, desde que defendessem as propostas de maneira pacífica¹⁶. E mais: um dos argumentos mais utilizados contra os terroristas no Euskadi é que, graças à Constituição, aquilo que eles defendiam, a independência, podia ser defendido pacificamente de acordo com a Constituição. O exemplo ao que sempre faziam referência era Catalunha. Por que então todo esse

¹⁶ Na verdade, não é nada mais do que aquilo que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: as demandas exclusivas sobre o que eles podem defender os partidos políticos são os meios utilizados são legal e democrática, e que as alterações propostas são coerentes com os princípios democráticos fundamentais (JECHR de 30 de junho de 2009). Além disso, em sua aparição perante a Comissão, ao estudar o direito a decidir do Parlamento (26 de novembro de 2013), Mercè Barceló recorda a posição do Tribunal Constitucional no seu Acórdão n. 48/2003, em que é dito que qualquer ideia, mesmo contrária à Constituição, pode-se sempre argumentar que ele é feito com respeito pela democracia e os direitos fundamentais, uma vez que a Constituição não estabelece uma "democracia militante". A razão formal para realizar: a Constituição admite que nenhuma das suas disposições pode ser modificada.

argumento, sustentado ao longo desse tempo para neutralizar a violência, valeu só enquanto o movimento independentista foi minoritário na Catalunha? Deixa de valer quando há indícios de que se possa converter em majoritário?

5.5 O princípio de dignidade da pessoa

Tratar-nos com a dignidade que merecemos como pessoas supõe tomar seriamente nossas *crenças*, *opiniões* e também nossas *decisões*. Mas cada um desses âmbitos tem um alcance ligeiramente diferente.

Tomar a sério as crenças e opiniões de uma pessoa significa que, se queremos propor uma mudança delas, é necessário que o façamos mediante argumentos e provas, ou seja, operando sobre os fatores que o indivíduo considerou na formação da crença ou da opinião, e não, por exemplo, por meio de manipulações.

Em troca, tomar a sério as decisões de um indivíduo consiste, entre outras coisas, em permitir-lhe que assuma as consequências delas ou, dito de outra maneira: é necessário aceitar que as incorpore ao curso de sua vida. Mas, e isso é muito importante pelo que agora nos ocupa, a diferença do caso das crenças, não é plausível oferecer argumentos ou provas, a menos que se refiram às crenças que fundamentam a decisão. Quero sublinhar a transcendência desse extremo porque se conecta, inclusive terminologicamente, ao direito a decidir. Trata-se de tomar decisões entre pessoas com dignidade, independentemente das razões que as levem às decisões. Esse é um ponto vital para entender, em sua justa medida, a fundamentação das democracias contemporâneas: o voto legítima com independência das razões que cada um tenha para emití-lo.

Em que resultam esses princípios? O cumprimento do princípio de autonomia da pessoa supõe que sejamos sensíveis aos planos de vida que cada indivíduo livremente tenha escolhido. O respeito ao princípio de inviolabilidade da pessoa implica que não se pode instrumentalizar permanentemente um conjunto de indivíduos sob o argumento de que constituem uma minoria. Por último, a valorização da dignidade humana exige que o Estado considere as manifestações de vontade feitas livremente pelos cidadãos adultos. Clara e sinceramente, se as pessoas adultas acreditarem que, independentemente das razões, é da máxima importância decidir seu futuro político coletivo, sua vontade deve ser considerada. Do contrário, elas se tornarão uma minoria dominada permanentemente ou tratada com um paternalismo injustificado.

É todo esse argumento, entretanto, só “filosofia”? Não estávamos falando dos princípios jurídicos reconhecidos na Constituição? Pois falemos. Reconhece a Constituição esses princípios como regras ideais e como peças relevantes que conformam a identidade? Efetivamente, reconhece-os. Podemos encontrá-los em um lugar destacado: “Cabe aos poderes políticos promover as condições para que a liberdade [...] do indivíduo e dos grupos aos quais pertença seja real e efetiva” (art. 9^o); “A dignidade da pessoa [...], o livre desenvolvimento da personalidade [...] são fundamentos da ordem política e da paz social” (art. 10^o).

Além disso, deve-se ter em conta, por exemplo, que os tratados da União Europeia os reconhecem explicitamente ao relacioná-los ao respeito que cabe às minorias. Assim, no art. 2º, podemos ler: “A União se fundamenta nos valores do respeito à dignidade humana, da liberdade, da democracia [...] e do respeito aos direitos humanos, incluídos os direitos das pessoas pertencentes a minorias”¹⁷.

Antes de concluir, ficaria por examinar qual seria a ponderação dos princípios que conformam uma democracia liberal como a que se define na Constituição com o princípio da soberania nacional. Depois do exposto, deve ficar claro que o peso desse último princípio não é suficiente para impedir a consulta, mas que, de algum jeito, faz que os cidadãos do resto do Estado tenham que intervir.

Essa intervenção pode ser desempenhada pelos representantes dos cidadãos no Parlamento, o que se consegue, em minha opinião, aceitando qualquer uma das vias por meio das quais cabe articular constitucionalmente o direito a decidir no sentido que estou utilizando aqui. Tanto a via do art. 92, diretamente, como a de 150.2, passando pela Lei catalã n. 4/2010, preveem essa intervenção, seja propondo, delegando, transferindo ou autorizando uma consulta referendária. A apelação à soberania nacional não pode pesar tanto como para fazer inútil a reclamação de uma consulta sobre um tema primitivo para o desenvolvimento das pessoas que vivem e trabalham na Catalunha, para sua inviolabilidade e sua dignidade. As vias que a Constituição estabelece permitem entender (em uma leitura propensa a levar a pontenciar os princípios citados) que a consulta se possa fazer entre os catalães e, possibilitando, ao mesmo tempo, uma intervenção de todos os cidadãos espanhóis, democraticamente escolhidos, fazendo com que o princípio da soberania nacional receba o tratamento que merece, ponderado, vale registrar, de maneira proporcional com o resto de princípios relevantes¹⁸.

6 Conclusão

Ao longo deste trabalho, mostrei que, quando se admite que a Constituição, por meio de diferentes princípios entendidos como regras ideais, consagra uma democracia liberal, então há boas razões para considerar que é possível realizar uma consulta aos catalães sobre seu futuro político, incluindo uma pergunta sobre a independência. Essas razões baseiam-se no entendimento de que uma interpretação evolutiva que defenda uma concepção densa da democracia é a mais apropriada para levar a cabo uma justa e equilibrada ponderação dos princípios relevantes. Trata-se de uma forma de evoluir sem perder a identidade, uma forma de

¹⁷ Cito de acordo com as versões consolidadas do Tratado de Maastricht e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. As suas regras, como é conhecido, pertencem à ordem jurídica espanhola nos termos do art. 96.1. da Constituição e também servir como critério de interpretação, tal como previsto no art. 10.2 da Constituição. Anteriormente, vimos que o recurso à regra hermenêutica contida neste artigo será servido precisamente ao Tribunal Constitucional a discutir o uso da interpretação evolutiva apresentada aqui.

¹⁸ Não existe a possibilidade de utilizar a via de uma lei catalã especial se o Estado tem bloqueado as chances de referendos.

resolver o desafio que deve encarar quem quer ter uma Constituição à altura desses tempos, uma Constituição que, para utilizar as mesmas palavras do Tribunal Constitucional, não se converta “em letra morta”.

DEMOCRACY AND RIGHT TO DECIDE

Abstract: The article will discuss the formulation of a constitutional theory of free choice, discussing not only the constitutional formation of this fundamental right but also by conducting case study on Spain’s Constitutional Court judgment, in particular the Process n. 31, 2010 which ruled on the referendum occurred in Catalonia in 2010 on the expansion of its autonomy from the central government. The discussion focuses on who is the rightful possessor of the right to decide if the concerned citizen, the whole population or the state.

Keywords: free choice; autonomy; national sovereignty.

Referências

- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BOSSACOMA, P. Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatòria de consultes populars. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, n. 15, p. 241-286, abr. 2012.
- DECI, E.; RYAN, R. (Ed.). *Handbook of self-determination research*. Rochester: University of Rochester Press, 2002.
- DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- FELIU, D. *Manual per la independència*. Barcelona: Angle Editorial, 2013.
- FERRERES, V. The secessionist challenge in Spain: an independent Catalonia? *International Journal of Constitutional Law and ConstitutionMaking.org*, 22 nov. 2012.
- GUASTINI, R. *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999.
- HELMERSEN, S. T. Evolutive treaty interpretation: legality, semantics and distinctions. *European Journal of Legal Studies*, v. 6, n. 1, p. 127-148, 2013.
- INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS. *Informe sobre els procediments legals a través dels quals els ciutadans i les ciutadanes poden ser consultats sobre llur futur polític*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2013.
- KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa Calpe, 1983.
- KELSEN, H. *Teoría general del Estado*. México: Editora Nacional, 1954.
- KREPTUL, A. The constitutional right of secession in political theory and history. *Journal of Libertarian Studies*, v. 17, n. 4, p. 30-100, 2003.
- LLORENTE, F. R. Un referéndum para Catalunya. *El País*, 8 oct. 2012.
- LÓPEZ, H. *Nous estats i el principi democràtic*. Centre d'Estudis de Temes Contemporanis. Barcelona: Angle, 2009.
- LÓPEZ, J. Del dret a l'autodeterminació al dret a decidir. *Quaderns de Recerca*, n. 4, p. 2-18, 2011.

- MORESO, J. J.; VILAJOSANA, J. M. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- NINO, C. S. *Ética y derechos humanos*. Un ensayo de fundamentación. Barcelona: Ariel, 1989.
- REQUEJO, F.; CAMINAL, M (Ed.). *Liberalisme polític i democràcies plurinacionals*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònòmics, 2009.
- SEARLE, J. R. *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 1997.
- SESHAGIRI, L. Democratic disobedience: reconceiving self-determination and secession at international law. *Harvard International Law Journal*, v. 51, n. 2, p. 553-598, 2010.
- VILAREGUT, R. *El dret a decidir com a estratègia de moviment*. Monogràfic sobre el dret a decidir, Àmbits de Política i Societat, Paris, 2013.
- VON WRIGHT, G. H. *Norma y acción*. Una investigación lógica. Madrid: Tecnos, 1971.