

ULISSES E O CANTO DOS CONSTITUCIONALISTAS: UMA ANÁLISE DA TEORIA DOS PRÉ-COMPROMISSOS A PARTIR DA OBRA DE FRANÇOIS OST

ULYSSES AND THE SONG OF THE CONSTITUTIONALISTS: AN ANALYSIS OF THE THEORY OF PRE-COMMITMENTS BASED ON THE WORK OF FRANÇOIS OST

Leonardo Soares Brito ¹

RESUMO

Um dos artifícios utilizados por estudiosos do direito para explicar conceitos legais e justificar posições jurídico-políticas consiste na transposição de passagens e figuras da literatura e da mitologia para o campo do direito. No âmbito do Direito Constitucional, o encontro de Odisseu (Ulisses), rei de Ítaca, com as sereias na volta da Guerra de Troia, conforme passagem da Odisseia de Homero, é um exemplo dessa estratégia, a qual ganhou notoriedade a partir do livro “Ulisses e as Sereias: Estudos sobre Racionalidade e Irracionalidade” (1979), de Jon Elster. O filósofo norueguês aponta que, a partir do paralelo com as experiências do herói grego, as Constituições funcionariam como instrumentos de pré-compromissos de determinada comunidade política contra as futuras tentações relacionadas ao exercício arbitrário do poder. A passagem serve, inclusive, como metáfora justificadora da existência de limitações substanciais ao poder constituinte derivado reformador (poder de reforma), isto é, os tópicos constitucionais que não podem ser objeto de discussão mediante emenda constitucional, posto que imutáveis (cláusulas pétreas). Dessa forma, a partir dos apontamentos da obra do jurista e filósofo François Ost, o presente artigo objetiva identificar as contribuições desse autor belga ao debate sobre a Constituição e as limitações materiais ao poder de reforma, considerando, para tanto, o paradoxo constitucional da mudança *vs.* continuidade inserido na filosofia do tempo.

Palavras-chave: Ulisses e as Sereias; Constituição e pré-compromissos; Limites ao poder de reforma; Filosofia do Tempo; Mudança *vs.* Continuidade; François Ost.

ABSTRACT

One of the devices used by jurist to explain legal concepts and justify legal-political positions consists of transposing passages and figures from literature and mythology to the field of law. In the context of Constitutional Law, the encounter between Odysseus (Ulysses), king of Ithaca, and the Sirens upon returning from the Trojan War, as described in Homer's Odyssey, is an example of this strategy, which gained notoriety after the book “Ulysses and the Sirens: Studies on Rationality and Irrationality” (1979), by Jon Elster. The Norwegian philosopher points out that, based on the parallel with the experiences of the Greek hero, Constitutions would function as instruments of precommitment of a given political community against future

¹ Mestre em Direito Constitucional (PPGD/UFPR). Pós-Graduando em Ciências Jurídicas (G7). Bacharel em Direito (UFPR). Pesquisador vinculado ao Centro de Estudos da Constituição (CCONS-UFPR). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Servidor Público do Estado do Paraná e Advogado. E-mail: britoleos@hotmail.com

temptations to exercise power arbitrarily. The passage also serves as a metaphor justifying the existence of substantial limitations to the derived constituent power of reform (power of amendment), that is, constitutional topics that cannot be the subject of discussion through constitutional amendment, since they are immutable (petrified or unamendable clauses). Thus, based on the notes from the work of jurist and philosopher François Ost, this article aims to identify the contributions of the Belgian author to the debate on the Constitution and the material limitations to the power of reform, considering, for this purpose, the constitutional paradox of change vs. continuity inserted in the philosophy of time.

Keywords: *Ulysses and the Sirens; Constitution and Precommitment; Limits to the Power of Amendment; Philosophy of Time; Change vs. Continuity; François Ost*

1. INTRODUÇÃO

No prefácio² à obra “Introdução ao Direito Econômico”, de Fábio Nusdeo, Tercio Sampaio Ferraz Jr. apresenta ao leitor uma cena da obra Fausto (segunda parte), de Johann Wolfgang von Goethe, sintetizando o diálogo entre o Imperador e a entidade demoníaca Mefistófeles, encarregada de corromper a alma de Fausto. Diante da grave crise econômica, Mefisto oferece uma solução ao regente, apresentando-lhe uma folha de papel, antes nunca vista pelos seres humanos, na qual se lê que: “Para o conhecimento de quem deseja: esta nota vale mil coroas. Como seguro penhor, garante-a a um sem-número de bens enterrados nas terras do imperador”³.

Com o surgimento do papel-moeda, em contraposição ao ouro, surge também, segundo Tércio Sampaio, o direito econômico. É que Goethe, nesta passagem, mostra que aqueles homens, enganados pelo enviado de Lúcifer, não entenderam – e não poderiam entender – a revolução mais importante que ocorrera na história econômica, qual seja a substituição do ouro por uma folha de papel, cujo o valor: “não pode ser visto nem medido realmente, pois não tem peso nem forma comparável, não passa de fantasma de papel (*Papiergespensf*) (6.198), um espectro de riqueza, falso como os tesouros que Mefisto faz imaginar sob o solo do império”⁴.

O caso citado acima é somente um exemplo dentre vários – tais quais o Mito de Prometeu (roubo do fogo dos deuses para ofertá-lo aos humanos) como fundamento dos direitos de liberdade⁵ e a Espada de Dâmocles (responsabilidade do poder político) como metáfora do impeachment⁶ – que demonstra a forma pela qual estudiosos e doutrinadores utilizam a literatura, a filosofia e a mitologia para explicar

2 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Prefácio à obra “introdução ao direito econômico**. Disponível em: <<https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicacoes/direito-economico-curso>>. Acesso em: 02 de dez de 2023.

3 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Prefácio à obra “introdução ao direito econômico**. Disponível em: <<https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicacoes/direito-economico-curso>>. Acesso em: 02 de dez de 2023.

4 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Prefácio à obra “introdução ao direito econômico**. Disponível em: <<https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicacoes/direito-economico-curso>>. Acesso em: 02 de dez de 2023.

5 HOGEMANN, Edna Raquel. O Prometeu revelado em Epimeteu ou quando o caminhar da tecnociência desconhece direitos humanos. **Revista Internacional Consinter de Direito**, p. 229-245, 2022.

6 LEWANDOWSKI, Ricardo. A espada de Dâmocles do impeachment. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2 out. 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaao/2021/10/a-espada-de-damocles-do-impeachment.shtml>>. Acesso em: 20 fev. 2025.

conceitos jurídicos abstratos e justificar as mais diversas posições técnicas e políticas quanto ao direito.

Posto tal cenário, o presente artigo tem por desiderato analisar um uso específico desse artifício no campo do direito constitucional. No caso em tela, examina-se a passagem do encontro de Odisseu (Ulisses), rei de Ítaca, com as sereias, na tentativa de ouvir o canto mágico sem ser puxado ao oceano para o encontro com a morte, outrora utilizada por Jon Elster para defender (em um primeiro momento) as Constituições como pré-compromissos de sociedades politicamente organizadas.

De antemão, é de se destacar que a analogia (ou metáfora) em voga foi incorporada por parte dos estudiosos do direito constitucional brasileiro na explicação da existência de limites substanciais/materiais ao poder constituinte derivado reformador (poder de reforma) na Constituição de 1988, popularmente chamados de cláusulas pétreas, isto é, como pré-compromissos do povo soberano em tornar imutáveis algumas disposições da carta, a fim de garantir a continuidade da essência da decisão fundamental constituinte.

Ademais, após analisar como o conto se insere na perspectiva de Jon Elster (tanto num primeiro como em um segundo momento de sua trajetória intelectual) e de seus correligionários brasileiros, o artigo se debruça na tarefa de identificar o cerne da análise contida na filosofia do tempo de François Ost quando da utilização do conto de Ulisses “constitucionalizado” para explicar a difícil relação do direito com o tempo.

Desse modo, mediante a obra de Ost, objetiva-se esclarecer o seguinte paradoxo constitucional: as constituições se projetam como normas com pretensão de imutabilidade (norma mais difícil de se alterar e com disposições intangíveis), todavia, possuem dispositivos permitindo a mudança a fim de adequar o texto do povo passado aos anseios do povo presente.

Destarte, a pergunta central, a qual se propõe a examinar neste artigo, pode ser sintetizada nos seguintes termos: o conto de Ulisses e as sereias, que resulta na ideia de pré-compromissos, ainda faz sentido como explicação constitucional num contexto democrático, ou, do contrário, seria necessário superar a metáfora explicativa que coloca, ao fim e ao cabo, os mortos como legítimos governantes e tutores dos vivos?

É, portanto, o que se passa a examinar.

2. **ULISSES E O CANTO DAS SEREIAS: DE JON ELSTER AO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO**

No ano de 1979, o Professor e filósofo do direito norueguês Jon Elster lançou a primeira edição do livro “Ulisses e as Sereias: Estudos sobre Racionalidade e Irracionalidade”, tendo como base uma análise notadamente marcada pelo individualismo metodológico, lastreado na ideia de que para se explicar fenômenos

sociais complexos, o ponto de partida, necessariamente, deve ser o indivíduo, e não a coletividade abstrata ou as instituições políticas e privadas⁷.

Do individual para o coletivo, Elster toma como base de sua teoria acerca dos pré-compromissos um personagem específico da mitologia grega, presente tanto na *Ilíada* como na *Odisseia* de Homero, qual seja Ulisses, Rei de Ítaca. Herói na Guerra de Troia, Ulisses é lembrado na mitologia por ser o responsável intelectual pela construção do cavalo de Troia, o qual permitiu que soldados gregos adentrassem às muralhas de Troia e vencessem a guerra. Em resumo, a astúcia e o comedimento de Ulisses, somado ao seu espírito aventureiro (e até certa teimosia⁸), são virtudes essenciais do herói destacadas na obra de Homero.

A volta de Ulisses para a sua terra natal, em viagem que perdurou 10 (dez) anos, é narrada no poema épico da *Odisseia*. Dentre as diversas aventuras de Ulisses e sua tripulação – tal qual o confronto com o ciclope Polifemo, a ira que Ulisses despertou no deus Poseidon e o aprisionamento na ilha de Calipso –, sobressai-se a passagem em que Ulisses, voltando para Ítaca, decide ouvir o mortal canto das sereias que, apesar de belo, levava os marinheiros à loucura, ao naufrágio e à morte.

Para tanto, Ulisses cria uma estratégia, isto é, uma tática que revela a sagacidade e a astúcia do herói destacada por Homero: Ulisses decide colocar cera no ouvido de todos os tripulantes do navio e ordenar que seus subordinados o amarrem ao mastro do navio, a fim de que, mesmo que alienado e fora de si pelo canto das sereias, não sucumbisse a se jogar ao mar e ser morto pelas sereias, ou navegar em direção às rochas e causar o naufrágio do navio. Para tanto, Ulisses dá uma ordem inicial, fundamental e superior aos marinheiros: por mais que ele, amarrado ao mastro, em momento posterior, ordenasse que o desamarrassem e que se aproximassem das partes rochosas das ilhas, seus subordinados não poderiam cumprir a ordem.

É que o Ulisses em pleno estado de consciência, ciente que o Ulisses “enlouquecido” pelo canto das sereias tomaria decisões imprudentes, levando-o à morte, decide se autolimitar através das amarras e da seguinte indeclinável decisão destina aos marinhos: “(...) atai-me com laços bem apertados, de sorte que permaneça imóvel, de pé, junto ao mastro, ao qual deverei estar preso por cordas. Se vos pedir que me desligueis, apertai-me com maior número de laços”⁹.

Diante desse excerto, a analogia utilizada por Jon Elster pode ser resumida na constatação de que, assim como o indivíduo racional Ulisses deu uma ordem específica aos marinhos para ouvir de forma segura o canto das sereias, sabendo dos perigos que se colocaria se não estivesse preso ao mastro, as Constituições, quando trazem um processo legislativo rígido para a sua mudança e cláusulas péticas, atuam da mesma forma que o herói grego, isto é, como instrumentos de autolimitação e

7 SANTOS, Samuel Martins dos; DE OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Pré-compromisso constitucional e democracia: uma análise conceitual a partir das obras de Jon Elster, Stephen Holmes e Jeremy Waldron. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 38, n. 1, p. 214-232, 2022. p. 218.

8 BLANCHOT, Maurice. *O livro por vir*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 05-06

9 HOMERO. *Odisseia*, Livro XII. São Paulo: Nova Cultural, 2002. p. 161.

pré-compromissos, que traduzem mecanismos adotados pela soberania popular para a proteção contra as suas próprias paixões e as suas próprias fraquezas¹⁰.

Com efeito, para Jon Elster, no momento constituinte, sabendo dos riscos futuros e receio de que, em situações de instabilidade e exaltadas “paixões” políticas, a maioria poderia sucumbir às tentações autoritárias e solapar a compromisso constitucional, sociedades democráticas acabam por optar pela autorrestrição e atribuem à Constituição a característica de rigidez normativa, exigindo um processo qualificado para a mudança do texto constitucional. Ademais, essas mesmas sociedades tornam imutáveis alguns dispositivos constitucionais fundamentais, ou seja, fixam cláusulas pétreas no que diz respeito aos temas mais sensíveis do compromisso firmado no momento constituinte.

A analogia ou metáfora da autorrestrição constitucional de Jon Elster encontra paralelo na obra de outros autores, como Stephen Holmes e Jeremy Waldron¹¹. Stephen Holmes, por exemplo, lembrando a noção de Hayek de “*appeal from the people drunk to the people sober*”¹², exara que a Constituição seria *Peter sober* (ou o Ulisses consciente de Jon Elster) quando dispõe acerca de um quórum qualificado para emendas e fixa cláusulas pétreas, enquanto as maiorias ocasionais, sintetizadas nas leis ordinárias ou no poder constituinte derivado reformador, seriam o *Peter drunk* (ou Ulisses enlouquecido pelo canto mágico das sereias)¹³.

Em outros termos, as Constituições (e os momentos constituintes) seriam Pedro sóbrio quando entrega a chave do carro para um amigo, impedindo-o de devolvê-la caso constatasse a sua embriaguez, mesmo que o Pedro bêbado assim ordenasse em um momento posterior. Nesse sentido, como bem explica Cristina Foroni Consani ao traçar o paralelo entre as histórias de Ulisses/Pedro e o ideário constitucional: “*The examples of Ulysses and the drunk person are closer to the ideal advocated by constitutionalism when it states that the constitutional rules that protect rights*”¹⁴.

Entretanto, em que pese toda a formulação teórica descrita, Jon Elster, na obra “*Ulisses Liberto*”, acaba por alterar a sua análise sobre o tema a partir da mudança de entendimento sobre a diferença entre os compromissos individuais e os compromissos assumidos coletivamente. Nessa toada, o autor acaba por revisar a sua tese e, consequentemente, a ideia de se assentar uma teoria de pré-compromissos constitucionais a partir da metáfora de Ulisses e o canto das sereias. Nesse sentido, Elster assevera que:

[...] Fui bastante influenciado por um comentário crítico a respeito de Ulysses and the Sirens feito por um amigo e mentor, o falecido historiador norueguês Jens Arup Seip: ‘No mundo da política, as pessoas nunca tentam se restringir a si próprias, mas apenas aos outros’. Embora

10 VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. *Lua Nova: revista de cultura e política*, p. 53-97, 1997. p. 54.

11 WALDRON, Jeremy. *Political Theory: essays on institutions*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

12 HAYEK, Friedrich. 2011. *The Constitution of Liberty*: The Definitive Edition. Chicago, Chicago University Press. <http://dx.doi.org/10.7208/chicago/9780226320519.001.0001>. p. 268.

13 HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. *Constitucionalismo y democracia*, p. 217-262, 1999.

14 CONSANI, Cristina Foroni. Pré-compromisso constitucional e autonomia coletiva: podem ser conciliados?. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 3, pág. 235-242, 2015. p. 237.

essa seja uma declaração radical, agora penso que está mais próxima da verdade do que a noção de que a auto-restrição é a essência da elaboração de uma constituição. Ulisses amarrou a si mesmo ao mastro, mas também pôs cera nos ouvidos dos remadores.¹⁵

Dessa forma, em vista da transformação do entendimento do autor, isto é, de que os comportamentos individuais são substancialmente diferentes dos coletivos, Jon Elster defende mudanças em relação à obra originária, transmutando o herói grego em um agora Ulisses Liberto: “Como em muitos casos, transferir conceitos para estudar indivíduos para o comportamento de coletividades, como se estas fossem indivíduos em escala ampliada, pode ser enganoso”¹⁶.

A despeito da revisão da tese da autorrestrição de um povo através da Constituição, a doutrina e os estudiosos do direito constitucional brasileiro continuam a fazer uso da metáfora de Ulisses e o Canto das Sereias de Jon Elster para justificar, além da própria Carta Constitucional, o disposto no art. 60 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, isso no que concerne à restrição de legitimados para a proposta (art. 60, incs. I, II e III), ao quórum qualificado para emendar a Constituição (§ 2º do art. 60) e aos limites ao poder de reforma constitucional, quais sejam os circunstâncias (§ 1º do art. 60), os temporais (§ 5º do art. 60) e os substanciais/materiais (§ 4º do art. 60).

Especificamente quanto aos limites materiais/substanciais ao Poder de Reforma (§ 4º do art. 60), quais sejam as chamadas cláusulas pétreas (I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais), a doutrina faz referência expressa ao conceito de autorrestrição de Jon Elster. Por exemplo, Virgílio Afonso da Silva, ao demonstrar a incoerência da tese da dupla revisão, manifesta, quanto ao conto de Ulisses, que: “ainda que alguns voguem e cantem as maravilhas de um poder de reforma ilimitado, o constituinte derivado continua amarrado ao mastro, rechaçando as sereias “com o mudo dardejar dos olhos mais agudos que dardos”!”.¹⁷

Gilmar Mendes e Paulo Gonet, da mesma forma, aduzem que a doutrina brasileira: “estabeleceu paralelo entre a limitação à reforma da Constituição e a narrativa de Ulisses, personagem da Odisseia de Homero, amarrado ao mastro do seu navio, para atravessar incólume o mar das sedutoras, mas fatais, sereias”¹⁸. Outrossim, Luís Roberto Barroso, igualmente, salienta que o constitucionalismo democrático é, em si, um mecanismo de autolimitação e pré-compromisso, em que, para a defesa dos próprios compromissos constitucionais, retira-se o poder ilimitado de decisão de maiorias eventuais, para que se permaneçam as condições

15 ELSTER, Jon. Ulisses Liberto. **Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Ed. Unesp, 2009.

16 SANTOS, Samuel Martins dos; DE OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Pré-compromisso constitucional e democracia: uma análise conceitual a partir das obras de Jon Elster, Stephen Holmes e Jeremy Waldron. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 38, n. 1, p. 214-232, 2022. p. 222.

17 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado. **Revista de direito administrativo**, v. 226, p. 11-32, 2001. p. 30.

18 MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional** (Série IDP. Linha doutrina). São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620506. Acesso em: 27 jan. 2024. p. 837.

de realização do regime democrático:

As ideias de precommitment e self-binding foram desenvolvidas por Jon Elster em um ensaio clássico intitulado *Ulysses and the sirens*, que deu título ao livro publicado originalmente em 1979 e que teve uma edição revista publicada em 1984. Em 2000, Jon Elster publicou o livro *Ulysses unbound*, registrando algumas mudanças na sua perspectiva de ser a Constituição um instrumento de pré-compromisso ou pré-cometimento. Ao fazê-lo, declinou a influência que teria sofrido de uma crítica ao seu trabalho anterior, formulada pelo historiador norueguês Jens Arup Seip, do seguinte teor: “Na política, as pessoas nunca tentam limitar-se a si próprias, mas apenas aos outros”. Comentando essa declaração, observou Jon Elster: “Embora essa afirmação seja muito radical, eu a considero mais próxima da verdade do que a visão de que a autolimitação é da essência da Constituição”.

Para os fins aqui visados, **a metáfora de Ulysses e as ideias de pré-cometimento e autolimitação continuam úteis**. Para quem estava distraído nos últimos 2.800 anos, a história de Ulysses e as sereias está narrada no Canto XII da Odisseia, de Homero, onde se conta que na volta da Guerra de Troia, advertido para os perigos do canto divino das sereias, que atraía as embarcações para as pedras e para o naufrágio, Ulysses mandou colocar cera nos ouvidos dos remadores e se fez amarrar ao mastro de seu navio, escapando assim do perigo e da tentação, sem, contudo, privar-se do prazer de ouvir o canto das sereias. (grifou-se)¹⁹

Finalmente, cita-se como último exemplo de tal exame doutrinário a posição de Daniel Sarmento, pelo qual a ação (ordem) de Ulisses de restrições prévia a sua própria vontade pode ser comparada ao compromisso de determinado povo em estabelecer reforços constitucionais e, até mesmo, em promulgar uma Constituição. Quer dizer: ao fazê-lo, a sociedade impõe limites a sua própria capacidade de decisão posterior, muitas vezes irracional, protegendo-se de impulsos e fraquezas momentâneas que poderiam comprometer o seu destino e os acordos constitucionais, que transladam os valores mínimos de uma sociedade politicamente diversa²⁰.

Em suma, o que se observa é que a noção de Constituição como pré-compromisso, e das cláusulas pétreas como autorrestrições do povo (no momento constituinte) diante de maiorias eventuais, a partir da analogia com o Canto XII da Odisseia, que retrata a passagem de Ulisses com as Sereias, ainda encontra vazão na doutrina constitucional brasileira, mesmo após a retificação da tese por Elster. Em outras palavras, no Brasil, a analogia da Constituição e das cláusulas pétreas aos atos de Ulisses ainda são utilizadas como justificação constitucional.

Todavia, como bem observa Oscar Vilhena Vieira, a ideia de pré-compromissos de Ulisses transportada para o direito constitucional brasileiro pode ser problemática, na medida que entra em rota de colisão com as principais teorias democráticas da

19 BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624788. Acesso em: 27 jan. 2024. p. 362.

20 SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e a reforma da Previdência. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (org.). **A Reforma da Previdência Social – temas polêmicos e aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2004, p. 11.

modernidade, mormente as teorias procedimentais e majoritárias: “Esta possibilidade de autolimitação e de restrição da vontade majoritária das gerações futuras é, no entanto, muito problemática se vista da perspectiva da teoria democrática”²¹. Desse modo, a fim de consubstanciar a crítica no cenário brasileiro, imprescindível é a compreensão de como François Ost, a partir da filosofia do tempo, investiga o modelo de autocontenção de Ulisses no âmbito do direito constitucional e, por consequência, reputa novas camadas de complexidade ao debate.

3. O CERNE DA ANÁLISE DE FRANÇOIS OST AO MODELO EXPLICATIVO DOS PRÉ-COMPROMISSOS E DAS LIMITAÇÕES SUBSTANCIAIS AO PODER DE REFORMA

Inicialmente, o filósofo do direito belga François Ost, em sua obra “O Tempo do Direito”,²² especificamente no Capítulo III, discute a questão das promessas jurídicas e a sua relação com o futuro. A discussão do direito no tempo é central para Ost, uma vez que, segundo o autor, normas jurídicas nada mais são do que projetos de concretização de promessas normativas (como a igualdade e a liberdade) voltadas para o futuro, e não para o passado ou para o presente imediato. O subcapítulo “O constituinte e as Sereias” do Capítulo III, por seu turno, propõe-se a analisar a analogia de Ulisses tendo como recorte a filosofia do tempo.

De proêmio, para a investigação acerca da interseção entre o tempo e o direito, o filósofo resgata que, desde a revolução francesa (1789) e a revolução americana (1776), fixou-se o paradigma moderno, intocável até a atualidade, de que as balizas de uma sociedade política devem decorrer de um texto fundamental, ou seja, a Constituição, capaz de promulgar o espírito de um tempo e de se projetar de forma duradoura para o futuro.

A Constituição, para Ost, é, por excelência, o instrumento jurídico de ligação com o futuro. Todavia, seria necessário perquirir-se se as Constituições, de fato, são destinadas à perenidade ou se, do contrário, possuem uma “data de validade”. A partir do conto de Ulisses e da teoria de Jon Elster acerca dos pré-compromissos, François Ost traz provocações sobre a ideia de Constituição como autorrestrição, isto é, como norma de difícil revisão e com disposições intangíveis e inderrogáveis (cláusulas pétreas), elencando algumas das principais críticas ao modelo elsteriano, tais quais:

“[...] as cadeias de Ulisses não são o próprio símbolo da alienação, a marca de um ser subjugado e infantil, incapaz de dirigir suas ações? Ademais, ocorre ainda que Ulisses queira prender a si mesmo, mas de que direito poderia lhe impor tais cadeias a seus filhos e sucessores? **Não cabe a cada geração assumir seu destino e reescrever o direito, à sua vontade?** [...] uma Constituição poderia ser revisada a tal ponto radicalmente que princípios mais fundamentais fossem

21 VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. *Lua Nova: revista de cultura e política*, p. 53-97, 1997. p. 55.

22 OST, François. *O tempo do direito*. Baurur: Edusc, 2005.

desnaturados? Podemos, ou não, na soberania última do povo, limitar o poder de revisão constitucional exercida pelos seus representantes? E, finalmente, **a questão mais delicada: pode-se, em nome de uma concepção transtemporal da soberania popular, frear as iniciativas constitucionais do povo atual?**²³ (grifou-se)

Para dissertar sobre o tema, François Ost informa que é preciso, de antemão, “desdramatizar” o poder constituinte originário, tido pelos constitucionalistas como um poder “de fato”, isto é, que cria o direito do zero. E isso porque se a Constituição cria uma nova ordem jurídica de forma imperativa, essa ordem não surge do nada e não está inserida no nada, já que é precedida por um pacto social entre o povo e seus dirigentes, em que, segundo o autor: “não há nenhuma promessa que se mantenha fora de um quadro constitucional e de um /campo de valores (fidelidade, lealdade, boa-fé...) previamente estabelecidos”²⁴.

Para Ost, a questão central apontada – se Ulisses do presente pode limitar o Ulisses do futuro, ou, em outros termos, se o povo no momento constituinte pode limitar o poder de revisar a constituição para o povo futuro –, do ponto de vista do positivismo jurídico, é uma questão de simples resolução: o poder de revisão pode ser limitado por regras de competência e de procedimento, todavia, observando-se tais regras, uma Assembleia Constituinte pode revisar a Constituição inteiramente, sem limitação material. Para os positivistas, segundo Ost, atribuir limites materiais à reforma (cláusulas pétreas) traria consigo resquícios de jusnaturalismo, ou seja, seria: “engajar-se numa ‘hermenêutica divinatória’ e apelar para uma misteriosa supraconstitucionalidade de inspiração jusnaturalista”²⁵.

Contudo, a explicação positivista seria insuficiente para compreender a complexidade da Constituição no tempo, pois acaba por desnaturar e destruir a diferenciação entre o ato fundador (poder constituinte originário) e o ato fundado (poder constituinte derivado reformador), afinal, “Ulisses não poderia amarrar as próprias mãos, e se ele acreditasse tê-lo feito, sempre lhe seria possível libertar-se”²⁶. Da inaptidão dos positivistas para solucionar a discussão, François propõe que essa deve se deslocar para o **plano temporal**, reformulando o questionamento inicial para a seguinte perquirição: um povo pode se acorrentar para o futuro através das cláusulas pétreas, isto é, os mortos teriam direitos?

Primeiramente, Ost rememora a posição de Rousseau, pela qual a ideia de uma lei fundamental estabelecida em determinada época, que acorrente o povo futuro, é uma situação política absurda, posto que: “se todos os cidadãos se reunissem para romper o pacto fundamental, não se pode duvidar que foi muito legitimamente rompido”. Thomas Paine, da mesma forma, afirmava que: “querer governar do além túmulo é a mais ridícula e mais insolente das tiranias [...] a democracia é legítima somente graças ao consentimento dos vivos”. E Thomas Jefferson, tal-qualmente,

23 Ibidem, p. 253.

24 Ibidem, p. 254-255.

25 Ibidem, p. 256.

26 Ibidem, p. 257.

salientava que: “os mortos não possuem direito, nada são”²⁷.

Ocorre que, como bem apontado por Ost, ao negar a legitimidade de cláusulas pétreas em um documento normativo hierarquicamente superior, que vincule as gerações futuras, tais autores falham ao não perceber os perigos (compreendidos de forma vanguardista por James Madison e Alexander Hamilton) das maiorias ocasionais que negassem os pactos constitucionais. O exemplo histórico mais claro concerne à Constituição de Weimar de 1919: ao não se impor sobre a legislação ordinária, e não possuir um guardião constitucional, tornou-se um documento incapaz de se contrapor ao assalto do poder pelos nazistas:

“O exemplo da República de Weimar, que Madison evidentemente não pudera conhecer, confirma a pertinência desta análise: sem ter nunca podido impor sua superioridade à lei ordinária, a Constituição alemã de 11 de agosto de 1919, incessantemente revisada e manipulada, nunca chegou a estabilizar o regime republicano e democrático que pretendia instituir, e acabou mesmo por avalizar a famosa lei de 24 de março de 1933, pela qual o Reichstag transferia plenos poderes legislativos a Hitler, Chanceler.

O artigo 76 desta Constituição dizia, de fato, que “a Constituição pode ser emendada por via legislativa”; dito de outro modo, nada diferenciava lei constitucional e lei ordinária senão a exigência de uma maioria mais importante. Como o notava G. Anschütz, publicista autorizado da época: “A Constituição não está acima do poder legislativo, mas à disposição deste.”²⁸

Se o argumento da prudência política, conforme o caso alemão, suporta a existência de um processo legislativo especial para alteração da Constituição e a existência de cláusulas pétreas, tais pré-compromissos se apoiam também em outro grande argumento – e aqui reside a análise substancial de Ost – advindo da filosofia do tempo. Afinal, por que se deve privilegiar a vontade de Ulisses em t1 sobre a mesma vontade que Ulisses manifesta agora em t2, amarrado ao mastro do navio?

É que, conforme François Ost, em t1, Ulisses se referia a uma imagem de si mesmo, ideal, correta, atemporal, um verdadeiro modelo de comprometimento no modo agir. Ao observar a vontade de t1 face à t2, mesmo que contrariado pela nova situação em t2, Ulisses somente atesta a necessidade de dar efeito ao ideal máximo de sua própria existência, retomando os pensamentos que teve em momento de extrema importância e serenidade. E é exatamente a esse ideal superior que o herói grego está subordinado.

Ao fim e ao cabo, Ost demonstra que Ulisses amarrado não está, como pode parecer em um primeiro momento, subordinando-se ao Ulisses do passado, e sim seguindo, mesmo que enlouquecido pelo canto das sereias, os princípios básicos que regem o modo de agir do herói grego, não importando o tempo que ele se encontre. A bem da verdade, seguir o pré-compromisso estabelecido anteriormente

27 Ibidem, p. 260.

28 Ibidem, p. 262-263.

diz respeito muito mais à consideração com o Ulisses do futuro do que um suposto respeito irracional à decisão do Ulisses do passado, na manutenção da coerência que todos esperam do destemido, porém prudente, Rei de Ática.

Ato contínuo, o mesmo processo ocorre no plano constitucional: ao estabelecer contenções em uma Assembleia Constituinte, com limitações materiais/substanciais e um quórum qualificado para a alteração da Constituição, o povo do passado não restringe o povo do futuro, e sim relembra a todos os membros da comunidade, passados ou futuros, os pilares básicos do povo atemporal, isto é, os fundamentos e as promessas que sustentam a soberania popular. Tanto Ulisses de t1 como o povo no momento constituinte, longe da inocência da perpetuidade, conhecem dos perigosos e não os ignoram: sabem de suas imperfeições e de seus impulsos passionais, e, por tal razão, estabelecem amarras diante do uso arbitrário do poder.

Destarte, em vista do futuro incerto, o povo, assim como Ulisses, cria medidas securitárias para se proteger das futuras ameaças de perigo. Não por outra razão que, em célebre trecho, François Ost bem afirma que:

A mesma análise pode ser conduzida no plano coletivo: o povo empírico atual, ao respeitar os princípios mais fundamentais da Constituição (Estado de direito, liberdades públicas, forma republicana de Estado...), não é sacrificado aos caprichos de um povo empírico de ontem; **são antes, ambos, os dois povos-empíricos que se referem ao povo intemporal**; único verdadeiro titular da soberania. Povo intemporal que inscreveu na carta fundamental um conjunto de ideais políticos ("promessas") à altura das quais nenhum povo atual pode, sem dúvida, realmente se ater, **mas que teve a sabedoria de considerar como constitutivos, em sua própria exigência, de sua soberania política**. Como Ulisses, o Constituinte sabia que teria que enfrentar mil perigos políticos. Ele não ignorava que o mal, o conflito e a violência estão inscritos no coração da sociedade humana.²⁹ (grifou-se)

Depreende-se, portanto, que a primeira geração – o povo constituinte – não tem o monopólio das promessas da sociedade ao longo do tempo, que é construído por vários povos futuros em t2, t3, t4 e etc. E que, ao fim e ao cabo, na somatória, formam as promessas de um povo intemporal ou atemporal.

Na verdade, a partir da noção de um povo único intemporal (assim como um único Ulisses), não há razões para acreditar que a geração inaugural, que fixou as cláusulas pétreas e os pré-compromissos constitucionais, sempre tenha razão na interpretação de um direito. Ost cita, como exemplo, o caso do princípio da igualdade na Constituição dos Estados Unidos de 1787, a qual conviveu, até a *The Thirteenth Amendment to the United States Constitution*, em 1865, com a escravidão, sendo necessária uma Guerra Civil para que, finalmente, a posse de um homem sobre o outro acabasse. Nesse caso, o povo futuro deu interpretação melhor ao direito se comparado com a geração inaugural, formulando, ao longo do tempo, a ideia superior de liberdade, que não comporta o ser humano como mercadoria.

29 Ibidem, p. 265.

Por conseguinte, é de se observar que François Ost, a partir da filosofia do tempo, repagina a analogia de Jon Elster no que diz respeito ao canto das sereias e Ulisses, bem como traz uma nova camada de complexidade ao exame crítico dos pré-compromissos, isto é, a partir da constatação que a contraposição de interesses entre mortos e vivos, constituintes e constituídos, Pedro bêbado e Pedro sóbrio e Ulisses acorrentado e Ulisses liberto é, em suma, deficiente. No fim, o Povo, Pedro e Ulisses são um só, que se estendem e se perpetuam ao longo do tempo – o que não significa dizer que as interpretações jurídicas dos “mortos” acerca da Constituição e dos pré-compromissos esteja sempre correta.

No fim, para François Ost, é o povo intertemporal, ao mesmo tempo, o constituinte e o destinatário das promessas do direito, no presente e no futuro, aprimoradas com o decorrer do tempo. Portanto, legítimo é, nessa leitura, a disposição de quórum qualificado para mudança da Constituição e os limites materiais ao poder constituinte derivado reformador (poder de reforma). O poder de reforma, com efeito, é chamado pelo povo para: “melhorar e atualizar o texto que o instituiu em suas próprias prerrogativas; não se imagina que ele desvie uma tal prerrogativa para fazer dela uma utilização oposta à sua finalidade”³⁰.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, evidencia-se que a metáfora de Ulisses e o Canto das Sereias, originalmente utilizada por Jon Elster, a despeito de sua retificação posterior, encontra uma abordagem enriquecedora e renovadora a partir da análise empregada por François Ost. Tendo como marco a filosofia do tempo, Ost oferece uma perspectiva mais refinada sobre a relação entre as gerações que permeiam a soberania popular, as promessas jurídicas e a autorrestrição do poder constituinte. Conclui-se, nessa perspectiva, que a discussão sobre as cláusulas pétreas e os pré-compromissos constitucionais não deve ser entendida como uma imposição irracional do passado sobre o futuro, mas sim como uma expressão da continuidade dos ideais e promessas fundamentais que transcendem as gerações. Eis a grande contribuição de François Ost para a analogia de Ulisses e o canto das sereias com o constitucionalismo contemporâneo.

Por seu turno, a ideia de um povo intemporal (ou atemporal), construindo ao longo do tempo suas promessas políticas, revela a complexidade e a maturidade inerentes à autorrestrição do poder constituinte. François Ost desafia a visão simplista da crítica que coloca Ulisses do presente como um ser infantil, acorrentado ao Ulisses do passado, propondo uma abordagem mais sofisticada em que as cláusulas pétreas representam um compromisso racional e contínuo com os princípios essenciais da sociedade – abordagem que pode ser utilizada pela doutrina brasileira para contrargumentar os críticos dos pré-compromissos e das cláusulas pétreas, todavia, sem cair na tentação de defender acriticamente esses mesmos compromissos, que

30 Ibidem, p. 266.

podem sofrer releituras jurídicas com o passar do tempo – a exemplo da cláusula da liberdade contida na Constituição dos Estados Unidos.

Ao reconhecer a necessidade de limitações materiais ao poder de reforma constitucional, as cláusulas pétreas da Constituição brasileira encontram mais uma fonte legitimadora, que contempla também a crítica, na obra de François Ost, a qual destaca a importância de considerar as promessas jurídicas como parte integrante do desenvolvimento coletivo do direito ao longo do tempo, tendo como marco teórico a filosofia jurídica do tempo.

Assim sendo, a analogia de Ulisses e o Canto das sereias para explicar o fenômeno constitucional, pensada inicialmente por Jon Elster, alcança na obra de François Ost uma compreensão inovadora diante das relações entre o tempo, o direito constitucional e a autorrestrição do poder constituinte. A metáfora de Ulisses, revisitada à luz da filosofia do tempo, oferece caminhos valiosos para a reflexão sobre a natureza dinâmica das Constituições e dos compromissos que fundamentam as sociedades políticas democráticas.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624788.
- BLANCHOT, Maurice. **O livro por vir**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- CONSANI, Cristina Foroni. Pré-compromisso constitucional e autonomia coletiva: podem ser conciliados?. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 3, pág. 235-242, 2015.
- ELSTER, Jon. Ulisses Liberto. **Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Ed. Unesp, 2009.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Prefácio à obra "introdução ao direito econômico**. Disponível em: <<https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicacoes/direito-economico-curso>>. Acesso em: 02 de dez de 2023.
- HAYEK, Friedrich. 2011. **The Constitution of Liberty: The Definitive Edition**. Chicago, Chicago University Press. <http://dx.doi.org/10.7208/chicago/9780226320519.001.0001>.
- HOGEMANN, Edna Raquel. O Prometeu revelado em Epimeteu ou quando o caminhar da tecnociência desconhece direitos humanos. **Revista Internacional Consinter de Direito**, p. 229-245, 2022.
- HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. **Constitucionalismo y democracia**, p. 217-262, 1999.
- HOMERO. **Odisséia**, Livro XII. São Paulo: Nova Cultural, 2002.
- LEWANDOWSKI, Ricardo. A espada de Dâmoçles do impeachment. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2 out. 2021. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2021/10/a-espada-de-damocles-do-impeachment.shtml>>. Acesso em: 20 fev. 2025.
- MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional** (Série IDP. Linha doutrina). São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620506.
- OST, François. O tempo do direito. Bauru: Edusc, 2005.
- SANTOS, Samuel Martins dos; DE OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Pré-compromisso constitucional e democracia: uma análise conceitual a partir das obras de Jon Elster, Stephen Holmes e Jeremy Waldron. **Revista da**

Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 38, n. 1, p. 214-232, 2022.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e a reforma da Previdência. *In*: TAVARES, Marcelo Leonardo (org.). **A Reforma da Previdência Social – temas polêmicos e aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2004.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado. **Revista de direito administrativo**, v. 226, p. 11-32, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. **Lua Nova: revista de cultura e política**, p. 53-97, 1997.

WALDRON, Jeremy. **Political Theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.