

Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira

Democratic Originalism as an Interpretative Model of the Brazilian Constitution

José Rodrigo Rodriguez¹

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/Brasil)
jrodrigorodriguez@gmail.com

Resumo

A partir da constatação de que o debate constitucional brasileiro ainda não desenvolveu teorias a respeito de sua realidade constitucional e tende a fazer uso de modelos criados em contextos diferentes, este texto apresenta o originalismo democrático como modelo para a interpretação da Constituição brasileira. O originalismo democrático advoga que as características plurais e inclusivas da Assembleia Nacional Constituinte brasileira que produziu uma *constituição sem vencedores*, devem ser transformadas em um princípio interpretativo e de construção institucional marcado pela ideia de *máxima inclusividade situada*. Tal visão da interpretação exige que ela deixe de ser vista apenas como atividade individual e hermenêutica e passa a ser vista como uma atividade coletiva e participativa com a utilização de novos mecanismos institucionais para dialogar com a esfera pública.

Palavras-chave: Constituição, Constituinte, Democracia, Interpretação, Originalismo.

Abstract

Since the Brazilian constitutional debate has not yet developed theories about its constitutional reality and tends to make use of models created in different contexts, this text presents democratic originalism as a model for the interpretation of the Brazilian Constitution. Democratic originalism advocates that the plural and inclusive characteristics of the Brazilian National Constitutional Assembly that produced a constitution without

¹ Professor do Programa de Pós Graduação em Direitos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. PPGD/UNISINOS. Rua Augusto Corrêa, 01, CEP 66.075-110, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil.

winners should be transformed into an interpretative and institutional construction principle marked by the idea of maximum situated inclusiveness. Such a view of interpretation requires that it cease to be seen only as an individual and hermeneutic activity and is seen as a collective and participatory activity that uses new institutional mechanisms to dialogue with the public sphere.

Keywords: Constitution, Constitutional Assembly, Democracy, Interpretation, Originalism.

Introdução

As teorias sobre a constituição brasileira têm discutido, a maior parte das vezes, qual seria o método mais adequado para interpretar nossa Constituição sem levar em conta o sentido de nosso texto constitucional e seu papel dos últimos trinta anos de história de nosso estado democrático de direito. Os estudiosos e estudiosas deste campo, especialmente na academia, têm feito um trabalho competente e sofisticado de atualização da pesquisa nacional sobre todos os temas de teoria da interpretação e da constituição, tendo produzido uma série de teses e dissertações de alta qualidade sobre grandes autores contemporâneos como Robert Alexy, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, inclusive formulações reconhecidas como originais pela comunidade acadêmica internacional (por exemplo, Ávila, 2015).

No entanto, este campo de pesquisa parece ter deixado de lado a necessária tentativa de construir uma teoria da interpretação que leve em conta a experiência jurídica brasileira. Como explicam Lunardi e Dimoulis (2013, p. 11):

A doutrina constitucional tradicional considera que não faz parte de uma análise do direito positivo investigar a natureza material dessa Constituição. Afirma-se, assim, que é prematuro qualquer juízo sobre a natureza da Constituição de 1988, evitando se referir ao tema. Mesmo quando apresentam análises históricas sobre a Constituinte, os constitucionalistas evitam analisar o significado da Constituição de 1988, limitando-se a atribuir-lhe adjetivos generosos (cidadã, moderna, inovadora), sem fundamentação lastreada em uma análise institucionalmente detalhada.

Além disso, continuam:

(...) os constitucionalistas brasileiros com preocupações mais teóricas se dedicaram, nas duas últimas décadas, sobretudo a amplos debates sobre a natureza e os melhores métodos da interpretação constitucional e sobre o papel e a legitimidade do Poder Judiciário. Temos, por exemplo, um amplo debate entre substancialistas e procedimentalistas, que invocam obras de filósofos sobre o significado do ato de interpretar, o papel dos valores na Constituição, a postura do intérprete, as formas e os limites da adjudicação e temas semelhantes. Mas se preocupam menos com as características e o sentido político da Constituição de 1988, não analisando concretamente seu significado. Dessa forma, o debate permanece em alto nível de abstração, sendo, do ponto de vista disciplinar, mais uma questão de teoria e filosofia do direito, e até de filosofia política, do que propriamente de teoria da

Constituição. Em especial uma teoria da Constituição capaz de explicar o sentido da Constituição brasileira e as características de nosso constitucionalismo. (Lunardi e Dimoulis, 2013, p. 11)

Esta situação, como será visto adiante, possui uma explicação racional: não me parece resultado de mera negligência. No entanto, diga-se, para maior parte das pessoas que escrevem sobre o direito brasileiro pode ser difícil visualizar o problema ao qual eu estou me referindo aqui. Na melhor das hipóteses, mesmo que tais pessoas, em algum momento se vejam diante dele, dificilmente lhe atribuirão alguma importância. Afinal, se partirmos do pressuposto de que nossa experiência jurídica é idêntica ou muito semelhante à experiência jurídica de outros países, fica evidente a possibilidade de compreender nosso direito a partir de teorias estrangeiras sem necessidade de adaptação.

Fica mais fácil também, por via de consequência, comparar nosso direito a qualquer outro, tornando-se desimportante desenvolver um modo de pensar que se proponha a adequar-se à nossa realidade social e institucional. Do ponto de vista da divisão internacional do trabalho acadêmico, requer muito menos esforço importar teorias estrangeiras e eximir-se da tarefa de criar teorias próprias, se for a vontade do estudioso ou estudiosa, as quais podem ser redundantes e, portanto, desnecessárias diante da produção intelectual de países cujo sistema universitário seja tradicionalmente mais desenvolvido.

O silêncio da maior parte de doutrina constitucional sobre a necessidade de pensar a realidade brasileira a partir de conceitos diferenciados, ou seja, sobre a necessidade de construir uma teoria constitucional materialmente adequada ao nosso meio, faz crer que ela tenda a identificar-se com as ideias que esbocei acima. Mesmo autores representativos da escola chamada de neo-constitucionalismo, preocupados em encontrar teorias adequadas para interpretar nossa constituição, limitam-se a afirmar que ela é marcada por muitos princípios e normas abertas e, portanto, precisamos promover uma atualização metodológica para lidar com ela por meio da importação, sem grandes adaptações, de teorias estrangeiras como a teoria da argumentação de Robert Alexy ou a teoria da integridade de Ronald Dworkin, as quais seriam adequadas à nossa realidade, portanto, por não utilizarem a subsunção como modelo de racionalidade jurisdicional. Como exemplo e exposição desta posição, ver o trabalho de um de seus expoentes: Neto e Sarmento (2015).

Esta maneira de ver o direito brasileiro deixa de lado o fato de que nossas instituições, como como veremos adiante, foram construídas para impedir que se produzam julgamentos fundamentados em argumentações coerentes ao instituir nas cortes superiores o direito ao voto individual e a decisão por maioria de votos. E o que poderia soar como um mero defeito para observadores externos, no caso brasileiro, é uma característica, com vantagens e desvantagens (Rodriguez, 2013).

De outra parte, mesmo as pessoas que estudam o assunto reconhecem as peculiaridades de uma suposta cultura jurídica nacional podem terminar por atribuir a ela pouca importância para a reflexão teórica. Basta que olhe para ela como algo ruim, negativo, desprezível; algo que mereça ser criticado e transformado a partir do zero, a partir de parâmetros definidos por teorias estrangeiras; estes sim supostamente marcados por boas práticas institucionais.

Este modo de pensar, que domina a maior parte dos escritos brasileiros sobre teoria da racionalidade jurisdicional de que temos notícia, não apenas no campo do direito constitucional, a despeito de levantar pontos críticos importantes, ao apresentar outras experiências jurídicas para contraste com a nossa, põe no horizonte um projeto de reforma que parece postular a necessidade de um zero absoluto a partir do qual algo melhor possa ser edificado. Ademais, este modo de pensar demite-se da tarefa de refletir sobre as razões pelas

quais nosso direito é como é e qual a sua racionalidade específica, ou seja, como e por que ele funciona, ainda que não seja em bases racionais e argumentativas (Rodriguez, 2013).

Nos dois casos, ao trivializar nossa experiência jurídica ou ao transformá-la em uma realidade indesejável, forma e conteúdo da teoria da interpretação restam separados. Ambos modos de pensar imunizam a teoria em relação à experiência jurídica brasileira, na primeira versão porque tal experiência seria irrelevante para a teoria e, na segunda, porque ela seria deficiente e seus defeitos deveriam ser sanados pela importação das boas práticas estrangeiras.

Ao contrário de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy que procuram reconstruir o material jurídico de seus países, por exemplo os casos constitucionais julgados por suas cortes, e falar a partir de sua experiência jurídica concreta sem postular, eles mesmos, a aplicabilidade de suas teorias para além de suas fronteiras, nossa teoria do direito pensa, normalmente, contra ou sem a experiência jurídica brasileira, utilizando de teorias estrangeiras abstraídas de sua respetiva experiência jurídica, como se fossem conceitos totalmente independentes de seu contexto (Rodriguez, 2013).

O objetivo deste texto é propor uma outra maneira de refletir sobre a interpretação das normas e da Constituição brasileira, um modelo que leve a sério nossa experiência constitucional, cujo marco inicial é a Assembleia Nacional Constituinte. Para realizar este objetivo de maneira positiva, serão propostos alguns lineamentos de uma teoria da constituição adequada à nossa experiência, que sirva de baliza para orientar a interpretação de nosso texto constitucional. Uma teoria que não abdique do diálogo com a produção teórica mundial, mas que esteja também preocupada, em primeiro lugar, em reconstruir e oferecer orientações para a experiência jurídica brasileira.

A primeira parte deste texto irá apresentar uma reflexão sobre o fundamento e legitimidade da Constituição advogado a partir do trabalho de Marcos Barbosa Pinto (2009), *Constituição e Democracia*, o primeiro e provavelmente único autor de que tenho notícia a relacionar a experiência constitucional brasileira à reflexão sobre a teoria da constituição. Barbosa Pinto argumenta ser necessário fundamentar a *nossa* constituição, ou seja, buscar argumentos para justificar a supremacia da Constituição brasileira sobre a legislação ordinária em nossa experiência jurídico-política, sem diluir tal fundamentação em afirmações formais e abstratas da supremacia da constituição.

Em texto publicado um ano antes, diga-se, Marcos Nobre (2008) mostrou que a indeterminação da nossa Constituição é resultado da falta de hegemonia política no momento da elaboração da carta e fator para sua estabilidade. No entanto, o assunto de Nobre não é a construção de uma teoria da constituição, ou seja, um conjunto de diretivas para interpretar a constituição diante de problemas jurídicos concretos e sim a compreensão do processo político brasileiro.

Outra fonte importante de reflexão sobre este período, esta, uma pesquisa de primeira mão sobre nossa Constituinte, ainda que não para a reflexão teórica, é o fundamental livro de Adriano Pilati (2008), *A Assembleia Constituinte de 1987 a 1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Cito ainda o livro de Rodrigo Mendes Cardoso (2017), *A Participação Popular na Constituinte de 1987-1988*.

Como veremos, Barbosa Pinto, o fundamento de legitimidade específico de nosso texto constitucional, marco de nossa experiência político-constitucional recente, é a Assembleia Nacional Constituinte. Em sua opinião, a Constituinte brasileira não teve precedentes no mundo em termos de intensidade e riqueza do debate em razão da imensa participação social. E porque nosso o texto constitucional foi produzido desta forma, por um processo de altíssima

voltagem política, a Constituição deve prevalecer sobre as leis ordinárias, produzidas com um grau muito menor de mobilização social.

Em sua segunda parte, este texto apresentará uma visão da interpretação da Constituição que chamarei de *originalismo democrático*, um conjunto de orientações para a interpretação constitucional cujo objetivo central é transformar a experiência de democracia da Assembleia Nacional Constituinte em um modelo de procedimento para a interpretação das normas constitucionais, mantendo em nosso horizonte nossas instituições como elas são. Desde logo esclareço que este modelo não faz sentido algum se aplicado à atuação do STF na condição de jurisdição ordinária, por exemplo, nos casos criminais que ele tem a competência de julgar. Seu pressuposto é que esteja em ação sua competência na condição e justiça constitucional.

A ideia do *originalismo democrático* é propor a reprodução, por meio do desenho institucional do STF a mesma intensidade política presente no momento da criação de nossa Constituição e, desta forma, dotar a interpretação constitucional um grau de legitimidade democrática análogo ao da Assembleia Nacional Constituinte, afastando assim eventuais críticas sobre seu caráter anti-democrático, ou seja, sobre a sua capacidade de declarar a invalidade de normas produzidas por poderes eleitos pelo voto direto.

Nesse sentido, a interpretação constitucional não deveria se configurar como uma atividade estritamente hermenêutica, um trabalho teórico-filosófico a partir de textos realizado por técnicos especializados, mas sim como um procedimento interpretativo-participativo marcado por um momento textual e especializado, mas que não se resume a ele. Nesse sentido, o *originalismo democrático* apresenta justificativas e alternativas para que a interpretação constitucional deixe de ser vista como uma atividade meramente hermenêutica, levada adiante por juízes e juízas pensados como meros burocratas.

Este modelo propõe que a tarefa interpretativa seja vista como uma tarefa discursiva e participativa. Em uma palavra, trata-se propor um modelo de interpretação que ajude a promover a despersonalização de nosso Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal e relativize a centralidade dos Juízes e Juízas no processo interpretativo, que seriam transformados não em heróis individuais, mas, possivelmente, em anti-heróis responsáveis por coordenar procedimentos participativos destinados a dar sentido ao texto constitucional.

A necessária superação da visão heroica e individualista da interpretação constitucional implica na exigência de uma fundamentação institucional das decisões do STF, uma decisão cujo objetivo seja incluir o máximo de argumentos possíveis, especialmente os argumentos relevantes naquele contexto e momento histórico, identificados com o auxílio de mecanismos de participação direta da sociedade na interpretação constitucional. Nesse sentido, a exigência de *inclusividade argumentativa* não se refere a um eventual inventário de argumentos em abstrato, mas deve ser pensada como *máxima inclusividade contextualizada*, fiel ao estado atual dos conflitos políticos e seu possível desenvolvimento.

Uma constituição sem vencedores: o significado político da incoerência

Em *Constituição e Democracia*, Marcos Barbosa Pinto argumenta que o fundamento da supremacia da Constituição brasileira sobre a legislação ordinária reside em seu processo de criação, dotado de uma intensidade política sem par, inclusive em nível internacional, incomparável com a criação de qualquer lei ordinária brasileira. Para justificar tal afirmativa, o autor mostra que a Constituinte foi a jusante de um longo processo de luta social que

começou na campanha pelas eleições diretas no Brasil durante o período final da ditadura civil-militar, instaurada em 1964.

Antes de prosseguir, esclareço que não farei referência a outras fontes para contar a história de nossa constituinte, exceto muito pontualmente, pois o que me interessa aqui é reconstituir a argumentação de Marcos Barbosa Pinto e não esgotar as fontes a respeito deste assunto para produzir uma interpretação própria do período, objetivo que exigiria a escrita de outro texto.

Assim, sigo afirmando que o movimento “Diretas Já!” teve como marco inicial a emenda do Senador Dante de Oliveira, proposta em 1983. A campanha mobilizou a sociedade brasileira de forma nunca antes vista. Seu momento culminante foi a manifestação ocorrida no dia 16 de Abril de 1984 que reuniu um milhão e meio de pessoas no Vale do Anhangabaú em São Paulo (Pinto, 2009:75), a maior manifestação pública já registrada no Brasil até então.

A derrota da Emenda Dante de Oliveira no Congresso Nacional não sufocou a demanda popular por um novo regime político, pois era isso que estava em jogo. Atribui-se a essa imensa mobilização popular a eleição de Tancredo Neves como Presidente da República pelo colégio eleitoral, candidato que não era apoiado pelos militares. Com a sua morte trágica e prematura, antes da posse como Presidente, José Sarney assume o cargo e convoca meses depois a Assembleia Nacional Constituinte.

Barbosa Pinto nos relata que a reivindicação por uma nova constituição fazia parte da agenda do MDB, partido de oposição à Arena no sistema bipartidário criado pela ditadura, e constou da ata da primeira reunião formal do comitê da campanha “Diretas Já!” (PINTO, 2009, 76-77). Pode-se dizer, portanto, que sua convocação foi impulsionada por um movimento de massas sem paralelo na história de nosso país e que durou anos. Não é de se admirar, portanto, a intensa participação popular na Assembleia Nacional Constituinte.

Para começar, a constituinte partiu do zero, ou seja, não teve como ponto de partida um anteprojeto elaborado por um deputado, senador ou jurista de renome, como é comum na produção das leis. Também não havia uma agenda prévia que definisse os limites ou os objetivos da Assembleia Nacional Constituinte. Tudo pôde ser discutido (Pinto, 2009). Adriano Pilatti (2008) produziu um relato detalhado do funcionamento da Constituinte que corrobora e documenta tais afirmações.

O dia a dia da Constituinte foi marcado por intensa participação direta da sociedade nas comissões, responsáveis por elaborar as diversas partes do texto constitucional. Além disso, foram encaminhadas ao Congresso Nacional emendas populares e sugestões de cidadãos e entidades variadas. Como relata Barbosa Pinto (2009, p. 81), foram cerca de 120 emendas populares, legitimadas por 12 milhões de assinaturas, mais de 70 mil sugestões de cidadãos e organizações. Foram realizadas mais de 180 audiências públicas que contaram com a participação da sociedade civil que compareceu para debater as partes do texto constitucional que eram de seu interesse direto. O relato de Mendes Cardoso (2017) é ainda mais detalhado, mapeando a participação popular em todas as comissões temáticas da Constituinte e verificando seus efeitos sobre o texto final.

A sociedade civil organizou-se para participar e acompanhar a Constituinte com a criação de espaços e entidades como o Plenário Pró-Participação Popular na Constituinte, o Movimento Nacional Pela Constituinte, o Movimento Gaúcho Pró-Constituinte. Entidades já existentes também se envolveram com intensidade no processo como o DIAP – Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar, a OAB, a Igreja Católica, organizações de defesa dos direitos da mulher, dos negros e negras, CUT – Central Única dos Trabalhadores, CGT – Central Geral dos Trabalhadores, FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, CNI –

Confederação Nacional da Indústria, CONTAG – Confederação Nacional dos Trabalhadores em Agricultura, MST – Movimento Sem-Terra.

Até mesmo os empresários organizaram-se na União Brasileira dos Empresários, cujo objetivo foi defender seus interesses na Constituinte. Foi criada também a Frente Nacional pela Livre Iniciativa, que teve papel importante na discussão do texto final da Constituição (Pinto, 2009, p. 82).

Em quase dois anos de debates intensos, abertos, realizados com ampla publicidade, 6 mil emendas foram apresentadas nas subcomissões temáticas, 7 mil nas comissões especiais e 20 mil na comissão de sistematização. Esta última comissão produziu três textos constitucionais completos que foram debatidos exaustivamente para dar origem ao texto final, aprovado em duas rodadas de votação pelo Congresso Nacional, após vários destaques votados em separado (Pinto, 2009, p. 83).

A despeito de tudo isso, como nos relata Barbosa Pinto, a Constituinte foi objeto de uma série de críticas no que diz respeito à sua legitimidade. A primeira delas aponta que nossa Constituição não foi elaborada por uma Assembleia Nacional Constituinte especificamente eleita para este fim e seu texto não foi aprovado diretamente pelo povo por meio de um referendo. Outra crítica reza que nossa Constituição foi vítima de grupos de interesse que se apropriaram de seu texto em seu favor e uma última crítica afirma que a Constituinte não passou de um pacto entre elites que tinha como objetivo impedir uma verdadeira transformação da sociedade brasileira (Pinto, 2009, 85-96).

Barbosa Pinto refuta cada uma dessas críticas, demonstrando que o processo constituinte foi marcado por um debate ideológico aberto e público e sustentando que não haveria nenhuma garantia de que a escolha de qualquer outro caminho tivesse gerado mais participação e mais discussão. A Constituinte foi “um processo extremamente aberto e disputado em que não existiram coalizões estáveis e no qual partidos políticos operaram de maneira fragmentada” (Pinto, 2009, p. 96), conclusão corroborada por Mendes Cardoso (2017). No mesmo sentido, avalia Marcos Nobre (2008, p. 98):

Considero a CF de 1988 como expressão de uma crise de hegemonia advinda do fim da ditadura militar e da redemocratização. No caso do processo de redemocratização brasileiro, isso significa que o bloco de sustentação da ditadura militar havia se desagregado, não tendo sido capaz de manter o controle da transição. Mas, ao mesmo tempo, não se formou nesse período um bloco alternativo, capaz de dirigir o processo, isto é, capaz de estabelecer de antemão as regras que devem reger a própria disputa política. Com isso, o processo constituinte foi marcado por novidades como uma intensa e influente participação da sociedade civil organizada, um fenômeno de magnitude única na história brasileira. De outro lado, foi marcado igualmente pela ausência de um bloco hegemônico, o que levava as disputas invariavelmente para *clinchs* políticos”.

O resultado foi este texto longo e marcado pela consagração de princípios contraditórios que dificilmente podem ser organizados sistematicamente em um todo coerente. Até hoje há críticas que apontam que a CF teria tornado o país ingovernável justamente por esta razão. Por exemplo, Jose Sarney (2008) em entrevista ao *Conjur* em 2008 afirmou:

Foram incluídos na Constituição todas as reivindicações corporativas, tornando o país ingovernável, com um desbalanço entre seu poder e seu dever. Nosso sistema eleitoral é ainda o do voto uninominal proporcional, funcionando sem partidos. Nosso sistema de governo mistura a competência dos Poderes. O mecanismo da Medida Provisória tornou-se o principal meio de legislar.

De fato, praticamente todos os conflitos sociais brasileiros estão expressos no texto Constitucional que pode ser visto como um verdadeiro mapa das disputas até hoje presentes em nossa sociedade civil. Políticas sociais, de saúde, incentivos à livre-iniciativa, intervenções do Estado na economia, conflitos raciais e em razão de gênero, questões relativas à justiça tributária, federalismo, problemas empresariais, interesses do funcionalismo público, conflitos de terra, conflitos indígenas e quilombolas, entre tantos outros, estão presentes no texto constitucional com a mesma hierarquia. Evidentemente, satisfazer a todos ao mesmo tempo significaria criar um país perfeito e pacificado, subtraído de todas as suas divergências.

No entanto, não era objetivo da Constituição solucionar todos estes problemas, ao contrário. Estamos diante do que eu denomino *constituição sem vencedores*. Um texto Constitucional que acolheu todos os conflitos sociais brasileiros sem decidir nenhum deles com a finalidade de oferecer à sociedade instrumentos para mediar suas disputas mediadas por meio do direito, mas sem conceder a vitória final a nenhum grupo social. Nesse sentido específico, trata-se de um texto radicalmente democrático.

Por exemplo, o estímulo à livre-iniciativa se fez a par da consagração de uma série de direitos sociais e hipóteses de subsídios estatais às empresas e intervenção do estado na economia, a Constituição estimula o desenvolvimento do mercado e protege os povos tradicionais, ou seja, para cada valor consagrado na Constituição, podemos encontrar valores concorrentes e até mesmo contraditórios.

Tal fato revela claramente que o texto não foi o resultado da hegemonia política deste ou daquele grupo social sobre a sociedade brasileira. Antes, ela é um retrato fiel de nossas mais profundas divergências. Por esta razão, todos os grupos sociais podem e fazem referência ao texto Constitucional para defender seus projetos de país e suas demandas. Por exemplo, como nos mostra Marco Nobre (2008, p. 99):

Foi no bojo desse processo de superação da crise de hegemonia da redemocratização que a Constituição Federal adquiriu progressivamente a legitimidade de que desfruta hoje. Por um lado, ao se propor a difícil tarefa de obter três quintos dos votos nas duas casas do Congresso para alterá-la, o governo FHC reconhecia a sua importância e legitimidade. Do lado dos opositores às reformas, a defesa do texto original da CF era invocada contra as alterações propostas. O mesmo PT que não votou a favor do texto em 1988 passou a defender o texto com afinco na década de 1990. Portanto, se em 1993 a revisão constitucional não se realizou e a CF era ainda largamente considerada como um Frankenstein político-jurídico, dois anos depois ela era considerada da referência partilhada por todas as forças políticas do país.

A figuração jurídica desta incongruência constitucional demorou a ficar totalmente explícita na teoria constitucional nacional. Salvo engano, nos primeiros anos de vigência de nossa constituição, o debate jurídico se deu a partir do conceito de “eficácia das normas constitucionais”, sob a imensa influência do livro sobre o assunto escrito por José Afonso da Silva (1998) e comentado por todos os primeiros intérpretes do texto Constitucional. Ou seja, o debate jurídico se deu em função do texto da Constituição e não de sua interpretação. A disputa neste registro, parecia partir do pressuposto de que o texto Constitucional havia consagrado claramente uma série de direitos, os quais deveriam ser simplesmente efetivados pelo Poder Judiciário.

A estratégia das forças sociais e da disputa pela constituição na esfera pública neste momento era reivindicar a mera implementação do texto constitucional. Por exemplo, a década de 90 foi marcada por um ciclo de reformas do texto da Constituição levada adiante por Fernando Henrique Cardoso, que fez aprovar uma série de emendas constitucionais (Melo, 2002). Nesta época, diga-se, tínhamos um Supremo pouco atuante, ao menos em casos considerados inovadores para nossa tradição constitucional. O debate sobre a mudança constitucional ficou localizado no Executivo e no Legislativo.

À exceção de livros pioneiros como os de Paulo Bonavides (2006) e Eros Grau (2008), a produção teórica em direito constitucional reservava menos espaço à hermenêutica e à teoria da argumentação, que tardou alguns anos a se desenvolver a par da explicitação de conflitos sobre o sentido da constituição que não podiam ser resolvidos pelo mero recorrer à literalidade do texto constitucional. Com o passar dos anos, houve uma explosão de escritos sobre interpretação constitucional e interpretação em geral, explosão esta que parece seguir o ritmo do acirramento de conflitos sobre a interpretação da Constituição, não mais sua reforma, em função de uma postura cada vez mais ativa dos Tribunais em tematizar e inovar na interpretação do texto constitucional.

A mudança de arena do Parlamento e do Executivo para o Poder Judiciário ainda carece de explicação mais extensiva. Mas ao que tudo indica, esta transformação é contemporânea ao auge do assim chamado peemedebismo, marca de nossa cultura política desde a década de 80 (Nobre, 2013). A lógica do peemedebismo, descrita por Marcos Nobre, é tentar manter dentro de um mesmo partido e depois, dentro de um mesmo governo, tendências heterogêneas e contraditórias por meio de um sistema de vetos aos temas de interesse de cada grupo. Sob o peemedebismo, qualquer grupo pode aderir ao governo e, caso consiga organizar um grupo de pressão, pode vetar as medidas que digam respeito a seus interesses. Este sistema evita o confronto aberto das forças políticas no espaço público em troca da criação de maiorias que partilham o governo e tem a capacidade de impedir que uma série de pautas avancem. A inclusão contínua de participantes na maioria tem limites, vide as manifestações de junho de 2013 e a crise política que se seguiu e ainda não dá sinais de terminar (Nobre, 2013).

Seja como for, parece fazer sentido dizer que uma série de pautas barradas pela maioria que sustentou os governos nos últimos 15 anos foram direcionadas ao STF. Um trabalho de pesquisa a ser feito para comprovar esta hipótese seria o mapeamento da base social interessada nos julgamentos do STF nos últimos anos cruzado com uma investigação sobre seu papel nos acordos políticos da maioria que sustentou os últimos governos. O autor deste

texto teve a experiência pessoal de se deparar com um desses vetos na condição de pesquisador, durante a realização do projeto de pesquisa sobre Propriedade Intelectual e Conhecimentos Tradicionais financiado pelo PNUD e coordenado pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Durante o projeto, fui convidado a dialogar com diversas áreas do governo para conhecer suas expectativas sobre nossa pesquisa.

Na Casa Civil, fui convidado a conversar com o advogado responsável pelo andamento dos projetos de lei sobre este tema no Legislativo. Nesta ocasião, me foi dito claramente que o tema envolvia interesses da agricultura, especialmente no que diz respeito a sementes, e pesquisa de conhecimentos tradicionais indígenas: sem um acordo político claro entre essas forças, o governo iria “sentar em cima” (sic), ou seja, o tema seria levado adiante e, portanto, minha pesquisa teria pouca utilidade imediata para a elaboração de uma nova legislação.

O Supremo parece ter percebido com clareza que havia um espaço político vazio a ser ocupado por este Tribunal, neste caso, exercendo funções claramente contra majoritárias, a favor de pautas excluídas do acordo das maiorias peemebista. Isto se deu principalmente a partir da Presidência de Gilmar Mendes entre 2008 e 2010 (Ferreira; Fernandes, 2013). A partir deste momento, este Tribunal começa a estreitar as suas relações com a sociedade civil, passando a dar maior importância às audiências públicas, por exemplo, e assumindo com clareza a tarefa de dar sentido para o texto constitucional, diante de uma série de problemas sociais levados a este tribunal por meio de ações constitucionais. Sobre este momento, afirmam Siddharta Legale Ferreira e Eric Baracho Dore Fernandes (2013, p. 21):

... a "Corte Gilmar Mendes" evidenciou um terceiro momento histórico, a partir do qual o Judiciário definitivamente foi alçado à condição de protagonista no cenário político brasileiro, proferindo decisões que ousaram ir um pouco além das tendências autocontidas da "Corte Moreira Alves" e consolidando-se como importante instância contra majoritária, na qual acabam sendo discutidos os maiores dilemas institucionais da nação. Já consolidadas as técnicas de interpretação e aspectos processuais mais relevantes dos instrumentos de controle concentrado, o Supremo passa a agir de forma mais ativista, como, por exemplo, no caso da inconstitucionalidade por omissão, tema em relação ao qual a mudança de entendimento foi considerável em relação ao momento anterior.

O movimento, por assim dizer, da eficácia à hermenêutica das normas constitucionais, culmina, no entanto, diante da imensa dificuldade em atribuir um sentido claro e evidente às normas extraídas do texto constitucional. Também organizá-las em um todo coerente. Começa a ficar cada vez mais claro que qualquer solução proposta para um problema jurídico que envolva a constituição envolve uma proposta de ordenação de princípios e regras sempre passível de refutação e contestação por propostas concorrentes. Como nos ensina Humberto Ávila (2015, p. 167): “A questão de saber se há prevalência ou hierarquia abstrata entre normas jurídicas, no sentido e uma ordem imanente de preferência, é altamente conturbada. Uma relação definitiva de prevalência entre normas jurídicas constitucionais (...) é insustentável.”

Estas afirmações, em sentido geral, valem é claro, para qualquer interpretação jurídica, não apenas para a interpretação constitucional. Toda interpretação se dá em um espaço de

indeterminação que o intérprete irá preencher com fundamento em determinados critérios, critérios os quais estão longe de ser objeto de consenso entre teóricos e profissionais do direito. Mesmo diante de normas de comportamento que estabeleçam tipos de fatos jurídicos em abstrato, a qualificação jurídica dos fatos concretos não se dá por mera subsunção dos fatos à norma e tem sido descrita de diversas formas, por exemplo, como um raciocínio essencialmente analógico ou tópico e não subsuntivo (Kaufmann, 2004 e Viehweg, 1979 respectivamente; para a relação entre tópica e direito civil brasileiro, ver Fachin, 2015).

Talvez seja este o único resultado consensual ao qual a teoria do direito chegou ao longo do século XX. Nenhum furto, nenhuma compra e venda, nenhum casamento é igual a outro: cada conjunto de fatos concretos que se pretendam qualificar juridicamente é dotado de características singulares as quais podem não se enquadrar com total precisão no tipo abstrato descrito na norma. “São proibidos animais no transporte público coletivo”: inclusive cães-guia de deficientes visuais? Também peixes ornamentais transportados um saco plástico? Ou cães-robô que mimetizam o comportamento dos animais reais?

A resposta a cada um destes problemas pode variar em função do método interpretativo aplicado, por exemplo, em função das diversas maneiras de avaliar a finalidade da norma em questão e da função atribuída ao poder judiciário no processo de atribuir sentido às normas jurídicas. Posições textualistas ou que apelem para a finalidade da norma, neste caso, propondo-se a investigar e sustentar a existência de princípios a elas implícitos, produzirão resultados diversos; todos eles passíveis de justificação coerente em face do material jurídico positivo à disposição do intérprete.

Ora, diante de um texto constitucional altamente complexo e incongruente como o texto da CF de 1988 e da atual posição assumida pelo STF, o caráter construtivo, ativo, criativo do intérprete fica na mais completa evidência (Rodriguez, 2013). Mais do que isso, a tarefa de organizar as regras em um todo coerente com a finalidade de tratar casos semelhantes de forma semelhante passa a ser desempenhada em face de um grave risco político: atribuir a vitória a um valor e, portanto, aos desejos e interesses de determinados grupos sociais, onde o projeto constitucional desenhou um acordo indeterminado, sem vencedores claros.

Nesse sentido, a construção de interpretações coerentes do texto constitucional, em determinadas circunstâncias, pode ser vista como um desvalor, afirmação claramente contra intuitiva para qualquer jurista treinado no pensamento dogmático mais tradicional, marcado pela ideia de sistema. A interpretação constitucional não pode, por meio do ato heroico - e institucionalmente irracional, como veremos adiante - de um juiz ou juíza isolada, pôr em risco o sentido aberto e sem vencedores do pacto político-constitucional celebrado pela nação brasileira em 1988.

Apressar-se a resolver a suposta incoerência da constituição por amor a um possível “espírito de sistema”, necessidade que muitos teóricos do direito entendem como essencial ao direito, pode terminar representando um desserviço ao sentido e à estabilidade de nossa Constituição, adequada para lidar com uma sociedade, plural, complexa e rasgada por conflitos sociais deflagrados. Em uma palavra, a incoerência de nossa Constituição exerce um papel político primordial.

Como veremos, isso não significa que as pessoas passem a evitar interpretar a Constituição. Este texto não defende as pessoas encarregadas de interpretar o texto se eximam da tarefa com o objetivo de deixar totalmente em aberto o sentido do texto Constitucional. É necessário, em algum momento, estabilizar determinadas interpretações, especialmente em casos controversos. A meu ver, o que foi dito até aqui evidencia apenas que a interpretação constitucional inovadora não pode ser pensada e praticada como uma atividade meramente intelectual, solitária, técnica, atribuída a juízes e juízas, certamente

eruditos e eruditas, postos heroicamente (ou herculeamente) entre o texto constitucional, o problema concreto, o passado do direito, seu futuro e o poder de seus intelectos. As características da Constituição brasileira impõem a adoção de um procedimento radicalmente democrático, que passe bem longe da mera atividade hermenêutica. Como nos lembra Ferdinand Lassalle (2013, p. 46): “as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores de poder que imperam na realidade social.”

A figura do juiz Hércules criada por Ronald Dworkin (2007) soa, nessa ordem de razões, completamente inadequada para figurar nossa tradição constitucional, com o potencial de pôr em risco a instabilidade de nossas instituições. Pois a interpretação constitucional no Brasil não pode ser concebida, diante das características de nossa tradição constitucional mais recente, como uma tarefa que diga respeito à opinião supostamente esclarecida do juiz ou juíza individual, por mais que Dworkin reconheça que a justificação não pode ser uma opinião, a expressão da consciência dos juízes ou juízas, ela precisa buscar expressar a “resposta correta” para determinado caso em seu contexto, de acordo com o sentido do projeto constitucional e utilizando os materiais jurídicos presentes naquela tradição.

Mesmo assim, o fato é que os magistrados e magistradas divergem e o fundamento de sua divergência, para Dworkin, são tomadas de posição filosóficas meramente pessoais a respeito do problema jurídico em questão e não como a expressão de interesses sociais em jogo em uma determinada sociedade. Não se trata de negar que os magistrados sejam pessoas que toma posições a respeito da ordem constitucional. No entanto, na falta de um texto ou de uma tradição constitucional que tenha feito opções valorativas claras e, assim, contribua para tonar as decisões menos pessoais e mais institucionais, tal tomada de posição deve ser pensada de uma maneira completamente diferente.

Toda interpretação constitucional tematiza o pacto político fundamental plasmado no texto constitucional e por isso sempre será uma tarefa com grande significado político que deve ser realizada, se possível, com um grau semelhante de legitimidade àquele da Assembleia Nacional Constituinte, ou seja, não pelo juiz ou juíza isolados, mas pelo diálogo entre ele e ela e os cidadãos e cidadãs interessados e interessadas na decisão do caso, tendo em vista um projeto constitucional como o brasileiro que se caracteriza, justamente, por se recusar a se fechar em uma narrativa coerente, em um sentido claro, unívoco e organizado.

Para ficar na tradição grega, não precisamos de um juiz Hércules, mas de um juiz ou juíza Sócrates, um juiz ou juíza que interpele constantemente os cidadãos e cidadãs na ágora para conhecer e testar as razões que os levam a dotar esta ou aquela posição diante do problema enfrentado pelo Tribunal.

Ora, não é possível criar uma situação que reviva, ainda que em parte, o mesmo grau de voltagem política de nossa Assembleia Constituinte confiando apenas na consciência pessoal, sábia e silenciosa dos juízes e juízas. Para realizar esta tarefa em nosso contexto será necessário que a pessoa do Juiz possa utilizar uma série de mecanismos institucionais como elementos capazes de figurar os conflitos sociais com o máximo de fidelidade possível com o objetivo de fazer com que a decisão tomada seja a mais responsiva possível aos interesses em conflito, tentando realizar na prática o objetivo de uma *máxima inclusividade situada*.

A indesejável coerência: um modelo para exportação

Sabemos que toda interpretação jurídica se dá em um espaço de indeterminação, ainda mais diante de um Constituição como a nossa, ponto que examinamos no item anterior. Por

isso mesmo, é muito duvidoso que qualquer interpretação, realizada por quem quer que seja, seja capaz de convencer facilmente nossa sociedade de sua adequação.

Como também já foi visto, não é adequado ao projeto constitucional brasileiro pôr-se a organizar, individual e abstratamente, o que o legislador deixou incongruente e vago; pôr-se a sistematizar o que foi pensado como pacto aberto e sem vencedores. Diante de nossa Constituição, o excesso de espírito de sistema pode evidenciar tendências com potencial autoritário, oligárquico ou aristocrático, que tenderão a passar por cima da manifestação da soberania popular expressa em uma Constituinte marcada por alto grau de voltagem política.

O *originalismo democrático*, portanto, parte do pressuposto de que nossa experiência político-constitucional não produziu valores claros e organizados, plasmados em princípios constitucionais coerentes, mas sim uma pauta de problemas sociais disciplinados de forma aberta por nosso texto constitucional. Nesse sentido, nosso texto deve ser encarado como um mapa político-jurídico dos conflitos sociais brasileiros, cuja função é oferecer parâmetros para lidar com os conflitos sociais, sem oferecer-lhe solução antecipada.

Nossa Constituição, lembremos, não é fruto de uma revolução, liberal ou socialista, mas sim de uma crise de hegemonia. O caráter aberto, contraditório e extensivo da disciplina constitucional brasileira põe o STF, em sua nova postura ativista, no centro da ordem política brasileira, abrindo espaço para que este poder se manifeste sobre os mais variados problemas sociais, desde que acionado para este fim é claro.

Daí a necessidade de pensar a interpretação constitucional como uma tarefa argumentativa e participativa ao mesmo tempo. A interpretação da Constituição deve ter como objetivo fazer soar o máximo de vozes sociais em seu interior, utilizando-se para tanto de diversos mecanismos institucionais os quais devem procurar reconstruir, na medida do possível a experiência democrática participativa da Assembleia Nacional Constituinte. Os juízes e juízas devem estabelecer uma relação contínua com a sociedade para tentar construir boas respostas para os problemas que irão enfrentar.

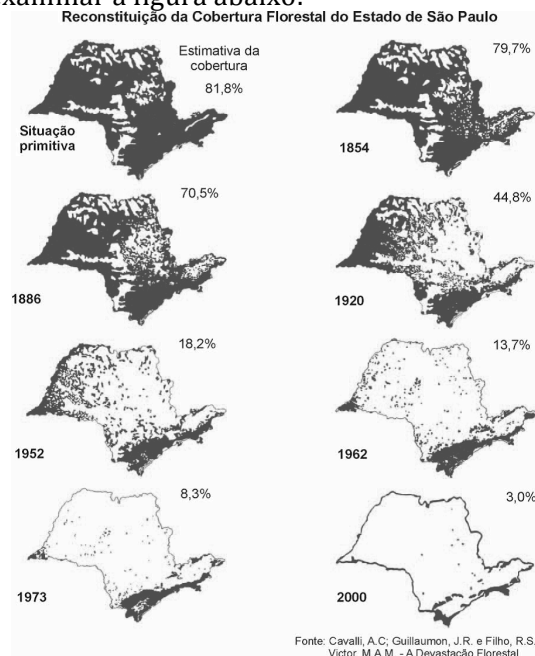
Por esta razão, o originalismo democrático vê a interpretação constitucional como um processo que inclui a decisão dos Ministros e do Tribunal - seu momento culminante - e também as audiências públicas (Godoy, 2017), os *amici curiae* e quaisquer outros instrumentos capazes de promover o diálogo entre o Tribunal, outros organismos do Estado, mas principalmente, com a sociedade. Inclusive, mecanismos não institucionalizados como o exame de decisões de outras cortes e de Tribunais internacionais por alguns Ministros (Slaughter, 2005), diálogos com representantes da sociedade civil. Todos estes mecanismos não são vistos como externos ou complementares à argumentação, mas sim como internos a ela. Explico.

A conveniência de estabelecer um diálogo direto entre as Cortes e a sociedade brasileira é essencial para a legitimidade da decisão. A utilização de mecanismos que visem a internalizar as vozes sociais no processo decisório permite que os Tribunais, especialmente o STF, busquem identificar quais argumentos têm mais ou menos peso para as diversas forças sociais em conflito naquele momento histórico e naquele contexto específico. É claro, sempre haverá inúmeros argumentos possíveis, relativos a qualquer questão constitucional. E certamente haverá inúmeras nuances, capazes de promover variadas modulações de sentido para argumento que parecem idênticos. A despeito disso, há quem veja a argumentação como um processo abstrato que procura levar em conta o máximo de argumentos possíveis tendo em vista o objetivo de esgotar todos os argumentos relevantes a determinada decisão e produzir um texto escrito totalmente articulado e coerente.

Considero este modo de pensar equivocado. A legitimidade de uma decisão tomada em certo momento histórico precisa dialogar com os argumentos efetivamente mobilizados pela

sociedade na qual o conflito se desenrola tendo em vista seu significado específico, suas nuances, suas diversas formas de mobilização. Tentar identificar os temas e argumentos efetivamente mobilizados e o seu sentido concreto é essencial para que as Cortes sejam capazes de compreendê-los bem e atribuir a eles a importância e o peso devido. Um argumento pensado em abstrato pode ser útil em atividades de caráter classificatório ou analíticas, ou seja, para uma eventual crítica acadêmica das decisões judiciais, mas deixa de ser útil como elemento de uma argumentação, que só existe em concreto, diante de um determinado auditório, contexto e momento histórico.

Basta um exemplo simples para perceber a importância desta visão encarnada da argumentação. Imaginemos um caso judicial em que esteja em questão a preservação de uma determinada área de floresta nativa no Estado de São Paulo. Imaginemos também que a preservação desta área seja defendida de maneira radical, de forma aparentemente unilateral, sem levar em conta as necessidades de desenvolvimento econômico da região. Posta a questão desta maneira, em abstrato, a defesa de qualquer argumento de forma radical soa desarrazoada, afinal, nosso texto constitucional protege o meio ambiente sim, mas também a atividade empresarial. Soaria mais adequada uma solução que buscasse um equilíbrio entre estes dois valores no caso concreto. No entanto, se examinarmos o que resta da cobertura vegetal nativa do Estado, qualquer solução que não seja a sua preservação completa passa a soar inadequada. Basta examinar a figura abaixo:



Outro exemplo: a definição do que seja um negro ou uma negra é objeto de debates nas ciências sociais: a utilização de categorias pensadas para os Estados Unidos para pensar a questão racial no Brasil por exemplo é amplamente disputada pelos estudiosos do campo (Guimarães, 2004). Afirmar que pessoas negras são titulares deste ou daquele direito, necessariamente irá levantar este tipo de problema, que exige uma compreensão da realidade nacional, em especial o acesso à visão dos agentes sociais sobre si mesmos e sobre seus pares ou antagonistas.

O intérprete da Constituição que adote o *originalismo democrático* para orientar sua atuação deve procurar aumentar a voltagem política do processo decisório com o objetivo de ter certeza de que foi capaz, no limite de sua capacidade e da capacidade institucional da Corte, incluir a maior quantidade possível de argumentos devidamente contextualizados quanto a seu peso no processo decisório. Pois como já visto, é necessário argumentar a favor da supremacia da constituição e da interpretação constitucional com fundamento em algo mais, ou seja, com fundamento argumentos capazes de engajar uma determinada comunidade política no cumprimento da sua constituição específica.

É interessante perceber que o STF tem dado passos claros na direção de uma postura originalista democrática nos últimos anos com a realização de audiências públicas (Godoy, 2017), a aceitação de *amicus curiae* de maneira mais liberal (Godoy, 2017; Bisch, 2010) e o uso da TV e dos pedidos de vista para ativar a esfera pública em casos controversos, a despeito das teorias da interpretação não terem incorporado estes mecanismos como elementos internos à tarefa de interpretar a Constituição.

Por exemplo, como mostra Godoy (2017, p. 242), as audiências públicas têm sido utilizadas na argumentação dos Ministros, mas funcionam como meio para informar o juízo e não como espaços de debate sobre qual deveria ser a melhor solução para o caso e a aceitação ou não dos *amici curiae* não tem sido bem fundamentada por este Tribunal. Godoy defende que o STF se torne uma corte dialógica e passe a debater, internamente e com a sociedade, nas fases pré-decisional, decisional e pós-decisional desenvolvendo novos mecanismos institucionais para que isso se torne possível.

Nesse sentido, até mesmo o sistema de votação praticado por esta corte, objeto de ácidas críticas no “Como decidem as Cortes?”, poderia se mostrar adequado para esta finalidade (Rodriguez, 2013). Esta obra mostra que nossas cortes foram institucionalizadas para produzirem decisões irracionais, ou seja, decisões cujo fundamento é impossível de se verificar. Isto porque cada juiz ou juíza tem o direito de votar individualmente e a decisão final é obtida por maioria de votos. Os votos individuais podem ser fundamentados ao bel prazer de seus autores a autoras. Não há nenhum limite para isso.

Pode haver variação de argumentos citados, de casos anteriores mencionados como pertinentes, de autores de doutrina, filosofia, história e assim em diante, utilizados como elementos da justificação. O STF pode julgar casos por unanimidade de votos e, mesmo assim, será quase sempre impossível organizar e hierarquizar seus argumentos, ainda mais em casos controversos em que os Ministros e Ministras sentem a necessidade de estender seus votos por dezenas e por vezes centenas de páginas, sem contar com um momento de síntese, de organização dos argumentos utilizados em um voto da corte.

Os casos julgados, especialmente os controversos, contam com as opiniões de todos os juízes e juízas, sem que suas argumentações contribuam para a formação de uma razão institucional, coletiva, que fosse capaz de apresentar a corte em uma face unitária, ao menos no que diz respeito aos votos vencedores. No caso, sigo afirmando na mesma obra que a personalização da argumentação se revela muitas vezes nas características físicas do documento produzido a título de julgado em inteiro teor pelo STF. Não é incomum encontrarmos tipologias diferentes nos votos, espaçamentos diversos, votos entremeados a

debates e pedidos de vista em um emaranhado representativo do andamento do processo e dos debates e não um documento pensado com organicidade para expressar a vontade do tribunal.

Ainda, qualquer tentativa de conferir ao Supremo alguma racionalidade decisória deveria passar por repensar o sistema de votação individual, mais especificamente, por dotar o Tribunal de um momento reflexivo, um momento de síntese argumentativa que organizasse os diversos votos vencedores de tal modo a expressar para a sociedade quais foram afinal as razões de decidir do tribunal como um todo, do tribunal como instituição, e não de cada juiz ou juíza individual.

“Como Decidem as Cortes?” mostra que esta irracionalidade essencial e institucionalizada de nossas Cortes exerce papel político importante, por exemplo, aliviando as cortes do peso político de adotar como seu diante da sociedade este ou aquele argumento explosivo e permitindo que os julgamentos ocorram sem o constrangimento de uma trama argumentativa formada por razões decisórias coerente que pudesse vincular casos futuros.

Sem prescindir de um momento reflexivo e sintético, hoje inexistente, a possibilidade de voto individual dos juízes pode ser útil para o diálogo entre a Corte e a sociedade. A existência de diversos juízes e juízas com formações e posições muito diferentes pode ser extremamente importante para que a Corte como um todo seja capaz de formar uma visão adequada do conflito social subjacente ao caso. Evidentemente, desde que cada juiz ou juíza não assuma uma postura personalista, mas procure veicular uma visão do caso que coloque o mesmo sob uma nova luz.

Ademais, a existência de votos televisionados e de pedidos de vista, que suspendem o andamento do processo, podem servir para ativar a esfera pública ao permitir que ela se manifeste, por exemplo, por meio de artigos de jornal, blogues e escritos de toda natureza, sobre o caso a ser julgado, ou seja, permite que se ative a esfera pública para debater aquela questão específica. Imagina-se que a demora de alguns votos e pedidos de vista, muitas vezes, já esteja servindo a este fim, a despeito de tal uso não ser declarado expressamente pelos Ministros e Ministras.

Não parece haver prejuízo em que este uso fosse feito de forma transparente, conjugado com outros mecanismos destinados a ouvir a sociedade, sempre com a finalidade de impregnar a corte dos mais variados argumentos e pontos de vista. De novo, é evidente que o exagero no uso destes mecanismos e a ausência de justificação clara destes pedidos de vista frustraria os potenciais democratizantes destes mecanismos que eu estou apontando aqui.

Para além do contexto de sua criação, o originalismo democrático e as instituições que ele pressupõe pode ser pensado como um modelo decisório adequado para ambientes em que o direito não corresponde mais a um *nomos* unificado, ou seja, para ambientes em que o direito deixou de ser a expressão de um acordo entre as forças sociais e passou a ser um instrumento para mediar seus conflitos de forma relativamente pacífica, ou seja, no fundo, ele se tornou mais uma expressão destes conflitos.

Assim, em um nível mais fundamental, para além da crise de hegemonia que deu origem à nossa Constituição, estejamos diante de um texto constitucional e de instituições que expressem a fundamental ausência de um *nomos* juridicamente regulado na sociedade

brasileira. Um texto que não está e não pode estar fundado em um acordo substantivo de base, exceto quanto à formulação nominal de alguns princípios muito abstratos, cuja concretização diante de conflitos reais irá variar sempre, a depender do ponto de vista que se adote e do problema enfrentado.

Se o que foi dito estiver correto, a incoerência de nosso texto pode ser interpretada como expressão de uma dificuldade ainda mais fundamental da sociedade brasileira, qual seja, a de estabelecer laços de sociabilidade entre os seus componentes, problema posto em sua forma clássica por Sérgio Buarque de Holanda (1991, p. 9):

Não parece fácil determinar quando os habitantes da América lusitana, dispersos pela distância, pela dificuldade de comunicação, pela mútua ignorância, pela diversidade, não raro, de interesses locais, começaram a sentir-se unidos por vínculos mais fortes do que todos os contrastes e diferenças que os separam e a querer associar esse sentimento ao desejo de emancipação política. No Brasil, as duas aspirações – a da independência e da unidade – não nascem juntas e, por longo tempo ainda, não caminham de mãos dadas. As sublevações e as conjuras nativistas são invariavelmente manifestações desconexas da antipatia que, desde o século XVI, opõe muitas vezes o português da Europa e do Novo Mundo. E mesmo onde se aguça a antipatia, chegando a tomar colorido sedicioso, com a influência dos princípios franceses ou do exemplo da América inglesa, nada prova que tenda a superar os simples âmbitos regionais.

A dificuldade brasileira de constituir uma nação unida, em razão dos fatores apontados acima, dificultou, de acordo com Buarque de Holanda, a formação de um estado de direito no país. Se não existe este sentimento comum, se não há um fundamento igualitário em nossa sociabilidade, parece natural que as relações familiares e os interesses pessoais prevaleçam sobre a coisa pública, ou seja, sobre normas universais impessoais que impõem um tratamento igualitário a todos os cidadãos e cidadãs, como o autor argumenta em *Raízes do Brasil* (Holanda, 1991).

Não há espaço aqui para atualizar devidamente o pensamento de Sérgio Buarque de Holanda para o momento contemporâneo, mas vale a pena refletir a partir de sua obra sobre as dificuldades atuais em organizar a vida social em torno de valores comuns e o impulso de diversos grupos sociais ao isolamento, o que pode resultar em uma intensa fragmentação da sociedade. “Tribalização do mundo”, “modernidade líquida”, “crise de valores”, há inúmeras versões para a narrativa da perda de centralidade da moral e da ética e a tendência de valorizar a identidade de indivíduos e grupos, cada vez mais isolados e desconfiados diante de tudo o que seja estrangeiro e diferente.

De uma certa maneira, talvez seja razoável imaginar que a ideia de um direito baseado em um acordo básico excessivamente substantivo, cujo sentido seja evidente para todos os cidadãos e cidadãs, a ideia de um projeto constitucional unificado, é uma ilusão a ser evitada de projetos de sociedade etnicamente e culturalmente homogêneas e localizados no centro do capitalismo. Projetos políticos que imaginam ser possível chegar a amplos acordos estáveis

sobre seus problemas mais fundamentais, muito em função da abundância de recursos materiais para criar e garantir direitos para todas as pessoas.

Conclusões

Nesse sentido e já finalizando a presente pesquisa, talvez as instituições brasileiras, que se organizam para lidar com conflitos radicais na base social sob um regime de relativa escassez de recursos para financiar os direitos e não almejam a construção de uma visão racional e sistemática de seu texto Constitucional, tenha algo a oferecer ao pensamento jurídico mundial, uma visão plural e, no limite, multinormativa de qualquer projeto constitucional, que reconhece, inclusive, a normatividade das regras do direito dos povos originários e, eventualmente, de outras ordens normativas transnacionais como aquelas surgidas nos últimos vinte anos (ver Berman, 2012) problema que eu não tenho espaço para desenvolver aqui.

Assim, ao invés de pensar sobre nosso direito tendo em mente o que falta a ela para que ele atinja os padrões racionais de experiências jurídicas estrangeiras, talvez possamos imaginar que nossa experiência jurídica constitui um possível experimento institucional capaz de inspirar países marcados por alta diversidade cultural e étnica, características que podem se agudizar, especialmente em razão da globalização, processo que se acelerou a partir da década de 90 do século passado. No mínimo, não parece razoável pensar nossas instituições a partir do que falta a elas para se tornarem iguais às instituições de outras regiões do planeta, mas sim a partir do que elas efetivamente são.

Referencias Bibliográficas

- ÁVILA, H. 2015. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo, Malheiros.
- BERMAN, P. S. 2012. *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. Cambridge, Cambridge University Press.
- BISCH, I. da C. O. 2010. *Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: Um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- BONAVIDES, P. 2006. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros.
- CARDOSO, R. M. 2017. *A Participação Popular na Constituinte de 1987-1988*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- HOLANDA, S. B. de. 1991. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro, Jose Olympio.
- DWORKIN, R. 2007. *O Império do Direito*. São Paulo, Martins Fontes.
- FACHIN, L. E. 2015. *Direito Civil: sentidos, formação e fim*. Rio de Janeiro, Renovar.
- FERREIRA, S. L.; FERNANDES, E. B. D. 2013. O STF nas "Cortes" Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, 9(1): 23-45.
- GODOY, M. G. 2017. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte, Fórum.
- GUIMARAES, A. S. A. 2004. Preconceito de cor e racismo no Brasil. *Revista de Antropologia*, 47(1):9-43.

- GRAU, E. 2008. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo, Malheiros.
- KAUFMANN, A. 2004. *Filosofia do Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbekian.
- LASSALLE, F. 2013. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- LUNARDI, S; DIMOULIS, D. 2013. Teorias Explicativas da Constituição Brasileira. In: O. V. Vieira et alii. *Resiliência Constitucional: Compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo, Direito GV, p. 11-17.
- NETO, C. P. de S.; SARMENTO, D. 2015. Controle de Constitucionalidade e Democracia: Algumas teorias e parâmetros do ativismo. In: D. Sarmento (org.), *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro, Forense, p. 73-114.
- NOBRE. M. 2013. *Imobilismo em Movimento: Da democratização ao governo Dilma*. São Paulo, Companhia das Letras.
- NOBRE, M. 2008. Indeterminação e Estabilidade. *Novos Estudos CEBRAP*, **82**:97-106,.
- PILATTI, A. 2008. *A Constituinte de 1987-1988. Progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris/Editora PUC-Rio.
- PINTO, M. B. 2009. *Constituição e Democracia*. Rio de Janeiro, Renovar.
- RODRIGUEZ, J. R. 2013. A desintegração do status quo: direito e lutas sociais. *Novos Estudos – CEBRAP*, **96**:49-66.
- SARNEY, J. A Constituição tornou o país ingovernável. *Conjur*, 14 de setembro de 2008, http://www.conjur.com.br/2008-set-14/constituicao_88_tornou_pais_ingovernavel_sarney, consultado em 10 de Agosto de 2015.
- SILVA, J. A. da. 1998. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. São Paulo, Malheiros.
- SLAUGHTER, A.-M. 2003. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*, **44**(1):191-220.
- VICTOR, M. A. M.; CAVALLI, A. C.; GUILLAUMON, J. R.; FILHO, R. S. 2005. *Cem Anos de Devastação Revisitada 30 Anos Depois*. Brasília, Ministério do Meio Ambiente.
- VIEHWEG, T. 1978. *Tópica e jurisprudência*. Brasília, Departamento de Imprensa Nacional.
- VIEIRA, O. V. et alii. 2013. *Resiliência Constitucional: Compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo, Direito GV.

Submetido: 13/02/2019

Aceito: 01/03/2020