

Leandro Antunes Mariosi

**Constituição sintética ou analítica?: o risco dos discursos de  
reescrita legislativa e a dinâmica constitucional brasileira**

Brasília

2009

Universidade de Brasília

**Constituição sintética ou analítica?: o risco dos discursos de  
reescrita legislativa e a dinâmica constitucional brasileira**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto

Brasília

2009

Para Andressa.

## **Agradecimentos**

São tantos e de tão diversas influências os que participaram academicamente da realização deste trabalho que seria muito arriscado tentar citar-lhes todos os nomes aqui. Agradeço, portanto, em conjunto, aos professores, aos estudantes e aos servidores técnicos da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília a dedicação e o esmero na construção e reconstrução de um ambiente de pesquisa aberto, profícuo e comprometido com a democracia. Em especial, agradeço ao Professor Menelick de Carvalho Netto o empenho e a excelência da orientação, responsável, desde a monografia de final de curso, por trazer a investigação à prática, à vivência.

Para a elaboração deste trabalho, tão necessária quanto a participação acadêmica foi a afetiva. Sem o suporte dos meus familiares, nada disso teria sido possível. Meu muito obrigado ao meu pai, mãe, Livia, Luciano, Priscilla, Cássio, Vinícius, Thiago, Luci, Valmir e Dona Maria.

Àquela cuja compreensão e ternura são inigualáveis, àquela que tanto sacrificou para que chegássemos aqui, meu especial agradecimento, Andressa.

## **Resumo**

Nas últimas duas décadas, a Constituição brasileira tem sido continuamente reescrita. Considerada analítica, ela é amiúde apontada como obstáculo à evolução política e à *governabilidade*. Essa perspectiva tradicional funda-se em equivocada compreensão da linguagem e do processo legislativo, uma vez que entende a linguagem como mera figura da realidade e o processo legislativo como mero instrumento à disposição de maiorias políticas. Cuida-se de um discurso de salvação. Legitimidade sintetizada pelo simples rito da reescritura legislativa; evolução política sintetizada pela ilusão da auto-aplicação dos textos normativos. Em verdade, a Constituição tem o sentido que lhe é conferido. Será simplesmente limite quando reduzida a texto; será garantia de liberdade e igualdade quando tida por efetivamente constitutiva. Pilar doutrinário da perspectiva tradicional, a distinção entre Constituição sintética e analítica repercute na dinâmica constitucional brasileira e, embora tenda a engessá-la, não a paralisa, como demonstram fragmentos de racionalidade resgatáveis em nossa recente vivência constitucional. Sob sua melhor luz, a Constituição vive e constitui como nunca.

## **Abstract**

For the past two decades, the Brazilian Constitution has been continuously rewritten. Considered analytic, it is often regarded as an obstacle to political evolution and to *governability*. This traditional perspective is based on an erroneous comprehension of language and legislative process, since it understands language as mere picture of reality and legislative process as mere instrument at the disposal of political majorities. It is a discourse of salvation. Legitimacy synthesized by the simple ritual of legislative rewriting; political evolution synthesized by the illusion of the self-application of normative texts. Actually, the Constitution has the meaning which is attributed to it. It will be simply a limit where reduced to text; it will be a guarantee of liberty and equality where regarded as effectively constitutive. Doctrinaire basis of the traditional perspective, the distinction between synthetic Constitution and analytic Constitution reverberates in the Brazilian constitutional dynamics so that it causes movement limitations but not paralysis, as demonstrated by fragments of rationality that can be retaken in our recent constitutional existence. In its best light, the Constitution lives and constitutes as never before.

## **Sumário**

<b>Introdução</b>	8
<b>1. Texto ou norma: vivência é substituível por reescrita legislativa?</b>	14
<b>2. Detalhes ou princípios: que tipo de comunidade a Constituição brasileira constitui?</b>	35
<b>3. Qual a natureza da dinâmica constitucional?</b>	85
3.1. Integração social moderna e <i>governabilidade</i>	87
3.2. Conexão interna entre Direito e Política: procedimento e pluralismo	91
3.3. Povo e dinâmica constitucional	102
<b>Conclusão</b>	113
<b>Referências bibliográficas</b>	117

## Introdução

Em tradições jurídicas em que há um documento que se intitula Constituição, um profícuo caminho para a compreensão da vivência constitucional parte da observação de como ali se lida com a relação entre o seu texto e as normas que nele se lêem. A vivência da atual ordem constitucional brasileira é marcada por números que impressionam. No ano em que a Constituição da República completa sua segunda década de vida, vemos diante de um texto freqüentemente modificado. São quase seis dezenas de emendas. E o que muito preocupa: estão em trâmite, no Congresso Nacional, alguns projetos de revisão *ad hoc*.

Embora essa observação quantitativa já antecipe a constatação de um problemático entendimento da relação entre texto e norma na atual prática majoritária de releitura constitucional, faz-se necessário um detido exame, a fim de se revelar os alcances dessa compreensão. Dentre as várias emendas, chama atenção a de n.º 45, de 2004, com que se pretendeu, em especial, reformar o Judiciário. Ineditamente, inseriu-se um novo texto de cláusula pétrea: o direito individual à razoável duração do processo. Entre os projetos de revisão, destaca-se a Proposta de Emenda Constitucional n.º 157-A, de 2003 (PEC 157), de autoria original do Deputado Luiz Carlos Santos (PFL-SP), que visa convocar uma Assembléia de Revisão Constitucional de abrangência geral, ressalvadas apenas as cláusulas pétreas.



O argumento imediato que pretende sustentar a prática brasileira de perene reescrita constitucional é público e recorrente. Não se restringe a grande parte dos manuais de direito constitucional. É reverberado em discursos políticos, em meios de comunicação de massa. Trata-se da idéia de que a Constituição brasileira seria analítica, inchada de “direitos-dispositivos”, o que implicaria a necessidade de sempre se alterar o texto com o fim de se possibilitar ou evolução jurídico-política, ou a chamada *governabilidade*. Trata-se da idéia de que haveria uma tensão inconciliável entre a Constituição da República e o Estado brasileiro. Funda-se o argumento, portanto, na tradicional distinção da doutrina constitucional brasileira entre Constituição sintética e analítica, objeto da presente investigação.

A pretensa fundamentação da inserção do texto do inciso LXXVIII no rol do Artigo 5º da Constituição da República parte, em regra, da idéia de que seria imprescindível uma resposta à insatisfação generalizada com a morosidade do Poder Judiciário brasileiro. A nova marca, portanto, implicaria alçar ao maior patamar de imposição jurídica a celeridade do processo, a qual alguns afirmam não enxergar no conjunto normativo constitucional originário. Assim se manifesta José Delgado:

A razoável duração do processo e os meios garantidores da celeridade de sua tramitação estão, assim, pela primeira vez em nosso sistema de direito, elevados ao mais elevado patamar de imposição jurídica. São valores de nível constitucional dotados de ampla eficácia e efetividade, pelo que não é dado ao intérprete interpretá-los com qualquer restrição. Pelo contrário. Há de ser extraído da mensagem contida no inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal, toda a força que ela contém para que o objetivo visado seja alcançado de modo

absoluto. A sua interpretação, conseqüentemente, deve ser de modo ampliado.<sup>1</sup>

A despeito da ênfase de José Delgado na importância da interpretação para a efetivação do direito, destoante do freqüente argumento de que o novo inciso, por si só, seria um avanço de transformação prática da morosidade do Judiciário, estranha-se a afirmação de que, antes da Emenda Constitucional, não havia um direito à razoável duração do processo. E ainda: mesmo entre os que reconhecem tratar-se de uma norma constitucional originária, plasmada no direito de acesso à Justiça, no direito ao devido processo legal e no direito à eficiência da Administração Pública, há quem defenda a propriedade da inovação como explicitação do comando em texto próprio e autônomo<sup>2</sup>. Trata-se de dois problemas que costumam andar juntos: o da simplificação da racionalização da dinâmica constitucional e o da indistinção ou desconsideração entre reescrita legislativa e aplicação de normas:

Independentemente do resultado prático que venha a ser efetivamente alcançado, não se pode minimizar a relevância e a importância da EC n. 45, aprovada pelo Congresso Nacional. Trata-se de um verdadeiro marco na história recente do Judiciário que, apesar das dificuldades iniciais de implementação e das críticas que se possa fazer à emenda, deve colaborar para o aprimoramento do sistema como um todo.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> DELGADO, José. **Reflexões sobre as alterações no Direito Processual Civil brasileiro a partir da EC n. 45, de 31.12.2004, e as repercussões no Direito Judiciário Trabalhista**. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9867> (acesso em 15/05/2008)

<sup>2</sup> BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O direito fundamental à razoável duração do processo e a reforma do poder judiciário: uma desmi(s)tificação. In: **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, v.7, pp.9-32. 2007

<sup>3</sup> HOFFMAN, Paulo. O Direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et all* (coord). **Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 571.

Lê-se também da justificativa da PEC 157 que o caráter analítico da nossa Constituição produziria inconvenientes ao impor diretrizes programáticas à promoção do bem-estar social, em razão do que seria a hora de um saneamento constitucional pela extirpação de todas as matérias em excesso. Os objetivos seriam uma correção de rumos, uma adequação institucional e uma revitalização do Estado de Direito.

Os argumentos levantados em ambos os casos não são novos. Em verdade, baseiam-se em tradicionais perspectivas da doutrina constitucional brasileira. Dentre elas, incluem-se até mesmo algumas de inegável aptidão filosófica, que, no entanto, deixaram de estender o aprofundamento hermenêutico à distinção doutrinária em apreço. É o caso, por exemplo, de Paulo Bonavides:

As Constituições concisas ou breves resultam numa maior estabilidade do arcabouço constitucional, bem como numa flexibilidade que permite adaptar a Constituição a situações novas e imprevistas do desenvolvimento institucional de um povo, a suas variações mais sentidas de ordem política, econômica e financeira, a necessidades (...) <sup>4</sup>

As argumentações apresentadas para a nova cláusula pétrea da Reforma do Judiciário e para a PEC 157 partem ambas da constatação de uma insatisfação generalizada com determinados aspectos do funcionamento da sociedade. Bem observada, ainda, essa insatisfação é, por vezes, externada também em termos da aplicação do Direito vigente. Reconhece-se, portanto, que o ordenamento jurídico regula aquelas situações. Ocorre, porém, que a pretensa racionalização que se dá a essas percepções pauta-se por um

---

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.91

desencaixe entre a ordem constitucional e a ordem jurídica em geral. Desencaixe esse qualificado pela crença de que seria possível dar força à aplicação das normas vigentes se texto explícito regulasse a matéria na Constituição, como se o texto, por sua letra, fosse capaz de se aplicar, de constituir sem ser vivido.

A dramaticidade que envolve o desdobre dos argumentos deixa entrever a crença de que uma nova realidade adviria das alterações textuais e de que outro ritmo conferir-se-ia à nossa dinâmica constitucional. Quando radicalizados, conformam mesmo discursos de salvação. Discursos que nos querem salvar de nós mesmos pela simples prática legiferante que tem como principal desafio fazer frente aos limites estabelecidos pela Constituição. Mas será que poderíamos ter uma nova vivência na duração do processo por conta da Emenda 45/2004? E antes? Não havia um direito constitucional à razoável duração do processo? Ainda: poderíamos ter uma nova sociedade por conta de uma revisão constitucional hoje? Ou, mais além, retornemos às perguntas simples: texto por si transforma mundo?

Fixado o olhar sobre isso que é levantado como pretensão, será possível analisar então aquilo que não é do público, o que está sendo atribuído para além da tradicional distinção doutrinária entre Constituição sintética e analítica, quais as estruturas que têm determinado o valor e a significação desse reescrever continuado do texto da Constituição brasileira, o que a tradicional distinção doutrinária entre Constituição sintética e analítica tem de radicalmente incongruente com a natureza da dinâmica constitucional.

O Capítulo 1 dedicar-se-á a investigar, a partir de Wittgenstein e Gadamer, a relação, no Direito, entre texto e norma, a fim de operar a crítica básica à concepção tradicional que sustenta a distinção doutrinária em tela. Serão esmiuçadas as incongruências das argumentações que circundam o novo texto de cláusula pétrea e a proposta de revisão constitucional. Valer-se-á, para tanto, de uma análise inicial do processo hermenêutico.

O Capítulo 2, pautado na teoria do direito dworkiniana, partirá do desenvolvimento das questões hermenêuticas centrais para o Direito. À investigação sobre a relação entre texto e norma, somar-se-á então a demonstração de como ambas as faces do Direito, a de justificação e a de aplicação de normas, são vivenciadas em sociedades modernas. Experiências de racionalização de nossa vivência constitucional reconstrutiva, a ruptura com o paradigma sanitário-mental do tratamento asilar e a Súmula Vinculante nº 13 serão resgatadas com vistas a ilustrar em que íntegra direção nossa autocompreensão constitucional tem-se encaminhado reconstrutivamente.

O Capítulo 3, por fim, com apoio principalmente no marco teórico habermasiano, buscará desvelar imbricações da concepção tradicional, articulada em torno da distinção entre Constituição sintética e analítica, com a perpetuação de práticas que tendem a engessar a dinâmica constitucional brasileira. Para tanto, a análise explicitará como essa perspectiva ignora a conexão interna entre Direito e Política, como desconsidera a legitimidade advinda da correção do procedimento, como estrangula o pluralismo e como materializa o povo.

## Capítulo 1

### **Texto ou norma: vivência é substituível por reescrita legislativa?**

O caráter escrito do direito, ressignificado na primeira modernidade com o fenômeno da codificação, foi então interiorizado nos sistemas do *Civil Law*, como fonte e garantia da uniformidade das normas. A idéia de um juiz *bouche de la loi* remonta ao contexto do advento do Código Napoleão, pelo qual se quis regular, expressa e explicitamente, todas as hipóteses possíveis da vida social. O século XX, entretanto, presenciou uma fulcral ruptura para a compreensão de como, de fato, textos operam no mundo. Podem-se enxergar como complementares as duas facetas filosóficas dessa transformação, denominada giro lingüístico: a versão analítica e a versão hermenêutica.

A complementaridade de duas vertentes filosóficas não é aqui afirmada sem mais e em desrespeito aos inconciliáveis particularismos que lhes definem a identidade. Seguindo a esteira do marco teórico habermasiano, que as tem como menos concorrentes que complementares, sustenta-se a possibilidade de, associadamente, reconstruir-lhes importantes resultados.<sup>5</sup>

Representante de uma longa e recentemente contestada tradição, o primeiro Wittgenstein desenvolveu uma obra centrada na antiga compreensão da linguagem em termos referenciais (*Tractatus Logico-*

---

<sup>5</sup> HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação** (trad. Milton Camargo Mota). São Paulo: Loyola, 2004. pp. 91 e ss

*Philosophicus*<sup>6</sup>). Considerou-a a fonte da solução de todos os problemas filosóficos. Seu suposto nuclear era de que a linguagem seria uma figura da realidade. Cumpriria, conseqüentemente, uma função de representação. Toda proposição teria como critério de verdade sua adequação em relação à realidade. As partes da proposição seriam palavras, e estas representariam coisas no mundo. O critério de verdade, pois, funcionaria como uma correspondência entre as partes. A compreensão de uma proposição, por conseqüente, seria um exercício de análise das assertivas básicas que a formam. O significado, por vezes, não estaria evidente e, portanto, sua compreensão dependeria de uma investigação. Essa seria a tarefa da filosofia. Esse seria o meio para se esclarecer proposições e, pois, toda e qualquer expressão com sentido sobre o mundo.<sup>7</sup>

A forma de pensar do primeiro Wittgenstein foi incorporada pelo Círculo de Viena e, pois, influenciou, fortemente, o juspositivismo. Sua fundamentação de como se dá a clarificação da linguagem está na base da recorrente idéia de que a leitura dos textos normativos é possível como mera operacionalização gramatical, como mero esclarecimento do texto do dispositivo que se supõe aplicável, *per si*, a todos os casos concretos que, à primeira vista, subsumir-se-iam à hipótese normativa presente no texto. A compreensão da linguagem como figura da realidade resulta no entendimento de que, quanto mais texto, mais realidade estaria representada e, pois, em uma adaptação ao mundo normativo, quanto mais texto, mais realidade estaria controlada. Eventuais dificuldades de definição do significado seriam

---

<sup>6</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus** (trad. José Giannotti). São Paulo: Edusp, 1968.

<sup>7</sup> *Idem.* par. 4 e ss.

superadas por meio de uma análise das próprias palavras, o que, no domínio do Direito, implicaria na preocupação extrema com a qualidade literal da legislação como fundamento para a interpretação e para a aplicação.

As suposições e desdobramentos da perspectiva do primeiro Wittgenstein embasam a distinção doutrinária entre Constituição sintética e Constituição analítica. Na esfera mais elementar, observa-se que a identificação entre texto constitucional e Constituição depende de uma concepção da linguagem como representação e, conseqüentemente, na crença de que seria possível um controle da realidade a partir da alteração de seu espelho de marcas, o texto. Mais além, eis que a superioridade da Constituição na estrutura de um ordenamento jurídico não seria elemento a se considerar em termos de interpretação. Tratar-se-ia de uma mera funcionalidade sem maiores conseqüências no que toca à aplicação. O raciocínio é que, se as proposições da Constituição podem, eterna e estaticamente, refletir o estado de coisas resultante do Poder Constituinte originário, se elas contêm, sem mais, todo o conteúdo do pacto jurídico-político inaugurador de uma comunidade, aptas, sozinhas, a aplicarem-se a toda a realidade futura, então, por certo, os problemas de concretização constitucional são problemas do texto da Constituição. Essa visão marca os discursos correntes sobre pretensa necessidade de reforma constitucional no Brasil. Quanto ao ponto, eis manifestação do Deputado Federal Luiz Carlos Santos, autor da já descrita PEC 157, na qual se pode notar a associação não problematizada entre texto e norma, a alegação de que alterações no texto constitucional ensejariam aplicação facilitada pelo Judiciário, bem como a idéia, não coincidente, de que o mundo estaria mudando “literalmente”:



Ela tem normas inócuas, dispensáveis, matéria infraconstitucional; tem 2.200 dispositivos; foi feita para atender a uma demanda reprimida, em função do regime totalitário. A cultura da época, V.Exa. sabe melhor do que ninguém, era a de que só vale o que é constitucional. Colocaram tudo na Constituição, desde o Colégio Dom Pedro II até o tabelamento de juros. Uma das razões de minha PEC de Revisão é corrigir essa anomalia, enxugar a Constituição, valorizando o Legislativo e facilitando os trabalhos do Judiciário. Outro aspecto é a defasagem da Constituição de 1988. A partir de 1988 o mundo mudou e, literalmente, está mudando. O muro de Berlim caiu; o império soviético desintegrou-se; o Consenso de Washington, que gerou as regras do neoliberalismo, hoje está sendo superado também; a globalização. Então, a defasagem é total em relação à realidade atual. Uma das razões da minha PEC é modernizar e atualizar a Constituição, que está defasada. O sistema de Governo, como já disse, coloca as instituições em crise. Hoje a teoria econômica é a valorização das instituições. País nenhum que não tem instituições adequadas tem futuro.<sup>8</sup>

Assinale-se que o Wittgenstein do *Tractatus* entendia ser passível de ser expressas, com sentido, apenas proposições verificáveis segundo o padrão de verdade. Correção normativa, portanto, visto não poder ser provada, nada significaria. Não refletiria qualquer estado de coisas e, pois, não poderia ser falsa, nem verdadeira. Essa compreensão está ligada ao conceito e operacionalização da subsunção tal como incorporados pela tradicional doutrina constitucionalista brasileira. É de se especificar, conseqüentemente, que a idéia de que a interpretação dar-se-ia na forma de uma adequação direta da hipótese fática aos casos concretos, própria à distinção entre Constituição sintética e analítica, depende de um solapamento das possibilidades de problematização da correção normativa, especialmente no tocante à aplicação

---

<sup>8</sup> SANTOS, Luiz Carlos. Audiência Pública nº 0100/06, de 08/02/2006, da Comissão Especial da Câmara dos Deputados para a PEC 157. Disponível em: <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/comissoes/temporarias/especial/pec15703/notas/pec15703nt080206.pdf>. Acesso em 28/10/2008. pp.22-23

de princípios, que são lidos, portanto, nessa concepção, no máximo como programas. Este excerto é ilustrativo dessa implicação:

Assumi o novo texto [da Constituição da República, de 1988] a característica de *constituição-dirigente*, enquanto fins e programa de ação futura, menos no sentimento socialista do que no de uma orientação social-democrática imperfeita, reconheça-se.<sup>9</sup>

A conseqüência inevitável dessa compreensão programática é o esmorecimento do que há de mais essencial em uma Constituição: sua força normativa. Nas palavras de Paulo Henrique Blair de Oliveira, que chegaram a ser absorvidas pelos debates congressuais sobre a PEC 157:

A consagração de um determinado direito no texto constitucional não é irrelevante – mas de forma alguma assegura as condições nas quais este direito será compreendido, e tampouco faz nascer as condições nas quais ele será observado (...) Um texto constitucional não deve ser entendido como um agrupamento de promessas cujo valor reside na medida de sua efetiva concretização. Isto seria admitir que a Constituição é apenas um texto vazio que constantemente se debate com a efetividade do exercício do poder, e que este exercício a todo o momento a subjugua. Ao contrário: um texto constitucional é de extrema importância não apenas como formador da esfera de proteção mínima no processo democrático.<sup>10</sup>

Como não poderia deixar de ser, a evolução dessa primeira abordagem wittgensteiniana foi, precisamente, sua negação, do que resultou a defesa de uma concepção da linguagem não mais como discurso, como mecanismo ou instrumento à disposição da ação humana. Ao contrário, a linguagem agora passa a ser vista como constitutiva da própria vida social (discurso). A linguagem é ação e sempre revelará dimensão performativa,

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p.9

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. Discutindo o essencial. In: **Constituição & Democracia**. Brasília, n. 1, p. 10, fev. 2006.

impossível neutralizá-la socialmente, é ela própria constitutiva do modo de ser social. Por certo que há continuidades no trabalho de Wittgenstein, mas sobretudo um permanente processo de aprendizado a partir da sustentabilidade ou não dos supostos básicos da investigação levada a efeito. O eixo argumentativo inaugura agora uma outra perspectiva.

O Wittgenstein tardio<sup>11</sup>, ao se contrapor claramente aos fundamentos de sua própria obra primeira, esclarece que a linguagem não se resume à representação, não é um espelho proposicional do mundo, não é uma figura da realidade. Contra a noção de que a função básica da linguagem é fazer referência a objetos no mundo, ele aclara que, quando se utiliza a linguagem, mais que declarar, faz-se algo. Nesse sentido, a linguagem é discurso.

Wittgenstein vale-se do conceito de jogos de linguagem para designar o entrelaçamento entre linguagem e ação em um modelo que supera as suposições referencialistas. Assumir compromissos, ordenar, informar, especular, ensinar, entre muitos outros, são comportamentos que exigem dos comunicantes diferentes abordagens. Trata-se de jogos de linguagem diversos, que têm regras distintas e que, portanto, só podem ser jogados se adequadamente compreendidos. Há neles, portanto, muito mais que o referir-se ao mundo.

As várias situações discursivas em que alguém se encontra definem, cada qual, um conjunto do limites e possibilidades do uso da linguagem. Os significados advêm do uso que se dá a uma palavra. O uso, ao

---

<sup>11</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas** (trad. Marcos Montagnoli). Petrópolis: Vozes, 1994.

contrário do entendimento tradicional, não gera um significado a partir do proferimento subjetivo isolado, como em um vácuo lingüístico, mas sim a partir de sua conexão com o contexto. É o contexto o responsável por completar ou conformar o que se pode entender de um ato de fala.

Particular observação pertinente que faz Wittgenstein quanto à relação entre o uso da linguagem e o contexto é que a concepção tradicional, assentada em falsa premissa, baliza o entendimento de que análises imparciais e mais corretas da linguagem seriam aquelas situadas em um patamar contemplativo apto a alijar todo contexto possível. Contra essa visão, Wittgenstein defende que o suposto objetivismo, em verdade, destaca o uso do respectivo jogo e, por isso, promove apenas ruído e paradoxo<sup>12</sup>.

Um outro eixo da filosofia tardia wittgensteiniana consiste na investigação sobre as causas da confusão conceitual. Conquanto se tenha em devida conta a natureza generalizante própria a toda possibilidade de linguagem, revela-se como a capacidade lingüística de abstração e generalidade é, por vezes, usada para além das suas potencialidades. Passa, pois, a ser abusada em razão de algo tido como necessidade de mais conceituar, com vistas ao esclarecimento. E, dessa perspectiva, acredita-se que o caminho único seria o do abstrair e generalizar. Em contraposição, Wittgenstein evidencia que há implicações dos casos para o uso ordinário, necessariamente abstrato e genérico, da linguagem. A figuração que se tem em mente quando de algum proferimento é, obviamente, baseada na experiência dos casos conhecidos. Ocorre, porém, que, segundo a tradição, o deparar-se com a confusão conceitual deveria ser respondido não com a reflexão sobre o caso,

---

<sup>12</sup> *Idem.* par. 96 e ss.

mas sim com um mergulhar-se no núcleo mais abstrato e genérico do conceito. A réplica wittgensteiniana é de que esse agir, ao separar a linguagem tanto dos jogos de linguagem quanto do contexto, apenas gera mais incompreensão. Conseqüentemente, diante do problema do caso, ao contrário do que defende a antiga concepção, o conceito, abstrato e genérico, deve ser concretizado.

Vale ressaltar excerto de Hanna Pitkin sobre as contribuições de Wittgenstein para o mundo moderno:

Wittgenstein también elimina ilusiones que dan un falso sentido de estabilidad y orden, ya que nos enseña que incluso nuestros conceptos, el mismo aparato con el que pensamos, son sólo el producto de la convención humana. Al igual que hicieron Nietzsche y Marx, Wittgenstein enseña que nuestro pensamiento es un reflejo de nuestra actividad; como Freud, está preocupado por liberarnos de la ilusión, de las figuras <<mentales>> que <<nos retienen cautivos>>; como Einstein, enseña que no existe lo absoluto, sino solamente la posición relativa. A pesar de nuestro anhelo de orden y de significado trascendente, el hecho es que las palabras no tienen un significado absoluto, dado por Dios, y el orden en nuestro lenguaje es fragmentario. Los significados son solamente el resultado de los diversos usos que hacemos de las palabras; y dado que, no obstante determinan nuestro mundo de una manera importante, nuestro mismo mundo depende de la convención y de la práctica humana. No existe Arbitro Supremo alguno que juzgue el significado o la verdad de lo que decimos; solamente hay un conjunto de seres humanos falibles que interactúan.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. **Wittgenstein: el Language, la Política y la Justicia** (trad. Ricardo Romero). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. pp.483-484.

Tradução livre: “Wittgenstein também elimina ilusões que dão um falso sentido de estabilidade e ordem, já que nos ensina que mesmo nossos conceitos, o mesmo mecanismo com que pensamentos, são apenas o produto da convenção humana. Como fizeram Nietzsche e Marx, Wittgenstein ensina que nosso pensamento é um reflexo de nossa atividade; como Freud, está preocupado por liberar-nos da ilusão, das figuras “mentais” que “nos retêm cativos”; como Einstein, ensina que não existe o absoluto, mas sim apenas a posição relativa. Apesar de nosso desejo de ordem e de significado transcendente, o fato é que as palavras não têm um significado absoluto, dado por Deus, e a ordem em nossa linguagem é fragmentária. Os significados são somente o resultado dos diversos usos que fazemos das palavras; e dado que, não obstante determinem nosso mundo de uma maneira importante, nosso mesmo mundo depende da convenção e da prática humana. Não existe Árbitro Supremo algum que julgue o significado ou a verdade o que dizemos; somente há um conjunto de seres humanos falíveis que interagem.”

Como se viu, a tradicional distinção doutrinária entre Constituição sintética e analítica baseia-se no superado suposto de que a linguagem seria figuração da realidade. Com isso, nega as potencialidades propriamente constitucionais de constante releitura conforme evolução do contexto em que ela toma ou deveria tomar forma. Quando devidamente atribuído seu sentido constitutivo, precisamente a Constituição é exemplo de realidade fundada em texto que contém proferimentos muito distintos de declarações. Seu componente de ação, de discurso passa a caracterizá-la desde a origem, se entendida como garantia de liberdade e igualdade e não apenas como limite. É, quando se lhe confere o devido *status* de garantia, ela só pode ser lida como composta por comandos, por normas, nunca por programas.

O conceito de jogos de linguagem de Wittgenstein fornece um horizonte claro de como textos dependem de diferentes abordagens segundo o caso. A aplicabilidade geral e abstrata de uma Constituição depende da racionalidade capaz de especificar o que está conforme a abordagem devida para um caso que se apresente, conforme as particularidades daquela situação. Não distinguir entre os diferentes jogos de linguagem resulta em problemas de compreensão. As asserções de que a Constituição brasileira, por ser analítica, apresentaria problemas de atualização fundam-se na incompreensão de que o texto constitucional poderia ser objeto de uma análise *per se*, à parte de sua vivência. Haveria, conseqüentemente, um único jogo de linguagem, que permitiria uma leitura global *a priori*.

O juízo abstrato e geral do texto da Constituição como se fosse Constituição abstrai e generaliza problemas específicos de determinados

casos. É o que se observa, por ilustração, nos argumentos externados durante as audiências públicas sobre a PEC 157. Seriam problemas da Constituição da República a colonização da legiferância pelo Executivo e a morosidade do Judiciário. As próprias instituições do País estariam em crise por conta do texto constitucional. Não há, entretanto, qualquer argumentação que demonstre a vinculação dessas questões com a Constituição para além da premissa de que o supostamente excessivo texto não permitira flexibilidade. O que se percebe aí é o que Wittgenstein identificou como confusão conceitual pela abstração e generalidade em detrimento dos casos. Ao invés de se culpar a aplicação do projeto constitucional brasileiro, o qual prevê, como não poderia deixar de ser, diversos condicionantes aos instrumentos legislativos do Executivo, bem como o direito fundamental ao acesso à Justiça (em tempo, por óbvio), culpa-se o próprio projeto, como se fosse responsável por sua própria aplicação.

Não há o pretense objetivismo constitucional que possibilitaria emitir juízo sobre uma Constituição a partir de seu texto. Os contextos são decisivos para compreendê-la de fato. Apesar do que afirma a tradicional doutrina constitucionalista brasileira, inexistente distinção possível entre Constituição sintética e analítica a partir de uma consideração específica sobre seus textos. Ela só seria possível com contextualização e compreensão da linguagem, com a superação do tristemente possível jogo da linguagem pelo qual se reduz a Constituição ao seu texto.

O Wittgenstein tardio, portanto, ao responder principalmente à sua própria obra inicial, aclara como a linguagem vincula-se, ao constituir sentidos, não a uma essência, mas a um respeito a regras do jogo e ao uso

que dela se faz em seus respectivos contextos. Por conta disso, conclui-se que não há apropriação possível de sentido algum, sempre variável na dinâmica do uso, o que implica não ser possível o controle do mundo pela simples troca de marcas não-vividas. Desvela-se, pois, a incongruência fundamental da crença iluminista em uma possibilidade racional de produção de textos cuja perfeição e auto-suficiência dispensariam um ato compreensivo da parte do aplicador. Texto, por sua letra, já não controla nada. Constituição nenhuma poderia ser “inchada”, paralisar a política ou agir de qualquer outra forma sobre a realidade sem ser aplicada assim, fora de seus usos e contextos devidos. O texto constitucional tem os sentidos que lhe são atribuídos. Se nele se lêem apenas limites, a Constituição será mero diploma normativo ocupante do topo da hierarquia normativa; se nele se lêem garantias de respeito mútuo e defesa das minorias, ela será um dinâmico instrumento de liberdade e igualdade, de refundação, de reconstrução.

Por sua vez, Gadamer leva adiante a ruptura da relação moderna entre texto e mundo, ainda que assentado em bases distintas. Em contraposição, especialmente, à tradição romântica e ao historicismo, resgata conceitos abandonados, como tradição, preconceito e autoridade, a fim de os re-situar como inalijáveis elementos constitutivos de mundo.

Gadamer<sup>14</sup> demonstra como todo compreender é necessariamente um interpretar, na medida em que todos aqueles sentidos compartilhados que nos impelem pela circunstância mesma de estarmos imersos na linguagem são sentidos que, inevitavelmente, estarão presentes na

---

<sup>14</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. (trad. Flávio Meurer) Petrópolis: Vozes, 2005. pp. 354-385



compreensão. São pré-compreensões cuja validade não está fundamentada, mas apenas suposta, por conta da experiência. Trata-se do que Gadamer denominou de Tradição, aquilo que permite ao leitor antecipar expectativas em relação aos textos e, com isso, verificar se o resultado final é a compreensão, confirmando-se o que deles se esperava, ou, no caso de choque, a incompreensão, cuja superação dependerá de uma nova postura.

Embora seja possível o tornar-se consciente da perspectiva da qual se observa um texto, não há como dela se desvencilhar, a despeito de qualquer pretensão de objetividade. Essa postura, porém, é indispensável para que haja um mínimo de abertura aos textos e, pois, para que com eles se possa aprender. Sem a abertura, faz-se impossível conformar a tradição em que se insere o leitor com o novo horizonte que os textos abrem.

Sobre o conceito gadameriano de Tradição, vale assinalar que, na esteira do marco teórico habermasiano<sup>15</sup>, ela é interpretada aqui não como uma herança desassociada de qualquer possibilidade crítica, mas sim como evento lingüístico submetido às potencialidades anti-distorsivas da razão. A leitura da Tradição, portanto, é feita em detrimento de qualquer hipostasiação de seu contexto. Não detém ela qualquer consenso fundamental que não possa ser questionado.

A tradicional distinção doutrinária entre Constituição sintética e analítica assenta-se em suposições fundamentalmente distintas também do ponto de vista hermenêutico. A crença de que a extensão do texto constitucional é o parâmetro único para se dizer da extensão da própria

---

<sup>15</sup> HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica** (trad. Álvaro Valls) Porto Alegre: L&PM, 1987.

Constituição ignora a Tradição, visto que desconsidera a realidade das pré-compreensões como aquilo que garantirá a interpretação de um texto. Se existe a marca, mas não é lida como norma (no caso de todas aquelas tachadas de programáticas, por exemplo) ou se a norma que dela se lê não é aplicada (em decorrência de uma incipiente cultura constitucional que faz avançar lentamente as potencialidades do controle difuso, por ilustração), então se subtraem daquela marca todas as potencialidades constitutivas, de modo a torná-la inerte e vazia. Os argumentos de que a Constituição, por supostamente analítica, seria óbice à *governabilidade* e estaria inchada de direitos, carecem, todos, portanto, na base, de consistência em relação à vivência do que se poderia chamar de Tradição constitucional, à vista ainda de elementos de racionalidade que começam a ser racionalizados em uma releitura dessa mesma Tradição. Elementos esses que são fruto precisamente de uma também incipiente vivência de abertura aos textos normativos como projetos a se racionalizar na história do ordenamento brasileiro.

Para o escopo da presente argumentação, cumpre também destacar um segundo conceito reabilitado por Gadamer: o preconceito. Trata-se de um dos termos mais atacados tanto pela tradição romântica quanto, em especial, pelo Iluminismo. Assentados em uma compreensão da razão como parâmetro metodológico que garantiria toda a validade do conhecimento, ambos entendiam ser o preconceito um obstáculo à visão objetiva e neutra da realidade. Ainda que a corrente romântica defendesse o deslocar-se do leitor à posição original do autor, uma de suas premissas era de que o leitor deveria despir-se de todos os seus preconceitos, de modo a alçar uma perspectiva livre e imparcial. Gadamer esclarece as impropriedades dessa antiga compreensão,

bastante reverberada em diversas teorias hermenêuticas e com resíduos aplicativos que chegam aos dias atuais. Evidencia, portanto, a impossibilidade hermenêutica que encontraria todo leitor ao tentar afastar-se, inteiramente, de sua Tradição, bem como a limitação que enfrentaria ao tentar ocupar, precisa e exatamente, a posição original do autor, cuja totalidade não é resgatável. Não há como eliminar preconceitos sem mais, uma vez que o homem é um ser finito e histórico. Isso, obviamente, como já esclarecido, não implica desconsiderar as possibilidades da razão de investir-se contra os preconceitos com vistas à sua crítica. Esse proceder, no entanto, atua dentro de uma dimensão histórica e, conseqüentemente, opera na forma de um aprendizado.

Gadamer reabilita também um terceiro conceito abandonado, o de autoridade, que permite a distinção dos preconceitos válidos. Objeto de extensa polêmica com Habermas, esse conceito será esclarecido por Gadamer<sup>16</sup> como um reconhecimento em relação a um saber consolidado no passado, não se tratando de uma submissão cega ao que está posto. Aderir à tradição significa, assim, não uma sujeição ao tradicional, mas a consciência crítica e dialógica daquele conhecimento.

As categorias resgatadas por Gadamer explicam como toda associação de um texto a uma interpretação está inserida dentro de uma finitude e de uma historicidade que os determinam. A tradicional distinção entre Constituição sintética e analítica, ao descurar de toda a vivência que já se deu ao texto constitucional (do que são ilustrativos todos os excertos acima, dos quais nenhum faz qualquer menção a suas narrativas), simplesmente ocupa

---

<sup>16</sup> GADAMER, Hans-Georg. Réplica à Hermenêutica e crítica da ideologia. Verdade e Método II: complementos e índice. (trad. Enio Giachini). Petrópolis: Vozes, 2002.

uma posição descritiva que se pretende neutra e objetiva na esfera mais abstrata e genérica possível. Muitas vezes, chega a assumir uma postura de completa desnecessidade de racionalização da vivência constitucional. É particularmente significativo o pensamento de um dos participantes institucionais do processo de elaboração do texto magno, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim, que, neste excerto, citado por Marcelo Cattoni, discorre sobre a Assembléia Nacional Constituinte:

Vamos fazer um exercício de memória. Eu não preciso resgatar a história, não é um exercício de história, mas um exercício de memória, porque eu participei do processo constituinte e posso falar do processo constituinte, em razão do fato de ter sido constituinte, enfim. Então vamos fazer um exercício de memória.<sup>17</sup>

É explícito, por conseqüente, que a leitura que embasa essa concepção doutrinário-constitucional, reiteradamente balizada, ilustrada e referida pela distinção entre Constituição sintética e analítica, não pretende qualquer historicidade, e suas conclusões decorrentes dos textos normativos não estão calcadas em qualquer problematização dos preconceitos que necessariamente lhes antecipam significados. Dessa perspectiva, portanto, não haveria qualquer aprendizado a partir do como já se viveu aquele texto constitucional. O que está, de antemão, descartado nesse modo de compreender é precisamente o que Gadamer chamou de *locus* da hermenêutica, o espaço de contato entre a objetividade da dinâmica histórica e o pertencimento a uma tradição. Com isso, perde-se toda potencialidade de elucidação das condições pelas quais aquele texto pode (e, no caso, deve)

---

<sup>17</sup> CATTONI, Marcelo. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p.42

fazer sentido no mundo em que marca. Trata-se de atribuição de sentido afastada do mundo e, portanto, incapaz de racionalização histórica.

Um exercício de memória sobre o ato de fundação político-jurídico não teria como sobrepor-se à sua própria diminuta participação naquela experiência, nem como desvencilhar-se da situação a que se vinculou umbilicalmente, e, portanto, não pode servir como argumento para uma releitura reconstrutiva daquela experiência coletiva, inserida em uma Tradição de historicidade vastíssima. Gadamer leva ainda mais adiante o argumento ao demonstrar que compreender melhor não é resgatar ao máximo o que pretendeu o autor, mas extrair o significado novo que é conferido ao texto no horizonte histórico em que é lido.

O sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo. Talvez não seja correto chamar de “compreender melhor” a esse momento produtivo inerente à compreensão. Pois já vimos que essa fórmula é a transposição de um postulado básico da crítica de conteúdo da época da *Aufklärung* sobre a base da estética do gênio. Na verdade, compreender não é compreender melhor, nem sequer no sentido de possuir um melhor conhecimento sobre a coisa em virtude de conceitos mais claros, nem no sentido da superioridade básico que o consciente possui com relação ao caráter inconsciente da produção. Basta dizer que, *quando se logra compreender*, compreende-se de um modo *diferente*.<sup>18</sup>

O horizonte é objeto de constante transformação em virtude dos deslocamentos de perspectivas provocados pela vivência de novas experiências, pela reformulação dos preconceitos. Há, pois, segundo Gadamer, uma fusão de horizontes no sentido de que é constitutiva da atividade hermenêutica a tensão entre o texto e a perspectiva presente. O desvelar pela

---

<sup>18</sup> GADAMER. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ob. cit. p.392

consciência histórica, ao destacar a Tradição, depende de um resgate desta como *medium* de diálogo. Segundo Gadamer, a controlada realização dessa fusão é tarefa da consciência histórico-efetiva, que encontra um sensível desenvolvimento na dimensão da aplicação, eixo, em especial, da hermenêutica jurídica.<sup>19</sup>

Em contraposição à hermenêutica romântica, que, ao unir compreensão e interpretação, alijou a aplicação como uma possibilidade hermenêutica posterior, Gadamer defende tratar-se de um único momento estrutural da atividade hermenêutica tanto a compreensão e interpretação quanto a aplicação. Ao se compreender um texto, não só se o interpreta, mas também se o aplica à situação atual do intérprete. Na hermenêutica jurídica, especifica o filósofo, há uma tensão constitutiva entre o texto e o sentido que alcança sua aplicação jurisdicional ao caso concreto. “*Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica.*”<sup>20</sup> Compreender e interpretar uma lei, portanto, significa compreendê-la e interpretá-la de modo distinto em cada nova situação.

Gadamer assinala que é inteiramente errôneo o suposto da “congenialidade” que ligaria o autor ao intérprete. Segundo ele, a compreensão advém, antes, do abrir-se à pretensão de sentido do próprio texto e ao corresponder, compreensivamente, aos significados que profere. A hermenêutica jurídica, portanto, é um modelo de interpretação a serviço, em oposição à idéia de um saber dominador, visto que serve àquilo que deve valer.

---

<sup>19</sup> *Idem.* p. 399 e ss.

<sup>20</sup> *Ibidem.* p. 408.

Tem-se, portanto, que, quando se cuida de textos normativos, é crucial a concretização de algo que havia sido previamente compreendido, um momento posterior à compreensão. A fim de poder aplicar-se a uma sociedade, a lei tem por inevitáveis as características da generalidade e da abstração, caso contrário, em prol do detalhamento, regular-se-iam, idealmente, cada vez menos hipóteses, até se chegar à contradição em termos de uma lei para cada caso concreto. O resultado do geral e abstrato é que o texto normativo jamais poderia representar as nuances distintivas de todos os casos possíveis. Assim é que, para aplicá-lo, o intérprete deverá compreendê-lo novamente à luz dos casos que se lhe apresentam. Não há, pois, subsunção. É o vai-e-vem interpretativo do geral e abstrato ao específico e concreto que racionaliza a relação entre parte e todo.

A tradicional distinção entre Constituição sintética e analítica desconsidera, igualmente, a dimensão aplicativa da atividade hermenêutica. Ao situar o debate sobre a extensão da Constituição para além de qualquer consideração da realidade preconceitual em que ela se insere, para além de qualquer reconstrução de sua Tradição, para além de qualquer historicidade e, também, para além de qualquer problematização de sua aplicação, essa doutrina constitucionalista alija toda racionalidade hermenêutica que deveria estar presente em um juízo sobre nossa identidade constitucional. Não logra, ou levanta argumentos como se não lograsse, distinguir entre a extensão das marcas no papel e a extensão do processo de fusão de horizontes, sua racionalização e concretização.

Como Aristóteles mesmo já havia demonstrado, conforme relata Gadamer a atualidade hermenêutica do filósofo clássico, a lei encara, a todo momento, o problema da correção do atuar, pois é geral e não pode antecipar a realidade prática concreta. Embora seja possível uma reelaboração dogmática das vivências atuais de um ordenamento jurídico, ela depende da hermenêutica para fundamentar-se, atualizar-se e refutar-se. Ao contrário do que sustenta a tradicional doutrina constitucionalista brasileira, “*a idéia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação*”<sup>21</sup>.

Os giros pragmático-lingüístico e hermenêutico esclarecem, conseqüentemente, por que produção textual por si só, ainda que de textos normativos, não tem a capacidade de controlar o mundo. A atividade legislativa tem um desafio muito mais sofisticado: o de fazer possível (e, pois, legível, por trás dos seus textos) uma generalização de condutas racionalizável na esteira de um conjunto de vivências que se reconhecem em uma identidade jurídico-política. E isso só é possível se se tiver em mente que vivências apenas podem ser mudadas quando revividas, isto é, quando houver nova aplicação aos vários específicos problemas que se apresentem. Fundamentação e aplicação de normas dependem-se mutuamente.

Esse primeiro caminho percorrido esclarece o sentido mais básico do equívoco em torno do qual se estrutura a tradicional doutrina da distinção entre Constituição sintética e analítica: como não há texto que controle sua própria interpretação e como não há interpretação sem vivência aplicativa, é descabido associar, sem qualquer problematização de fundo, texto normativo a

---

<sup>21</sup> *Ibidem.* p. 433



norma. Não é o óbvio caso de dizer que de cada texto há mais de uma interpretação, mas, para além, que de cada texto, originário donde for, não se extrai, por si só, nova vivência. Esta requer um domínio mais profundo de ação, uma mobilização não-automática. Abre-se a porta, assim, para a fundamentação da suspeita contra esta idéia de que a Constituição brasileira seria “inchada” especialmente em relação a outra tradição constitucional:

As Constituições podem dispor de número reduzido de artigos ou possuir um grande número de normas constitucionais. No primeiro caso, são chamadas de sintéticas, conquanto no segundo sejam tratadas como analíticas. Exemplo maior de modelo sintético é a Constituição dos Estados Unidos, de 1787 (...) Analíticas por outro lado, são Constituições com textos longos. A nossa Constituição possui extensos duzentos e cinquenta artigos (...) Sobre se a Constituição deve ser sintética ou analítica, Ralf Dahrendorf avalia que a história de alguns países transformou-se num *cemitério de Constituições, em boa parte porque elas foram excessivamente analíticas*. Ao final, ninguém mais confiava em suas *promessas de papel, não mais do que confiam no papel-moeda quando a inflação chega aos 2.000%*.<sup>22</sup>

A asserção primeira do excerto já deixa claro que texto e norma são conceitos tratados indistintamente. Ao se observar a inconsistência dessa base, lê-se melhor o que se quer dizer com a recorrente afirmação de que, em contraposição à brasileira, a Constituição norte-americana seria sintética e, por isso, melhor. De fato, levanta-se aí a pretensão de que é o próprio texto o fator crucial da problemática constitucional. Mas a jurisprudência constitucional, nos Estados Unidos da América, não é direito positivo? Ela é, obviamente, muito mais analítica que o texto da Constituição brasileira.

---

<sup>22</sup> ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. pp. 136-137

A partir de um fundo de filosofia da história, chega-se ao ponto de se defender que a tal analiticidade transforma-se, freqüentemente, em “promessas de papel”. Mas por que e como alguém ali leu promessas; por que não servem mais? A comparação com o papel-moeda é significativa. O termo promessa é problemático. A promessa de um valor pelo papel-moeda e a promessa de normas fundamentais pela Constituição são atribuições de sentido carentes de contexto. Em regra, o papel-moeda é tido como imposição de valor; a Constituição, como imposição de normas fundamentais. Acontece, porém, que ambos estão inseridos em um contexto, dependem de vivências. Não importa a estrutura do significante papel-moeda, não importa como ele é feito, quais são seus escritos, não importa sequer a quantidade de zeros que tem, ele portará um sentido econômico, ele receberá confiança, ele significará algo apenas quando o permitir a economia em que ele se insere, apenas quando a vivência que se tem dele conferir-lhe significado econômico. Um texto constitucional, como se viu, tampouco contém normas auto-suficientemente. Para muito mais além de dizer que, dependendo do intérprete, podem-se ler diferentes normas em uma Constituição, o ponto é que elas originam-se de uma prática que é continuada e intensificada durante muito mais tempo e em muitos outros lugares depois de escrito o texto no Congresso. A reescrita legislativa, portanto, não altera o mundo sem mais. Discursos que propõem alterações do texto constitucional baseados na alegação de que nossos problemas dele provêm são discursos de uma salvação impossível. Texto provoca, não age. Só é constitutivo se lhe é conferido um sentido constitutivo.

## Capítulo 2

### **Detalhes ou princípios: que tipo de comunidade a Constituição brasileira constitui?**

No Capítulo 1, desenvolveu-se a crítica das compreensões básicas que intentam sustentar a identificação entre norma e texto operada, em especial, pela tradicional doutrina constitucionalista brasileira ao discorrer sobre a extensão da Constituição e suas implicações. Demonstrou-se que a interpretação normativa é um modelo do processo unitário pelo qual ocorrem a compreensão, a interpretação e a aplicação. As duas últimas dimensões, no entanto, a fim de serem suficientemente transpostas para o Direito, em devida oposição à concepção tradicional, dependem de uma teoria do direito contemporânea apta a descrever o mundo jurídico de maneira convincente, a partir do que se poderá criticar a fundamentabilidade teórico-jurídica das premissas da distinção doutrinária entre Constituição sintética e analítica. Com base nessas considerações, será possível discutir, ainda, os paradigmas de Constituição que estão em debate.

Habermas, em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*<sup>23</sup>, com foco na teoria do direito de Ronald Dworkin, especialmente nas elaborações de *O Império do Direito*<sup>24</sup>, demonstra que, para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do Direito, os juízos emitidos têm que satisfazer as condições da

---

<sup>23</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade** (trad. Flávio Siebeneichler). 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. pp.241-296

<sup>24</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

aceitabilidade racional e da decisão consistente. Uma vez que nem sempre estão elas de acordo, introduzem-se, necessariamente, dois conjuntos de critérios na prática da decisão judicial. Enquanto, por um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente no plano da ordem jurídica estabelecida, por outro, a pretensão à legitimidade implica decisões que não podem limitar-se a subsumir, sem mais, o tratamento de casos passados e o direito vigente. Assim, as fundamentações têm que se emancipar das contingências do contexto de surgimento.

Na esteira da perspectiva habermasiana, pode-se sintetizar o problema da racionalidade da jurisdição em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada de modo racional no plano externo, a fim de garantir, ao mesmo tempo, segurança jurídica e justiça. Assumindo-se, de antemão, que o direito natural não mais condiz com o direito moderno, observam-se três grandes correntes que procuraram, sem êxito, responder a essa questão: a hermenêutico-jurídica, a realista e a juspositivista.

A primeira corrente, apesar do mérito de contrapor ao conceito de subsunção a idéia aristotélica de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação, não é convincente em suas considerações reconstrutivas, por recorrer a um *ethos* dominante em meio a sociedades pluralistas. O realismo, contudo, fazendo essa crítica à corrente hermenêutico-jurídica, ao buscar provar empiricamente que, nos processos de decisão judicial, aparecem determinantes extra-jurídicos, acaba recaindo em uma fusão descritiva entre processos jurídicos de decisão e processos políticos, o que implicaria a

impossibilidade da segurança jurídica por decisões consistentes. O positivismo jurídico, por seu turno, de maior influência na tradição jurídica brasileira, pretende focar a função de estabilização de expectativas sem depender do apoio da legitimidade da decisão judicial em tradições normativas. Privilegia, conseqüentemente, a procedência do processo correto da positivação em detrimento da fundamentação racional do conteúdo da norma, o que redundará em um decisionismo judicial no caso de conflitos normativos.

O ponto de partida<sup>25</sup> do núcleo da teoria do direito de Dworkin, *O Império do Direito*, é a crítica às correntes (especialmente às intituladas jusnaturalistas e juspositivistas) que têm por pressuposto fundamental a idéia de que as questões sobre os fundamentos do Direito seriam meras questões de fato. Correntes que consideram ilusórias as divergências teóricas sobre o Direito, aquelas relativas à questão de se “o corpus do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito”<sup>26</sup>. Segundo essa tradicional concepção, todos saberiam e estariam de acordo com o que o Direito é, de modo que as discussões sobre seus fundamentos estariam, em verdade, voltadas àquilo que o Direito deveria ser. Para se saber o que está prescrito, portanto, bastaria, conforme essa visão, examinar o que foi decidido no passado pela instituição competente. Especialmente para os leigos, a questão da conformidade ao Direito sobrepõe-se e aniquila a questão de o que é o Direito.

Argumentos que freqüentemente se levantam em defesa da dicotomia doutrinária entre Constituição sintética e analítica têm, por vezes,

---

<sup>25</sup> *Idem.* p.3-54

<sup>26</sup> *Ibidem.* p.8

raízes nessa tradição da simples questão de fato dos fundamentos do Direito, uma vez que identificam aquilo que a Constituição é com seu texto, desqualificando, por conseguinte, na base, qualquer divergência sobre a extensão da vivência do pacto jurídico-político fundamental. A história e as experiências acumuladas relativas à aplicação daquele texto são, no todo ou em grande parte, descartadas. Não interessam as diversas interpretações que foram deliberadas, contrapostas e compostas durante duas décadas de vida constitucional. Tudo isso seria casuísmo. Na versão mais radical, para se dizer dos problemas da extensão (“*analítica*”) da Constituição brasileira, bastaria lê-la tecnicamente. Em uma versão menos extrema, bastaria, em primeiro lugar, lê-la tecnicamente e, na seqüência, ler ou, se um participante privilegiado, “*puxar de memória*” (vide Capítulo 1) negociatas e eventos da Constituinte ou os julgados do Supremo Tribunal Federal.

Conforme Dworkin, o problema agrava-se desde o ponto de vista dos leigos, uma vez que a popular concepção da simples questão de fato dos fundamentos do Direito é associada à suposição de que os repertórios normativos contêm textos que explicitamente prevêm todos e quaisquer casos concretos que possam existir. Para uns, pois, o bom juiz seria aquele que sempre segue a lei, por mais que lhe pareça injusta, enquanto, para outros, o bom juiz seria aquele que prefere a justiça à lei, sempre compondo os conflitos a partir de suas crenças éticas, compreensões morais e opiniões políticas. A versão acadêmica é mais sofisticada, por entender haver diversas lacunas textual-normativas no ordenamento, o que implica a necessidade, constitutiva da jurisdição, de que o juiz interprete a lei. Ocorre, porém, que a conclusão dessa versão é de que, por haver vácuos normativos ou disposições

demasiadamente vagas, não haveria outra saída senão que o juiz preencha, com sua perspectiva ética, moral e política, as lacunas onde o Direito silencie.

Esse entendimento, baseado em especial na constatação de problemas decorrentes do silêncio do Direito, repercute generalizadamente nos debates sobre supostos problemas decorrentes da constatação do oposto: a prolixidade da Constituição brasileira. É significativo que até mesmo um constitucionalista como Luís Roberto Barroso<sup>27</sup> associe o dito caráter analítico e vago da Constituição brasileira, que criaria entraves para a dinâmica congressional, com uma suposta atuação política do Supremo Tribunal Federal. A idéia é de que a pluralidade dos temas presentes, vagamente, na Constituição exigiria maiorias qualificadas para emendas de todo tipo e, pois, teria constitucionalizado excessivamente a política, de modo que, quando, por razões políticas, o Congresso não legisla ativamente, muitas matérias que deveriam ser objeto de deliberações legislativas acabariam sendo levadas à Corte Suprema. O Tribunal Constitucional, portanto, em virtude de dita constitucionalização excessiva e, ainda, da vagueza do texto constitucional, terminaria por ter de interpretar a Constituição politicamente. Barroso ainda associa a recente experiência brasileira à dos Estados Unidos da América, ao afirmar, em relação à “*interpretação pró-ativa*” do Supremo Tribunal Federal, que, na “*Suprema Corte americana, processo muito semelhante aconteceu a partir de 1953, depois que o juiz Earl Warren (...) liderou a fase do ativismo judicial da Suprema Corte, que vai até 1969*”.

---

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Entrevista: Luís Roberto Barroso, advogado constitucionalista.** In: JusBrasil Notícias. Disponível em “<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/112078/entrevista-luis-roberto-barroso-advogado-constitucionalista>”. Acesso em: 25 de setembro de 2008.

Ora, como observa Dworkin, nenhum desses argumentos sobre a atividade da jurisdição constitucional corrobora a perspectiva da questão de fato dos fundamentos do Direito. Concluir que, para certos casos concretos, não há uma hipótese fática prescrita explicitamente no repertório normativo significa apenas substituir a questão da fidelidade por uma questão de reparação. A despeito das várias soluções hermenêuticas que se dêem a tal constatação do problema, a prática judicial apresenta uma autocompreensão bastante distinta daquela descrita por essa concepção da vivência do Direito. A história do Supremo Tribunal Federal, cumpre assinalar, é marcada pela sua auto-afirmação como instituição judiciária, cujo papel, portanto, separa-se do político. Os juízes em geral, quando decidem ou votam, não se valem, em regra, de argumentos que simplesmente se consideram diferentes dos demais, mas melhores e, por isso, hábeis a impor-se contra todos os outros.

Curiosa menção é a que Barroso faz à Súmula Vinculante n.º 13 como exemplo de atuação política da Corte Constitucional. Os fundamentos da medida, largamente discutidos em vários julgados (como o da ADC-MC n.º 12<sup>28</sup>, do RE n.º 579.951 e do MS n.º 23.718), cingem-se a direta interpretação constitucional. Em todos eles, por diversas vezes, esclarece-se que a Constituição da República, desde sempre, proibiu, principiologicamente, o nepotismo. A base normativa sobre o assunto, portanto, foi lida como plasmada

---

<sup>28</sup> Lê-se da ementa da ADC-MC n.º 12 (Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, DJ de 01/09/2006, p. 15), que declarou a constitucionalidade da resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a qual explicitava a ilicitude do nepotismo, com força normativa para a administração do Judiciário: “*A Resolução nº 07/05 (...) arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado (...) O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos (...) as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado*”.



no pacto jurídico-político fundacional e não precisaria de qualquer adendo pelo Congresso. O fundamento principiológico dos julgados evidenciou, precisamente, a impropriedade do argumento sobre a extensão do texto constitucional, da qual não se fez especial conta para se decidir.

Essa compreensão tradicional está assentada em um paradigma hermenêutico superado, cujos delineamentos já foram objeto de análise no capítulo anterior. É tempo de se operar a transposição definitiva da análise para o âmbito específico do Direito, a fim de se demonstrar, pois, como, de fato, se dá a interpretação de textos jurídicos. Para tanto, na esteira da teoria dworkiniana, tomar-se-á como ponto de partida o conceito de “*interpretação criativa*”<sup>29</sup>.

Dworkin denomina de teorias semânticas aquelas que, sustentando a questão de fato dos fundamentos do Direito, defendem que dois atores não poderiam discutir sobre uma mesma questão jurídica sem que compartilhassem, precisa e inteiramente, critérios factuais sobre o próprio Direito. Tal argumento é rotulado de aguilhão semântico. A discussão resgata a investigação já desenvolvida no Capítulo 1. Na esteira das correntes contrapostas por Gadamer, as teorias semânticas solapam a unicidade do processo jurídico-hermenêutico de compreensão, interpretação e aplicação. Elaboram, portanto, regras identificadoras do que o próprio termo Direito significa, a partir do que pretendem legitimar todo debate jurídico.

Contra a tradicional compreensão do processo hermenêutico no campo do Direito, Dworkin defende uma caracterização da interpretação

---

<sup>29</sup> DWORKIN. *Idem.* pp. 60-84

jurídica a partir da análise comparativa entre a interpretação das práticas sociais (em que, evidentemente, inclui-se o Direito) e a interpretação das obras de arte. Ambas se assemelham na medida em que pretendem extrair o significado de algo existente como objeto e, portanto, criado em uma distinção original em relação a seu autor. Distinguem-se, conseqüentemente, da interpretação conversacional, que quer extrair significado daquilo que alguém está dizendo, e da interpretação científica, que quer extrair significado daquilo que não foi criado por um autor. Conforme assinala Dworkin, quando se cuida da interpretação de práticas sociais ou de obras de arte, imagina-se que elas falam ou pretendem dizer tal como o faria uma pessoa. Embora se trate de uma imagem metafórica, não há como desconsiderar que ela explicita que tais interpretações, ao contrário da científica, referem-se a propósitos e não a causas.

Os membros da comunidade (...) não tencionam encontrar, quando interpretam sua prática, os diversos determinantes econômicos, psicológicos ou fisiológicos de seu comportamento comum. Tampouco um crítico tem por objetivo uma descrição fisiológica de como um poema foi escrito. Precisamos, portanto, substituir a metáfora das práticas e das imagens falando com suas próprias vozes, de modo a reconhecer o lugar fundamental da intenção na interpretação criativa.<sup>30</sup>

A concepção tradicional, ressalta ainda o filósofo, responderá à questão com o argumento de que tal metáfora nada mais seria senão um caso especial de interpretação conversacional, em que, em verdade, não se ouviria ruído algum das práticas ou das obras, mas sim de seus autores. Seriam estes os donos das vozes a serem ouvidas ou resgatadas quando da necessidade ou interesse de se conhecer os propósitos de uma prática social ou de uma obra

---

<sup>30</sup> *Idem.* p. 62

de arte. O intérprete, na verdade, segundo essa concepção, não seria bem um intérprete, pois aquilo que ele busca, o propósito de uma prática ou obra, dependeria apenas do seu esforço em resgatar as verdadeiras intenções históricas dos autores. Enfim, o que o suposto intérprete objetiva seria a exatidão do ser do propósito e não uma sugestão ou opinião sobre ele. No Capítulo 1, já houve a oportunidade de se desenvolver, com Gadamer, a discussão e, também, a crítica à hipótese hermenêutica da “*congenialidade*” da tradicional doutrina constitucionalista brasileira, inclusive quanto à idéia de uma posição interpretativa privilegiada em relação ao processo constituinte, em razão da participação física na Assembléia de 1987.

A resposta dworkiniana é distinta: a interpretação criativa, seja das práticas sociais, seja das obras de arte, é uma interpretação construtiva e, pois, distancia-se do modelo conversacional. Trata-se de uma interpretação voltada aos propósitos e não às causas, mas tais propósitos em questão não estão disponíveis em um suposto resgate de intenções históricas do autor. São, na verdade, do próprio intérprete. A interpretação construtiva impõe um propósito a uma prática ou obra para torná-lo o melhor exemplo possível do gênero ao qual se entende que ele pertença. E, por óbvio, isso não significa que o intérprete poderia fazer da prática ou obra qualquer coisa que desejasse. Como se viu no capítulo anterior, há uma força coercitiva, a Tradição, que impõe os limites e possibilidades do quadro interpretativo disponível.

Ainda que se considerasse a interpretação jurídica a recuperação de uma vontade autoral, não haveria como abandonar o uso de instrumentos hermenêuticos que permitam uma leitura sob a melhor luz. Isso porque a

tentativa de resgatar uma intenção original, necessariamente complexa, acabaria por ter de enfrentar o desafio, na transposição para o presente, de adaptá-la a um quadro compreensivo distinto, em que também a referência àquela intenção tem de mostrar-lhe toda sua complexidade. Aplicar, pois, o propósito de uma prática jurídica vai muito além de uma reconstrução de um estado mental. Há uma distinção basilar entre o que pensam sobre ela todos seus participantes e aquilo que ela é. Aquilo que ela é depende, inevitavelmente, das concepções do próprio intérprete, pois o que ele visa é dar àquela prática a aplicação presente mais complexa, mais completa, mais íntegra possível. Tem-se, portanto, que o modelo conversacional é inadequado à interpretação jurídica.

O refinamento dworkiniano da interpretação construtiva como instrumento jurídico baseia-se na conceituação de três etapas da interpretação, analiticamente diferenciadas segundo os diferentes graus de consenso de que se necessita em uma sociedade para que se desenvolva uma prática interpretativa. A primeira, denominada de etapa “pré-interpretativa”, em que se identificam as regras e os padrões considerados fonte do conteúdo experimental da prática. Conquanto algum grau de interpretação haja nessa etapa, Dworkin a denomina de pré-interpretativa porque o grau de consenso nela exigido é muito alto, entendido, pois, como um dado na reflexão e argumentação cotidianas. A segunda etapa, a interpretativa, é aquela em que o intérprete se concentra em uma justificativa geral para o essencial da prática identificada na primeira etapa, o que consiste em argumentar sobre a conveniência de uma tal prática. A justificativa não deverá seguir de muito perto todos os elementos da prática, mas não poderá se distanciar a ponto de já não

poder entender-se como interpretativa, senão como inventiva. Por fim, a terceira etapa, pós-interpretativa, é aquela à qual o intérprete ajusta sua compreensão do que a prática, de fato, requer para melhor servir à justificativa encontrada na segunda etapa.<sup>31</sup>

Já houve a oportunidade de se observar como a atribuição da pecha de analítica à Constituição brasileira é, freqüentemente, seguida do argumento de que ela traria problemas de *governabilidade*. Esse entrave à política, associado ainda a conseqüências para a atuação da jurisdição constitucional, também foi objeto de exame neste capítulo. Mas será que as experiências citadas (resgate-se a EC n.º 45 como ilustração), a despeito de serem argumentativamente levantadas por essa tradicional concepção, corroborariam, de fato, tal justificativa da prática constitucional brasileira? Do ponto de vista da primeira etapa interpretativa, não há dúvidas de que o debate que aqui se vem fazendo segue os mesmos padrões para a definição da prática analisada. Ele centra-se sobre a questão de como se lê e como se requer que se leia o longo texto constitucional brasileiro.

Como justificativa para a EC n.º 45, rotulada de reforma do Judiciário, inédita por incluir um primeiro texto de cláusula pétrea novo, notou-se o freqüente argumento tradicional de que era mister uma resposta à insatisfação com a morosidade judicial e de que a nova marca implicaria alçar ao maior patamar de imposição jurídica a celeridade do processo, em texto próprio e autônomo<sup>32</sup>. Ora, essa leitura justificativa majoritária para a EC n.º 45, reverberada pela concepção tradicional, ao conferir ao novo texto de cláusula

---

<sup>31</sup> *Ibidem*. pp.81-84

<sup>32</sup> BASTOS. *Idem*.

pétreas um sentido de explicitação de um direito fundamental, originário, revela o entendimento de que a extensão do texto constitucional brasileiro é aumentada pelo Poder Constituinte Derivado, sem que se crie direito novo, sem que se modifiquem as condições de governo. Nesse caso, portanto, paradigmático como expansão do rol textual das cláusulas pétreas, a ainda incipiente vivência constitucional (principalmente expressa na doutrina constitucionalista, já descrita mais detidamente) evidencia que foi aplicada uma distinção entre o texto da Constituição e ela própria, contra a leitura perversa segundo a qual, se só então passou a estar escrito, antes não haveria o direito. Sob sua melhor luz, então, a inserção do inciso LXXVIII do art. 5º deve ser lida como um altíssimo brado legislativo que, re-afirmando um direito antes existente, implícito e óbvio, contrapõe-se à realidade do moroso ritmo judicial e processual-administrativo no País. O que não alcança a concepção tradicional, nas duas últimas etapas interpretativas, é uma coerente interpretação da prática brasileira de explicitação constitucional, que permanece carregada de riscos a se evitar. Dar coerente interpretação à prática não significa cancelá-la. Conforme as considerações de Paulo Henrique Blair de Oliveira sobre a Emenda Constitucional nº. 26, de 2000:

A inclusão, no texto, das palavras que "explicitem" o que já se poderia compreender implicitamente das garantias constitucionais não contribui para um alargamento destas garantias, mas para um desgaste delas. Como exemplo, a inclusão da palavra "moradia" no rol dos direitos sociais fundamentais descritos no art. 6º, da Constituição, foi procedida pela Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000. A ausência desta palavra no texto anterior à data de promulgação da emenda deve, portanto, levar à seguinte pergunta: antes de 14 de fevereiro de 2000 a ordem constitucional não reconhecia o direito à moradia como um direito fundamental? Como pressupor os demais direitos sociais sem pressupor as condições de moradia como também fundamentais? Se a resposta à primeira pergunta for negativa - isto é, se entendermos que a EC-26 inaugurou

o tratamento da moradia como direito fundamental, devemos também concluir, por questão de coerência, que antes de 14 de fevereiro de 2000 era lícito desrespeitar esta condição de dignidade humana. Se a resposta à primeira pergunta for negativa, teremos que concluir que a EC-26 nada trouxe de novo senão reiterar uma "promessa" não cumprida da Constituição.<sup>33</sup>

Em oposição à tradicional, a concepção que aqui se adota, como fruto de uma argumentação aprofundada nas duas últimas etapas interpretativas, é aquela que Dworkin elabora sob o nome Direito como integridade<sup>34</sup>. A partir dos ideais políticos de legitimação – justiça, equidade (“*fairness*”) e devido processo legal –, Dworkin demonstra que há um ideal de estruturação decorrente da necessidade de coerência: a integridade. Por vezes descrita no brocardo de que os casos iguais devem ser tratados igualmente, a integridade exige uma só voz do governo, baseada em um proceder, para com todos, coerente e fundamentado em princípios.

A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. A integridade de sua concepção de devido processo legal adjetivo insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito (...) Essas diferentes exigências justificam o compromisso com a coerência de princípio valorizada por si mesma. Sugerem aquilo que sustentarei: que a integridade, mais que qualquer superstição de elegância, é a vida do direito tal qual o conhecemos.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> OLIVEIRA. *Idem*.

<sup>34</sup> DWORKIN. *Idem*. pp. 199-331

<sup>35</sup> *Idem*. p. 203.

Dworkin divide as exigências da integridade em dois princípios práticos: o da integridade na legislação, que demanda criação normativa principiologicamente coerente; e o da integridade no Direito, que demanda jurisdição que interprete e faça cumprir a lei coerentemente. Explica-se, assim, quanto ao segundo aspecto, o porquê de o aplicador da norma estar sempre adstrito a conceber o corpo do Direito como um todo e não como uma série de julgados esparsos e sem ligação.<sup>36</sup>

Dworkin destaca que a integridade política tem por pressuposto uma profunda personificação da comunidade<sup>37</sup>. Supõe que ela possa engajar-se como ente específico. Não se trata de uma mera figura de linguagem que conglomera o engajamento da maioria dos cidadãos daquela comunidade em torno de algum traço particular, mas sim de uma atribuição de princípios próprios àquela comunidade como ente diferenciado. A idéia é de uma personificação atuante, pela qual a comunidade pode dizer e agir por seus princípios próprios independentemente daqueles de seus cidadãos. A aceitação de que autoridades ajam em nome da comunidade reforça a concepção de responsabilidade coletiva e aumenta o sentimento de repúdio quando se entende que agiram errado, por exemplo.

A idéia de personificação da comunidade possibilita a compreensão seguinte de que a aceitação social da integridade como virtude política implica a promoção da autoridade moral para se assumir e mobilizar o monopólio da força. Segundo Dworkin, a legitimidade de um Estado advém da situação geral pela qual seus cidadãos devem obediência às decisões políticas

---

<sup>36</sup> *Ibidem.* pp. 199-203

<sup>37</sup> *Ibidem.* pp. 204-212



que lhe pretendem impor deveres. A personificação também auxilia no entendimento de como a integridade afeta a eficiência do Direito. Se a comunidade autocompreende-se como governada não apenas por regras expressas escritas no passado, mas também por princípios supostos pelas decisões que as fundamentaram, então a ordem jurídica torna-se flexível, podendo-se expandir para, em novos contextos, resolver conflitos relacionados ao que esses princípios determinam.

Como Dworkin evidencia, as obrigações políticas são associativas. Há responsabilidades especiais que decorrem do pertencimento a uma comunidade política, assim como as há em razão de se participar de um grupo biológico ou social. Por óbvio, as obrigações associativas do último tipo têm, em regra, uma vinculação afetiva ou de proximidade de formas de vida. Não é o caso das obrigações políticas em grandes conjuntos sociais. Todas elas, no entanto, são marcadas pela inexistência de um comprometimento contratual deliberado e por uma complexa relação entre obrigação e escolha.

Devem-se honrar as responsabilidades especiais decorrentes das práticas sociais que conglomeram pessoas em torno de um grupo. Trata-se de um dever condicionado, em especial, à reciprocidade. Uma reciprocidade de sentido abstrato, dependente, para explicitação, da compreensão do outro sobre integridade e interpretação. Os membros de um grupo, em regra, apenas compartilham uma noção geral e difusa das responsabilidades a serem concretizadas entre si.

Uma verdadeira comunidade, conforme Dworkin, caracteriza-se por quatro atitudes de seus membros em relação às obrigações associativas:

primeiro, as obrigações devem ser especiais, voltadas, pois, apenas aos demais membros; segundo, elas devem ser pessoais, isto é, dirigidas diretamente de um membro ao outro; terceiro, os membros devem enxergar as responsabilidades específicas como fruto de uma mais geral, o interesse pelo bem-estar de outros membros; quarto, os membros devem pressupor que as práticas do grupo demonstram um igual interesse por todos os membros. Satisfeitas as condições, os membros de uma comunidade básica, fundada em uma identidade histórica, assumem, voluntariamente ou não, a posição de membros de uma verdadeira comunidade. É de ressaltar, de todo modo, que as comunidades verdadeiras têm de ser também comunidades básicas, pois não há como se forçar alguém a participar de um grupo com o qual não compartilhe uma identidade histórica.

Dworkin ressalva, entretanto, que mesmo as comunidades verdadeiras podem ser injustas. Verdadeiras obrigações comunitárias podem ser injustas para os membros do grupo (quando a concepção de interesse equitativo for deficiente) e podem ser injustas para os de fora (quando os membros obrigam-se a discriminar não-membros, com graves conseqüências para estes). Perante tais conflitos, Dworkin relembra que as responsabilidades associativas estão sujeitas à interpretação e que, portanto, a justiça desempenhará seu papel ordinário ao definir as responsabilidades subjetivas caso a caso. Desse modo, poder-se-ia concluir que as responsabilidades aparentemente injustas não fazem parte da prática social, o que, no entanto, ainda seria insuficiente porque a melhor interpretação disponível poderia mostrar que, embora injustas, as obrigações harmonizam-se com sua estrutura. Há, pois, também a questão de se a injustiça é tão grave a ponto de

anular tais obrigações ou se, não sendo tão grave, incorra em que as obrigações injustas permaneçam existindo em parte.

Tem-se, portanto, que a legitimidade política (“*o direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade*”<sup>38</sup>) está fundamentada não em comprometimentos deliberados de tipo contratual, mas na forma associativa de uma verdadeira comunidade, cuja obrigação principal é a fidelidade ao Direito. Desde essa conclusão, Dworkin propõe três modelos gerais de associação política<sup>39</sup>. O primeiro supõe que os membros de uma comunidade entendem-se conviventes por mero acidente histórico, como partes de uma comunidade apenas de fato e, portanto, não verdadeira. O segundo, denominado por Dworkin, de modelo das regras, supõe que os membros da comunidade política anuem ao compromisso de obediência às regras estabelecidas de um modo específico pela comunidade. Obedecem às regras por obrigação, não por estratégia, mas o conteúdo delas é o limite da obrigação e, por conseguinte, não reconhecem princípios subjacentes a compromisso comum. Entendem que as regras são fruto de acomodações de interesses antagônicos. Esses dois modelos rejeitam, por óbvio, a idéia de integridade. O terceiro, no entanto, o modelo do princípio, além de convergir com o modelo das regras quanto à suposição de uma compreensão compartilhada dentro da comunidade política, assume uma perspectiva mais abrangente ao assinalar que a condição para que se seja membro é que se aceite o governo como um autogoverno por princípios comuns e não apenas por regras resultantes de acomodações políticas. A política, assim, é tida como “*uma arena de debates sobre quais*

---

<sup>38</sup> *Idem.* pp.249-250

<sup>39</sup> *Ibidem.* pp. 251-259

*princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal*<sup>40</sup>. Cada membro, conseqüentemente, aceita a esfera de direitos dos demais e reconhece seus próprios deveres decorrentes do sistema, ainda que jamais formalmente identificados. Cada qual aceita a integridade política como um ideal político, cuja aceitação geral é tida como componente da comunidade.

O primeiro modelo, como se vê, não respeita sequer a primeira condição descrita por Dworkin para uma verdadeira comunidade política. No modelo das circunstâncias de fato, os membros não têm entre si qualquer interesse especial, senão egoístico. Não há, pois, qualquer interesse por justiça ou equidade pelos demais. No segundo modelo, conquanto compartilhem entre si um interesse especial, os membros agem tão egoisticamente na política que o interesse mostra-se excessivamente superficial que não poderia ser tido por genuíno, defende Dworkin. A política é uma espécie de jogo em que não há responsabilidades para com os outros membros. Há, de todo modo, um modelo que satisfaz todas as condições de uma verdadeira comunidade. O modelo dos princípios, adequado às sociedades pluralistas, exige de cada membro o respeito aos princípios de equidade e justiça vigentes na comunidade, que, diferentes dos de outras, podem ser considerados os melhores ou não. O interesse, genuíno, manifesta-se tanto na legiferação quanto na jurisdição, cuja responsabilidade para com a integridade exprime compromisso e supõe o igual respeito para com todos. Disso não decorre que uma associação principiológica seja justa, uma vez que suas concepções de interesse equitativo

---

<sup>40</sup> *Idem.* pp.254

podem ser deficientes tanto interna quanto externamente. De todo modo, é o modelo que melhor satisfaz às condições de uma verdadeira comunidade.

A distinção doutrinária entre Constituição sintética e analítica e o tradicional juízo sobre sua suposta implicação assentam-se em uma concepção do Direito que desrespeita a integridade. Frequentemente seguidos de uma particular leitura histórica da Constituinte de 1987, o texto resultante é tido como conjunto de “*uma vasta mistura de interesses legítimos de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, corporativos, ambições pessoais etc*”<sup>41</sup>. Embora se reconheça, alguma vez, o caráter democrático do processo constituinte, é rumorosa a pretensa crítica de que a pluralidade de vozes que dele participaram teria gerado um texto “*casuístico e prolixo*”. Essa leitura, também reverberada a partir de já referida memória supostamente privilegiada de representante constituinte <sup>42</sup>, visa a desacreditar a legitimidade do processo ao argumento de que a efetiva participação popular teria sido tão-somente representação de “*interesses próprios de específicos setores da sociedade civil*”<sup>43</sup>.

O que pretende a argumentação pretensamente histórica que circunda a distinção doutrinária entre Constituição sintética e analítica é solapar a personificação da sociedade brasileira como uma comunidade de princípios que logrou romper com o autoritarismo institucionalizado do período ditatorial. Quer fazer crer que a Constituição da República nada mais seria que uma

---

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.11.

<sup>42</sup> TEMER, Michel. Audiência Pública nº 0100/06, de 08/02/2006, da Comissão Especial da Câmara dos Deputados para a PEC 157. Disponível em: <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/comissoes/temporarias/especial/pec15703/notas/pec15703nt080206.pdf>. Acesso em 28/10/2008. p. 16-17

<sup>43</sup> JOBIM. *Idem*. p. 8

grosseira costura de interesses contraditórios, uma Carta da qual não se extrairia qualquer coerência de princípios, qualquer identidade normativa de uma sociedade complexa e contingente. No entanto, a despeito de resíduos históricos que permanecem como desafios a enfrentar pela auto-afirmação democrática, a vivência constitucional dessas últimas duas décadas vem demonstrando o quão profunda é a substância principiológica com que se fundou a sociedade brasileira em 1988. Isso é evidenciado tanto pela integridade que se enxerga na legislação brasileira (significativa aí a questão dos portadores de sofrimento mental, de que se tratará a seguir) quanto pela integridade que se verifica na jurisdição (cujo exemplo já aventado é o da jurisdição constitucional quanto ao nepotismo). Ademais, como explanam Menelick de Carvalho Netto e Alexandre Bernardino Costa:

Contra as pretensões irracionais do excesso de racionalidade iluminista o momento constituinte é um momento inaugural de algo que, se der certo, necessariamente o transborda e, a um só tempo, constantemente o revisita para nele se refundar (...) A legitimidade da Constituição não decorre, é claro, da natureza não exclusiva da constituinte, mas do seu processo de elaboração marcado pela intensa participação popular que possibilitou um debate público acerca de nós mesmos de tal profundidade e amplitude que, infelizmente, ainda permanece único em nossa história institucional.<sup>44</sup>

A tradicional doutrina constitucionalista concebe a personificação da sociedade brasileira de modo tal que a ordem jurídica pátria é tida por inteiramente engessada como um conjunto desconexo, esparso e despavimentado de regras resultantes de acomodações políticas. Está na base de sua concepção do Direito uma interpretação (ou, como prefere, uma

---

<sup>44</sup> CARVALHO NETTO, Menelick *et* COSTA, Alexandre Bernardino. Razões para comemorarmos os vinte anos da Constituição de 1988. In: **Constituição & Democracia**, Brasília, n. 20, mar. 2008, p.3

memoração) do pacto jurídico-político primeiro como fundador de uma mera comunidade de regras.

Na esteira de sua tradição classificatória, tal doutrina associa ao dito caráter analítico do texto constitucional um segundo, um pretense caráter “*compromissório*”, pelo qual explicita sua compreensão de que tudo que significa a Constituição é o que está expresso em sua marca, a ser lida como expressão de uma específica obrigação advinda de uma acomodação de interesses opostos. Assim afirma, mais uma vez, Barroso:

A doutrina constitucional caracteriza a Carta de 1988 como sendo compromissória, analítica e dirigente. *Compromissória* por ser um texto dialético, sem predomínio absoluto de uma única tendência política. Em um mundo ainda marcadamente dividido em dois blocos ideológicos antagônicos, o texto buscou um equilíbrio entre os interesses do capital e do trabalho.<sup>45</sup>

A própria idéia de princípios é freqüentemente ludibriada em função de se acreditar saber exatamente o que a Constituição diz, conseqüentemente na forma de regras, dado que, conforme se supõe, seria possível resgatar, de memória, o processo constituinte.<sup>46</sup> Chega-se a afirmar que a revisão do inchado texto constitucional é possível porque “*nenhuma geração, por mais excelente que seja, pode condicionar as opções de gerações futuras*”<sup>47</sup>. Não haveria, portanto, segundo essa concepção, um vínculo de responsabilidades entre as diferentes gerações, o qual significaria, necessariamente, engessamento da ordem jurídica. Ora, se não há vínculo, se as gerações presentes não têm que constantemente reler, sob a melhor luz, os legados das gerações passadas, então, de fato, a comunidade não teria mais

---

<sup>45</sup> BARROSO. *Idem*.

<sup>46</sup> JOBIM. *Idem*. p. 16

<sup>47</sup> *Idem*. p. 17

que regras que a unissem, precária e provisoriamente. Esse sentido, todavia, a despeito de largamente difundido, não é resgatável na reconstrução de nossa história constitucional.

As pretensões que circunscrevem a PEC 157 revelam objetivar um corte com a vivência constitucional inaugurada em 1988. Ao se defender que ela cingir-se-ia, no essencial, a uma aplicação politicamente voluntariosa, pela Corte Constitucional, de um texto de acomodação de interesses, a concepção tradicional não tem dificuldades em aceitar a troca de uma Constituição por outra (que é o que significa a revisão da PEC 157, dado seu fulcral desrespeito com a Constituição de 1988). Não haveria qualquer integridade a se seguir. Tratar-se-ia simplesmente de se adequar a acomodação de interesses a uma nova realidade, supostamente diferente da de 1988. Bastante esclarecedoras as conclusões de Cristiano Paixão:

A Proposta de Emenda Constitucional 157/03, tal como aprovada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, é *inconstitucional, não democrática e historicamente infeliz*.

A PEC é inconstitucional na medida em que inverte, com engenho e grande poder de dissimulação, uma diferença que é fundamental para a própria idéia de Constituição: a distinção entre poder constituinte originário e derivado. O Constituinte derivado, como todos sabem, tem um mandato estabelecido, em limites bastantes precisos, pelo constituinte originário. A PEC é paradoxal: ela postula um artifício inconstitucional para 'salvar' a Constituição. Ela joga a Constituição contra a Constituição.

A PEC é não-democrática porque parte do pressuposto de que existem 'excessos' na Constituição de 1988, que devem ser 'sanados' por um procedimento de revisão. O problema é que essa revisão é inteiramente desprovida de legitimidade, por completa falta de discussão pública e pertinência em relação ao momento político e social vivido no País. Não há um momento constitucional em curso. As razões que impeliram o Constituinte de 1987-1988 a romper com a ordem então estabelecida – redemocratização do Brasil, fim do regime opressivo, abertura da participação política a setores até então excluídos, necessidade de redefinir a identidade



constitucional – continuam válidas. Uma Constituição é um processo, e não um projeto acabado.

A PEC é historicamente infeliz pela simples razão de que vários dos defeitos da Constituição usualmente apontados pelos críticos já foram objeto de correção em virtude de dezesseis anos de prática política, jurídica e social. Várias emendas foram aprovadas, novas leis foram promulgadas a partir de determinações constitucionais e movimentos sociais puderam organizar-se com apoio na pauta de direitos esboçada na Constituição. O problema, portanto, não está no texto da Carta – que se coloca regularmente à correção. O verdadeiro alvo da PEC 157/03 é a cultura constitucional que se procura instalar no Brasil. Ela pressupõe abertura para o futuro, construção de uma comunidade política consciente e reflexiva e disposição para o aprendizado com a experiência histórica. É isso que está em jogo.<sup>48</sup>

Como já se aventou quando das considerações sobre a leitura doutrinária da inserção do inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição, bem como sobre a jurisdição do Supremo Tribunal Federal em casos de nepotismo, há uma diferente autocompreensão da sociedade brasileira, contrária àquela tradicional, pela qual nos enxergamos a nós mesmos como uma comunidade de princípios. Uma comunidade fundada no princípio da liberdade, cuja especificação, ainda principiológica, para a esfera da duração do processo, constitui, desde sempre, o princípio do acesso à Justiça, cuja especificação, por sua vez, constitui o princípio da razoável duração do processo, todos independentes de haver ou não o novo texto do referido inciso. Novo texto para norma antiga. Na jurisdição dos casos de que decorreu a explicitação da Súmula n.º 13, de óbvia prescrição e de compreensível significado expletivo frente à realidade do descumprimento, a Corte Constitucional asseverou como o fundacional princípio da igualdade, especificado, ainda principiologicamente, nos princípios administrativos da impessoalidade, da moralidade e da

---

<sup>48</sup> PAIXÃO, Cristiano. *A Constituição Subtraída*. In: **Constituição & Democracia**. Brasília, n.1, p.5, fev. 2006.

eficiência, implica, desde sempre, a proibição do nepotismo, independentemente da Súmula. Novo texto para norma antiga.

Da vivência constitucional brasileira, vale analisar ainda uma terceira experiência, bastante representativa da autocompreensão comunitário-principiológica, reveladora da integridade na legiferação. Trata-se, em especial, da Lei Federal n.º 10.216/01, pela qual se aplicou, em uma profunda ruptura com o anterior paradigma sanitário-mental pátrio, uma verdadeira nova concreção, ainda principiológica, do princípio da igualdade, derivada da flexibilidade da nossa comunidade de princípios, derivada da nossa capacidade de releitura constitucional: o direito fundamental à singularidade do portador de sofrimento mental.

Consoante aponta Janaína Lima Penalva da Silva<sup>49</sup>, a assistência em saúde mental no Brasil passou a ser transformada após a redemocratização, quando, por força do Movimento Sanitário Brasileiro e da atenção da esfera pública, tomou corpo uma estrondosa discussão sobre o tratamento dado aos “loucos”, o que resultou no início da superação do paradigma manicomial. A legislação antes em vigor (Decreto n.º 24.559/34, que tratava principalmente dos psicopatas, e Decreto-Lei n.º 891/38, concernente aos toxicômanos com distúrbio mentais) baseava-se no princípio de que a sociedade deveria proteger-se contra a loucura, entendida como um perigo cuja única solução seria a segregação.

---

<sup>49</sup> SILVA, Janaína Lima Penalva da. **O direito fundamental à singularidade do portador de sofrimento mental: uma análise da lei n.º 10.216/01 à luz do princípio da integridade do direito** (Orientador Menelick de Carvalho Netto). 2007. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília.

O tratamento asilar, de caráter publicamente invasivo, começou a ser questionado na década de 1970, quando se descortinou, portanto, novo paradigma. Com a consolidação da oposição ao tratamento então em voga, foi apresentado no Congresso Nacional, em 1989, o Projeto de Lei de n.º 3.657, para progressiva extinção de hospícios, o que foi paralelamente iniciado por obra autônoma de vários entes federados. A ruptura paradigmática expandiu-se para as clínicas privadas. Alcançou, por fim, decisivamente, a autocompreensão das identidades associativas concernidas, como, no âmbito mais privado, a família dos portadores de sofrimento mental.

A despeito dos doze anos de tramitação no Congresso, a Lei Federal n.º 10.216/01 representa o deslocamento definitivo de um paradigma sanitário-mental a outro. Contra os métodos invasivos, o novo paradigma impõe o respeito à singularidade dos portadores de sofrimento mental. A reinserção social do paciente torna-se finalidade permanente do tratamento. A internação é vedada, exceto em casos excepcionais e, quando destes, necessariamente provisória.

Conforme esclarece Menelick de Carvalho Netto<sup>50</sup>, as deliberações sobre nós mesmos no que concerne à recíproca consideração como iguais fizeram-nos perceber que nossa antiga concepção desrespeitava a diferença dos portadores de sofrimento mental, a qual é garantida precisamente pelo princípio da igualdade, eixo da constituição de nossa comunidade moderna, complexa e contingente. Desde uma perspectiva minimamente reconstrutiva, portanto, a nova lei não tem como ser lida como

---

<sup>50</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. Uma reflexão constitucional acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei. In: **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 2, 2005, pp.67-85.

uma nova acomodação de interesses decorrente de algum compromisso distinto que, por acaso, entendeu-se conveniente fazer. Ela, ao contrário, marca a releitura de nossa Tradição de reconhecimento mútuo como iguais e, assim, revela uma nova diferença legítima que, embora antes estivesse oculta, já estava principiologicamente embasada, carente apenas de concreção. A Lei Federal n.º 10.216/01, por conseguinte, ao operar na dimensão de fluidez e abertura inerente ao constitucionalismo e expressa no art. 5º, § 2, da Constituição, mostra-se como o símbolo do reconhecimento do direito fundamental à singularidade dos portadores de sofrimento mental, especificação, ainda principiológica, do princípio da igualdade.

Assim é que, justamente pelo caráter abstrato e universal da linguagem em que se expressam constitucionalmente esses direitos fundamentais, é possível a sua ampliação mediante a explicitação em lei do que agora eles significam para nós. Torna-se claro agora, para nós, que o reconhecimento dessa diferença específica como direito à igualdade sempre esteve autorizado pela afirmação desses princípios; nós, que não éramos capazes de ver a injustiça até então perpetrada. Dessa sorte é que essa explicitação mediante lei, atuação administrativa ou decisão judicial, na verdade, não altera a Constituição, apenas explicita o patamar alcançado por nossa comunidade de princípios no mais fiel cumprimento da Constituição, comprovando o sucesso vivo e pulsante do que ela constituiu.<sup>51</sup>

Com essa louvável experiência de releitura constitucional, iniciada e terminada mediante uma árdua discussão pública, independente de qualquer pretensão de reescrita constitucional, nossa comunidade de princípios evidencia sua integridade na legiferação, seu respeito à própria história, sua capacidade de auto-reflexão e auto-reconstrução para, dinamicamente, albergar, no princípio da igualdade, diferenças que, conquanto até então

---

<sup>51</sup> *Idem.*

obliteradas, puderam ser finalmente reconhecidas. O texto constitucional, apesar de seu caráter analítico, não foi capaz de prever tal concreção do princípio da igualdade. Ao contrário do que propugna a concepção tradicional, no entanto, tal exigência não poderia ser feita ao texto. À época de sua redação, o direito fundamental à singularidade dos portadores de sofrimento mental não era ainda plenamente visível, embora já estivesse, desde sempre, implícito na Constituição.

Tem-se, portanto, que, por mais analítico que seja o texto, ele jamais será capaz de antecipar toda a dinâmica reconstrutiva da integridade na legiferação, que, permanentemente, revelará novas dimensões dos princípios constitucionais, conforme evolua a comunidade de princípios. Como demonstra o caso dos portadores de sofrimento mental, as gerações presentes não abandonaram o legado normativo das gerações passadas, mas sim assumiram as responsabilidades decorrentes da cegueira daquelas gerações quanto a esse específico direito fundamental, que, de todo modo, já estava inscrito no fundacional princípio da igualdade.

Examinada a distinção doutrinária entre Constituição sintética e analítica à luz da integridade na legiferação, agora cabe traçar as considerações sobre a integridade no Direito, a fim de se esclarecer como, de fato, dá-se a relação entre texto e norma no caso concreto.

Já houve a oportunidade de se afirmar, com Dworkin, que os princípios de justiça, equidade e devido processo legal que apresentam a melhor interpretação da prática jurídica são a fonte das proposições verdadeiras em Direito. As convicções do julgador balizarão sua decisão no

sentido de fundamentá-la como a melhor interpretação da prática jurídica, dele se exigindo que o faça desde o pressuposto da personificação da comunidade. O Direito ocupa, simultaneamente, a posição de fonte e resultado da interpretação, uma vez que novos casos concretos demandam novas interpretações do Direito e, portanto, releituras sobre decisões e circunstâncias de casos passados.

A integridade insiste que o Direito seja considerado não apenas na dimensão limitada de seu conteúdo explícito, mas, igualmente, na dimensão do sistema de princípios indispensável à sua justificativa. Esse sentido mais amplo não incorre na pretensão de se resgatar ideais e objetivos práticos de legisladores, mas sim na constatação da necessidade de se fundamentar o que fizeram em uma história digna de se recontar linearmente como o passado de uma prática atual organizada e baseada em princípios.

Como se viu, a integridade no Direito aclara a natureza necessariamente construtiva da interpretação jurídica, o que remete à idéia de intenção como estrutura formal dessa prática. Dworkin valeu-se da comparação com a crítica literária para fornecer mais elementos sobre como se dá a integridade no Direito. A atribuição de um propósito a um texto ou prática leva em si um conteúdo normativo que aproxima todas as interpretações construtivas. Assim, poder-se-ia comparar o juiz, que decide o direito em um caso concreto, com o crítico literário, que examina as dimensões de valor de uma obra. Ocorre, porém, que, ao contrário do crítico, o juiz é também autor de sua prática, visto que ele, ao dizer o direito do caso, acrescenta à Tradição que interpreta. Embora o crítico também acrescente à Tradição literária, sua

contribuição é menos direta e constitui, inclusive, um problema da Teoria Literária. Com essas considerações sobre os papéis de autor e crítico, Dworkin propõe uma comparação mais fértil entre Direito e Literatura a partir do gênero que ele denomina de romance em cadeia. Trata-se de um projeto no qual um grupo de romancistas escreve um romance em série, cada qual incumbido de, primeiro, interpretar os capítulos anteriores, já escritos por outros, segundo, escrever o seu, com coerência e visando obter o melhor romance possível, e terceiro e por fim, deixar aberto o horizonte para que os romancistas seguintes possam fazer o mesmo. Essa experiência, que não é de toda desconhecida, espelha bem uma prática que, no entanto, deve ser levada muito a sério.

Cada qual deverá escrever sua parte da melhor forma possível como se o produto final fosse obra de um único autor e não de muitos. Em virtude disso, à medida que escreve, várias avaliações gerais serão demandadas do romancista, que deverá ir formando uma perspectiva, uma teoria, para trabalhar com os vários elementos do romance em cadeia como continuidade e não como novo começo. O bom crítico saberá tratar dos elementos de forma complexa e multifacetada, pois um único ponto de vista não pode captar o valor de um bom romance. Poder-se-á dar uma estrutura a qualquer interpretação que se adotar, a partir do que se distinguem duas dimensões a partir das quais será mister submetê-la à prova. A primeira, que Dworkin denomina de dimensão da adequação, determina que não se pode adotar qualquer interpretação, por mais complexa que seja, que não se possa supor ter sido escrita por algum autor. Embora isso não implique que a interpretação deva ajustar-se a cada segmento do texto, é imprescindível que ela flua ao longo de todo o romance, com um poder explicativo geral. Será

falha se deixar sem explicação algum elemento estrutural. Se não houver sequer um poder explicativo parcial, toda interpretação encontrada sendo incompatível com o texto, então se deverá abandonar o projeto, uma vez que nenhuma continuidade será possível.

Se se entender que mais de uma interpretação adequa-se ao texto, a segunda dimensão da interpretação exigirá que se decida qual das leituras possíveis melhor se ajusta à obra em desenvolvimento. Entram em jogo os juízos estéticos mais profundos, conquanto as considerações estruturais da primeira dimensão também estejam presentes na segunda, pois, mesmo quando nenhuma das interpretações é desqualificada, pode-se ainda mostrar o texto sob uma melhor luz. Por conseqüente, conclui Dworkin, a distinção entre as duas dimensões não é crucial. Adotada certa interpretação, o romancista passará à sua contribuição à obra, oportunidade em que poderá observar que, em vista do conjunto, algumas perspectivas demandam novas considerações, o que poderá resultar em reformulações e adaptações enquanto da escritura.

A metáfora do romance em cadeia explicita como a integridade na jurisdição demanda do juiz uma atuação aplicativa que, em muito, distingue-se da falácia da subsunção. Esclarece, portanto, uma dimensão normativa absolutamente distinta da legiferação. A distinção doutrinária entre Constituição sintética e analítica ignora esses desafios jurisdicionais, ao pretender que o longo texto constitucional aplica-se *per se*. O juiz, nessa concepção, apenas resgataria objetivos, alguma vez psicológicos, dos legisladores constituintes. Trata-se de um juiz de capacidade limitada e desafios fáceis.



A consequência de se ter um ator aplicativo de tão reduzido papel é a sobrecarga de expectativas sobre a dimensão de justificação de normas, sobre a legiferação. A coerência e a dinâmica da ordem jurídica tornam-se, assim, dependentes de uma constante e mal situada reescrita legislativa. A partir dessa concepção, não só casos difíceis ficariam carentes de uma racionalização minimamente coerente do ordenamento jurídico, o que incorreria em aplicação irracional, mas também as novas circunstâncias da comunidade deveriam ser, ponto a ponto, reescritas na forma de acomodação de interesses. Do ponto de vista da aplicação, portanto, o ordenamento jurídico não teria qualquer flexibilidade. Com essa estrutura, a Constituição passa a ser acusada de causadora de "ingovernabilidade". De um lado, a pecha causa espécie pelo inusitado de uma suposta crítica à Constituição por sua capacidade de limitação da Política. Ora, qual seria então a função da Constituição no acoplamento entre Direito e Política? Do outro lado, no entanto, deve-se observar que a facilidade com que a concepção tradicional levanta tal argumento decorre precisamente de sua crença de que, por serem os textos normativos auto-aplicáveis como regras, a Constituição não apresentaria, frente à pluralidade de circunstâncias da vivência política de uma sociedade moderna, qualquer flexibilidade reconstrutiva para os limites que impõe.

Desde o ponto de vista tradicional, uma Constituição não teria como ser duradoura senão sendo pequena. Daí o porquê de se defender o suposto modelo sintético da Constituição dos Estados Unidos da América, como se seu curto texto significasse uma Constituição estreita e não contivesse, ao revés, uma das maiores Constituições que existem, fruto de

uma longa tradição aplicativa que teve por famosa protagonista a Suprema Corte daquele país. Este excerto é significativo dessa incompreensão:

A Constituição escrita pode ser, quanto ao conteúdo, analítica ou sintética. Correspondem aos dois tipos os seguintes elementos essenciais:

a) *analítica* – busca (geralmente sem êxito) enfrentar todas as hipóteses do universo jurídico atingido, o que o leva a incluir matérias de típico caráter não constitucional. Pode enfraquecer a democracia, por facilitar a inversão da ordem constitucional. Foi a opção brasileira de 1988;

b) *sintética* – abre espaço à exegese jurisprudencial, como se constata com a Constituição americana, que sofreu alterações em seus duzentos anos de existência.

Esse tipo refere apenas a estrutura fundamental do Estado e permite fácil alteração da lei ordinária, com vantagem e desvantagem, pondo em questão, permanente e aberta, a constitucionalidade do ordenamento inferior.<sup>52</sup>

Já a idéia de que uma Constituição poderia “*buscar enfrentar todas as hipóteses do universo jurídico*” denota a confusão entre norma e texto e entre justificação legiferante e aplicação jurisdicional. A observação, porém, de que isso se dá “*geralmente sem êxito*” revela, a toda evidência, uma incompreensão do fenômeno jurisdicional. Ao tempo que se levanta a suposição de que a Constituição seria um amontoado de regras detalhadas sobre todas as matérias, explicita-se a crença de que, em alguns casos (mas não “*geralmente*”), isso, de fato, ocorreria. Expressiva, no entanto, é a ausência de qualquer tentativa de citação de exemplo nesse sentido.

As considerações sobre a experiência do modelo de Constituição supostamente sintética são igualmente insustentáveis. Afirma, a princípio, que há nele a abertura à interpretação jurisdicional, como se não houvesse no

---

<sup>52</sup> CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 16

modelo dito analítico. Conclui, em seguida, que a Constituição sintética referir-se-ia apenas à estrutura fundamental do Estado, o que, por óbvio, não corresponde à história constitucional norte-americana. Conclui ainda que esse modelo permitiria a “*fácil alteração da lei ordinária*”, o que também demonstra sua incompreensão de que texto sintético implicaria Constituição sintética.

Tal como a Constituição norte-americana, a brasileira apenas se densifica com sua aplicação cotidiana, com sua reconstrução racionalizante, com sua vivência. Independentemente da extensão do seu texto, que é, de todo modo, o ponto de partida e, portanto, eixo estrutural, a Constituição assumirá a dimensão que lhe for dada em sua releitura aplicativa, vivencial.

Para a explanação definitiva do direito como integridade, Dworkin vale-se, finalmente, do artifício de um juiz imaginário, Hércules:

No direito, (...) a exemplo do que ocorre na literatura, a interação entre adequação e justificação é complexa. Assim como, num romance em cadeia, a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias e artísticas, em direito é um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos; tanto no direito quanto na literatura, estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de critério por seu fracasso sobre outro. Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade.<sup>53</sup>

Aqui cumpre levantar, na forma de uma interpretação teórica sob a melhor luz, a leitura habermasiana desse específico ponto da teoria do direito dworkiniana. Como sintetiza Habermas<sup>54</sup>, a idéia do juiz Hércules é construída

---

<sup>53</sup> DWORKIN. *Idem.* pp. 286-287

<sup>54</sup> HABERMAS. *Idem.*

para dar conta, em um princípio monológico, da exigência de que, para ser correta, uma decisão judicial tem de reconstruir a ordem jurídica concreta na procura de princípios e determinações de objetivos válidos de modo que se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares como componentes coerentes. Hércules, como tal, consegue variar a hierarquia dos princípios e objetivos e consegue avaliar criticamente a massa do direito positivo de modo a corrigir erros.

O direito como integridade, desde essa leitura habermasiana, só pode evitar a indeterminação que resultaria da estrutura contraditória do direito vigente tornando ela mesma indeterminável. Nessa esteira, se a decisão de um caso à luz de uma norma superior significa que um sistema normativo é esgotado da melhor maneira possível, levando-se em conta todas as circunstâncias relevantes e se esse sistema é dinâmico, pois as relações preferenciais alteram-se com as novas situações, então a orientação por tal ideal irá sobrecarregar sobremaneira a jurisdição profissionalizada. Assim, toda essa complexidade fica, na verdade, reduzida por uma compreensão jurídica paradigmática que prevalece em certo contexto. Os paradigmas aliviam Hércules da complexa tarefa de colocar estrutura em uma enorme quantidade de princípios e objetivos em relação a todas as características do caso concreto.

O princípio monológico é, portanto, especialmente insustentável quando se têm em conta os paradigmas jurídicos redutores de complexidade. A pré-compreensão paradigmática do Direito só limita a indeterminação da decisão teoricamente iniciada e só pode garantir uma medida suficiente de

segurança jurídica, se compartilhada intersubjetivamente por todos os membros da comunidade e se expressar um autocompreensão constitutiva da identidade comunitária. Daí a necessidade de uma cooperação para se enfraquecer a suspeita de ideologia no pano de fundo dessa questão. O juiz singular, como esclarece Habermas, tem de conceber sua interpretação como uma atividade intersubjetiva apoiada numa comunicação pública de cidadãos. Assim, Hércules poderia entender-se como parte de uma comunidade de interpretação e teria de orientar suas interpretações pelos padrões da prática interpretativa reconhecidos na profissão. No entanto, o sentido desses padrões é problemático. Enquanto, na perspectiva objetivante, eles são mero sistema de uma ética profissional que se autolegitima, na perspectiva interna, havendo conflito para escolha de quais são os padrões corretos, a autolegitimação fática da corporação não é suficiente para que sejam aceitos como os princípios procedimentais que fundamentam a validade. Para sair desse círculo, Habermas propõe uma reconstrução da prática interpretativa pelo caminho de uma teoria do direito no sentido de uma teoria da argumentação jurídica que assume o fardo das exigências ideais atribuídas a Hércules.

Habermas toma o caminho interrogativo da possibilidade de tais exigências ideais do direito como integridade serem traduzidas em exigências ideais de um processo cooperativo da formação da teoria, satisfazendo-se tanto o ideal regulativo da única decisão correta quanto a falibilidade da prática concreta de decisão. Tal questão, ainda não resolvida, é levada a sério na teoria discursiva do direito, que, analisando a aceitabilidade racional dos juízos dos juizes sob o ponto de vista da qualidade dos argumentos e da estrutura da argumentação, apóia-se num conceito forte de racionalidade procedimental

pelo qual as qualidades constitutivas da validade de um juízo devem ser buscadas não apenas na lógica semântica de argumentos, mas também na dimensão pragmática do processo de fundamentação judicial. A teoria da verdade como correspondência não serve ao julgamento da correção de juízos normativos, a qual significa aceitabilidade racional apoiada em argumentos. Não há, pois, um fim natural no encadeamento de possíveis argumentos substanciais, havendo sempre a possibilidade de melhores argumentos e novas informações. A própria teoria do direito de Hércules teria de ser vista como uma ordem de argumentos por enquanto coerentes, não podendo, então, a idéia reguladora da única decisão correta ser explicitada com o auxílio de uma teoria, por mais forte que seja.

O conceito amplo de uma racionalidade procedimental, abrangendo a dimensão pragmática de uma disputa regulada entre argumentos, permite *complementar* as características semânticas dos argumentos através das propriedades indiretamente constitutivas da validade de um arranjo, no qual se atualiza o potencial da motivação racional que os bons argumentos carregam consigo. A fresta de racionalidade que surge entre a força meramente plausibilizadora de um único argumento substancial ou de uma seqüência incompleta de argumentos, de um lado, e a incondicionalidade da pretensão à “única decisão correta”, de outro lado, é fechada *idealiter* (idealmente) através do procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade.<sup>55</sup>

A doutrinária distinção entre Constituição sintética e analítica, porque assentada em uma visão do fenômeno jurisdicional como subsunção, é marcada por uma operatividade precariamente monológica da aplicação normativa. O juiz da concepção tradicional, uma vez que sequer tem defronte o desafio da racionalização do ordenamento, dado que enxerga o texto como fonte direta de regras auto-aplicáveis, age desde uma perspectiva radicalmente

---

<sup>55</sup> HABERMAS. *Idem.* p.283

monológica e acrítica. Com isso, toma a si toda a responsabilidade de concretizar o Direito, do que não poderiam deixar de decorrer senão imobilismo aplicativo e reprodução automática de paradigmas doutrinários. Cuida-se, portanto, de um juiz sem exigências ideais, de um juiz mais que suficiente em sua mortalidade, de um juiz, enfim, jamais desafiado.

Não é este, entretanto, o juiz que se observa na autocompreensão aqui defendida. O já citado exemplo da jurisdição constitucional em casos de nepotismo e, em especial, a edição da Súmula n.º 13 patenteiam a receptividade com que tem atuado o Judiciário brasileiro em relação ao leque das interpretações e argumentos oferecidos nos debates públicos. Todos decorreram de uma densificação do repúdio a consagrada prática que, embora já estivesse vedada desde sempre, dependia de um ato primeiro de ruptura aplicativa. Trata-se, também no que concerne à dimensão da aplicação de normas, de uma Tradição que se vê, conquanto incipiente, comprometida com a integridade.

As considerações até aqui desenvolvidas conduzem à última etapa deste capítulo, a saber, ao aprofundamento da análise de quais são, especificamente, os paradigmas constitucionais que estão em jogo na oposição entre a concepção tradicional, que embasa a distinção entre Constituição sintética e analítica, e a perspectiva do direito como integridade. O ponto central é *“a questão dos direitos não-enumerados”*.

Dworkin<sup>56</sup> enfrenta a questão em contraposição à famosa perspectiva de Richard Posner e a partir da reconstrução jurisdicional (especialmente pela Suprema Corte) do *Bill of Rights*. Tomando como referência inicial as interpretações disponíveis da Décima Quarta Emenda, Dworkin defende que ela, ao garantir, abstrata e genericamente, igualdade e devido processo legal, pode aparentar concernir apenas a procedimentos e, pois, não limitar propriamente o conteúdo das leis. Essa interpretação estreita, contudo, demonstra ele, a história rejeitou. A Emenda assume proporções espantosas no momento em que se compreende que os dispositivos constitucionais são tão substantivos quanto procedimentais, uma vez que o *Bill of Rights* determina que o Estado trate todos com igual respeito e consideração e, portanto, garante as liberdades essenciais.

Dworkin esclarece que, no que ele chama de leitura natural, o *Bill of Rights* contém normas de diferentes densidades normativas que, em conjunto, definem principiologicamente um ideal político, conformado em um quadro constitucional básico que estrutura uma sociedade de livres e iguais. Trata-se de um abrangente sistema de princípios que regula tanto a liberdade quanto a igualdade, as duas fontes maiores de pretensões de direitos individuais. Desde esse ponto de vista, sustenta-se a improbabilidade de um entendimento segundo o qual determinado direito individual que se acredite deva ser reconhecido não esteja, desde já, contemplado pela Constituição, a não ser que a história constitucional o tenha recusado.

---

<sup>56</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana** (trad. Marcelo Cipolla). São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 115-134.



Cumpra, de logo, recordar que precisamente essa improvável compreensão, remetida à Constituição brasileira, já foi objeto de consideração. Quando se tratou das interpretações que se apresentam à inserção do novo texto que expressa o direito fundamental à razoável duração do processo, ressaltou-se uma<sup>57</sup>, inteiramente despida de qualquer tentativa de releitura histórico-constitucional, que levanta a pretensão de que, apenas com a EC n.º 45, o direito à razoável duração do processo fez-se presente. Como se verá agora, apenas uma concepção extremamente limitada do que constitui uma Constituição poderia sustentar tal entendimento.

Assinale-se ainda, como já examinado, que da vivência constitucional brasileira conclui-se que o texto fundacional, embora expresse uma série de direitos fundamentais, não abarca e não poderia abarcar toda a complexa e incessante dinâmica de releitura constitucional que faz operar, freqüentemente, a inclusão de identidades antes não reconhecidas, conforme a abertura principiológica explicitada pela Constituição em seu art. 5º, § 2º.

Visto que liberdade e igualdade sobrepõem-se em grande medida, os mais abstratos princípios do *Bill of Rights* são, em si, abrangentes, evidencia Dworkin. A melhor interpretação de um dos dois princípios resultará nas mesmas provisões da melhor interpretação do outro princípio.

Amiúde se aponta uma ameaça no enorme poder dado aos juízes pela ordem constitucional, os quais são responsáveis por concretizar o que significam as abstratas e genéricas disposições sobre igualdade e liberdade. Alguns chegam a defender que juízes, como minorias mais liberais, imporiam

---

<sup>57</sup> DELGADO. *Idem*.

convicções a maiorias menos liberais, o que, como se observa, desde o ponto de vista desse argumento, poderia muito bem ocorrer ao revés.

Dworkin intitula de revisionista essa concepção que, buscando negar a leitura natural do *Bill of Rights*, intenta representá-lo não como definidor da estrutura de uma concepção geral de justiça, mas apenas como um arrolamento de determinações específicas provindas de vontades individuais que as entenderam relevantes há muito tempo. Em outras palavras:

Tem a esperança de que a declaração de Direitos deixe de ser uma carta constitucional e se transforme num documento com a mesma textura e o mesmo tom de uma apólice de seguros ou um contrato padronizado de arrendamento comercial.<sup>58</sup>

Essa concepção, conforme Dworkin, conseguiu o importante feito de fazer colar aos adversários suas próprias deficiências, ao convencer a muitos de que proteger a Constituição seria dela fazer lista ultrapassada de regras, de modo que aqueles que procurassem lê-la com sentido e coerência seriam inventores e usurpadores. Se, no entanto, no aspecto político, teve muito sucesso o revisionismo, no aspecto jurídico, não teve nenhum, uma vez que não construiu qualquer interpretação alternativa coerente. Alguns afirmaram que a leitura natural de Dworkin negligenciaria um aspecto comunicativo decisivo, que, se apreendido, demonstraria que os princípios constitucionais não significariam o que parecem significar. Argumenta-se a partir de diversos recursos filosófico-lingüísticos. Exemplo significativo é o que assume a pretensão segundo a qual a idéia de “*sentido do locutor*” é relevante para a interpretação da Constituição na medida em que o enunciado de um

---

<sup>58</sup> DWORKIN. *Idem*. p. 119

dispositivo pelos legisladores constituintes poderia distinguir-se do sentido que os destinatários daquela norma lhe atribuiriam em razão de se desconhecer uma informação específica sobre o momento constituinte.

A corrente criticada por Dworkin também nesse ponto tem suas convicções reverberadas no leque de discursos sobre a dinâmica constitucional brasileira. É mais uma vez de se destacar a pretensão de legislador constituinte de se reler o processo fundacional e, por conseqüência, o conteúdo da Constituição a partir das memórias privilegiadas daqueles que participaram do processo em uma posição institucional que garantiu posição diferenciada, em especial quando de negociações<sup>59</sup>. Argumento que, também como já analisado, apenas se faz possível desde uma perspectiva que subtraia à comunidade política qualquer conjunto fundacional de princípios comuns, relegando-lhe senão acomodações intermitentes de interesses políticos expressos em regras. Tem-se, portanto, que tanto o revisionismo quanto a concepção tradicional brasileira defendem que os princípios constitucionais deveriam ser entendidos não como impositivos de exigências abstratas de conteúdo moral, mas como expressão daquilo que teriam desejado os constituintes.

Para se bem entender o “*sentido do locutor*”, Dworkin esclarece a distinção entre o que uma pessoa quer dizer e o que ela espera que serão as conseqüências para o Direito do que ela disse. Embora vários dos constituintes tivessem crenças diversas sobre o conteúdo dos princípios da igualdade e da liberdade e embora suas crenças divirjam do que se compreende hoje, não se pode concluir que eles tenham pretendido dizer algo distinto do que se poderia querer dizer ao se valer hoje das mesmas palavras. Os termos abstratos e

---

<sup>59</sup> Cf. JOBIM. *Idem*.

gerais utilizados foram empregados para designar concepções abstratas e gerais. E, portanto, o “*sentido do locutor*” é idéia que apenas reforça a responsabilidade que tem a jurisdição, ao contrário do que pretendem o revisionismo e a concepção tradicional brasileira.

Ao lado de instrumentos lingüísticos mal situados como o do “*sentido do locutor*”, está a classificação de certos direitos como não-enumerados, a qual pretende diferenciar um conjunto determinado de direitos fundamentais, reconhecidos ou controversos, não arrolados no texto constitucional. Quer-se fazer crer tratar-se de uma distinção relevante, a se fazer a partir da constatação de que, se o *Bill of Rights* apenas elenca alguns dos direitos necessários a uma sociedade de livres e iguais e, pois, deixa de elencar outros direitos básicos para tanto, seria defensável afirmar que os juízes só poderiam impor a observância dos direitos efetivamente enumerados. A idéia é de que, se a jurisdição puder extravasar os limites do texto, já não haveria qualquer limite ao poder dos juízes.

Conquanto a distinção seja popular e tenha reverberação em decisões importantes da Suprema Corte (Dworkin cita o caso *Bowers vs. Hardwick*), não se lhe pode ver qualquer sentido. Conquanto a distinção entre o que está em uma lista e o que não está seja verdadeira e importante, essa não é a questão que se põe à questão dos direitos fundamentais. Dworkin embasa essa asserção com uma elucidativa comparação. Segundo ele, uma portaria que proibisse, por exemplo, portar armas de fogo, facas ou explosivos nas bagagens de mão em aviões poderia, claramente, ser interpretada no sentido de se considerar vedado também o porte de frascos de gás lacrimogêneo, por

força da estrutura geral do instrumento e da intenção óbvia a ela subjacente de se proibir tudo que, levado a bordo, possa ser usado como arma para se realizar atos de seqüestro ou terrorismo. Com isso, ter-se-ia razão em afirmar que os frascos de gás lacrimogêneo não estavam previstos pela lista do que fora vedado e que é legítimo o questionamento sobre a titularidade daquelas autoridades em acrescentar outros elementos à lista. Dworkin conclui, então, que a questão de fundo tem um pressuposto semântico. Gás lacrimogêneo não se inclui na referência de nenhum dos termos “armas de fogo”, “facas” e “explosivos”.

Não há, entretanto, qualquer pressuposto similar que possa justificar a distinção entre direitos enumerados e não-enumerados, demonstra Dworkin. Os gerais e abstratos princípios constitucionais de correção política (*“political morality”*), envolvem, em conjunto, de forma excepcionalmente abstrata, todas as dimensões de correção política que em nossa cultura política possa fundar um direito constitucional individual. A questão-chave na aplicação desses princípios abstrato às controvérsias políticas particulares, esclarece, não é da ordem da referência, mas da interpretação.

Para aclarar a tese, Dworkin levanta três argumentos constitucionais: o primeiro defende que, em decorrência do princípio da igualdade, as mulheres têm o direito de serem protegidas da discriminação sexual, que só pode ocorrer em específicos casos de garantia a importantes direitos do Estado; o segundo é que, em virtude do direito de protesto simbólico, os indivíduos têm o direito de queimar a bandeira norte-americana; o terceiro, por fim, reza que o direito à privacidade, decorrente do princípio da

liberdade, inclui o direito das mulheres ao aborto. Os dois primeiros argumentos têm sido entendidos como sustentação a direitos enumerados (seriam particularizações de direitos elencados na Constituição), enquanto que o terceiro firmar-se-ia em favor de um direito não-enumerado. Ocorre, porém, como assenta Dworkin, que todos os três argumentos são interpretativos e excluem o tipo de restrição semântica pressuposto na distinção, uma vez que do princípio da igualdade e do princípio da liberdade não se deduzem, sem mais, os respectivos direitos à proteção contra a discriminação sexual e o direito de queimar bandeiras. Ambos os casos de particularização normativa não operam especificações do sentido das palavras, como na hipótese da portaria, de cuja proibição do porte de armas de fogo, facas e explosivos pode-se concluir, por referência direta, a proibição do porte de revólveres, mas não a proibição do porte de frascos de gás lacrimogêneo. No caso dos três argumentos constitucionais, a particularização normativa envolve um mesmo tipo de interpretação, que não resgata intenções históricas de autores, mas sim princípios que melhor se enquadram na estrutura geral e na história do direito constitucional.

Tem-se, portanto, que a distinção entre direitos enumerados e não-enumerados, não faz qualquer sentido, porque confunde referência com interpretação.

Distinções similares recebem, por óbvio, a mesma crítica. A pretensa diferenciação entre a dita interpretação constitucional “*dispositivo a dispositivo*” e a dita “*holística*” ignora que toda interpretação jurídica é, como se viu, nesses termos, essencialmente holística, ainda quando o aparente objeto

da interpretação seja um determinado dispositivo ou expressão e não o documento como um todo. Isso porque todo intérprete tem limites interpretativos (supostos acerca do que faz uma interpretação melhor do que outra), e qualquer conjunto plausível de limites inclui um requisito de coerência, segundo Dworkin. Uma interpretação constitucional, portanto, que pretenda haver um conflito entre princípios prescritos em dois diferentes dispositivos “*não é um exemplo de flexibilidade pragmática, mas de hipocrisia*”<sup>60</sup>.

Com Dworkin, pois, pode-se afirmar que os esforços da concepção tradicional fracassaram e encontram-se fadados ao fracasso, uma vez que a história constitucional não a chancela nem na base, nem nas distinções examinadas. As distinções semânticas em que esses esforços se baseiam não têm qualquer sentido, pois, estão elas destituídas de poder de definição de qualquer conjunto determinado de direitos constitucionais. Como a história constitucional demonstra, o “*sentido do “locutor, a “enumeração” e a preferência por uma interpretação cláusula a cláusula são artifícios que, de todo modo, exigem do intérprete a efetiva escolha de quais direitos constitucionais tornará oponíveis a partir de fundamentos que, nada tendo que ver com esses dispositivos semânticos, são ocultados por eles.*

Em contraposição a esse malogrado caminho dos dispositivos semânticos, Dworkin explicita que os limites à jurisdição devem ser buscados no melhor argumento, por meio de uma construção e reconstrução esmerada da estrutura constitucional, levando-se a sério o desafio da concreção dos abstratos e gerais princípios-mores da igualdade e da liberdade. Em suas exatas palavras:

---

<sup>60</sup> DWORKIN. *Idem.* p.129

O vício das más decisões está nos maus argumentos e nas más convicções; tudo o que podemos fazer contra elas é apontar como e onde os argumentos são falhos. Também não devemos perder mais tempo com a tola autocomplacência do direito acadêmico norte-americano: a idéia – filosoficamente infantil – de que, como uma tal fórmula não existe, nenhuma concepção de igualdade e liberdade constitucional é melhor do que as outras e, portanto, o exercício da atividade dos juízes é um simples exercício de poder ou uma reação instintiva. Muito pelo contrário, temos de insistir num verdadeiro princípio de poder, uma idéia contida no próprio conceito de direito: a idéia de que, quaisquer que sejam suas convicções acerca da justiça e da imparcialidade, os juízes têm também de aceitar um princípio superior e independente – o princípio da integridade.<sup>61</sup>

Conclui-se, então, com Dworkin<sup>62</sup>, que, no limite, estão opostos dois totalmente diferentes paradigmas de Constituição: uma de detalhes; outra de princípios. Na primeira, o que se vislumbra, é um espelho de expectativas muito concretas e específicas de constituintes historicamente identificáveis que a escreveram e votaram. Os princípios de igualdade e liberdade têm apenas a dimensão que aquelas específicas pessoas de carne e osso esperassem que eles tivessem. Unidade e consistência, portanto, não são características possíveis. Na segunda Constituição, ao contrário, as cláusulas são interpretadas como prescrições abstratas e gerais que se estruturam de maneira compreensiva e que garantem os princípios mais fundamentais, de igualdade e liberdade, cabendo aos justificadores e aplicadores normativos decidir o que esses padrões tão abstratos e gerais significam em situações mais concretas.

A cláusula de abertura da Constituição brasileira (§2º do art. 5º) explicita nossa autocompreensão constitucional tal como aqui defendida: “os

---

<sup>61</sup> DWORKIN. *Idem*. pp.132-133

<sup>62</sup> DWORKIN, Ronald. The Constitutional Drama. In: **Life's Dominion**. New York: Vintage Books, 1994. pp. 118-147



*direitos expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*". Atribui-se a essa marca normativa, como se viu nos casos citados, é prática viva do que fazemos tanto na jurisdição quanto na legiferação. Apesar de tropeços e retrocessos pontuais, contra os quais não há garantia em lugar e tempo alguns, há um sentido possível de respeito à integridade em suas duas dimensões.

Os julgados do Supremo Tribunal Federal alusivos ao tema do nepotismo e, em especial, a edição da Súmula Vinculante n.º 13 são exemplos significativos da atuação jurisdicional comprometida em fazer valer prescrição que, embora normativamente óbvia, tinha dificuldades de se impor definitivamente contra a inércia de seculares usos e costumes administrativos. Concretizaram-se, portanto, quanto a essa dimensão do Estado, os princípios constitucionais que regulam a Administração Pública, bem como, ante a necessidade de se bradar a ruptura com o passado patrimonialista, particularizou-se o princípio da proibição do nepotismo a partir daqueles princípios constitucionais referentes à Administração Pública, que, de todo modo, são, por sua vez, particularização do princípio da igualdade.

Mostrou-se também que a leitura constitucionalmente adequada da inserção do texto do direito fundamental à razoável duração do processo revela que, ao contrário do que alguns poderiam entender como direito não-enumerado tornado numerado, a cláusula não foi inaugurada pela EC n.º 45, que apenas a expressou. Sob sua melhor luz, tal explicitação tem o conteúdo

de um alto brado legislativo contra a realidade da duração do processo no Brasil.

No que concerne à integridade na legiferação, é significativa a experiência da Lei Federal n.º 10.216/01. Com ela, rompeu-se claramente com o paradigma manicomial de tratamento dos portadores de sofrimento mental e se desvelou direito fundamental cuja particularização derivada do princípio da igualdade estava anuviada em razão do não-reconhecimento de uma legítima diferença.

Todas essas experiências de auto-reconstrução de nossa comunidade evidenciam que o pacto jurídico-político que nos funda tem o conteúdo de um conjunto de princípios abstratos e gerais compreensivamente estruturados e dependentes de coerente justificação e aplicação conforme a dinâmica histórica. Somos uma comunidade de princípios. Temos uma Constituição de princípios, apesar de diversos sentidos opostos que se lhe querem dar.

Nessas circunstâncias, se há algum sentido a se salvar da distinção entre Constituição sintética e analítica, ele apenas poderá ser encontrado na descrição adequada da nossa vivência constitucional. Isso implica o respeito à leitura necessariamente principiológica do pacto jurídico-político primeiro. Não importa se o texto é sintético ou analítico para se saber do caráter sintético ou analítico de uma Constituição. Não há maior falácia aí que a freqüente citação da Constituição norte-americana como modelo sintético. A história constitucional daquele país, como se examinou, deixa claro tratar-se de uma das Constituições mais analíticas que já existiram, senão a

mais, consolidada por uma singular interpretação e aplicação criativa do sintético texto, em dois séculos de vivência constitucional. Comparativamente, poder-se-ia afirmar que mais sintética é nossa Constituição enquanto aplicada, cuja juventude ainda deixa no horizonte diversos desafios de concreção dos abstratos e gerais princípios que nos integram enquanto sociedade complexa e contingente. Não há, entretanto, caminho mais curto em direção a uma aplicação constitucional mais analítica senão viver a Constituição, isto é, respeitá-la e dar-lhe concreção que siga a integridade tanto na fundamentação quanto na aplicação de normas, no que é, por óbvio, crucial uma leitura de seu texto capacitada para dele conseguir extrair, principiologicamente, tanto o enumerado quanto o não-enumerado, igualmente importantes.

Tem-se, por conseqüente, que, ao pretenderem à nossa comunidade uma integração meramente de regras e, pois, uma fundação baseada em uma Constituição de detalhes, representativos de acomodações de interesses, os hodiernos argumentos de revisão constitucional (PEC 157) inserem-se no que já se chamou de discursos de salvação. Querem fazer crer que uma nova realidade poderia advir de novo texto constitucional, em radical desconsideração à nossa incipiente história constitucional. Atribuem os problemas da vivência constitucional não a uma falta de analítica concretização do projeto constitucional, mas a ele próprio como responsável solitário por sua sintética concreção justificativa e aplicativa, como se pudesse auto-aplicar-se. Tentam convencer da normalidade de uma revisão constitucional sem ruptura institucional, dentro da experiência democrática, como se Constituição e democracia nada tivessem que ver com a dinâmica da autocompreensão

comunitária, com a legitimação de diferenças e com o processo de reconhecimento mútuo de liberdades.

Chega-se a asseverar, em uma avaliação desde a perspectiva de quando a Constituição tinha dezesseis anos<sup>63</sup>, que a suposta “*inadequação da Constituição em face do País e do momento*” seria demonstrada pela “*freqüente alteração do [seu] texto*”, que, motivada por dito “*detalhismo*” da Carta, exigiria da Política “*composições, em que grupos de pressão fortes [obteriam] satisfação em detrimento do interesse geral, ou, pelo menos, da igualdade*”.

Levanta-se a pretensão de se estar preocupado com a representação das minorias. Ocorre, porém, que se defende a ruptura com precisamente aquilo que as protege: a própria Constituição, em especial a exigência de *quorum* qualificado para emendas. Cega à contrafactualidade do Direito, essa concepção não alcança enxergar que, sob sua melhor luz e, ainda, a despeito dos tropeços e retrocessos pontuais, a freqüente alteração do texto constitucional, respeitadora do *quorum* qualificado e, pois, respeitadora, procedimentalmente, das minorias, é forma legítima de reconstrução da autocompreensão constitucional e, ao contrário de evidenciar inadequação, demonstra exatamente vivência normativa.

---

<sup>63</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988: um balanço após dezesseis anos de vigência. In: **Direito Público**. n.8. abr-mai-jun/2005. pp. 42-44

## **Capítulo 3**

### **Qual a natureza da dinâmica constitucional?**

O Capítulo 1 dedicou-se a examinar, a partir dos marcos teóricos wittgensteiniano e gadameriano, a relação, no Direito, entre texto e norma, a fim de operar a crítica básica à concepção tradicional que sustenta a distinção doutrinária entre Constituição sintética e analítica. Valeu-se, para tanto, de uma análise inicial do processo hermenêutico, desenvolvida, em seguida, no Capítulo 2 desde a perspectiva da teoria do direito dworkiniana. À consolidada conclusão de que texto não controla mundo soma-se agora a categórica demonstração de que ambas as faces do Direito, a de justificação e a de aplicação de normas, são vivenciadas, em sociedades modernas como a nossa, de forma reconstrutiva, respeitadora de princípios comuns que nos unem. O definitivo desvelamento das implicações da concepção tradicional, no entanto, depende ainda de um estudo sobre como ela, ao assumir uma insustentável compreensão da relação entre Direito e Política, acaba por cancelar práticas que engessam a vivência constitucional. O desenvolvimento desse terceiro passo investigativo pautar-se-á na instrumentalização, ainda mais próxima, do marco teórico habermasiano.

#### **1. INTEGRAÇÃO SOCIAL MODERNA E GOVERNABILIDADE**

Conforme esclarece Habermas<sup>64</sup>, embora a filosofia prática da modernidade parta da idéia de que os indivíduos pertencem à sociedade como membros a uma coletividade, as sociedades modernas tornaram-se complexas a ponto de as idéias de uma sociedade centrada no Estado e de uma sociedade composta por indivíduos não poderem ser mais usadas indistintamente. Nessa esteira, a teoria marxista abandona o projeto de uma teoria normativa do Estado, da qual restam, de todo modo, vestígios filosófico-históricos de uma sociedade auto-administrada democraticamente. A resposta sistêmica, porém, apaga até estes últimos vestígios. A filosofia da história e as antropologias como as de Scheler e Gehlen só desvendam elementos de racionalidade onde os colocam. A renúncia contextualista à fundamentação não convence. E quem não se encontra em tradições bem sucedidas amiúde não separa o que deve ser conservado do que deve ser criticado.

Explicitado o contexto, com Habermas, podem-se identificar os vestígios do normativismo do Direito racional perdidos, após a implosão da figura da razão prática pela filosofia do sujeito, no problema da impossibilidade de se fundamentar seus conteúdos na teleologia da história, na constituição do homem ou no fundo causal de tradições bem-sucedidas. Em oposição à corrente do “*desmentido intrépido da razão*” (nas formas pós-nietzscheanas ou no funcionalismo das ciências sociais), o caminho que aqui se esmiúça é o da Teoria Discursiva, em que se substitui a razão prática pela comunicativa. A transferência do conceito de razão para o meio lingüístico e o alívio da ligação exclusiva com o elemento moral possibilitam outras abordagens teóricas que servem aos objetivos descritivos da reconstrução de estruturas da competência

---

<sup>64</sup> HABERMAS. *Idem.* pp.17-63

e da consciência e, ao mesmo tempo, uma conexão com perspectivas funcionais e explicações empíricas.

Como conceitua Habermas, a razão comunicativa está inscrita no *telos* lingüístico do entendimento. Todo falante que se utilize de uma linguagem natural com vistas a ele tem de adotar um enfoque performativo e aceitar determinados pressupostos. Essa razão manifesta-se em um contexto descentrado de condições transcendentalmente possibilitadoras, porém ela não é uma fonte de normas do agir. Seu conteúdo normativo cinge-se aos inevitáveis pressupostos pragmáticos contrafactuais. Sujeito a idealizações, o falante se vê perante uma coerção transcendental fraca. Nesse contexto, o conceito tradicional de razão prática adquire novo significado, que conduz a reconstrução do emaranhado de discursos formadores da opinião e preparadores da decisão, em que se encontra o poder democrático exercido conforme o Direito. Há, no entanto, uma ligação ainda com a conceituação clássica, que parte da *“força social integradora de processos de entendimento não-violentos, racionalmente motivadores, capazes de salvaguardar distâncias e diferenças reconhecidas, na base da comunhão de convicções”*<sup>65</sup>.

Assimilando a tensão entre facticidade e validade, a Teoria Discursiva preserva a ligação entre sociedade e razão e a idéia de uma condução consciente da vida. O conseqüente problema é explicar como se dá uma integração social em um *“solo tão frágil como o das pretensões de validade transcendentales”*. E o Direito surge como principal candidato a essa explicação, por possibilitar comunidades muito artificiais, cuja coesão decorre de um acordo racionalmente motivado.

---

<sup>65</sup> HABERMAS. *Idem.* p.22

Distinguem-se, definitivamente, as práticas de justificação orientadas por pretensões de verdade de outras meramente convencionais a partir da concepção segundo a qual a referência a uma comunidade comunicativa ilimitada consegue substituir o caráter supratemporal da incondicionalidade pela idéia de um processo de interpretação aberto e voltado a um fim que, partindo de um contexto concreto, transcende-o a partir de dentro. E tal projeção faz migrar a tensão entre facticidade e validade para pressupostos pragmáticos, que, apesar do conteúdo ideal, tem de ser admitidos factualmente por todos os participantes.

Tem-se, por conseguinte, que a ação comunicativa estrutura, nas sociedades modernas, papel coordenador assumido pelas forças ilocucionárias de atos de fala que permitem a exploração da linguagem como fonte primária da integração social. Sentido, assim, oposto ao uso da linguagem apenas como meio de transmissão de informações para influência recíproca dos falantes. A oferta de um ato de fala é eficaz para a ação, pois o falante, com sua pretensão de validade, garante que a pretensão levantada poderá ser retomada por razões suficientes. E, esclarece Habermas, a idéia da resgatabilidade de pretensões de validade criticáveis impõe idealizações que tiram os falantes do transcendental para trazê-los ao mundo da vida.

O conceito de mundo da vida é precisamente o que alicerça a explanação de como se dá a superação dos riscos de dissenso nas sociedades modernas. Seu conteúdo expressa um tecido que garante certezas imediatas e que se caracteriza por um curioso nivelamento da tensão entre facticidade e validade, gerador, pois, de enorme estabilidade, uma vez que, na própria



dimensão da validade, faz cessar a contrafactualidade das idealizações em virtude de seu caráter não tematizável. Diferentemente das sociedades arcaicas, nas quais o risco de dissenso era minimizado também por restrições cerimoniais à comunicação, as sociedades modernas, que, complexas e contingentes, caracterizam-se pela pluralidade de formas de vida que não comungam de um *ethos*, têm o risco de dissenso reduzido por realizações de entendimento de atores para quem facticidade (coação) e validade (força de convicções racionalmente motivadas) são incompatíveis. A integração do mundo da vida dá-se via regulamentação normativa de interações estratégicas. A coerção fática e a validade legítima devem assegurar ao tipo buscado de normas a disposição em segui-las.

Embora o Direito moderno não exija dos destinatários das normas senão seu cumprimento, ele deve atender à expectativa de legitimidade ao possibilitar sua observância por mero respeito a elas. Isso porque, como evidencia Habermas, o sentido de validade do Direito mostra-se no duplo aspecto da validade social (medida pelo grau que consegue se impor) e da legitimidade (medida pela resgatabilidade discursiva de pretensões de validade normativa). Essa dupla referência à validade social e à legitimidade permite aos destinatários das normas a tomada de posição em relação aos respectivos e enfoques objetivador ou performativo. Isso pode ser percebido nos direitos privados subjetivos, que, ao tempo que liberam os motivos para um comportamento conforme a normas (estratégico), possibilitam um seguimento delas por respeito à lei (ação comunicativa).

Essa união característica entre coerção fática e legitimidade exige um processo legislativo em que os participantes possam agir na condição de sujeitos de direito orientados comunicativamente. Enquanto constitutivos para um processo legislativo legítimo, os direitos de comunicação e participação têm de ser abordados intersubjetivamente, aí residindo, então, o pensamento democrático. Permitindo substituir convicções compartilhadas por sanções, o Direito moderno evita uma desestabilização por dissenso fundamentado. Assim, os membros do Direito devem supor que eles mesmos, em uma formação livre da opinião e da vontade, autorizariam as regras às quais estão submetidos.

Em sociedades modernas, portanto, nas quais o Direito opera como a única forma de integração social, legitimidade e validade dependem umbilicalmente da correção do processo legislativo, parâmetro a partir do qual alguém pode-se considerar autor do Direito. A complexidade e a contingência explicitam que tal processo é marcado pela existência dinâmica de minorias para as quais uma tomada de decisão por maioria é aceitável porque poderão continuar tentando convencer aquela momentânea maioria de que a decisão correta é outra, passível de ser tomada em substituição à primeira. O que garante às minorias dinâmicas sua devida participação no processo legislativo é precisamente o respeito às normas constitucionais que prescrevem os direitos de comunicação e participação. A forma que assumem tais direitos numa tradição constitucional está obviamente sujeita à autocompreensão histórica de uma comunidade de princípios. Isso, no entanto, é obliterado pela manipulação da crença de que a Constituição brasileira seria excessivamente analítica e, conseqüentemente, precisaria de uma revisão em prol da

*governabilidade*, para o que não faltaria legitimidade, já que seria feita pelos representantes do povo e eventualmente referendada. Ora, uma tal revisão é exatamente a desnaturação das constitucionais proteções comunicativas e participativas das minorias no processo legislativo, a qual claramente não é legitimável por um referendo. Na base da falácia, observa-se a tentativa de se fazer crer que se trata de um defeito aquilo que é o próprio sentido da forma histórica encontrada pela sociedade brasileira para constituir-se, para garantir-se a si mesma igualdade e liberdade. É óbvio que a Constituição brasileira, simplesmente por ser uma Constituição, é um óbice à *governabilidade*, se, com esse termo, quer-se fazer referência a uma *governabilidade* sem limites, a uma *governabilidade* de maiorias tirânicas, a uma *governabilidade* da Política que coloniza o Direito, a uma *governabilidade* de pessoas que não poderiam considerar-se todas autoras do Direito. Sintético ou analítico o texto, sua devida aplicação necessariamente exige que se faça frente a uma tal *governabilidade*.

## **2. CONEXÃO INTERNA ENTRE DIREITO E POLÍTICA: PROCEDIMENTO E PLURALISMO**

O conceito de direito subjetivo corresponde ao de liberdade de ação subjetiva, e o conceito de lei explícita a idéia do igual tratamento (todos têm os mesmos Direitos na forma de leis gerais e abstratas). Com isso, esclarece-se por que o Direito moderno se adequa à integração social de sociedades econômicas. O Direito, todavia, não pode satisfazer apenas os imperativos funcionais, devendo também ter em vista as condições precárias de uma integração social pelas realizações de entendimento de sujeitos

pautados na ação comunicativa. O Direito moderno libera o fardo das normas morais e o transfere para as leis que garantem a compatibilidade de planos de ação. Tais leis obtêm legitimidade pelo processo legislativo conforme o princípio da soberania do povo.

Há, conforme demonstra Habermas<sup>66</sup>, um desbalanço teórico entre autonomia privada e autonomia moral que se pode identificar pela relação não-esclarecida entre direito subjetivo e público e pela concorrência entre direitos humanos e soberania do povo. O verdadeiro problema dos direitos subjetivos privados está no não-esclarecimento da fonte de legitimidade do direito positivo. Tal questão é encoberta pelo desdobramento da discussão que defende, em contraposição à idéia de que o sentido garantidor da liberdade deveria outorgar aos direitos subjetivos uma autoridade moral independente da legalização democrática, o desenvolvimento que gera a subordinação abstrata dos direitos subjetivos ao objetivo (sendo que a legitimidade deles se esgota na legalidade de uma dominação política positivista interpretada).

Na esteira da Teoria Discursiva, os direitos fundamentados na autonomia moral dos indivíduos só podem positivar-se pela autonomia política dos cidadãos. Aí o Direito parece mediar princípio da moral com princípio da democracia. Não está claro, porém, como se comportam reciprocamente esses princípios em Kant, já que, para ele, o conceito de autonomia é introduzido na perspectiva privada de quem julga moralmente e, ao mesmo tempo, serve à fórmula legal do imperativo categórico no sentido rousseauano de uma legislação pública democraticamente estruturada. O princípio do Direito surge não como intermediário entre os princípios da moral e da democracia, mas

---

<sup>66</sup> HABERMAS. *Idem*. pp.113-240

como o verso do próprio princípio da democracia. Habermas evidencia que a falta de clareza na questão significa, em Kant e Rousseau, uma não-assumida relação de concorrência entre direitos humanos e princípio da soberania do povo.

Tendo em mente essas considerações, observa-se que os direitos humanos e o princípio da soberania popular são a base para se justificar o Direito moderno. Na medida em que as questões normativas e éticas diferenciam-se, a substância normativa discursivamente filtrada se projeta para os domínios da autodeterminação e da auto-realização. Embora os direitos humanos e o princípio da soberania popular não se acoplem diretamente a essas dimensões, há afinidades entre os dois pares conceituais.

Não se pode entender o conteúdo normativo dos direitos humanos como provindo da simples gramática de leis gerais e abstratas. A pretensão segundo a qual uma norma é do interesse simétrico de todos tem o sentido de uma aceitabilidade racional. O nexó entre soberania do povo e direitos humanos, pois, está no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política assegurado pela formação discursiva da opinião e da vontade.

Diferentemente do que defendeu a doutrina kantiana, o princípio da democracia da Teoria Discursiva não pode substituir o princípio moral. Kant parte do conceito fundamental da lei da liberdade moral e, pela redução, dela extrai as normas jurídicas. Para Kant, o Direito não se refere à vontade livre, mas ao arbítrio, abrange relações externas e tem autorização para coerção. Limitando o princípio moral nessas três dimensões, o princípio do Direito

recebe a projeção reflexiva das normas morais. Embora uma ordem jurídica apenas tenha legitimidade se não contrariar normas morais, a relação entre Direito e moral não deve significar uma submissão daquele a esta, já que uma hierarquia normativa é uma idéia pré-moderna do mundo. Ainda que tenham pontos em comum, Direito e moral se diferenciam claramente na Modernidade, pois a moral pós-tradicional é apenas uma forma de saber, enquanto o Direito possui obrigatoriedade institucional, é um sistema de ação.

Tendo em conta que a figura platonizante da relação entre Direito e moral não subsiste à idéia de sua co-originariedade, os direitos fundamentais, constitucionalmente positivados, não podem ser compreendidos como meras cópias de normas morais, assim como não há como se entender a autonomia política como reflexo da autonomia moral. A relação entre essas autonomias pode ser analisada desde um princípio do discurso<sup>67</sup> que, na esfera de uma fundamentação pós-tradicional, tem um conceito normativo que explicita a imparcialidade de juízos práticos.

Conforme Habermas, distingue-se o princípio da democracia do princípio moral a partir do fato de que aquele visa estabelecer um processo de normatização legítima do Direito. O princípio da democracia significa que só podem pretender validade as leis capazes de ter o assentimento de todos os parceiros do Direito numa prática de normatização discursiva. Já o princípio moral é uma regra de argumentação para a decisão racional de questões morais. Enquanto aquele se refere à esfera externa da institucionalização, este se volta à constituição interna de um jogo argumentativo. Além da questão da

---

<sup>67</sup> Habermas estrutura o princípio do discurso assim: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.” (HABERMAS. *Idem.* p.142)

referência, esses dois princípios podem ser diferenciados pelo fato de que o moral se estende a todas as norma de ação justificáveis por argumentos morais, enquanto o da democracia cinge-se às normas jurídicas, que, artificiais e reflexivas, são aplicáveis a si mesmas. Daí que o princípio da democracia não estabelece em si apenas o processo legítimo da normatização, mas também orienta a produção do próprio meio jurídico.

Na Teoria Discursiva, a moral racional posiciona-se criticamente quanto a todas as orientações da ação, sendo que seu *telos* está na avaliação imparcial dos conflitos de ação. A moral cultural, por seu turno, passou a ter uma relação apenas virtual com a ação, não tendo mais vínculo impulsionador para os juízos. Tal moral, retraída para o interior do sistema cultural, tem de ser atualizada, o que depende da motivação dos atores. Logo, a moral racional *“depende de processos de socialização que produzem instâncias correspondentes da consciência, a saber, formações do superego [de forma que] sua eficácia para a ação depende mais do acoplamento internalizador de princípios morais no sistema da personalidade, do que da fraca força motivacional contida em bons argumentos”*<sup>68</sup>. O Direito, nesse ponto, surge como um complemento à moral racional na medida em que esta ficaria limitada na eficácia se dependesse unicamente de estruturas de personalidade. E, estando o Direito nos níveis cultural e social, ele pode compensar as fraquezas da moral racional. Entretanto, as realizações do Direito não podem limitar-se à idéia de complementação da moral racional. A verdadeira dimensão do percurso exige ver a moral do ângulo do sistema de Direitos. A moral é capaz

---

<sup>68</sup> HABERMAS. *Idem*. p.149

de irradiar-se para todos os campos de ação por meio do Direito, inclusive as relações pautadas pela ação estratégica.

A liberação do arbítrio de atores agindo estrategicamente é o verso da coordenação da ação por normas coercitivas. Daí a posição dos direitos que compatibilizam as liberdades subjetivas, que se entendem, na Teoria Discursiva, como a possibilidade, pressuposta na ação comunicativa, de posicionar-se frente aos proferimentos de um oponente argumentativo, cujas pretensões de validade dependem de reconhecimento intersubjetivo.

O Direito coercitivo não pode obrigar os destinatários a não renunciar ao exercício de sua liberdade comunicativa, mas tem de poder ser seguido por discernimento. A idéia de autolegislação de cidadãos, não decorrendo da autolegislação moral de indivíduos, tem um sentido mais geral e neutro para Habermas. Por isso, a introdução do princípio do discurso no horizonte para assumir, como princípio da democracia, a força legitimadora do processo de normatização.

A partir das considerações sobre a forma do Direito e sobre o princípio do discursivo, é possível introduzir as categorias habermasianas de Direitos que geram o próprio código jurídico, já que determinam o *status* dos sujeitos de direito:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do Direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.

Esses Direitos exigem como correlatos necessários:



(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de um membro numa associação voluntária de parceiros do Direito;

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de Direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; (...)

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam Direito legítimo; (...)

(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos Direitos elencados de (1) até (4).<sup>69</sup>

As três primeiras categorias do Direito, conforme a Teoria Discursiva, nascem da aplicação do princípio do discurso ao meio do Direito em si, numa socialização horizontal. Na quarta categoria, os sujeitos de direito adquirem o papel de autores. Por fim, a quinta é uma implicação das demais categorias. Não há Direito legítimo sem esses direitos. Da perspectiva dos cidadãos sujeitos de direito, observa-se que eles, enquanto tais, não têm outro meio para realizar a autonomia. Por isso, segundo a Teoria Discursiva, o Direito tem de garantir condições pelas quais os cidadãos podem avaliar, pelo princípio do discurso, se o Direito em criação é legítimo. Enquanto a liberdade comunicativa anterior à toda institucionalização é condicionada ao uso da linguagem na ação comunicativa, as autorizações para o uso público da liberdade comunicativa dependem de formas de comunicação juridicamente garantidas e processos discursivos de decisão. São estes que fazem supor legítimos os resultados obtidos juridicamente. É assim que se explica a interligação entre soberania do povo e direitos humanos, ou seja, a mesma

---

<sup>69</sup> HABERMAS. *Idem.* pp.159-160

origem da autonomia política e privada. Não há nada anterior à autodeterminação senão o princípio do discurso e o Direito. Ao tempo que dele não se pode prescindir para implementar a legislação, o estabelecimento do Direito implica direitos de liberdade. E, igualmente, esses Direitos são condições necessárias para o exercício da autonomia política. A não ser para os que compreendem o Direito como um círculo auto-legitimado, portanto, não há paradoxo na legitimidade a partir da legalidade.

A doutrinária distinção entre Constituição sintética e analítica, tributária da concepção do Direito como círculo auto-legitimado, ignora o princípio do discurso ao simplesmente atribuir a dimensão do ato jurídico-político primeiro ao teor literal de seu texto, fundamentado voluntaristicamente. A associação entre norma e texto acaba por implicar na desconsideração da conexão interna entre Direito e Política e, pois, da legitimidade do Direito originada da legalidade. Em razão disso, chega-se a afirmar não haver problemas em revisões constitucionais com infração de *quorum*, em vista do inchaço da Constituição. O procedimento, desde a concepção tradicional, estaria simplesmente disponível às maiorias congressuais. Não teria ele, portanto, nada que ver com legitimidade. Sem o respeito aos legítimos direitos de liberdade para comunicação e participação institucionalizados, solapa-se, na base, a origem comum das autonomias pública e privada e, pois, a legitimidade do Direito e da Política. A Constituição é tida por mero limite quando reduzida ao seu texto. Para ser, de fato, Carta que garante liberdade e igualdade, respeito à diferença e proteção às minorias, ela depende de que seu texto assim seja lido, de forma constitutiva.

Segundo Habermas, o momento do reconhecimento recíproco é uma metáfora memorável cuja perpetuação demanda a instauração do poder estatal. Assim, para durar a ligação jurídica entre as autonomias privada e pública, faz-se mister que o processo de normatização ultrapasse as liberdades subjetivas de ação e as liberdades comunicativas para alcançar também o poder político, que, ao tempo que é pressuposto pelo Direito, também é o esteio para implantação deste. E decorre dessa co-originariedade e dessa ligação conceitual entre Direito e poder político a necessidade de legitimação no sentido da canalização do poder político executivo.

O exercício da autonomia política significa a formação discursiva de uma vontade comum, embora não inclua a implementação das leis que advêm dessa vontade. O conceito de poder político alcança, de igual modo, o emprego do poder administrativo e a concorrência pelo acesso ao sistema político. Assim, a constituição de um código de poder significando um sistema administrativo orientado por autorizações para tomada de decisões obrigatórias, tem-se que o Direito deve ser considerado o meio por que o poder comunicativo transforma-se em administrativo. O poder comunicativo de convicções comuns, de todo modo, só pode atingir estruturas da intersubjetividade intacta, e esse cruzamento é possibilitado na ação comunicativa, pois argumentos formam motivos.

Na Teoria Discursiva, enquanto as normas morais, formulando o que é do interesse simétrico de todos, exprimem uma vontade geral pura e simples, as normas jurídicas, que incluem também as dimensões ética e pragmática, exprimem também a vontade particular dos membros de uma certa

comunidade jurídica, sendo também a expressão de uma forma de vida intersubjetivamente compartilhada. Logo, como evidencia Habermas, quanto mais concreta a matéria a se regular, tanto mais a aceitabilidade das normas fundamentadas exprime uma autocompreensão histórica. Enquanto as normas morais implicam o seguimento de mandamentos morais porque se os tem por certos, num sentido absoluto, já que são normas que passam por um teste de generalização que examina imparcialmente o que é bom para todos, as normas jurídicas, em que se encontram questões de bens e fins coletivos, não têm tal nível de generalização. Quanto ao sentido de validade, por causa da relação com o substrato fático da vontade de uma comunidade jurídica concreta, as normas jurídicas têm um momento volitivo, enquanto que as normas morais são simplesmente corretas no sentido de justas. No concernente ao modo de legislação, tem-se que os argumentos que justificam normas morais levam a um acordo racionalmente motivado, enquanto que a fundamentação de normas jurídicas serve para uma negociação racionalmente motivada.

Pode-se, com Habermas, considerar os processos de formação política racional da vontade sob dois aspectos. Primeiramente, as deliberações servem à ponderação e ao discernimento de fins coletivos e de estratégias para atingi-los. Em segundo lugar, o caminho de um auto-entendimento que apropria tradições serve para pavimentar o horizonte de orientações axiológicas. Nos discursos pragmáticos, examina-se se as estratégias de ação adequam-se a um fim. Porém, toda boa fundamentação tem de levar em conta o fator da justiça (igualmente bom para todos).

Constituindo o Direito o próprio poder político e vice-versa, esse nexos possibilita a instrumentalização do Direito para o emprego estratégico do poder. Em contrapartida, a idéia de Estado de Direito exige uma organização do poder político que obrigue o poder político a legitimar-se pelo Direito legitimamente instituído. Decorre da lógica dos discursos o princípio do pluralismo político e a necessidade de complementar a formação da opinião e da vontade congressual por uma formação informal da opinião na esfera pública política, aberta a todos os cidadãos.

São as corporações legislativas que assumem a competência legiferante atribuída a todos os cidadãos, fundamentando democraticamente as leis, que formam a base para pretensões jurídicas individuais resultantes da aplicação de leis a casos singulares por via administrativa ou auto-executória. Como demonstra Habermas, a divisão das competências da legiferação e da aplicação em dois diferentes poderes do Estado, além de justificada pragmaticamente, decorre da diferença lógica e argumentativa entre fundamentação e aplicação de normas e decorre também do fato de, apelando a Justiça para a coerção estatal para impor suas decisões, ou seja, possuindo ela um poder administrativo, ela tem de ser separada da legislação para se impedir sua autoprogramação. Daí o princípio da ligação da Justiça ao Direito vigente. A diferenciação institucional expressa em poderes separados visa amarrar a aplicação do poder administrativo ao Direito democraticamente normatizado. Do ponto de vista da lógica da argumentação, a separação entre as competências dos poderes resulta da distribuição das possibilidades de

lançar mão de diferentes tipos de argumentos e da subordinação de formas de comunicação correspondentes.<sup>70</sup>

A estruturação dos poderes estatais, portanto, reserva ao Poder Legislativo, em virtude do pluralismo político, a responsabilidade de fazer-se complementar pela formação informal da vontade e da opinião, no que é essencial a disponibilidade para deliberação de perspectivas majoritárias e minoritárias. Para tanto, as normas que regem o processo legislativo são basilares, pois que garantem que as decisões da maioria não acabam por sufocar as minorias. Esclarece-se, então, o descabido, dentro do sistema de direitos, de pretensões de revisão constitucional com infração precisamente do procedimento. Alegando necessidade de flexibilização das normas constitucionais em vista de seu suposto inchaço, essa perspectiva, em verdade, defende a paralisia da vivência constitucional pela estrangulação do pluralismo.

### 3. POVO E DINÂMICA CONSTITUCIONAL

Levando a sério as críticas de Schmitt à democracia, Chantal Mouffe<sup>71</sup> deixou claro, a partir de Blumenberg, por que o fundamento da identidade entre governantes e governados somente pode ter um sentido moderno quando entendido como uma auto-afirmação política em que o *locus* discursivo do povo jamais pode ser materialmente preenchido. Segundo Schmitt, a articulação entre liberalismo e democracia levaria a um regime

---

<sup>70</sup> HABERMAS. *Idem.* pp.231-232

<sup>71</sup> MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. (trad. Menelick de Carvalho Netto). In: **Caderno da Escola do Legislativo. Belo Horizonte**, 1(2): 9-20, jul/dez. 1994.

inviável, pois se basearia em dois princípios contraditórios: o princípio da identidade entre governantes e governados e o princípio da representação. Para dar coesão ao sistema, ele afirmará que este último princípio, consubstanciado no parlamentarismo, não pertence à democracia, mas ao liberalismo, de modo que a representação não decorreria de limitações práticas de deliberação e decisão, mas de uma conveniência prática de que alguns decidam ao invés e no lugar do povo. O que está na base dessa argumentação, por vezes reverberada em discursos sobre a vivência constitucional brasileira, é uma concepção pré-moderna da política segundo a qual todos os conceitos significativos da moderna teoria do Estado seriam conceitos teológicos secularizados. O principal alvo de Schmitt (e de algumas correntes doutrinárias brasileiras) não é a democracia exatamente, entendida como compatível com os totalitarismos, mas o liberalismo e o pluralismo, que impossibilitariam uma identidade entre governantes e governados na encarnação destes naqueles.

Após Schmitt, as teorias da democracia tiveram de ter em conta, ainda que na forma de um espectro, a problematização schmittiana da relação entre a representação política e a identidade dos governantes e governados. Esta última deixou de ser o único elemento central do conceito de democracia. De todo modo, liberalismo e pluralismo não foram recorrentes nas perspectivas posteriores, conquanto constitutivos das democracias contemporâneas.

No imediato pós-guerra, os estudos sociológicos sobre democracia geraram uma teoria do pluralismo que vinculou os modelos normativos a dois “realismos”: o da teoria econômica e o da teoria dos

sistemas. Em ambos os casos, foi o modelo liberal que garantiu uma ponte ao conteúdo idealista. O resultado foi uma visão claramente cínica do processo político.

A primeira teoria do pluralismo fornecia um retrato do processo político como círculo de vínculos que une o poder social dos clientes aos partidos, estes à legitimação pelos serviços estatais e operações administrativas, e a implementação destes às pretensões iniciais dos clientes. A apreciação sociológica do pluralismo ligou-se ao modelo normativo do liberalismo por uma simples substituição: no lugar dos cidadãos individuais e de seus interesses individuais estavam então as grandes organizações e os interesses organizados. A falsificação desses pressupostos resultou na retomada da teoria pluralista em outras bases. Como a composição dos grupos de interesse é realmente seletiva e influencia pouco a política das organizações, passou-se a se entender que as lutas pelo poder são essencialmente conduzidas pelas elites, o que reduziu o papel do processo democrático basicamente a plebiscitos entre lideranças em competição e, assim, ao recrutamento de pessoal e à seleção de líderes.<sup>72</sup>

Na mesma época, mas com outra perspectiva, Dahl, embasado numa concepção pluralista que abarcava os grupos de pressão, afirmava não haver um governo da maioria, mas de inúmeras minorias com influências políticas localizadas. Dahl buscou demonstrar que a idéia e o procedimento da política de deliberação não dependem de uma imposição externa sobre as sociedades modernas, vez que a política deliberativa está há muito enraizada nas instituições de tais sociedades. Conforme Habermas demonstra, todavia,

---

<sup>72</sup> HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001. pp. 409 e ss



ele falha flagrantemente na consecução dessa finalidade precisamente porque não conjuga plausivelmente os argumentos normativos que justificam os procedimentos democráticos com a análise empírica de sua implementação, não importando quão incompleta esta implementação possa ser.<sup>73</sup>

Intensificaram-se, posteriormente, evidências da necessidade de uma avaliação mais acurada do problema da representação política. Percebeu-se que o Estado passou a atuar conscientemente em limites estreitos, mais reagindo que agindo. Ademais, a participação em resistência de novos atores passou a impor limites de regulação. O impasse teórico foi tremendo. A resposta da teoria dos sistemas cortou definitivamente os vínculos com os modelos normativos a partir de uma naturalização funcional radical. Seus problemas passaram a cingir-se a auto-referências de um sistema político autopoiético. A teoria econômica da democracia, por seu turno, regrediu a um individualismo metodológico que enfoca a legitimação a partir de interesses egoísticos de fundo estratégico. Recentemente, pesquisas quanto ao “paradoxo do eleitor” oxigenaram a questão. A partir da premissa da ação egoística, o fato de que o cidadão se incomode em votar só poderia ser explicado por uma hipótese que logo se provou falsa: o nível de participação do eleitor não varia com a expectativa de que o seu único voto possa decidir uma acirrada disputa. Ao cabo, a evidência empírica testemunhou contra todos os modelos que pressupunham um processo decisório egocêntrico e que desconsiderassem os contextos sociais em que se operam as mudanças de interesse e de orientações de valor.

---

<sup>73</sup> HABERMAS. *Idem.* pp. 393 e ss

Dentro da leitura habermasiana, as revisões de Elster<sup>74</sup> conduzem a uma inesperada reabilitação do conceito de política deliberativa. Respondendo ao argumento de que as normas servem tão-somente para justificar a ação oportunística após o fato, Elster sustenta que ninguém poderia lidar estrategicamente com as normas em certo caso se não se pudesse contar com o reconhecimento intersubjetivo das normas em geral. Nessa medida, a validade social das normas tem uma prioridade lógica sobre as vantagens que se possa obter por se fingir deixar-se orientar por tais normas. Daí que se deva buscar as condições para a formação de uma vontade política racional não apenas no nível individual das orientações e motivações de decisão dos atores singulares, mas igualmente no nível social dos processos de deliberação e decisão institucionalizados.

Na medida em que a razão prática é implantada nas próprias formas de comunicação e procedimentos institucionalizados, ela não precisa mais ser incorporada exclusiva ou mesmo predominantemente nos corações dos atores individuais ou coletivos. A investigação de Elster fundamenta em alguma medida o pressuposto de que o nível discursivo da comunicação política observável é um padrão para a efetividade de uma “razão procedimentalizada” desse tipo. Os resultados da política deliberativa podem ser compreendidos como um poder comunicativamente gerado que compete, por um lado, com o potencial de poder social de atores dotados da capacidade de realizar ameaças críveis e, por outro, com o poder administrativo dos detentores de cargos públicos.<sup>75</sup>

Tendo-se em conta, portanto, que a estrutura da comunicação pública é mais relevante que suas propriedades individuais, observa-se que a

---

<sup>74</sup> ELSTER, Jon. *The market and the forum: three varieties of political theory*. In: BOHMAN, James *et* REHG, William (eds.) **Deliberative democracy: essays on reason and politics**. Cambridge: The MIT Press, 1997.

<sup>75</sup> HABERMAS. *Idem*. pp. 415 e ss

complexidade e a contingência das sociedades modernas implicam uma leitura da identidade entre governantes e governados no sentido de uma fusão dessa polaridade cuja concreção (a existência de representantes políticos de carne e osso) apenas se justifica como uma catalisadora posição discursiva necessária para se enfrentar a inexorabilidade do consumo do tempo. Tal identidade, pois, torna-se a outra face do princípio da representação.

Assim, como afirma Habermas, a legitimação depende de uma institucionalização adequada do discurso racional e de trocas justas que fundamentem o suposto de aceitabilidade racional do resultado do processo. Para tanto, é imprescindível que, na fundação de uma democracia (isto é, quando do pacto jurídico-político primeiro: quando do estabelecimento de uma Constituição), sejam garantidos direitos fundamentais de participação e comunicação (que, obviamente, envolvem direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais).

Um tal modelo de democracia liga liberalismo a pluralismo. Toda possibilidade de consenso, que está na base da comunicação, é contrastada pela constante convivência de dissensos, o que é um dos atributos centrais da modernidade. Dessa perspectiva, o conceito de representação política supera a encarnação do povo, o retrato social (representação descritiva) e a *accountability*<sup>76</sup>, para indicar a idéia de um deslizamento incessante de significados políticos por sobre os significantes de carne e osso que ocupam os Legislativos num processo de circulação social do poder político em que a influência da opinião pública é transformada em poder pela interação de fluxos

---

<sup>76</sup> PITKIN, Hanna P. Representação: palavras, instituições e idéias (trads. Wagner Mancuso et Pablo Ortellado). In: **Lua Nova**. São Paulo, 67:15-47, 2006.

comunicativos informais e difusos da esfera pública como um todo com a opinião formalmente organizada.<sup>77</sup>

O pluralismo emerge como exigência política em que a regra da maioria e as limitações materiais às deliberações justificam-se pela necessidade de uma facticidade do sistema de ação. A reconstrução identitária jurídico-política, no entanto, tem de permanecer aberta continuamente, e, assim, as limitações materiais apenas garantem aceitabilidades precárias, temporalmente garantidas. Essas aceitabilidades o são em relação a uma dinâmica que viemos chamando de vivência constitucional. Num sistema constitucional, necessariamente democrático e vice-versa, a formação de uma esfera pública em torno da qual se estrutura a política depende de uma noção de pluralismo que vá além da percepção de que convivem formas de vida, personalidades e culturas diferentes num mesmo lugar. Há uma identidade que nos une a despeito de tudo isso: a identidade do sujeito constitucional<sup>78</sup>.

O preenchimento do vazio do *locus* do povo é contrário ao pluralismo e, pois, impossibilita democracia. O processo legislativo brasileiro padece desse problema quando se pauta na crença de que as diversas perspectivas representativas dos governados podem ser captadas pelos governantes e transcritas em textos de salvação, quando se estrutura em torno da crença de que a supostamente grande dimensão do texto, seu pretense caráter analítico, demandaria enxugamentos técnicos com vistas a possibilitar a chamada *governabilidade*. Uma prática política que visa reformar uma

---

<sup>77</sup> HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: **Era das Transições** (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. pp. 153-173

<sup>78</sup> ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. (trad. Menelick de Carvalho Netto) Belo Horizonte: Mandamentos, 2003

Constituição democrática, um ato jurídico-político primeiro legitimamente constituído, constitutivo, portanto, da negação da materialidade lugar do povo, só pode basear-se na crença de que pode substituir o vazio e ocupar esse epicentro de uma identificação originalmente livre e igual precisamente porque não-materializada. Associar texto a norma no sentido de um discurso de salvação que impõe como eixo de transformação constitucional a redação de novos dispositivos é uma ingenuidade com graves conseqüências de engessamento da integração social.

Numa perspectiva de releitura histórica, Maurizio Fioravanti<sup>79</sup> demonstra como os constitucionalismos da segunda metade do século XX, baseando-se num sentido do poder constituinte, distancia a este da idéia de um poder de maiorias, de uma soberania infinitamente materializada, da existência de um dono da Constituição, o que já era um temor de Kelsen. O significado do poder constituinte, portanto, toma corpo como limitações autodefinidas de poder a uma comunidade de livres e iguais, a fim de que se garanta para si própria liberdade e igualdade. Perde-se o sentido agressivo contra a constituição vigente. Toda subversão à Constituição, seja numa direção explícita de confrontação (caso da PEC 157), seja numa direção de autoritária pseudo-atualização autocentrada (caso de emendas que são lidas como dizendo o que já estava dito), é um preenchimento fantasmático, autoritário, do lugar do povo.

Povo, conceito tão abusado, não pode ser a população, nem o conjunto dos titularizados com cidadania ou direitos políticos, nem os

---

<sup>79</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución** (trad. Manuel Neira). Madrid: Editorial Trotta, 2001. pp. 142-164

destinatários das normas, nem mesmo o conjunto de todos os afetados num certo momento por uma ordem política.<sup>80</sup> O lugar dele não é meramente eleitoral na releitura da identidade do sujeito constitucional. Povo é um fluxo comunicativo, extremamente vago e genericamente aderente, indisponível e escasso, que perpassa todos os subsistemas sociais, garantindo-lhes acoplamento por uma racionalidade comunicativa que se densifica no Direito. É por essa força que se alcança a integração de uma sociedade complexa, funcionalmente diferenciada, assegurando-se a harmonia entre as estruturas do mundo da vida.

Segundo Michel Rosenfeld<sup>81</sup>, a identidade do sujeito constitucional, caracterizada pelo vazio do *locus* do povo, é uma relação de balanço virtualmente perpétuo, de contato e não-contato com outras identidades, diversas e dinâmicas (étnica, religiosa, racial, sexual, profissional etc). E, nesse quadro, surge a questão de como a identidade do sujeito constitucional pode, ao mesmo tempo, tomar elementos de formação dessas identidades e transcender a elas com uma identidade própria mais ampla. Embora seja razoavelmente simples determinar o que não é a identidade do sujeito constitucional, fica claro, a essa altura, como é radicalmente fragmentado, incompleto, reconstruível, multifacetado o dizer do que ela é. Nesse sentido, Rosenfeld propõe uma radicalidade negativa desse sujeito. Considera-o “*um hiato ou uma ausência em pelo menos dois sentidos distintos: primeiramente, a ausência do sujeito constitucional não nega o seu caráter indispensável, daí a necessidade de sua reconstrução; e, em segundo lugar, o sujeito constitucional (constitucional subject) sempre envolve um hiato porque*

---

<sup>80</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** (trad. Peter Naumann) São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

<sup>81</sup> ROSENFELD. *Idem*.

*ele é inerentemente incompleto, e então sempre aberto a uma necessária mas impossível busca de completude.*” É precisamente esse hiato o que é preenchido quando se quer forçar uma identidade do sujeito constitucional por uma reescrita sem vivências. O discurso é de salvação. A retirada da responsabilidade sobre nós mesmos. Da perspectiva tradicional, haveria matérias que, independentemente de qualquer aprendizado social, independentemente de qualquer movimento da identidade do sujeito constitucional, não poderiam fazer parte dos princípios de uma comunidade. O grande problema seria que a esfera pública meteu-se onde não era chamada.

Embora sua reconstrução esteja no bojo de sua condição e embora sua busca seja um balanço permanente entre relação e não-relação, há, por vezes, algo no lugar do vazio do *locus* discursivo do povo, algo que parasita tal posição de sujeito desde o início. Estruturas que, para falar com Žižek<sup>82</sup>, permitem que o sujeito invista no mundo dos objetos e que os objetos possam adquirir valor e significação; estruturas que determinam o valor e a significação da realidade socialmente compartilhada; estruturas hábeis a definir uma objetividade fantasmática. Trata-se do que ele chama de fantasia social ou, mais comumente, de ideologia, não como uma mera construção reificada que impede a descrição das estruturas que, em última instância, definem o campo de toda significação possível, mas sim como modo de defesa contra a experiência angustiante da inadequação entre o desejo e os objetos do mundo empírico. Trata-se do meio de sair da impossibilidade de totalização absoluta do sujeito e de seu desejo de determinações positivas, aquilo, pois, que garante a negação da negatividade radical do sujeito.

---

<sup>82</sup> ŽIŽEK, Slavoj. **Eles não sabem o que fazem – o sublime objeto da ideologia** (trad. Vera Ribeiro). Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1992.

A compreensão da negatividade do sujeito do ato jurídico-político primeiro perpassa necessariamente uma auto-reconstrução crítica em que sua relação com outras identidades depende da percepção de eventuais fantasias a serem atravessadas. Nossa auto-reconstrução crítica enquanto brasileiros exige uma densificação de nossas práticas sociais no processo de fundamentação de normas. Práticas políticas que signifiquem tomar nosso destino nas mãos e agir segundo aceitabilidades sabidamente precárias decorrentes de um processo não de escritura de textos legislativos, mas de deliberação e aplicação racionalizada respectivamente da Política e do Direito, das quais temos louváveis exemplos e, pois, elementos de racionalidade, como os analisados no Capítulo 2.

Salvação não há certamente em novas marcas no papel, se não são vividas e revividas. Claro que fantasias estarão materializadas nas demais identidades, cujo conteúdo, além de mais concreto, é menos flexível por conta do menor número de relações identitárias. Irrromper, porém, compreensões por uma reconstrução do ato jurídico-político primeiro que garanta a dinâmica constitucional nada mais é que um processo de aprendizagem em que o respeito ao Outro é garantia coletiva juridicamente concebida de liberdade e igualdade, um ato de promoção de um diálogo livre de medos entre a identidade jurídico-política e as demais identidades. Não há texto que substitua vivência para tal aprendizagem, e a leitura de nossa história constitucional sob sua melhor luz depõe a favor disso.



## **Conclusão**

No ano em que a Constituição completa seu vigésimo aniversário, a vivência constitucional brasileira está marcada pela alteração textual. Fundado na distinção doutrinária entre Constituição sintética e analítica, o recorrente argumento é de que a carta constitucional seria analítica, inchada por direitos que não teriam natureza superior, o que implicaria a necessidade de sempre se alterar o texto com o fim de se possibilitar evolução jurídico-política e governabilidade. Essa perspectiva, que se baseia em equivocada compreensão da linguagem e do processo legislativo, embora repercuta na dinâmica constitucional brasileira, enrijecendo-a, não a paralisa.

Contra a idéia de que o texto pudesse alçar suposta perfeição que resultaria na desnecessidade de sua interpretação, já o Wittgenstein tardio demonstrou como a linguagem vincula-se, ao constituir sentidos, não a uma essência, mas a um respeito a regras do jogo, ao uso que dela se faz, não havendo, portanto, revelação de sentidos fora de contextos. Com Gadamer, observou-se, ainda, que todo compreender é necessariamente um interpretar na medida em que todos aqueles sentidos compartilhados que nos impelem pela circunstância mesma de estarmos imersos na linguagem são sentidos que, inevitavelmente, estarão presentes na compreensão. Autores do giro lingüístico da filosofia, ambos esclareceram, conseqüentemente, por que textos normativos, a despeito de qualquer pretensão, não têm como, por sua letra, controlar o mundo em que marcam.

Ronald Dworkin ofereceu uma teoria do direito que aclarou, desde o ponto de vista da integridade, a inevitabilidade e o peso do não-escrito para o Direito. Além de especificar as responsabilidades da legiferação na criação normativa principiologicamente coerente, Dworkin evidenciou, pautado numa comparação com a obra de arte, como a interpretação que se exige de quem aplica as normas constitucionais é criativa e não meramente descritiva. A racionalização do ordenamento jurídico que deve fazer aproxima-se da de um romance em cadeia. Ao oferecer sua contribuição, não só tem de resgatar e promover um sentido daquilo que já se viveu, mas também tem de deixar as portas abertas para que os futuros intérpretes possam continuar. Essa racionalização de que falou Dworkin, portanto, é indispensável para a conformação do que é a Constituição e não apenas o seu texto. A leitura da Constituição demanda outros conhecimentos, necessariamente reconstrutivos. Se não há como esgotar uma Constituição em seu texto, uma produção textual legislativa, especialmente de tipo constitucional, não implica novas vivências sem que traga, de fato, algo que faça sentido.

Com a Teoria Discursiva, desvelaram-se as incongruências da distinção entre Constituição sintética e analítica para a dinâmica constitucional. Baseada em insustentável compreensão da relação entre Direito e Política, a concepção tradicional ignora a conexão interna entre os dois subsistemas sociais e, com isso, não tem problemas em, inocentemente ou não, tachar aquilo que é o próprio sentido da forma histórica encontrada pela sociedade brasileira para constituir-se, para garantir-se se a si mesma igualdade e liberdade. A Constituição tem o sentido que lhe é conferido. Será tão-somente

um limite quando reduzida a texto; será garantia de liberdade e igualdade quando tida por efetivamente constitutiva.

O Capítulo 3 aclarou, ainda, o sentido moderno da representação política, como a identidade entre governantes e governados só pode ser entendida como uma auto-afirmação política em que o *locus* do povo jamais pode ser materialmente preenchido. Evidenciou-se que o vazio do *locus* do povo é que garante a regular dinâmica da identidade do sujeito constitucional: uma relação de balanço virtualmente perpétuo, de contato e não-contato com outras identidades, diversas e dinâmicas. A tradicional distinção doutrinária entre Constituição sintética e analítica, portanto, ao materializar o povo na representação política congressual, tende a enrijecer a dinâmica constitucional pela pressão por diminuição da circulação social do poder político. Tal pressão em direção ao enrijecimento, entretanto, decorrente de específica leitura da Constituição, está longe de ser paralisante. Nesses vinte anos de Constituição, aprendemos como democracia só se aprende com democracia. Casos e discussões há pouco improváveis (aí exemplar a questão dos portadores de sofrimento mental) entraram na pauta e constituem elementos de racionalidade que demonstram que podemos reler a Constituição adequadamente sem falácias de reescrita.

Texto não tem como controlar o mundo. Texto não se confunde com norma. A dinâmica constitucional tem um desafio muito mais sofisticado: o de fazer possível (e, pois, legível, por trás dos seus textos) uma generalização de condutas racionalizável na esteira de um conjunto de vivências que se reconhecem numa identidade jurídico-política de uma sociedade complexa e

contingente. Para tanto, é imprescindível tomar o destino nas mãos. A despeito de interpretações que tendem a naturalizar práticas autoritárias, a Constituição, sob sua melhor luz, vive e constitui como nunca.

## **Referências bibliográficas**

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica** (trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino). São Paulo: Landy, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Entrevista: Luís Roberto Barroso, advogado constitucionalista.** *In:* JusBrasil Notícias. Disponível em “<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/112078/entrevista-luis-roberto-barroso-advogado-constitucionalista>”. Acesso em: 25 de setembro de 2008.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O direito fundamental à razoável duração do processo e a reforma do poder judiciário: uma desmi(s)tificação. *In:* **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, v.7, pp. 9-32, 2007.

BOHMAN, James *et* REHG, William (eds.) **Deliberative democracy: essays on reason and politics.** Cambridge: The MIT Press, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Audiência Pública nº 0100/06, de 08/02/2006, da Comissão Especial da Câmara dos Deputados para a PEC 157**. Disponível em: <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/comissoes/temporarias/especial/pec15703/notas/pec15703nt080206.pdf> . Acesso em 28/10/2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, pp. 473-486, maio/1999.

\_\_\_\_\_. Uma reflexão constitucional acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei. In: **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 2, pp.67-85, 2005.

CARVALHO NETTO, Menelick de et COSTA, Alexandre Bernardino. Razões para comemorarmos os vinte anos da Constituição de 1988. In: **Constituição & Democracia**, Brasília, n. 20, p.3, mar/2008.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

\_\_\_\_\_. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, José. **Reflexões sobre as alterações no Direito Processual Civil brasileiro a partir da EC n. 45, de 31.12.2004, e as repercussões no Direito Judiciário Trabalhista**. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9867> (acesso em 15/05/2008)

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério** (trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Life's Dominion**. New York: Vintage Books, 1994.

\_\_\_\_\_. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana** (trad. Marcelo Cipolla). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio** (trad. Luís Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988: um balanço após dezesseis anos de vigência. In: **Direito Público**. n.8. pp. 42-44 abr-mai-jun/2005.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución** (trad. Manuel Neira). Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica** (trad. Flávio Meurer). Petrópolis: Vozes, 2005.



\_\_\_\_\_. **Verdade e Método II: complementos e índice**  
(trad. Enio Giachini). Petrópolis: Vozes, 2002.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação** (trad. Cláudio Molz). São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse** (trad. José Heck). Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

\_\_\_\_\_. **Dialética e Hermenêutica** (trad. Álvaro Valls). Porto Alegre: L&PM, 1987.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**  
(trad. Flávio Siebeneichler). 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Era das Transições** (trad. Flávio Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Facticidad y validez**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. Introduction. *In: Ratio Juris*. vol.12. n. 4. dez/1999.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Justificação** (trad. Milton Mota). São Paulo: Loyola, 2004.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. (trad. Menelick de Carvalho Netto). *In: Caderno da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, 1(2): 9-20, jul/dez. 1994.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** (trad. Peter Naumann). São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. Discutindo o essencial. *In: Constituição & Democracia*. Brasília, n. 1, p. 10, fev. 2006.

PAIXÃO, Cristiano. A Constituição Subtraída. *In: Constituição & Democracia*. Brasília, n.1, p.5, fev. 2006.

PITKIN, Hanna P. Representação: palavras, instituições e idéias (trads. Wagner Mancuso et Pablo Ortellado). *In: Lua Nova*. São Paulo, 67:15-47, 2006.

\_\_\_\_\_. **Wittgenstein: el Language, la Política y la Justicia** (trad. Ricardo Romero). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional** (trad. Menelick de Carvalho Netto). Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSENFELD, Michel et ARATO, Andrew (orgs.) **Habermas on Law and Democracy: critical exchanges**. University of California Press, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite (org). **15 anos de Constituição: história e vicissitudes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución** (trad. Francisco Ayala). Madrid: Alianza, 2003.

SILVA, Janaína Lima Penalva da. **O direito fundamental à singularidade do portador de sofrimento mental: uma análise da lei nº 10.216/01 à luz do princípio da integridade do direito** (Orientador Menelick de Carvalho Netto). 2007. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et all* (coord). **Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas** (trad. Marcos Montagnoli). Petrópolis: Vozes, 1994.

\_\_\_\_\_. **Tractatus Logico-Philosophicus** (trad. José Giannotti). São Paulo: Edusp, 1968.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

ŽIŽEK, Slavoj. **Eles não sabem o que fazem – o sublime objeto da ideologia** (trad. Vera Ribeiro). Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1992.