

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP

Escola de Direito de Brasília – EBD

Assis José Couto do Nascimento

A Proposta de Emenda Constitucional n.º 157/2003

*A convocação de Assembleia de Revisão Constitucional e a análise do discurso
sobre a tese da obesidade da Constituição Federal.*

Brasília

2017

ASSIS JOSÉ COUTO DO NASCIMENTO

A Proposta de Emenda à Constituição nº 157/2003

A convocação de Assembleia de Revisão Constitucional e a análise do discurso sobre a tese da obesidade da Constituição.

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

Brasília/DF

2017

ASSIS JOSÉ COUTO DO NASCIMENTO

A Proposta de Emenda à Constituição nº 157/2003

A convocação de Assembleia de Revisão Constitucional e a análise do discurso sobre a tese da obesidade da Constituição.

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

Aprovada em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

Prof. Dra. Júlia Maurmann Ximenes

Prof. Dr. Luiz Eduardo Abreu

À Luciana e Ana Luiza, as verdadeiras responsáveis pela realização deste trabalho, cujos incentivo e apoio foram absolutamente imprescindíveis.

AGRADECIMENTOS

É impossível agradecer a todos, especialmente àqueles cuja contribuição é imensurável. Inobstante, algumas menções são necessárias. Primeiro, em face das próprias condições originárias de existência – necessário agradecer a meus pais Assis e Maria Nascimento, também responsáveis pelo “disque-vovó” nos momentos de dificuldade no cumprimento das obrigações do cotidiano. A minha esposa Luciana, obrigado pelo suporte e paciência, especialmente nas ausências e maus humores. A minha irmã/amiga/sócia Ana Luiza, obrigado pelo apoio psicológico, material e técnico sem os quais esse desafio seria intransponível. Ao meu orientador Roberto Freitas Filho, obrigado pelo exemplo de seriedade e dedicação, e principalmente pelas lições de integridade intelectual. Aos professores Paulo Gustavo Gonet Branco, Júlia Ximenes, Álvaro Ciarlini e Sérgio Victor, obrigado pelos inestimáveis debates e ensinamentos. Ao professor Pablo Malheiros da Cunha Frota, obrigado pelo carinho e pelo apoio. Ao professor Honneur Monção, obrigado pelo suporte na revisão do texto.

É absolutamente necessário agradecer ainda a dois amigos, Fernando Oliveira Samuel e José Pedro Brito da Costa – integrantes do “Grupo do Café” – que proveram um fraterno suporte acadêmico durante o curso, e que ainda agora se mantêm pacientes em continuar ensinando. Fernando, inclusive, o “grande culpado” pela empreitada, ao insistir que o acompanhasse “apenas em uma matéria como aluno especial...”.

Por fim, agradeço aos amigos que, tanto pela presença que alegrava quanto pela ausência que permitia o estudo, participaram e contribuíram nesta fase.

Se os homens são capazes de dar a si mesmos um bom governo por própria reflexão e escolha, ou se a Providência os condenou a receberem eternamente a sua Constituição política da força ou do acaso, e se assim é, chegou com a crise em que nos achamos o momento da decisão do problema.

James Madison – 27 de outubro de 1787.

RESUMO

A partir da Proposta de Emenda à Constituição - PEC n.º 157/2003, que convoca uma Assembleia de Revisão Constitucional, este trabalho pretende analisar a afirmação de que a Constituição de 1988 demanda um tipo de saneamento por apresentar-se excessivamente analítica, ideia que foi veiculada nos debates parlamentares havidos no âmbito daquela PEC 157/2003. De fato, naqueles debates chegou a ser afirmado que a Constituição de 1988 sofre de “obesidade” e necessita de “lipoaspiração”. Neste contexto, a investigação volta-se para a interlocução das linguagens política e jurídica na construção do texto da norma com base no contexto histórico-ideológico delimitado pelo discurso proferido na audiência pública realizada no âmbito da PEC 157/2003, especialmente a premissa de que a experiência brasileira teria formatado um modelo institucional que, obrigatoriamente, antagoniza os poderes republicanos e, por consequência, antagoniza as linguagens política e jurídica de forma maniqueísta. Nesse prisma, com suporte no método de análise de discurso, pretende-se aferir se a tese da obesidade constitucional está baseada em uma hipótese de conflito maniqueísta necessário entre os poderes – o que poderá aclarar melhor os significados possíveis daquela ideia de obesidade constitucional, permitindo ainda imaginar critérios menos dicotômicos para compreender a relação entre o sistema do direito e o sistema da política no contexto brasileiro contemporâneo.

Palavras chave: emenda – constituição – audiência – antagoniza – sistema.

ABSTRACT

From the Proposal of Amendment to the Constitution – PEC 157/2003, which convenes a Constitution Revision Commission, this work intends to analyze the statement that the Constitution of 1988 demands a kind of cleansing/purging for being excessively analytical, idea which was disclosed in the parliamentary debates under that PEC 157/2003. In fact, amid those debates it was said that the 1988 Constitution suffers from "obesity" and requires a "liposuction". Given this context, research turns to the interaction of political and legal languages in the construction of the norm's text, based on the historical-ideological context circumscribed by the speech delivered at the public hearing held in the framework of the PEC 157/2003, especially the premise that Brazilian experience would have formed an institutional model that necessarily antagonizes republican powers and - as a consequence - antagonizes the political and legal languages in a Manichean way. In this spectrum, supported by a speech analysis method, the goal is to verify if the constitutional obesity notion is based on a hypothesis of mandatory Manichean conflict between the powers – gauge which may clarify the possible meanings of the constitutional obesity idea, allowing to imagine even less dichotomous criteria for understanding the relationship between the system of law and the political system in Brazilian context.

Key Words: amendment - constitution – debates – antagonizes – system.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. O DISCURSO DA OBESIDADE CONSTITUCIONAL	17
1.1. Análise do discurso como modelo interpretativo: historiografia do dizer	19
1.2. Uma história de obesidade	26
1.2.1. A governabilidade enquanto critério de formação discursiva.....	30
1.2.2. Governabilidade e coalizões políticas.....	36
1.3. Um diagnóstico de obesidade	43
2. DO POLÍTICO AO JURÍDICO	48
2.1. Democracia e conflito	53
2.2. Dimensões de obesidade.....	60
2.3. A norma apologética	67
2.3.1. Apologias também carregam privilégios.....	73
3. DO JURÍDICO AO POLÍTICO	79
3.1. Entre Publius e Brutus	83
3.2. Desencanto democrático	90
3.3. O sistema híbrido	97
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	109
REFERÊNCIAS.....	113

INTRODUÇÃO

Em 04/09/2003 foi apresentado, na Câmara dos Deputados, Projeto de Emenda Constitucional/PEC nº 157/2003 para convocar uma Assembleia de Revisão Constitucional e implementar aquilo denominado de saneamento constitucional, ou seja, retirar do texto aquelas matérias que *comportariam disciplina por instrumentos normativos de hierarquia inferior*¹. No curso do procedimento legislativo foi realizada audiência pública, na qual o então Presidente do Supremo Tribunal Federal fez uma narrativa sobre a real complexidade² da inflexão entre os discursos político e jurídico no contexto histórico brasileiro, para sentenciar que o *conceito de constituinte originário tem difícil viabilidade no Brasil*³.

A ideia é provocativa, pois desconstrói o senso comum⁴ de *higidez do sistema jurídico* – em comparação ao que poderia ser visto como um *maculado sistema político*, ao sugerir que as Constituições brasileiras são produtos de meras revisões constitucionais, em processos históricos de transição inaptos a configurar uma *originariedade político-jurídica*. De fato, há espaço para debater sobre a suposta necessidade de uma *originariedade política* para caracterizar o constituinte originário, ou mesmo quais seriam o conceito e a medida daquela *originariedade*.

Inobstante, ao menos nesse momento preliminar, é razoável supor que o sentido de Poder Originário deve ser objeto de controvérsia válida na experiência brasileira, especialmente quando comparado com outras experiências constitucionais. Basta lembrar, por exemplo, que os norte-americanos percebiam seu processo de independência como uma efetiva revolução, um repúdio das formas tradicionais de governo e às elites do período colonial, o que resultou na problemática sobre o caráter utópico e anárquico da primeira constituição do EUA,

¹ Trecho da justificação de motivos da PEC/157/2003, do Sr. Luis Carlos Santos e outros. BRASIL, Câmara dos Deputados. PEC 157/2003. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?IdProposicao=131896>. Acesso em 23/08/2016.

² Por complexidade compreenda-se a relação entre o “(...) número das possíveis relações, dos possíveis acontecimentos e dos possíveis processos.” (LUHMANN, 2011, p. 184).

³ Afirmação proferida pelo Ministro Nelson Jobim na audiência pública havida na Câmara dos Deputados sobre a PEC 157/2003, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

⁴ Os gregos diferenciavam a *doxa* da *episteme*. Por senso comum compreenda-se a construção de um saber baseado em percepções empíricas cuja aceitação social decorre fora da perspectiva do escrutínio metodológico/científico. Tratar-se-ia de um “(...) saber cotidiano e espontâneo, transportado por uma linguagem e inserido no mundo da ação. Tal saber basta à maioria dos homens, que não tem necessidade das razões lógicas e ignora quase tudo das ciências.” (JAPIASSU, 2001, p. 12)

os Artigos da Confederação, motivando então o debate público havido nos *Federalist papers* para a ratificação do Texto de 1787 – a atual constituição estadunidense (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993).

De toda sorte, a questão da originariedade político-jurídica no Texto de 1988 é apenas o *pano de fundo* no qual se pretende apresentar a questão principal – a suposta necessidade de saneamento da Constituição Federal, fundada na suposição de que a Constituição da República Federativa do Brasil padece de um problema de *obesidade normativa* e demanda uma *intervenção severa*: “Quero dizer a V. Ex.^{as} o seguinte: a Constituição de 1988 — eu usei essa expressão há algum tempo numa palestra que fiz em Recife — precisa, necessariamente, de uma lipoaspiração”⁵.

Assim, este trabalho pretende debater a pretensão de saneamento constitucional suscitada pela PEC 157/2003, doravante denominada como *tese da obesidade constitucional*. No intento de melhor traduzir o objeto de estudo – aquilo que em termos metodológicos materializa “o *quê estudar*”, explica-se de forma direta: a partir da narrativa da audiência pública havida na PEC 157/2003, pretende-se analisar a interlocução entre as linguagens política e jurídica na construção do texto da norma, para tentar compreender se, e em qual medida, o Texto de 1988 poderia ser considerado excessivo, refletindo ainda sobre os critérios que poderiam ser utilizados para determinar a medida de um adequado conteúdo constitucional.

É necessário pontuar que, neste trabalho, o uso recorrente da expressão *texto da norma* (às vezes apenas *texto*, ou apenas *norma*) não pretende formalizar uma redução ou confusão entre texto e norma. Não se desconhece que a norma é o resultado de uma *equação hermenêutica* que conjuga texto e interpretação para formalizar um sentido normativo adequado a uma realidade *tempo/espaco/circunstância* específica: a atividade interpretativa deve, a partir do texto normativo, *construir a norma no quadro da realidade contemporânea à interpretação*, desenvolvendo o que aquele autor denomina de *norma jurídica* que deve ser então *concretizada* em uma *norma de decisão* (GRAU, 2014, p. 33).

⁵ Trecho do discurso do Presidente do Supremo Tribunal Federal a época, Ministro Nelson Jobim, na audiência pública havida na Câmara dos Deputados sobre a PEC 157/2003, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

Neste particular, os sentidos das expressões *norma jurídica* e *norma de decisão* são importantes neste trabalho, cujo *ponto imediato* em debate envolve a dimensão textual da norma⁶, justamente aquilo já explicado e que envolve a pressuposição de uma *obesidade normativa constitucional* que deriva de um *texto excessivamente analítico*⁷. De qualquer forma, se parece haver, a princípio, uma confusão entre texto e norma no debate proposto, cabe explicar que tal confusão será tratada na medida em que interage com o objeto deste trabalho, notadamente a questão dos *reflexos hermenêuticos* da tese da obesidade.

Outro ponto sensível a ser debatido envolve o *ideário da Jurisdição Constitucional*⁸ no âmbito da experiência institucional brasileira⁹, investigando especialmente duas afirmações entoadas pelo discurso jurídico: i) de que o *Direito é o que o Judiciário diz que é*¹⁰ e ii) de que o *Judiciário tem a última palavra*¹¹. Tais frases têm suporte, ao menos na forma simplista como são apresentadas no debate público, a partir da premissa de que os debates havidos na PEC 157/2003 estão

⁶ DWORKIN (2014, p. 54) explica que apenas é possível debater sobre a quantidade de livros em uma estante se houver um acordo sobre o que é um livro. Ao mesmo tempo, vai denunciar a existência do vício denominado agulhão semântico, o equívoco de acreditar que “(...) *que somente podemos discutir sensatamente se todos aceitarmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas* (...)” (STRECK, 2014, 292). Tal situação bem representa a tensão constante que existe entre significantes e significados nas linguagens política e jurídica. Neste trabalho, entretanto, compreende-se que evitar o vício do agulhão semântico de Dworkin não autoriza a construir uma anarquia linguística, histórica ou conceitual, nem mesmo pela autoridade da decisão judicial. Como bem registra FREITAS FILHO (2009, p. 317), “Se o texto não é um pleno de sentido, tampouco a decisão é criadora de um sentido que nunca existira.”

⁷ A despeito do debate sobre o conteúdo e/ou sentido específico da *norma* que deriva do *texto*, é indiscutível que o texto normativo carrega, ou ao menos deve carregar, um conteúdo deontológico mínimo, ainda que tal conteúdo normativo esteja, a princípio, apenas na dimensão primária do léxico. Neste prisma, um eventual *excesso de texto* vai resultar em *excesso de norma*, ainda que se trate, no momento inicial da análise interpretativa, daquele conteúdo deontológico mínimo. Assim, por exemplo, não parece adequado usar no âmbito normativo a expressão *semovente* como sinônimo da expressão *pessoa*.

⁸ É absolutamente possível que tal nomenclatura já tenha sido utilizada em outros trabalhos, por outros autores em outros contextos. Neste trabalho, a expressão *ideário da jurisdição constitucional* traduz uma opinião autoral que pode ser explicitada em três assertivas: a supremacia da constituição; a suprafundamentalidade de determinados direitos; e a obrigação do Poder Judiciário de promover o bem comum.

⁹ “Devemos ter cautela de tentar, digamos, axiomáticamente introduzir argumentos partindo de premissas que historicamente o Brasil não referenda, porque elas não coincidem com nossa história política.” Trecho do discurso do Ministro Nelson Jobim proferido na audiência pública havida na Câmara dos Deputados sobre a PEC 157/2003, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

¹⁰ “Portanto, o Direito é, em última análise, o que os tribunais dizem que é...” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335/AC, trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. DJe nº 208, de 22/10/2014).

¹¹ “É preciso, pois, reafirmar a soberania da Constituição, proclamando-lhe a superioridade sobre todos os atos do Poder Público e sobre todas as instituições do Estado (...) e, em particular, a intervenção do Supremo Tribunal Federal, que detém, em tema de interpretação constitucional, e por força de expressa delegação que lhe foi atribuída pela própria Assembleia Nacional Constituinte, o monopólio da última palavra...” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470/AC, trecho do voto do Ministro Celso de Mello. DJe nº 74, de 19/04/2013).

circunscritos em uma perspectiva ideológica¹² de conflito institucional, obrigatório e necessário, entre os poderes republicanos.

É necessário pontuar que os termos *saneamento*, *obesidade* e *lipoaspiração constitucionais* não são apresentados aqui de forma irônica: são os termos em debate na PEC 157/2003 e assim devem ser enfrentados, especialmente porque a terminologia utilizada apresenta-se quase que como uma transgressão ao conceito de campo de interdição do discurso, justamente aquela noção de que “(...) não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa.” (FOUCAULT, 2014, p. 9). Na verdade, o uso das expressões saneamento, obesidade e lipoaspiração remete às memórias do dizer e implicitamente importa em taxar a Constituição como *paciente obrigatória de uma intervenção severa*, o que parece causar um especial desconforto ao jurista, tradicionalmente doutrinado a posicionar a Constituição no ponto mais alto do pedestal jurídico¹³.

Adotando a tese de que “o problema é o problema”, que sugere a construção do problema de pesquisa na forma interrogativa (XIMENES, 2008), explicita-se agora a pergunta representativa do problema: a partir dos debates havidos na PEC 157/2003, é possível identificar argumentos que suportem a afirmação de que a Constituição de 1988 fora formulada a partir de critérios ideológicos que, obrigatoriamente, polarizam o sistema jurídico contra o sistema político e, em caso positivo, em que medida é possível compreender as frases “*o direito é o que o Judiciário diz que é*” e “*o Judiciário tem a última palavra*” como declarações de interdição às manifestações do sistema político”?

¹² Não se desconhece a amplitude e controvérsia do termo ideologia. Tome-se, numa ponta, a perspectiva de BAUMAN; BORDONI (2016, p. 89): “Se o homem é o que pensa, na visão iluminista de Destutt de Tracy, é possível criar uma sociedade diferente graças a ideias novas. Assim a ideologia se torna uma metaciência, a ciência das ideias (...)”. Em outro prisma, “Sem signos não existe ideologia” (BAKHTIN, 2014, p. 31), ou seja, a ideologia é o espaço dialético no qual as palavras reverberam um complexo de significados possíveis, num embate pela prevalência de um significado específico. De outra ponta, ideologia é uma “(...) consciência falsa, ou equivocada, da realidade (...) no âmbito do que Marx chamou depois de superestrutura (...)” (GORENDER, in MARX; ENGELS, 2007, XXII). Neste trabalho, de viés jurídico-linguístico, parece razoável adotar a perspectiva que envolve os conflitos pela prevalência de significado. Inclusive, tal perspectiva também justifica a escolha do método de pesquisa de análise de discurso (melhor explicado a seguir), justamente por que vincula peremptoriamente os significantes e significados ao sujeito histórico.

¹³ Em STRECK (2014, p. 37) há uma excelente tradução desta ideia de primazia: “(...) a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal (...)”.

Neste contexto, a pesquisa orienta-se no sentido de refletir sobre essa *perspectiva vetorial antagônica de conflito maniqueísta necessário entre o sistema político supostamente faccionista-majoritário e o sistema jurídico contramajoritário* – agora adotada como hipótese do trabalho – justamente porque se percebe que tal dinâmica maniqueísta está fundada em leitura equivocada, ou, no mínimo, incompleta, da ideia da separação de poderes. Ora, no formato montesquiano, a tese tripartite é questionável, já que ao Judiciário seria reservada uma mera posição “*de poder invisível e nulo*” (SECONDAT, 1962, p. 182). De certa forma, declarar a existência de um *poder nulo* formaliza uma contradição performática insuperável.

Ao que parece, a tese do *conflito maniqueísta necessário* está fundada numa perspectiva de autoengano – entendido como uma postura psicológica que confere a robustez da convicção a uma ideia equivocada (GIANETTI, 2005, p. 11), e orbita num campo de considerável imaturidade político-institucional. Ademais, a hipótese da perspectiva ideológica de conflito maniqueísta obrigatório na experiência brasileira acaba por negar a possibilidade de compreender a relação entre o direito e a política a partir de construções mais sofisticadas, em especial a ideia de *soberania compartilhada* que pressupõe um sistema de *governo misto de soberania compartilhada* que exige uma *atuação colaborativa* entre os poderes (LOPES, 2006, p. 17).

Por fim, explicado o “*porquê*” do estudo, resta explicar o trajeto da investigação, a forma pretendida para construir o trabalho. Assim, se o objeto do estudo é o discurso proferido na audiência pública havida na PEC 157/2003 – enquanto legítimo exemplo daquela visão de mundo que separa o direito e a política de forma maniqueísta, exatamente o que se quer investigar – a ferramenta adequada é o método da análise do discurso – que se desenvolve em busca de um sentido social e político daquilo que foi dito, e também daquilo que, apesar de não ter sido explicitamente declarado, faz parte da intenção do dizer, ou como sentido pré-constituído ou como intenção não declarada.

O método parte da suposição de que a produção do discurso é controlada, selecionada, organizada e distribuída a partir da necessidade de controlar os efeitos daquele discurso (FOUCAULT, 2014, p. 8), e, rejeitando a visão da linguagem como um meio neutro de descrição do mundo, compreende que o *corpus* da análise do

discurso é constituído pela agregação de linguagem-ideologia-história. Tal abordagem metodológica busca compreender e mapear os argumentos que sustentam a tese da obesidade constitucional, o que se apresenta como *objetivo geral* do trabalho.

A investigação pretende ultrapassar o aspecto meramente descritivo do discurso proferido na audiência pública da PEC 157/2003 para tentar alcançar a complexidade das práticas discursivas e não discursivas no interior das quais se forma um dado objeto (FISCHER, *in* OLIVEIRA, 2013, p. 129), no caso deste estudo, a tese da obesidade constitucional. Nesse sentido, vislumbra-se a medida dos *objetivos específicos* deste trabalho – desvelar os sentidos da linguagem utilizada, especialmente aqueles sentidos prescritivos e avaliatórios que estão subjacentes àquilo expressado na forma descritiva.

O primeiro capítulo traz explicações gerais sobre a análise de discurso, especialmente a dimensão técnica e metodológica aplicada neste trabalho, com suporte em ORLANDI (2016) e outros. Segue para apresentar o discurso proferido na audiência pública da PEC 157/2003 – numa interação sucessiva entre discurso e análise, repetidamente¹⁴. De fato, cabe explicar um particular: essa construção sucessiva entre discurso e análise vai repercutir em todos os capítulos, pois parece adequado avançar no discurso à medida que se avança nas diversas perspectivas e referenciais teóricos adotados. O escopo deste primeiro capítulo é tentar construir uma análise inicial do discurso em tela, com vistas a melhor compreender os elementos discursivos que compõem a tese da obesidade constitucional.

O segundo capítulo pretende avançar na análise da interlocução entre os discursos político e jurídico a partir de uma literatura mais circunstanciada na política e na sociologia, notadamente ABREU (2016), FAORO (*org.*, DIAS, 2008) e BOURDIEU (1989). A pretensão é investigar mais a fundo o discurso e a tese da obesidade para refletir sobre questões que, aparentemente, passam ao largo do debate jurídico, *e.g.*, as possibilidades institucionais de construção de maiorias legislativas e a estrutura voluntariamente tergiversativa da linguagem jurídica que

¹⁴ Essa construção sucessiva parece necessária neste trabalho, especialmente tendo em vista a complexidade de analisar, no caso concreto, aqueles aspectos de linguagem-ideologia-história que é a pretensão da análise de discurso.

surge como resultado de um debate legislativo incapaz de manifestar clareza de propósitos, ou mesmo orientado a formalizar privilégios sob a forma de espaços institucionais de poder. O escopo do segundo capítulo é apresentar perspectivas sobre a real dimensão daquilo que pode ser caracterizado como *intenções constitucionais*, no sentido de suscitar questões que possam contribuir para um debate mais robusto.

Um terceiro capítulo, a partir da perspectiva político-sociológica da tese do *distanciamento do vulgo* de ABREU (2016) – que supõe a necessidade do Poder Judiciário operar *distante (hígido)* da linguagem de trocas que é a espinha dorsal do sistema político – pretende estabelecer uma referência a partir das experiências americana em MADISON; HAMILTON; JAY (1993) e europeia em MONTESQUIEU (1962), para debater a tese de que o Brasil teria importado e combinado distintas experiências para formar um sistema híbrido pouco compreendido (LOPES, 2006), no sentido de analisar se a tese da obesidade constitucional está inserta, em alguma medida, nessa forma híbrida e incompreendida sobre o papel político do Poder Judiciário.

Por fim, a conclusão vai apresentar os resultados da análise, inferindo ou infirmando a hipótese suscitada. Obviamente, há outras contribuições teóricas importantes, talvez mesmo necessárias, e que serão abordadas nos limites materiais das possibilidades investigativas deste trabalho. Por exemplo, FREITAS FILHO (2009) traz importantes lições acerca dos conteúdos descritivos, prescritivos e avaliatórios das palavras, e que podem favorecer o acesso à dimensão linguística do debate, especialmente no que se refere às práticas comunicativas adotadas no contexto jurídico brasileiro. Entretanto, e a bem da verdade, apenas o marco teórico indicado de forma direta parece transpor, em muito, as capacidades e possibilidades deste autor.

De qualquer forma, relembrando a diferenciação entre dogmática e zetética enquanto abordagens possíveis de investigação – cujas ênfases são distintas e recaem, respectivamente, na formulação das respostas ou das perguntas (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 18) – é adequado um aviso de prudência que orienta a construção deste trabalho, e que talvez deva também orientar sua leitura: a cartografia geral

deste trabalho apresenta-se mais orientada a construir perguntas do que a apresentar respostas. BOURDIEU (1989, p. 18) melhor explicita esta ideia:

Sei que esta maneira de viver o trabalho científico tem qualquer coisa de decepcionante e faz correr o risco de perturbar a imagem que de si próprios muitos investigadores desejam conservar. Mas é talvez a melhor e a única maneira de se evitar decepções muito mais graves – como a do investigador que cai do pedestal, após bastantes anos de automistificação, durante os quais despendeu mais energia a tentar conformar-se com a ideia exagerada que faz da pesquisa, isto é, de si mesmo como investigador, do que a exercer muito simplesmente o seu ofício.

1. O DISCURSO DA OBESIDADE CONSTITUCIONAL

Se considerarmos os conceitos de Constituinte originário e de Constituinte derivado e os introduzirmos no processo histórico político, teremos a seguinte realidade: os Constituintes derivados, Deputados e Senadores eleitos em 1982 e 1978, portanto aqueles a que se chamaria de Constituintes derivados, convocaram o Constituinte originário de 1987. Ora, se a Assembleia Constituinte de 1987 foi instalada em cumprimento à Emenda Constitucional nº 26, quem a convocou foi o Constituinte derivado. Já temos problemas. E os poderes constituintes de 1987 nasceram de quê? Nasceram de uma emenda constitucional à Carta de 1969. E quem foram os Deputados e Senadores Constituintes de 1987? Foram aqueles eleitos conforme as regras eleitorais da Carta de 1969. Esse problema deu azo — eu lembro perfeitamente —, na sessão de instalação da Assembleia Nacional Constituinte, a que constitucionalistas paulistas, inclusive alguns que falaram nesta Comissão, afirmassem que Deputados e Senadores estavam usurpando o poder constituinte originário, porque, na época, a Ordem dos Advogados queria chamá-los de Constituintes exclusivos, pois aquela não era uma Assembleia Nacional Constituinte, mas um Congresso Revisor¹⁵.

Uma primeira leitura do trecho acima até pode sugerir a irrelevância do tema proposto para esta investigação. É possível que o debate sobre o poder originário na construção da Constituição de 1988 seja estéril, porquanto irrelevante para a *existência* da Constituição, que então deve ser aplicada e protegida. Tal postura, entretanto, importa no equívoco de tentar totalizar a compreensão sobre a Constituição a partir da mera observação empírica, ignorando outras questões (por exemplo, as condições materiais e políticas, o viés ideológico etc.) para interditar o debate sobre o conteúdo do texto constitucional.

De fato, a mera existência da Constituição não responde, satisfatoriamente, diversas questões. Afinal, têm-se direitos *por causa* da Constituição? Se está correto compreender o direito positivo como aquilo disposto em normas¹⁶, apenas aquilo positivado é direito? Tudo aquilo positivado é direito? Curiosamente, parece que no debate sobre *o que a Constituição constitui*¹⁷, a ideia de *conduta social conforme a regra* fica em um plano de menor importância¹⁸.

¹⁵ Trecho do discurso do Ministro Nelson Jobim proferido na audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

¹⁶ Conforme FREITAS FILHO (2009, p. 191) normas se apresentam na forma de regras ou de princípios, estes compreendidos como normas que expressam valores que não são deduzidos.

¹⁷ STRECK (2014, p. 99) informa que um dos principais fatores que impedem a compreensão do papel da Constituição é a percepção *meramente normativa* da Constituição, *desconectada* da política e do Estado.

¹⁸ “O Texto normativo é uma fração da norma – aquela absorvida pela linguagem jurídica - mas não é, ainda, a norma.” (GRAU, 2014, p. 33). Daí, portanto, Legislativo e Judiciário constroem texto e norma. Há, aparentemente, uma dimensão subdimensionada neste debate: a sociedade, ainda que não construa texto, também

Ademais, se as constituições não raro inserem matéria de *aparência constitucional* (BONAVIDES, 2015, p. 81), e lembrando que a doutrina foi obrigada a criar as figuras das normas constitucionais formais e materiais para explicar e diferenciar questões *efetivamente* constitucionais daquelas questões *circunstancialmente* constitucionais, seria razoável pretender que normas circunstancialmente constitucionais sejam excluídas do texto constitucional sob o argumento da obesidade¹⁹?

Assim, a partir daquele viés zetético, já explicado, talvez seja interessante tentar observar o constitucionalismo a partir de um ângulo diferente²⁰, justamente aquele que envolve o *momento legislativo* da construção da norma constitucional. Por exemplo, seria razoável pensar em direito constitucional sob a perspectiva existencial de ORTEGA Y GASSET consubstanciada pela expressão *eu sou eu e minhas circunstâncias*, ou seja, de que toda circunstância é parte indissociável do ser?

A vida está sempre em certas circunstâncias, numa disposição em torno – circum – das coisas e demais pessoas. Não se vive num mundo vago, pois o mundo vital é constitutivamente circunstância, é este mundo, aqui, agora. E circunstância é algo determinado, fechado, mas ao mesmo tempo aberto e com folga interior, com buraco ou concavidade por onde se mover, por onde se decidir: a circunstância é um leito que a vida vai fazendo dentro de uma bacia inexorável.” (ORTEGA Y GASSET, 2016, p. 245).

Nesse prisma, talvez fosse possível concluir que mesmo aquilo compreendido como cláusula pétrea poderia eventualmente ser classificado como *circunstancialmente constitucional* e então ser debatido a partir do argumento da obesidade constitucional. De qualquer forma, parece razoável a pretensão de debater a tese da obesidade constitucional, especialmente por que, se a *Constituição assume o seu valor mais alto por sua origem – por ser fruto do poder constituinte originário* (MENDES; BRANCO, 2011. p. 55), é necessário reconhecer

constrói a norma nas suas relações cotidianas. Por exemplo, num acidente de trânsito, a obrigação de indenizar voluntariamente assumida e cumprida é norma materializada: há um fato, uma compreensão da norma que decorre do texto, uma interpretação sobre fato e norma, um entendimento sobre a conduta *conforme a regra*, uma responsabilização e constituição da obrigação de indenizar, e o pagamento.

¹⁹ A exemplo da “constitucionalização” do Colégio Pedro II - art. 242. §2º, CF.

²⁰ TALEB (2016, p. 15-17) explica que até a descoberta da Austrália, não havia dúvidas de que no mundo só existiam cisnes brancos. Após a descoberta daquele espaço geográfico, constatou-se a existência de cisnes negros. A ideia de fundo, que denomina “lógica do Cisne Negro”, é compreender que aquilo que não é sabido pode ter mais importância do que aquilo que é sabido, justamente por que este está obrigatoriamente permeado por uma imensurabilidade.

que analisar o Direito pressupõe verificar as estruturas políticas e sociais existentes²¹.

Sendo impossível examinar perguntas que não são feitas (KLOSTERMAN, 2016, p. 20 – tradução livre), resta necessário enfrentar o debate sobre a interlocução dos sistemas político e jurídico na construção da norma constitucional no sentido de questionar algo que pode ser denominado de *integridade constitucional* do Texto da Constituição. É nesta perspectiva que a *mera existência* do texto constitucional passa a ter um caráter secundário em relação ao *conteúdo* daquilo hierarquizado em âmbito constitucional, e denota a importância do debate político que resulta na formulação do texto constitucional. Isso posto, o capítulo a seguir vai estabelecer a referência do método de análise de discurso que se pretende observar.

1.1. Análise do discurso como modelo interpretativo: historiografia do dizer

Agradecemos especialmente a visão histórica da temática constitucional que nos passou. Enquanto o Ministro dava sua aula, eu me recordava de uma professora de História que – não é o seu caso – como era tão velha, não precisava estudar. Ela simplesmente se recordava dos fatos para transmitir os conhecimentos.²²

A transcrição acima exemplifica e justifica a escolha do método da análise do discurso para abordar o problema de pesquisa: o debate havido na PEC 157/2003 carrega uma ideia de historicidade, mas ao mesmo tempo formaliza uma naturalização da relação entre sujeito e história. Assim, cabe arguir, a memória explicitada no discurso traduz factualmente uma *descrição histórica* ou apenas reflete a *personalidade do ego* que discursa? Necessário, então, tentar melhor compreender as possibilidades e limitações inerentes ao método da análise de discurso, cuja estrutura teórica reside na pretensão de interagir o sentido daquilo que é dito com o sujeito que diz no contexto histórico e ideológico que perpassa o dizer, ou seja, reduzir a importância semântica do discurso para focar nos sentidos dos termos do discurso – no contexto *de quem e para quem* discursa.

²¹ Assim, o debate político constitucional não pode ser percebido como uma questão meramente formal para o Direito e para a Jurisdição Constitucional, especialmente por que é a mitologia de higeidez do Constituinte Originário que *sacraliza* a Constituição e orienta o debate no Constitucionalismo.

²² Frase proferida pelo então Presidente da Comissão Especial destinada a proferir parecer à PEC 157/2003, Deputado Michel Temer, se referindo ao discurso do Ministro Nelson Jobim, na audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

A análise de discurso trata da construção de uma perspectiva analítica com suporte em uma materialidade linguística, no sentido de superar a interpretação do texto para alcançar uma interpretação dos sentidos linguísticos produzidos pelos textos: *Entre o empírico e o abstrato, coloca-se, com a análise de discurso, o lugar do material. Não à evidência, nem à transparência: o material concreto* (ORLANDI 2016, p. 23).

A ideia subjacente é que sujeito e sentido se constituem ao mesmo tempo (*idem*, p. 17), considerando que o discurso é mais do que a soma das palavras proferidas ou inscritas, mas representa *o efeito de sentidos entre locutores, e isso acarreta toda uma declinação teórica do que é sujeito, do que é sentido, do que é memória, do que é história, do que é sociedade, do que é ideologia, do que é língua etc.* (*ibidem*, p. 27-28).

O sentido do texto, nesta perspectiva, só pode ser alcançado a partir da compreensão prévia de que o discurso é sempre um fenômeno político (OLIVEIRA, 2013, p. 10), cerceado por aquilo compreendido como *emergência do social* – a relação de contingência que se percebe na relação entre a *história seletiva do ego* e a *história compartilhada do alter* (SILVA, 2016, p. 19). Ou seja, alcançar o sentido do texto demanda vislumbrar a relação dialógica que se estabelece entre a personalidade do dizer e a coletividade do ouvir.

É necessário, entretanto, enfrentar uma questão específica que orbita a análise de discurso enquanto método analítico, justamente o debate político que ocorre no respectivo âmbito doutrinário, referenciado por uma postura dita “crítica” em relação àquilo conhecido como sociedade de mercado e consumo. Trata-se justamente da referência marxista-leninista que é historicamente relacionada à análise de discurso:

A questão será, desde então, saber se a própria natureza desse campo (concebido do ponto de vista marxista-leninista) não impõe o fato de que as relações que ele estabelece com a linguística sejam redefinidas em seus princípios: se, a título de exemplo, consideramos o domínio da política e aquele da produção científica, constatamos que, nesses dois domínios, as palavras podem mudar de sentido segundo as posições sustentadas por aqueles que as empregam. Nessas condições, trata-se ainda de um problema puramente linguístico? Se não, como redefinir, a propósito de exemplos dessa natureza, a relação entre a ciência linguística e o domínio da história concebido por Marx, cuja exploração se busca hoje, tanto teórica quanto praticamente? (PÉCHEUX, *in* PIOVEZANI; SARGENTINI, 2016, p. 64).

Ainda que a perspectiva marxista faça parte da gênese da análise do discurso, parece adequado compreender a teoria a partir de um reajuste de premissas, no sentido de perceber que a perspectiva original de articular o discurso com o materialismo histórico²³ não se apresenta como a única possibilidade de análise do discurso. Dito de outra forma: aparentemente, o formato original da análise de discurso já determinava um conteúdo programático geral daquilo que seria analisado e concluído.

É de fato curioso perceber, como a própria doutrina específica reconhece, que a teoria de análise de discurso, na busca pelos *sentidos reais* dos discursos, já estaria delimitada por sentidos específicos a serem apresentados, inclusive pelo uso de artifícios linguísticos: *A ditadura não dava trégua, mas eu havia aprendido com a esquerda e com Pêcheux que para falar uma coisa pode-se falar outra* (ORLANDI 2016, p. 17).

De toda sorte, ter havido (ou não) o citado reajuste de premissas na teoria é questão menos importante, pois, ainda que seja equivocado pensar em uma reformulação teórica da análise do discurso, certamente é possível pensar em modelos distintos para implementar uma análise de discurso, mantendo-se aquela pretensão de relacionar o sujeito e o discurso em uma dimensão histórica e ideológica. Em suma: esta pesquisa, que não tem pretensões sobre análise de discurso enquanto teoria, busca suporte na análise de discurso como rotina programática de pesquisa.

Como repensar o dispositivo para sair do esquema inicial da relação entre um metadiscurso marxista e os textos previamente recortados a partir de uma base de saberes, sob o signo da Ciência? Como conceber um dispositivo que permita a emergência de posições do sujeito? Michel Pêcheux aborda a questão num belo texto, escrito em 1983, a saber, “Análise de discurso: três épocas”. Esta é a terceira época da Análise de discurso, a da “desconstrução das maquinarias discursivas”. É preciso desestabilizar o rígido dispositivo da Análise de discurso. (MALDIDIER *in* PIOVEZANI; SARGENTINI, 2016, p. 60)

²³ Jacob Goreneder apresenta uma explicação que bem representa o conceito de materialismo histórico: “A ideologia é, assim, uma consciência equivocada, falsa, da realidade. Desde logo, porque os ideólogos acreditam que as ideias modelam a vida material, concreta, dos homens, quando se dá o contrário: de maneira misticada, fantasmagórica, enviesada, as ideologias expressam situações e interesses radicados nas relações materiais, de caráter econômico, que os homens, agrupados em classes sociais, estabelecem entre si. Não são, portanto, a Ideia Absoluta, o Espírito, a Consciência Crítica, os conceitos de Liberdade e Justiça, que movem e transformam a sociedade. Os fatores dinâmicos das transformações sociais devem ser buscados no desenvolvimento das forças produtivas e nas relações que os homens são compelidos a estabelecer entre si ao empregar as forças produtivas por eles acumuladas a fim de satisfazer suas necessidades materiais”. (GORENDER, *in* MARX, 2013, p. 21)

Assim, no âmbito desta investigação, a ideia da análise de discurso como programa científico fica em segundo plano, sendo privilegiada uma abordagem que caracteriza a análise de discurso como um modelo interpretativo voltado à construção de objetos discursivos numa tríplice tensão entre a sistematicidade da língua, da historicidade e da interdiscursividade (MALDIDIER, *op. cit.*, p. 61).

É nessa via que este trabalho pretende seguir, em termos de análise de discurso, tentando, entretanto, manter certo rigor em relação às questões nucleares da análise do discurso – especialmente à ideia de interdiscurso, entendido como sendo a memória discursiva; um conjunto de já-ditos que sustenta todo o dizer (SANTOS, *in* OLIVEIRA, 2013, p. 219).

Como exemplo, tome-se a expressão obesidade, que no âmbito deste estudo evoca uma pré-compreensão – uma memória – sobre o carácter patológico do termo, algo que é negativo e que demanda algum tratamento²⁴. O uso do termo obesidade esclarece aquilo caracterizado como *emergência de posições do sujeito*: a expressão *não dita* que é elemento da *intenção do dizer*, no sentido de transmitir determinada mensagem, corroborando aquela ideia de FOUCAULT sobre o controle dos efeitos do discurso.

Assim, analisar o discurso demanda investigar os *ecos da memória do dizer* (MUTTI; CAREGNATO, 2006, p. 681) – os sentidos pré-constituídos do discurso proferido na audiência pública da PEC 157/2003, tentando perceber como a *memória repercute para ressignificar*. É necessário compreender o discurso em uma dimensão criadora do objeto da fala, a partir da complexidade que envolve o processo de comunicação, para então

(...) não mais tratar os discursos como conjuntos de signos (elementos significantes que remetem a conteúdos ou representações), mas como práticas que formam sistematicamente os objetos de que falam. Certamente os discursos são feitos de signos; mas o que fazem é mais do que utilizar esses signos para designar as coisas. É esse mais que os torna irredutíveis à língua e ao ato de fala. É esse mais que é preciso fazer aparecer e que é preciso descrever. (FOUCAULT, 2009, p. 55)

²⁴ “...o que demonstra que nossa Constituição está rigorosamente obesa, inchada, precisando da lipoaspiração a que V. Exa. se referiu.” Trecho da audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

Na abordagem que supera a *fantasia cientificista*, a análise de discurso torna-se uma *disciplina interpretativa* (MALDIDIER, *op. cit.*, p. 61) que orienta este trabalho, para buscar os vieses histórico e ideológico que permeiam os debates na PEC 157/2003. Ou seja, reduz-se a importância do debate sobre o método para, assumindo uma das compreensões possíveis sobre a aplicação do método, ponderar sobre as implicações recíprocas que conectam a política e o direito nos debates que orientam a construção do texto da norma.

Há ainda dois alertas necessários sobre particularidades da análise de discurso, a questão dos vieses histórico e ideológico que são inerentes ao método. O viés histórico demanda um especial cuidado metodológico, a necessidade de observar certo rigor para evitar o anacronismo de *visualizar o ontem* a partir do *olhar de hoje*, ainda que deva ser reconhecido que um grau de anacronismo é inevitável, pois não é possível *voltar no tempo para compreender*. A solução é garantir honestidade na construção da análise e, ao menos em nível do agir consciente, tentar superar a busca infantilizada por uma imparcialidade e uma neutralidade que são impossíveis.

Veja-se, por exemplo, que o discurso proferido na audiência pública da PEC 157/2003 incorre no vício do anacronismo ao naturalizar²⁵ o conceito de constituinte originário com base numa leitura apressada do que teria acontecido no *Ancien Régime*²⁶, insinuando que apenas nas hipóteses de ruptura institucional ter-se-ia caracterizada uma originariedade política. Ora, discutir se o Direito é mera formalidade de controle social ou legítimo agente de transformação social é simplificar em muito o debate, já que os dois papéis são opostos e complementares: *a permanência (que o controle social assegura) e a mudança convivem o tempo todo em qualquer sociedade* (OLIVEIRA, 2015, p. 127).

²⁵ Naturalizar um conceito é selecionar de forma autoritária um dos possíveis modos de pensar a questão. “De outra parte, ao refletirem abstratamente sobre o direito, os juristas tendem a *naturalizar os conceitos* de que se utilizam, apresentando-os como a única solução para o problema que os ocupa, utilizando, para este fim, uma grande quantidade de *argumentos de autoridade*.” (RODRIGUEZ, 2013, p. 14).

²⁶ “V.Exas. sabem que esse conceito veio da história da Revolução Francesa e foi forjado pelo abade Sieyès no rompimento com o *ancien regime* e a criação pós-terror, ou junto com o terror — após Robespierre, Camille Desmoulin, etc. —, do Estado revolucionário”. Trecho do discurso do Ministro Nelson Jobim, proferido na audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

Na verdade, é absolutamente razoável perceber que a sociedade está em perpétua modificação, não havendo, portanto, uma relação imperativa e necessária entre revolução/violência e evolução social. Nesse sentido, se o Direito possui um coeficiente de transformação social, é incorreto afirmar que o poder constituinte originário estaria caracterizado apenas em situações de ruptura institucional, como foi sugerido no discurso proferido na audiência pública da PEC 157/2003.

Se, por um lado, as revoluções francesa e americana se deram com base na violência física, em afronta ao direito vigente, “No próprio pensamento marxista, como vimos quando citei uma famosa carta de Engels, concede-se que as normas jurídicas exercem influência sobre o curso das lutas históricas e, em muitos casos, determinam sua forma” (OLIVEIRA, 2015. p. 133).

Em relação ao problema do viés ideológico, é ainda mais sensível, especialmente quando se recorda de que não apenas o discurso, mas o investigador e também o leitor estão inseridos nos respectivos universos ideológicos²⁷ e também inseridos no mundo que analisam, todos fazendo uso de *noções classificatórias para conhecer e analisar*, estando submetidos a um tipo de *persuasão clandestina* (BOURDIEU, 1989, p. 36) até mesmo por não se perceberem como produto daquele mundo: “(...) isto contribui para lhes conferir uma coincidência entre as estruturas objectivas e as estruturas subjectivas – que as põem a coberto de serem postas em causa.” (BOURDIEU, 1989, p. 34).

É necessário reconhecer que “O pré-construído está por toda parte” (BOURDIEU, 1989, p. 34), inclusive e especialmente no ideológico inconsciente. A posição ocupada pelo *emissor* (quem discursa) tem severa influência na *mensagem* (o discurso), e deve ser compreendida e problematizada pelo receptor da mensagem no processo de *decodificação*. Dito de outra forma: é necessário tentar compreender e identificar o pensar e o agir involuntários que perpassam tanto o *dizer* quanto o *ouvir*, e vão repercutir na construção do texto da norma constitucional.²⁸

²⁷ Em toda a sua complexidade ideológica, histórica, social etc.

²⁸ Se, por um lado, é importante pontuar que *psicanálise e análise de discurso não se misturam*, parece correto afirmar que *ideologia e inconsciente se apresentam juntos* (ORLANDI, 2016, p. 40). Daí é necessário proceder com uma *atitude particular*, mais cética, que também pode ser compreendida a partir daquilo denominado de *postura realista* por BOURDIEU (1989, p. 18): “(...) ser capaz de apreender a pesquisa como uma atividade racional (...) que tem também o efeito de aumentar o temor ou a angústia (...)”.

Reitera-se, portanto, a necessidade de tentar realizar a análise e a crítica a partir de certo grau de ceticismo²⁹, reforçando aquela atitude zetética em detrimento de uma postura dogmática. Exatamente pelo mesmo motivo é tão importante manifestar-se com a necessária honestidade intelectual, evitando reforçar a mitologia das *verdades objetivamente empíricas*:

Os desenvolvimentos modernos na filosofia da ciência têm apontado com precisão e enfatizado profundas dificuldades associadas à ideia de que a ciência repousa sobre um fundamento seguro adquirido por meio de observação e experimento, e com a ideia de que há algum tipo de procedimento de inferência que nos possibilita derivar teorias científicas de modo confiável de uma tal base. Simplesmente não existe método que possibilite às teorias científicas serem provadas verdadeiras, ou mesmo provavelmente verdadeiras. (CHALMERS, 1993, p. 19).

Reconhecendo, enfim, um *coeficiente de inconsciência* no agir e no pensar - o fato de que a percepção não é um resultado direto da realidade, mas depende da complementação que se dá por um ato de imaginação – até mesmo por limitações biológicas e mecânicas da percepção humana³⁰, resta necessário enfrentar as questões suscitadas naquela audiência pública havida na PEC 157/2003.

Explicado, ao menos em linhas gerais, a referência analítica da análise de discurso pretendida neste trabalho, a amplitude do debate, as limitações do método, e as pretensões investigativas, adentra-se a seguir especificamente no discurso proferido.

²⁹ Ceticismo aqui compreendido a partir de ORTEGA Y GASSET (2016, p. 245): “Esse mundo que nos rodeia, que nos carrega e sustenta, que nos parece vitalmente o mais firme, seguro, sólido, essa terra firme sobre a qual pisamos para aludir ao mais imóvel, acontece ser de existência suspeitosa, pelo menos suspeitável.”

³⁰ Conforme MLODINOW (2009, p. 181-182): “A percepção necessita da imaginação por que os dados que encontramos em nossas vidas nunca são completos, são sempre ambíguos. Por exemplo, a maioria das pessoas considera que a maior prova que podemos ter de um acontecimento é vê-lo com os próprios olhos; numa corte de justiça, poucas coisas são mais levadas em consideração do que uma testemunha ocular. No entanto, se apresentássemos em uma corte um vídeo com a mesma qualidade dos dados não processados captados pela retina do olho humano, o juiz poderia se perguntar o que estávamos tentando esconder. Em primeiro lugar, a imagem teria um ponto cego no lugar em que o nervo óptico se liga à retina. Além disso, a única parte de nosso campo de visão que tem boa resolução é uma área estreita, de aproximadamente 1 grau de ângulo visual, ao redor do centro da retina, uma área da largura de nosso polegar quando o observamos com o braço estendido. Fora dessa região, a resolução cai vertiginosamente. Para compensar essa queda, movemos constantemente os olhos para fazer com que a região mais nítida recaia sobre diferentes pontos da cena que desejamos observar. Assim, os dados crus que enviamos ao cérebro consistem numa imagem tremida, muito pilexada e com um buraco no meio. Felizmente, o cérebro processa os dados, combinado as informações trazidas pelos dois olhos e preenchendo as lacunas, com o pressuposto de que as propriedades visuais de localidades vizinhas são semelhantes e sobrepostas. O resultado – ao menos até que idade, lesões, doenças ou um excesso de mais tais cobrem seu preço – é um alegre ser humano sujeito à convincente ilusão de que sua visão é nítida e clara”.

1.2. Uma história de obesidade

É certo que a história da obesidade pode ser apresentada em vários “capítulos”. Além do alegado *excesso de normas*, ideia suscitada pelo próprio uso do termo “obesidade”, há a questão das normas de hierarquia inferior que são constitucionalizadas, há o problema do desacordo político sobre direitos, há o problema da originariedade e legitimidade do Constituinte, a relação entre política, e direito, e ideologia, enfim, é todo um novelo de temas que se encontra embaraçado e confuso.

Dentro dos limites do corte metodológico, tentar-se-á, a seguir, desembaraçar aquele novelo, lembrando, porém, daquele particular metodológico adotado neste trabalho, essa construção sucessiva entre discurso e análise, que vai repercutir em todos os capítulos. Confira-se, então, a Proposta de Emenda Constitucional 157/2003 no sentido de iniciar a análise:

Convoca Assembleia de Revisão Constitucional e dá outras providências.

A Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda constitucional:

Art. 1º Será instalada, no dia 1º de fevereiro de 2007, Assembleia de Revisão Constitucional, formada pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o objetivo de revisar a Constituição.

Art. 2º A revisão constitucional, consubstanciada em apenas um ato, será promulgada após a aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembleia de Revisão Constitucional.

Parágrafo único. A revisão constitucional observará o disposto no art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

Art. 3º A Assembleia de Revisão Constitucional extinguir-se-á no prazo máximo de doze meses contados da data de sua instalação.

Art. 4º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação. (CÂMARA FEDERAL, PEC 157/2003).

Como se percebe, o texto é sucinto, quase singelo: convoca uma *Assembleia de Revisão com o objetivo de revisar a Constituição*. Aparentemente, uma questão meramente formal que decorre de uma tecnicidade qualquer. Não há aqui nenhuma crítica, apenas a observação de que a temática é apresentada, a princípio, de forma impessoal e desinteressada - exatamente como prescreve o ideal de isenção que

permeia a linguagem jurídica. É necessário, entretanto, enfrentar justamente esse senso comum de um *direito tanto distinto quanto imparcial*. Nas palavras de ABREU (2016, p. 139-140):

Não se propõe aqui analisar a realidade social a partir do modo e das categorias que o direito usa para ordenar o mundo social, tampouco nos interessa aquilo que elas dizem de “verdadeiro” (esse, aliás, não é o seu papel); o seu interesse para nós reside justamente no contrário: naquilo que elas têm de ficção, ilusão, desvairo. É algo que, se percebido em si mesmo, pretende esconder, distinguir, separar, mas que, examinado do conjunto de relações que o constitui, também revela, desnuda, apresenta. Mas, para entender o que ele nos apresenta e representa, é preciso levá-lo a sério.

Vê-se, já no primeiro parágrafo da justificção daquela proposta legislativa, que a linguagem política toma corpo, pela alusão de que haveria um *excesso analítico* no Texto de 1988:

A significativa mudança dos rumos políticos do país simbolizada pela Constituição de 1988 contrasta – reconheça-se – com as dificuldades técnicas e políticas que seu texto introduziu. Seu caráter excessivamente analítico produz evidentes inconvenientes, sobretudo nos Capítulos e Seções formulados com a finalidade de impor diretrizes programáticas à promoção do bem-estar social. O alto nível de detalhamento assumido pelo texto constitucional torna, na prática, imprescindível que seja modificada a Constituição a cada governo que se elege. Não raro, o projeto político do governante eleito guarda incompatibilidades insuperáveis com a orientação programática da Constituição. (CÂMARA FEDERAL, PEC 157/2003).

Na essência, a transcrição anterior, apenas as 10 (dez) primeiras linhas da justificção da PEC 157/2003, parece confirmar a hipótese deste trabalho, de que os sistemas político e jurídico se percebem numa maniqueísta relação vetorial antagônica de conflito necessário: aparentemente, a Constituição de 1988, em especial as *diretrizes programáticas à promoção do bem-estar social*, seriam entaves *ao projeto político do governante eleito*; por tal motivo, seria *imprescindível que seja modificada a Constituição a cada governo que se elege*.

Tal lógica causa imediato espanto: na forma jurídica de pensar, não é a Constituição que deve se moldar ao projeto político do governante eleito, mas justamente o contrário: é o projeto político do governante eleito que deve estar em conformidade com a Constituição. Em alguma medida, entretanto, o jurista deve reconhecer que sua *fórmula de pensar* demanda uma autocrítica, especialmente quando confrontado com as 95 (noventa e cinco) emendas constitucionais

acopladas ao Texto de 1988 até o ano de 2016, mais de três emendas a cada ano de vigência da Constituição de 1988³¹.

Aparentemente, tal fórmula jurídica de pensar tem um espaço relativamente cerceado no mundo empírico, ao menos na experiência brasileira: a Constituição, factualmente, não é tão imaculada como o senso comum parece acreditar, especialmente quando se recorda da *questão hermenêutica*, a alteração do sentido social da norma a partir da intervenção dos intérpretes, notadamente o Poder Judiciário³². Em retorno à justificação da PEC 157/2003, veja-se a menção a Giovanni Sartori, especialmente a menção ao caráter *novelístico* da Constituição de 1988:

Mas a Constituição brasileira de 1988 possivelmente bate o recorde: é uma novela do tamanho de um catálogo telefônico, com 245 artigos, mais 200 disposições transitórias. É uma Constituição repleta não só de detalhes triviais como de dispositivos quase suicidas e promessas impossíveis de cumprir.

(...)

No entanto, estou convencido de que as Constituições não devem conter o que compete à legislação ordinária. E acho que quanto mais se regule e se prometa em uma Constituição, mais esta contribuirá para ser desrespeitada e, portanto, para o mal da nação. (CÂMARA FEDERAL, PEC 157/2003).

A justificação da PEC 157/2003 traz uma questão ainda mais sensível do que o suposto caráter novelístico, justamente o “...ritmo inflacionário com que se altera a Constituição importa em evidente instabilidade jurídica e em sensível déficit de seu valor e de sua força normativa.” Será correto estabelecer uma relação diretamente proporcional entre o suposto excesso de normas constitucionais e a alegada *instabilidade jurídica* e o *déficit do valor normativo* da Constituição de 1988? De fato, “alguém se atrasava quando não existia relógio?” (KARNAL, 2015, p. 25), questão que exemplifica a possível relação entre a *ideia de erro* e uma eventual profusão de normas que determinam a conduta *conforme a regra*.

³¹ De fato, até 28/08/2003, data de apresentação da PEC 157/2003, vigoravam 40 (quarenta) Emendas Constitucionais – uma relação de 2,6 emendas por ano. A partir de agosto/2003, entraram em vigor mais 55 (cinquenta e cinco) Emendas Constitucionais, uma relação de 3,9 emendas por ano. Mantida a tendência, deverão entrar em vigor cerca de 5,8 emendas por ano, tendência que está sendo bem representada pelos anos de 2015 (6 emendas) e 2016 (5 emendas).

³² Tal questão será mais bem tratada em capítulo específico. Aqui, de forma introdutória, veja-se que a disposição normativa originária do Constituinte estava inserida em uma ideia específica: *a conduta que o constituinte queria regular*, ou o *objetivo que queria alcançar*. Se, por meio da interpretação, há a alteração daquela ideia original (e aqui não há nenhuma crítica, ressalte-se), a norma em vigor após a atuação do Poder Judiciário não é mais aquela pretendida pelo Constituinte. Nesse sentido, a decisão judicial, em especial da Corte Constitucional, também se apresenta como um tipo de *emenda* à Constituição.

Diversas questões podem ser suscitadas: i) há uma métrica que permita estabelecer o que seria *excesso no quantitativo de normas constitucionais*? ii) o caso brasileiro seria mesmo um exemplo dessa *inadequação quantitativa de normas*? iii) o suposto excesso envolve *apenas* um aspecto quantitativo de normas? iv) o que é estabilidade jurídica? v) quando e como é possível constatar uma situação de *déficit do valor normativo* da Constituição? vi) como enfrentar o problema do *desacordo político sobre direitos*?

Tais perguntas, nos termos do texto da justificção da PEC 157/2003, já estão respondidas. No âmbito do discurso inaugurado pela PEC 157/2003, assim a questão está apresentada: por imperativos de governabilidade e desenvolvimento social do país, é necessário *sanear* a Constituição de 1988, que, por apresentar-se como um texto *excessivo*, deve ser *higienizada* para retirar do texto aquelas matérias que não se apresentariam como *efetivamente constitucionais*:

O bom andamento das instituições políticas e o adequado desenvolvimento social do país passam necessariamente por um saneamento constitucional. É necessário que a Constituição cumpra com sua função de dispor sobre a organização fundamental do Estado, extirpando de seu texto, porém, matérias que comportariam, sem maior prejuízo, disciplina por instrumentos normativos de hierarquia inferior. (CÂMARA FEDERAL, PEC 157/2003).

Cabe, ainda, explicar que no curso do procedimento legislativo a PEC 157/2003 foi alterada a partir de pareceres e substitutivos, passando, então, a ser identificada como PEC 157-A/2003, uma versão mais assertiva no sentido de que melhor detalha procedimentos, especifica um *conteúdo pétreo mínimo*³³ e matérias que serão objeto da revisão³⁴. Não parece necessário tecer maiores considerações acerca da tramitação da PEC 157/2003, mas apenas pontuar que a referida proposta teve o último andamento em 16/07/2008, com a ordem para apensar a PEC 157/2003 à PEC 554/1997, que também pretendia implementar uma revisão constitucional, e basicamente sob a mesma justificativa: *garantir um efetivo*

³³ BRASIL, Câmara dos Deputados. PEC 157/2003. O parágrafo único do art. 2º: A Revisão Constitucional observará o disposto no art. 60, § 4º, desta Constituição, sendo-lhe vedado suprimir ou restringir os direitos sociais e os instrumentos de participação popular previstos no art. 14, incisos I e II, e no art. 61, § 2º. BRASIL, Câmara dos Deputados. PEC 157-A/2003. Disponível em <http://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/integras/397492.htm>. Acesso em 15/05/2017.

³⁴ BRASIL, Câmara dos Deputados. PEC 157/2003. Em seu artigo 3º: organização dos Poderes, sistema eleitoral e partidário, sistema tributário nacional e finanças públicas, organização e competências das unidades da federação e o sistema financeiro nacional. BRASIL, Câmara dos Deputados. PEC 157-A/2003. Disponível em <http://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/integras/397492.htm>. Acesso em 15/05/2017.

*desenvolvimento social e corrigir falhas que dificultam a consolidação da vida partidária*³⁵.

Nesse contexto, é correto afirmar que há pelo menos 20 (vinte) anos se constata uma *dúvida política* sobre a assertividade o Texto de 1988 em relação à realidade que se pretendeu regular³⁶. De fato, ainda nos idos de 2000, o então governador Itamar Franco defendeu uma *assembleia constituinte exclusiva com o objetivo de alterar a situação econômica do país*³⁷. Tal proposta foi veiculada, em diversas ocasiões, por todos os Presidentes da República que sucederam Fernando Collor de Mello, bem como por diversos políticos de projeção nacional, inclusive em campanhas voltadas à eleição para a Presidência da República, onde reiteradamente foi manifestado apoio à realização de revisões constitucionais³⁸.

Prosseguindo no objetivo de apresentar mais detalhadamente as questões sensíveis, o capítulo a seguir apresenta um trecho de importância fundamental na justificação da PEC 157/2003, qual seja a afirmação de que a Constituição, em seu formato atual, seria um *instrumento de ingovernabilidade* – aqui entendida como um tipo particular de dificuldade na construção de acordos políticos, que decorre diretamente do modelo institucional³⁹.

1.2.1. A governabilidade enquanto critério de formação discursiva

Em termos metodológicos de análise de discurso, a referida ideia de ingovernabilidade representa o *marco enunciativo*⁴⁰ do discurso agora em análise, pois os supostos excessos normativos da Constituição repercutiriam negativamente

³⁵ BRASIL, Câmara dos Deputados. PEC 157/2003. Trecho da justificação da proposta. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=131896>. Acesso em 15/05/2017.

³⁶ E as centenas de milhares *dúvidas jurídicas* que, neste período, foram apresentadas ao Poder Judiciário.

³⁷ Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u10535.shtml> Acesso em 15/05/2017.

³⁸ Sob a forma denominada, nos debates públicos, como *constituinte exclusiva* ou ainda *miniconstituinte*. Disponível em <https://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/fhc-e-lula-ja-defenderam-constituinte-exclusiva>. Acesso em 15/05/2017.

³⁹ De forma curiosa, o argumento da ingovernabilidade foi exatamente o ponto central do debate público que precedeu a ratificação da Constituição norte-americana de 1787: “Entre os formidáveis obstáculos que a nova Constituição tem de vencer, acha-se em primeira linha o interesse que certa classe de indivíduos de cada província tem de embaraçar qualquer mudança que possa produzir diminuição no poder, consideração e vantagens que a atual administração dos Estados lhes proporcionar...” (MADISON; HAMILTON; JAY, 2003, p. 13).

⁴⁰ O conjunto de regras anônimas e históricas, determinadas no tempo e no espaço, que *definem as condições de exercício da função enunciativa* (FOUCAULT, 2009, p. 43-44). Aqui, portanto, a referência à ingovernabilidade é a referência fundamental que orienta o exercício das funções enunciativas dos termos saneamento, obesidade etc., ou seja, daquilo que deve ser corrigido para ser possível restaurar a governabilidade.

nos problemas econômicos e sociais brasileiros, notadamente em face da instabilidade jurídica que decorreria do excesso de normas. O tema sensível, então, é a questão da governabilidade, o pano de fundo não apenas do discurso proferido e do respectivo debate, mas da própria pretensão de sanear a Constituição de 1988.

Neste compasso, cabe tentar compreender o argumento do *excesso normativo* a partir de um processo de *constitucionalização do mundo com objetivo de garantir direitos*⁴¹, que parece ser perceptível na experiência brasileira. Em suma, essa ideia de constitucionalização do mundo se apresenta como a coluna vertebral da ideia de obesidade constitucional, o critério fundante da tese da obesidade:

Ela tem normas inócuas, dispensáveis, matéria infraconstitucional; tem 2.200 dispositivos; foi feita para atender uma demanda reprimida, em função do regime totalitário. A cultura da época, V. Ex^a. sabe melhor do que ninguém, era a de que só vale o que é constitucional. Colocaram tudo na Constituição, desde o Colégio Pedro II até o tabelamento de juros.⁴²

A tese sugere que o Texto de 1988 foi construído a partir de uma técnica de *acumulação de pretensões normativas*, no intuito de acomodar a maior amplitude possível de interesses, sem, entretanto, promover uma adequada reflexão sobre as complexidades e contingências envolvidas. Em um sentido velado, a tese também sugere que, ao menos na experiência brasileira, não houve um ponto de reflexão social e reajuste do pacto político – sendo necessário positivar na constituição todas as demandas e conflitos sociais. FARIA (1989, p. 21) explica:

Como a ambivalência conceitual, e mesmo funcional, da nova Constituição decorreu da vontade contraditória de um plenário dividido e fragmentário, que fez da aprovação de cada norma uma batalha em torno da retórica e da utopia, do dito e do não dito, do impreciso e do virtual, do calado e do reprimido, do subentendido e da manipulação das palavras extraídas do senso comum, mas usadas com diferentes sentidos jurídico-políticos, e como cada capítulo parece atender interesses de setores específicos da sociedade, que se valeram de redações muitas vezes sibilinas para expressar “juridicamente” o direito constitucional, quando na prática, pretendiam impô-lo e justificá-lo politicamente por meio de uma linguagem que enfatiza os “interesses comuns” ao mesmo tempo que oculta sua vinculação com o poder econômico e político, em princípio ela não terá *validade social* imediata.

⁴¹ Hipótese que assim pode ser descrita: não havendo real consenso político sobre um conteúdo constitucional adequado para a sociedade brasileira, totalizam-se, na Constituição, todas as pretensões minimamente razoáveis. Tal situação, por sua vez, teria fomentado uma explosão da tensão constitucional e da litigiosidade constitucional (VIEIRA 2008, p. 446-447), o que será tratado de em trecho específico neste trabalho.

⁴² Trecho da audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

Há outro problema nesse *ideário positivador-constitucional*, representado pela suposição de que conferir hierarquia constitucional a um tema resolve os conflitos políticos subjacentes, até mesmo por que, conforme bem relatado na transcrição acima, muito do que foi positivado na Constituição não carregava uma pretensão de validade social imediata.

De toda sorte, é evidente que a mera hierarquização constitucional de questões sociais não resolve os conflitos políticos subjacentes, mas apenas desloca o *locus* do debate para o Poder Judiciário⁴³. Nesse sentido, outra motivação deste trabalho é a inquietação de imaginar que o próprio ideário da Jurisdição Constitucional possa ser, em alguma medida, objeto de troca nos acordos e composições políticas historicamente havidos⁴⁴.

Afinal, somos efetivos sujeitos de direito ou meros expectadores em uma *liturgia procedimental que envolve um debate sobre direitos*⁴⁵? Por óbvio, se a grande preocupação do discurso político é encerrar a totalidade das coisas no texto constitucional, a gestão do mundo real passa a ser um mero problema teórico de escalonamento normativo, o que resulta em problemas evidentes.

Há um exemplo pedestre, mas válido, sobre as dimensões teóricas e práticas dos problemas reais: enquanto o corpo de juristas debate sobre o *princípio constitucional da presunção da inocência* (confira-se o HC 126.292 - STF), há 607 mil pessoas presas (41% delas sem condenação com trânsito em julgado), em um sistema carcerário estruturado para receber apenas 308 mil pessoas (taxa de ocupação de 161%)⁴⁶.

⁴³ Justamente a questão conhecida como judicialização da política.

⁴⁴ Seria válido questionar: *temos direitos por causa da Constituição?* “No momento em que se fez a Constituinte ‘dentro’ do Congresso, já era o Estado Novo do PMDB que estava operando. [...] Para que a Constituinte saia desse projeto é uma dificuldade imensa, em primeiro lugar por que o PMDB, junto com o PFL, é hegemônico.” (FAORO, *org.* DIAS, 2008, p. 67).

⁴⁵ Algo que assim poderia ser explicitado: de fato, o sistema de saúde gerenciado pelo poder público é quase uma calamidade social, mas veja-se que, além de uma Ouvidoria do Sistema de Saúde, há um Ministério Público e, também, uma Defensoria Pública, que podem pleitear direitos perante um Poder Judiciário, que por sua vez vai ordenar ao poder público que cumpra as disposições normativas aplicáveis, mas que estariam ocultas à espera de revelação pela Corte Constitucional. Daí, o direito constitucional à saúde fica em segundo plano em relação a toda uma estrutura de interesses e de poder que envolve toda uma composição política e institucional, e carrega os respectivos custos políticos, sociais e pecuniários: órgãos estatais, cargos, funções, títulos etc.

⁴⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Junho/2014*.

Ou seja, ainda que a sociedade (ou o Poder Judiciário) decidisse instantaneamente liberar todas as pessoas presas sem condenação definitiva, ainda restaria uma taxa de ocupação superior ao limite atual das carceragens – um déficit aproximado de 50 mil vagas no sistema carcerário⁴⁷. Por conseguinte, aquela lógica da *mera hierarquização constitucional de questões sociais* se apresenta, no mínimo, superficial.

Resta evidente, então, a relação entre esse primeiro aspecto da tese da obesidade, o *ideário positivador*, e o suposto problema relativo à governabilidade. É necessário prosseguir na investigação, agora para compreender o que pode ser entendido pelo termo *obesidade*.

Tudo o que os militares tinham feito, éramos contra. Depois nos demos conta de vários erros que cometemos, que deram origem às 45 emendas. Quando alguém diz — e o Deputado Michel Temer ouviu isso várias vezes na academia — que, por ser uma Constituição, não pode ser revisada a todo momento, que isso é um absurdo, gostaria de dizer que na realidade o que se está discutindo é uma forma. É como se a pintura tivesse de ser terminada um dia. No caso específico, o processo da democratização no Brasil é um procedimento historicamente condicionado. Em sendo assim, nenhuma geração, por mais excelente que seja, pode condicionar as opções de gerações futuras. Não pode atrelar o País a seus princípios e valores, em face das mutações históricas que se verificam.⁴⁸

Na transcrição acima, o trecho *nenhuma geração, por mais excelente que seja, pode condicionar as opções de gerações futuras*, traduz um importante elemento do interdiscurso (o *não dito* que é parte substancial do discurso) que permeia o debate: a relação entre as *decisões passadas* que estão constitucionalizadas e as *decisões presentes e futuras* que se apresentam necessárias⁴⁹.

Ocorre que, ao considerar a problemática do chamado *condicionamento de gerações* a partir do tema da governabilidade, percebe-se que simplesmente

⁴⁷ O que demonstra que há ações imediatamente necessárias para atacar os problemas que caminham de forma independente ao debate teórico sobre a principiologia constitucional, como, por exemplo: (i) analisar se há outro conjunto de pessoas presas de forma ilegal; (ii) aumentar a disponibilidade de carceragens para atender a demanda já existente; (iii) iniciar um debate mais amplo sobre a sistemática de encarceramento fixada no ordenamento penal vigente etc. Obviamente, não se quer dizer que o debate teórico sobre princípios seja menos (ou mais) importante, mas apenas ressaltar a tautologia de que determinados problemas exigem ações imediatas.

⁴⁸ Trecho do discurso do Ministro Nelson Jobim proferido na audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

⁴⁹ Talvez fosse possível afirmar que tal questão é irrelevante: a principal forma de resolver ambiguidades e anacronismos já estaria prevista, na forma da Jurisdição Constitucional. Cabe lembrar, entretanto, que ainda tem relevo no debate constitucional o problema da *tensão permanente* que se verifica entre democracia e constitucionalismo, “Ou seja, entre a prática de um governo limitado e o ideal de autogoverno pelos cidadãos” (VICTOR, 2015, p. 100).

remeter a questão para a Corte Constitucional, além de não resolver o problema político da governabilidade e (re)organização social, ainda importa em suscitar outras questões.

Ademais, essa ideia de *condicionamento de gerações* também evidencia que a tese da obesidade não trata apenas de um suposto *excesso de palavras*, mas também envolve a rediscussão de premissas anteriormente adotadas, especialmente aquelas premissas relacionadas ao problema político da organização social e da governabilidade.

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.

O Primeiro-Ministro da Espanha, José Zapatero, quando esteve no Brasil, disse o seguinte: “País que não tem instituições adequadas não tem futuro”. As instituições políticas do Brasil estão literalmente desarranjadas.⁵⁰

Não se trata, portanto, de *relegar à lei ordinária matérias que não comportam hierarquia constitucional*, como está inscrito na justificção da PEC 157/2003, mas sim de *reformular os critérios de definição das matérias que podem ostentar hierarquia constitucional*. Em analogia: sob a alegação de obesidade e necessidade de lipoaspiração, a PEC 157/2003 pretende promover uma *laparotomia e toracotomia exploratórias*⁵¹ na Constituição, o que denota um certo caráter de dissimulação no discurso em análise.

De qualquer forma, cabe prosseguir nesse sentido indicado pelo discurso em análise, que veicula a pretensão de rediscutir as premissas fixadas pelo Constituinte em 1988, pretensão que tem suporte na tese de que o desenho institucional-constitucional de 1988 resulta na *impossibilidade de funcionamento do Estado*, que,

⁵⁰ Trecho da audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

⁵¹ Intervenções cirúrgicas extremas, que envolvem incisões abdominal e torácica para verificação visual e táctil dos órgãos abdominais internos do paciente, inclusive com exposição externa dos órgãos para melhor visualização. São procedimentos aplicados, por exemplo, em casos de disparos de arma de fogo, onde é necessário conferir diretamente os danos causados pelo projétil.

impedido de construir *acordos de maioria*, apenas atuaria com a *adoção de medidas heterodoxas geradoras de crises*⁵².

O Executivo gasta toda sua energia em busca da revisão constitucional de Péricles, em medidas provisórias. Apenas 6,7% das iniciativas de leis foram promovidas por nós, o Poder Legislativo; todas as outras pelo Executivo. V. Ex.^a, que preside o Judiciário, sabe melhor do que ninguém que o Judiciário está saturado. Em 1995, julgava 20 mil causas; hoje, julga por volta de 120 mil – corrija-me se eu estiver errado – 3.500 ADINs, o que demonstra que nossa Constituição está rigorosamente obesa, inchada, precisando da lipoaspiração a que V. Ex.^a se referiu.⁵³

De fato, os debates havidos na PEC 157/2003 apresentam um problema sistêmico de governabilidade, no qual o Executivo gastaria todo seu capital político na aprovação de medidas legislativas justamente pela dificuldade de conciliação política. Com efeito, “... *quando o Governo é estabelecido independente da maioria parlamentar do dia, ele precisa providenciar uma maioria de modo a legitimar suas políticas.*” (AMARAL JÚNIOR, 2009, p. 134).

Nesse sentido, se 93% (noventa e três por cento) da iniciativa legislativa é do Poder Executivo, parece razoável concordar com a tese da *impossibilidade de funcionamento* do Governo, e talvez do próprio Estado⁵⁴. E talvez seja esse o ponto fundamental: ao que parece, a ausência de governabilidade formaliza o Estado Brasileiro como uma entidade sazonal no que se refere à sua organização política⁵⁵.

Cabe lembrar, para ficar na história republicana que inicia em 1889, e citando as rupturas político-institucionais de maior amplitude: a Revolução de 1930; o

⁵² Trecho da fala do Deputado Luiz Carlos Santos na audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

⁵³ Trecho da fala do Deputado Luiz Carlos Santos na audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

⁵⁴ Ao menos naquela ideia tradicional de separação de poderes. VICTOR (2015, p. 20) apresenta uma perspectiva inovadora, de compreender a “(...) separação de poderes, como receita de arte política, pode ser manipulada de modos inteligentes, úteis e benéficos, adaptando-se aos diversos contextos e realidades...”. Em relação ao conceito de estado, “Houve, no século XIX um publicista do liberalismo – Bastiat – que se dispôs com a mais sutil ironia a pagar o prêmio de cinquenta mil francos a quem lhe proporcionasse uma definição satisfatória de Estado.” (BONAVIDES, 2016, p. 65). Para resumir o debate, entretanto, compreenda-se o Estado como a aglutinação dos elementos formais e materiais, respectivamente, o poder político e o aspecto humano e geográfico. (*idem*, p. 70).

⁵⁵ Tal qual um rio que desaparece na seca - que mantém alguns traços – povo e território, tal como o rio seco mantém leito e outras propriedades geológicas. Isso para não citar, no período entre 1889 e 1930, diversas outras instabilidades político-sociais de menor impacto nacional, mas que chegaram a envolverem o uso ostensivo força material: a Revolta da Armada; a Revolução Federalista; a Revolução Acreana; a Guerra de Canudos; a Revolta da Vacina; a Revolta da Chibata; a Sedição de Juazeiro, a Guerra do Contestado, dentre outras.

Estado-Novo de 1937; o Regime de 1964; a Transição de 1985 e o Regime Constitucional de 1988⁵⁶. Obviamente, tal organização é simplificada e autoral, mas adequada para fundamentar o argumento da *transitoriedade perene* que parece caracterizar o sistema político brasileiro, um *sistema de rotatividade do regime de organização política*⁵⁷ ao invés de um *sistema de rotatividade de representantes políticos*.

Nessa lógica, não parece haver maiores controvérsias na tese da *impossibilidade de funcionamento* do Governo e do próprio Estado. Enfim, constatando a possibilidade de apresentar distintas interpretações sobre o chamado *papel contramajoritário*⁵⁸ da Jurisdição Constitucional, o capítulo a seguir vai prosseguir na análise sob a premissa de que *nem tudo que pode ser feito com a Constituição é aceitável ou mesmo honorável*⁵⁹ (MENDONÇA, 2009, p. 12).

1.2.2. Governabilidade e coalizões políticas

O problema da governabilidade envolve uma questão importante: é possível supor que, sem as adequadas condições de governo, um estado não funcione? De fato, talvez seja controversa a ideia de que um estado poderia (ou não) funcionar, na estrita conformação do termo: se o estado existe no plano da existência, assim ocorre por que seus elementos se mantêm, e, portanto, o estado estaria “funcionando”.

Entretanto, não parece adequado resumir a análise ao âmbito formal/empírico do plano da existência do Estado, já que é óbvia a importância da análise sob um

⁵⁶ Isso para não citar, no período entre 1889 e 1930, diversas outras instabilidades político-sociais de menor impacto nacional, mas que chegaram a envolverem o uso ostensivo força material: a Revolta da Armada; a Revolução Federalista; a Revolução Acreana; a Guerra de Canudos; a Revolta da Vacina; a Revolta da Chibata; a Sedição de Juazeiro, a Guerra do Contestado, dentre outras.

⁵⁷ Que se “renova”, em média, a cada 21 anos. Aliás, do ponto de vista estritamente político, este é um problema extraordinário: aparentemente, tem-se um sistema que favorece a manutenção do agente político subjetivado em detrimento da estabilidade do sistema político.

⁵⁸ Esse papel contramajoritário representa um paradoxo na teoria constitucional: “É, pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o *paradoxo do constitucionalismo* (...), a existência-exigência de uma regra contramajoritária (...)” (STRECK, 2014-a, p. 84).

⁵⁹ É possível compreender o desenvolvimento histórico dos Estados Unidos da América, no período pós-independência, orientado para a construção de um sistema constitucional que pretendia limitar as legislaturas por que teriam atuado contrariamente aos interesses da burguesia dominante. Ou seja: a democracia deveria ser limitada por que estava, naquele contexto, afrontando os interesses de uma *aristocracia abastada*. “O Governador Morris queria um Senado de abastados aristocratas para “reprimir a turbulência da democracia (...)” (EKIRCH JR., *apud* POLI, 2012, p. 8). Tal perspectiva explicaria, por exemplo, o sistema eleitoral para a presidência da república norte-americana, formatado pela eleição indireta que se dá por meio de um colégio eleitoral e que possibilita que o candidato mais votado pelos cidadãos não seja eleito ao cargo.

espectro material/substancial – o que por sua vez exige um pensar funcionalista: o Estado existe para quê?

Dito de outra forma: é possível supor que o plano da existência não seja suficiente para suportar a afirmação que um Estado exista (e funcione)? Assim, aquele eventual equívoco no desenho institucional-constitucional – que se apresenta como o elemento de *formação discursiva* da tese da obesidade e fundamenta a pretensão de reforma – passa a ter importância fundamental em todo o debate. Conforme MOUFFE (1994, p. 4), a

(...) ausência de elaboração satisfatória dos "princípios políticos" da democracia representativa não pode deixar de acarretar consequências nefastas para o regime liberal democrático. Na medida em que suas instituições são percebidas como simples técnicas instrumentais para a escolha de governantes, é pouco provável que pudessem ser asseguradas com um tipo de adesão popular que garantisse uma efetiva participação na vida democrática. O que falta em tais condições é aquela "virtude política" que Montesquieu considerava indispensável à democracia e que identificava com o "amor às leis e à pátria".

Ou seja, não se trata de formalizar instituições no mundo empírico, *que tão somente existem*, mas de garantir um coeficiente mínimo de participação na vida democrática. Afinal, discursos e argumentos, "...malgrado soem convincentes, bonitos e poderosos, somente ganham o seu devido valor se forem afirmados por uma prática que os justifique." (BENVINDO, 2014, p. 83).

No âmbito deste estudo, se confirmada a hipótese que norteia os debates na PEC 157/2003, o texto da Constituição, *sob a bandeira de promover direitos*, também formalizaria um grau de interdição do sistema político que deveria *implantar e executar as políticas públicas* necessárias à materialização dos direitos constitucionalmente previstos. Nesta situação, portanto, é razoável a pretensão de debater o texto da Constituição a partir das diferenças percebidas entre o *sujeito da enunciação* e o *sujeito do enunciado* naquilo que tange à Constituição enquanto lugar da fala e enquanto lugar de quem se fala⁶⁰.

⁶⁰ Ao falar sobre a democracia liberal, MOUFFE (1994, p. 1) explica sobre a diferença entre o *sujeito do enunciado* e o *sujeito da enunciação*: "O significante 'democracia' funciona agora como horizonte imaginário no qual se inscrevem reivindicações extremamente díspares e o consenso para o qual aparentemente aponta pode muito bem ser uma ilusão." Daí, tome-se, analogicamente, que o significante "constituição" talvez também esteja sendo veiculado numa perspectiva imaginária, um *enunciado* que está sendo distorcido, voluntária ou involuntariamente, por quem está enunciando.

Tal situação demanda enfrentar, no universo do Direito Constitucional, o problema do funcionamento do Estado brasileiro no que toca ao elemento político do Estado⁶¹. Assim, veja-se que a problemática da (in)governabilidade fora alertada no próprio ano de promulgação do Texto de 1988, quando foi cunhado o termo *presidencialismo de coalizão*, denominação atribuída à peculiaridade institucional que apresenta o Brasil como único país que combina *a proporcionalidade, o multipartidarismo e o dito “presidencialismo imperial” para organizar o Executivo com base em grandes coalizões*. (ABRANCHES, 1988, p. 21).

O trabalho de ABRANCHES é curiosamente atemporal, especialmente na descrição sobre o *pluralismo de valores* que caracterizaria o espaço público brasileiro, tanto no que se refere aos *objetivos, papel e atribuições do Estado*, quanto em uma diversidade *extremamente diferenciada* em relação às *demandas e expectativas em relação às ações do setor público*. Tal situação importaria “(...) na acumulação de privilégios, no desequilíbrio permanente entre as fontes de receita e as pautas de gasto, bem como no intenso conflito sobre as prioridades e as orientações do gasto público.” (ABRANCHES, 1988, p. 6).

A partir de uma comparação de sistemas eleitorais e de governo de 17 países, o trabalho de ABRANCHES também se apresenta desconcertante pela assertividade: por exemplo, a partir da constatação da singularidade brasileira do presidencialismo de coalizão – aquele autor explica o problema fundamental desse presidencialismo:

É um sistema caracterizado pela instabilidade, de alto risco e cuja sustentação baseia-se, quase exclusivamente, no desempenho corrente do governo e na sua disposição de respeitar estritamente os pontos ideológicos ou programáticos considerados inegociáveis, os quais nem sempre são explícita e coerentemente fixados na fase de formação da coalizão. (ABRANCHES, 1988, p. 27).

Ou seja: a conformação institucional-constitucional brasileira formaria um sistema de governo intrinsecamente instável, que demandaria *mecanismos e procedimentos institucionais complementares ao arcabouço representativo da liberal-democracia* (ABRANCHES, 1988, p. 27), o que representa um problema de grandeza considerável, já que a instabilidade desse sistema atinge diretamente a

⁶¹ SCHIER (2017, p. 14) declara ter reconhecido, “com assombro”, que a doutrina jurídica muito produz sobre teoria, jurisdição e hermenêutica constitucionais, direitos fundamentais etc., mas são raros os trabalhos jurídicos sobre o Poder Legislativo, e ainda, mais raros sobre o Poder Executivo.

Presidência, pela dificuldade de promover uma *recomposição de forças por meio da reforma do gabinete* sem enfraquecimento da *base de sustentação da coalizão governante* (*idem*, p. 30).

Sobre aqueles *mecanismos complementares ao arcabouço representativo da liberal-democracia*, ABRANCHES (1988, p. 31) cita alguns elementos formais, como o Poder Moderador do Império, até fatores empíricos, como a chamada *política de governadores* de Campos Salles, ressaltando a opção estadunidense, onde a “Suprema Corte tem poderes que lhe permitem intervir nos conflitos constitucionais entre Executivo e Legislativo”.

Todo o exposto permitiria a conclusão de que a situação brasileira envolve peremptoriamente uma “insuficiência e inadequação do quadro institucional do Estado para resolução de conflitos e inexistência de mecanismos institucionais para a manutenção do equilíbrio constitucional” (ABRANCHES, 1988, p. 32). Dito de outra forma: em alguma medida, o modelo constitucional-institucional formalizado pela Constituição de 1988 incentivaria conflitos em relação à governabilidade⁶².

Percebe-se, nessa via, que os debates havidos na PEC 157/2003 (o problema da ingovernabilidade, a excessiva judicialização, inclusive da política pública⁶³ etc.), não apresentam uma situação especial e extraordinária, mas representam, de fato, um assunto perene na experiência brasileira. Bem verdade, parece que a organização social brasileira é absolutamente incapaz de resolver problemas estruturais.

Apenas a título de exemplo, veja-se a discussão atual sobre judicialização da política e reforma previdenciária, e lembre-se de discurso proferido por Carlos Lacerda em 1954 (*apud* MENDONÇA, 2002, p. 169), no qual declarava a necessidade de realizar uma *reforma judiciária*, “(...) para garantir a efetiva aplicação

⁶² Neste ponto seria possível suscitar discordância. Ora, tal como a Suprema Corte norte-americana, o Supremo Tribunal Federal também é constitucionalmente legitimado para intervir nos conflitos institucionais, o que fragilizaria o raciocínio de ABRANCHES (1988). Entretanto, relembre-se que este trabalho trata justamente das especificidades do caso brasileiro – particularmente a relação entre a dimensão de existência e uma dimensão funcionalista do estado e das instituições.

⁶³ Parece razoável compreender a expressão *judicialização da política pública* como sendo a lógica jurídica-instrumental que possibilita ao Poder Judiciário adentrar no mérito da política pública sob o argumento do restabelecimento da ordem social, com a finalidade de concretizar um sistema de valores, e, adentrando naquele mérito, sobrepujar as escolhas e/ou omissões do legislador/administrador para impor as escolhas do Juízo – o que obviamente tem relação com a temática das prioridades do gasto público.

da justiça e da responsabilidade aos juízes (...)” e também uma reforma da previdência, “(...) de modo a garantir efetivos benefícios, livrando os institutos da falência em que se encontram (...)”. Passados 63 anos, a sociedade brasileira ainda discute sobre tais reformas judiciária e previdenciária, sem apresentar, aparentemente, grandes avanços nos temas.

De uma forma mais contundente, MOUFFE (1994, p. 4) expressa preocupação com aquilo que chamou de *desmoronamento da vida democrática*:

O desmoronamento da vida democrática e a crescente descrença na ação política que constatamos atualmente é sem dúvida o preço que pagamos por termos negligenciado o domínio da reflexão ética e filosófica sobre a democracia, e por termos dado algum crédito à pretensa neutralidade da ciência política.

É justamente essa negligência em relação à complexidade dos significantes, nos domínios da política e do constitucionalismo, que permitiu ABRANCHES (1994, p. 9) construir assertivas *premonitórias*: “Os riscos de crises institucionais cíclicas permanecem altos e praticamente inevitáveis.”⁶⁴. Aparentemente, o fio condutor da história institucional brasileira, aquilo que marcaria o *romance em cadeia* histórico⁶⁵, seria justamente a instabilidade e a precariedade dos modelos de organização e composição políticos e jurídicos, sempre vacilantes e transitórios – inclusive após o desenho institucional-constitucional do Texto de 1988.

Basta lembrar a similitude política dos escândalos conhecidos como *anões do orçamento* (1990) e *mensalão* (2006), ambos envolvendo o que seria a legítima relação parlamentar de troca⁶⁶ a contraprestações pecuniárias ilegais oriundas de esquemas fraudulentos. Ao que tudo indica, a experiência brasileira formatou um sistema de trocas, que envolve ilícitos pecuniários, como um daqueles citados *mecanismos e procedimentos institucionais complementares ao arcabouço representativo da liberal-democracia* de que falava ABRANCHES (1988, p. 27).

⁶⁴ Lembrando do argumento da *transitoriedade perene do sistema político*, “renovado” em média a cada 21 anos (vide nota 45), há uma ironia ínsita ao caráter premonitório da tese de ABRANCHES (1988) em relação à instabilidade política que marcou o início do segundo mandato da Presidente Dilma Rousseff e culminou no *impeachment* de 2016. Nessa via, é possível afirmar que o *iceberg* não estava escondido no nevoeiro de uma noite opaca, mas estava – e ainda está – bem à frente da proa, à vista de todos.

⁶⁵ Alude-se, de forma irônica, ao conceito de integridade em Ronald Dworkin, entendido como uma estrutura de linguagem estruturada sob a forma teórica de um romance em cadeia, onde os novos capítulos são inéditos, mas devem respeitar uma estrutura racional pré-estabelecida (DWORKIN, 2014, p. 276).

⁶⁶ Adota-se aqui a perspectiva de que a política, entre nós, é entendida pelos seus participantes como relações de troca (ABREU, 2005, p. 330).

Por um lado, talvez seja “injusto” imputar à Constituição a responsabilidade pela corrupção que apeou os Presidentes Fernando Collor em 1992 e Dilma Rousseff em 2016. Mantém-se válido, entretanto, o argumento de fundo de que a Constituição de 1988 formara um modelo de governo intrinsecamente instável, porquanto fundado em um sistema político hiperfragmentado em termos de organização partidária, baseado, portanto, na formação de *grandes coalizões*.

Como resta empiricamente demonstrado na realidade brasileira, a gestão política baseada em *grandes coalizões* demanda concessões *parte a parte* de interesses⁶⁷ – o que apresenta não apenas óbvias relações com a questão da governabilidade mas também vai impactar no fenômeno da corrupção⁶⁸. Lembrando que a tese de ABRANCHES sobre o presidencialismo de coalizão está fundada em três pilares (proporcionalidade, multipartidarismo e o dito “presidencialismo imperial”), e que todos esses temas têm estatura constitucional, parece indiscutível que a Constituição de 1988 tem alguma responsabilidade em relação à conturbada estrutura política da experiência brasileira, inclusive em relação à corrupção.

Aliás, a partir da análise de ABRANCHES (1988) que vincula a ideia de governabilidade a um universo partidário menos fragmentado, e lembrando que o STF declarou a inconstitucionalidade de lei cujos efeitos reduziriam o número de partidos⁶⁹, atesta-se que há uma parcela de responsabilidade sobre a ingovernabilidade institucional da experiência brasileira que deriva de decisões do Poder Judiciário.

Tal constatação apenas reforça uma assertiva já inscrita neste trabalho: transferir o debate político para a Jurisdição Constitucional não anula o caráter político do debate⁷⁰. É necessário reconhecer que problemática relação entre a Ordem Constitucional de 1988 e a estabilidade do sistema político apresenta-se

⁶⁷ Conforme ABRANCHES (1988, p. 29), essa relação de negociações *parte a parte* decorre da fragilidade das lideranças – que por sua vez tem íntima ligação com o problema da hiperfragmentação partidária: “Expandem-se o espaço da competição, rompendo os limites da tolerância, e reduz-se a autonomia das lideranças (...). A superação negociada dos conflitos torna-se cada vez mais difícil, porque a polarização amplia desmesuradamente as concessões necessárias de parte a parte interessadas.”

⁶⁸ Há diversas formas de entender ou conceituar a corrupção, mas haveria um ponto comum, caracterizado por uma oposição fundamental entre os deveres, o cargo ou o interesse público e a busca de interesses ou recompensas consideradas, de alguma forma, ilegítimas (ABREU, 1996, p. 315).

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1351. DJe de 29/06/2007.

⁷⁰ Da mesma forma, a mera autoridade da decisão judicial proferida não resolve o conflito social subjacente.

como uma constante histórica da experiência brasileira. O relato de VICTOR (2015-a, p. 142) é pertinente:

Um país que adota uma nova Constituição buscando inserir-se no mundo democrático e, em menos de 20 anos, passa por crises políticas como o impeachment de um presidente e a paralisia de todo o país durante alguns meses, em razão de um escândalo de corrupção que se conecta inevitavelmente ao sistema de governo em vigor, não pode considerar ter construído um sistema estável.

Apesar da absoluta adequação ao momento histórico vivenciado neste ano de 2017, a transcrição acima não trata do impeachment da Presidente Dilma Rousseff, nem do “escândalo do petrolão”, e nem da paralisia que afetou o país a partir do ano de 2015 até o final do processo de impeachment em 2016. Na verdade, a transcrição acima faz referência ao *impeachment* de Fernando Collor e do *escândalo do mensalão*.

Em 28 anos de vigência da Constituição de 1988, o país experimentou duas crises institucionais de tamanha gravidade que culminaram com a interrupção de dois mandatos presidenciais⁷¹. De qualquer forma, em ABRANCHES (1994, p. 9) há ainda outro alerta, mais específico em relação ao debate agora realizado pela PEC 157/2003, e que trata, especificamente, de perceber que o problema da (in)governabilidade demanda “(...) soluções de curto prazo - para o período de trabalho constituinte - e de longo prazo, através de inovações constitucionais, de responsabilidade da Assembleia Nacional Constituinte.”

Nesta via, ao falar sobre a proposta de *diálogo institucional*⁷², BENVINDO (2014, p. 74) reforça essa perspectiva de necessidade de manter um contínuo *rearranjo argumentativo* entre as relações entre os poderes, de modo “...a não desestabilizar institucionalmente nossa democracia.”. Assim, a questão da estabilidade política e, por consequência, da estabilidade institucional e social é absolutamente conhecida e debatida. A questão da obesidade surge, entretanto,

⁷¹ E não há dúvidas, para quem acompanha o sistema político, que apenas no período posterior a 1988 houve diversas outras crises de gravidade semelhante e que poderiam ter gerado instabilidade de maior amplitude social. E, sobre estabilidade política, também haveria muito a ser dito sobre o período anterior a 1988.

⁷² Por diálogo institucional compreenda-se uma das formas possíveis de analisar a relação entre os poderes democráticos, em especial “o diálogo institucional travado entre os poderes Legislativo e Judiciário sobre a interpretação constitucional como uma alternativa com ótimo potencial para sobrepor-se tanto à supremacia judicial quanto à noção de soberania do parlamento (VICTOR, 2015, p. 21).

como uma distinta perspectiva para analisar comp a sociedade brasileira pode lidar com tais questões.

1.3. Um diagnóstico de obesidade

A relação entre o direito e a política pode nos dizer algo a respeito da nossa identidade social? (ABREU, 2016, p. 139)

A princípio, seria possível supor a tese da obesidade como um suposto problema de *excesso de palavras*. Nesse sentido, é relativamente comum constatar uma comparação direta entre o Texto de 1988 e a Constituição Americana, especialmente a longevidade do texto constitucional norte-americano. A comparação ainda envolve o fato de que, nos respectivos originais, o texto formal⁷³ da Constituição Americana estava contido em 7 artigos e 10 emendas⁷⁴, enquanto a Constituição de 1988 apresentou 460 artigos⁷⁵. É necessário, entretanto, rever o alerta de BOURDIEU (1989) sobre as dificuldades da análise relacional, especialmente no que se refere à apreensão dos diversos espaços sociais: “Se é verdade que o real é relacional, pode acontecer que eu nada saiba de uma instituição acerca da qual eu julgo tudo saber, porque ela nada é fora das suas relações com o todo” (BOURDIEU, *op. cit.*, p. 31).

Ora, a comparação direta entre os textos estadunidense e pátrio apenas é possível a partir de uma descontextualização e des-historização das respectivas realidades. E não se trata apenas de reconhecer a diversidade da realidade norte-americana do século XVIII em face da realidade brasileira na década de 1980, mas também de constatar que, nas experiências norte-americana e brasileira, sequer as ideias sobre constituição e constitucionalismo podem dialogar sem um considerável esforço de *ajuste etnográfico*.

⁷³ Diz-se formal porque há um consenso razoável sobre o fato de que a norma fundante estaduniense não está resumida no texto constitucional, conclusão que decorre até pela construção jurisprudencial sobre o controle de constitucionalidade, no caso *Madison v. Marbury*.

⁷⁴ Durante os debates para a ratificação da Constituição, os Estados americanos demandaram uma “carta de direitos” para limitar o poder da autoridade central e garantir direitos e liberdades individuais. Aliás, parece correto afirmar que a ratificação da Constituição foi realizada sob a condição da posterior aprovação de garantias às liberdades individuais. A Constituição foi aprovada em 25/05/1787 e foi ratificada em New Hampshire, em 21/06/1788, quando passou a vigorar como Texto Vinculante. A Carta de Direitos foi aprovada em 25/09/1789. Disponível em <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution.html>. Acesso em 03/10/2016.

⁷⁵ Na audiência pública havida na PEC 157/2003 há o relato da *solução dos incisos*, ou seja, método de redação utilizado na Assembleia Constituinte para reduzir os 460 artigos originais do texto constitucional, que foram transformados em incisos.

Quando damos o exemplo da Constituição americana, há quem diga que ela foi elaborada no século XVIII e até hoje vigora. Vejam o que era a Constituição americana: a mera divisão de poderes políticos entre as colônias. Ponto. Depois vieram as emendas, criando a Bill of Rights etc. Posteriormente vieram mais de 50 volumes das decisões da Suprema Corte americana implantando o texto constitucional. Querem conhecer a Constituição americana? Açam que lendo o texto dela vão entendê-la? Vão ler e não vão entender nada. Isso é um processo que se criou, vejam bem, de um conflito político entre Marshall, Presidente da Suprema Corte americana, com o Governo Jefferson. E quem era Marshall? Marshall havia sido o Secretário de Estado do Presidente John Adams, que, no final do seu Governo, nomeou Marshall Presidente da Suprema Corte.⁷⁶

Ademais, as menções feitas ao caráter sintético do Texto Norte-americano geralmente olvidam que a respectiva estrutura e linguagem são bastante distintas daquelas que são comuns entre nós – bastando conferir que, naquele texto, os artigos são divididos em seções, e que cada seção comporta inúmeros comandos normativos específicos⁷⁷.

De toda sorte, o discurso havido no âmbito da PEC 157/2003 evidencia que a temática central dos debates havidos trata de um problema que não se caracteriza como um *excesso de palavras*. A temática, de fato, trata de rediscutir e repactuar premissas adotadas na Constituição de 1988, relativas aos sistemas eleitoral, partidário, tributário, financeiro, bem como questões de finanças públicas, organização e competências das unidades da federação⁷⁸, fato que revela tanto o

⁷⁶ Trecho do discurso do Ministro Nelson Jobim na audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

⁷⁷ Confira-se a terceira das dez seções que compõe o art. 1º da Constituição dos EUA: O Senado dos Estados Unidos será composto de dois senadores de cada Estado, escolhidos para um período de seis anos, e cada senador terá um voto. Imediatamente após a reunião do Senado, em consequência da primeira eleição, os senadores serão divididos em três classes tão iguais quanto possível. As cadeiras dos senadores da primeira classe deverão vagar no término do Segundo ano; as da segunda classe, ao expirar o quarto ano; e as da Terceira classe, no fim do sexto ano, de modo que um terço do Senado seja renovado em cada dois anos; e caso ocorra vaga por renúncia, ou qualquer outra causa, durante o recesso da legislatura de qualquer Estado, o poder executivo desse Estado poderá proceder a nomeações temporárias, até à reunião seguinte da legislatura, a qual então preencherá a vaga. Não poderá ser um senador ninguém que não tenha cumprido a idade de 30 anos, e não seja por nove anos um cidadão dos Estados Unidos, e não esteja, quando eleito, residindo no Estado pelo qual será escolhido. O Vice-Presidente dos Estados Unidos será o presidente do Senado, mas não poderá votar, exceto em caso de divisão igual dos votos. O Senado escolherá os seus outros oficiais, e também um presidente pro tempore, na ausência do vice-presidente, ou quando este for chamado a exercer as funções de Presidente dos Estados Unidos. Apenas o Senado terá o poder de julgar todos os impeachments. Quando se reunir para tal propósito, os senadores deverão estar sob juramento ou afirmação. Quando estiver em julgamento o Presidente dos Estados Unidos, presidirá a reunião o chefe da justiça; e ninguém será declarado culpado sem a concorrência de dois terços dos membros presentes. A pena em casos de impeachment não abrangerá mais do que a remoção do cargo e desqualificação para exercer todos os cargos de honra, confiança ou assalariados sob autoridade dos Estados Unidos; mas a parte declarada culpada poderá, contudo, ser passível de indiciamento, julgamento, sentença e punição, conforme a lei. Tradução livre. Disponível em http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html. Acesso em 03/10/2016.

⁷⁸ Vide nota 34.

elemento histórico quanto o caráter ideológico do tema que se encontram de certa forma encobertos – justamente aquilo que se busca identificar com o método da análise do discurso.

Afinal, se é possível ou mesmo desejável que o sistema político reorganize a formatação institucional-constitucional brasileira, tal reforma política não deve ser debatida no contexto sub-reptício de que a Constituição de 1988 teria *normas em excesso*. É evidente que o modelo institucional-constitucional (certo ou errado) não se apresenta, *per se*, como “norma em excesso” na Constituição.

Não restam dúvidas, portanto, de que o discurso em análise ultrapassou aquela ideia de obesidade enquanto *excesso de palavras*, para incluir, ainda que de forma velada, uma pretensão que jamais poderia ser introjetada nas ideias de obesidade, saneamento e lipoaspiração (constitucionais). Os debates havidos no âmbito da PEC 157/2003, portanto, não tratam de uma intervenção meramente conjuntural/estética, mas de fato apresentam a intenção de retificar premissas estruturais/substantivas determinadas pelo Constituinte em 1988.

Dito de forma mais explícita: não se trata apenas de obesidade (e saneamento), mas sim de suposto erro (e retificação), o que demanda analisar outros temas, em especial os limites do Poder de Reforma⁷⁹. Como é sabido, o Texto de 1988 formalizou duas situações para alteração da Constituição: a via da emenda constitucional e a via da revisão constitucional única⁸⁰. Nesse contexto, parece haver importantes questões sobre a constitucionalidade da PEC 157/2003⁸¹.

Entretanto, cabe lembrar que o objetivo aqui não envolve debater os eventuais vícios de constitucionalidade daquela proposta de emenda, mas sim analisar a interlocução entre as linguagens política e jurídica na construção do texto da norma. Assim, analisar a eventual inconstitucionalidade da PEC 157/2003 é tema relevante,

⁷⁹ Como é cediço, a teoria constitucional prevê o poder de reforma em uma perspectiva deveras limitada, no sentido de garantir um considerável espectro de imutabilidade do Texto Constitucional, “(...) uma certa estabilidade ou permanência que traduz até certo ponto o grau de certeza e solidez jurídica das instituições num determinado ordenamento estatal.” (BONAVIDES, 2015, p. 200)

⁸⁰ Previstos, respectivamente, no art. 60 e art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Texto de 1988. Este último, porquanto já realizado, encontra-se exaurido.

⁸¹ Sob a ótica da divisão do poder constituinte em formal e material, MIRANDA (2002, p. 357) explica que este último trata de uma conformação do estado “segundo uma ideia de Direito”. Nessa via, parece razoável afirmar que a PEC 157/2003 volta-se a alterar a conformação de estado prevista Constituinte em 1988, o que, aparentemente, ultrapassaria os limites do poder de reforma constitucional, e exigiria a declaração de inconstitucionalidade da PEC 157/2003.

mas inadequado no âmbito deste estudo, sendo fundamental compreender que a eventual declaração de inconstitucionalidade da PEC 157/2003 não responde todas as perguntas e, portanto, não pode obliterar o debate sobre outras questões relevantes.

Basta atentar para o fato de que é absolutamente possível que a PEC 157/2003 seja inconstitucional, e ainda assim a Constituição de 1988 demande tanto saneamento quanto retificação. Aliás, em ABRANCHES (1988) já constava o alerta sobre a necessidade de manter um sistema de *inovações constitucionais* que pudesse apresentar soluções constantes para o problema da governabilidade. É necessário, portanto, compreender que as dimensões formais do debate sobre o constitucionalismo não devem obscurecer outras dimensões do debate:

Agora, quero lembrar o seguinte: o fato de se precisar estar sempre afirmando que determinadas áreas são cláusulas pétreas significa, pura e simplesmente, que, para reformar a Constituição, é necessário um golpe de estado. Se são pétreas e se é necessário o Constituinte Originário para fazer isso, só um golpe de Estado resolveria.⁸²

Ora, se os modelos e premissas adotados na Constituição dificultam sobremaneira a construção e manutenção de maiorias que possam garantir uma governabilidade adequada nos diversos âmbitos da vida social (eleitoral, tributário, financeiro etc.) – tem-se um modelo institucional-constitucional que fragiliza as estruturas políticas e formata uma situação de instabilidade perene do Estado⁸³, o que obviamente vai refletir nos comportamentos e expectativas da sociedade em geral⁸⁴.

Resta evidente, então, que a PEC 157/2003 envolve uma problemática muito maior do que um suposto excesso de linguagem, mas envolve, fundamentalmente, um problema relativo ao cumprimento de regras de conduta, acordos sociais e normas jurídicas.

⁸² Trecho da fala do Ministro Nelson Jobim na audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

⁸³ De fato, é mero truísmo afirmar que a experiência histórica brasileira, antes ou depois da Constituição de 1988, não se apresenta como um exemplo razoável de estabilidade, questão que não pode ser minimizada, já que, ao menos em termos históricos, a instabilidade política normalmente atua como catalizador de conflitos cuja eventual escalada à violência pode se tornar irreversível.

⁸⁴ Na carência de estruturas políticas mais robustas (*e.g.*, partidos políticos com plataformas políticas bem definidas), tem-se um sistema cujo valor está na individualidade do agente político – o que, via de regra, reduz o espaço de plataformas e projetos políticos a meros *slogans* e bravatas, do tipo “caçador de marajás” ou “pai dos pobres”, que são então absorvidos e reinterpretados pela sociedade em algo do tipo “rouba, mas faz”.

Isto posto, parece que a *história da obesidade* – a partir do discurso proferido na PEC 157/2003 – aparentemente está *mal contada*. É necessário, então, prosseguir na análise do discurso proferido na audiência pública havida na PEC 158/2003, no sentido de tentar compreender o caminho percorrido entre aquilo que nasce como uma disposição social e política até seu *destino normativo-constitucional*.

2. DO POLÍTICO AO JURÍDICO

Mas certamente para esta época que prefere a imagem à coisa, a cópia ao original, a fantasia à realidade, a aparência à essência (...) Sim, esta sacralidade aumenta na mesma proporção em que a verdade diminui e a ilusão aumenta, de forma que o que é o mais alto grau de ilusão é também o mais alto grau de sacralidade. (FEUERBACH, 2017, p. 25).

Tentou-se, no capítulo anterior, apresentar os contornos daquilo que foi denominado de tese da obesidade constitucional: como se apresenta, quais seus elementos discursivos etc., no sentido de revelar alguns aspectos talvez negligenciados no debate. Foram identificadas diversas questões, mas duas aparecem mais sensíveis: a questão da governabilidade como elemento de formação discursiva da tese, e o problema do condicionamento das gerações futuras como elemento de interdiscurso que se constata no debate sobre a PEC 157/2003.

Tais questões suscitam outras e novas perguntas. Qual seria, especificamente, a relação entre o problema da governabilidade e o suposto *excesso normativo*? Se a proposta do constitucionalismo trata justamente de preestabelecer direitos e garantias, como criticar a Constituição de 1988 a partir daquele argumento sobre o *condicionamento geracional*? A intenção deste segundo capítulo é enfrentar tais questões, lembrando aquela interação metodológica sucessiva entre discurso e análise, que também está presente neste capítulo, buscando avançar na complexidade do discurso proferido e apresentar as respectivas perspectivas analíticas.

O ponto de partida é a relação problema/hipótese desta pesquisa, que estabelece a afirmação de que a Constituição de 1988 teria sido formulada a partir de critérios que polarizam o sistema jurídico *contra* o sistema político no sentido de interditar o debate no sistema político pela força do *argumento constitucional*. Em tese, não há nenhuma crítica a ser feita: preestabelecer direitos e garantias, retirando determinadas questões da esfera do debate político, parece ser justamente um dos objetivos centrais do constitucionalismo⁸⁵.

Várias questões, entretanto, restam controvertidas. Primeiro, a própria suposição de que remeter um tema ao sistema jurídico o retira do debate político, ou

⁸⁵ BONAVIDES (2015, p. 33) relata o conceito clássico, liberal, do Direito Constitucional, de caráter funcionalista, para determinar a forma de estado, de governo, e o reconhecimento de direitos individuais.

sequer retira o caráter político daquele debate, mesmo quando o debate é realizado pela Corte Constitucional. Ademais, também há um problema de gradação, o *volume* daquilo que se pretende manter fora do debate político.

Envolve, portanto, aquele citado *processo de constitucionalização do mundo* (que marcaria a experiência brasileira, ao menos a partir de 1988), cuja fórmula básica assim poderia ser descrita: não havendo consenso político, *terceirize-se* o tema para a Jurisdição Constitucional⁸⁶. Os debates havidos no âmbito da PEC 157/2003 sugerem que a Constituição de 1988 representaria, também, um acúmulo de pretensões normativas a partir da perspectiva de que *só vale o que é constitucional*. Nesta conjuntura, a Constituição teria

(...) normas inócuas, dispensáveis, matéria infraconstitucional; tem 2.200 dispositivos; foi feita para atender uma demanda reprimida, em função do regime totalitário. A cultura da época, V.Ex.^a sabe melhor do que ninguém, era a de que só vale o que é constitucional. Colocaram tudo na Constituição, desde o Colégio Pedro II até o tabelamento de juros.⁸⁷

Apresenta-se, enfim, a ligação entre o problema da governabilidade e a tese da obesidade constitucional. Afinal, se está correto que o sistema institucional-constitucional desfavorece a construção e a manutenção de maiorias parlamentares mais sólidas, as maiorias existentes serão obrigatoriamente fragilizadas e transitórias⁸⁸. Por sua vez, tais maiorias fragilizadas apresentar-se-ão menos capazes para impor os custos das opções políticas estabelecidas, já que é evidente que formalizar opções políticas importa em afrontar os interesses contrários à opção estabelecida⁸⁹.

Num exemplo: em sua primeira parte, a redação original do §3º do art. 192 da Constituição estabelecia a limitação dos juros a 12% ao ano; a sua segunda parte,

⁸⁶ Nesse contexto, alguns temas seriam constitucionalizados não exatamente a partir uma pretensão racional de hierarquização jurídica orientada à criação de uma regra de conduta específica. Tal situação, por sua vez, tem óbvias consequências sobre a ideia de conduta conforme a regra que deveria ser observada pelo corpo social.

⁸⁷ Trecho da fala do Deputado Luiz Carlos Santos, autor da PEC 157/2003, no debate havido na audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

⁸⁸ Exatamente o argumento de ABRANCHES (1998).

⁸⁹ Veja-se o brocardo popular “optar é excluir”: a despeito do debate filosófico sobre a expressão – que envolve perspectivas idealistas *versus* materialistas (que dá ênfase, respectivamente, aos benefícios daquilo pelo que se optou ou aos benefícios eventuais daquilo que foi excluído), cabe compreender que o grupo cujos interesses foram excluídos (pela opção realizada) deve arcar com custos não-desejados – já que tais custos são desejados – ou ao menos aceitos – pelo grupo cujos interesses foram acolhidos. Por exemplo: para incluir grupos sociais historicamente excluídos do sistema previdenciário (os rurais, por exemplo), aumentem-se as fontes de receitas pela instituição de novos tributos.

entretanto, anulava o comando anterior a partir da exigência de complementação pela *via legal regulamentadora*⁹⁰. Assim, neste contexto de fragilidade política, a obesidade normativa surge como um tipo de “técnica legislativa”, que busca acumular pretensões normativas de modo a conciliar ou harmonizar todos os interesses em voga. O discurso havido na PEC 157/2003 apresenta uma versão desta hipótese:

Eu me lembro de que na Assembleia Constituinte — costume repetir isso — a Esquerda queria um texto sobre o repouso semanal remunerado. Queriam o seguinte: “Repouso semanal remunerado obrigatoriamente aos domingos”. O chamado Centrão, à época liderado por Luiz Roberto Ponte, um de seus ideólogos, hoje Secretário do Governador Rigotto, no Rio Grande do Sul, propôs um texto assim: “Repouso semanal remunerado nos termos de convenção coletiva”. Nem a esquerda sindicalista nem o Centrão tinham maioria para votar o texto. Como havíamos decidido constitucionalizar direitos trabalhistas — é o art. 7º —, não podíamos escrever um texto na Constituição que não tivesse previsão sobre o repouso semanal. Coube a mim, por determinação de Ulysses, tentar negociar com ambos. Conversei com a esquerda sindicalista. Ela sabia que não tinha maioria para aprovar o texto. O Centrão também não tinha maioria. Acertamos, na época, com os líderes do Partido dos Trabalhadores que conduziam esse assunto — “Há uma coisa da qual não abrimos mão, que é um ícone para a Esquerda: a palavra “domingo”. A Direita disse: “Não! Não queremos saber de obrigatoriedade”. Redigi, então, o seguinte texto, que está contido na Constituição: “Repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos”. (Risos.) Ficou o “domingo” da Esquerda — eles ficaram com o seu discurso para os sindicatos — e o “preferencialmente”, que esvaziou a obrigatoriedade. E fizemos o acordo. É esse o processo legislativo⁹¹.

A última frase da transcrição anterior merece atenção: “É esse o processo legislativo”. A que se refere o pronome demonstrativo? A uma forma de redação legislativa que decorre da impossibilidade de acordo político? A uma estrutura política orientada a construir *discursos na forma de lei* em detrimento ao intuito de formalizar efetivos acordos de conduta social por meio de *conteúdos normativos* mais concretos? A um tipo de atuação legislativa que não apenas induz, mas exige, de fato, uma atuação mais robusta do Poder Judiciário no plano político?

O discurso em análise registra algo sobre um aparente *casuismo legislativo* que, em alguma medida, teria orientado o debate político da Assembleia Constituinte, ao tratar do fato de que seria necessário “aproveitar” o momento

⁹⁰ Após 15 anos de “vigência sem eficácia”, a Emenda Constitucional 40/2003 revogou a norma, não havendo mais nada a ser regulamentado.

⁹¹ Trecho do discurso do Ministro Nelson Jobim proferido na audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

constitucional de que era mais fácil aprovar um texto na Constituição do que aprovar um texto de lei:

Havia um problema também curioso, que poucos conhecem e afirmam, porque normalmente as afirmações são todas idealizadas. A Constituição de 1988 é ampla, recebeu uma imensidade de previsões no seu texto, por uma razão histórica e política simples: era mais fácil aprovar um texto na Constituição do que aprovar um projeto de lei. A lei dependia de votação na Câmara, no Senado, do veto da Presidência da República e da rejeição do veto. Para o texto constitucional, bastavam 2 turnos por maioria absoluta.

Logo, houve imensa pressão de todos aqueles que, à época, ingenuamente chamávamos de representação da sociedade civil. Se verificarmos as propostas de então, veremos que não eram propriamente representações da sociedade civil, mas de interesses próprios de setores específicos da sociedade civil.

Querem um exemplo claríssimo disso? O Deputado Fleury, que se apresentava como representante da sociedade civil à época, mas na verdade representava o Ministério Público. Fleury era Secretário de Quêrcia à época, assim como Cláudio Alvarenga, que hoje está no Tribunal de Contas, e o que chamávamos de panzer do Ministério Público, Araudo Dalpozo, que se diziam representantes da sociedade civil, mas na verdade representavam os interesses do Ministério Público.

Isso acontecia com todos os setores. Eram vantagens. E a situação era mais ou menos esta: o Estado tinha de prover tudo. O Ministério Público tinha que receber igual à magistratura, mas a magistratura não queria, e o Ministério Público insistia.⁹²

Cabe lembrar que, *per se*, a Constituição é papel e tinta. O seu significado e a autoridade de seu conteúdo decorrem de fatores metajurídicos⁹³, que devem então ser identificados, analisados e debatidos. Evidente, portanto, que analisar o Direito pressupõe analisar as estruturas políticas e sociais existentes. Veja-se, por exemplo, que uma forma razoável de pensar o Direito exige percebê-lo enquanto *processo de adaptação que se realiza pela própria vida dos grupos sociais* (PONTES DE MIRANDA, 1983, p. 97), ou seja, por acordos sociais que são incorporados ao sistema jurídico. Tal lógica reforça a ideia de que o conceito do direito é indissociável de sua perspectiva funcional.

Analisar o Direito, nesse sentido, parece demandar um debate sobre a realidade política, social e jurídica que norteia a construção da norma, especialmente por que é adequado especular sobre a assertividade que pode haver entre a pretensão regulatória (o acordo de conduta que existe no âmbito social e

⁹² Trecho do discurso do Ministro Nelson Jobim na audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

⁹³ Aceitação social, imposição da força material, legitimidade política etc. Tanto que a doutrina não diverge apenas sobre as ideias de Constitucionalismo e Constituição, mas diverge principalmente sobre as formas e condições do exercício do poder: “Em verdade, o Direito Constitucional tem sido historicamente o campo de batalha de inumeráveis sistemas doutrinários...” (BONAVIDES, 2015. p. 17).

político, que a norma busca implementar) em face norma materializada – ou seja, constatar a assertividade entre a pretensão regulatória almejada e a norma em vigor⁹⁴.

Afinal, por exemplo, de que adianta a previsão constitucional do salário mínimo – art. 7º, IV, CF – se o valor daquele salário pode ser fixado mediante decreto do Poder Executivo⁹⁵, e jamais se mostrou adequado para cumprir os objetivos fixados⁹⁶? Lembrando que um dos *objetivos constitucionais* do salário mínimo é *atender necessidades vitais básicas com (...) educação, saúde, lazer (...)*, é obrigatório arguir: será mesmo possível tentar conformar no texto constitucional realidades econômicas aptas a *satisfazer condições vitais de lazer* por todo o tempo futuro no qual vigorará a Constituição?

Aliás, sob quais critérios é possível dimensionar quais seriam as condições vitais de lazer? Por outro lado, considerando que saúde e educação são direitos garantidos, *gratuitamente*⁹⁷, também por força da Constituição, devem ser garantidos pelo Estado, por que tais itens devem ser observados no texto da norma sobre o salário mínimo? Tudo isso não apenas reforça a ideia de que “...o político, o jurídico e o social não podem ser examinados separadamente...” (FURET, *in* TOCQUEVILLE, 2015, p. XXIII), mas sugere que, ao menos aparentemente, algumas disposições constitucionais não se mostram tão robustas quanto podem parecer.

⁹⁴ E não se trata apenas da realidade empírica conhecida, na experiência brasileira, sob o coloquialismo da “lei que não pega” para identificar uma norma que simplesmente não é percebida pelo corpo social como uma orientação de conduta. Trata-se, também, de reconhecer que mesmo uma “lei que pega” pode não apresentar os resultados imaginados e almejados pelo legislador. Um excelente e contemporâneo exemplo está na Lei 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento, cujo absoluto fracasso em relação às metas e aos objetivos almejados é simplesmente constrangedor.

⁹⁵ A Lei 12.382/2011 estabeleceu “diretrizes para valorização do salário mínimo entre 2012 e 2015”, e fixou que os aumentos e reajustes futuros seriam estabelecidos por meio de decreto. A constitucionalidade da referida lei foi reconhecida pelo STF na ADI 4568/DF (DJE nº 217, divulgado em 14/11/2011).

⁹⁶ A partir de uma pesquisa nacional da cesta básica de alimentos, o Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos formaliza o conceito de um *salário mínimo necessário* de R\$ 4.013,08 em setembro de 2016, para demonstrar que o *salário mínimo nominal* de R\$ 880,00 (Decreto Federal nº 8.618 de 29/12/2015) não satisfaz, em termos reais de poder de compra, os parâmetros fixados na Constituição Federal. Disponível em <http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em 17/07/2017.

⁹⁷ Percebe-se no debate público uma confusão acerca da ideia de serviço público gratuito. O serviço público não é gratuito, é oneroso. A forma de pagamento, entretanto, mediante tributação, é indireta. Quem assume o encargo financeiro, inclusive, é o usuário – cidadão e contribuinte. Daí seria mais correto falar em serviço público indiretamente custeado, ao invés de serviço público gratuito.

Se há, de fato, um grau de *excesso de Texto Constitucional*, resta necessário um debate mais contundente sobre a construção da norma jurídica, especialmente em relação a dois quesitos, quais sejam *as pretensões normativas dirigentes e a estrutura tergiversativa da linguagem normativa*⁹⁸, justamente os itens que aparecem mais relevantes na perspectiva de obesidade normativa. Nesse intento, o capítulo a seguir vai avançar no debate sobre a relação entre o político e o jurídico a partir de noção de conflito democrático, no sentido de analisar aquela pretensão de constitucionalizar matérias para *garantir direitos*.

2.1. Democracia e conflito

Neste ponto, há um alerta metodológico a fazer. É evidente que a relação entre democracia e conflito é, *per se*, uma categoria teórica própria e um tema de considerável complexidade. Inobstante, há pontes necessárias com a ideia geral tratada nesta investigação, motivo pelo qual algumas considerações sobre o tema são necessárias, ainda que de forma muito específica no âmbito das instituições estatais que talvez seja afetadas pelo suposto conflito maniqueísta necessário entre o sistema político supostamente faccionista-majoritário e o sistema jurídico contramajoritário – justamente a hipótese deste trabalho.

Neste contexto, é possível perceber que as observações sobre a tese da obesidade constitucional suscitam duas questões mais sensíveis, ambas convergindo para o problema da gestão de conflitos no Estado Democrático de Direito⁹⁹: a questão da governabilidade e o problema do condicionamento das gerações futuras. Inicia-se a análise, então, pelo alerta de José Paulino Soares de Souza – o Visconde do Uruguai – ainda nos idos de 1862, de que a liberdade política e a existência de boas instituições administrativas, apropriadas às circunstâncias do Estado, convenientemente desenvolvidas, *são essenciais para a felicidade de uma nação* (SOARES DE SOUZA, *apud* ABREU, 2016, p. 141).

⁹⁸ Tal questão é especialmente sensível. Veja-se, com FREITAS FILHO (2009, p. 151), a pertinência de supor que há (deve haver) uma função lógica das palavras utilizadas na linguagem jurídica, identificada a partir dos sentidos descritivos e avaliatórios. Em alguma medida, então, o uso da linguagem tergiversativa terá impactos negativos na compreensão da norma pelo corpo social, já que, ainda com FREITAS FILHO (*op. cit.*, p. 32), *a linguagem é constitutiva do direito*. Ora, uma linguagem legislativa tergiversativa (evasiva) irá incentivar a sociedade, em alguma medida, a adotar condutas também tergiversativas, evasivas. Algo que assim pode ser traduzido: “Sei que não posso, mas vou usar a vaga reservada: é só um minutinho.”

⁹⁹ Já que, fora da perspectiva do estado democrático de direito, o uso da violência material pura carece dos critérios sócio-políticos de legitimidade e aceitação.

Necessário, portanto, debater sobre as instituições que poderiam fomentar a *felicidade da nação* e, mais especialmente, como se relacionam. BENVINDO (2014, p.71) explica:

Queremos ser harmônicos e tentamos, de todas as formas, evitar o conflito. São palavras que parecem ressoar uma percepção um tanto difundida de que, em um contexto democrático, as diferenças devem ser amenizadas; os conflitos, solucionados; os diálogos, construídos. Nos vinte e cinco anos de nossa democracia, foi-se desenvolvendo a ideia de que, para a construção de uma sociedade pacífica, devemos canalizar nossas energias para algo que não seja perturbador de nossas certezas, desarranjador de nossas conquistas, provocador de nossas tristes lembranças. A democracia – entende-se – exige a harmonia de todos e de todas as instituições.

Assim, se a experiência brasileira formatou, de fato, uma idealizada *democracia harmônica*, em que instituições utópicas se orientam por uma máxima de harmonia, esse então é o primeiro problema a ser enfrentado, pois o conflito social (que repercute nos sistemas da política e do direito) não cessa apenas por que algumas (ou várias) palavras foram promulgadas sob a forma de um *discurso constitucional*.

Ora, o conflito social é uma constante histórica¹⁰⁰. A negação do conflito aparece, então, como a negação do ideal democrático, e se caracteriza como um mecanismo social e/ou psicológico daquele processo de *constitucionalização do mundo*. Como o conflito *existe* ontologicamente, mas deontologicamente *não deve* existir, é necessário um *árbitro imparcial* que monopolize a violência para a solução do conflito.

Ademais, é necessário enfrentar esta forma maniqueísta de perceber e antagonizar a “visão dos juristas” da “visão dos políticos”, como se não houvesse Direito na Política nem Política no Direito. Aparentemente, há um mecanismo social e/ou psicológico que orienta a percepção nesse sentido de negação do conteúdo político da atividade jurídica, conforme ENGELMAN; FILHO (2013, p. 58) registra:

Em especial, estudos mais aprofundados sobre as concepções morais e as noções de atividade política que permeiam a ação dos juristas a partir de um “poder neutro” contra os “políticos tradicionais” vinculados à representação de interesses.

¹⁰⁰ Reconhecer tal fato não importa em conceber instituições políticas e jurídicas que devem atuar em situação de beligerância recíproca entre supostas posturas majoritária *versus* contramajoritária. De fato, ainda que seja correto reconhecer a existência de um conflito social perene - que vai reiteradamente ecoar nas instituições, não é razoável a postura maniqueísta entre as posições sociais que compreendem e aceitam um modelo institucional de conflito necessário entre os sistemas político e jurídico.

(...)

Tem-se como uma hipótese central que a matriz doutrinária e as representações do sentido da atividade política que fundamentam as ações judiciais opõem a “visão dos juristas”, imbuída de uma espécie de “guarda do universal”, à “visão do profissional da política”, vinculada predominantemente às lógicas específicas da atividade de representação e reprodução eleitoral.

Bem verdade, a ideia de arbitragem imparcial pelo Poder Judiciário apresenta-se por demais simplista e problemática. Na essência do problema, BENVINDO (2014, p. 73) explica que

(...) é altamente falacioso acreditar que o Judiciário é meramente um Poder técnico e, desse modo, alheio à política, aos jogos de poder, como se o âmbito do Direito discutido pelos tribunais fosse o local da sabedoria, da dignidade interpretativa, da racionalidade, enquanto o da política seria um mundo sombrio, imprevisível, caótico e irracional.

Assim, é profundamente problemática a lógica de positivar – e remeter para o Poder Judiciário, as questões menos suscetíveis ao consenso político, até mesmo por que, repete-se, a mera transferência de instâncias não importa na efetiva solução do conflito. O conflito social, marca indelével do cotidiano de pensar e de repensar democrático, deixa o âmbito das personalidades para ser *transferido* para o âmbito das institucionalidades.

O Judiciário, na sua *atividade de pacificar as relações sociais*¹⁰¹, não vai mediar e compor interesses, mas vai decidir qual das soluções possíveis será imposta pela força concreta do Estado-juiz. Tal situação, entretanto, esconde uma incômoda realidade que segue obliterada no debate: a violência, que fora retirada da autonomia do indivíduo e entregue ao Estado, continua violência, e não há nenhuma garantia de que o conflito entre as *institucionalidades* se mantenha em lindes civilizados, sendo evidente concluir que a última palavra pode ser proferida pelo puro exercício da força bruta, não republicana.

É nesse sentido que ressoa ingênuo o paradigma de que o *Direito é o que o Judiciário diz que é* justamente por que olvida que é apenas a autoridade da força, física ou simbólica, que *garante* o suporte concreto da ordem jurídica. E não se trata de acolher um conceito que delimita o Direito como um sistema de ordens e sanções

¹⁰¹ Na essência, não é o Poder Judiciário quem pacifica relações, mas sim a contínua aquiescência social a um sistema institucionalizado de tomada de decisões de interesse público. Tal aquiescência, entretanto, não é um *fato estável* da natureza, como parece pensar uma certa doxa que naturalizou aquela ideia de pacificação social por ato judiciário.

(AUSTIN, apud NINO, 2010, p. 91), mas apenas ressaltar o fato de que, na hipótese de descumprimento (e em última instância), é o recurso da força que dá suporte à ordem proferida pelo Poder Judiciário – cuja atividade concreta se limita a inscrever palavras em folhas de papel¹⁰².

De fato, se a violência é o *instrumento específico* do estado (WEBER, 2011, p. 66), é claramente perceptível que o Direito será aquilo que o Poder Judiciário disser na exata medida do suporte material de força oferecido ao Poder Judiciário na atividade de dizer¹⁰³. Consoante, é também necessário perceber a questão a partir do problema da *legitimação da violência legítima*¹⁰⁴. Há, neste particular, um importante questionamento no espectro das relações sociais: o objetivo a ser alcançado é garantir o monopólio da violência por um “agente legítimo” ou buscar evoluir para a redução da violência, inclusive da violência institucionalizada?¹⁰⁵

O problema resta ainda mais complexo quando se percebe que, em dado momento histórico, um determinado *ideal constitucionalista* induz o árbitro a perceber-se como agente de mudança social, cuja imparcialidade passa então a ser questionável, especialmente por que o Direito poderia ser visto como intermediário eventualmente desnecessário do exercício da força, e o investimento em soluções de conflito heterônomas à autonomia da vontade dos indivíduos, inclusive a ideia da jurisdição constitucional baseada na ideia de que o *Direito é o que o Judiciário diz que é* pode representar, em alguma medida, um flerte com modelos de poder

¹⁰² Falando sobre a política nacional e sistema partidário em meados da década de 1980, FAORO (*org.* DIAS, 2008, p. 50), explica que a única permanência real na política é o poder, “A relação de quem manda e quem obedece. E aí entra o Exército. Entram as Forças Armadas. Que não estão eliminadas deste projeto.”

¹⁰³ *Suporte material* de força não se confunde com o suporte de *força material*, já que a força que decorre do poder simbólico (BOURDIEU, 1989), implícita e introjetada, constata-se tão presente e ostensiva quanto a força material explícita e exteriorizada.

¹⁰⁴ Legitimidade, enquanto conceito político, trata do problema da justificação da dominação. Se a submissão (dos dominados pelos dominantes) é condição de existência do Estado, resta necessário debater sobre “(...) em que condições se submetem eles e por quê?” (WEBER, 2011, p. 68).

¹⁰⁵ Aliás, sobre a violência enquanto instrumento do poder, é pertinente lembrar que a diferença entre o poder físico e o poder simbólico resume-se a uma questão de dispêndio aparente de energia, uma forma de transubstanciação das relações de força que formaliza um ignorar-reconhecer a violência, e que produz efeitos reais a despeito da materialidade daquela violência (BOURDIEU, 1989, p.15). Assim, a construção do poder simbólico também demanda dispêndio de energia, mas de uma forma indireta e velada, no sentido de construir os símbolos do poder e formatar todo o sistema de crenças. Veja-se, por exemplo, Têmis – a figura mitológica da Justiça – que traz a balança com a qual irá medir as condutas de forma ostensiva, no braço erguido; o outro braço, entretanto, queda-se junto ao corpo de forma oblíqua, carregando uma espada de contornos imiscuídos com as ondulações de suas vestes, quase como um registro subliminar da violência que segue o procedimento judicial de aferição das condutas. A violência eufemizada, portanto, talvez se reflita no indivíduo também de forma eufemizada (talvez diferida no tempo, por exemplo), mas continua violência.

ditatoriais – enquanto representa uma negativa peremptória à possibilidade de que o Direito seja *o que a sociedade diz que é*¹⁰⁶.

Obviamente, o debate sobre qual seria a vontade da sociedade é um campo aberto aos argumentos – desde a definição de modelos de apuração da vontade à criação de sistema de controle às intenções majoritárias – mas tal debate apenas poderia ocorrer se o campo não estiver interditado pela hipótese heterônoma da autocracia judicial em um modelo de conflito maniqueísta-institucional: *afinal, se o Judiciário já disse o Direito, ninguém tem mais o que dizer*¹⁰⁷.

Tal realidade evidencia que o investimento social em soluções de conflito baseadas na heteronomia judicial – um tipo de paternalismo estatal na solução de conflitos – refletirá na redução do espaço de autonomia do indivíduo¹⁰⁸. É nessa conjuntura que MAUSS (2002, p. 185), ao falar sobre a *sociedade órfã*, explica a partir da relação inversamente proporcional entre o infantilismo dos sujeitos e a consciência de suas relações sociais.

Ora, quanto menor se apresentar a consciência individual, maior será a infantilização do cidadão perante um *estado-herói*, que não pode permitir outros modelos de solução de conflitos senão aquele modelo institucionalizado em caráter maniqueísta, invadindo até mesmo o debate político¹⁰⁹. De tal sorte que é criada uma relação de circularidade perene: quanto mais intervenção do coletivo, menos autonomia individual, e quanto menos autonomia individual, mais necessária a intervenção coletiva¹¹⁰.

¹⁰⁶ Foi recentemente noticiado que o Tribunal Supremo de Justiça (TSJ) da Venezuela destituiu o Parlamento venezuelano de suas competências parlamentares. Disponível em <http://www.elpais.com.uy/mundo/tribunal-supremo-venezolano-asumio-funciones.html>. Acesso em 17/07/2017. Não mais se discute a possibilidade de que a decisão formalize uma situação “(...) completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.” (KELSEN, 2014, p. 394).

¹⁰⁷ É certamente inadequado enxergar o Poder Judiciário como uma instituição que possa representar a multiplicidade de realidades que compõe a sociedade brasileira, apta a compreender todas as demandas e a formalizar todas as soluções.

¹⁰⁸ Algo que poderia assim ser descrito: ainda que os cidadãos sejam livres e autônomos, são incapazes de gerenciar sua própria vida social.

¹⁰⁹ É relativamente comum a propositura de medidas judiciais para impedir a mera tramitação e debate de propostas legislativas. BENVINDO (2014) relata com assertividade sobre a decisão do STF proferida no MS 32037/DF, no qual houve ordem para obstar o processo legislativo em face da *celeridade do ritmo legislativo*, como se a velocidade de análise uma proposição legislativa pudesse ser compreendida como um tema que estivesse ao alcance da jurisdição constitucional.

¹¹⁰ Decerto que a afirmação anterior é problemática, porquanto situa a relação indivíduo/estado em sentido antagônico. HELLER (2016, p. 122) oferece uma explicação alternativa e associa as instâncias individual e

A par desse debate, a tese da supremacia judicial se apresenta como terceira via, cujo potencial de inconvenientes também é robusto: ao mesmo tempo em que retira a autonomia do indivíduo pela apropriação da titularidade do Direito (*o direito é o que o Judiciário diz que é*) também desmonta aquela hierarquia predeterminada de valores (*o Judiciário tem a última palavra*). Esse último ponto é interessantíssimo do ponto de vista dos comportamentos sociais: em determinado grau, a conduta conforme a regra mantém-se indefinida, *em aberto*, até a posterior avaliação do Poder Judiciário. Cabe perguntar: por que investir, enquanto sociedade, na solução institucional que hipertrofia o debate *ex post facto* sobre os direitos¹¹¹?

É todo este contexto que ressalta a substancialidade das críticas à tese da supremacia judicial, especialmente o problema da objeção democrática (VICTOR, 2015, p. 22), pois envolve constatar que, em alguma medida, o Constitucionalismo importa em negar ao indivíduo aquela prerrogativa de *construir a sua própria hierarquia valorativa*, e não mais em função de uma hierarquia de valores já pautada, mas sim em função de uma hierarquia de valores que será construída a partir da decisão judicial¹¹². Ou seja, na relação entre democracia e conflito social, aquele mecanismo de negação dos conflitos que resulta no ideal de *constitucionalização do mundo* repercute negativamente no espectro da liberdade, tanto na forma reconhecida pelos antigos quanto pelos modernos¹¹³.

coletiva de forma irremediável: “Sem uma tal comunidade ideal não existe o indivíduo realmente livre, dotado de conteúdo axiológico positivo”. Aquela autora, portanto, não admite uma relação antagonizada entre indivíduo e sociedade, afirmando que (*op. cit.*, p. 107) a contraposição entre comunidade e indivíduo surge com a sociedade burguesa, momento no qual o “(...) homem converteu-se em ser social não necessariamente comunitário.” Para aquela autora, a relação supostamente antagônica entre indivíduo e comunidade tem origem no modo de organização da produção e resultado direto da construção da sociedade burguesa, que teria promovido uma modificação essencial no que ela chamou de *hierarquia moral dos valores* (*op. cit.*, p. 111). Dito de outra forma: a sociedade burguesa se permitiria abandonar uma ordem de valores predeterminada para então autodeterminar uma hierarquia valorativa própria. Tal ideia, entretanto, mantém o problema de fundo que está em debate. Afinal, se há uma *ordem predeterminada de valores*, quem a definiu, sob quais critérios de aceitação social e legitimidade política?

¹¹¹ “Pintamos a legislação com essas cores soturnas para dar credibilidade à ideia de revisão judicial (isto é, revisão judicial da legislação, sob a autoridade de uma carta de direitos) e ao silêncio que, de outra maneira, seria o nosso embaraço quanto às dificuldades democráticas ou contramajoritárias que, às vezes, pensamos que a revisão judicial implica. Construimos, então, um retrato idealizado do julgador e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislador.” (WALDRON, 2003, p. 2)

¹¹² Juízes nem são eleitos nem perdem a condição funcional por decisão popular – motivo pelo qual deveriam ser extremamente reticentes quando enfrentam questões de natureza política mais controversa, que demandam inovações ou alterações substanciais dos parâmetros normativos vigentes.

¹¹³ Como é sabido, em discurso proferido em 1819, Benjamin Constant diferenciou a liberdade dos antigos – o espaço de participação política, da liberdade dos modernos – à igualdade perante a lei. É interessante notar naquele discurso, proferido há 198 anos, o alerta que se mantém atual sobre a necessidade de combinar as duas liberdades: garantir direitos individuais e também a participação política, garantindo o direito de “(...) participar

Todo o exposto evidencia a necessidade de melhor refletir sobre a percepção atual da chamada “democracia constitucional” – que concede ao Judiciário uma posição de primazia institucional inclusive em relação a temas de desacordos políticos sobre direitos. BENVINDO (2014, p. 88) teoriza sobre uma perspectiva intermédia razoável, reconhecendo à Corte Constitucional um papel *estabilizador de determinados desacordos institucionais sobre direitos*, mas, ao mesmo tempo, criticando a relação direta e imediata que se constrói entre o exercício da jurisdição constitucional e a conclusão de que aquela Corte detém “a última palavra”.

É nessa perspectiva de intermédio razoável que esta investigação vai prosseguir, reconhecendo a problemática e tentando refletir sobre uma interlocução mais colaborativa entre os sistemas da política e do direito. ABREU (2016), inclusive, sugere que tais sistemas não estão distantes quanto a doxa quer fazer crer:

Para o direito, a sociabilidade deixada à sua própria sorte é o império da parcialidade; e as parcialidades, por sua vez, são incapazes de construir a universalidade da regra. Para a política, o interesse individual desagrega, separa, distingue; a troca une, cria sínteses, vínculos, obrigações. Como consequência, a troca como parcialidade que os mecanismos jurídicos condenam em nome da universalidade é o que a política usa para controlar, organizar o indivíduo e o seu interesse. Mas isso acaba por lhes dar uma semelhança mais profunda. (ABREU, 2016, p. 159).

Em suma, parece razoável tentar superar o antagonismo paradigmático: a Constituição não pode ser um amontoado de comandos aleatórios que foi produzido por agentes irresponsáveis do sistema político¹¹⁴, mas também não deve ser um conjunto de verdades cósmicas cuja *revelação e imposição* depende da vontade de uma autoridade judiciária última, exatamente a conclusão que decorre da frase *Direito é o que o Judiciário diz que é*. Tal frase, repete-se, incorre na ingenuidade de imaginar que autoridade judicial está *natural e obrigatoriamente vinculada* ao suporte material de força que lhe impõe¹¹⁵.

do exercício de poder, através de decisões e de votos, garantir-lhes o direito de controle e de vigilância (...)”. Texto de domínio público, tradução de Loura Silveira. Disponível em www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf. Acesso em 15/06/2017.

¹¹⁴ Como é sabido, o debate político na Assembleia Constituinte chegou a envolver greve de fome: “Sim, o Siqueira Campos fez greve de fome para que a Constituinte votasse a criação do Estado do Tocantins. Aquilo desencadeou um processo terrível para o país. Todos os territórios se transformaram em estados, com super-representações.” (CARVALHO, 2017, p. 149).

¹¹⁵ A título de reflexão: uma eventual alteração da posição brasileira sobre a efetiva exploração das riquezas minerais da Amazônia brasileira poderia fomentar a declaração de independência de um “estado

2.2. Dimensões de obesidade

Neste ponto já parece seguro afirmar que há um grau de obesidade no Texto de 1988, caracterizado essencialmente pela constatação de uma técnica legislativa de acumulação de interesses que resulta da ausência de um efetivo acordo político sobre as condutas que devem ser juridicamente valoradas e reguladas. A obesidade normativa, então, caracterizaria um excesso de palavras e normas que estariam diretamente vinculadas à incapacidade do sistema político de formatar uma pauta unificada de interesses.

Aparentemente, a solução construída na experiência brasileira se orientou no sentido de constitucionalizar todas as matérias possíveis, no intuito de garantir direitos, formalizar discursos ou, ainda pior, instituir e manter privilégios. Relembrando que *nem tudo que pode ser feito com a Constituição é aceitável ou mesmo honorável* (MENDONÇA, 2009, p. 12), talvez seja necessária alguma maturidade para compreender que a própria Constituição, ao menos em parte, pode ter sido construída a partir de critérios *pouco* honoráveis.

Nesse sentido, seria possível imaginar uma *obesidade de primeira dimensão*, que envolve, por um lado, a intenção de instituir e/ou majorar direitos e liberdades, ainda que de forma meramente programática, mas também envolve a criação e manutenção de estamentos¹¹⁶ e privilégios. FAORO (*org.* DIAS, 2008, p. 8) traduz essa hipótese:

Um ciclo que começa no ocaso da ditadura militar e acaba com o resgate das liberdades políticas. Uma negociação política, entretanto, realizada segundo princípios daquelas transações que resultam sempre na frustração dos movimentos sociais e na consequente traição da democracia. Uma transição feita sob as ordens do ditador: lenta, gradual, segura. Um biombo transparente do velho lema conciliador: mudar para proteger. Ao evitar a ruptura com as regras que consolidavam o autoritarismo fardado migrou-se para um regime de autoritarismo civil que traiu o estabelecimento de uma democracia plena. (FAORO, *org.* DIAS, 2008, p. 8).

Esse ponto é especialmente sensível, pois pode indicar que nossa história constitucional recente apresenta, em alguma medida, um enredo de criação e

soberano da nação ianomâmi”, ou algo do gênero? Seria possível imaginar uma relação entre o reconhecimento do novo estado pela comunidade internacional e os acordos econômicos potencialmente envolvidos?

¹¹⁶ Estamento, em WEBER (2015, p. 148-152) é forma tradicional de dominação, escorada numa legitimidade que repousa numa tradição, *existente desde sempre*, especificamente aquela forma de dominação “(...) em que determinados poderes e as correspondentes oportunidades econômicas estão apropriados pelo quadro administrativo.”

manutenção de *espaços constitucionais de privilégios* providos pelo Estado, inclusive criação de órgãos, cargos, títulos¹¹⁷, e tudo sob o argumento da garantia de direitos¹¹⁸.

Estando correta a premissa de que há um grau de obesidade constitucional na experiência brasileira, caracterizado por uma técnica de redação normativa orientada à acumulação de interesses, também parece razoável supor que a obesidade de primeira dimensão – o excesso de palavras¹¹⁹, vai refletir em uma *obesidade de segunda dimensão* – um excesso de significados que decorreria de uma *criatividade excessiva dos usuários* na aplicação da norma.

Tal criatividade surgiria como consequência obrigatória de uma redação normativa orientada à tergiversação, ambígua por ato de vontade do legislador, justamente no sentido de compor todos os interesses em voga. FREITAS FILHO (2009, p. 19) apresenta uma versão mais refinada dessa ideia, compreendendo que a modificação na técnica legislativa teria se dado a partir de um critério orientado a permitir sua aplicação em sociedades modernas (e dinâmicas):

Nas últimas duas décadas houve uma produção teórica no Brasil sobre a mudança na forma de legislar. Existe um consenso generalizado sobre o fato de que a técnica legislativa sofreu mudanças, no sentido de privilegiar certo modelo de normas que permite a aplicação a situações que se modificam de acordo com a dinâmica de uma sociedade complexa e cuja forma de expressão das relações jurídicas é variada. (FREITAS FILHO, 2009, p. 19).

De qualquer forma, se a técnica legislativa foi alterada como ato de vontade ou como subproduto inevitável do modelo institucional-constitucional político, a questão de fundo é que esse modelo de norma incentiva uma interpretação ambígua, que, então, não seria uma dificuldade inerente à atividade hermenêutica,

¹¹⁷ É inevitável reconhecer que o Texto de 1988 foi efusivo na criação (ou apenas manutenção) daquilo que BONAVIDES (1978, p. 27) denominou de *oligarquia tecnocrata, os novos príncipes que assumem o monopólio da decisão política sonogada ao povo e seus representantes*.

¹¹⁸ Há um excelente exemplo dessa lógica sócio-jurídica que garante direitos mediante o cerceamento de direitos, qual seja o paradoxal *direito obrigatório* de voto que vigora no Brasil: a limitação de direito individual como garantia do exercício de direito individual.

¹¹⁹ Diz-se excesso por que é evidente que há (deve haver) um conteúdo semântico mínimo no texto da norma que entra em vigor. Daquele texto, há (deve haver) uma compreensão inicial sobre acordo de conduta formalizado, uma expectativa normativa socialmente expectável, ainda que em termos meramente formais. Ou seja, ainda que não seja possível formalizar um sincretismo entre as dimensões textuais e normativas das palavras inscritas na Constituição, é evidente que o texto já carrega (deve carregar) algum conteúdo normativo mínimo, justamente aquele sentido normativo que se propõe a orientar a sociedade no sentido da *conduta conforme a regra*.

mas sim um tipo de voluntarismo político. Ora, se o objetivo da técnica legislativa é garantir a satisfação coletiva de discursos, todos os discursos são válidos *a priori*.

Nesta lógica, cada qual age conforme *sua própria consciência jurídica* e depois busca o Judiciário para decidir qual a conduta (praticada) é (era) juridicamente válida. Não há, portanto, condutas sociais normativamente orientadas, mas condutas individualmente julgadas. É uma situação de *anomia temporalmente condicionada*: no momento da conduta não há uma pré-orientação razoável sobre qual comportamento está *conforme a regra*, que só existirá *ex post facto*, com a decisão judicial.

Como exemplo, basta imaginar a *amplitude hermenêutica* de um agente público quando aplica normas para exigir o cumprimento de obrigações *que entende pertinentes*¹²⁰. É apenas nessa lógica de destruição da norma *ex ante* que se percebe efetivamente o alcance da ideia de que o *Direito é aquilo que o Poder Judiciário diz que é*: uma integral despreocupação com aquilo que pode ser chamado de *lógica do usuário*, o destinatário da norma – ainda no âmbito próprio das relações sociais.

Quando há um projeto qualquer, seja de texto constitucional, seja de lei infraconstitucional, para se fazer maioria, o preço que V.Exas. pagam ao aprovar o texto é a ambiguidade. Quanto mais ambíguo for o texto, mais possível de votação e de aprovação será; quanto mais nítido, claro, definido ele for, menos maioria forma. Então, o que acontece? Reúnem-se as lideranças partidárias e, na perspectiva de cada uma das bancadas, redige-se um texto que satisfaça o discurso de todos. Absolutamente ambíguo¹²¹.

É crucial a afirmação acima: a ambiguidade tem como objetivo a satisfação coletiva de *discursos*. Assim, são óbvios os efeitos sobre as pretensões de racionalidade jurídica¹²² na interpretação da norma: o hermeneuta não apenas

¹²⁰ Por exemplo, no cotidiano jurídico é comum a expressão pró-fazenda, para designar uma postura interpretativa absolutamente assimétrica. Veja-se outro exemplo específico: o art. 2º do Código de Edificações do Distrito Federal objetiva estabelecer padrões de qualidade dos espaços edificados para garantir condições mínimas de segurança, conforto, higiene, saúde e acessibilidade. O parágrafo único do mesmo artigo determina que os referidos padrões de qualidade serão majorados para beneficiar consumidor e usuário, *sempre que possível*. DISTRITO FEDERAL. LEI 2.105, de 08 de outubro de 1998. DODF de 09/10/1998. Nesse contexto é absolutamente razoável perguntar *qual critério* poderá ser utilizado, pelo agente público, para fazer exigências em relação às *possíveis melhorias* nos padrões de qualidade.

¹²¹ Trecho do discurso do Ministro Nelson Jobim na audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

¹²² Por racionalização weberiana entenda-se uma forma de pensar que generaliza e institucionaliza uma determinada forma de agir em um determinado contexto, será racional qualquer construção que vincula de forma coerente uma ação a um contexto (SELL, 2013, p. 10).

deverá apreender a conduta almejada do texto normativo, mas deverá compreender *o quanto da norma tem validade condicionada a um discurso*, devendo ainda estar apto para conciliar aquela conduta socialmente almejada e a conduta individual pretendida, isso tudo sob as probabilidades estatísticas de eventual validação judicial da conduta efetivamente praticada.

Tudo muito simples, ululantemente óbvio para aquele que compreenda a premissa de que a produção legislativa parece estar mais interessada em aprovar (qualquer) texto (que consiga maioria parlamentar) do que em formalizar uma regra que deverá orientar condutas. A transcrição seguinte, que registra trecho do discurso do Ministro Nelson Jobim na qualidade de Presidente do Supremo Tribunal Federal, explica sua participação na Assembleia Constituinte:

Eu tinha uma participação porque, como trabalhava com lógica matemática, eu conseguia fazer redações que podiam graduar o número de votos. Ou seja, o nível de ambiguidade era examinado a partir de cálculo matemático. Nós íamos reduzindo e aumentando a ambiguidade para conseguir a aprovação. Foi essa a técnica de que se utilizou muito tempo.¹²³

Nas palavras do então Chefe do Poder Judiciário há o relato de que o Texto de 1998 teria sido construído a partir de um *coeficiente matemático de ambiguidade*, cuja variável determinante residia na probabilidade de aprovação da proposição normativa. Tal perspectiva redimensiona e requalifica o trabalho de ABRANCHES (1988), cuja precisão em apontar a questão fundamental do problema passa a variar entre o incontestável e o profético:

O maior risco ao desempenho da coalizão está no quadro institucional do Estado para decidir, negociar e implementar políticas. Isto porque, como o potencial de conflito é muito alto, a tendência é retirar do programa mínimo, ou compromisso básico da aliança, as questões mais divisivas, deixando-as para outras fases do processo decisório. Viabiliza-se o pacto político de constituição do governo, mas sobrecarrega-se a pauta de decisões, na etapa de governo, propriamente dito, com temas conflitivos e não negociados. (ABRANCHES, 1988).

Assim, como resultado da impossibilidade de construção de governabilidade por maioria parlamentar, adotou-se uma lógica da postergação dos acordos políticos. Aqui, lembrando daquele exemplo sobre as disposições constitucionais sobre o descanso semanal remunerado, no mínimo as expressões *preferencialmente e domingo* poderiam ser retiradas do texto, e não com base na

¹²³ Trecho da audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

ineficácia normativa que a construção textual representa, mas sim pela própria *estrutura tergiversativa da linguagem* que foi utilizada no debate político.

Assim, a tese da obesidade normativa, se confirmada, descaracteriza um elemento fundamental do Direito – a função de orientar condutas e estabilizar expectativas¹²⁴. E não se trata de pretender por uma hipotética assertividade do texto – uma postura dita positivista¹²⁵ – mas sim de aceitar que o texto deve carregar um conteúdo normativo mínimo, inteligível quando observado pelo corpo social nas relações cotidianas.

Ora, a consequência imediata daquele *coeficiente de ambiguidade* na redação legislativa é justamente um *coeficiente de ambiguidade* nas relações sociais, numa relação diretamente proporcional¹²⁶. Por consequência, há também uma consequência mediata, a hiperbolização da heterocomposição via Poder Judiciário. Ou seja: aquela lógica de postergação de acordos políticos ultrapassa o sistema político e vai constituir outra anomalia: a excessiva judicialização¹²⁷. E não apenas dos conflitos políticos não ajustados na fase legislativa, mas das próprias relações sociais.

A relação parece clara: não havendo consensos nem políticos nem sociais sobre os comportamentos juridicamente aceitáveis, é necessária a judicialização para que um *superego herói* defina as condutas *conforme a regra*¹²⁸. Nessa lógica,

¹²⁴ Em LUHMAN (1983, p. 121) a premissa de que o Direito é um sistema social de estabilização de expectativas é absolutamente pertinente. HABERMAS (1994, p. 170) explica que “Na sua função estabilizadora de expectativas, o direito se apresenta como um sistema de direitos”.

¹²⁵ No terceiro capítulo esse debate será mais bem explorado.

¹²⁶ No Brasil, é simplesmente sintomático constatar que até mesmo o conceito de pontualidade é absolutamente controvertido. Basta conferir a “amplitude hermêutica” de que faz uso a sociedade em geral para “interpretar” o horário de um evento qualquer – algo que assim poderia ser descrito: um evento marcado *pontualmente* para às 10h00 terá início, *impreterivelmente*, em um *lapso temporal* que inicia às 10h15m e finda às 11h30, *aproximadamente*.

¹²⁷ Conforme CHAGAS (2013, p. 212), no ano de 2010, e apenas no âmbito da Justiça Estadual Brasileira, foram autuadas 8.641 (oito mil, seiscentos e quarenta e um) casos novos por 100.000 (cem mil) habitantes. Na Europa, a média anual seria de 2.738 (dois mil, setecentos e trinta e oito) novos casos, enquanto na América Latina a média é de 4.810 (quatro mil, setecentos e trinta e oito). Há, ainda, diversas outras inferências que apontam a desproporcionalidade da litigiosidade no Brasil. DA ROS (2015, p. 4), por exemplo, cita a proporção de gasto do Poder Judiciário sobre o PIB de diversos países, para apontar um gasto de 1,3% do Brasil – enquanto Argentina, Alemanha e Colômbia gastam, respectivamente, 0,13%, 0,32% e 0,21%.

¹²⁸ Em 2015 o STF julgou 90.383 processos (casos baixados ou arquivados). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=3066718>. Acesso em 28/10/2016. Apesar de não ser uma comparação exatamente correta, vale conferir que no mesmo ano a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou 82 casos. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/orders/15grantednotedlist.pdf>. Acesso em 17/07/2017.

tem-se um país com 206,5 milhões de habitantes¹²⁹ e 70,8 milhões de processos judiciais¹³⁰, que representa a existência de um processo judicial para cada 03 (três) habitantes e parece validar a afirmação de que a sociedade brasileira manifesta uma excessiva judicialização¹³¹.

É verdade que o debate sobre essa excessiva judicialização não é novo e certamente o problema tem inúmeras causas. Ocorre que, no particular deste trabalho, esse problema da excessiva litigiosidade permite supor mais um subproduto negativo daquela lógica de postergação de acordos políticos, um tipo de *obesidade de terceira dimensão* que se apresenta na forma de uma jurisprudência confusa e aleatória¹³². Essa ideia seria uma nova forma de compreender a afirmação de que *não há jurisprudência no Brasil*¹³³, que se apresentaria fragilizada no sentido de formalizar um conjunto de precedentes estável e previsível.

Ou seja, como resultado de um sistema político aparentemente incapaz de expressar regras voltadas à efetiva estabilização de expectativas, um suposto *excesso de texto* que decorre de um *coeficiente de ambiguidade normativa* pode impactar numa eventual *criatividade excessiva dos usuários da norma* nas relações sociais, o que, por sua vez, parece instigar uma litigiosidade excessiva, o que provavelmente vai impactar na qualidade e estabilidade da jurisprudência dos Tribunais.

¹²⁹ Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE Disponível em <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao>. Acesso em 04/10/2016.

¹³⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números – 2015: ano-base 2014*. p. 34.

¹³¹ Lembrando que a lide judicializada é apenas uma fração dos conflitos, seria melhor dizer *excessiva litigiosidade*? Ressalte-se, ainda, que o argumento dos *grandes litigantes* não fragiliza o argumento da judicialização excessiva: na verdade, o confirma. Sobre a judicialização, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números – 2015: ano-base 2014*. p. 34), os números impressionam: no período de 2009-2014, houve um aumento de 12,5% no total de processos que foram definitivamente resolvidos pelo Poder Judiciário. Há menção digna de registro: o aumento de produtividade verificado não reflete obrigatoriamente uma dimensão qualitativa das decisões produzidas – mas é assunto para outro texto. Apesar do aumento de produtividade, o estoque dos casos ainda pendentes cresceu em 11,7 milhões de processos, de 59,1 milhões para 70,8 milhões, sendo mantida a tendência de crescimento do estoque.

¹³² Parece razoável supor alguma relação entre a excessiva judicialização e a irregularidade jurisprudencial que se constata no Direito Brasileiro. Obviamente, aquela criatividade excessiva dos usuários não se resume ao âmbito das relações sociais, mas também vai ecoar no âmbito da heterocomposição judicial.

¹³³ Para Luiz Edson Fachin, jurisprudência é método: ‘...falta solidez hermenêutica no conjunto dos precedentes dos tribunais que deviam trazer estabilidade e previsibilidade, que são próprias do verdadeiro sentido da jurisprudência.’ Programa do seminário jurídico avançado para o mestrado e o doutorado em direito no PPGD/Uniceub. (Disponível em http://www.uniceub.br/media/303859/Plano_de_Ensino.pdf. Acesso em 18/06/2015). Ora, relembando que STF julgou 90.383 em 2015 (vide nota 128), parece razoável supor que é mais complexo manter uma coerência decisória em quando se julga milhares de casos por ano, especialmente a partir de uma estrutura normativa voluntariamente ambígua que vai fomentar uma excessiva criatividade dos destinatários da norma.

Consoante, a partir da afirmação de RODRIGUEZ (2013, p. 14), de que os juristas concentram mais foco nas próprias opiniões pessoais do que na demonstração analítica e racional da solução que advogam correta, talvez seja correto concluir que a jurisprudência brasileira, subjetivada e aleatória, também pode ser um subproduto inevitável do modelo institucional-constitucional político¹³⁴.

De toda sorte, resta claro que o discurso em análise, e a própria tese da obesidade constitucional não tratam, apenas, de uma pretensão de lipoaspiração de *palavras constitucionais*. Eliminar texto normativo certamente terá um impacto na questão afeita aos sentidos normativos do texto, mas talvez seja um impacto bem menos efetivo do que o discurso havido no âmbito da PEC 157/2003 parece reconhecer.

Em suma, aquela ideia de *saneamento* constitucional veiculada no discurso em análise, a partir de um critério de *hierarquia normativa* para retirar do Texto aquelas matérias disciplináveis por normas de hierarquia inferior¹³⁵ não apenas se apresenta simplória, mas talvez voluntariamente oblíqua. Se está correta a afirmação de que os sentidos normativos pertencem à comunidade social, não a domínios léxicos juridicamente formalizados, a construção normativa certamente envolve o domínio do texto, mas não se resume a ele. Aliás, sobre a questão linguística, é importante anotar que, a princípio, nada tem validade, exceto em suas relações com o restante (ARRIVÉ, 2010, p. 44). Tal frase, ressalvados os excessos da desconstrução pós-modernista¹³⁶, ressalta o caráter de sistematização que envolve tanto o direito quanto a linguagem.

¹³⁴ Coincidentemente, durante a redação deste trecho específico, foi publicada entrevista com o Ministro Roberto Barroso, que, opinando sobre a política criminal brasileira ter criado uma delinquência generalizada, explicou que a mudança deve vir do Congresso: “Ninguém pode achar que a vida de um país possa tramitar nos tribunais. É esquisito eu dizer isso agora que eu virei juiz, mas nós somos uma instância patológica da vida. Uma matéria chega ao Judiciário quando tem briga. E ninguém deve achar que briga é a forma normal de se solucionar os problemas da vida.” Disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,nos-criamos-uma-delinquencia-generalizada-no-pais-diz-barroso,10000081667>. Acesso 12/10/2016.

¹³⁵ Aquilo que a doutrina divide em conteúdo (ou sentido) material e formal da constituição, e especifica que o texto da constituição em sentido formal comporta apenas matérias afeitas à competência de órgão estatais, as respectivas formas interações orgânicas, e a ideia de direitos fundamentais – limitados, nessa visão tradicional, no escopo de conter o poder (MENDES; BRANCO, 2011. p. 64).

¹³⁶ “O desconstrutivismo de Derrida é perfeitamente adaptado para representar a visão pós-moderna, por meio de um processo estrito de negação do espírito moderno, processo que não corresponde a um afresco também positivo do novo. O desconstrutivismo é realmente a filosofia funcional do pós-modernismo: autorreferente, provocador, intuitivo, obscuro, críptico, criativo, ferozmente crítico, trata-se do último elo de uma corrente que tem suas raízes no irracionalismo de Nietzsche.” (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 108).

Por conseguinte, é um equívoco perceber o texto normativo como o produto final e acabado da pretensão regulatória. Na essência, a transição do político para o jurídico se percebe na forma de um caminhar perpétuo – uma demanda social que se apresenta política, formaliza-se jurídica, eventualmente constitui-se jurisdicional, e então retorna ao corpo social para ser escrutinada, criticada e revisada. De fato, dado que a sociedade mantém-se em marcha perpétua de necessidades e adaptações, há também uma contínua necessidade de verificar em qual medida o texto da norma traduz e induz àquela conduta social que se pretende *expectável*.

Neste ponto é necessário um registro de controle metodológico. Até aqui, este segundo capítulo vem tentando apresentar as relações que envolvem um pensar *do político ao jurídico*, construindo reflexões acerca do problema da governabilidade, na perspectiva do conflito democrático, para suscitar a possibilidade de compreender a tese da obesidade a partir de distintas dimensões: uma obesidade de texto, uma obesidade de interpretação normativa, que se dá no âmbito das relações sociais, e uma obesidade que se dá no âmbito da interpretação judicial.

Ou seja, o intento, até agora, voltou-se a apresentar a relação entre o problema da governabilidade e daquele suposto *excesso normativo*. Adiante, a intenção é prosseguir para debater aquela ideia de *condicionamento geracional* sob o prisma da hipótese deste trabalho, de que a Constituição de 1988 foi formulada em um contexto de polarização do sistema jurídico *contra* o sistema político no sentido de interditar o debate no sistema político pela força de um tipo específico de *argumento constitucional*, doravante denominado *norma apologética*.

2.3. A norma apologética

Quero chamar a atenção de V.Ex^{as}. para algo: se perceberem o processo de mudança de concepções de 1986 para 1993 e agora, vão verificar que todos aqueles que desqualificaram, ou desqualificavam, a Assembleia Constituinte de 1987, se transformaram em petrificadores da Constituição. Tudo virou cláusula pétrea.

[...]

Observem bem que houve também uma hiperinflação de princípios. Tudo é princípio. Alguém precisa sustentar uma tese, inventa um princípio: o princípio da livre afetação, o princípio não sei do quê. Eu, inclusive, no

Supremo Tribunal Federal, tenho colecionado o número de princípios existentes por aí — se não me engano, são 158.¹³⁷

Se o número de 158 princípios surpreende, há outro número também surpreendente: 59.627, o quantitativo de homicídios registrados no Brasil em 2014, o que “...representa mais de 10% dos homicídios registrados no mundo e colocam o Brasil como o país com o maior número absoluto de homicídios”¹³⁸. Nessa via, parece seguro afirmar que não há relação direta entre vigência de texto normativo e os resultados sociais pretendidos¹³⁹.

Por óbvio, não é a intenção afirmar que há uma relação direta de causalidade entre o número de homicídios e o excesso de normas, mas apenas aludir à possibilidade de repensar aquela ideia de *constitucionalização do mundo para garantir direitos*¹⁴⁰: “Um dos grandes mitos do Brasil contemporâneo foi a ideia de que uma nova ordem constitucional seria condição necessária e suficiente para a consolidação da transição política.” (FARIA, 1989, p. 10).

Parece razoável, então, questionar aquela aparente perspectiva de que a mera inscrição de palavras em folhas de papel teria o condão de resolver os problemas sociais, uma forma tão idealizada de pensar o Direito que parece não perceber a lei como uma orientação pragmática voltada à formalização de condutas,

¹³⁷ Trecho do discurso do Ministro Nelson Jobim na audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

¹³⁸ Ou seja, nem o Texto de 1988, nem o Estatuto do Desarmamento, e nem os 158 princípios foram capazes de influenciar positivamente as estatísticas de homicídios no Brasil: “Numa comparação com uma lista de 154 países com dados disponíveis para 2012, o Brasil, com estes números de 2014, estaria entre os 12 com maiores taxas de homicídios por 100 mil habitantes”. BRASIL. Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA. Atlas da violência – 2016.

¹³⁹ No ano de 2002, imediatamente anterior à publicação da Lei 10.826 de 22/12/2003 – Estatuto do Desarmamento, foram contabilizados 37.979 homicídios por arma de fogo. No ano de 2014 foram contabilizados 44.861 homicídios por arma de fogo – uma evolução de 18% no período. BRASIL. Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA. Atlas da violência – 2016. De fato, o número de homicídios é particularmente desalentador especialmente pelo fato de que foi apurado 12 anos após a edição da Lei 10.826 de 22/12/2003 – Estatuto do Desarmamento. Houve, em tese, tempo suficiente para que a legislação altamente restritiva em relação ao armamento legalizado que está disponível à população pudesse apresentar os resultados a que se propunha.

¹⁴⁰ De fato, tal afirmação é controversa. Entretanto, nas mais distintas redações, o teor da doutrina jurídica inexoravelmente recai nesta ideia de fundo. Por exemplo, STRECK (2014, p. 39) vai nesse sentido, ao considerar que a Constituição brasileira, de caráter social e dirigente, portanto “compromissória”, “(...) absolutamente possível afirmar que o seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas (incumpridas) da modernidade (‘promessas’ entendidas como ‘direitos insculpidos em textos jurídicos produzidos democraticamente’)”. Não se olvida, entretanto, que o pensamento de STRECK orienta-se de forma absolutamente antagônica à tese da obesidade: para aquele autor, o problema não é que haja um *excesso de Constituição*, mas justamente o fato de que a sociedade brasileira vive um processo de “(...) desnacionalização, desinstitucionalização e desconstitucionalização” (*op. cit.*, p. 91).

mas como ferramenta de veiculação de discursos. Em FARIA (1989, p. 19-20), ainda no ano de 1989 foi construída uma descrição muito crua do ponto específico agora em análise:

Resultante de impasses de todo o tipo, negociações intrincadas, filtragens sucessivas e coalizões precárias no decorrer de dezenove meses, o projeto aprovado pela Assembleia Constituinte peca por sua falta de unidade lógico-formal, pela ausência de fios condutores entre suas normas, incisos e parágrafos, pela carência de um espírito balizador entre seus capítulos, pela inexistência de identidade e ideologia próprias, pela profusão de casuísmos, arcaísmos e corporativismos ao lado de medidas inovadoras, modernas e democráticas, pela confusão entre temas materialmente constitucionais e temas formalmente constitucionais e pela conjugação desarticulada entre propostas de caráter estrutural e medidas de natureza meramente conjuntural. Nesse sentido, a nova Constituição não é um sistema lógico-formal de normas destinado a funcionar na produção de resultados concretos e específicos.

É com base nesta lógica que se afirma: simplesmente não é razoável enxertar todas as condições humanamente desejáveis no texto da Constituição, chamar isso de *direito fundamental* e ter fé nesta *religião constitucional*¹⁴¹, baseada na crença em *normas apologéticas autorrealizáveis*, uma forma específica de semiologia política, algo que poderia ser compreendido a partir da ideia de *semiologia do poder* de WARAT (1995, p. 83-84)¹⁴².

Nesse modelo de pensar, a resposta fundamental a qualquer problema ou demanda social é a redação de uma norma, preferencialmente constitucional. Após redigida e promulgada, aquela *norma/prece* integra um sistema de tipo religioso – que envolve a *mitologia da hignidez constitucional* e demanda a submissão a um *ente superior* – o terceiro isento e imparcial que está apto a produzir uma interpretação criativa e um sentido adequado para as disposições constitucionais¹⁴³.

A profissão de fé exige mais: acreditar que a interpretação produzida estará correta do ponto de vista da justiça e adequada do ponto de vista da aceitação e legitimidade¹⁴⁴. E tudo isso ainda acreditando na ideia de democracia que decorre

¹⁴¹ “A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia.” (BONAVIDES, 2015, p. 587).

¹⁴² Ou seja, a pretensão de construir um sistema próprio de categorias: a norma apologética como uma forma de transferir o conflito social do sistema político para o sistema jurídico – uma forma de terceirização dos conflitos políticos.

¹⁴³ O “Colegiado Judiciário”.

¹⁴⁴ Nessa crença, a sociedade estoicamente acolheria as teses de que o *Poder Judiciário tem a última palavra*, e também que o *Direito é o que o Judiciário diz que é*.

de mandatos eleitorais renováveis, apesar de não haver eleições para o cargo de juiz, ou qualquer tipo de responsabilização por abusos ou erros¹⁴⁵.

Apesar do ceticismo latente, não é o objetivo aqui afirmar que o ideário da Jurisdição Constitucional é uma resposta equivocada ao processo histórico que o precedeu e o formatou. É evidente que a atuação dos juízes, implementando um ideal de direitos fundamentais constitucionais, pode resultar em avanços na proteção social. O ponto é compreender que há toda uma mitologia constitucional¹⁴⁶ subliminarmente introjetada na ideia de técnica jurídica, e que atua no sentido de separar os sistemas político e jurídico na forma da hipótese deste trabalho – formalizando um conflito maniqueísta necessário entre as instituições que titularizam os sistemas político e jurídico.

Nesta perspectiva vetorial antagônica entre o político e o jurídico surge a norma *apologética* – orientada a resolver e encerrar os conflitos – sociais e institucionais – pela transferência do debate político para o sistema jurídico – o terceiro imparcial, neutro, isento e hígido. A construção da norma apologética, portanto, seria o processo pelo qual se concretiza a negação do conflito democrático; a transferência do conflito da linguagem política para a linguagem jurídica.

Mas surge a dúvida: por que transferir o conflito? Qual a lógica que sustenta essa alteração de *lócus*? Em ABREU (2016, p. 161), há uma importante contribuição a esse debate, aquilo denominado “solução de compromisso”:

É preciso construir um mecanismo que seja capaz de juntar estes dois domínios de alguma maneira, colocá-los juntos, não como síntese ou totalidade, mas de alguma outra forma. Por um lado, a política fala do direito como se uma síntese fosse possível. Mas, nisso, está fadada ao insucesso: a política necessita da troca e, por isso, não pode considerar seriamente o conteúdo da norma. Como a síntese resta inalcançável, só lhe é possível a sua invocação provisória, local, pragmática – refeita a cada nova circunstância. Já o direito mira na totalização: nada pode lhe escapar, a sua maneira de ver o mundo deve ser integralmente coerente e suas categorias

¹⁴⁵ Conforme o artigo 143 da Lei 13.105 de 16/03/2015 (também no art. 49 da Lei Complementar 35, de 14/03/1979), o juiz só responde civilmente por dolo ou fraude, o que o autoriza a ser negligente, imperito e imprudente no exercício de suas funções.

¹⁴⁶ É indiscutível que o mitológico compõe uma parte substancial do pensamento jurídico: “Considere-se a posição dos juízes em nossa sociedade, que Campbell encarava em termos mitológicos, não sociológicos. Se essa posição representasse apenas um papel, o juiz poderia vestir, na corte, um terno cinza, em vez da negra toga de magistrado. Para que a lei possa manter a autoridade além da mera coerção, o poder do juiz precisa ser ritualizado, mitologizado.” (MOYERS, *in* CAMPBELL, 1990, p. VIII)

desvelam o mundo como ele realmente é. Contraditoriamente, no entanto, ele não pode se deixar contaminar pelas vicissitudes da nossa sociabilidade, particularmente a troca – tarefa, por evidente, impossível. O direito, então, inventa maneiras cada vez mais sofisticadas de, no discurso, desentender as particularidades da nossa realidade social, criar ficções úteis, defender sua preciosa e estrangeira universalidade; e, ao mesmo tempo, arquiteta malabarismos para reintroduzir, como se fosse matéria diferente do que é, aquilo que nos caracteriza, que nos é precioso. Assim, a realidade da política e as razões do direito se articulam ao sabor das contingências. As soluções são múltiplas e variáveis, portanto. E aqui recuperamos outro ponto da narrativa do velho visconde: é preciso estabelecer algum tipo de “solução de compromisso” entre os dois domínios, uma solução invariavelmente local, contingente e contextual – no fazer. E isso nos permite reelaborar a ideia de que o sistema se estrutura sobre o diálogo. (ABREU, 2016, p. 161).

Assim, enquanto a solução de compromisso apresenta-se como mecanismo sociológico, a norma apologética apresenta-se como ferramental específico – procedimento específico voltado a articular a política e o direito como uma *invocação provisória – refeita a cada nova circunstância* na conformidade das decisões judiciais, transferindo o debate democrático para o *locus* do conflito judicial¹⁴⁷. Tal solução de compromisso é meramente discursiva e representa, na melhor das hipóteses, um autoengano¹⁴⁸: expurga-se a necessidade de construção de acordos democráticos – talvez mesmo impossíveis em face do desenho institucional-constitucional – para resolver as questões por meio da linguagem do Direito¹⁴⁹.

A norma apologética, portanto, enquanto orientada a resolver e encerrar conflitos – sociais e institucionais, apresenta-se então utópica, um tipo de solução de compromisso voltada a agregar os domínios da política e do Direito de uma forma aparentemente irrealizável. Ainda pior, a norma apologética formaliza uma contradição evidente: enquanto constitui um espaço de afirmação de poder que se dá pela apologia de um direito, também representa um espaço de negação de poder – ao condicionar aquele espaço de poder a procedimentos formais que estão sob a

¹⁴⁷ Ou seja, há apenas uma transferência de campo, compreendido como um espaço social de produção e disputa de poder, que envolve “(...) apreender aquilo que faz a necessidade específica da crença que o sustenta, do jogo de linguagem que nele se joga, das coisas materiais e simbólicas em jogo que nele se geram (...)” (BOURDIEU, 1989, p. 69).

¹⁴⁸ GIANETTI (2005, p. 11) explica que o autoengano, “Pior que o simples desconhecimento, contudo, é a ignorância potenciada de uma falsa certeza – o acreditar convicto de quem está seguro de que sabe o que desconhece”. Conforme já explicado, o conflito político não cessa apenas por que a questão foi decidida pelo Poder Judiciário.

¹⁴⁹ De forma simplificada: enquanto a política se articula a partir de uma linguagem de composição e aglutinação, o direito se articula a partir de uma linguagem binária de exclusão – a percepção de que há um código binário que separa o direito do não-direito – com vistas à exclusão da pretensão antijurídica.

responsabilidade de *intermediários obrigatórios*, aqueles órgãos envolvidos nos procedimentos adjudicatórios supostamente necessários à efetivação dos direitos¹⁵⁰.

Cria-se, portanto, um sistema no qual o real titular do Direito não é o cidadão, mas um sistema de estamentos (aqueles citados *intermediários obrigatórios*), e, apenas nessa lógica é que a frase de que o *Direito é o que o Judiciário diz que é* parece então fazer sentido¹⁵¹. De qualquer forma, parece constatável uma forma de obesidade constitucional que se apresenta sob a forma de normas apologéticas – meros discursos políticos veiculados em linguagem normativa.

Lembrando da justificação da PEC 157/2003, especialmente a alusão à necessidade de alterar a Constituição para *assegurar o desenvolvimento social*, há uma pergunta óbvia: é a existência do Texto e da Corte Constitucionais que vai garantir uma evolução civilizatória dos grupos sociais? A mera existência de juízes constitucionais na Alemanha de 1933¹⁵² teria evitado as atrocidades posteriores? De fato, o constitucionalismo não oferece uma *garantia de cumprimento* de um ideal de evolução social¹⁵³, mas simplesmente se apresenta como um dos modelos institucionais possíveis para estabilizar expectativas normativas.

Assim, é razoável afirmar que a experiência brasileira construiu um modelo que posiciona a sociedade em geral em um sistema de *cidadania diferenciada*¹⁵⁴ e possibilita a manutenção de um *status quo* – legitimado e autorizado a preferir e

¹⁵⁰ Ao representar a intenção de instituir e/ou majorar de direitos e liberdades, ainda que em um sentido meramente discursivo, a norma apologética constitui-se tão somente em uma obesidade de apologias e promessas constitucionais, devidamente maquiadas por aquele citado coeficiente de ambiguidade normativa.

¹⁵¹ Nesse contexto, lembre-se que a expressão *Supremocracia* foi cunhada por VIEIRA (2008, p. 444-445) para explicar o momento histórico que importaria na “(...) expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes.”

¹⁵² Aliás, havia uma Constituição: “Com a chegada de Adolf Hitler ao poder, deu-se a superação da Constituição de Weimar pela realidade política. Em março de 1933, foi publicada a lei de autorização (Ermächtigungsgesetz), que permitia a edição de leis diretamente pelo poder imperial – na prática, pelo Chanceler Adolf Hitler -, ainda quando divergissem do texto constitucional.” (BARROSO, 2015, p. 59). Nesse sentido se constata um tipo de *paradoxo neoconstitucional*, que de um lado proclama o constitucionalismo como o instrumento e ferramenta de salvaguarda do processo civilizatório, mas ao mesmo tempo reconhece a absoluta incapacidade histórica da Constituição para conter a realidade política.

¹⁵³ “A grande inovação do constitucionalismo europeu do pós-guerra, que se irradiou para toda sua área de influência, é a existência desse aparato institucional de garantia de cumprimento, com a atuação dos Tribunais Constitucionais.” (BUCCI, 2009, p. 7).

¹⁵⁴ A cidadania diferenciada seria constatada numa situação de distribuição desigualitária de direitos afetos ao exercício da cidadania, com base numa lógica de privilégios (para uns) e exclusão (de outros). Por exemplo, segundo HOLSTON (2013, p. 258), “Para controlar a cidadania política, eles tornaram o sufrágio direto e voluntário, mas o restringiram aos alfabetizados. Essa restrição negou direitos políticos à maioria dos brasileiros durante um século, até a década de 1980.”

manter *discursos sobre direitos*, ainda que efetivamente não realize ações para concretizar aqueles direitos.

O direito à saúde na experiência brasileira perfaz um excelente exemplo dessa ideia: ao mesmo tempo em que o sistema político literalmente gaba-se de ter criado um *sistema constitucional* de direito à saúde, dito “universal”¹⁵⁵, qualquer análise superficial (empírica ou acadêmica) deixa à evidência a situação de precariedade do sistema de saúde pública no Brasil¹⁵⁶, motivo pelo qual é possível afirmar que, com razoável segurança, que apenas são usuários do sistema público de saúde aquelas pessoas que de fato não podem pagar pela saúde privada¹⁵⁷.

Assim, repete-se, é necessário melhor debater aquele já explicitado ideário da jurisdição constitucional, ao menos como é compreendido na experiência brasileira, especialmente por que, sob aquela bandeira de garantir direitos, é possível ainda perceber um outro aspecto negativo do tipo de solução que é implementada pela norma apologética, especialmente naquilo que importa na criação ou manutenção de estamentos, obviamente privilegiados, como mecanismos de mediação obrigatória entre os “direitos” e a sociedade.

2.3.1. Apologias também carregam privilégios

É possível imaginar uma obesidade de instituições voltadas a *garantir e proteger* a sociedade? Com base nessa questão, parece prudente analisar se, e em qual medida, haveria um elemento corporativista na Constituição de 1988, consubstanciado em normas orientadas a instituir e/ou manter estamentos como estruturas indissociáveis da efetivação de direitos e garantias, e os respectivos

¹⁵⁵ “E nós criamos um sistema de saúde universal, a grande vitória foi essa. Transformar isso num direito de todos e num dever do Estado. Isso é que mudou a saúde no Brasil” (MOSCONI, *in* CARVALHO, 2017, p. 108).

¹⁵⁶ Conforme Nota Técnica nº 012, de 2013, produzida pelo Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, o gasto público com saúde, no Brasil, de 4,07% do Produto Interno Bruto, é baixo mesmo para países considerados “de baixa renda”, bastando comparar com a despesa da Argentina, da ordem de 4,92% do Produto Interno Bruto. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2013/NTn12de2013FinanciamentodaSadeBrasileOutrosPasesV.Prel..pdf>. Acesso em 17/07/2017.

¹⁵⁷ Conforme dados produzidos pelo IPEA em 1998 (dados mais recentes mantém essa distribuição aproximada) 73% da população brasileira é usuária exclusiva do Sistema Único de Saúde. O restante da população, cerca de 27%, é atendido pelo chamado sistema de assistência médica suplementar - ou seja, o sistema de saúde privado. Disponível em http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0599.pdf. Acesso em 17/07/2017.

privilégios como elementos necessários ao adequado funcionamento daqueles estamentos – tudo sob a proteção do *argumento constitucional*.

De fato, tal perspectiva também foi explicitada no discurso em análise, motivo pelo qual cabe analisá-la. O debate, então, volta-se à análise da dimensão constitucional de conflitos sobre espaços institucionais de poder¹⁵⁸. Neste contexto, é interessante iniciar com base no relato de FERREIRA (*in* BOTELHO; SCHWARCZ, 2009) sobre o trabalho de Paulino José Soares de Souza – Visconde do Uruguai:

O imperador era ao mesmo tempo chefe do Poder Executivo, e chefe supremo e delegado na nação. Nesse segundo papel, ele exercia, privativamente, o Poder Moderador. Segundo Uruguai, a exigência dos liberais, de submeter os atos do Poder Moderador à referenda dos ministros, feria os princípios da Constituição, ao confundir Poder Executivo e Poder Moderador. Mais ainda, tal referenda implicaria aceitar a tese, estranha ao Brasil e à sua Constituição, de que o “rei reina e não governa”; seria aceitar o governo exclusivo das maiorias parlamentares.

O principal tema do *Ensaio*, no entanto, é relativo ao debate sobre o modelo de organização do Estado mais adequado ao Brasil. O ponto de partida era o reconhecimento da ausência, no Brasil, da tradição de *self-government* e da “educação cívica” que a acompanhava. (FERREIRA, *in* BOTELHO; SCHWARCZ, 2009, p. 24).

Lembrando que o texto da transcrição acima, o *Ensaio*, refere-se ao *Ensaio sobre o direito administrativo de 1862*, é necessário reconhecer, com considerável desapontamento e resignação, a real dimensão da complexidade que perpassa a interlocução das linguagens da política e do direito na experiência brasileira. Em 1862, o principal tema do *Ensaio* tratava sobre o modelo de organização do Estado mais adequado ao Brasil. Após 155 anos e consecutivas Constituições¹⁵⁹, a constatação atual das sucessivas e severas turbulências políticas parece sugerir que o debate sobre o modelo de organização adequado ao Brasil evoluiu pouco.

Bem verdade, a literatura sociológica e política brasileira evidencia uma assustadora imobilidade que marca os debates públicos nacionais. Em entrevista datada de 31/12/1985, FAORO, (*org.* DIAS, 2008, p. 60), explica: “E, no entanto, o impasse está colocado: combate à inflação ou desenvolvimento”. Trinta e dois anos depois, um dos argumentos metajurídicos no debate sobre o impeachment da

¹⁵⁸ Nessa dimensão hipotética, a Constituição não seria apenas o subproduto do acordo político possível – nas condições pressupostas no próprio sistema político – mas também seria um instrumento de estabilização dos interesses daquele sistema político.

¹⁵⁹ A Constituição de 1891; de 1934; de 1937; de 1946, de 1967 e de 1988. Sobre a Constituição de 1969, não se desconhece a controvérsia que envolve sua hierarquização. Parece razoável, entretanto, considerá-la como uma nova constituição, já que alterou substancialmente a estrutura jurídica e institucional do país.

Presidente Dilma Roussef em 2017 envolvia, justamente, uma situação econômica que antagonizava inflação *versus* desenvolvimento¹⁶⁰. Aliás, constata-se outra perspectiva sobre o processo de redemocratização que perpassa a década de 1980 e culmina na Constituição de 1988:

Um ciclo que começa no ocaso da ditadura militar e acaba com o resgate das liberdades políticas. Uma negociação política, entretanto, realizada segundo os princípios daquelas transações que resultam sempre na frustração dos movimentos sociais e na conseqüente traição da democracia. Uma transição feita sob as ordens do ditador: lenta, gradual, segura. Um biombo transparente do velho lema conciliador: mudar para proteger. Ao evitar a ruptura com as regras que consolidavam o autoritarismo fardado migrou-se para um regime de autoritarismo civil que traiu o estabelecimento de uma democracia plena. (FAORO, *org.* DIAS, 2008, p. 8).

Poder-se-ia adentrar em uma análise mais detalhada dos possíveis significados da transcrição acima, especialmente o alcance da expressão *traição da democracia plena* que se extrai do texto. Como pode ser constatado, tal formulação tem base em um contexto político muito específico, que ultrapassa os interesses imediatos deste trabalho.

O importante é compreender que aquelas ideias de constituinte originário – higidez constitucional, petrificação de direitos fundamentais – podem também ser compreendidas a partir de critérios menos honoráveis, a partir de uma *transição gradual do ditador*, a ideia de *mudar para proteger*. Assim, a Constituição de 1988 pode estar, em alguma medida, naquilo que FAORO (*org.* DIAS, 2008, p. 22), chamou de *conciliação oligárquica*, um processo histórico de *cooptação de interesses* que teria marcado a transição da ditadura para a democracia, como ocorrera na transição do império para a república.

Em 1988 a Constituinte se instalou. Não nos moldes que ele achava imprescindíveis. Ou seja, uma Constituinte exclusiva que tivesse compromisso tão-somente com a sociedade, e não com os chefes políticos locais. O Congresso Constituinte que se formou, na perspectiva de Faoro, trairia a construção de uma verdadeira democracia no país. Ele acertou. (FAORO, *org.* DIAS, 2008, p. 23).

¹⁶⁰ Tal debate, que envolvia a chamada “nova matriz econômica”, foi assim descrito por PESSOA (2013, p. 10): “Num balanço geral, o lançamento da nova matriz econômica foi seguido por uma fase de baixo crescimento e alta inflação (...)”. Em outra ponta, no dia 19/08/2015 (antes do início do processo de impeachment da Presidente Dilma Roussef) dois professores da Fundação Getúlio Vargas publicaram um ensaio que registrava: “A Nova Matriz Econômica foi uma escolha política que com seu incompetente voluntarismo desorganizou a economia, minou a credibilidade do governo, e gerou um enorme conflito entre os poderes que paralisa a economia. O país vai perder quatro anos até 2018.”. Disponível em <http://www.fgv.br/professor/ferreira/FerreiraFragelliAgosto15.pdf>. Acesso em 17/08/2017.

A traição a que se refere a transcrição acima seria a construção da Constituição por congressistas expostos ao cotidiano da política. O problema, então, consistia no fato de que a política, no período da Assembleia Constituinte, envolvia uma dualidade de poder (FAORO, *org.* DIAS, 2008, p. 46), uma situação onde “(...) de manhã é Constituinte e de tarde é Congresso.” (*op. cit.*, p. 47). De qualquer forma, também parece factível sustentar que a Constituição de 1988, a título de proteger e garantir direitos, formalizou e naturalizou estamentos e privilégios, especialmente quando se constata o silêncio, no debate público, sobre a questão dos custos dos direitos.

O objetivo agora não é pasteurizar o debate, apresentando números totalizados sem análises detalhadas, mas apenas chamar a atenção para o tema e apresentar alguns dados quase inacreditáveis nesse debate sobre instituições e custos. Em 24/06/2014 foi noticiado¹⁶¹ o encerramento de uma greve dos servidores da Justiça do Trabalho¹⁶². Naquele mesmo ano de 2014, a Justiça do Trabalho entregou aos jurisdicionados o montante de R\$ 16,3 bilhões de reais (em todo o país e em todas as formas de indenizações trabalhistas¹⁶³), a um custo equivalente a 87% do serviço prestado¹⁶⁴.

Parece razoável pretender que o debate sobre aumentos salariais (ou *meras reposições*, como preferem alguns) viessem acompanhados de números mais razoáveis sob um critério de custo/benefício¹⁶⁵. Repetindo que não se pretende pasteurizar o debate, é evidente que a importância de um ramo especializado da Justiça não pode ser medido apenas por um critério de resultado financeiro, e muito menos a partir dos resultados do ano de 2014¹⁶⁶.

¹⁶¹ Disponível em <http://www.trtsp.jus.br/indice-noticias-em-destaque/18642-termina-greve-de-servidores-publicos-do-trt-da-2-regiao>. Acesso em 27/10/2016.

¹⁶² Lembrando que os gastos com pessoal, no orçamento do Poder Judiciário, representam cerca de 89% do total da despesa. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números – 2015: ano-base 2014*. p. 30.

¹⁶³ Fonte: Tribunal Superior do Trabalho, disponível em http://www.tst.jus.br/valores-pagos_. Acesso em 27/10/2016.

¹⁶⁴ A respectiva estrutura jurisdicional consumiu, em 2014, o valor de R\$ 14,2 bilhões BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números – 2015: ano-base 2014*. p. 178.

¹⁶⁵ Lembrando que a relação custo/benefício pode ser lapidada a partir de diversos critérios: pelo debate sobre a necessidade da atividade; ou pela maximização dos benefícios, ou ainda pela reflexão da dimensão dos custos.

¹⁶⁶ É óbvio que a Justiça do Trabalho, socialmente incorporada à realidade brasileira por uma percepção de necessidade que decorre de um arranjo social específico, funciona como um elemento de legitimação daquele arranjo. Assim, é consideravelmente complexo mensurar a importância da Justiça do Trabalho no arcabouço da sociedade brasileira.

Mantém-se válido, entretanto, o argumento de fundo: é necessário que o Estado tenha alguma orientação de custo/benefício quando desenha instituições e processos de gestão voltados à consecução de políticas públicas, especialmente por que é justamente esta relação de custo/benefício um dos parâmetros mais relevantes para uma adequada mensuração de resultados. Ou seja, ainda que a Justiça do Trabalho seja uma inexorabilidade da realidade brasileira, sua estrutura de custos não pode ser simplesmente ignorada, como se escolhas sobre os custos estivessem *naturalmente incorporadas* àquela citada inexorabilidade.

Dito de outra forma: ainda que as instituições brasileiras sejam obrigatórias para o arranjo social, é possível e adequado o debate sobre os respectivos custos (salários, subsídios, proventos, diárias, auxílios, licenças, motoristas, estrutura física etc.) para além daquele debate superficial (e pasteurizado) sobre *gastos com publicidade*¹⁶⁷. Mais especificamente, cabe citar ato do Procurador Geral da República¹⁶⁸ que garantiu aos procuradores o *direito* de locomoção aérea para o exterior na classe executiva. Sobre o tema, membro do Ministério Público teria declarado que a condição de procurador da república era *distinta da condição de descamisado*¹⁶⁹, e que, em face da *dignidade da função* – equiparada à de ministro de estado, as locomoções profissionais em classe executiva seriam adequadas¹⁷⁰.

Conforme recente trabalho¹⁷¹, o orçamento anual *per capita* do Judiciário Brasileiro equivale a US\$ 130,32 ou € 94,23, valor maior do que é gasto pela Suécia (€ 66,7), Holanda (€ 58,6), Itália (€ 50), Portugal (€ 43,2), Inglaterra (€ 42,2) e Espanha (€ 27). O Brasil gasta pouco menos do que a Alemanha (€ 103,5), mas cabe anotar que a Alemanha, proporcionalmente, tem 3 vezes mais magistrados que o Brasil: aqui há 8,2 magistrados por 100 mil habitantes, enquanto lá existem 24,7 magistrados por 100 mil habitantes (a relação do número de servidores é inversa:

¹⁶⁷ É razoável compreender que, a exemplo das campanhas publicitárias de interesse público, tais como vacinação infantil e campanha de educação no trânsito, há uma medida de despesa pública com publicidade que é necessária.

¹⁶⁸ Brasil. Ministério Público Federal. Portaria nº 651, de 18 de Setembro de 2013. DOU nº 182, de 19/09/2013.

¹⁶⁹ Disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,janot-garante-a-procuradores-viagem-em-classe-executiva,1077995>. Acesso em 12/02/2016, 15:30hr.

¹⁷⁰ Nesta percepção, a viagem em classe executiva seria um direito naturalmente relacionado à dignidade da função, o que então permitiria supor um certo grau de *obesidade de dignidade*. BOAVENTURA SANTOS (2013, p. 41-42) constrói uma pertinente indagação: “Que outras linguagens de dignidade humana existem no mundo? E se existem, são ou não compatíveis com a linguagem dos direitos humanos?”

¹⁷¹ Todos os dados deste parágrafo, inclusive nota de rodapé, tem como fonte o trabalho de Luciano da Ros (DA ROS, 2015).

205 servidores por 100 mil habitantes no Brasil e 66,9 servidores por 100 mil habitantes na Alemanha)¹⁷².

E tudo isso sem falar no gasto indireto que está relacionado, em maior ou menor medida, com o Poder Judiciário¹⁷³. Obviamente, não se trata apenas do custo da *comunidade jurídica*, mas o custo de todo um aparato estatal cujo custeio não parece ser relevante no debate social, especialmente quando o debate envolve estamentos que *se consideram* essenciais para a consecução dos *objetivos constitucionais*. É nesse contexto que DA ROS (2015, p. 9) enfatiza a necessidade de construir um tipo de ponte no sentido jurídico-político para debater a dimensão dos custos dos direitos na realidade brasileira:

Tal é o tamanho do complexo jurídico brasileiro, com efeitos, que discussões a seu respeito talvez devam crescentemente ser consideradas menos assuntos estritamente jurídicos e mais um tema de interesse público geral, tendo em vista os seus efeitos sobre a performance macroeconômica, o perfil de gasto público e as prioridades de investimento, entre vários outros. Quer dizer, o debate sobre o tipo de país que o Brasil quer ser crescentemente deverá levar em conta também o tamanho da comunidade jurídica que a sua população pode e/ou deseja sustentar.

Em suma, na experiência brasileira, parece que o debate sobre o Direito tem sido omissivo em alguns pontos fundamentais, a exemplo do coeficiente de ambiguidade normativa na construção da norma constitucional, e também omissivo sobre os custos das *petrificadas proteções constitucionais*. Em face dessa aparente omissão, este segundo capítulo tentou apresentar argumentos razoáveis sobre como a construção da norma constitucional pode estar num campo de idealização muito mais robusto do que é admitido no debate público, sendo necessário suscitar questões que merecem alguma reflexão, notadamente a relação entre excesso de normas e a fragilização de modelos normativos mais concretos que possam melhor orientar a sociedade sobre as *condutas expectáveis conforme a regra*. O próximo capítulo prosseguirá no intento de tentar apresentar o outro vetor da questão: a relação que se dá a partir do jurídico para o político.

¹⁷² Comparando com a América Latina os números são mais discrepantes: Chile (US\$ 34,6), Argentina (US\$ 19,1), Colômbia (US\$ 16,4). E todos esses números tratam apenas do Poder Judiciário. Nesta viagem sobre os direitos, também pagam passagem o Ministério Público (R\$ 15,4 bilhões de orçamento em 2014, ou 0,32% do PIB – bem superior ao respectivo gasto alemão de 0,02% do PIB), Defensorias e Advocacias Públicas (R\$ 9,9 bilhões).

¹⁷³ Polícias, carceragens, tabelionatos, educação jurídica em mais de 1.100 faculdades de direito, cursos preparatórios para concursos, etc. (DA ROS, 2015, p. 9).

3. DO JURÍDICO AO POLÍTICO

Estudar o Estado apenas sob o aspecto constitucional é como dissecar um cadáver e descrever suas partes estaticamente, abstraindo de suas funções, portanto sem considerar se os órgãos se apresentam normais, ou se aleijados, atrofiados ou hipertrofiados.

Da mesma forma, estudar o Governo apenas politicamente, sem considerar o organismo estatal, é como especular imaginariamente acerca de funções, movimentos, sem pensar nos órgãos que os executam.

Daí por que a Política e o Direito Constitucional são ciências afins e o estudo de uma, em maior ou menor extensão, complementa o estudo da outra.

E daí por que não se pode pretender organizar ou reformar o Estado, vale dizer, a sua Constituição, sem os estadistas, os políticos. Só com juristas e técnicos ou tecnocratas.

Estes farão a Constituição assim como um nutricionista que prescreve um regime alimentar, desconhecendo o paciente, sua idade, peso e profissão. (MOTA, *in* MONTESQUIEU, 2008, p. 42).

É curioso perceber que, por um lado, o aparato teórico jurídico busca uma posição de isenção em relação ao sistema político, ao mesmo em tempo que se coloca como guardião da Constituição produzida por aquele mesmo sistema político. É como se a promulgação da Constituição decantasse todas as eventuais *impurezas políticas* constatadas no processo legislativo¹⁷⁴.

É também curioso constatar como o sistema do direito, na experiência brasileira, percebe-se e posiciona-se na relação com o sistema da política, notadamente aquilo que parece formalizar um raciocínio circular de construção de poder pelo próprio poder que assim poderia ser descrito: *eu, que interpreto a Constituição, afirmo que a Constituição me dá a posição de primazia para afirmar que a Constituição me dá o poder de dizer, definitivamente, o que é o Direito*¹⁷⁵. O Direito apresenta-se, então, a partir de uma linguagem que se *autodeclara* científica, *autoconcede* distinção e *autoafirma* necessária, “(...) portador de uma maneira de ver o mundo que, à distância do vulgo¹⁷⁶, do nosso universo cotidiano, representa algo, nos diz alguma coisa sobre nós mesmos.” (ABREU, 2016, p. 139).

¹⁷⁴ Especialmente no caso da Assembleia Constituinte de 1987-1988, que, repete-se, envolvia uma situação onde “(...) de manhã é Constituinte e de tarde é Congresso.” (FAORO, *org.* DIAS, 2008, p. 46).

¹⁷⁵ Nesse viés, veja-se que BENVINDO (2014, p. 77), ao discorrer sobre as diferentes formas de perceber o relacionamento dos poderes Legislativo e Judiciário pela análise de um caso concreto, relata a ideia naturalizada no senso comum brasileiro a partir das palavras de um dos ministros do Supremo Tribunal Federal: “Nós temos um sistema em que se verifica o primado do Judiciário. A última palavra não cabe ao setor político, cabe ao Judiciário, o órgão de cúpula, o guarda da Constituição é o Supremo.”

¹⁷⁶ Vulgar, neste contexto, seria tudo o “não-jurídico”: aquilo compreendido a partir de uma perspectiva de outro saber, uma “perspectiva externa” ao campo do Direito (ABREU, 2016, p. 139).

Para enfrentar essa proposta jurídica de autodistinção, cabe confrontar discursos e práticas, ou seja, *confrontar a narrativa construída pelos juristas/legisladores sobre a distância entre a técnica jurídica e a realidade social* (ABREU, 2016, p. 152), no sentido de apontar eventuais inconsistências. Dito de outra forma, é necessário confrontar o discurso jurídico, que pretende afastar para conferir autoridade e garantir isenção – impessoalidade e isonomia, com o discurso político que pretende familiarizar para conferir unidade e garantir legitimidade – consenso e aprovação. Aparentemente, é possível constatar um tipo de alienação jurídica, que ABREU (2016, p. 146-147) traduziu como uma *ilusão*:

Se examinarmos o direito partindo deste segundo sentido, perceberemos que a técnica jurídica é fundante da identidade que os operadores do direito constroem para si mesmos, é o que os distingue, os marca – num certo sentido, os eleva.

(...)

Utilizar a essência como significado tecnicamente correto da norma jurídica significa colocar o sentido das coisas num lugar que nos é inacessível: como se precisássemos ser regidos pelo exterior, por uma regra que não é fruto da nossa agência e dos nossos erros, mas da descoberta. Se não é possível negar que os homens façam as suas normas (afinal, é para isso que serve o Legislativo), é preciso afirmar e reafirmar que as categorias que os “operadores do direito” usam para sua interpretação não são feitas por eles. Claro, essa é uma ilusão social.

É nessa narrativa particular, quase mitológica, que os juristas formalizam sobre si mesmos e sobre o Direito, que o *ideário da Jurisdição Constitucional* aparece questionável¹⁷⁷. A constituição é inicial, incondicionada, ilimitada; é fundante e, portanto, posicionada na mais alta hierarquia do sistema jurídico, que, por sua vez, tem a última palavra¹⁷⁸. O Judiciário, por autodeclaração, deixa de pertencer a um *locus coletivo de ordenação social* para dizer o direito e assumir a postura de *efetivo garante de conquistas sociais*.

Por um lado, é óbvio que Judiciário seja percebido como um legítimo mediador de conflitos políticos; a crítica reside na ideia de que o Judiciário se autodeclare como *mediador obrigatório* daqueles conflitos, como se a Política apenas pudesse se movimentar *com o aval* do Jurídico. Ora, “A pressuposição de que o desacordo político sobre direitos pode ser mais corretamente decidido por uma corte de justiça,

¹⁷⁷ Em suma, aquele ideário envolve a exigência de que o Poder Judiciário exerça um papel de protagonista em relação à *efetivação de avanços sociais*, assumindo a responsabilidade política para promover o bem comum.

¹⁷⁸ O que, sem dúvida, vai impactar na noção sobre democracia: “A metafísica que há por trás do dizer a “última palavra do Direito”, como ostentado amplamente pela jurisdição constitucional e, mais particularmente, pelo Supremo Tribunal Federal, precisa ser assim confrontada. Desmistificar, desconstruir e repensar essa fala em nossa história democrática é, portanto, o objetivo imediato deste artigo.” (BENVINDO, 2014, p. 72)

no caso pelo Supremo Tribunal Federal, não é, obviamente, tranquila.” (BENVINDO, 2014, p. 78)

Nesse sentido, QUEIROZ (2009, p. 12), ao consolidar a posição de diversos autores, informa que o Direito Constitucional apresenta-se, então, como um direito *do* político, *para* o político, e também *sobre* o político, respectivamente: um direito como expressão normativa da constelação de forças políticas e sociais; um direito que estabelece medidas e fins ao processo político; e um direito que regula formas e procedimentos de formação da vontade e da tomada de decisões políticas.

Há diversos problemas nessa percepção genérica de integral submissão da política ao Direito. O primeiro, e mais evidente, é que o conceito de *avanço social* – cuja titularidade natural seria da comunidade política – passa a ser ditado pela última palavra que é proferida pela burocracia togada. Assim, até mesmo o debate, no âmbito social, sobre o que poderia ser considerado um *avanço social*, perde-se na autoridade heterônoma da decisão judicial. Toma corpo, nesse contexto, aquela percepção de ABREU (2016), de que o *Estado se forma contra a sociedade*, obrigando o Direito a formalizar um programa mitológico de distanciamento entre o Direito e a realidade social, justamente aquela ideia de *distanciamento do vulgo*:

Para o visconde e os seus contemporâneos, a tradição era estranhamento, possibilidade e escolha; para os juristas brasileiros de hoje, ela é proximidade, continuidade e conformidade. Se, para aqueles, era preciso examinar a nossa realidade social e, a partir da sua contingência, operar uma solução de compromisso, para esses, no plano da doutrina, não há compromisso possível: aplica-se à realidade social algo que não pode ser contaminado por ela (ABREU 2016, p. 146).

Em outras palavras: ABREU (2016, p. 148) compreende que a linguagem jurídica, ao contrário de reconhecer e enfrentar as contingências, faz uso da técnica para afastar o Direito da realidade social, estabelecendo modelos ideológicos baseados em *estruturas de gênero e espécie*, no sentido de recortar o problema social de tal forma que o diálogo processual passa a envolver, basicamente, a classificação de fatos em categorias, ou seja, como, e por quais motivos, rotular os fatos naquelas *estruturas de gênero e espécie* existentes.

Tudo isso converge para aquela ideia de *higidez jurídica* – o sistema do Direito construindo uma negativa peremptória da possibilidade de “ser contaminado” pela sociedade: “Todavia, o Direito – vimos – não poderia escapar da sociedade: resta-

lhe o “triste destino” de ser, de alguma forma, contaminado por ela.” (ABREU, 2016, p. 148). Aparentemente, é exatamente essa lógica que formaliza aquele modelo de perceber o sistema político em antagonismo vetorial obrigatório com o sistema jurídico: uma dialética de higidez *versus* contaminação, isenção *versus* faccionalismo¹⁷⁹: “(...) há um sentido na filosofia jurídica em que legislação carece de parte da *dignidade* associada à venerável instituição a que chamamos Direito” (WALDRON, 2003, p. 12).

O debate também se posiciona nos extremos de argumentar pela *indignidade ou dignidade da legislação*. A mitologia constitucional, então, é parte de um *habitus*¹⁸⁰ e está orientada, em alguma medida, à construção e manutenção de espaços de poder orientados à mitigar interesses ditos faccionistas-majoritários. Cabe lembrar o trabalho de POLI (2012), bastante provocativo no sentido de argumentar que essa ideia de interesses majoritários *versus* contramajoritários pode ser contada a partir de distintas perspectivas:

A possibilidade de que levantes como o de Shays pudessem ocorrer em outros Estados propiciou uma guinada na atuação das legislaturas locais que, umas após as outras, passaram efetivamente a funcionar como caixas de ressonância dos anseios populares. Nesse contexto, apresentando-se como meio idôneo para influenciar as políticas estaduais, as town meetings e county conventions voltam a ganhar força e, também elas, caem no desgosto da classe dirigente.

(...)

Mais do que a própria Rebelião de Shays, eventos como os de Rhode Island traduziam uma temível afronta à classe política dirigente dos Estados Unidos, da qual começaram a afluir propostas e manifestações contrárias às novas medidas adotadas. A democracia, a partir de então, entra em debate como algo a ser combatido ou, ao menos, limitado. (POLI, 2012).

Dito de forma explícita: o sistema político, *faccionista-majoritário* que demandou repensar a primeira Constituição Norte-Americana (os Artigos da Confederação), bem como o debate havido nos *Federalist papers* (para a ratificação do Texto de 1787 – a atual Constituição daquele país) – estava consubstanciado por atuação dos poderes legislativos municipais e estaduais que, *ressoando anseios populares*, afrontavam os interesses da nova aristocracia que figurava como classe dominante.

¹⁷⁹ Nessa ideia, “insurreições e facções” seriam um risco no sistema democrático, já que o “furor dos partidos” poderia resultar em em “desordens e perversões” (MADISON; HAMILTON; JAY, 2003, p. 53).

¹⁸⁰ BOURDIEU (1989, p. 61) explica o *habitus*: “(...) como indica a palavra, é um conhecimento adquirido, e também um haver, um capital (...)”.

Lembrando que *é impossível examinar perguntas que não são feitas* (KLOSTERMAN, 2016, p. 20 – tradução livre) — seria possível teorizar que o sistema constitucional nasce como um modelo de fragilização do poder legislativo para garantir privilégios da classe dominante, que faz uso meramente retórico da ideia de direitos fundamentais como instrumento discursivo voltado ao controle social? Seria possível pensar a ideia de direitos fundamentais a partir de um poder simbólico¹⁸¹ às avessas, em que o objetivo não seria escamotear a violência do poder real, mas sim, inflar discursivamente um poder factualmente inexistente?

3.1. Entre Publius e Brutus

Dadas as provocações anteriores sobre o gênese do constitucionalismo moderno, prudente analisar algumas questões fundantes. Veja-se, por exemplo, no Federalista nº 51, que a expressão *é preciso opor ambição à ambição* (MADISON; HAMILTON; JAY, 2003, p. 318) parece reconhecer que não há um sistema político impoluto a ser confrontado por um sistema jurídico hígido. De fato, todo o Federalista nº 51 prescreve fórmulas orientadas a estabelecer sistemas de confrontação do poder pelo poder, uma lógica aparentemente indene àquela pretensão de *ter a última palavra*.

Aliás, é expressamente registrado que a hipótese de criação de uma *vontade contramajoritária independente da maioria* tem espaço “(...) num governo fundado sobre poder hereditário ou estabelecido pela força, mas o efeito desse primeiro expediente é, pelo menos, duvidoso (...)” (MADISON; HAMILTON; JAY, 2003, p. 320). Assim, o debate conhecido como O Federalista¹⁸² havido entre *Publius e Brutus*¹⁸³ precisa ser mais bem compreendido no sentido de apresentar a real dimensão daquele momento histórico.

¹⁸¹ O poder simbólico é o *poder de construção da realidade*, numa relação direta entre as relações de comunicação e as relações de poder, uma forma ao mesmo tempo estruturante e estruturada orientada a cumprir uma função política de dominar e impor uma realidade de dominação. “(...) contribuindo, assim, segundo a expressão de Weber, para a *domesticação dos dominados*” (BOURDIEU, 1989, p. 9-11).

¹⁸² Em 27 de outubro de 1787 foi publicado, no Independent Journal, o Federalista n.º 1, o primeiro de um conjunto de 85 artigos publicados com o objetivo de persuadir votantes no sentido de ratificar a nova Constituição dos Estados Unidos (KRAMNICK, in MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 1). Nessa lógica, onde indivíduos teoricamente livres deveriam aceitar, ou não, a regra fundante, é extremamente interessante quando analisada sob a perspectiva de que o Judiciário detém a *última palavra*.

¹⁸³ Publius era o pseudônimo coletivo usado por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, defensores da nova Constituição. Brutus foi o pseudônimo coletivo utilizado pelos detratores da nova Constituição, que advogavam pela não ratificação do texto.

De um lado, Publius defendia que a nova Constituição seria “(...) o instrumento de governo mais brilhante jamais arquitetado (...)” (KRAMNICK, *in* MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 4). De outra ponta, para Brutus, o que estava em disputa não era a mera disposição do novo governo, mas sim a própria conquista perpetrada pela declaração de independência: “Para compreender a aspereza da “grande discussão nacional”, é necessário ver a formulação da Constituição não como um evento isolado, mas como o último ato do drama que foi a Revolução Americana (...)” (*op. cit.*, p. 5). A guerra de independência não fora apenas um conflito entre colônia e metrópole, mas também um embate sobre a titularidade do poder interno de um novo estado independente. A revolução significaria, além da libertação da colônia, um repúdio à elite colonial:

Foi esta última perspectiva, um ideal igualitário e mais democrático que tendeu a dominar após 1776, durante o período da primeira Constituição americana, os Artigos da Confederação. Após 1776, de fato, homens novos, bastante humildes em muitos casos, chegaram ao poder na América. Como veremos, a criação da Constituição foi, em grande parte, uma reação ao poder desses homens novos e aos programas igualitários que desenvolveram em seus principais pontos de apoio, os legislativos estaduais.

Ao deslocar o poder dos Estados, onde os homens novos dominavam, para um governo central, a Constituição inverteu o veredito de 1776 sobre quem governaria a América.

(...)

De maneira similar, um jornal pró-Constituição, o *Pennsylvania Packet*, declarava em setembro de 1787:

O ano de 1776 é celebrado por causa de uma revolução em favor da liberdade. Esperamos que o ano de 1787 venha a ser celebrado, com igual regozijo, por causa de uma revolução em favor do governo. (KRAMNICK, *in* MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 6-7).

O último trecho da transcrição acima pode ser interpretado de diversas formas. Poder-se-ia argumentar que a Constituição teria sido, então, a mera transferência do poder da aristocracia colonial para uma aristocracia local, um jogo de poder em que quem ganhava continuou ganhando e quem perdia continuou perdendo. É interessante o discurso de um anônimo Amos Singletary, de Massachusetts:

Esta Constituição não (...) nos retira tudo o que temos, toda nossa propriedade? Não estipula todo tipo de tributos, tarifas, impostos e taxas? E que mais termos de dar? Esses juristas e homens eruditos, homens ricos que falam com tanta elegância e escamoteiam os problemas com tanta agilidade, para fazer com que nós, gente ignorante, engulamos a pílula, o que esperam é ingressar eles próprios no Congresso. Têm a esperança de serem os administradores dessa Constituição, e agarrar todo o dinheiro em suas próprias mãos. E então nos engolirão a nós, pobres companheiros,

como o Grande Leviatã. Sim, sr. Presidente, do mesmo modo que a baleia engoliu Jonas. (KRAMNICK, *in* MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 5).

Sob a égide dos Artigos da Confederação, a repulsa em relação a figuras de autoridade central era tão grande que a própria figura do governador (e magistrados) ficara quase que extinta: “Nas constituições da Pensilvânia e de New Hampshire sequer havia a figura do governador, e em oito outras constituições o governo devia ser escolhido pelo legislativo” (KRAMNICK, *in* MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 13).

O mais interessante de toda esta perspectiva é que ficou conhecida como sendo a “política da liberdade”, que significava a dominância integral do poder legislativo sobre os outros poderes, inclusive sobre decisões proferidas pelo judiciário. O que garantia a soberania popular sobre o legislativo seria um sistema em que “(...) todas as constituições estaduais exigiam eleições anuais para seus legisladores, e impunham rigorosos sistemas de rotatividade (...)” (KRAMNICK, *in* MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 13). Ora, parece seguro afirmar que um sistema de soberania do parlamento, com eleição anual de legisladores e impossibilidade de permanência na legislatura por regras de rotatividade, se apresenta como o modelo mais próximo de uma democracia eminentemente popular, ao menos em teoria.

KRAMNICK (*in* MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 14) traz diversos exemplos interessantes: por força da Constituição da Pensilvânia, por exemplo, um projeto apenas era convertido em lei até que fosse publicado em todo o Estado e aprovado em convenções locais, para ser novamente apreciado na sessão legislativa seguinte; no Estado de Massachusetts, agricultores defendiam a tese de que os distritos tinham legitimidade para revogar a legislação estadual; nesse mesmo estado, uma municipalidade aprovou disposição normativa para reconhecer, como único governante válido, o “governante do universo”. Toda esta “política de liberdade” teria, como substrato, um *igualitarismo agressivo* que vigorou sob a égide dos Artigos da Confederação, que, ampliando as condições de elegibilidade política para, em alguns casos, até 90% da população masculina adulta, o que, por sua vez, permitiu a ascensão de uma nova classe política.

Essa nova classe política, os citados *homens novos*, representavam um sistema político radicalmente diferenciado, que pode assim ser traduzido:

Num Estado após outro, os homens novos do legislativo aprovaram atos monetários, fornecendo dinheiro barato, leis que perdoavam devedores, leis que revogavam contratos, leis que confiscavam propriedade e leis que suspendiam as formas usuais de cobrança de dívidas.

(...)

Em 1786, sete Estados emitiram papel-moeda, com o qual os devedores eram estimulados a pagar seus credores.

(...)

Sobre essas medidas dos legislativos estaduais, o general Knox escreveu para Washington em 1776: “Eles estão decididos a cancelar todas as dívidas, públicas e privadas, e têm leis agrárias que são facilmente cumpridas por meio de papel-moeda sem lastro.”

(...)

Os programas específicos, desenvolvidos por esses legislativos eram tão ameaçadores para os direitos de propriedade que despertaram escândalo. (KRAMNICK, *in* MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 17).

E foi exatamente contra esse modelo que teve início a proposta da Constituição norte-americana de 1787 (atualmente em vigor). É por isso que o Federalista nº 9 (MADISON; HAMILTON; JAY, 2003, p. 57) registra a pretensão de *destruir a organização particular de cada um dos Estados confederados*, no sentido explícito de conter aquela “política de liberdade” tão ameaçadora aos direitos de propriedade. No tema, é impossível não relacionar tal contexto com aquilo que o realismo de FAORO (2008, p. 42) constatou na Constituinte de 1988, feita “dentro” do Congresso, e assim orientada a perpetuar aquilo que já tinha sido e que deve continuar sendo¹⁸⁴.

Assim, no Federalista nº 10 explica-se que, para mitigar a *instabilidade, a injustiça e a confusão* (MADISON; HAMILTON; JAY, 2003, p. 59), para atender as *regras da justiça e os direitos do partido mais fraco* (*op. cit.*, p. 60), para garantir a *liberdade, e a diversidade que é origem dos direitos de propriedade* (*op. cit.*, p. 61), para impedir que o homem *seja juiz da própria causa* (*op. cit.*, p. 62), para defender *o bem público e os direitos individuais* (*op. cit.*, p. 63), se conclui pela necessidade de uma Constituição que centralize poder, no sentido de evitar uma *democracia pura, onde um pequeno número de cidadãos se reúnem e governam por si mesmo* (*op. cit.*, p. 59), especialmente porque democracias desse gênero oferecem o

¹⁸⁴ Em outro contexto, FAORO (2008, p. 28) traduz a mesma ideia quando fala especificamente da abertura militar dos governos Geisel e Figuerendo: “Alguma coisa vai mudar, mas o ‘estado-maior’ continua intacto. Intacto formalmente, não quer dizer que as mesmas pessoas estejam presentes.”

espetáculo da dissensão e da desordem, e são incompatíveis com a segurança pessoal e com os direitos de propriedade (op. cit., p. 64).

É necessário esclarecer: o relato anterior não pretende formalizar nem uma única crítica¹⁸⁵. Parece óbvia a constatação de que um modelo de governo e Estado que desconstrói estruturas de expectativas normativas sem apresentar modelos de substituição socialmente razoáveis vai resultar, inequivocamente, em violência¹⁸⁶. A Constituição de 1787 apresenta-se como uma resposta necessária, até mesmo por que é absolutamente razoável supor que seja impossível para uma sociedade complexa organizar-se sem que ocorra, em alguma medida, uma centralização de poder. Por sua vez, a centralização demanda mecanismos de controle e distribuição de poder, legitimação política da força, etc.

É nesse paradigma que a obra de Montesquieu e o tema da separação de poderes assumem maior importância, especialmente na perspectiva deste trabalho, voltada a compreender essa tese sobre a separação de poderes não exatamente a partir de um sistema de pesos e contrapesos, mas a partir das máximas de não violência e participação no processo decisório. BENVINDO (2014, p. 72) melhor traduz a ideia: “(...) a separação dos Poderes serviria como uma canalização da competição política – repito: competição política – em um sistema mais organizado, controlável e seguro de difusão de poderes.”.

Em regra, esse debate é tratado de forma superficial, bastando citar aqui o fato de que, aparentemente, a compreensão geral da obra de Montesquieu e da ideia da tripartição de poderes parece equivocada, ou no mínimo incompleta. Lembre-se que, na tripartição de poderes montesquiana, ao Judiciário é reservada uma posição “*de poder invisível e nulo*” (SECONDAT, 1962, p. 182), o que é

¹⁸⁵ Se, em determinado espectro ideológico, a ideia de um campesinato que ascende ao poder pode soar sedutora, é inequívoco que tal ideia reside, tão somente, em ingenuidade e desconhecimento sobre o intrincado funcionamento das relações sociais, internacionais e econômicas. Sem nenhuma pretensão (ou mesmo capacidade) de realizar explicações mais complexas, basta refletir que aquele mesmo devedor que faz uso de papel-moeda (sem lastro) para pagar sua dívida será negativamente afetado nas posteriores relações de troca com base naquele mesmo papel-moeda. De fato, sendo possível supor que há um mecanismo social de *acreditação monetária* pelo qual a sociedade reconhece um valor econômico (que serve de base de troca) em um pedaço de papel (moeda), é possível compreender que aquele reconhecimento de valor econômico tem base em uma estrutura de expectativas normativas.

¹⁸⁶ A violência, aliás, já tinha tido início: “Nove dos treze tinham sua própria marinha, e frequentemente apreendiam navios de outros Estados.” KRAMNICK (in MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 11-12)

contraditório com o próprio conceito de poder¹⁸⁷. Talvez Montesquieu não tenha cogitado uma efetiva separação de poderes, mas sim uma “divisão com harmonia” (GRAU, 2014, p. 43).

Nessa via, é interessante perceber que MONTESQUIEU (2008, p. 85-86), quando fala do espírito das leis, discorre sobre as relações que deve haver entre a legislação e o povo especificamente legislado, ao governo específico que se quer constituir, ao elemento físico do país, ao gênero de vida do povo, enfim, “(...) com a ordem das coisas para as quais são estabelecidas.”. O espírito da lei, portanto, pode ser compreendido não como *um algo que está na lei*, mas sim como elementos metajurídicos que *condicionam a lei*.

Ao que parece, é essa realidade que dá suporte ao argumento de BENVINDO (2014, p. 73): “(...) a proposta institucional de controle mútuo autossustentável operacionalizado por mecanismos do Direito Constitucional parece, no mínimo, insuficiente.”. MOTA (*in* MONTESQUIEU, 2008, p. 29) explica de outra forma:

Não existe uma constituição escrita. Toda constituição é escrita parcialmente, permanecendo dispositivos fora do seu contexto, subjacentes, e por isso a execução da constituição comumente diverge do seu texto. Daí a lição de Montesquieu: basta balizar os Poderes, e eles encontrarão critérios para compor suas diferenças. A matéria político-constitucional, sutil e cambiante, escapa a uma rígida disciplina legislativa.

E RODRIGUEZ (2013, p. 185), complementa a explicação, discorrendo que a ideia de três poderes é apenas uma das possibilidades institucionais possíveis, e que a questão fundamental é “armar uma trama institucional que não admita o arbítrio.” Ou seja, não é adequado supor que o Judiciário detenha o poder, um *poder arbitrário-constitucional de proferir a última palavra de dizer o direito*, mas é necessário *balizar* os poderes, que deverão *compor diferenças*, o que é absolutamente diferente da pretensão de *impor soluções*, ainda que a imposição tenha suporte na Jurisdição Constitucional.

Apesar de todo o exposto, reitera-se que a pretensão deste trabalho não é denunciar o constitucionalismo como um movimento intrinsecamente negativo, mas tão somente confrontar o tipo de discurso que parece atribuir o Poder, em uma

¹⁸⁷ Há poder nulo? Lembrando ainda que o juiz deveria ser, apenas, *la bouche de la loi*, o Judiciário então também seria um poder *sem voz*? LOPES (2006, p. 18) explica: “Parecia também evidente, no século XIX europeu monárquico, que o Judiciário não era exatamente um poder como os outros.”

medida desarrazoada, a uma casta de sábios togados, como parece ser a percepção de um Poder Judiciário que se declara titular da *última palavra*¹⁸⁸, até mesmo porque, na essência, essa pretensão de titularizar a totalidade do Direito é o fundamento primeiro do problema agora em análise.

Inclusive, antes de encaminhar para a parte final do trabalho, é pertinente relembrar a hipótese inicial, aparentemente confirmada: o modelo brasileiro formalizou, em alguma medida, um conflito necessário entre um sistema político supostamente o faccionista-majoritário e um sistema jurídico contramajoritário, de tal sorte que o Judiciário se compreende apto a interditar o debate político com base no *argumento constitucional*, enquanto na outra ponta o Legislativo considera necessário, pelo argumento de obesidade, minimizar a abrangência daquele mesmo *argumento constitucional*.

Nessa perspectiva, ambos estão errados. Como bem registra BENVINDO (2014, p. 92), é impossível, numa democracia constitucional, titularizar a “última palavra”, pois “(...) nesse aprendizado com o Outro, no diálogo com o Outro, na inclusão do Outro que se faz o constitucionalismo e se afirma a democracia.”¹⁸⁹. De outra ponta, uma pretensão rasteira de “lipoaspirar” a Constituição tem base no mesmo equívoco político de supor que os direitos de uma sociedade estão contidos hermeticamente no Texto da Constituição.

Assim, se está correto que “o pessimista se queixa do vento, o otimista espera que ele mude, e o realista ajusta as velas (WARD, *apud* FLORÊNCIA FERRER, 2007, p. 2), parece razoável concluir pela necessidade de *ajustar as velas* nesse debate que ocorre em extremos absolutamente estéreis. O capítulo a seguir se orienta no sentido de refletir sobre essas posturas pessimistas e otimistas relacionados à “realidade eólica-constitucional” brasileira.

¹⁸⁸ É impossível não relacionar essa ideia com o governo dos reis-filósofos de Platão: “Enquanto os filósofos não forem reis nas cidades, ou aqueles que hoje denominamos reis e soberanos não forem verdadeira e seriamente filósofos, enquanto o poder político e a filosofia não convergirem num mesmo indivíduo, enquanto os muitos caracteres que atualmente perseguem um ou outro destes objetivos de modo exclusivo não forem impedidos de agir assim, não terão fim, meu caro Glauco, os males das cidades, nem, conforme julgo, os do gênero humano, e jamais a cidade que nós descrevemos será edificada. Eis o que eu hesitava há muito em dizer, prevendo quanto estas palavras chocariam o senso comum. De fato, é difícil conceber que não haja felicidade possível de outra maneira, para o Estado e para os cidadãos.”. *Domínio livre*. Disponível em http://www.eniopadilha.com.br/documentos/Platao_A_Republica.pdf. Acesso em 23/07/2017.

¹⁸⁹ É impossível supor que toda a dimensão do *outro* na sociedade brasileira possa ser resumida ao conjunto de votos da maioria de uma Corte Constitucional composta por 11 ministros.

3.2. Desencanto democrático

Antes de entrar especificamente na parte final deste trabalho, é necessário apresentar de forma mais organizada aquele citado *novelo de temas embaraçado e confuso* que se pretendeu desembaraçar. Lembrando ainda sobre o método de análise de discurso explicado neste trabalho – especificamente o aprendizado sobre “*falar uma coisa falando outra*” (ORLANDI, 2016, p. 17) – este trabalho, falando da Constituição, apresentou uma perspectiva sobre a política que orientou o *construir constitucional* em 1987-1988. A análise da Constituição a partir do discurso havido no âmbito da PEC 157/2003 apresenta-se muito mais como uma declaração de falência da legitimação política na experiência brasileira do que uma crítica à Constituição de 1988.

Aliás, há um trecho do discurso proferido pelo Ministro Nelson Jobim, quase inacreditável em um sistema político dito democrático, é explícito em apresentar a realidade política de uma candidatura eleitoral – posteriormente integrante da Assembleia Constituinte – que fora definida não pelas qualidades do candidato, mas tão somente por que havia uma vaga pré-definida para determinado grupo político:

Observem bem — eu fui candidato à época: dir-se-ia que o povo referendou os candidatos eleitos para fazer uma nova Constituição. O Deputado Alceu Collares lembra muito bem como foram as eleições de 1986, quando se disputava Governo de Estado, onde foi eleito, no caso do Rio Grande do Sul, o agora Senador Pedro Simon. As discussões todas eram eleição para Governo do Estado, em que o PMDB foi vitorioso no Congresso. Tivemos à época extraordinária maioria. Ou seja, não houve discussão popular. E fui candidato em Santa Maria não porque eu era sabedor de Constituição. Deputado Alceu Collares, V.Ex.^a lembra por que fui candidato em Santa Maria? Porque o Deputado João Gilberto Lucas Coelho abandonava a deputação federal para ser candidato a Senador, e o PMDB não tinha candidato. O PDT, do Deputado Alceu Collares, perdeu o candidato local, o então Deputado Osvaldo Nascimento¹⁹⁰.

Nessa lógica, o pleito eleitoral não representou um efetivo escrutínio popular, mas tão somente um procedimento formal de *homologação* de titularidade do poder, quase que como a mera emissão da diplomação parlamentar: o grupo político já tinha uma vaga garantida. Se, de fato, o sistema político brasileiro está organizado

¹⁹⁰ Trecho da audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

dessa forma, é absolutamente necessário denunciar essa realidade, e também debater a produção legislativa, inclusive constitucional, advinda daquele sistema¹⁹¹.

Confirmada a hipótese da pesquisa no subcapítulo anterior – a polarização do *sistema jurídico contra o sistema político* – resta então investigar o processo pelo qual o Judiciário brasileiro se percebe apto a interditar as manifestações do sistema político. É absolutamente curioso constatar como o *discurso constitucional de garantia de direitos* tem o condão de automaticamente encerrar (ou pretender encerrar) as disputas políticas.

Assim, este trabalho tentou construir argumentos no sentido de apresentar a polarização do *sistema jurídico contra o sistema político* como o resultado de ações e inações políticas e sociais: uma reticência, do sistema político, em formalizar escolhas e assumir/impor os respectivos custos políticos e sociais, até mesmo como reflexo de uma sociedade aparentemente incapaz de organização e mobilização política. De tal forma, portanto, que toda a problemática da citada polarização tem base em algo que pode ser denominado *desencanto democrático*¹⁹², uma forma de capitulação – pela própria sociedade – de suas pretensões de autonomia e emancipação.

¹⁹¹ O Ministro Nelson Jobim, em seu discurso, também relata ter havido afronta ao próprio Regimento Interno da Assembléia Constituinte em 1988: “Tanto isso é verdade que o Deputado Theodoro Mendes, paulista, que foi Prefeito de Sorocaba, reagiu quando do discurso de Ulysses, antes da votação, disse o seguinte: (...) Protesto ainda, Sr. Presidente, contra a atuação da Comissão de Sistematização que, sob o pretexto regimental de consertar erros de linguagem, incluiu matéria não submetida a Plenário, portanto, não votada pela Assembleia Nacional Constituinte.” Trecho da audiência pública havida na Câmara dos Deputados, em 08/02/2006. Disponível em www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/pec15703nt080206.pdf. Acesso em 23/08/2016.

¹⁹² Parece desnecessário tecer considerações sobre a história e absoluta desmoralização dos poderes Executivo e Legislativo na experiência brasileira, mas alguns pontos merecem registro: pelo menos 4 (quatro) dos últimos 7 (sete) presidentes da república estão sob investigação, indiciados e/ou condenados pela Justiça (Disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ao-menos-quatro-ex-presidentes-da-republica-estao-na-lista-de-fachin,70001735566>. Acesso em 23/07/2017); 12 (doze) dos 24 deputados da Câmara Legislativa do Distrito Federal são réus em ações judiciais (Disponível em http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2017/04/26/interna_cidadesdf,591222/dos-24-parlamentares-da-cldf-13-sao-reus-em-processos-no-judiciario.shtml. Acesso em 23/07/2017); 1 (um) em cada 3 deputados da Câmara dos Deputados é investigado (Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/1-em-cada-3-deputados-e-investigado-essa-e-a-camara-que-vai-julgar-temer-3bjnta4367xhzh9oz3i419wip>. Acesso em 23/07/2017). Ainda que nenhuma dessas notícias permita formação de juízos definitivos, afinal, a mera investigação ou indiciamento (e mesmo a condenação judicial não transitada em julgado não podem formalizar juízos definitivos), é evidente que tais notícias vão impactar na imagem pública do Poder Político em geral. Basta lembrar que, ainda que a condenação judicial importe na suspensão dos direitos políticos por força da Constituição Federal (art. 15, III), em 30/06/2017 foi noticiado que deputado federal, em regime semiaberto de cumprimento de pena, mantém normalmente suas atividades no Poder Legislativo. Disponível <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-06/deputado-que-cumpre-pena-no-regime-semiaberto-volta-ao-trabalho-na-camara>. Acesso em 23/07/2017

Por tal motivo é que a ideia de *constitucionalização do mundo*, justamente a incapacidade política de construir consensos e maiorias parece fazer sentido numa dimensão pragmática: a Constituição formaliza um sistema político que antagoniza o político e o jurídico porque o sistema político, que formaliza a Constituição, é omissivo em relação aos conflitos políticos e usa o Judiciário como mecanismo de compensação pelas omissões perpetradas. Ou seja, ainda que o Judiciário nitidamente se oriente pela pretensão de *titularizar* os conflitos políticos, em certa medida ele é alçado, tanto pela sociedade quanto pelo sistema político¹⁹³, àquele Poder de *dizer o Direito pela última palavra*.

Ou seja: para além de criar aquele efeito questionável de construir estamentos de mediação obrigatórios entre a sociedade e os direitos, há outros problemas relevantes no ideário constitucional. Conforme já explicado, um incentivo primário – no âmbito da política – ao poder judicial, catalisa uma situação de *anomia temporalmente condicionada*; um tipo de incentivo secundário – no âmbito social – de judicializar a vida civil no sentido de *validar* o comportamento *realizado*. A definição do comportamento *conforme a regra* só existirá *ex post facto*, com a decisão judicial. No ponto, CIARLINI (2014, p. 143), ao explicar sobre os efeitos colaterais do que Mary Ann Glendon denominou de *rights talks*, relata que um desses efeitos é exatamente o *empobrecimento do discurso político* que ocorre como resultado da mera proclamação de direitos.

Repete-se algo já inscrito neste trabalho: não é razoável apenas retirar a violência da autonomia do indivíduo, pois a violência estatal continua violência¹⁹⁴. O objetivo deveria ser reduzir a violência¹⁹⁵. Assim, valorizar o jurídico à custa de

¹⁹³ A bem da verdade, falar sobre a atual desmoralização do sistema político na experiência brasileira é absoluto truísmo. O importante é compreender como tal desmoralização cria um vácuo de poder e dificulta a construção de modelos de conduta mais assertivos, fórmulas de condutas, conforme a regra, efetivamente acolhidas pela sociedade. Lembrando da questão da pontualidade como conduta conforme a regra, lembre-se também do exemplo oferecido pela torcida japonesa nos jogos da copa do mundo de futebol em 2015: ao recolher o lixo que produziram, deixaram assombrada uma sociedade que parece não ter descoberto a conduta conforme a regra em relação ao uso de latas de lixo. Disponível em <http://globoesporte.globo.com/rn/copa-do-mundo/noticia/2014/06/novo-exemplo-de-civilidade-japoneses-voltam-recolher-seu-lixo-apos-partida.html>. Acesso em 23/07/2017.

¹⁹⁴ É assertiva a lembrança de FAORO (2008, p. 84) “Quem saiu de um regime de tanques, quando abre a janela do Palácio do Planalto e não vê os tanques na rua, acha que está vendo uma primavera. Mas sabe que os tanques estão por ali, em algum lugar, não é?”.

¹⁹⁵ Incentivar ou desincentivar a autonomia política da sociedade é uma opção ideológica. Entregar tal autonomia ao Poder Judiciário é uma questão de crença na linguagem jurídica. Há indivíduos que preferem acreditar em outras linguagens, e, por exemplo, clamam pela volta de governos militares. Nesse sentido, se está correto que o racional não pode ser um dado intrínseco ao objeto, só podendo ser determinado na perspectiva do

empobrecer o político é absolutamente irrelevante se a violência continua desmedida, ainda que institucionalmente legitimada pela Constituição. Surge, porém, o paradoxo: o reforço do sistema jurídico não se constata apenas pelo esvaziamento do sistema político, mas também pela fragilização da própria democracia. No ponto, com ZAGREBELSKY (2011, p. 31-33):

Pilatos, porém, escolheu outra possibilidade. Ele apelou ao povo, abrindo assim um processo “democrático”.

(...)

Em breve: a condenação popular de Jesus é uma argumentação – uma argumentação definitiva – apenas para quem tem certeza da verdade. Somente sob essa condição – o conhecimento da verdade e da falsidade, do bem e do mal – o *crucifique-o!* da multidão poderia surgir como uma prova incontestável da insensatez da democracia. A verdade e a falsidade, o bem e o mal não podem depender, de fato, do número e das opiniões.

(...)

Jesus, convencido de sua verdade, seria o campeão da antidemocracia, isto é, da autocracia, enquanto o personagem positivo do ponto de vista democrático seria Pilatos. (ZAGREBELSKY, 2011, p. 31-33).

Seguindo a transcrição, se Pilatos é *o personagem positivo do ponto de vista democrático*, o ápice daquele procedimento democrático seria o levantar da cruz, quando o peso do corpo de Jesus estivesse sustentado apenas pelos pregos de ferro que lhe trespassavam a carne, o momento da *efetiva concretização* da norma democraticamente construída pela decisão popular na forma do procedimento instituído e levada a termo pela autoridade legalmente constituída¹⁹⁶.

ZAGREBELSKY (2011) discorda do parágrafo anterior. Para aquele autor, as duas posturas que admitem a interpretação acima (dogmática ou cética), aceitam a democracia apenas circunstancialmente, e ambas devem ser confrontadas por aquilo que denomina *democracia crítica*, um modelo de convivência que exige um debate e um repensar constante e que, justamente por tal motivo, recusa peremptoriamente qualquer hipótese de *resposta final ou última palavra*. Por consequência lógica, também vai recusar posturas de antagonismo necessário entre o sistema jurídico e político, já que qualquer antagonismo necessário remete ao confronto e dificulta o diálogo.

observador (SELL, 2013, p. 11), restaria democraticamente aberto o debate sobre qual instituição está (mais) legitimada a assumir os conflitos políticos da sociedade brasileira.

¹⁹⁶ Assim, simplesmente dizer que algo é “democrático” não representa muita coisa. “A nossa época, enfim, não é a da glorificação, mas a da crítica à democracia que evidenciou impiedosamente seus limites, seus lados obscuros e suas mistificações.” ZAGREBELSKY (2011, p. 36).

Veja-se que, ao refazer interpretações possíveis para o relato evangélico sobre o julgamento de Jesus pelo Sinédrio de Jerusalém e pelo procurador romano da Judéia, ZAGREBELSKY (2011, p. 43) menciona, por exemplo, a possibilidade de possíveis *reconstruções históricas* no relato¹⁹⁷ e registra: “Mas nada disso importa. Todos os elementos da história já assumiram hoje um significado objetivo, completamente independente da sua veracidade.” No âmbito deste trabalho, este é o problema: evitar tanto que o ideário constitucional (e a tese da última palavra) quanto a tese da obesidade, alcancem significações objetivas dissociadas da efetiva complexidade que as envolvem.

Não parece adequado formalizar verdades objetivadas no âmbito da convivência social¹⁹⁸. Se for possível compreender o Direito como *fenômeno em lapidação*, é razoável pretender que o constitucionalismo represente uma *aquisição evolutiva* (LUHMANN, 1994, p. 32) – um processo histórico de desconcentração do poder¹⁹⁹ que evolui para formalizar instituições ou instâncias orientadas a constranger o arbítrio, buscando realizar, em alguma medida, a redistribuição do poder entre atores originalmente aliados do processo decisório²⁰⁰.

Assim, a ideia de HART (1994, p. 91) e a lição do Direito como união de regras primárias e secundárias surge mais relevante: as regras de primeiro tipo tratam de estabelecer modelos de conduta com vistas a orientar as relações interpessoais, exigindo que *se façam ou se abstenham de fazer certas ações*, enquanto as regras de segundo tipo estabelecem modelos de criação, extinção e modificação das regras de primeiro tipo, bem como regras para *determinar*

¹⁹⁷ Por exemplo, com esteio em motivos teológicos e políticos, afirma que Pilatos é apresentado de forma curiosamente positiva justamente para formalizar interpretações antijudaicas sobre a responsabilidade política na condenação do Cristo.

¹⁹⁸ Da mesma forma, há uma substancial diferença de gradação entre objetivar verdades sociais e estabilizar expectativas pelo estabelecimento de condutas socialmente acolhidas conforme a regra: a primeira, demanda uma autoridade heterônoma que defina a verdade objetiva; a segunda, uma relação dialógica de entendimentos.

¹⁹⁹ São exemplos a *Magna Charta Libertatum* de 1215 e o atual movimento conhecido como primavera árabe, que culminou com o encerramento, na Tunísia e no Egito, de ciclos de poder autocráticos. Aqui, a teor do alerta de Danilo Porfírio de Castro Vieira, veja-se que não se trata de analisar tal movimento sob uma ótica eurocêntrica de liberdade e democracia (VIEIRA, 2011), mas simplesmente de perceber um movimento histórico e atual de confrontação ao poder arbitrário.

²⁰⁰ “O sentido infalível pelo qual reconhecemos o progresso cívico é o nivelamento dos extremos da sociedade, a limitação do domínio do homem sobre o homem.” (BOBBIO, 2014. p.41).

*diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar sua aplicação*²⁰¹. De fato, neste texto muito já foi dito sobre a regra primária: um comando voltado a orientar condutas, e estabilizar expectativas, em si mesmo o *resultado* de um processo de adaptação social²⁰².

Para HART (1994, p. 104), a forma mais eficiente para mitigar a incerteza que paira sobre as regras primárias é a introdução da *regra secundária de reconhecimento*, voltada a definir “(...) aspectos cuja existência de uma dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social (...)”. O próprio HART (*op. cit.*, 107) esclarece que há uma relação entre as regras de reconhecimento e outro tipo de regras secundárias, as regras de julgamento (adjudicação). Na essência, na medida em que é necessário atribuir o poder de julgar, tal julgamento importa em atribuir *autoridade para definir qual é a conduta conforme a regra*:

Na verdade, um sistema que tem regras de julgamento, está necessariamente ligado a uma regra de reconhecimento de uma espécie elementar e imperfeita. Isto é assim porque, se os tribunais tiverem poderes para proferir determinações dotadas de autoridade quanto ao facto de uma regra ter sido violada, estas não podem deixar de ser tomadas como determinações dotadas de autoridade daquilo que as regras são. (HART, 1994).

É crucial perceber, então, a diferença entre a *autoridade* e a *legitimidade* que são oferecidas ao Judiciário para *definir o que é a regra*. Autoridade é o exercício do poder com base na força, material ou simbólica. Legitimidade é um conceito político que permeia o exercício da força com alguma medida de aquiescência interna, justamente a hipótese de cumprimento voluntário da regra antes mesmo de qualquer intervenção da autoridade competente. Assim, reconhecer que o Judiciário detém autoridade para dizer o Direito não significa reconhecer, numa relação direta de causalidade, que o Judiciário detenha legitimidade para dizer o Direito,

²⁰¹ A regra secundária é regra social, *fórmula para criar deveres*, e se apresenta em três modalidades: regras de mudança, de adjudicação e de reconhecimento. Em última instância, essa estrutura normativa secundária representa a *passagem do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico* (HART, 1994, p. 50).

²⁰² Neste processo de adaptação social é necessário cuidado no sentido de não confundir o debate sobre o Direito com o debate sobre a Justiça, dimensões distintas no fenômeno jurídico. Por exemplo, talvez seja injusto que a pena máxima aplicável ao magistrado seja a aposentadoria compulsória (com base na Lei Complementar 35, de 14/03/1979 – art. 42, V), especialmente quando a própria Constituição Federal trata o instituto da aposentadoria como um benefício. Inobstante, o nosso processo de adaptação do direito formalizou tal norma, plenamente em vigor. “Vamos à Faculdade de Direito aprender *direito*, não justiça. *Justiça* é com a religião, a filosofia, a história.” (GRAU, 2014, p. 19).

especialmente no ideário constitucional de *proferir a última palavra*²⁰³, porque, repete-se, a simplicidade dessa ideia mitiga a sua real dimensão: *se o Judiciário já disse o Direito, ninguém tem mais nada a dizer.*

Em suma, ao negar a *dimensão social* da construção e reconstrução da norma, negativa que ocorre pela ideia da *última palavra judicial*, a linguagem jurídica refuta aquela ideia de regra de mudança: a norma não pode ser mero resultado de acordos sociais e políticos, historicamente construídos até alcançar uma institucionalização social que a qualifique como norma jurídica.

De fato, tal percepção, lembrando-se de ABREU (2016) seria *degenerada por contaminação*; seria exatamente a sociedade *contaminando* o direito²⁰⁴. Nesse sentido, retorna-se à importância das regras primárias e secundárias e de uma ideia mais consistente sobre qual deve ser a conduta conforme a regra, ponto fundamental neste trabalho: a *passagem do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico* (HART, 1994, p. 50). Parece seguro afirmar que é nessa passagem que a conduta *conforme a regra* se cristaliza para o corpo social.

A intenção, então, não é perseguir a higidez no sistema jurídico e manter os incentivos para o empobrecimento do discurso político, mas sim explicitar a necessidade de aprimorar o debate político e reforçar a transparência no debate social sobre as normas secundárias. Tal perspectiva, por óbvio, deve reduzir o estabelecimento de hierarquizações e interdições entre as linguagens política e jurídica para privilegiar a construção de condições adequadas de convergência, ou seja, possibilidades de interlocução entre a Sociedade, a Política e o Direito²⁰⁵.

²⁰³ Talvez seja possível afirmar que o direito se movimenta tal qual um rio, cujo curso original é traçado por recortes geográficos, recortes que vão sendo paulatinamente reconfigurados pelo próprio transcorrer das águas, bem como por outras influências. A ideia de regra secundária de Hart, especificamente a *regra de mudança*, trata exatamente das influências que alteram o curso do rio, envolve o contexto social que exige que algo passe a ser respeitado como norma jurídica ou deixe de ser respeitado como tal.

²⁰⁴ Entre nós há o exemplo da norma que criminalizava o adultério, que deixou de ser aplicada tanto pela sociedade, quanto pelos juízes, muito antes de ser revogada enquanto comando positivado, o que apenas ocorreu com a Lei nº 11.106, de 28/03/2005. E, no tema, muito mais poderia ser dito, especialmente os *legítimos* limites da ordem estatal e o problema da *legítima* desobediência civil em caso de excessos do Poder.

²⁰⁵ Aliás, é deveras constrangedor constatar, na doutrina jurídica, que o debate entre o político e o jurídico regularmente parece ignorar completamente aquela citada *lógica do usuário*, como se a sociedade não tivesse um “direito a voto” e estivesse inexoravelmente submetida ao *suplício do arbítrio majoritário da política* ou à *salvação pelo arbítrio contramajoritário do direito*. Ao fim, é imperativo aceitar que nem tudo que se debate sobre o Direito pode ser tratado com o Direito, e talvez seja por isso que Herbert Hart, nas faculdades americanas, era leitura recomendada para o estudo da teoria política (WALDRON, 2003 p. 14)

3.3. O sistema híbrido

Com base em todo o exposto, é possível afirmar, com alguma segurança, que o modelo constitucional brasileiro demanda um repensar e um refazer. O quê refazer, como refazer, e em qual medida refazer, permanecem, entretanto, em debate. A dificuldade reside na complexidade da construção constitucional brasileira, que, como dito em introdução, realmente parece ter combinado distintas experiências para formar um sistema híbrido, baseado em um *olhar em direção às Constituições europeias*, porque haveria uma *similitude histórica* – o fato de terem sido pensadas para suceder regimes totalitários (STRECK, 2014, p. 121).

A Constituição, então, seria baseada em uma *riqueza de direitos*, no sentido de indicar a “(...) refundação de um país historicamente excludente e centralizador.” (STRECK, 2014, p. 120). Obviamente, não se nega essa dimensão da Constituição de 1988. O problema, repete-se, é ignorar outras dimensões perceptíveis e também inegáveis. Conforme tudo já explicado, há uma outra dimensão da Constituição, que, levantando bandeiras constitucionais do tipo *competências, garantias, monopólios, dignidades, autonomias orçamentárias e administrativas etc.*, serve essencialmente para a manutenção de espaços de poder, privilégios e estamentos²⁰⁶.

E há ainda uma terceira dimensão, que não se volta a uma efetiva garantia de direitos, mas representa tão somente tergiversação dos conflitos políticos e uma *esperança constitucional*, fato que é confirmado por STRECK (2014, p. 524):

Apesar disso, ocorreram críticas ao texto constitucional. As principais objeções à Constituição partiram dos setores conservadores da sociedade, acusando-a de ser excessivamente longa e utópica. Da dialética resultante dos confrontos políticos e sociais ocorridos no decorrer da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, optou-se por constitucionalizar as mais diversas questões, pela exata razão de que, no Brasil, a efetividade do sistema jurídico sempre deixou a desejar. Daí por que as diferentes correntes de opinião e grupos que participaram do processo constituinte – mormente as ligadas ao constitucionalismo comunitarista –, em face desse grave problema de efetividade, optaram por colocar diretamente no texto constitucional os seus anseios, esperando que, desse modo, haveria o cumprimento das regras. (STRECK, 2014, p. 524).

²⁰⁶ Se ainda há dúvidas sobre essa afirmação, confira-se o artigo 236 da Constituição Federal a partir da realidade empírica que resulta da “textura aberta” daquele dispositivo, justamente o que foi denominado de *baronato aristocrático-notarial*, pela Ministra Ellen Gracie, no julgamento do MS 28.279/DF (DJE nº 79, publicado em 29/04/2011), para identificar situações onde os cartórios extrajudiciais eram “transmitidos” entre sucessores/interessados como se fossem “parcela disponível” do patrimônio privado.

Assim, no conjunto da obra, é possível aceitar a tese de que há um grau de obesidade na Constituição de 1988, perceptível no texto, na construção da conduta conforme a regra pelo corpo social, e também na interpretação judicial dos conflitos judicializados. Na essência, a negativa em aceitar tal realidade decorre justamente de um outro fator explicado neste trabalho, justamente a *sacralização do Direito*, a pretensão da supremacia do jurídico sobre o político e até mesmo sobre a sociedade.

Sem pretender resumir o portento da obra de STRECK (2014), mas citando um exemplo representativo, confirmam-se as notas introdutórias da obra que explica que “(...) para discutir a crise do direito, do Estado, e da dogmática jurídica (...)”, é necessário “(...) rediscutir as práticas discursivas dos juristas.”. Supor que as *práticas discursivas dos juristas* possam compreender substancialmente o problema de uma *crise do estado*, envolve, em alguma medida, o paradigma de supremacia do Direito que este trabalho pretende criticar, na forma como é veiculado na experiência brasileira.

De fato, STRECK (2014, p. 37) afirma categoricamente que o significado da Constituição precede (e consubstancia) a atividade político-estatal: “Com isso, conceitos como soberania popular, separação de poderes e maiorias parlamentárias cedem lugar à legitimidade constitucional, instituidora de um constituir da sociedade.”. Há, aparentemente, uma contradição latente: ao mesmo tempo em que se afirma que aquele significado da Constituição depende de um processo hermenêutico “(...) que desvendará seu texto a partir dos novos paradigmas exsurgentes, que envolvem a produção democrática do direito (...)” (STRECK, 2014, p. 37), também se afirma que a Constituição, *dirigente e compromissória*, apresenta-se voltada para “(...) o resgate das promessas (incumpridas) da modernidade (‘promessas’ entendidas como ‘direitos insculpidos em textos jurídicos produzidos democraticamente’)” (*op. cit.*, p. 39).

Ou seja: o processo hermenêutico deverá revelar o conteúdo da Constituição, desde que respeite uma série de estipulações prévias, por exemplo, a *supremacia incontestada* de um texto *produzido democraticamente*. É como se a problemática do debate político tradicional, aquelas *impurezas políticas*, especialmente aquelas

denunciadas por FAORO (2008) e citadas neste trabalho, estivessem *decantadas* pelo ato promulgador da Constituição.

Por exemplo, a hermenêutica já deve considerar que as privatizações que orientam um estado mínimo, são incompatíveis com um “(...) núcleo político essencial da Constituição, que determina a construção de um Estado Social no Brasil.” (STRECK, 2014, p. 97), e prossegue: “(...) quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais minimizamos o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais.”.

É nessa realidade que a diferenciação entre os dois *vetores de racionalidades*, (STRECK, 2014, p. 231) o apofântico e o hermenêutico, apresenta-se na teoria de STRECK como uma necessidade específica de complemento da teoria: é necessário um compreender – preferencialmente nos parâmetros já estabelecidos por STRECK, a exemplo do dito *Estado Social no Brasil* – para que então seja possível um interpretar que, obviamente, por coerência interna, não poderá estender a interpretação para fora dos limites pré-compreendidos.

Poder-se-ia argumentar que a expressão constitucional “estado social” demanda tal cerceamento apofântico, mas tal só ocorre a partir de uma naturalização havida entre o estado social e a maneira pelo qual tal estado social pode existir²⁰⁷. Assim, STRECK, ao mesmo tempo em que critica todo o autoritarismo do momento político que precede a Constituição, vai propor um modelo também inexoravelmente autoritário, em que a aposta na hermenêutica não se presta a reduzir o autoritarismo, para apenas para justificá-lo em termos racionais²⁰⁸.

²⁰⁷ . Há diversas questões que parecem passar despercebidas. Primeiro, a relação naturalizada entre políticas públicas, modelo econômico estatizante e a consecução de um estado social. Também há a naturalização da relação entre disponibilidade de recursos e a titularização das atividades econômicas. A saber, a consecução de um estado social demanda recursos, não exatamente a propriedade de empresas. De fato, empresas deficitárias não produzem recursos. Em suma, é válido, ao menos em tese, supor a construção do estado social por meio da apropriação de recursos mediante tributação, e não apenas por resultados líquidos apurados pela contabilidade. Uma outra naturalização reside na crítica à *desigualdade social*, por que desconsidera que desigualdade é um conceito relativo. Numa sociedade hipotética de milionários, uns poucos bilionários formalizam uma sociedade desigual em termos econômicos. De fato, conforme o índice de gini, fórmula matemática de apurar desigualdades desenvolvida pela ONU, a Etiópia (em 2004 - 29,8%), era mais igualitário do que a Suíça (em 2012 - 31,6%). Disponível em <http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI/>. Acesso em 24/07/2017. É evidente reconhecer que o problema a ser enfrentado é a pobreza, não a desigualdade.

²⁰⁸ Justamente a sua Teoria da Decisão Judicial, os cinco princípios de uma hermenêutica adequada ao projeto constitucional (projeto pré-compreendido, ressalte-se) e as seis hipóteses pelas quais o juiz pode deixar de aplicar uma lei.

Conforme constatação de SAMUEL (2017)²⁰⁹, a crença fundamental de STRECK está na impossibilidade de alcançar a verdade por meio de um consenso, o que exige, obrigatoriamente, um intermediário obrigatório, com a última palavra – agora racionalmente bem fundamentada – que esteja apto a construir a convivência social naquela premissa do *Estado Constitucional Social Democrático no Brasil*:

Nesse mesmo sentido, Streck entende que a leitura correta de seu título seria verdade contra consenso, equivale dizer, não se pode alcançar a verdade pelo consenso. De plano, a proposta do autor implica manifesto desconforto pois significa pensar que jamais nós teremos capacidade de resolver nossos próprios problemas (a verdade) por meio de um consenso e, claro, sempre precisaremos de um terceiro (de preferência, um Juiz Hércules) dotado de uma capacidade transcendental para nos dizer a verdade.

(...)

Ou será que somente será verdade quando o juiz perceber que esse acordo (quer dizer, o consenso dos envolvidos) esteja em consonância com a resposta constitucionalmente adequada e, a partir dessa decisão homologatória, se transfigurasse na verdade. Será que para toda eternidade precisaremos de alguém (em nosso caso, de um juiz) para assegurar nossos direitos fundamentais? Esse desconforto com o título se deve, em última análise, a um ranço autoritarista em negar a capacidade das pessoas em alcançar a verdade por elas próprias. Ou seja, uma proposta que nega a própria essência da democracia.

É absolutamente possível que STRECK esteja correto em seu descrédito sobre as possibilidades democráticas do consenso, especialmente no caso de uma sociedade aparentemente ávida pela dramaturgia telenovelistica de *reality-shows* e/ou de narrações esportivas shakespearianas. Mas também é possível vislumbrar contrapontos possíveis. Em NEVES (2007) a constatação de um grau de simbologia e mitologia na legislação (e portanto, de ineficácia), não resulta obrigatoriamente na negativa peremptória da possibilidade de construção social de consensos normativos válidos, e nem demanda o reforço de outros tipos de estruturas mitológicas²¹⁰.

O reconhecimento da existência de uma legislação simbólica, caracterizada pelo *predomínio da função simbólica da atividade legiferante e da lei em detrimento da função jurídico-instrumental* (NEVES, 2007, p. 23), não importa em reduzir o direito a esquemas psicológicos de conforto (que se dá pela função simbólica), nem

²⁰⁹ Fernando Oliveira Samuel. Mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público/IDP. Resenha do livro *Verdade e Consenso*. Versão não publicada, cedida pelo autor.

²¹⁰ De tipo juiz-hércules a que alude Ronald Dworkin. A esse teor, em conversa informal com um juiz de segunda instância do Poder Judiciário, foi dito algo que assim pode ser reproduzido, a partir das limitações da memória dos interlocutores e das interpretações realizadas: a eficácia de uma teoria de decisão, bem como a adequada fundamentação das decisões judiciais, está numa relação inversamente proporcional ao cumprimento de metas de julgamento e da necessidade de apresentar respostas às demandas judiciais em um tempo minimamente razoável.

demanda um movimento de superestimação da função instrumental de orientar condutas. De fato, *superestimar a função instrumental do direito é fator e produto de uma ilusão*, mas a *supervalorização do caráter simbólico do direito é simplificadora*, pois impede a formulação de *distinções ou análises diferenciadas em relação ao material jurídico* (NEVES, 2007, p. 26).

Considerando que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. (NEVES, 2007, p. 30).

Na essência, a transcrição acima representa o incômodo que provocou o problema da pesquisa agora em tela. Parece um equívoco supor que a Constituição, especificamente seu conteúdo simbólico, cujas finalidades políticas não possuem um caráter especificamente normativo-jurídico, possa ser tratada, de forma exclusiva, por um Judiciário *que diz o que o Direito é*, de uma forma definitiva *pela autoridade da última palavra*.

Aliás, segundo KINDERMAN (*apud* NEVES, 2007, p. 33), o conteúdo simbólico da legislação poderia ser dividido em três tipos: a) a confirmação de valores sociais²¹¹; b) demonstrar a capacidade de ação do estado, a legislação-álibi²¹²; c) adiar a solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatatórios, situação em que as divergências políticas “(...) não são resolvidas por meio do ato legislativo que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva de ineficácia da respectiva lei.” NEVES (2007, p. 41).

Estando correta a ideia anterior, se o texto de *compromisso dilatatório* for aprovado *porque* está presente a *perspectiva de ineficácia da lei*, são evidentes e devastadores os respectivos “efeitos normativos”, justamente aquilo que se pretendeu debater neste trabalho, o problema da estrutura tergiversativa da linguagem normativa que resulta na impossibilidade de formalizar condutas

²¹¹ Hipótese representada pela lei seca nos Estados Unidos (NEVES, 2007, p. 33).

²¹² Hipótese de simbolismo bem representado pela legislação brasileira explicitamente orientada ao desarmamento da população civil. Na essência, “(...) o emprego abusivo da legislação-álibi leva à descrença no próprio sistema jurídico, transtorna persistentemente a consciência jurídica.” (NEVES, 2007, p. 40). Com o perdão ao coloquialismo, qualquer semelhança *não é* mera coincidência.

conforme a regra socialmente aceitas²¹³. O alcance do problema é ainda maior, pois aquela estrutura tergiversativa da linguagem vai mitigar até mesmo as *pretensões dirigentes*²¹⁴ do texto constitucional.

Frente a todas estas dificuldades, necessário então rumar no sentido de construir as respostas possíveis para tais questões, lembrando, entretanto, daquela postura zetética já alertada no início do trabalho, especialmente dada a dimensão da problemática que envolve a interlocução dos sistemas político e jurídico na construção da norma na heterogeneidade de uma sociedade complexa, questão que, remontando a Platão, chega até MACINTYRE (2010, p. 13):

Um dos fatos mais surpreendentes nas ordens políticas modernas é que elas não possuem foros institucionalizados nos quais as discordâncias fundamentais possam ser sistematicamente exploradas e mapeadas, e muito menos fazem qualquer tentativa de resolvê-las. O próprio fato da discordância frequentemente não é reconhecido, sendo escamoteado por uma retórica do consenso. E quando, em uma única e complexa questão, como nas disputas sobre a guerra do Vietnã ou nos debates sobre o aborto, as ilusões de consenso sobre questões de justiça ou de racionalidade prática são momentaneamente rompidas, a expressão da discordância radical é institucionalizada de maneira tal que essa questão única é abstraída dos contextos de fundo de crenças diferentes e incompatíveis dos quais as discordâncias surgiram. Isso serve para impedir, na medida do possível, que o debate se estenda aos princípios fundamentais que informam as crenças de fundo.

Os cidadãos particulares são assim, na sua maioria, abandonados aos seus próprios recursos no que tange a essas questões. Aqueles que, muito compreensivelmente, não abandonam toda e qualquer tentativa de compreender tais questões de maneira sistemática são geralmente capazes de descobrir apenas dois tipos mais importantes de recursos: os fornecidos pelas pesquisas e discussões da filosofia acadêmica moderna e os fornecidos por comunidades mais ou menos organizadas em torno de crenças comuns, tais como igrejas ou seitas, religiosas ou não religiosas, ou certos tipos de associações políticas. O que estes recursos podem fazer, de fato?

Fica claro, portanto, que há um mecanismo político de fundo, que é ao mesmo tempo estruturante e estruturado: aquilo que pode ser chamado de *lógica do falso consenso* que, operando a partir de momentos e estratégias, ignora, no momento anterior ao conflito específico, a necessidade de manter *foros institucionalizados nos quais as discordâncias fundamentais possam ser sistematicamente exploradas e mapeadas*. No momento concomitante ao conflito, a lógica do falso consenso opera

²¹³ Algo que, reiterando o pedido de perdão pelo coloquialismo, explica o brocardo da “lei que não pega” justamente porque foi construída “para não pegar”. Nesse contexto, e a partir do emprego abusivo da legislação-álibi explicado acima, a excessiva judicialização resulta de um processo inexorável de anomia social, *temporalmente condicionada*, conforme já explicado neste trabalho.

²¹⁴ Após explicar o problema do chamado caráter programático da Constituição, STRECK (2014, p. 130) explica que sobrevivem *dimensões* da programaticidade e do dirigismo constitucionais.

na instância legislativa, construindo soluções simbólicas (confirmação de valores sociais; legislação-álibi e compromissos dilatórios). Por fim, em um terceiro momento, a lógica do falso consenso vai expurgar o conflito da possibilidade do consenso, mas sem vincular o sistema político, remetendo a questão para a autoridade heterônoma do Poder Judicial.

Dessa forma, o sistema político se isenta dos eventuais efeitos negativos da decisão proferida. Por conseguinte, parece seguro afirmar que a experiência brasileira, em particular, formalizou um sistema político que, recusando-se a fazer política, apresenta-se tão somente como um estamento que faz uso do Estado para advogar interesses particulares.

Entre as posturas empiricamente existentes, i) um discurso político que se recusa a enfrentar conflitos e formula falsos consensos, e ii) um discurso jurídico que se recusa a acreditar em consensos e formula uma falsa legitimação democrática, a verdade sai da esfera do conhecimento e assume a condição de um *status*, justamente aquela objetivação da verdade alertada por ZAGREBELSKY (2011) e já citada neste trabalho: “É uma condição (de santo, ou a de escolhido) que nada tem a ver com a posse de uma fórmula, de uma argumentação filosófica.” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 47).

Assim, se está correto que tanto a chamada *democracia dogmática* quanto a *democracia cética* apresentam um denominador comum – uma *impossibilidade diante do que pode acontecer* (ZAGREBELSKY, 2011, p. 47), compreende-se que a resposta adequada tem estrutura naquilo compreendido como chamada *democracia crítica*, baseada na *crença na possibilidade*²¹⁵.

Por isso, a democracia crítica nunca será um regime arrogante, seguro de si, que recusa as autocríticas e olha apenas para frente, tendo sempre em vista suas finalidades e esquecendo suas raízes, ao contrário da “democracia” segundo a verdade ou segundo a força da realidade. A democracia crítica é um regime inquieto, circunspecto, desconfiada de si mesmo, sempre pronta a reconhecer os próprios erros, a colocar-se em jogo, a recomeçar desde o início. (ZAGREBELSKY, 2011, p. 47).

215

Assumidamente ideológica, diferenciando-se assim das outras posturas pretensamente “científicas”.

Apesar da estética literária da transcrição acima, imperativo reconhecer sua absoluta esterilidade pela ausência de conteúdo concreto. Como já dito aqui, palavras em folhas de papel, desacompanhadas de propostas concretas materializáveis em ações, são meras apologias.

Necessário, então, retomar em LOPES (2006) aquela ideia de *soberania compartilhada* citada ainda em introdução. Tal soberania compartilhada não é exatamente uma proposta concreta formulada por aquele autor, mas, sim, o relato histórico da construção constitucional norte-americana. Inobstante, parece razoável pretender seguir esse sentido, porquanto aparentemente alinhado com as ideias gerais deste trabalho.

Lembre-se que LOPES (2006, p. 23) parte do pressuposto de que a raiz dos problemas, na experiência histórica brasileira, está na *importação de um modelo pela metade* (o norte-americano), acrescido, em alguma medida, do modelo europeu. Um modelo híbrido que compunha um sistema que combinava independência jurisdicional e administrativa, *com uma lista de poderes bastante grandes* (*op. cit.*, p. 29), resultando em um modelo que, assumindo parcela do antigo Poder Moderador vigente na época do império, não possuía os *necessários controles institucionais* e assim perpetuava “(...) aquilo de que já se queixavam os juristas do império: a ausência de uma interpretação da lei que fosse universal, tornando as portas da justiça, aos olhos dos cidadãos, a entrada em uma loteria.” (*op. cit.*, p. 30)

A ideia de soberania compartilhada surge então como uma alternativa: ao invés de retirar poder do sistema político para reforçar o poder judicial, talvez uma proposta de compartilhar o poder com outros agentes seja uma proposta razoável, retirando alguma medida de poder, tanto do sistema político quanto do sistema judicial, para entregá-lo à sociedade, e não a partir de mecanismos de sufrágio apenas, mas especialmente a partir da construção daqueles foros institucionalizados citados por MACINTYRE (2010).

A raiz da questão envolve, então, uma perspectiva de direitos humanos a partir do critério de *essencialidade* atribuída por LOPES (2006, p. 42), justamente os *direitos de cidadania*, particularmente os direitos políticos – mas não apenas na

perspectiva tradicional de votar e ser votado, mas sim na “radical perspectiva” de que tais direitos devem garantir uma *efetiva participação no debate político*. Em suma, “Trata-se de retirar a legitimação institucional ao absolutismo.” (LOPES, 2006, p. 42).

De fato, se tais direitos humanos não se voltam a defender a pessoa humana contra indivíduos, “(...) mas do exercício abusivo do poder, das instituições do poder político (nos séculos XVIII e XIX) e do poder econômico (...)” (LOPES, 2006, p. 42), parece sensato supor que o poder político, inclusive parcela do poder material, estivesse mais (e não menos) à disposição da sociedade civil. No espectro social da experiência brasileira, no qual uma sociedade “órfã e incapaz” precisa ser tutelada, é bem possível que a frase anterior provoque, antes de tudo, reticência e incômodo, o que não significa, entretanto, que esteja errada.

Como já foi dito neste trabalho, a comparação entre os textos constitucionais norte-americano e brasileiro não é exatamente correta, pela diversidade das construções históricas. Mas, neste ponto, inclusive em face da contribuição de LOPES (2006) sobre o sistema híbrido brasileiro, cujo principal defeito teria sido a não incorporação de adequados mecanismos de *controles institucionais*, é importante conferir um desses mecanismos na experiência norte-americana, justamente o documento conhecido como *Bill of Rights*.

Bem verdade, há um consenso histórico de que “The Constitution might never have been ratified if the framers hadn't promised to add a Bill of Rights”²¹⁶. Cabe conferir o preâmbulo daquela Carta de Direitos:

The Conventions of a number of the States, having at the time of their adopting the Constitution, expressed a desire, in order to prevent misconstruction or abuse of its powers, that further declaratory and restrictive clauses should be added: And as extending the ground of public confidence in the Government, will best ensure the beneficent ends of its institution. (*BILL OF RIGHTS, 1791*)

Para simplificar: os Estados americanos, para ratificar a Constituição de 1776, expressamente requereram instrumentos para evitar *abusos dos poderes constitucionalmente* constituídos. A Carta de Direitos surge, então, para apresentar

²¹⁶ Em tradução livre: “A Constituição jamais teria sido ratificada se os Fundadores não tivessem se comprometido a emendá-la com direitos explicitamente inscritos em uma Carta de Direitos”. Disponível <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution.html>. Acesso em 03/10/2016.

as 10 (dez) primeiras emendas à Constituição de 1776, justamente para garantir a proteção dos cidadãos contra eventuais abusos do poder. Apresenta-se, então, a Segunda Emenda àquela Constituição: “Amendment II - A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.

Em tradução livre: necessário para a segurança de um estado livre, o direito do cidadão de possuir e portar armas, no contexto de uma milícia regulamentada, será garantido. Dito de forma muito explícita: o direito de possuir e portar armas garantido constitucionalmente aos cidadãos norte-americanos não tem absolutamente nenhuma relação com o problema da segurança pública ou da criminalidade, mas representa, em primeira e última instância, uma ferramenta de direitos humanos que foi oferecida à sociedade para se proteger contra os abusos do Estado. E não se trata de mera retórica, pois a historiografia reconhece a contribuição dos chamados *minutemen* na guerra de independência, justamente os homens livres da população civil que se armaram para lutar contra a metrópole britânica. KARNAL (2015–A, p. 87) esclarece:

Declarar a independência era, porém, mais fácil do que lutar por ela. As colônias tiveram que enfrentar uma guerra para garantir esta independência diante da Inglaterra. George Washington, fazendeiro da Virgínia, foi nomeado comandante das forças rebeldes.

As hostilidades haviam começado em Lexington e Concordo. Foi organizado o Exército Continental, uma força regular a cargo de Washington. Porém, a Guerra da Independência é também fruto das milícias, grupos mais ou menos autônomos de colonos que faziam sabotagem contra o Exército inglês. Nessa época, desenvolve-se uma noção muito importante para os Estados Unidos: os *Minutemen*, homens que deveriam estar prontos para defender-se a qualquer minuto dos ataques da Inglaterra, sendo os verdadeiros “cidadãos em armas”. (KARNAL 2015–A, p. 87).

De fato, não há nenhuma dúvida de que, não fossem os *cidadãos em armas*, exercendo diretamente não apenas o poder político, orientado pela *força weberiana*²¹⁷, mas titularizando também o poder material, talvez a história americana não se desenrolasse como ocorreu, o que poderia impactar na teoria constitucional norte-americana²¹⁸. Mas é exatamente esse o ponto que, relembre-se, provoca

²¹⁷ Com WEBER (2011, p. 66) compreende-se que o que define o Estado é o *meio* próprio que lhe é peculiar, justamente a coação física: “*Todo Estado se funda na força*, disse um dia Trotsky a Brest-Litovsk. E isso é verdade.”

²¹⁸ E nos modelos inspirados por aquela teoria constitucional.

reticência e incômodo no senso comum atualmente percebido no debate público – imaginar cidadãos materialmente aptos a confrontar os titulares do poder?

É pertinente constatar, com MENELICK (*in* ROSENFELD, 2003), esse discurso que formaliza uma forma de *garantia-interdição* que se dá por uma tutela estatal paternalista, que *subtrai dos cidadãos exatamente a sua capacidade de autonomia*:

Para Rosenfeld, tal como para Friedrich Muller, Chantal Mouffe e a maior parte da filosofia política e da doutrina constitucional atuais, sabemos hoje, por experiência própria, que a tutela paternalista elimina precisamente o que ela afirma preservar. Ela subtrai dos cidadãos exatamente a cidadania, o respeito à sua capacidade de autonomia, à sua capacidade de aprender com os próprios erros preservando eternamente a minoridade de um povo reduzido à condição de massa (de uma cidadania) manipulável e instrumentalizada por parte daqueles que se apresentam como seus tutores, como os seus defensores, mas que, ainda que de um modo inconsciente, creem a priori e autoritariamente na sua superioridade em relação aos demais e, assim, os desqualificam como possíveis interlocutores. O debate público e os processos constitucionais de formação de uma ampla vontade e opinião públicas são assim privatizados. (MENELICK, *in* ROSENFELD, 2003).

E não se trata aqui daquela *autonomia possessiva* de que fala BOAVENTURA SANTOS (2014, p. 10-11), uma ideologia que se apresenta como um “(...) compromisso pessoal do indivíduo com um mundo pré-formatado e imutável (...) e que deve ser contrariada justamente pelas *políticas normativas* dos direitos humanos. Trata-se de compreender a autonomia justamente na sua dimensão política, o direito de participar efetivamente do debate sobre os direitos. É a diferença entre ser um sujeito de direitos humanos, e ser objeto de discurso sobre os direitos humanos, conforme registra o próprio BOAVENTURA SANTOS (2014, p. 15):

A hegemonia dos direitos humanos como linguagem de dignidade humana é incontestável. No entanto, esta hegemonia convive com uma realidade perturbadora. A grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. É objeto de discursos de direitos humanos. Deve, pois, começar por perguntar-se se os direitos humanos servem eficazmente à luta dos excluídos, dos explorados e dos discriminados ou se, pelo contrário, a tornam mais difícil. (BOAVENTURA SANTOS, 2014, p. 15).

Cabe esclarecer, entretanto, que o referido autor muito provavelmente não corroboraria a pretensão de autonomia agora em debate. Na essência, BOAVENTURA SANTOS (2013, p. 43) se posiciona claramente contra o que denomina de matriz liberal dos direitos humanos, que “(...) concebe os direitos humanos como direitos individuais e privilegia os direitos civis e políticos.”, para

ênfatizar outras concepções, “(...) nomeadamente as de inspiração marxista ou socialista, que reconhecem os direitos coletivos e privilegiam os direitos econômicos e sociais.”. Neste contexto, BOAVENTURA SANTOS (2014, p. 43) conclui:

Moyn (2010) considera os direitos humanos como a última utopia, a grande missão política que emerge após o colapso de todas as outras. As suas análises históricas sobre os direitos humanos têm muita afinidade com as que tenho vindo a defender há mais de duas décadas.

Novamente se reconhece a beleza estética da transcrição, e novamente se percebe uma certa esterilidade na proclamação. Não basta dizer que é necessário privilegiar *direitos econômicos e sociais* e camuflar o fato de que, fora do âmbito da autonomia, alguém deverá titularizar a autoridade de atribuir direitos, dimensioná-los e adjudicá-los. Assim, aparentemente, a defesa de utopias se faz pelo sacrifício de realidades.

Por fim, volta-se a Lucas, 23-43: “Perdoa-lhes por que não sabem o que fazem.”. Por que não sabem, precisam de alguém que lhes diga o que fazer, pois “os brasileiros não estão preparados para a democracia.”. Essa é a epítome de pensamento que é estruturante e estruturado a partir da intenção de oferecer aos cidadãos todo e qualquer direito passível de ser inscrito numa Carta Constitucional, à exceção, claro, do direito de uma efetiva participação política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme é o relato histórico brasileiro, a partir das políticas de direitos sociais e trabalhistas implementadas no período entre as décadas de 1930 e 1950, o marketing político de então considerou adequado publicizar Getúlio Vargas como sendo o *pai dos pobres*. Esse mesmo relato histórico posiciona Getúlio Vargas, e no mesmo período, como uma figura ditatorial. Nesse prisma, discurso de direitos, na experiência brasileira, sempre souu estranho, talvez mesmo hipócrita, ao menos para alguns ouvintes.

Essa estranheza representa, na essência, a inquietação que motivou a construção deste trabalho. A pergunta – *temos direitos por causa da Constituição?* – não tem resposta fácil, justamente por que, passados mais de 220 anos da Revolução Francesa, a inflexão entre os sistemas da política e do Direito não parecem estar nem perto de uma formulação que de fato associe *liberdade, igualdade e fraternidade* em bases razoáveis. Aliás, tem algo de sintomático constatar que o movimento popular que se sublevou contra os arbítrios do poder se *apresentou ao mesmo tempo humanístico e universal*, mas culminou com a guilhotina e a ascensão do Imperador Bonaparte.

Assim, foi natural a curiosidade em relação à PEC nº 157/2003 e o pretendido saneamento constitucional, especialmente a partir da perspectiva de *inviabilidade do conceito de constituinte originário no Brasil* e das perspectivas sociológicas que explicavam que a Constituinte de 1987-1988, composta pelos participantes regulares do sistema político – naquela legislatura então corrente – estaria orientada a perpetuar o mesmo modelo até então praticado. Aparentemente, foi exatamente o que ocorreu, mas de forma mais sofisticada, melhor justificando a interdição da sociedade na efetiva participação política.

Tal sofisticação foi representada pelo incremento daquela antiga política de direitos do ditador: os direitos são concedidos agora em *hierarquia constitucional*, sendo mantidos os vetos, entretanto, aos meios de materialização daqueles direitos, ou com base na interdição que decorre “*dos termos da lei regulamentadora*”, ou pela redação legislativa que veicula um discurso sobre direitos sem atribuir nenhum direito efetivo, a chamada norma apologética.

Com base nesse pano de fundo, o trabalho então se orientou no sentido de debater a suposta necessidade de saneamento da Constituição Federal, o que envolve refletir sobre uma *tese da obesidade constitucional* e que demanda discorrer sobre o contexto da construção normativa levada a termo pelo Constituinte em 1987-1988. Tratou-se de analisar o tema a partir de dois vetores: verificar a interlocução entre as linguagens política e jurídica na construção do texto da norma, na experiência brasileira e a partir do discurso proferido na PEC 157/2003, e refletir sobre os critérios que poderiam ser utilizados para determinar a medida de um adequado conteúdo constitucional.

No âmbito da primeira análise, parece razoável afirmar que a relação entre direito e política, no Brasil, é pensada a partir de uma relação de competição por espaços institucionais de poder, numa dialética histórica que varia da primazia do legislativo para uma primazia judicial, ambas compreendendo a sociedade como uma entidade incapaz de participar efetivamente dos processos de participação político. Nesse sentido, parece correta a hipótese inicialmente suscitada, sobre a existência de conflito maniqueísta obrigatório entre os sistemas jurídicos e político.

De fato, o discurso analisado neste trabalho é robusto no sentido de apresentar as diversas estratégias utilizadas pelo sistema político para *tergiversar* no uso da linguagem normativa, legando à sociedade uma estrutura normativa fragilizada em seu caráter instrumental de regular condutas, mas ricas no caráter simbólico de proclamação ineficaz de direitos. Nesse paradigma, a tese da obesidade, numa leitura muito diferente daquela indicada pelo discurso havido na PEC 157/2003, pode então ser constatada a partir de uma relação de causalidade que parece bem estabelecida: (i) a norma voluntariamente ambígua, construída para atender discursos, tem efeito distópico, não apenas sendo imprestável para a estabilização das expectativas, mas (ii) servindo justamente como catalisador de um maior antagonismo social; o que, por sua vez (iii) resultará quase que fatalisticamente numa jurisprudência aleatória e irregular, o que, no círculo viciado, vai enfraquecer ainda mais a construção de um sistema jurídico apto a estabilizar expectativas.

Ainda mais problemática, entretanto, foi a percepção de que há estruturas normativas aparentemente orientadas a garantir estamentos e privilégios, e que

também são formalizadas pelo uso de simbologias constitucionais. São os chamados *intermediários constitucionais necessários* entre a sociedade (incapaz) e seus direitos garantidos.

Em última instância, a partir de intenção de *responder perguntas que não são feitas*, a investigação tentou apresentar perspectivas diferentes sobre as chamadas construções majoritárias e contramajoritárias na formulação constitucional norte-americana no século XVIII, notadamente a estruturação de um estado constitucional com vista a proteger os direitos da elite dominante, então ameaçada por um proletariado fortalecido por um arrojado sistema de liberdades individuais.

Em epílogo, é possível supor que as estruturas políticas e jurídicas se assemelham em um sentido funcionalista – ambas como estruturas sociais orientadas à solução de conflitos. A diferença fundamental tem base na linguagem utilizada: o sistema da política, sob o estandarte de violência explícita, orienta-se por um paradigma de aglutinação de interesses e manifesta-se por uma linguagem de composição no sentido de *dissimular* a ameaça da força material; por sua vez, o sistema do direito, sob o estandarte de violência implícita, orienta-se por um paradigma de exclusão da pretensão antijurídica e faz uso de uma linguagem imperativa no sentido de *revelar* a força material que está acobertada pelo manto da simbologia jurídica.

Neste prisma de semelhança funcionalista, é factível compreender o equívoco de supor que os sistemas do direito e da política possam ser considerados a partir de um modelo de antagonismo necessário. Assim, não se trata de reforçar formas maniqueístas de pensar a relação direito-política, uma suposta *dignidade da legislação versus* uma outra *dignidade judicial*, mas percebe-se a necessidade de criticar justamente a ideia geral de dignidade que é relacionada a esse conflito, pois parece improdutivo defender dignidades teóricas e observar as indignidades empíricas.

Em uma lógica de desconcentração de poder, é inequívoco que o constitucionalismo se apresenta de uma forma positiva em termos históricos. Entretanto, compreender que Constituição de 1988 reflete, de forma *obrigatória e integral*, aquilo de bom do constitucionalismo parece uma naturalização precipitada,

especialmente pela percepção de que a emancipação social não pode ser confiada de forma exclusiva a um grupo de notáveis que detenham a *última palavra*, pois o conceito de *avanço social* pertence à comunidade política, e apenas pode ser resultado de um historicismo que efetivamente concilie posições sociais, não sendo passível de mera adjudicação.

O ponto fundamental, então, é compreender que a experiência brasileira parece ter formatado um conjunto de tal maneira híbrido que pode ser *morbidamente autodestrutivo*: nem se apresenta como uma referência mínima de funcionalismo, o que se manifesta pela gigantesca dificuldade de formular condutas conforme a regra, nem se mostra como uma referência simbólica mínima, capaz de manter um *status quo* estável.

De fato, parece que a sociedade brasileira, *aguardando a última palavra para então compreender o que o Direito é*, abandonou outros modelos possíveis de vivência coletiva e coexiste em um espectro de *anomia temporamente condicionada*. Tal modelo, ao menos na experiência brasileira, importa numa convivência social e institucional profundamente violenta, o que é aferível em praticamente todos os modelos quantitativos imagináveis: número de homicídios, violência carcerária, burocracia, mortes no trânsito, litigiosidade judicial etc.

Talvez, na ânsia de pretender-se diferente, o *país do futuro* que emite o passaporte do *deus que é brasileiro* esqueceu-se em se igualar na necessidade humana de coexistir. Basta ver que mesmo a figura de Têmis, na Praça dos Três Poderes, em muito destoa daquilo que a tradição mitológica construiu: talvez cansada de ficar em pé pelo excesso de trabalho, reconheceu a inutilidade da balança e sentou-se, com a espada ao colo, à espera dos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio Henrique H. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Dados - Revista de Ciências Sociais, vol. 31, n. 1, 1988.
- ABREU, Luiz Eduardo. *A troca das palavras e a troca das coisas: política e linguagem no Congresso Nacional*. Rio de Janeiro: Revista Mana, V. 11, nº 2, 2005
- ABREU, Luiz E. *Tradição direito e política*. Rio de Janeiro: Dados - Revista de Ciências Sociais, vol. 59, n. 1, 2016.
- ABREU, Luiz E. “A Corrupção, a Relação Pessoal e a Prática Política”. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro – Anuário Antropológico, vol. 95, pp. 239-264, 1996.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Melo. *20 anos da constituição brasileira de 1988: a constituição foi capaz de limitar o poder?* In: MORAES, Alexandre (Org). *Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.
- ARRIVÉ, Michel. *Em busca de Ferdinand de Saussure*. São Paulo: Parábola Editorial, 2010.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. *A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro*. Brasília: Revista de Informação Legislativa. ano 51 n. 201 jan/mar, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BAKHTIN, M.M. *Marxismo e filosofia da linguagem: problemas fundamentais do método sociológico da linguagem*. 16 ed. São Paulo: Hucitec, 2014.
- BAUMAN; Zygmund; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- BOBBIO, Norberto; BUSSI, Mario (org.) *Qual democracia?* 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: política e direito*. 2 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30 ed.. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 23 ed.. São Paulo: Malheiros, 2016.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.

CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: segredos da constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2017.

CHAGAS, Bruno Anunciado das. *Jurisdição e(m) crise: um retrato da América Latina, Brasil e Europa*. Curitiba: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 5, n. 8, Jan.-Jun. p. 205-232,

CHALMERS, A. F. *O que é ciência afinal?* São Paulo: Brasiliense, 1993.

DA ROS, Luciano. *O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória*. Newsletter. Curitiba: Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. NUSP/UFPR, v.2, n. 9, julho, 2015.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 3 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DIAS, Maurício. In FAORO, Raymundo. *A democracia traída: entrevistas*. São Paulo: Globo, 2008.

ENGELMAN, Fabiano; FILHO, Márcio Camargo Cunha. *Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro*. Curitiba: Revista de sociologia e política. V. 21, n. 45, 57-72 março, 2013.

FAORO, Raymundo. *A democracia traída: entrevistas*. São Paulo: Globo, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA, Gabriela Nunes. *Visconde do Uruguai: teoria e prática do estado brasileiro*. In: BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz. (Org.). *Um enigma*

chamado Brasil: 29 intérpretes e um país. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

FARIA, José Eduardo. *O Brasil pós-constituente*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

FERRER, Florência. *Gestão pública eficiente: impactos econômicos de governos inovadores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

FISCHER, Rosa Maria Bueno. *Foucault*. In: OLIVEIRA, Luciano Amaral. *Estudos do discurso: perspectivas teóricas*. São Paulo: Parábola Editorial, 2013.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. 24 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção Judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

FURET, François. In: TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GORENDER, Jacob. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, v. I*. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HELLER, Agnes. *O cotidiano e a história*. 11 ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

HOLSTON, James. *Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

JAPIASSU, Hilton. *A revolução científica moderna*. São Paulo: Editora Letras &

Letras, 2001.

KARNAL, Leandro. *Pecar e perdoar: deus e o homem na história*. 2 ed. Rio de Janeiro: Harper-Collins, 2015.

KARNAL, Leandro. *Estados Unidos: a formação da nação*. 5 ed. São Paulo: Contexto, 2015-A.

KLOSTERMAN, Chuck. *But what if we're wrong?* New York: Penguin Random House LLC, 2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

LUHMAN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3 ed. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2011.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? qual racionalidade?* 4 ed. Nova Iorque: Scott Meredith Literary Agency Inc.; São Paulo: Loyola, 2010.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas 1787 - 1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política: livro I: o processo de produção capital*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, n. 58, p. 183-202. Nov. 2000.

MALDIDIER, Denise. *A inquietude do discurso. Um trajeto na história da análise do discurso: o trabalho de Michel Pêcheux*. In PIOVEZANI, Carlos; SARGENTINI, Vanice (Orgs.). *Legados de Michel Pêcheux: inéditos em análise do discurso*. São Paulo: Contexto, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDONÇA, Marina Gusmão de. *O demolidor de presidentes*. São Paulo: Códex, 2002.

MENDONÇA, Daniel. *Análisis constitucional: una introducción – como hacer cosas con la constitución*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MLODINOW, Leonard. *Andar de bêbado: como o acaso determina nossas vidas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

MOTA, Pedro Vieira. In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. 9a ed, São Paulo: Saraiva, 2008.

MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt*. Belo Horizonte: Cadernos da Escola do Legislativo, n. 2, p. 91-107, julho/dez 1994.

MOYERS, Bill. In: CAMPBELL, Joseph. *O poder do mito*. São Paulo: Palas Athena, 1990.

MUTTI, R; CAREGNATO, RCA – *Pesquisa qualitativa: análise do discurso versus análise de conteúdo*. Florianópolis: Revista Texto Contexto Enferm, Out-Dez; 15(4): 679-84, 2006.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: WMF Martins

Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Luciano Amaral. *Estudos do discurso: perspectivas teóricas*. São Paulo: Parábola Editorial, 2013.

OLIVEIRA, Luciano. *Manual de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

ORTEGA Y GASSET, José. *O que é filosofia?* Campinas/SP: Vide Editorial, 2016.

PECHEUX, Michel. *Línguas, linguagem, discurso*. In PIOVEZANI, Carlos; SARGENTINI, Vanice (Orgs.). *Legados de Michel Pécheux: inéditos em análise do discurso*. São Paulo: Contexto, 2016.

PESSOA, Samuel de Abreu. *Ascensão e queda da nova matriz econômica*. Rio de Janeiro: Revista Conjuntura Econômica, v. 67, n. 11, p. 10-11, novembro, 2013.

POLI, Vinicius José. *We, (afraid of) the people. Controle judicial de constitucionalidade: origens, desenvolvimento e dificuldades*. Ribeirão Preto: Revista Digital de Direito Público Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo. Revista Digital de Direito Público, vol. 1, n. 1, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à política científica*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra/PT: Editora Coimbra, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro)*. Rio de Janeiro: FVG, 2013.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *Se deus fosse um ativista dos direitos humanos*. São Paulo: Cortez Editora, 2014.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. 1 ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SECONDAT, Charles Louis. *O espírito das leis*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Presidencialismo de coalizão - contexto, formação e elementos na democracia brasileira*. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

SILVA, Artur Stamford da. *10 lições sobre LUHMANN*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2016.

STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lênio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursiva*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014-a.

TALEB, Nassim. *A lógica do cisne negro: o impacto do altamente improvável*. Rio de Janeiro: Bestbusiness, 2016.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015 (a).

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. São Paulo: Revista Direito GV, n. 8, p. 441-464, 2008.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARAT, L. A. *O direito e sua linguagem: segunda versão*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. 18 ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4e. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015.

XIMENES, Julia. *O processo de produção científico-jurídica – o problema é o problema*. Brasília-DF: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008.