



**TEXTO E CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO:
RELEITURAS A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO
DO SÉCULO XXI.**

**TEXT AND CONTEXT OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM :
READINGS FROM THE LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM OF THE
XXI CENTURY.**

¹Pedro Henrique Nascimento Zanon

RESUMO

Os séculos XX e XXI marcam a América Latina com a concepção do Estado Plurinacional, numa matriz constitucionalista de concepção andina de filosofia. Este trabalho se insere nesse contexto e se orienta pela seguinte pergunta: superar as matrizes constitucionais que influenciaram a Constituição brasileira de 1988, pela importância de reconhecer o pluralismo jurídico e o discurso do constitucionalismo latino americano, importa em realizar mudanças estruturais e literais na Constituição? A proposta é pensar o existencialismo político constitucional, pensar se somos frutos da Europa ou se, a partir de sua influência, é possível construir algo diferente com o pensar local.

Palavras-chave: Constitucionalismo latino americano, Pluralismo jurídico, Filosofia latino americano

ABSTRACT

The twentieth and twentieth-first century marks Latin America with the design of the Plurinational State that behaves like a new constitutionalist matrix within an Andean design philosophy. Question : Is overcoming the constitutional matrices that influenced the Brazilian Constitution of 1988 , through the importance of recognizing legal pluralism and the discourse of Latin American constitutionalism, relevant to performing structural and literal changes in the Constitution? The proposal is to analyze the constitutional political existentialism, ponder if we are fruits of Europe, or if it is possible, from European influence, to build something different based on local philosophy and sociology.

Keywords: Constitutionalism latin american, Legal pluralism, Latin american philosophy

¹ Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais Faculdades de Direito de Vitória - FDV, Espírito Santo (Brasil). E-mail: phzanon@hotmail.com





1. INTRODUÇÃO

A Teoria da Constituição como disciplina autônoma começa a se delinear na década de 20 do século XX. Até então, toda temática que se desenvolvia na Teoria da Constituição pertencia ao escopo da Teoria do Estado. Na obra clássica de Georg Jellinek – Teoria Geral do Estado – vários temas que hoje pertencem ao campo da Teoria Constitucional, foram tratados pela obra (OLIVEIRA, 2012, p. 25). Há uma desvinculação entre Teoria do Estado e Teoria da Constituição e o autor de grande importância para a criação da Teoria da Constituição como disciplina científica autônoma é Carl Schmitt (1996). Contudo, Gilberto Bercovici (2004, p. 263-290) têm ressaltado a necessária e importante reaproximação desses dois campos, pois a Constituição institui e funda o Estado e esta divisão científica provoca um problema que influi até mesmo nos Direitos e Garantias Fundamentais, por criá-los como de origem alógena.

Quando se trata de discurso constitucional, é preciso deixar clara a percepção a partir do contexto europeu. Temos a percepção, a partir de Niklas Luhman (1996), de que a norma constitucional seria o acoplamento do político com o jurídico e Celso Campilongo (1998, p. 58) diz ser a Constituição de 1988 um acoplamento estrutural entre sistemas políticos e jurídicos. Portanto, por ter teor político, a Constituição sofrerá interpretações diferenciadas por uma metodologia própria. O constitucionalismo moderno, seja em sua matriz liberal, social ou democrática, trata de um determinado tipo de Estado em uma determinada percepção do que venha a ser Constituição, uma concepção eurocêntrica de constituição. Além das três grandes matrizes constitucionais (França, Estados Unidos e Alemanha) há uma novidade no século XXI na América Latina que é o Estado Plurinacional. Autores como Enrique Dussel, Antônio Carlos Wolkmer, Anibal Quijano e Fernando Huanacuni são importantes para compreender o novo constitucionalismo democrático que já está presente há mais de trinta anos. Trata-se de uma novidade no sentido de expansão da teoria.



Este fenômeno que surge pode ser visto como uma nova matriz constitucionalista, dentro de uma concepção andina de filosofia. A grande angústia é então questionar se realmente existe um novo constitucionalismo latino americano e se há uma ruptura com as demais matrizes. Este trabalho enfrentará essa questão, orientado pela seguinte pergunta: superar as matrizes constitucionais que influenciaram a Constituição brasileira de 1988, pela importância de reconhecer o pluralismo jurídico e o discurso do constitucionalismo latino americano, importa em realizar mudanças estruturais e literais na Constituição? Será necessária uma nova aproximação entre Teoria do Estado e Teoria da Constituição, como proposto por Bercovici (2004, p. 263-290), para entendermos a influência do pluralismo na Constituição de 1988?

A proposta é pensar o existencialismo político constitucional. Pensar se somos frutos da Europa ou se, a partir da Europa e de sua influência, é possível construir algo diferente com recuperação da filosofia e sociologia local. Nós temos uma percepção de constituição genuína ou ainda estamos submetidos ao centro e somos a periferia? Esse movimento de neoconstitucionalismo deixa uma angústia grande no sentido de ainda sermos periferia, pois ainda somos vinculados aos pensadores de além-mar. Isso transparece como se fosse importante se utilizar de autores estrangeiros, enquanto nossa realidade é invisibilizada e como se fosse um tabu ou um atraso pensar a nossa realidade. Na Teoria da Constituição nos interessa saber o que somos em termos de Constituição e de Constitucionalismo. Isso não impede, por exemplo, de se utilizar de autores estrangeiros, como Michel Rosenfeld, para questionar o sujeito constitucional nas constituições brasileiras.

2. MATRIZES TEÓRICAS QUE INFLUENCIARAM O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

No interregno do século XVII e XVIII, três grandes matrizes constitucionais europeias influenciarão o resto do mundo (ainda que na contemporaneidade existam estados teocráticos ou outros modelos), inclusive o Brasil. Quando falamos em Estado de matriz europeia, o Estado americano está incluído, e esse constitucionalismo moderno que vai sendo forjado pelas três matrizes: 1) a Inglaterra (constitucionalismo histórico);



2) os Estados Unidos da América (as treze colônias que vão se libertar o domínio inglês, conquistam sua soberania e se transformam em Estado); 3) o constitucionalismo francês.

A primeira, a matriz inglesa ou sistema constitucional inglês/britânico, possui um constitucionalismo histórico desde 1215 (a Carta Magna não foi uma constituição, era uma carta medieval e que existiam várias outras idênticas de alguns barões como o rei João Sem Terra). A Inglaterra, contudo, nunca experimentou verdadeiramente o absolutismo. Pelo constitucionalismo histórico de conquistas a partir de 1215, com o advento do habeas corpus, da bill of rights, da revolução gloriosa e da implantação do parlamento que se aperfeiçoa em 1830, a Inglaterra alcança o modelo presente até a contemporaneidade com a monarquia, a Câmara dos Lordes e a Câmara do Comuns (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 19-30).

Os ingleses, conhecidos por sua tradição conservadora, até mesmo quando feita a revolução é de forma conservadora, em sua pretensão de conservar direitos obtidos pelo processo histórico e impedir que o absolutismo pudesse ser implantado na plenitude na Inglaterra (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 42). Nesse ponto, há uma questão importante para o âmbito da Teoria Constitucional que é o aspecto histórico.

O constitucionalismo histórico na Inglaterra é extremamente importante para compreender questões como a separação de poderes. Nuno Piçarra (1989, p. 18) possui um estudo que fala da constituição mista e da separação dos poderes como conceitos encontrados na antiguidade greco-romana, conceitos que ganharam nuances no tocante às garantias individuais em lastro mais remoto no constitucionalismo inglês do século XVII. Quando Montesquieu, no livro *O espírito das leis*, ao tratar da constituição inglesa, nada mais foi observado do que a constituição mista que estava implantada na Inglaterra a partir da revolução gloriosa com o parlamento (PIÇARRA, 1989, p. 37).

A segunda matriz, o Constitucionalismo dos Estados Unidos da América, desenvolve-se a partir das treze colônias que vão se libertar do domínio inglês, conquistam sua soberania, se transformam em Estado e se aglutinam, em um primeiro momento, em uma confederação por intermédio de uma aliança ou pacto datado (TARELLO, 1995, p. 43). Em seguida, vem a convenção de Filadélfia de 1787, com forte influência de George Washington, que marca o primeiro Estado na forma federativa a assumir um sistema de governo presidencialista, em contraponto ao parlamentarismo



inglês. A convenção de Filadélfia de 1787 foi a primeira constituição escrita dessa matriz. Apesar da constituição de Virgínia, 1620, ser anterior, o marco propriamente é a na convenção de Filadélfia (ACKERMAN, 2006, p. 51).

Uma obra importante para entender o federalismo norte americano é o livro O federalista de Alexander Hamilton, John Jay e James Madison (1984). Esse livro permitirá a condução dos trabalhos na Convenção de Filadélfia. Essa segunda grande matriz do constitucionalismo influencia principalmente a América Latina.

Em termos de Brasil, em 1824 há uma influência do constitucionalismo Francês, a terceira matriz, mas a primeira constituição republicana de 1891 possui influência direta do constitucionalismo norte-americano via Rui Barbosa (BARBOSA, 2007, p.91-99). O constitucionalismo Francês foi uma outra grande matriz do constitucionalismo moderno. Sua grande importância foi a ideia de poder constituinte. A obra de Emmanuel Joseph Sieyès, O que é o terceiro Estado? (1988), é referência nesta matriz constitucionalista. Pela obra de Sieyès que se começa uma teorização do constitucionalismo, não uma Teoria da Constituição propriamente, mas uma teorização de algumas questões que envolvem o movimento constitucionalista.

Sieyès demarca com propriedade a dicotomia entre poder constituinte e poder constituído. Todavia esse constitucionalismo francês, marcadamente revolucionário, que rompe com as estruturas, se diferencia do constitucionalismo norte americano mais pragmático (o Estado nasce com base na visão pragmática dos norte- americanos) por buscar uma constituição ideal na qual os franceses buscaram até os dias de hoje, ao passar de mais de 200 anos e 14 constituições, a última em 1958 de Michel Debré e Charles de Gaulle, como grandes estadistas.

Esse constitucionalismo francês revolucionário irá proporcionar questões importantes com base na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Essa declaração traz duas categorias importantes de direitos. 1) Direitos do Homem com características jus filosóficas, universalizantes e de qualquer época e espaço e; 2) Direitos do Cidadão como direitos somente vinculados àquele cidadão vinculado ao Estado francês. Além da declaração de direitos, o artigo 16 Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelece que:

Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.



A necessidade de garantia de direitos e separação de poderes se transforma em um dogma que se repete até hoje. A proposta de se repensar a separação de poderes e garantias de direito causa desconforto e angústia. Apesar de convivermos em democracias, alguns temas são rechaçados de plano. Essas questões não podem ser colocadas em debate e se tornaram tabu como algo que foi cristalizado, em tempos de crise brasileira, a discussão de todo e qualquer tema reforça nossa identidade constitucional.

A cristalização é um problema dos juristas, como no livro de Simone Goyard-Fabre, *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno* (1999), ao trabalhar com as figuras do Estado “do” Direito e do Estado “de” Direito, ou, de um lado, o que está estabelecido e o que deve prevalecer e, de outro, a dinâmica. O Estado “de” Direito seriam os direitos que limitam a ordem que venha a ser o Estado. No Direito há uma tradição de cristalizar as instituições e tornar o Direito algo imutável sem procurar compreender o mundo em sua realidade.

A matriz constitucionalista francesa é extremamente importante para o mundo nessa questão de pensar os direitos para além das fronteiras nacionais, que em tempos posteriores dará azo à construção do que se compreende por Direitos Humanos e à luta para encontrar seu contexto sob o aspecto cultural (se os direitos são universais), por exemplo. O professor Aloísio Krohling faz uma abordagem interessante sobre a teoria das janelas com lastro na filosofia de Raimund Panikkar (KROHLING, 2013, p.196). Herrera Flores também nos mostra uma contratação importante pelas obras *Teoria crítica dos direitos humanos* (2009) e *(Re) invenção dos direitos humanos* (2009). Flores uma crítica aos direitos humanos a partir da Declaração Universal da ONU de 1948 ao estabelecer em seu artigo 1º que:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Flores (2009) diz que essa carta deve ser repensada, pois a igualdade vem da diferença. Não se pode demarcar a igualde sem compreender a diferença. Nesse sentido, todos nascem diferentes, quem nasce na Somália nasce diferente de quem nasce na Noruega, quem nasce no hospital público precário nasce diferente que quem nasce em



uma maternidade particular em bairro nobre. Herrera Flores pretende dizer que não se deve partir dos direitos declarados, mas partir dos bens que representam esses direitos, ou seja, é o acesso aos bens que me permite uma vida em liberdade e igualdade. A sociedade irá escolher esses bens, pode ser a saúde, a educação, a segurança pública.

A teoria crítica é importante para se questionar aquilo que está posto e tudo pode ser tema de debate e de crítica, não se deve cristalizar os institutos jurídicos. Não se pode terminar um debate com uma decisão. No Brasil, por exemplo, há o costume de não rediscutir questões decididas pelo Supremo Tribunal.

Ao passar por esse período do constitucionalismo clássico, há, no primeiro momento, o que se denomina de Estado Liberal e Constitucionalismo Liberal, onde está uma percepção de sociedade e Estado a partir do momento em que esse Estado passa a ser o Estado de Direito. Como na obra de José Gomes Canotilho, intitulada de Estado de Direito (1999), em que o autor discute o Estado de Direito como contraponto ao Estado do Não Direito. O Estado do Não Direito, para Canotilho, é o Estado absolutista, não limitado e baseado na ideia de soberania construída na perspectiva de Jean Bodin e na obra de Thomas Hobbes, O Leviatã, onde há um Estado com normas, mas autoritário e desvinculado do Direito. O Estado de Direito começa com os movimentos constitucionalistas a partir das três grandes matrizes como um Estado limitado. Em uma primeira faceta, portanto, há o Estado liberal, liberalismo, em que há duas esferas separadas, pública e privada. A esfera pública é pertencente à melhor sociedade e ao lugar onde se legisla, administra e julga. Já a esfera privada é o mercado onde tudo pode, como na perspectiva da “mão invisível”, de Adam Smith, que resolve as crises intermitentes que são inerentes ao próprio mercado. Na esfera privada predominam os direitos de primeira dimensão: a liberdade e autonomia da vontade.

Temos ainda os constitucionalismos pós 1945, com a Constituição italiana de 1947 que entra em vigor em 1948. E a Lei Fundamental de Bonn, que dispõe da dignidade da pessoa humana logo no primeiro artigo. O fim da era Franco na Espanha e uma constituição que denomina a Espanha como Estado social e democrático de Direito. O fim do regime Salazar em Portugal, com a Revolução dos Cravos, com ambiente para que Jorge Miranda se coloque como pai da constituição portuguesa. Um terceiro movimento também se inicia no Brasil, pós 1988, em que se verifica uma entrada muito forte dessas teorias que começaram a ser forjadas no pós 1945 na Europa.



Há um leque de autores que se aventuram nesse cenário. Autores como Habermans, Robert Alexy, Klaus Gunther, Gustavo Zagrebelsky, Ronald Dworkin, Hebert Hart, ou seja, uma gama de autores que vão começar a repensar o Direito e a Teoria do Direito sob uma influência muito grande do campo filosófico e como a filosofia teve uma ação dissolvente no Direito.

Há, contudo, uma novidade no século XXI na América Latina que é o Estado Plurinacional e que não se confunde com bolivarianismo como noticiado por revistas midiáticas. É nesse sentido, como mencionado antes, que autores como Enrique Dussel, Antônio Carlos Wolkmer, Anibal Quijano, são importantes para compreensão desse novo constitucionalismo democrático presente há mais de trinta anos. Trata-se de uma novidade no sentido de expansão da teoria. Precisa-se compreender esse novo fenômeno e esses autores para termos uma posição fundamentada. Este fenômeno que surge pode ser visto como uma nova matriz constitucionalista, dentro de uma concepção andina de filosofia. A grande angústia é então questionar se realmente existe um novo constitucionalismo latino americano e se há uma ruptura com as demais matrizes. Há importantes constituições que representam essa matriz a exemplo da Constituição do Equador e a Constituição da Bolívia (mais intensa no sentido de um novo conteúdo).

Devemos investigar o que há de novo nessa matriz constitucionalista andina. Além das três grandes matrizes (Inglaterra, Estados Unidos e França) há uma outra grande matriz que é o constitucionalismo soviético que pouco se aprofunda. Essa questão da falta de compreensão sobre o constitucionalismo soviético é um grande problema, fala-se muito da matriz europeia, estamos cristalizados nela e parece tabu falar de outras matrizes como a matriz soviética (talvez pela sua origem marxista) e no novo constitucionalismo latino americano. Há receio em se falar no constitucionalismo latino americano por medo de ser atacado como pessoas retrogradadas, anacrônicas, atrasadas e periféricas, por exemplo. Surge então expressões demonizadas como estas que são colocadas na mídia, como o bolivarianismo, como a mais típica.



2. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: TEXTO E CONTEXTO DA NORMA JURÍDICA

A primeira constituição do Brasil foi uma constituição adotada pela Espanha em 1812 conhecida como constituição de Cadiz. Essa constituição foi adotada pelo Rei Dom João VI em 1821 por decreto e vigorou por 24 horas. O segmento que queria a permanência da monarquia absoluta volta atrás e edita novo decreto que revoga essa constituição. Tem-se, então, um processo constitucionalista que irá desaguar em 1824 na primeira constituinte.

A Constituição de Cadiz era avançada para sua época e conhecida como La Pepa, porque no dia de sua promulgação, 19 de março de 1812, era dia de São José, e então o nome La Pepa — de Josefa. Essa constituição traz uma série de novidades importantes em termos de direitos fundamentais, em termos de separação de poderes, limitação do poder da monarquia, monarquia moderada. Essa constituição influencia muito em termos do primeiro momento do constitucionalismo brasileiro ainda na época em que éramos colônia e ao se tornar Reino Unido de Portugal (BONAVIDES, 2000, p. 156).

Em termos de Constituição, o Brasil já passou por sete constituintes: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 (a Constituição de 1967 recebeu em 1969 nova redação por uma emenda decretada pelos "Ministros militares no exercício da Presidência da República) e 1988. A disciplina Teoria da Constituição não procura se ater ao texto da constituição propriamente, a pretensão é estudar o momento constitucional em cada circunstância. Depois da primeira década pós 1988 em que os cursos de pós-graduação stricto sensu no Direito começaram a se ampliar, não apenas os grandes centros como USP e UFMG, por exemplo, discutiam essas teorias. Nas mais diversas academias de Direito no Brasil, começou a se discutir as teorias europeias. No Brasil, surge a expressão neoconstitucionalismo como algo novo e como se fosse uma ruptura com o constitucionalismo clássico e alguns autores, como Luís Roberto Barroso, se fundamentam nessas teorias dos princípios, os apresentam como novidade e os disseminam pelos livros. Eros Grau, ao publicar o livro intitulado.



A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (2004), também faz parte desse conjunto de obras que trazem as teorias europeias e a questão principiológica como novidade.

Chegamos a um ponto em que o Ministro do STF Dias Toffoli, apesar das críticas direcionadas a ele, exalta a existência de uma pan-principiologia, ou seja, tudo é princípio. Trata-se de um “subproduto do ‘neoconstitucionalismo’ à brasileira” (STRECK, 2011, p. 11). Os que se apegavam às questões das regras e ao que está cristalizado e imutável são pegos de surpresa, haja vista que o Direito passa a ser encarado com uma nova hermenêutica e por novos métodos de interpretação da constituição.

Esse cenário mostra um problema de um judiciário que começa a se agigantar no sentido do poder. Um processo complicado, pois havia, mal ou bem, um Estado Social devedor de certas prestações vinculadas a direitos sociais (saúde, previdência, assistência). O Estado Social na Europa se banca pois, na reconstrução da Europa, pós 1945, o plano Marshall dos Estados Unidos financia essa reconstrução. Os Estados Unidos precisavam de um mercado para desovar suas mercadorias. O livro de Eduardo Galeano, *As veias abertas da América Latina* (1977), nos situa nessa época ao perguntar quem financiou o Estado Social brasileiro.

Com a reconstrução da Europa pelos Estados Unidos, ambos precisavam de petróleo, e a indústria petrolífera estava em expansão com o capitalismo da Europa e dos Estados Unidos e na construção do Japão. Os países produtores que vendem petróleo emprestam o dinheiro da venda para os bancos da Europa e dos Estados Unidos que o repassam à América Latina. Brasília, por exemplo, foi construída com esse crédito. Na época dos militares tinham acesso a saúde e educação, mal ou bem, financiado por esse crédito.

Ao ocorrer a crise do petróleo em 1973, diminui-se a produção do petróleo e aumenta-se o preço para ser mantida a renda. As empresas petrolíferas vão atrás do dinheiro emprestado aos bancos que, por sua vez, repassa essa cobrança aos devedores latino. Isso faz com que quatro ou cinco gerações tenham herdado a dívida contraída e o ônus de pagá-la. Isso significa a precarização do Estado Social e naturalmente o regime militar chega a sua exaustão e em seu lugar surge o Estado Democrático de Direito.

Esse Estado Democrático de Direito é uma consequência do constitucionalismo pós 1945 forjado na Europa por intermédio dessas teorias que adentram em nosso



universo pensante a partir da primeira década pós 1988 nos cursos de pós graduação stricto sensu. O ministro Gilmar Mendes é discípulo desse campo teórico por ter traduzido alguns textos de autores alemães para o português, textos que o caracterizam como fonte desse conhecimento. O ministro Luís Roberto Barroso também caminha nesse sentido. Nós pensamos nesses autores europeus até então, ao ponto de Lenio Streck dizer que chegamos a um ponto de “ressaca” diante de todo esse pós ou neoconstitucionalismo, porque se cria um ambiente de total insegurança jurídica:

A fase da ressaca pode ser caracterizada como o período sucessivo à promulgação da Constituição – em que a crise do direito é resultado desta dificuldade de se compreender o novo paradigma que institui o estado democrático de direito, de maneira que grande parte das inovações trazidas pela Constituição restaram encobertas, especialmente no que diz respeito aos mecanismos de controle de constitucionalidade e ao catálogo de direitos fundamentais. (STRECK, 2009, p. 216)

A legitimidade de um julgado de um juiz está em sua fundamentação, mas ao observar os julgados do Supremo Tribunal Federal, cada ministro julga de acordo com a sua peculiar fundamentação e o colegiado não apresenta uma maioria que vota sob uma mesma fundamentação. Essas questões nos fazem refletir sobre o mundo em que vivemos, sobre a democracia em que vivemos e sobre o ambiente político que se passa.

Paulo Bonavides foi considerado um dos maiores constitucionalistas do Brasil da velha guarda e em uma entrevista diz que o problema do Estado Social foi um problema hermenêutico. Não foi implantado aquilo que o campo ideológico estabelecia como parâmetro. Essa declaração em entrevista nos provoca a questionar se não estaríamos incorrendo em um erro hermenêutico como o Estado Democrático de Direito na contemporaneidade.



Todos os sistemas jurídicos constitucionais a partir dos séculos XVII e XVIII irão recorrer a textos de forma que a questão da interpretação é central no Direito. Friderich Miller diz que o texto é apenas a ponta do iceberg normativo, isso significa que a construção da norma requer algo que está além do visível para os indivíduos. O texto normativo será apenas uma pequena parte do que constitui a norma. O que então estaria submerso? Segundo o professor Menelick de Carvalho Netto (2000), a parte submersa são as pré-compreensões carregadas com os indivíduos, aquilo como é enxergado o mundo e como os indivíduos se comunicam com eles. Gadamer irá chamar esse fenômeno como o horizonte histórico com o qual cada ser humano invariavelmente está inserido.

Podemos ilustrar com o momento em que um índio vê um homem com um rifle no meio da floresta, aquela figura para ele é completamente diferente da representação que aparece para nós. Isso porque o sentido do objeto observado não decorre da essência, não é imanente ao objeto, aquele objeto é apenas a ponta do iceberg. Esse fenômeno acontece no direito a todo o tempo, ou seja, o estudo de direitos e garantias fundamentais requer muito mais do que apenas a compreensão do direito positivo.

Um exemplo jurídico desse fenômeno pode ser vislumbrado na alteração do Código de Processo Penal em 2008 no tocante à norma do princípio acusatório. Nos primórdios da sociedade ocidental a figura do acusador e do julgador era fundida na figura da mesma pessoa. A separação do agente acusador do agente julgador foi um incremento de Direitos Fundamentais, pois percebeu-se que a iniciativa acusatória de produzir prova compromete a imparcialidade do julgador. Em 2008 tentou-se reforçar esse incremento, pois, no processo penal, o juiz conduzia a inquirição das testemunhas ao indagar diretamente às testemunhas. A partir de reforma 2008 as partes que indagariam diretamente às testemunhas, conduzindo assim a inquirição e o juiz poderá apenas complementar à inquirição sobre os pontos não esclarecidos. Todavia, na prática os juízes continuavam indagavam diretamente às testemunhas e depois deixavam a defesa e a acusação também indagarem diretamente, pois não havia disposição expressa que o juiz não pudesse iniciar a inquirição. O STF esclareceu o imbróglio dizendo que o juiz deve se resguardar e somente inquirir a testemunha após a defesa e acusação para manter sua imparcialidade e distanciar- nos do princípio inquisitório.



3. ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL DO TEXTO AO CONTEXTO: INFLUÊNCIA DE UMA “NOVA” MATRIZ CONSTITUCIONAL LATÍNO AMERICANA.

Para entendermos o que somos hoje é preciso reconstruir todo o percurso histórico e nos apoiar em outras ciências como a história, a sociologia, a antropologia e compreender os vários fenômenos que nos formaram nos dias de hoje. Nesse percurso, nós podemos utilizar de autores que não são autores brasileiros, mas que ajudam a compreender a nossa realidade, o próprio Carl Schmitt nos permite compreender um certo período da nossa história. Quando se fala, por exemplo, em Estado Novo, se você buscar compreender suas estruturas, percebe-se que foi um Estado autoritário e então pergunta-se: é possível compreender democracia em um Estado autoritário? Democracia pode ser compreendida dentro de um ambiente autoritário? Se aprofundarmos um estudo dentro do Estado Novo observa-se que nele se busca uma democracia, uma democracia de cunho social com inclusão de grupos e classes operárias.

Dworkin (2003, p. 271) se posiciona sobre o ativismo judicial no sentido de que a interpretação construtiva do direito não é a construção do direito e nesse ponto se desenvolveu o conceito de direito enquanto integridade em que regras e princípio são aplicadas de uma maneira criativa sem que isso seja criação do direito. A dimensão semântica da linguagem foi então superada e superando-se assim o pensamento de Kelsen de normas postas e fechadas.

François Ost (2004), em seu livro “Contar a lei”, relaciona o Direito com a Literatura para construir fontes do imaginário social humano e, sobretudo, jurídico, ou seja, a lei é sempre contada socialmente por uma narrativa jurídica que se aproxima do conceito de Integridade da Comunidade de Ronald Dworkin. Trata-se da construção feita pelos indivíduos dos princípios que orientam nossas ações e nossas práticas, bem como o modo como instituímos determinados princípios é regras para pautar os conflitos. Ost (2004) dialoga com Cornelius Castoriadis para abordar a questão da instituição imaginária da sociedade ao trabalhar com o conceito de “imaginário radical” como fundador que, a partir dele, é criada uma relação de imaginários instituídos e imaginários



instituintes. Ost defende que o Direito não se contenta em defender posições instituídas, mas também produz fontes instituintes e então aduz que

seria um erro representar-se a lei sob a forma de um espartilho rígido que não dá nenhuma margem de ação aos atores: muitas delas, ao contrário, adquirem a forma supletiva, impondo-se apenas na falta de outra opção adotada pelos particulares. (OST, 2004, p. 20)

A contrário senso, o Direito enquanto espartilho rígido impediria alterações de jurisprudências ou outros avanços jurídicos produzidos a partir do próprio Direito. Lenio Streck, por exemplo desse espartilho rígido, apesar de sua concepção progressista do Direito, defendeu em público sobre a inconstitucionalidade da união estável entre casais homossexuais tendo em vista a previsão expressa de casais heterossexuais na Constituição Federal¹. A declaração de Lenio Streck reflete que o imaginário instituído diz que a família e o casamento legítimo é entre a união de um homem com uma mulher apenas. O Direito não poderia ir além dessa concepção, mas apenas o parlamento que assim pode deliberar, ou seja, o juiz não pode autorizar a união homossexual por se tratar de um ato legislativo que não compete ao judiciário. Esse exemplo nos mostra que há o imaginário instituído, mas também se observa os imaginários instituintes enquanto forças (como o próprio Direito) de tentativa de romper com o imaginário instituído.

Este espartilho rígido dialoga com Ronald Dworkin (2003, p. 271) ao se posicionar sobre o ativismo judicial no sentido de que a interpretação construtiva do direito não é a construção do direito e nesse ponto se desenvolveu o conceito de direito enquanto integridade em que regras e princípio são aplicadas de uma maneira criativa sem que isso seja criação do direito. A dimensão semântica da linguagem foi então superada e superando-se assim o pensamento de Kelsen de normas postas e fechadas.

¹ <http://www.conjur.com.br/2011-jul-06/uniao-homoafetiva-direito-conversao-uniao-estavel-casamento>. Essa concepção de Lenio Streck causou muito descontentamento, principalmente pela histórico de atuação progressista em defesa das minorias. Dentre os descontentes, o próprio orientador de Lenio Streck, Luis Alberto Warat, por ter provado por uma relação sintático semântico da linguística que a CRFB ao dizer “homem e mulher” também está dizendo “homem e homem” e “mulher e mulher”.



O curso da história apresenta várias constituições diferentes. Nos Estados Unidos, por exemplo, a constituição manteve o mesmo texto, mas contexto a ela integrado já foi interpretado de diversas formas que se mostra como se várias constituições distintas fossem, como podemos observar pela leitura de Ackerman, Nós, o povo soberano (2006). O Brasil vive uma crise de legitimidade da constituição em que se propõe como uma reforma política e também uma reforma constitucional.

As alterações interpretativas feitas foram advindas de processos históricos que culminaram em mudança de pensamentos. A forma como se pensa a filosofia e a sociologia na América Latina no século XXI se empenhou em questionar as leituras feitas por pensamento europeu e se propuseram a conhecer a funda a filosofia de vida presente a várias gerações. Deixar de ser reconhecido como capitalismo periférico importa reconhecer o caldo de cultura presente em nossa formação histórica.

Em termos de Brasil, há que conformar, repetidores das estéticas e pensamentos de fora são a regra. A exceção são instituições e docentes que se apegam à riqueza da filosofia brasileira, sobretudo da filosofia jurídico brasileira de pensadores como Joaquim Nabuco, Frei Caneca, Farias Brito, Oliveira Vianna, Francisco Campo, Rui Barbosa, Goffredo Telles Junior, Miguel Reale, Tobias Barreto, Silvio Romero, Alvaro Vieira Pinto dentre tantos outros que se esforçaram em pensar o Brasil. Falta de caldo de cultura não há. Mas então podemos compreender: ou há um poder interessado em silenciar esses pensadores; ou temos preconceito da filosofia nacional. Até porque, nossa identidade é construída por elementos de fora e o próprio pensamento de formação identidade é um projeto político europeu, gestado no século XIX.

O modo de pensar o Brasil e a América Latina a partir da produção sociocultural local importará novos modos de refletirmos sobre os próprios direitos anunciados pela constituição e então questionar o que precisa ser alterado. Realizar uma reforma da constituição contra a própria constituição não é o caminho para solucionar os problemas. É possível reconstruir a República Brasil a partir do texto constitucional vigente e também é possível que se conservar ou até agravar as mazelas que se pretende combater ao realizar uma reforma do texto. A constituição, portanto, é muito mais do que o texto, é o contexto. Quando se limita a interpretação à ideia de texto se está realizando uma



concepção simplista e positivista que não irá resolver o problema das mazelas constitucionais.

Podemos questionar: partir do reconhecimento da abertura hermenêutica do Direito, é possível aferir a correção de uma interpretação? Se o texto pode ser interpretado de inúmeras maneiras, seria válida a pretensão de dizer que uma dessas interpretações é a correta, em detrimento das demais. O perigo de reconhecermos que o texto não tem um sentido inerente, que o sentido é uma construção, é cairmos no decisionismo, ou seja, já que tudo é construção, qualquer construção é válida desde que seja realizada pela autoridade competente.

Entre o texto e o sentido atribuído ao texto, colocam-se os operadores do direito diante de um labirinto de possibilidade. Trata-se do que o professor Menelick denomina de um “mar revolto de norma”, onde dirá que o juiz está hoje diante de um “mar revolto de normas” em que a partir de um texto normativo existem diversas normas que podem ser sentidas. Em vistas das filosofias de pluralismo jurídico e multiculturalismo em grande debate, revisitar os estudos de grandes estadistas latino americanos bem como da filosofia andina, por uma reaproximação entre as disciplinas Teoria do Estado e Teoria da Constituição, como proposto por Bercovici (2004, p. 263-290), é um método de tornar nosso ordenamento jurídico menos simbólico e fortalecer o um sentimento constitucional na sociedade plural.

Os direitos e as garantias fundamentais, historicamente, surgem com o constitucionalismo moderno ao impor como uma limitação ao Estado, principalmente em sua forma absolutista (COMPARATO, 2010). Todavia eles são estudados como algo separado do Estado em razão de uma série de teorias que surgem, inclusive fora do espaço brasileiro. Em termos de escopo da Teoria da Constituição, as preocupações são, por exemplo a própria busca pelo conceito de Constituição: O que é uma Constituição? Qual o conteúdo de uma Constituição? O que se deve colocar em uma Constituição? A Constituição de 1988, chamada de Constituição prolixa, se ocupa de uma série de temas, a exemplo do tema dos índios, e temos defesas de que uma Constituição deve ser algo enxuto e não se ocupar de temas gerais e diversos como o exemplo da questão indígena.

A Constituição é o modo de ser de uma sociedade ser organizada politicamente. Retirar a questão indígena dessa perspectiva é coloca-los como ausente da formação de nossa sociedade. Mas, do modo como está anunciado, podemos compreender



que há um sentimento constitucional na comunidade indígena? Isso é muito importante quando se pensa em Constituição em termos de Brasil.

Há importantes constituições que representam essa matriz que é a Constituição do Equador e a Constituição da Bolívia (mais intensa no sentido de um novo conteúdo). Devemos investigar o que há de novo nessa matriz constitucionalista andina. Há receio em se falar no constitucionalismo latino americano por medo de ser atacado como pessoas retrogradadas, anacrônicas, atrasadas e periféricas, por exemplo. Surge então expressões demonizadas que são colocadas na mídia, o bolivarianismo como a mais típica.

Não se deve, portanto, realizar regressões históricas anacrônicas, deve-se compreender o passado pois ele está sempre mudando. O passado não está cristalizado no tempo. Estudar o contexto histórico significa olhar a perspectiva histórica e compreender o hoje. A sociedade brasileira é fruto das culturas indígenas, dos negros e dos europeus, todavia isto é negado a todo tempo com a pretensão de se diferenciado. Essa pretensão de diferenciação segrega o indivíduo e sua sociedade com os demais indivíduos e suas respectivas sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICA

ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BARBOSA, Rui. A fazenda nacional em 15 de novembro de 1889; exposição de motivos ao Chefe de Governo Provisório. In: MAAGALHÃES; R. de A.; SENNA, M. de. Rui Barbosa em perspectiva: seleção de textos fundamentais: Rio de Janeiro: Fundação Casa Rui Barbosa, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e Teoria da Constituição na Periferia do Capitalismo: Breves Indagações Críticas. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOANVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: Estudos Avançados, 14 (40), 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo representativo “versus” governo dos juízes: a “autopoiese” dos sistemas político e jurídico. Belém: UFBA, 1998.





- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999
- COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DWORKIN, Ronald. O Império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FLORES, Joaquin Herrera. A (Re) invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.
- GALEANO, Eduardo. As veias abertas da América Latina. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977
- GOYARD-FABRE, Simone. Os princípios filosóficos do direito político moderno. São Paulo: Martins Fontes, 1999
- GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.
- HERRERA FLORES, Joaquin. Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais. Traduzido por Luciana Caplan; et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- KROHLING, Aloísio. Dialética histórica dos direitos humanos fundamentais e hermenêutica diatópica. In: Campo Jurídico, vol. 1, n. 2, p. 195-214, outubro de 2013.
- LUHMAN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. Versão espanhola Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Ibero Americana, 1996.
- MENDES, Armindo Antônio Lopes Ribeiro; LOPES, Teresa Maria Geraldês da Cunha. Sistemas jurídicos comparados: introdução ao direito comparado. Vol. 1. Lisboa: CIJUS/Facultad de Derecho, 2011.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Teoria da Constituição. Belo Horizonte: Editoria Initia Via, 2012.
- OST, François. Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2004.
- PAIXÃO, Cristiano de; BIGLIAZZI, Renato. História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Editora UNB, 2011.



PIÇARRA, Nuno, A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

SCMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza, 1996

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. O que é o terceiro estado?. Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

STRECK, Lênio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas em Direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TARELLO, Giovanni. Ideologias del Siglo XVIII sobre la Codificación y Estructura de los Códigos. In Cultura Jurídica e Política del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.