

**Quando a letra não basta para os vivos: a pergunta pelo sentido normativo em Os
Bruzundangas.**

**When the words aren't enough for the living: the question regarding the normative
sense in Os Bruzundangas.**

Marina de Souza Pompermayer¹

João Pedro Lopes Fernandes²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo, a partir das críticas empreendidas por Lima Barreto sobre os problemas institucionais, sociais e jurídicos presentes no universo literário da obra “Os Bruzundangas”, responder: como é possível conceber uma teoria da constituição que preserve tanto o caráter deontológico dos direitos fundamentais quanto o caráter aberto para o futuro da identidade constitucional, superando efetivamente o positivismo, bem como as teorias denominadas “pós-positivistas vulgares”? Se em geral as análises em Direito e Literatura de Os Bruzundangas corroboram perspectivas pessimistas acerca do constitucionalismo brasileiro, traçando inclusive continuidades não mediadas entre universo literário e o universo factual, ou pior, continuidades (des)constituintes em narrativas que retratam a história do processo de constitucionalização brasileiro como um processo de transição negociada, não é o que se faz neste trabalho. A discussão hermenêutico-constitucional é extraída através da reconstrução do cenário literário, e não de qualquer outro, e as aproximações feitas para lustrar o pessimismo elitista da tradição dos retratos do Brasil são afastadas em benefício de uma noção da teoria constitucional com enfoque crítico-reconstrutivo, asseguradas as ressalvas genealógicas.

Palavras-Chave: Constitucionalismo, Hermenêutica, Positivismo, Pós-positivismo, Teoria da Constituição.

ABSTRACT

The present article aims, with the critics made by Lima Barreto about the institutional, social and legal problems that inhabit the fictional universe of the book “Os Bruzundangas”, answer: how is it possible to conceive a Constitutional Theory that retains both the deontological character of the fundamental rights and the openness to the future of the constitutional identity, effectively overcoming both positivism and the set of theories that we will call “vulgar post-positivism”? If in general the studies in Law and Literature on “Os Bruzundangas” endorse pessimistic perspectives about the Brazilian constitutionalism, tracing unmediated continuities between the fictional universe and the factual universe, or even worse, tracing (un)constituent continuities in narratives that depict Brazilian's constitutionalization history as a negotiated transition process, this article does the opposite. The hermeneutic-constitutional discussion is extracted through the reconstruction of the literary scenery, and the approximations made to polish the elitist pessimism of a tradition well known as “portraits of Brazil” are set aside, emerging a notion of constitutional theory with a critical-reconstructive approach, ensured the genealogical proviso.

Keywords: Constitutionalism, Hermeneutics, Positivism, Post-positivism, Constitutional Theory.

1. INTRODUÇÃO

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6242398212354025>

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5416664558992051>

A obra “Os Bruzundangas”, do escritor carioca Lima Barreto (1881-1922), publicada postumamente em 1923, é um compilado de crônicas de caráter satírico em relação ao contexto político-social do Brasil no período da República Velha, no início do século XX. Através do humor e da ironia, o autor busca retratar uma nação fictícia - a República dos Estados Unidos da Bruzundanga- e trazer à tona suas mazelas: a corrupção, a ignorância, o nepotismo, os privilégios das elites, as desigualdades sociais e diversos problemas que perpassam a política, o direito, a sociedade, a literatura, a educação, dentre outras temáticas de cunho político-social.

O presente artigo pretende explorar as críticas feitas por Lima Barreto em tal obra acerca das instituições, da sociedade e do Direito, na tentativa de responder a questão de como pensar uma teoria da constituição que preserve o caráter deontológico dos direitos fundamentais e o caráter aberto para o futuro da identidade constitucional, superando o semanticismo do positivismo jurídico, bem como as teorias denominadas “pós-positivistas” que acabam por reincidir nos mesmos problemas daquele.

Primeiramente, identificar-se-á como os problemas da incerteza do direito, da aplicação das normas e das tensões entre o Direito e a Política se delineiam na narrativa em questão, tanto da perspectiva das personagens retratadas, quanto do próprio narrador-personagem. A partir disso, será feita uma reconstrução do debate entre as correntes juspositivistas e o chamado “pós-positivismo vulgar”, demonstrando, em termos de uma hermenêutica jurídica, tanto os problemas a níveis sintáticos e semânticos presentes no juspositivismo, quanto às falhas de teorias que pretenderam superá-lo recorrendo a uma analítica da linguagem pautada na “dimensão axiológico-teleológica do direito”. Para tanto, o presente norteará por uma teoria discursiva do direito e da democracia, sendo necessário responder a essas propostas com uma noção de constitucionalização enquanto processo não linear de lutas por reconhecimento e de aprendizagem social com o Direito.

Para isso, é necessário refletir até que ponto é possível traçar “continuidades” entre o universo literário de “Bruzundanga” e a realidade e história político-constitucional brasileira. Nesse sentido, Karam (2017, p. 832) discorre acerca de três correntes metodológicas sob as quais é possível investigar e abordar a relação entre o Direito e a Literatura, quais sejam: o direito *como* literatura, o direito *na* literatura e o direito *da* literatura. O presente artigo pretende articular os dois campos a partir da corrente concebida como o *direito na literatura*, a qual

(...) reúne os estudos dedicados à investigação das representações literárias da justiça e do direito, abarcando suas instituições, procedimentos e atores, bem como a temática concernente ao universo jurídico que se faz presente

em textos literários, e no qual se verifica a ênfase em funções tradicionalmente atribuídas à literatura (Karam, 2017, p. 834).

Prendemos, então, abordar a discussão hermenêutica-constitucional desde uma *reconstrução do universo literário* em questão. Em consonância com Jürgen Habermas (2004, p. 244), a literatura (e a própria linguagem) se apresenta ao *leitor* com funções para além da “abertura do mundo”, de maneira que o texto literário, para que pudesse corresponder a todo momento às expectativas da realidade, precisaria “controlar e comandar o horizonte de entendimento ontológico dos seus leitores”. Dessa maneira, ao abordar a questão-problema situada na relação entre Direito e Literatura, faz-se imprescindível atentar aos limites entre a ficção e a realidade na análise das verossimilhanças da obra.

2. A FUNDAMENTAÇÃO E A INCERTEZA DA APLICAÇÃO DAS NORMAS EM BRUZUNDANGA

Primeiramente, tratar-se-á acerca de como o nexo entre os direitos fundamentais e o problema da indeterminação do direito se apresenta no universo literário de *Os Bruzundangas*. Para tanto, será necessário analisar o conteúdo normativo da Constituição da República da Bruzundanga, bem como o seu processo de formação.

O narrador conta que a notícia da formação de uma Assembleia Constituinte em Bruzundanga gerou bastante ânimo e esperança, pois até então, vigorava uma lei de em torno de um século e a população a julgava ultrapassada. A nova veio como a tentativa de “perfeição” e de “trazer a felicidade a todos” (Barreto, 2013, p.66). Faziam parte da nova Constituinte diversos segmentos da sociedade: jovens poetas, tenentes, possuidores de escravos, jornalistas eruditos, entusiastas caudilhos, boêmios. Em que pese o entusiasmo de todos os presentes, esperançosos com a chance de mudar os rumos da República, a maior preocupação no momento de criação foi: “Qual a Constituição que devemos imitar?” (Barreto, 2013 p.67). Entre os constituintes, esperava-se em geral o momento da indicação para a “comissão dos vinte e um” notáveis que ficava encarregada de redigir o projeto. Escolhida a comissão, houve ainda calorosos debates sobre quem deveria assumir a relatoria. Escolheram por fim três sumidades: “Felício, Gracindo e Pelino, todos eles - ben - qualquer coisa” (Barreto, 2013, p.67). Depois da escolha das “sumidades” que passaram a trabalhar em sala separada, o resto da comissão pôs-se a descansar. Foi então que surgiram as diversas propostas sobre qual Constituição imitar: a do país dos “Houyhnhnms”, a de “Lilliput” e a de “Brobdingnag”³.

³ Referência a países que compõem o universo literário de “As Viagens de Gulliver” (1726), de Jonathan Swift. Houyhnhnms era conhecido como o país dos cavalos inteligentes; Lilliput era uma ilha composta por seres muito pequenos, de cerca de 15cm de altura, caracterizados por sua arrogância, senso de autoridade e ingratidão, além

Por fim, todos concordaram com a proposta de que a Constituição fosse feita aos modos da de Brobdingnag, o país dos gigantes. No entanto, como afirma o narrador, a população da Bruzundanga era composta de minúsculos bonecos que queriam possuir uma constituição de gigantes (Barreto, 2013, p.68). Dessa maneira, no processo de “imitação” diversos aspectos foram modificados e foram incluídas disposições originais. Dentre tais disposições, era exigência para o cargo de Ministro que o candidato não entendesse nada sobre a pasta que iria gerir, por exemplo, um bom ministro da Agricultura seria “um especulador, um agiota, um judeu, sabendo organizar *trusts*, monopólios, estancos, etc.” (Barreto, 2013, p.69). A Constituição também dispunha que os deputados não tivessem opinião alguma senão a dos governadores das províncias que os elegeram, sendo que os governadores eram escolhidos pela população pela família a que pertenciam.

Acerca da aplicação das normas, havia um artigo que continha o seguinte enunciado: "toda a vez que um artigo desta Constituição ferir os interesses de parentes e pessoas da ‘situação’ ou de membros dela, fica subentendido que ele não tem aplicação no caso” (Barreto, 2013, p.69). Nesse sentido, ao aplicar as normas constitucionais nos casos concretos, era necessário observar posições de privilégio dos indivíduos, ou seja, quaisquer garantias e direitos fundamentais estariam condicionados à existência ou não da “situação”. Sob esse viés, o narrador conta de que forma a Constituição de Bruzundanga obteve um caráter elástico com a previsão desse dispositivo. Havia quem, ao vislumbrar violação da Constituição, apelasse à Justiça, porém a própria Corte Suprema, na sua função de adjudicação, deveria questionar se as normas feriam interesses dos privilegiados. O narrador, porém, faz uma observação: apesar das constantes violações das normas constitucionais, havia uma incólume: aquela que estabelecia as condições de elegibilidade do Presidente (o Mandachuva), pois afirmava que este deveria ser medíocre e não tivesse qualquer inteligência, condições que todos os presidentes da Bruzundanga cumpriram (Barreto, 2013, p.70).

O narrador conclui que cada vez mais a Carta Magna era modificada e mutilada, sendo o sentido das normas interpretado de diversas maneiras e arbitrariamente. Rememorando o momento da Assembléia Constituinte em que os seus membros apenas se perguntavam sobre qual Constituição imitar, clarifica-se a ironia do narrador: A Bruzundanga que tanto festejou a instalação da constituinte, acreditou poder mudar a realidade por decreto, através da sua redação

de as disputas pelos sentidos da Constituição serem pautadas pela violência e as punições pelos crimes serem draconianas; e Brobdingnag era a terra dos gigantes, onde a razão sobressaía a força, motivo pelo qual as leis eram sumárias, seu texto não podia ultrapassar as 22 palavras e nem mesmo estas poderiam gerar ambiguidade, devendo sua interpretação não gerar nenhuma dúvida quanto ao sentido normativo. (cf. SWIFT, Jonathan. *As Viagens de Gulliver*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002).

excelente e “científica”, como talvez desejavam os “militares do Exército, iniciados nas sete ciências do Pitágoras de Montpellier” (Barreto, 2013, p.66). Entre esse tipo de ingenuidade e o ressentimento das promessas não cumpridas do Texto Fundamental, que passa a ser violado por um sem número de leis ordinárias casuísticas, é preciso ressaltar que há um mesmo erro: não entender que Constituição não se reduz a texto e que a textificação é uma faca de dois gumes, como mais à frente se explicará. Veja-se:

A Constituição de Bruzundanga proíbe as acumulações remuneradas, mas as leis ordinárias acharam meios e modos de permitir que os doutores acumulassem. São cargos técnicos que exigem aptidões especiais, dizem. A Constituição não fez exceção, mas os doutores hermeneutas acharam uma (Barreto, 2013, p.40).

Interessante que acerca dos privilégios dessa elite “acima da Lei Fundamenal”, parece ficar claro em vários excertos o destaque que os costumes assumem na fundamentação e interpretação das leis, por vezes adquirindo até aplicação *contra legem*. Expondo as diferenças entre a “nobreza doutoral” da Bruzundanga e a outra nobreza, a do palpíte:

A nobreza dos doutores se baseia em alguma coisa. No conceito popular ela é firmada na vaga superstição de que os seus representantes sabem; no conceito das moças casadeiras é que os doutores têm direito, pelas leis divinas e humanas, a ocupar os lugares mais rendosos do Estado; no pensar dos pais de família, ele se escuda no direito que tem os seus filhos graduados nas faculdades em trabalhar pouco e ganhar muito. (...) A outra nobreza da Bruzundanga, porém, não tem base em coisa; não é firmada em lei ou costume (...) (Barreto, 2013, p.43).

É interessante notar como a representação da classe “doutoral” dos juristas, pelo narrador, ressalta o seu aspecto paradoxal. Por um lado, os “doutores” defendiam a criação de uma Constituição que se amparasse fundamentalmente em formalidades - assim como a do País dos Gigantes - a fim de garantir um ordenamento jurídico coerente, como se a preservação (quase apoteótica) do seu aspecto formal pudesse oferecer qualquer substancialidade. Porém, esses mesmos juristas que tanto se vangloriavam de conhecer a “barafunda das leis”, frequentemente, com fulcro nos “costumes”, buscavam exceções ao previsto na Constituição - claro, fundamentando-se em grandes juristas e filósofos: Aristóteles, Bacon, Descartes, Spinoza e Spencer, como Sólon, Justiniano, Portalis e Ihering (Barreto, 2013, p.17).

Esse aspecto contraditório da “nobreza doutoral”, que parece ser o determinante para o narrador-personagem, também é ressaltado quando da representação de outros segmentos da elite intelectual de Bruzundanga. Dentre tais segmentos, uma merece especial atenção: a classe dos literatos. Logo no início de “Os Bruzundangas” o narrador nos dá notícias de uma Escola Literária de muito sucesso entre os eruditos da Bruzundanga. Trata-se da Escola Samoieda, cuja concepção poética é de tal modo reduzida ao aspecto semântico, que nos dará ideia ainda melhor do fina ironia que o narrador pretende desdobrar

Não há como discutir com eles, porque todos se guiam por ideias feitas, receitas de julgamentos e nunca se aventuram a examinar por si qualquer questão, preferindo resolvê-las por generalizações quase sempre recebidas de segunda ou terceira mão, diluídas e desfiguradas pelas sucessivas passagens de uma cabeça para outra cabeça. (Barreto, 2013, p.22)

Os axiomas legados pela tradição aos Samoiedas, regulativos do julgamento das estruturas formais dos poemas, são elevados a parâmetros da objetividade possível dos juízos estéticos. Tudo o que se desvie é doxa, admitido somente sob a desculpa de uma “licença”.

Eu, porém - aduziu Kotelniji -, conquanto permita nos outros certas licenças poéticas, tenho por princípio obedecer às mais duras e rígidas regras, não me afastar delas, encarcerar bem o meu pensamento. (Barreto, 2013, p.27).

A arte é, por um lado, decisivamente reduzida a uma questão formal (pois a forma é igualada ao sentido), e é, por outro, valorada através de regras gerais e descontextualizadas, a parecer que somos confrontados com problemas matemáticos.

Dentre as leis que estatuaí, eu me lembro de algumas. Ei-las: 1ª - Sendo a poesia o meio de transportar o nosso espírito do real para o ideal, deve ela ter como principal função provocar o sono, estado sempre profícuo ao sonho. 2ª - A monotonia deve ser sempre procurada nas obras poéticas; no mundo, tudo é monótono (Tuque-Tuque). 3ª - A beleza de um trabalho poético não deve ressaltar desse próprio trabalho, independente de qualquer explicação; ela deve ser encontrada com as explicações ou comentários fornecidos pelo autor ou por seus íntimos. 4ª - A composição de um poema deve sempre ser regulada pela harmonia imitativa em geral e seus derivados. (Barreto, 2013, p.28).

Assim, seja nas letras, seja na política, seja nas leis, os homens da Bruzundanga pareciam ter uma forma específica de pensar o sentido. Por isso é que o conteúdo normativo da constituição terminará esvaziado, de maneira que a ideia do que seja a Constituição desse povo ficará à disposição das mais diversas formas arbitrárias de interpretação. O que a Constituição de Bruzundanga constitui, portanto? Decerto, tal questionamento não foi uma preocupação quando do momento de sua elaboração, nem se mostra relevante para os juristas, legisladores, aplicadores e ministros. Porém, a satirização e o tom crítico empregado pelo autor, por meio do narrador-personagem, ao fazer a representação da República da Bruzundanga, em se tratando dos abusos na fundamentação e aplicação das normas constitucionais, é passível de ser tomada como ponto de partida para a busca por uma concepção de Constituição que leve à sério o caráter deontológico dos direitos fundamentais, contrapondo-se tanto àquelas teorias que buscam no direito e na linguagem uma perfectibilidade excepcional (tal como se buscava em Brobdingnag) quanto àquelas que, apesar de reconhecerem os problemas em conceber o direito como um sistema fechado, apelam para a discricionariedade tão presente em Bruzundangas, apesar de que aqui levada às suas últimas consequências.

3. OS DEBATES ENTRE O POSITIVISMO E O PÓS-POSITIVISMO ACERCA DA QUESTÃO DA INCERTEZA DO DIREITO.

Se pretendemos apresentar uma abordagem que resgata o sentido normativo da Constituição e o caráter deontológico dos direitos fundamentais - a partir e além das críticas de Os Bruzundangas – é preciso reconstruir o debate travado no século XX em torno da problemática de como interpretar e compreender a Constituição.

Na tentativa de superar os problemas da concepção exegética do positivismo do séc. XIX no bojo do Estado Liberal, o positivismo normativo do séc. XX, cujos grandes expoentes foram Kelsen e Hart, buscou desenvolver uma Ciência do Direito que, ao conceber o sistema jurídico como um sistema de regras cuja linguagem é imprecisa, indeterminada e aberta, fosse capaz de solucionar o problema da incerteza na aplicação do Direito. Para o positivismo jurídico, a Ciência do Direito deveria se pretender uma ciência neutra, ou seja, que se preste somente à análise do direito enquanto um objeto a ser analisado a partir de critérios de uma lógica formal, sendo ele um fenômeno autônomo passível de uma análise distanciada de questões morais, políticas e econômicas que se davam na prática da realidade histórico-social. Ou seja, não seria papel da ciência do Direito discutir questões relativas à legitimidade do direito, ou o que o direito *deveria* ser, mas sim o direito como ele *é*, devendo as questões de validade ser submetidas a uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos (Streck, 2016, p. 127). Nesse sentido, o positivismo normativo opera uma cisão clara entre a legitimidade e a validade do direito, bem como entre real e ideal e entre teoria e prática.

Na tentativa de oferecer um método científico seguro para a análise do Direito, configura-se como necessário para o positivismo que o direito seja desvinculado de questões morais, uma vez que a moral é concebida a partir de uma leitura relativista. Assim, não há o que se falar em uma moral universal e absoluta que seja capaz de determinar os conteúdos das normas jurídicas e fazê-las justas, pois em cada sociedade e comunidade jurídica há diferentes sistemas morais que variam ao longo do tempo e do espaço (Streck, 2016, p. 128). Sob esse viés, não cabe à Ciência do Direito se preocupar com valores éticos, morais ou políticos que se imbricam com o direito enquanto prática, nem cabe a tal racionalidade teórica pura controlar os casuísmos da razão prática (Streck, 2016, p. 132). É ver o que Kelsen define como uma teoria “pura” do Direito:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são

estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (Kelsen, 1999, p. 1).

No escopo da Teoria Pura do Direito de Kelsen, o direito é concebido como uma ordem social e coativa, ou seja, um sistema fechado de normas, sendo estas entendidas como o sentido objetivo de um ato de vontade da autoridade competente. No entanto, Kelsen, ao conceber a norma como um esquema de interpretação, reconhece que a linguagem dos textos legais e constitucionais possui um caráter impreciso, diferentemente do positivismo exegético, que defendia o fato de os enunciados normativos abarcar em si todas as suas hipóteses de aplicação, devendo o juiz, em um ato de inteligência, reduzir a atividade de interpretação ao simples texto da lei. Dessa forma, a questão da interpretação se coloca para Kelsen de uma forma bastante diferente do positivismo do século XIX. Para o autor, a autoridade aplicadora, ou seja, o intérprete *autêntico* do direito, deveria observar as possibilidades de interpretação da norma dentro de uma moldura de sentidos possíveis e, em um ato de vontade, escolher entre essas possibilidades reveladas (Carvalho Netto e Scotti, 2012, p. 49). O direito, portanto, não seria capaz de oferecer somente uma resposta correta. Se a norma é o sentido de um texto legal, cabe ao aplicador atribuir a ela o sentido que melhor entender como correto, dentro de tal moldura de possibilidades. Porém, e se o intérprete concluísse que o sentido a ser adotado não estaria no interior dessa moldura? Nesse caso, a Ciência do Direito não é capaz de oferecer uma resposta satisfatória, pois uma interpretação não-autêntica do direito - realizada pelo cientista do direito - não pode colmatar uma lacuna, nem assegurar uma moldura de possibilidades de interpretações que vincule as autoridades. O preenchimento das lacunas somente pode ser feito pelo intérprete autêntico que, ao aplicar uma norma ao caso concreto, exerce a função de criação de uma nova norma, a qual, inclusive, pode se situar completamente fora de tal moldura (Carvalho Netto e Scotti, 2012, p. 52; Kelsen, 1999, p. 250-251).

Em Herbert L. A. Hart, um dos mais relevantes nomes do juspositivismo da tradição anglo-saxônica, o problema da aplicação é colocado nos termos de uma *textura aberta* do direito. De maneira semelhante à Kelsen, a linguagem de um texto normativo não é sempre precisa o suficiente, de forma que nem mesmo os cânones da interpretação podem eliminar tais incertezas, já que tais cânones, entendidos como regras gerais sobre o uso da linguagem, eles mesmos exigem também o uso da interpretação (Hart, p. 139). Nesses casos, a textura aberta do direito deixaria aos tribunais o poder de criação do direito ao interpretar e aplicar uma norma ao caso concreto, pois, como a resposta não se encontra no direito, cabe ao juiz fazer o uso da sua discricionariedade para decidir sobre o caso concreto (Carvalho Netto e Scotti, p. 2012, p. 54).

Levando em consideração ambas expressões do positivismo normativo, se a Ciência do Direito nada teria a oferecer, já que esta, como uma ciência *pura* não deveria se preocupar com questões ético-políticas e morais (e nem mesmo poderia lidar com tais problemas de ordem prática), bem como o direito sendo um sistema fechado de regras cuja compreensão independente de tais questões, o positivismo normativo acaba por aceitar o arbítrio da autoridade e a discricionariedade da decisão judicial como *fatalidades*: a norma será aquela que a autoridade afirma ser, inafastavelmente (Carvalho Netto e Scotti, 2012, p. 53). Segundo Streck (2016, p. 127), a aposta em uma racionalidade teórica descomprometida frente às questões da razão prática promoveu um hiato entre a validade e a legitimidade do direito, circunstância na qual foi produzida uma atmosfera intelectual que isolou tais teorias de todo um contexto prático de onde as questões jurídicas emergiam. Portanto, é no fato de o positivismo realocar o problema da aplicação para um segundo plano que a discricionariedade aparece como incontornável e incontrolável.

Devido à emergência dos regimes nazista e fascista na Europa do séc. XX, no contexto pós-Segunda Guerra se inserem preocupações de ordem ético-filosóficas acerca da proteção dos direitos fundamentais, relacionados à vida e à dignidade humana. O fenômeno do “neoconstitucionalismo” (Streck, 2016, p. 132) surge levando em consideração a necessidade de que o direito não mais fosse indiferente às questões de justiça social. As teorias do direito que se pretendem, assim, *pós-positivistas* precisam enfrentar também os problemas da razão prática para enfrentar o problema da incerteza e ambiguidade do direito. A interpretação passa a ser uma questão central, e não mais subsidiária como no positivismo normativo, bem como a razão prática recebe uma “dignidade epistemológica” (Streck, 2016, p. 133).

Dessa maneira, o direito passa a não ser mais concebido como um sistema fechado de regras, mas a ele é conferida uma estrutura principiológica. Esta é uma das teses defendidas por R. Dworkin, no seu livro *Levando os Direitos a Sério* (2016), contra a concepção positivista. Para o autor, o direito é um conjunto de *standards* que se dividem em regras e princípios - estes, por sua vez, dividem-se em princípios *stricto sensu*, de caráter deontológico, e políticas, de caráter teleológico.

A insuficiência das crenças e posturas positivistas torna-se ainda mais clara com a distinção proposta por Dworkin entre regras e princípios. A leitura positivista do direito como sistema autossuficiente de regras, que pretendem regular com alto grau de determinação suas situações de aplicação, deixa escapar a dimensão central de qualquer ordenamento jurídico pós-convencional: sua estrutura principiológica, necessariamente indeterminada em abstrato, embora determinável em concreto, aberta hermeneuticamente à construção intersubjetiva dos sentidos das normas universalistas positivadas enquanto direitos fundamentais (Carvalho Netto e Scotti, 2012, p. 59).

Dworkin entende a atividade interpretativa, portanto, de uma maneira bastante diferente ao enfrentar o problema da discricionariedade e criticar o semanticismo no qual o positivismo jurídico se enredou. O autor defende o argumento de que o direito oferece uma *única resposta correta*, mesmo nos chamados *hard cases*, situações nas quais, para o positivismo, como não haveria uma regra que dispõe claramente sobre o caso, o juiz, deveria utilizar de sua discricionariedade para decidir. A tese da única resposta correta deve ser entendida

não enquanto mandamento inscrito *a priori* nas normas gerais e abstratas, mas como *postura* a ser assumida pelo aplicador em face das questões aparentemente não reguladas apresentadas pelos *hard cases*, de densificação dos sentidos abstratos em face de um compartilhamento existente, embora sempre passível de ser problematizado e polemizado, do sentido vivencial dos princípios jurídicos, presente naquela determinada comunidade de princípios, tanto na assimilação prática dos direitos pela sociedade em seu cotidiano, em suas lutas, reivindicações por posições interpretativas e em seu aprendizado histórico, quanto na reafirmação institucional do sentido dessa história pelos órgãos oficiais (Carvalho Netto e Scotti, 2012, p. 56).

Nesse viés, Dworkin se propõe a lidar com o direito levando a sério sua dimensão deontológica. Deve o ordenamento jurídico garantir tanto os requisitos da equidade e do devido processo quanto os da justiça, tendo em vista o conteúdo moral dos direitos fundamentais positivados (Carvalho Netto e Scotti, 2012, p. 52), os quais devem ser interpretados reflexivamente. A interpretação possui, nesse sentido, um caráter construtivo, uma vez que exige uma reflexividade ética que possibilita uma leitura dos valores e da tradição com base em uma noção universalista dos direitos fundamentais. Assim, os aplicadores devem se valer dos princípios relacionados aos valores da moralidade política para buscar decisões que mostrem o direito como um todo em sua melhor luz (Carvalho Netto e Scotti, 2012, p. 78-81).

No entanto, o mesmo movimento de inserção de “valores” dentro do direito que emergiu no pós-Segunda Guerra também deu a luz a concepções teóricas, filiadas a um suposto “neoconstitucionalismo” ou “pós-positivismo” que, ao pretenderem uma ruptura com o positivismo normativo, não conseguiram romper com seus elementos centrais e, ainda, recaíram em problemas constitutivos do positivismo exegético, já superado pelo positivismo normativo. Tais correntes recepcionaram teses “principiológicas” advindas da jurisprudência dos valores alemã, as quais utilizam o método da ponderação e consideram os princípios como uma abertura que promove a discricionariedade judicial. São estas as concepções que este trabalho pretende abordar criticamente, uma vez que são amplamente recepcionadas pelo judiciário brasileiro, bem como aclamadas por parte da academia, porém, importadas sem qualquer consideração com as especificidades da realidade social e jurídica brasileira. Tais teorias acabam por

enfraquecer ainda mais a legalidade constitucional com o retorno aos mesmos problemas semânticos do positivismo exegético e a promoção do ativismo-decisionismo judicial (Streck, 2016, p. 134).

Um dos grandes nomes filiados a esse movimento é Robert Alexy, principal representante da teoria axiológica dos direitos fundamentais na Alemanha. Este reconhece que o direito é composto de princípios, para além das regras, no entanto, emprega uma concepção teleológica de princípios. Estes se diferenciam das regras por serem *comandos de otimização*, os quais possuem um código de gradual, pois podem ser cumpridos em diferentes graus na solução de um caso concreto, segundo condições fáticas e jurídicas e mediante o princípio de proporcionalidade. O método da ponderação dos princípios, quando estes colidem entre si em um caso concreto, leva em consideração a adequação, necessidade e a proporcionalidade da decisão frente a valores e a finalidades compartilhadas por uma ordem concreta, aplicando tais normas mediante um cálculo de custo/benefício (Cattoni de Oliveira, 2016, p. 99). Dessa forma, Alexy não considera a dimensão deontológica dos princípios, mas o equipara a valores, tendo o sistema de princípios, para o autor, um caráter fundamentalmente axiológico-teleológico (Cattoni de Oliveira, 2016, p. 80).

Esse entendimento judicial, que pressupõe a possibilidade de aplicação gradual de normas, ao confundi-las com valores, nega exatamente o caráter obrigatório do Direito. E tratar a Constituição como uma ordem concreta de valores é pretender justificar a tese segundo a qual compete ao Judiciário definir o que pode ser discutido e expresso como digno desses valores, pois só haveria democracia, desse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de uma sociedade política compartilham, de um modo comunitarista, os mesmos supostos axiológicos, os mesmos interesses, uma mesma concepção de vida e de mundo (Cattoni de Oliveira, 2016, p. 99).

Nesse sentido, a teoria da decisão alexiana rejeita a tese da única resposta correta de Dworkin, assimilando, ainda, as noções de discricionariedade judicial e lacuna no direito, típicas do positivismo normativo. Para o autor, seria impossível, sob condições reais, uma teoria dos princípios que pudesse sustentar a tese da única resposta correta, pois seria necessário um consenso irrestrito entre todos os participantes de uma situação ideal onde tempo e informações disponíveis fossem ilimitados (Carvalho Netto e Scotti, 2012, p. 117). No entanto, a tese de Dworkin acerca da existência de uma única resposta correta, como já explicitada, trata-se de uma postura hermenêutica a ser tomada pelo aplicador frente ao caso concreto e aos princípios jurídicos que fazem parte do ordenamento e da história institucional daquela comunidade (Carvalho Netto e Scotti, 2012, p. 118). Diante da impossibilidade vislumbrada por Alexy, este empreende a criação de uma metodologia capaz de ponderar os princípios colidentes no caso concreto equiparada a uma atividade de balanceamento de valores, os quais são sujeitos à

hierarquização e ao cumprimento em diversos graus. Assim, direitos nada mais seriam do que interesses que devem ser afastados de acordo com o seu grau de relevância e os princípios estariam à disposição da discricionariedade do aplicador (Carvalho Netto e Scotti, p. 120), afinal, quem escolhe os princípios conflitantes a serem ponderados? Quais são os pesos a serem atribuídos para cada princípio? Qual o valor do peso considerado em abstrato?

O método elaborado por Alexy, ao se pretender “racionalizador”, porém, ao mesmo tempo possibilitar conclusões diversas a um mesmo caso concreto devido a uma aposta na discricionariedade do aplicador, não se mostra capaz de superar o problema do positivismo no nível da aplicação (Streck, 2016, p. 139). Ao exaltarem uma compreensão de princípios como “cláusulas” de abertura da interpretação, a qual abre margem a uma arbitrariedade inequívoca, tais teorias corroboram a manutenção de um ativismo-decisionismo judicial, a tendência de inferiorização da legislação positivada democraticamente e a fragilização do direito pelo moralismo do juiz, entendido como um sujeito (ainda na lógica sujeito-objeto da filosofia da consciência) (Streck, 2016, p. 59). Portanto, as correntes teóricas vinculadas à leitura axiológica dos princípios constitucionais apresentada não apostam na manutenção da integridade e da coerência do direito, mas filiam-se ao subjetivismo (e moralismo) do aplicador, que, ao aplicar a norma com vistas à uma maximização dos princípios (em termos axiológicos e teleológicos), não levam à sério a dimensão deontológica dos princípios constitucionais.

Frente a esse problema, necessário se faz interpretar o direito em sua integridade, pois, é sabida que a língua, ela mesma viva, que compõe os plexos de sentido de um mundo da vida de uma comunidade plural e complexa, também implica em uma abertura semântica da Constituição que não possibilita delimitar uma moldura interpretativa dos direitos fundamentais como *numerus clausus* (Carvalho Netto e Scotti, 2012, p. 123). Os princípios, portanto, devem ser, como afirma Dworkin, levados à sério, ou seja, “considerados como condição de possibilidade da liberdade” (Carvalho Netto e Scotti, 2012, p. 128). Não do ponto de vista de uma filosofia do sujeito que visualiza princípios como meros limites à atuação do Estado, mas eles mesmos devem guiar os discursos de aplicação tratando pretensões abusivas que vão a um uso contrário ao Direito que o institui e viabiliza, zelando pela sua integridade (Carvalho Netto e Scotti, 2012, p. 129).

O direito, entendido em sua integridade, não pode se voltar contra o próprio direito. Por isso, a figura da colisão não retrata de maneira plausível a tensão imanente ao ordenamento jurídico. Além disso, é de se lembrar que abusos no campo das pretensões a direitos sempre se apresentarão como pretensões legítimas e fundadas na própria regulação legislativa. Aliás, é precisamente a previsão legislativa genérica e abstrata dos direitos que, por si só, incentiva pretensões abusivas. No contexto de uma racionalidade que se saiba limitada,

portanto, não há qualquer plausibilidade racional na crença de que se possa eliminar pretensões abusivas mediante a simples edição de mais normas gerais e abstratas. É apenas no campo dos discursos de aplicação, ao se levar a sério as pretensões a direito nele levantadas, mediante o escrutínio das especificidades daquele caso concreto, que essas pretensões poderão ser qualificadas como legítimas ou abusivas, inclusive aquelas calcadas em previsões legais literais (Carvalho Netto e Scotti, 2012, p. 133).

5. TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO E DA DEMOCRACIA

Porém, o problema de resgatar a dimensão deontológica dos direitos fundamentais e de preservar a abertura ao futuro da identidade constitucional, se tiver de encontrar sua resposta na senda da tese da única resposta correta de Dworkin, enfrentará alguns problemas. É que a decisão à luz de uma norma priorizada significa fazer um uso ótimo de um sistema de normas válidas, devotada a atenção a todas as circunstâncias relevantes. Mas se esse sistema se encontra em constante movimento, então essa é uma orientação ideal exigente que sobrecarregaria mesmo a jurisprudência mais profissionalizada (Habermas, 2020, p.285). A complexidade dessa tarefa pode ser reduzida pela compreensão paradigmática do direito dominante, e assim fazemos o lugar do ideal ser ocupado por paradigmas jurídicos. Estes desoneram Hércules da hipercomplexa tarefa de aplicar, sem mediações, um conjunto desordenado de princípios apenas *prima facie* aplicáveis às características relevantes de uma situação apreendida. Mas os paradigmas não podem ser concebidos como ideologias, como fechados a novas percepções da situação e outras interpretações. Por isso, uma compreensão procedimental do direito teria de demarcar o âmbito no qual os paradigmas jurídicos tornados reflexivos se abrem uns aos outros e possam se afirmar perante as múltiplas interpretações da situação que são mobilizadas processualmente. As respostas de Dworkin às objeções levantadas contra a sua teoria ideal do direito são fruto de uma abordagem monológica. Dworkin apenas oscila entre a perspectiva dos cidadãos, a partir da qual são legitimados os deveres judiciais, e aquela cognitivamente privilegiada do juiz que, em função de seus pretensos conhecimentos ou de suas virtudes pessoais, seria singularmente qualificado para substituir os cidadãos na garantia da integridade da comunidade jurídica (Habermas, 2020, p.286-288).

A ampliação de relações concretas de reconhecimento em direção a relações jurídicas mais abstratas exigirá o recurso à forma reflexiva da ação comunicativa. Embora admita o núcleo procedimental do princípio da integridade jurídica, Dworkin não leva essa premissa até às últimas consequências, já que isso sugere a ancoragem das exigências ideais da teoria do direito no postulado político de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, e não num ideal da personalidade de um juiz. O reduzido escopo da compreensão paradigmática do direito

está a exigir que os princípios procedimentais que asseguram a validade dos resultados de uma prática decisória procedimentalmente correta tenham uma fundamentação interna, jurídica. E é na forma de uma teoria da argumentação jurídica, capaz de fundamentar os princípios procedimentais que reduzirão as exigências dirigidas a Hércules que tem de se dar a crítica à teoria solipsista do direito de Dworkin (Habermas, 2020, p. 290-292). Sem que se centralize o conceito de processo, de molde a fazer depender o êxito deliberativo da própria institucionalização dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes, o eu da comunidade jurídica não poderá desaparecer aqui e agora nas formas de comunicação sem sujeitos que regulam o fluxo das deliberações de um tal modo que seus resultados falíveis sejam presumivelmente racionais (Cattoni de Oliveira, 2016, p. 122). É sintomático que, em vez disso, o ideal do juiz persista incólume.

Esclareça-se: a interpretação jurídica em contextos pós-tradicionais, dá-se no contexto de disputas paradigmáticas que, desde o ponto de vista procedimental, tornaram-se *reflexivas* (Cattoni de Oliveira, 2016, p.119). A atitude interpretativa está a exigir opções políticas: o paradigma procedimental não é o substituto para uma utopia ou coisa parecida, não é substancial como os demais, ao contrário, em seu seio os demais paradigmas concorrem, *mas já sem a certeza ingênua de motivos intersubjetivamente compartilhados entre operadores do Direito apartados da Sociedade Civil*. Hércules está demitido.

O Direito não opera com um hiato entre idealidade e realidade. Quando da adjudicação, configura-se uma tensão interna ao Direito, entre facticidade e validade.

O direito válido garante, por um lado, a imposição de expectativas de comportamento sancionadas estatalmente e, com isso, a segurança jurídica; por outro, processos racionais de positivação e aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento estabilizadas desse modo - as normas merecem obediência e, assim, devem sempre poder ser seguidas também por respeito à lei. No âmbito das práticas das decisões judiciais, ambas as garantias têm de poder ser resgatadas simultaneamente. [...] Para cumprir a função sociointegradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do direito, os juízos proferidos precisam satisfazer ao mesmo tempo as condições de decisões consistentes e de aceitabilidade racional (Habermas, 2020, p.258)

Ora, nesta quadra histórica já não é lícito nutrir mais ilusões, seja no sentido de uma fé absoluta no Direito Positivo e suas normas programáticas (Cattoni de Oliveira, 2016, p.163), seja no sentido de uma crença de todo insustentável em fundamentos transcendentais ao próprio Direito (Cattoni de Oliveira, 2017, p.114). No primeiro caso, já sabemos que a fé no Direito não move montanhas, como se sua necessidade de efetivação tivesse de ser enfrentada como uma questão fática, auto-executável a partir das disposições legais, a prescindir de constantes lutas por reconhecimento no seio de uma sociedade civil criticamente mobilizada. Sabemos que

não se muda a realidade por decreto. No segundo caso, sabemos que um fundamento último não faz falta para nós, já que o que seja esse Direito não é uma disputa sobre dados ou de um dever-ser abstrato. Trata-se de uma questão de correção normativa, a exigir uma postura ou uma atitude em face do Direito como integridade e não em termos meramente semânticos, um imperativo de correção que só encontra plausibilidade sobre o pano de fundo de uma outra inevitável exigência, intercompartilhada no interior da sociedade, quer dizer, de integridade (Cattoni de Oliveira, 2017, p.109). *Numa sociedade complexa, descentrada e pluralista, o Direito é um dos media de integração da sociedade, devendo, uno actu, manter as expectativas generalizadas de comportamento, por um lado, e pretender ser o fundamento de si mesmo, por outro* (Cattoni de Oliveira, 2016, p.163). A aparente tautologia da legitimidade que nasce a partir da legalidade se esclarece diante de uma compreensão procedimental consequente da Constituição, baseada no caráter intrinsecamente racional das condições procedimentais que fundamente, para todo e qualquer processo democrático, a presunção de resultados racionais, isto é, a razão se corporifica somente nas condições de possibilidade pragmático-formais (Habermas, 2020, p.366).

Tanto o Direito quanto a política passam a desempenhar papéis singulares nos processos de integração da sociedade, buscando preencher, quer falhas funcionais, quer déficits de integração. A política tapa buracos funcionais abertos devido à sobrecarga advinda de outros mecanismos de integração social, mas só pode fazer isso se utilizando da linguagem do Direito, já que o Direito é o medium que possibilita o traslado das estruturas de reconhecimentos recíproco para os complexos domínios de ação de uma sociedade diferenciada funcionalmente, de forma que as estruturas inicialmente simples da solidariedade natural possam assumir uma forma abstrata, mas impositiva (Cattoni de Oliveira, 2016, p.164).

A integração da sociedade, politicamente realizada, é forçada através de um filtro discursivo e fica responsável por oferecer respostas integrativas para o mesmo tipo de problema enfrentados pelos sobrecarregados processos sociais que o processo político substitui. Nesse contexto renovado, os processos legislativo, jurisdicional e administrativo exercem papéis fundamentais, já que o processo é compreendido como a dinâmica do Direito, tratando-se aqui o processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes (Cattoni de Oliveira, 2016, p. 165). Com essa mediação, podemos abandonar quaisquer esperanças na auto-executoriedade dos dispositivos, bem como de fundamentos meta-jurídicos do Direito, já que no quadro do exercício da Jurisdição, o Direito realiza sua pretensão de legitimidade e de certeza da decisão, através, por um lado, da reconstrução argumentativa, no processo, da situação de aplicação, e, por outro lado, da determinação argumentativa de qual, dentre as

normas jurídicas válidas, é a que deve ser aplicada, em razão de sua adequação ao caso concreto (Cattoni de Oliveira, 2016, p. 167).

Se os processos legislativo, jurisdicional e administrativo exercem papéis fundamentais, compreendidos como procedimentos realizados em contraditório, por outro lado *é o próprio Direito que deverá ser reconstruído como processo*. Assim, a Constituição, *nesse sentido* reconstruída como interpretação do sistema de direitos garantidor das autonomias públicas e privada, bem como dos princípios do Estado de Direito, que se realiza ao longo do tempo histórico, *em sua permanente abertura para o futuro*, institucionaliza juridicamente processos mediante os quais se deve dar a dinâmica democrática do Direito a fundar, legitimamente, o próprio Direito (Cattoni de Oliveira, 2016, p.169). É assim que se constrói uma compreensão procedimentalista da Constituição como processo: *como institucionalização jurídica de condições e procedimentos que garantam o exercício das autonomias pública e privada dos cidadãos*.

Uma vez que o Direito Constitucional é também a expressão contrafática de compromissos entre as forças políticas e sociais num determinado momento da história, cujo sentido se abre ao porvir das lutas por reconhecimento no interior da esfera pública (Cattoni de Oliveira, 2017, p.9), um enfoque crítico-reconstrutivo precisa ser capaz de conceber o sentido normativo dos critérios de racionalidade imanentes à sociedade como capaz de transcender o mero existente (Cattoni de Oliveira, 2017, p.104). Tal enfoque precisa também permanecer atento às *advertências genealógicas*, considerando que os processos de aprendizagem social e de integração da sociedade podem estar sujeitos a situações de inércia, de bloqueio e mesmo de retrocesso, o que, entretanto, não elimina a possibilidade de resgate discursivo, aprendizado e autocorreção. Ou seja, como o conceito de constitucionalidade imbrinca legalidade, efetividade e legitimidade, estamos aptos a lidar a construtivamente com o risco permanente de fraude à Constituição, consequência do caráter contingente do Direito e da Política, *quando prestamos atenção à forma específica pela qual o Direito é positivado, quer dizer, a procedimentalização* (Cattoni de Oliveira, 2017, p.104-116). Tal procedimentalização pressupõe, evidentemente, a garantia do contraditório enquanto coparticipação em simétrica paridade, dos destinatários das decisões nos procedimentos que as prepara, da ampla defesa, da fundamentação racional, enfim, do devido processo legal (e legislativo). Nesse sentido, a política deliberativa obtém sua força legitimadora da estrutura discursiva de uma formação da opinião e da vontade que somente pode cumprir sua função de integração social graças à expectativa de qualidade racional de seus resultados (Cattoni de Oliveira, 2017, p.115-116).

6. FORMAS DE CONTAR HISTÓRIAS: CONSTITUIÇÃO E COMPROMISSO

Já exploramos a questão de como é possível conceber uma teoria constitucional capaz de preservar o caráter deontológico dos direitos fundamentais e o caráter aberto para o futuro da identidade constitucional. Cabe refletir melhor sobre o processo de constitucionalização do Estado Democrático de Direito e da sua legitimidade, contra as visões derrotistas e pré-conceitos das classes intelectuais e médias que a vivenciam (Cattoni de Oliveira, 2020, p.381 et 389). A Constituição brasileira, nos seus trinta anos, articula memória e projeto, experiência e expectativa - e, assim, deixa entrever as suas relações com o tempo histórico. O seu sentido normativo se auto-expressa na práxis de autodeterminação política do constitucionalismo democrático (Cattoni de Oliveira, 2020, p.382-383). As tensões políticas que se estabelecem no interior da realidade social, noutra nível já o explicamos, não retornam sob as formas de um “ideal constitucional” e “uma realidade política recalcitrante”. Tal forma de colocar o problema iludiria que essa realidade é também uma construção histórica e, além disso, que esse suposto ideal de uma nova sociedade que representaria o Direito surgiu na e faz parte da própria sociedade que o projeta para si (Cattoni de Oliveira, 2020, p.388). Portanto esse enfoque ontológico do problema da efetividade constitucional acaba agravando o que pretende denunciar, dado que naturaliza o problema de um “inevitável hiato” entre ideal e real, nem mesmo atinando para a necessidade de reconstruir os fragmentos de racionalidade já inscritos na realidade, vez que a Constituição Federal se pronuncia expressamente, por exemplo, contra a exclusão social. A positivação é faca de dois gumes, pois o texto tão ignorado também pode ser levado a sério e “virado” contra as violências que condena (Cattoni de Oliveira, 2020, p.389).

Nossa história política merece ser resgatada e relida contra os relatos reificantes que apontam nossa falta de autenticidade na constelação do constitucionalismo: se somos o Outro de uma Modernidade que se constitui simultaneamente à Colonialidade, não está escrito em lugar nenhum que bastem relatos pós-modernos fragmentados para nos orientar num diálogo intercultural e conosco mesmos sobre nós mesmos (Dussel, 2017, p.94-95). Mas certamente não bastam ladainhas acerca dos nossos atrasos, que são tão modernos como o acúmulo de riqueza produzido nas metrópoles norte-atlânticas às nossas custas:

Com os olhos postos no presente, - este cairológico entre o não-mais do passado e o ainda não do futuro, que pode ser aqui e agora o futuro, pois a partir do passado poderia, desde então e a qualquer momento, ter-se entreaberto e se tornado possível com a fundação-promessa, que retrospectivamente a elaboração do texto da Constituição representa - é possível reconstruir, também, um outro passado, um passado futuro: um novo passado, que enquanto rememoração do futuro seja comprometido com esse

futuro, o qual já se pode fazer e se faz presente. Pois o passado, resgatado nessa perspectiva e com essa expectativa, poderá não ser somente um passado de frustrações e catástrofes, porque ele esperava pelo sentido que agora dele se pode fazer presente; e sua redenção, portanto, depende deste agora que em qualquer momento por via da ação político-constitucional pode se fazer presente. (Cattoni de Oliveira, 2020, p.390).

Com Habermas, entendemos que o processo de constitucionalização se expressa performativamente na dimensão do tempo histórico, como um processo de aprendizagem social com o Direito, sujeito a tropeços, mas capaz de corrigir a si mesmo e espelhar o ato fundador num processo constituinte intergeracional e atualizável, quer dizer, aberto ao futuro (Cattoni de Oliveira, 2020, p. 399). Advirta-se, contudo, que o fundamento do Direito e suas relações com o tempo não constituem uma questão passível de solução pelo mero artifício do deslocamento temporal do fundamento Direito “do passado para o futuro”:

O Direito não terá um ‘fundamento’ no futuro se não tiver no presente e se o presente também não se abrir ao passado como o seu futuro, aprendendo a lidar com o risco de perda do espaço de experiência - como no caso do Direito, com o risco permanente da perda da memória dos percursos e das lutas por reconhecimento de direitos ao longo da história. Corremos o risco de vivermos, recorrentemente, como chama a atenção [Giacomo] Marramao, a síndrome da pressa, ou seja, a de um futuro passado, a redução do espaço de experiência, a hipertrofia do horizonte de expectativa, enfim, o não aprendido com uma experiência intercompartilhada. (Cattoni de Oliveira, 2020, p.400).

A ação redentora, sempre constitucional e constituinte, pode vir a redimir no presente um passado, projetado no horizonte de um futuro que, em razão da abertura da identidade constitucional, tornar-se-á algo completamente diferente, por referência ao passado, mas sem uma vinculação romântica. A legitimidade nesse processo é vivida somente como vazio de fundamentos últimos, entregue ao processo jurídico-político de construção da própria legitimidade que articula no tempo histórico as noções de autogoverno e direitos fundamentais numa complexa noção de autonomia: o lugar da soberania está vazio. (Cattoni de Oliveira, 2020, p.402)

Contra essa leitura da nossa história constitucional, e porque a literatura é o campo imaginativo que excita os gênios, parecem se erguer um sem número de leituras (progressistas), mas o que significa ser um leitor? Ao fechar as páginas de Os Bruzundangas, o leitor é alguém que permanece onde está, e quando está. Há bons motivos para insistir nesse ponto. O primeiro é em nome da necessária separação entre narrador e autor. A complicação dessa questão para alguns autores (Limberger et Cury, 2012, p.124) talvez se dê pela forma como o narrador se apresenta na ficção: trata-se de um narrador-personagem onisciente, um jornalista que trava relações com o povo da Bruzundanga e nos dá a conhecer seus relatos e as problemáticas daquela terra na forma de um diário de viagem. O narrador não demora a nos advertir que

A ‘Bruzundanga’ fornece matéria de sobra para livrar-nos, a nós do Brasil, de piores males, pois possui maiores e mais completos. Sua missão é, portanto, como a dos ‘maiores’ da Arte, livrar-nos dos outros, naturalmente menores. [...] Por intermédio dos [maiores ladrões] dela, dos dessa velha e ainda rica terra da Bruzundanga, livremo-nos dos nossos: é o escopo deste pequeno livro (Barreto, 2013, p.11-14).

Ora, a obsessão revelada na tentativa de transpor a distância entre texto e autor, englobando este no próprio texto enquanto narrador em primeira pessoa, esbarra nas diversas “camadas de realidade” do texto, das quais, mesmo no caso do narrador-personagem onisciente, bem poucas são consideravelmente controladas pelo narrador (Habermas, 2004, p. 243). A perspectiva desencaminhante que traça continuidades forçadas entre o autor Lima Barreto e o Narrador que subscreve o Prefácio do “pequeno livro” quase deixa a descoberto o passo seguinte das interpretações correntes (Limberger e Cury, 2012): a tentativa de traçar continuidades entre o Brasil e a Bruzundanga, quer dizer, entre ficção e realidade. Nesse caso, a combinar as duas pressuposições, a única saída seria pressupor uma fusão de horizonte ontológicos de sentido entre autor e leitor, aqui o texto deveria a todo o momento controlar e comandar o horizonte de entendimento ontológico dos seus leitores (Habermas, 2004, p.243-244).

Mas é preciso ir além: não se trata de uma diferença contextual fatal, como se, no mais, o *mea culpa* da literatura se resumisse ao fato de ela “não conhecer a realidade”, mas “somente níveis de realidade”, já que os limites entre ficção e realidade seriam criações da própria ficção (Habermas, 2004, p.245), essa psicose teórico-literária não deve ter lugar em trabalhos filosóficos. A fantasia deve ter alguma função criativa na interpretação, mas é evidente que o dia-a-dia limita a literatura, pois quando arrancados da prática comunicativa cotidiana e lançados em contextos literários, os atos de fala só passam a veicular pretensões de validade para as personagens (Habermas, 2004, p.253-254). Não há tal força vinculativa desses atos de fala para o autor e para o leitor, e isso se encontra explicado pela complexa relação entre o significado e a validade. Afinal, os atos de fala literários são, pois, despojados da sua força ilocutória para o leitor real, que não pode pretender dominar a função do autor, pois é este quem decide o que vale o que não vale, e é só ele quem pode assegurar aquilo que vale de um modo credível: é da essência dos textos literários a conduta de uma suspensão da descrença (suspension of disbelief), devendo o leitor, nessa condição tomar a obra como se apresentasse uma concatenação de eventos reais (Habermas, 2004, p.242-253). Tão logo o leitor pretenda tomar posições relativamente às pretensões de validade inerentes a um texto, como se fosse uma personagem, ou como se se tratasse de uma situação do cotidiano, tenta apreender algo através do texto e acaba destruindo a ficção. Os textos filosóficos ou científicos, ao contrário,

exortam o leitor a uma crítica que não se refere necessariamente ao texto em si, mas ao que é dito no texto sobre algo no mundo, já que, embora tais textos também se encontrem aliviados da necessidade de ação, não privam de modo algum o leitor das pretensões de validade veiculadas no texto (Habermas, 2004, p.254).

Talvez este excursus ajude a perceber que personagens como Policarpo Quaresma ou Halaké ben Thoreca são ufanistas ironizados, e não modelos de cidadania construídos pelo narrador. Halaké ben Thoreca é retratado em “os Bruzundangas” precisamente como um jovem que é em primeiro lugar ingênuo e sobretudo alheio à realidade, na medida em que, por um lado, resolve votar, mas por outro lado, ao enfrentar a vontade dos coronéis, não consegue sequer perceber a distância entre um exercício cívico contra as estruturas de poder vigentes e uma corrupção de tal exercício cívico em nome de quaisquer boas intenções (o tal voto por amizade ou pena). Thoreca apanha dos jagunços que efetivam a dinâmica do “voto de cabresto”, mas não consegue manter a integridade do dever cívico subjacente à gramática dos processos eleitorais. É um perdido, um menino bobo. O narrador consegue construir um cenário no qual não só a ignorância e a truculência das elites rurais, mas também o idealismo inconsequente de quem ignora a realidade vigente são criticados (Barreto, 2013, 94-99).

Há leituras de Os Bruzundangas que tentam extrair uma lição sobre o valor das coisas nacionais, ou sobre como o princípio da legalidade, de extração estrangeira, é vilipendiado pela nossa suposta modernidade tardia, viciada por um sem número de atrasos: patrimonialismo, favor, cunhadismo, lhaneza e etc... (Limberger e Cury, 2012, p.124-125). Parecem se esquecer que os narradores podem utilizar a ironia tanto na construção dos espaços, quanto na construção das suas personagens, e chega-se mesmo a conclamar que “Como o Major Quaresma, deve-se fazer um levante pela valorização da brasilidade” de uma personalidade como Major Quaresma (Limberger e Cury, 2012, p.125). As nossas desgraças parecem poder ser explicadas pelo desembarque da família Real portuguesa no Brasil e ainda pela herança maldita da Universidade de Coimbra sobre a nossa elite política: “vai-se a corte, mas fica o legado português” (Limberger e Cury, 2012, p. 121). Não se compreende a pertinência de abordagens de direito e literatura que lancem mão do caráter ficcional desta para representar a nossa história constitucional dessa maneira pitoresca, até mesmo ridícula, a lembrar a nossa incapacidade mesmo para sermos trágicos ao abordar a nossa problemática realidade fático-normativa.

É que, na relação entre a narrativa histórica e a literatura, o ponto de contato está situado em outro nível. Ora, não há dúvida que após a virada pragmático-linguística, perdemos a ilusão de um acesso imediato ao passado, salvo por meio da linguagem ou dos objetos interpretados por ela (Stolleis, 2020, p.34-36). A verdade histórica não é mais um fim possível,

o texto é a própria realidade passada que buscamos apreender nas suas várias interpretações, e interpretações e textos existem aos montes, como escolher o melhor, o mais correto? Os limites entre historiografia e recriação literária devem mesmo ser permeáveis, já que historiador e poeta criam a partir “do poço profundo do passado”, sendo assim irmãos de espírito. Elaboram os dois, a partir do material da memória e com a mediação da linguagem, um texto imaginativo (Stolleis, 2020, p.54). Como Habermas, Michael Stolleis tende a pensar que a diferença entre o poeta e o historiador crítico seja uma questão ligada ao controle das fontes e ao imperativo científico da honradez *que impede que se misturem os gêneros* (2020, p.55). É relevante destacar que há diferenças ético-científicas de princípio, já que a fantasia dos historiadores deve ser freada por meio dos postulados metodológicos, haja vista que a hipótese do historiador deve, diferentemente do romance, estar sempre aberta ao falseamento (Stolleis, 2020, p.60-61). Na senda do despojamento das forças ilocutórias dos atos de falas literários, Stolleis nos diz que um romance histórico não pode e nem precisa ser rebatido, mas que uma pesquisa histórica pode perder bruscamente o seu valor quando a hipótese que a sustentava rui pela descoberta de uma nova e mais convincente fonte (2020, p.62). A grande diferença entre a literatura de ficção e a escrita da história está na estrita vinculação das declarações científicas às regras acordadas para o seu gênero ao longo da história da ciência e que se tornaram agora constitutivas dela mesma. Essas regras podem, é claro, ser ultrapassadas, mas essa superação deve ser pública, contudo. Parece que o risco de se valer do movimento Direito e Literatura para diuturnamente realizar odes aos nossos atrasos, nossas imperfeições institucionais, nossos fracassos históricos enquanto um Estado Democrático de Direito parece ser o de se posicionar ao lado do cortejo triunfal dos vencedores. As vítimas da totalidade nos interpelam e exigem que nos coloquemos ao seu lado, não exigem uma empatia genérica, esta é a *acedia*, o sentimento fatal de que algo inevitavelmente ocorrerá, independente do que se faça, de que a nossa história é mesmo esse conjunto de fracassos, independente qual seja a roupagem ideológica que venha após, não necessita de dizer mais nada (Löwy, 2005, p.70-82). Ou estamos dispostos a ouvir o relato provocante dos excluídos e a ter fé na sua palavra (Dussel, 2017, p.79-89), ou não temos nada a contribuir. Pois os compromissos éticos colocados para um teórico crítico estão a exigir isso de nós, e é dessa maneira que primeiro nos aproximamos da pretensão de objetividade, nos localizando ao lado daqueles que, ao menos neste momento, precisam de um relato positivo, antes de qualquer momentum desconstrutivo (Dussel, 2009, p.11-19), do Direito e da Política, um relato que torne essas práticas sociais dignas de serem objetos de sua detida consideração.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há um erro fundamental que une umbilicalmente aquele que pensa conseguir aprisionar o sentido, e aquele que abdica de toda e qualquer possibilidade de sentido. Nenhum deles consegue atingir qualquer grau de objetividade.

Somente se encontra a trilha de uma teoria da constituição que preserve a dimensão deontológica dos direitos fundamentais e o caráter aberto para o futuro da Constituição se, neste caso, na relação entre o Direito e Literatura, for possível a superação de problemáticas que se dão em ao menos dois níveis. Primeiramente, o nível da teorização acerca do sentido atribuído aos direitos fundamentais em sua fundamentação e aplicação, tanto a de matriz juspositivista quanto a denominada “pós-positivista” vinculada à jurisprudência dos conceitos, a qual é incapaz de levar à sério o caráter deontológico do Direito, recaindo nos mesmos problemas do positivismo jurídico. E, em segundo lugar, o nível da relação entre o universo ficcional e a realidade jurídica e social em leituras que tentam traçar continuidades forçadas entre um cenário fictício - que, apesar do tom crítico, é estruturado a partir de recursos literários no intuito de produzir um efeito cômico e exagerado - e uma determinada realidade social, não somente reduzindo a dimensão dos problemas que nela se constituem, mas também falseando-a, pois a reduz a uma caricatura - momento em que é possível retratar a sociedade e o Estado brasileiro a partir dos jargões do atraso, do patrimonialismo, da modernidade tardia, da cordialidade, do jeitinho, dentre outros. .

A Constituição, por sua vez, deve poder ser reconstruída como a interpretação do sistema de direitos de molde a garantir a autonomia pública e privada dos cidadãos e os princípios do Estado de Direito. Mas o que buscamos ressaltar num primeiro momento é que se a Constituição é reconstruída como processo, tal processo se realiza necessariamente ao longo do tempo histórico, com uma permanente abertura para o futuro, institucionalizando processos jurídicos mediante os quais o Direito possa fundar a si próprio legitimamente. E se é assim, não há seguro de vida para o sentido constitucional: ele pode ser fraudado. Por isso são feitas as ressalvas genealógicas: deve ser possível para uma comunidade de princípios, em meio a seus inevitáveis tropeços históricos, retomar tal sentido, precisamente lá, onde ele foi fraudado. Trata-se da dimensão de aprendizagem social do constitucionalismo. Dessa maneira tematizamos algo muito importante: a abertura da identidade do sujeito constitucional não pode significar somente um deslocamento temporal do fundamento do Direito para o futuro, pois o futuro não terá o fundamento no futuro se já não o tiver no presente. Aqui mostramos de que forma a interpretação pode ser objetiva para os vivos, se bem que necessariamente exija uma postura política do intérprete. Nossa história deve poder ser resgatada como uma história

de atrasos, através inclusive de continuidades indevidamente traçadas entre universo ficcional e realidade constitucional brasileira (Limberger e Cury 2012).

Como dissemos, com Cattoni de Oliveira, numa sociedade pós-tradicional em que os paradigmas interpretativos já perderam sua ingenuidade, seja do ponto de vista do aplicador, seja do ponto de vista da esfera pública em uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, será com os olhos postos no presente que outro passado poderá ser reconstruído, dessa vez digno de sentido, comprometido e sem concessões à *acedia*, e nessa circunstância a redenção deste passado depende da ação político-constitucional aqui e agora configurada, a responsabilizar todos nós.

Somente se encontra a trilha de uma teoria da constituição que preserve a dimensão deontológica dos direitos fundamentais e o caráter aberto para o futuro da Constituição se, neste caso, na relação entre o Direito e Literatura, for possível a superação de problemáticas que se dão em ao menos dois níveis. Primeiramente, o nível da teorização acerca do sentido atribuído aos direitos fundamentais em sua fundamentação e aplicação, tanto a de matriz juspositivista quanto a denominada “pós-positivista” vinculada à jurisprudência dos conceitos, a qual é incapaz de levar à sério o caráter deontológico do Direito, recaindo nos mesmos problemas do positivismo jurídico. E, em segundo lugar, o da relação entre o universo ficcional e a realidade jurídica e social em leituras que tentam traçar continuidades forçadas entre um cenário fictício - que, apesar do tom crítico, é estruturado a partir de recursos literários no intuito de produzir um efeito cômico e exagerado - e uma determinada realidade social, não somente reduzindo a dimensão dos problemas que nela se constituem, mas também falseando-a, pois a reduz a uma caricatura - momento em que é possível retratar a sociedade e o Estado brasileiro a partir dos jargões do atraso, do patrimonialismo, da modernidade tardia, da cordialidade, do jeitinho, dentre outros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Lima. *Os Bruzundangas*. São Paulo: Martin Claret, 2013.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Processo Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tempo Cairológico da Constituição e Democracia Sem Espera: uma reflexão a partir da crítica aos discursos sobre a transição da política, do resgate da memória do processo constituinte e da legitimidade da Constituição*

- brasileira trinta anos depois. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constitucionalismo e História do Direito*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. pp.381-410.
- DUSSEL, Enrique. *Analogía y comunicación*. (Interpelación, diálogo intercultural hacia la transmodernidad). Cuadernos Filosóficos. 2ª época, núm. 15, 2017, pp. 66-101.
- DUSSEL, Enrique. *Política de la Liberación: arquitectónica*. Vol II. Madrid: Trotta, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e Validade*. São Paulo: Unesp, 2020.
- HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Coimbra: Almedina, 2004.
- HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- KARAM, Henriete. Questões teóricas e metodológicas do Direito na Literatura: um percurso analítico-interpretativo a partir do conto “Suje-se Gordo!”, de Machado de Assis. *Revista Direito FGV, SP*, v. 13, n. 3, p. 827-865, 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/73327/70469>. Acesso em: 20 set. 2020.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LIMBERGER, Têmis; SOARES, Hector Cury. O triste fim do princípio da legalidade: do Règne de la Loi ao Reino dos Bruzundangas. In: STRECK, Lênio. TRINDADE, André Karam. (org.). *Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade*. São Paulo: Atlas, 2012. pp.113-132.
- LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio*. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. São Paulo: Boitempo, 2005.
- NETTO, Menelick de Carvalho. SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- STOLLEIS, Michael. *Escrever História do Direito do Direito: reconstrução, narrativa ou ficção?* São Paulo: Contracorrente, 2020.
- STRECK, Lenio. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- SWIFT, Jonathan. *As Viagens de Gulliver*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.