

**Constitucionalismo e razão tupiniquim: uma leitura interdisciplinar dos problemas para uma teoria constitucional brasileira**

*Constitutionalism and “tupiniquim” reasoning: an interdisciplinary overview of the problems for a Brazilian Constitutional Theory*

**Anselmo Laghi Laranja**

Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil. E-mail: ansemlaranja@gmail.com.

**Daury Cesar Fabriz**

Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil. E-mail: daury@terra.com.br.

Recebido em 23/04/2016 e aceito em 07/07/2016.

### Resumo

No presente artigo tem-se como objetivo estabelecer um diálogo intertextual entre o constitucionalismo brasileiro e a obra *Crítica da Razão Tupiniquim*, de Roberto Gomes. Com base em pesquisa bibliográfica, que abrangeu tanto a referida obra quanto outras de doutrina especializada em direito constitucional, os aspectos daquilo que Roberto Gomes identificou na área de filosofia no Brasil como ‘razão eclética’ e ‘razão ornamental’ são utilizados para analisar o processo constituinte de 1987 e a jurisdição constitucional brasileira contemporânea. A partir disso, sustenta-se que é possível vislumbrar traços da cultura eclética na forma de atuação dessas instituições brasileiras, bem como propor uma explicação alternativa, de ordem histórico-cultural, para as dificuldades encontradas no enfrentamento do excesso de demandas pelo Poder Judiciário e a baixa uniformização de suas decisões.

**Palavras-chave:** constitucionalismo; crítica da razão tupiniquim, jurisdição constitucional.

### Abstract

This article aims to establish an intertextual dialogue between the constitutionalism doctrine and the work “Critique to Brazilian Reasoning” (*Crítica à Razão Tupiniquim*) published by Roberto Gomes. The study is based on bibliographical research including the mentioned author’s work and also other constitutional law doctrines. The aspects of the points identified by the Brazilian author within the field of philosophy in Brazil are transposed to analyze process to draw up the Brazilian constitution in 1987 and the current Brazilian constitutional jurisdiction. In this article, it was observed that the historical-cultural influence can still be noticed in the Brazilian legal system, as is also a sociologic reasoning for the excessive requirements from the judiciary branch and the challenges that the Brazilian constitutionalism faces.

**Keywords:** constitutionalism; critique to Brazilian reasoning; constitutional jurisdiction.

## Considerações iniciais

*Tupi, or not tupi, that is the question*

*Oswald de Andrade*

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (BRASIL, 1988). Foi dessa forma que a Assembleia Constituinte de 1987 decidiu iniciar a parte normativa do texto que, em 1988, viria ser a atual Constituição Federal brasileira.

Uma retrospectiva a partir das constituições anteriores, com exceção da Constituição do Império – de 1824 –, permite observar que, desde 1891<sup>1</sup>, a República Federativa é reafirmada como forma de governo e Estado, respectivamente.

Isso não se repete com a expressão “Estado Democrático de Direito”, qualificação atribuída à ‘Republica Federativa’ apenas em 1988. Além disso, vários são os aspectos que diferenciam o processo constituinte de 1987 dos anteriores, como a ampliação dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, encontrar significado para essa expressão e tentar explicar como ela afeta o constitucionalismo brasileiro vigente tem se tornado esforço comum em diversos manuais e outras doutrinas de direito constitucional<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Em ordem cronológica: “Art. 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil” (BRASIL, 1981); “Art. 1º - A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 1889 (BRASIL, 1934); “Art. 1º - O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade. Art. 3º - O Brasil é um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. É mantida a sua atual divisão política e territorial.” (BRASIL, 1937); “Art. 1º - Os Estados Unidos do Brasil, mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República” (BRASIL, 1946); “Art. 1º - O Brasil é uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios” (BRASIL, 1967). Observa-se que, em 1937, houve uma exceção ao uso da expressão, cuja ideia foi dividida em dois artigos, o 1º e o 3º.

<sup>2</sup> Essa abordagem pode ser vista em obras clássicas de direito constitucional no Brasil como as de José Afonso da Silva (2005, p. 112-122), de Alexandre de Moraes (2014, p. 2-6) e de Lenio Streck e Bolzan de Moraes (2010, p. 91-106); Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1989, p. 54-55).

Para explicá-la, parte dos constitucionalistas brasileiros encontram a resposta a partir da análise histórica do desenvolvimento do Estado Moderno<sup>3</sup>. Assim, não é incomum que a expressão presente no primeiro artigo da Constituição de 1988 seja explicada tendo como ponto de partida a exposição histórica dos modelos de Estado Absolutista, Liberal e Social, como sintetizado na passagem a seguir:

A partir disso, é possível dizer que Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito são fases sucessivas no processo de transformação do Estado Contemporâneo, o primeiro respondendo aos esquemas de superação da crise do liberalismo e o segundo buscando inserção naquilo que se pode denominar de socialismo democrático. Esta tese, com a qual concordo, é defendida por Elias Diaz [...] (STRECK, 2013, p. 125).

Nada obstante, quando o Constituinte Antônio Mariz, na ‘Comissão de Sistematização da Assembleia Constituinte’, defendeu a inserção do termo no texto constitucional, a expressão possuía um caráter menos “pretensioso”<sup>4</sup>.

Para usar suas palavras, ao se pronunciar na Subcomissão, disse:

Creio útil e fundamental que os Constituintes, ao votarem a nova lei fundamental do País, após um longo período de regime autoritário, enfatizem esse fato de que estamos implantando uma República Federativa construída em Estado democrático de direito (BRASIL, 1987, p. 90).

---

<sup>3</sup> A título de exemplo: “Por isso, o advento do Estado Democrático de Direito representa um salto e um *plus* (normativo) sobre o modelo anterior de Estado-Intervencionista, mormente se considerarmos – como antes se viu – as especificidades brasileiras. Trata-se, enfim, de entender que o Estado Democrático de Direito exsurge de uma nova pactuação, com as especificidades de cada país. Nesse contexto, a noção de Estado Democrático de Direito aparece como superador da nação de Estado Social. Ou seja, a noção de Estado Social dependia de mecanismos implementadores, razão pela qual o Direito apareceu (nos textos constitucionais) com a sua fase transformadora. Assim, se no paradigma liberal o Direito tinha a função meramente ordenadora, estado na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a cultivo, pela exata razão da necessidade da realização das políticas públicas do *Welfare State*. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o pólo de tensão, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais” (STRECK, 2002, p. 145).

<sup>4</sup> “Trata-se, Sr. Presidente, Srs. Constituintes, de uma emenda despreziosa na medida em que, ao alterar a forma do art. 1º e do seu parágrafo único, na verdade procura compatibilizar o texto com o conteúdo que se encontra em todo o Projeto Substitutivo II. Enfatiza alguns pontos que se encontram consagrados ao longo do projeto que estamos aqui a votar” (BRASIL, 1987, p. 90).

Desse contraste entre a razão “despretensiosa” e a outra de caráter mais solene, surge o questionamento acerca do motivo pelo qual nossa literatura constitucional despendia mais tempo sustentando que a expressão “Estado Democrático de Direito” é a síntese histórica do desenvolvimento do Estado Moderno ocidental, desdobramento (quase lógico) das primeiras rebeliões dos barões ingleses frente ao Rei João Sem-terra, seguido pela formação do Estado Nacional português, das reivindicações trabalhistas ingleses, do neoliberalismo globalizante (etc).

Da mesma forma, para além das também comuns discussões acerca da denominação da geração/dimensão de direitos<sup>5</sup>, caberia pensar por que a crítica à ideia de substituição que o termo ‘gerações’ supostamente denota ecoa de forma tão contundente, quando deveria ser o problema da importação da visão europeia de progressão histórica dos direitos fundamentais o real ponto de discussão. Afinal, ao contrário do que dispõe essa visão inspirada nas histórias europeia e norte-americana, o processo de afirmação de direitos no Brasil teve uma sua lógica invertida.

Primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da sequência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população (CARVALHO, 2005, p. 219-220).

Amparado por questionamentos semelhantes àqueles aqui apresentados, o escritor brasileiro Roberto Gomes, no ano de 1977, publicou aquilo que viria a ser sua principal obra: *Crítica da Razão Tupiniquim* (GOMES, 1994). Na obra, o brasileiro, nascido na cidade de Blumenau, buscou analisar a

---

<sup>5</sup> A análise dos direitos fundamentais a partir de momentos históricos chamados “gerações” ganhou destaque na literatura nacional com Paulo Bonavides (2014, p. 576-587) e é seguida por outros constitucionalistas (e.g. BULOS, 2012, p. 524-525). No entanto, parte da doutrina questiona a denominação, defendendo termos como “dimensões” ou “famílias”. É o que defende André Ramos Tavares (2009, p. 468-469): “É preciso anotar que os autores têm preferido falar em gerações, querendo significar gerações sucessivas de direitos humanos. A ideia de ‘gerações’, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as ‘gerações’ ou ‘dimensões’ dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo ‘dimensão’”. No mesmo sentido Novelino (2014, p. 384).

existência de uma ‘filosofia brasileira’ e expôs sua crítica à forma com que o estudo dela se dá no Brasil, representado pelo pensamento por ele intitulado de ‘Razão Tupiniquim’, que seria uma forma de pensar brasileira baseada no eruditismo e na colonização simbólica ainda subsistente do pensamento brasileiro frente ao continente europeu.

A partir dessa obra, o ensaio a seguir visa analisar o constitucionalismo brasileiro com base nos aspectos apresentados por Roberto Gomes, relacionando possíveis influências dessa ‘Razão Tupiniquim’ no constitucionalismo brasileiro. Propõe-se, nesse sentido, a examinar dois conceitos específicos vinculados pela obra de Roberto Gomes: (i) a razão eclética; e (ii) a razão ornamental.

A partir do método jurídico-compreensivo, compreendido por Gustin e Dias (2006, p. 29) como aquele apto para decompor um problema a partir das relações e níveis, busca-se responder como esses dois conceitos lançam luz a fenômenos do constitucionalismo inaugurado com o texto constitucional de 1988 e são capazes de explicar duas de suas características: a forte presença de termos anfibiológicos no texto constitucional de 1998 e o protagonismo da jurisdição constitucional na “resolução” de conflitos sociais de relevância pública.

A escolha desses dois objetos deve-se, primordialmente, a importância que possuem para o Direito contemporâneo, principalmente em decorrência do processo de ênfase do Direito Constitucional para a compreensão do fenômeno jurídico, processo esse, por vezes, denominado neoconstitucionalismo.

## 1. O Constitucionalismo eclético

O primeiro aspecto do comportamento intelectual tupiniquim que será tratado é aquele chamado por Roberto Gomes como ‘Razão Eclética’. Segundo o autor, o ecletismo é um dos traços estruturais da intelectualidade brasileira que se mantém no tempo, sendo fruto da indiferenciação intelectual do Brasil (GOMES, 1994, p. 34).

Para uma descrição mais nítida dessa ‘Razão Eclética’, pode-se buscar, nas ideias jurídico-filosóficas do período pós-independência do Brasil, o exemplo privilegiado da influência desse primeiro conceito discutido por Roberto Gomes na formação das instituições brasileiras.

Sobre esse contexto, Boris Fausto (1995, p. 147) aponta que “os anos entre 1822 e 1840 seriam marcados por uma enorme flutuação política, por uma série de rebeliões e por tentativas constantes de organizar o poder”. Paralelamente, no âmbito filosófico, novas ideias advindas com a modernidade tornaram-se incompatíveis com as antigas estruturas brasileiras: as ideias do liberalismo econômico conflitavam com a estrutura escravocrata; as do liberalismo político contrastavam com a necessidade de assegurar a unidade do Império; e a valorização da experimentação como método científico não encontrava o ambiente para sua estruturação (PAIM, 2007, p. 73).

Como explica Antônio Paim:

Assim, havia de conciliar o liberalismo que se desejava incorporar, dando seguimento às reformas pombalinas, com os institutos da tradição: direito natural concebido nos moldes escolásticos, Ordenações Vicentinas, vínculos da Igreja com o Estado, etc. Existia, sem dúvida, uma percepção nítida da ligação entre modernidade e ciência experimental. Mas a tarefa urgente consistia em dar estrutura jurídico-administrativa ao país que recém conquistara a Independência. E assim por diante (PAIM, 2007, p. 74).

Ainda nesse contexto, Paim (2007, p. 74) aponta que esses desafios institucionais serviram de terreno fértil para a disseminação das ideias apresentadas pelo ecletismo de Vitor Cousin, a fim de permitir que estruturas pertencentes aos dois paradigmas antagônicos (feudal e moderno) pudessem conviver em harmonia.

Ao caracterizar a ‘Razão Eclética’, Roberto Gomes (1994, p. 34) apresenta três características principais: (i) a rejeição aos sistemas de pensamento, que são entendidos como limitadores do espírito; (ii) a crença na verdade como a depuração dos melhores elementos de cada escola de pensamento; (iii) a fé atribuída a esse tipo de pensamento como tolerante, crítico e aberto.

A partir dessas premissas, o processo de estruturação da unidade imperial tomou uma postura evidentemente conciliatória e pretensiosamente imparcial. Essa imparcialidade eclética brasileira surgiu, portanto, a partir da ideia de que se podia “imparcialmente, usufruir benefícios das mais diversas reflexões estrangeiras, delas retirando o ‘melhor’. Desde sempre visamos extrair do pensado por outros aquilo que poderá nos ser útil” (GOMES, 1994, p. 37).

Por outro lado, esse processo de importação de ideias ignorava um aspecto necessário para assimilação dessas teorias, que é a existência de critérios de seletividade previamente postos à crítica, o que demanda, necessariamente, a observação da posição do sujeito (GOMES, 1994, p. 37).

Se apenas a partir da posição do sujeito cognoscente é possível identificar o que é o “melhor”, o ecletismo surge como forma de, nas palavras de Gomes, uma “filosofia enlouquecida”, já que não reflete sobre seus critérios, sobre si mesma, o que “gerou um monstrengo em termos de atitude filosófica: evitar oposições e dissolvê-las, ao invés de enfrentá-las e resolvê-las” (GOMES, 1994, p. 38).

A inserção do pensamento eclético pode ser observada, politicamente, com o processo constituinte que culminou no texto constitucional de 1824 e com criação do Gabinete da Conciliação por D. Pedro II, no ano de 1853, e, academicamente, Antônio Paim (2007, p. 81-82) cita diversas personalidades que podem ser enquadradas nesse movimento, como Moraes e Vale (1824/1886), Antonio Pedro de Figueiredo (1814/1859), Domingos de Magalhães (o Visconde do Araguaia), José Pimenta Bueno (Marquês de São Vicente) e Paulino José Soares (Visconde do Uruguai).

Em relação à constituinte, Costa (2010, p. 207) demonstra, a partir da fala de Evaristo da Veiga no periódico ‘Aurora Fluminense’ de 1828, o papel que a constituição teria em inibir os processos de radicalização social que o Brasil passou naquele período. Seria de Evaristo da Veiga a frase: “Nada de excessos. Queremos a Constituição. Não queremos Revolução”.

Nos processos da constituinte, essa função de amenizar os movimentos revolucionários torna-se ainda mais patente. Dom Pedro I, em meio ao início das atividades da constituinte, cuidou para que ficasse claro a

necessidade do texto constitucional a ser formado não ir de encontro com os interesses da Monarquia. Faoro (2001, p. 325), ao analisar esse momento histórico, ensina que “a Constituinte funcionaria, não por direito próprio, mas enquanto fiel ao sistema monárquico, condenada, se rebelde ou extraviada, à dissolução já fixada nos conselhos do trono”, dissolução essa que ocorreu em 12 de novembro de 1823 (Costa, 2010, p. 211). Nesse contexto, Faoro (2001, p. 326) ainda lança mão da fala de José Bonifácio para reafirmar que “a organização constitucional visa ao alvo de ‘centralizar a união e prevenir os desordeiros que procedem de princípios revoltosos’”.

Da mesma forma, após a outorga da Carta de 1824 por Dom Pedro I e sua abdicação em favor de D. Pedro II, a conciliação voltou a ser utilizada como base da política de consolidação do segundo reinado, período que foi marcado pelo conflito intraelites entre conservadores e liberais (ROSAS, 2014, p. 295).

Para resolver esse problema político, o Marquês do Paraná assumiu a tarefa de acomodar esses dois grupos políticos dentre os ministérios que compuseram a administração do segundo reinado, o que ficou conhecido como “gabinete na conciliação” (MAGALHÃES JÚNIOR, 2009, p. 26). Como discorre Rosas (2014, p. 295), tratou-se uma proposta ministerial suprapartidária, que, apesar de encontrar certa resistência dos líderes dos partidos liberal e conservador, “não sofreu nenhuma oposição de peso no Parlamento e se manteve no poder por quatro anos”.

É nesse sentido que Alberto Venâncio Filho (2011, p. 64) aponta que, na esfera política, “após o período tempestuoso da Regência, com a pacificação das províncias e o término da Guerra dos Farrapos no Rio Grande do Sul, chegava o Império a uma fase de estabilidade com o Gabinete da Conciliação do Marquês do Paraná”.

Já no campo propriamente jurídico-filosófico, Ricardo Marcelo Fonseca (2008, p. 269), ao analisar a cultura jurídica brasileira do século XIX, posiciona-se no sentido em que

Boa parte da reflexão jurídica deste período está marcada por uma penetração um tanto problemática do racionalismo iluminista europeu, que ingressa no meio cultural do direito num ecletismo de concepções teóricas de difícil conciliação. Em verdade este acaba se inserindo, nesta fase da cultura jurídica

brasileiro, embutido numa concepção escolástica de direito natural. Nota-se, assim que a “modernidade” brasileira, cuja constituição é tão almejada desde a independência, acaba sendo inserida “pela metade”, ou melhor dizendo a partir de um filtro bastante forte de concepções pré-revolucionárias e pré-liberais que, na França oitocentista (para ficar como um exemplo), já tinham sido em grande parte colocadas sob os escombros juntamente com o antigo regime.

Dessas observações, chega-se a mesma conclusão apresentada por João Cruz Costa (2010, p. 207) ao sustentar que o ecletismo forneceu ao liberalismo aquilo que lhe faltava para a constituição das primeiras estruturas institucionais do Estado Nação Brasileiro: “insuficiente crítico e prudentemente progressista, ligou-se à forma monárquica, constituindo-se como filosofia das elites liberais que dirigiam os destinos do Império”. Além disso, tornou-se nas palavras de Clóvis Bevilacqua, “a filosofia que mais extensas e profundas raízes encontrou na alma brasileira” (BEVILACQUA *apud* COSTA, 2010, p. 2007),

Essa postura conciliatória também acompanhou parte da interpretação da história nacional. Vislumbra-se, como no caso do Panteão da Pátria e da Liberdade (em que estão, ao mesmo tempo, representantes do Confederação do Equador e o próprio D. Pedro I<sup>6</sup>), cenas em que são tratados como heróis nacionais indivíduos de grupos e pensamentos antagônicos, o que tem influenciado na construção de uma narrativa constitucional baseada em um desenvolvimento natural e não contraditório.

Assim, conforme visto no exemplo do constitucionalismo de 1824, pós-independência nacional, essa não radicalização, por um lado, buscou resolver problemas peculiares da história brasileira, mas, por outro, limitou a radicalização no processo de fundação das instituições nacionais. Sérgio Buarque de Holanda também ressalta esse lado negativo que as características da ‘Razão Eclética’ podem gerar:

---

<sup>6</sup> Dizia o historiador João Francisco Lisboa: “Os erros de D. Pedro 1º tem a sua explicação como a sua desculpa em uma educação incompleta e mal dirigida, na inexperiência da mocidade, nas circunstâncias extraordinárias e difíceis em que ele sempre se achou, e nas tradições e práticas inveteradas do antigo regimen, com as quaes nunca pôde romper abertamente e de todo, apesar das transformações externas e superficiaes operadas pela revolução, e das suas tendências pessoas para as idéas liberaes. [...] Por justas que fossem as queixas da nação, a confederação do equador, proclamando a republica, despojava o imperador de um throno que elle sem dúvida entendia haver mais à herança dos seus maiores, que ao voto unanime dos povos, dado que o ultimo titulo fosse o único que lhe reconhecesse a própria constituição por elle promulgada” (LISBOA *apud* NIEMEYER, 1872, p. 121-122).

o povo mais brando e o mais comportado do mundo. Pugnamos constantemente pelos princípios tidos como os mais moderados e os mais racionais. [...] Modelamos a norma de nossa conduta entre os povos pela que seguem ou parecem seguir os países mais cultos, e então nos envaidecemos da ótima companhia. Tudo isso são feições bem características do nosso aparelhamento político, que se empenha em desarmar todas as expressões menos harmônicas de nossa sociedade, em negar toda espontaneidade nacional (HOLANDA, 1999, p. 177).

Tomada a descrição do processo de formação do Estado Brasileiro no século XIX como exemplo primordial da influência da ‘Razão Eclética’ na política e no Direito brasileiros, pode-se avançar no sentido de buscar indícios dessa mesma mentalidade filosófico-política no processo constituinte de 1987.

Teorizado a partir dos exemplos históricos europeus e americano, o constitucionalismo moderno se configura da seguinte forma:

a Constituição na sua essência deve ser tão forte e perene que nenhum poder constituinte pode romper com seus fundamentos e estrutura, mas somente um poder social tão forte que nem mesmo a Constituição poderá segurá-lo, pois é o poder de transformação social da própria história. [...] Por isso nada pode substituir a mobilização popular, única justificativa para rupturas constitucionais profundas (MAGALHÃES, *online*, p. 11-12).

Assim sendo, o exemplo privilegiado dado por esse período histórico gera a hipótese de que o processo constituinte, sendo um processo de radicalização social, é algo incompatível com a ‘Razão Eclética’ brasileira. Negar toda a estrutura social anterior para uma refundação é impensável nos termos do pensamento eclético analisado.

Nesse sentido, um primeiro indício da influência da ‘Razão Eclética’ no processo constituinte brasileiro iniciado em 1987 é o fato dele ter sido congressual e não revolucionário, ou seja, aproveitou as estruturas do regime ditatorial que o “Estado Democrático de Direito”, segundo o constituinte, estava tentando negar. O mais marcante exemplo dessa ‘não-radicalização’ é a presença de parlamentares “biônicos” com direito a voto no processo constituinte (SENADOR, 1986).

Outro indício deriva da análise dos grupos políticos que discutiam o texto no processo constituinte, a partir do que observa-se uma dicotomia entre os grupos de centro-direita (grupos conservadores – também conhecidos como Centrão) e grupos de centro-esquerda<sup>7</sup>. Desse embate, o principal ponto de conflito estava na questão das ideologias acerca do intervencionismo brasileiro nas relações sociais<sup>8</sup>.

A classe de juristas brasileiros não ficou alheia a essa discussão. Se, de um lado, autores como Paulo Bonavides defendiam, em 1987, uma maior presença do Estado nas relações sociais<sup>9</sup>, não era com menos convicção que àqueles de posicionamento contrário também defendiam uma maior influência liberal no texto constituinte, como é o caso de Miguel Reale<sup>10</sup>.

De forma semelhante como na disputa entre conservadores e liberais no Segundo Reinado, a ‘Razão Eclética’ precisou dissolver esses conflitos e buscar conciliar tais interesses. Nesse sentido, pode-se levantar a questão da influência desse conceito de Roberto Gomes na tese apresentada por Marcelo Neves (1994), sob o papel da constituição simbólica nas democracias atuais. Em que pese a importância que Marcelo Neves atribuiu, em sua obra, à constitucionalização simbólica de caráter “Álibi”, os processos da ‘Razão Eclética’ brasileira direcionam a constitucionalização brasileira para aquela configuração de “compromissos dilatatórios”.

Conforme explica esse autor, um compromisso dilatatório surge a partir de uma fórmula textual que “satisfaça todas as exigências contraditórias e deixe indecisa em uma expressão anfibiológica a questão litigiosa mesma”

---

<sup>7</sup> A dicotomia visa atingir fins didáticos, ao se analisar os grupos políticos que estavam contidos nesses tipos ideais observamos a presença das Comunidades Eclesiásticas de Base, da Liga Camponesa, da OAB, Empresária.

<sup>8</sup> “Na verdade, a discussão e a afirmação dos pontos de vista passavam por uma velha dicotomia no sistema de classes brasileiras provenientes da década de 50: os nacionalistas e os cosmopolitas (internacionalistas). Os primeiros, vinculados a um ideário voltado para a identidade e autonomia nacional, reconhecendo na estrutura do Estado uma diretriz fundamental; e os outros, reconhecendo a lógica capitalista contemporânea, não abrindo mão da inserção internacional e da defesa dos interesses dos grupos multinacionais aliados” (RAVA, 2010, p. 247).

<sup>9</sup> Mas não posso admitir que o Estado socialde Getúlio Vargas e Juscelino Kubitschek, o Estado social das Constituições de 1934 e 1946, gerado pelas forças democráticas e populares nas batalhas da Petrobrás e de último na lei da informática, venha a ser aniquilado por uma Assembleia de conservadores, subitamente transformada em Assembleia Nacional Constituinte (BONAVIDES, 2010, p. 122).

<sup>10</sup> Insisto em declarar que em muitos escalões governamentais até agora não existe plena consciência constitucional quanto à diretriz liberal e antiestatizante consagrada pela Carta Magna de 1988, adversa a toda e qualquer forma de controle da economia (REALE, 1999, p. 48).

(NEVES, 1994, p. 93). Essas fórmulas estão presentes em diversas partes do texto constitucional, como no inciso IV do art. 1º<sup>11</sup> e os incisos do art. 170<sup>12</sup>. Nesses dispositivos, pode-se observar a influência das disputas de interesses acerca do intervencionismo estatal.

No caso do artigo 170, por exemplo, vê-se que o antagonismo abstrato entre “propriedade privada” e “função social da propriedade” ou “livre concorrência” e “defesa do consumidor” é capaz de agradar aos interesses dos dois grupos de pressão política presentes na Constituinte de 1987, mas não é capaz de resolver as questões, apenas transportando-as para um futuro incerto. Em um caso concreto, portanto, “qualquer dos partidos inconciliáveis podem recorrer às respectivas disposições constitucionais, sem que daí possa decorrer uma interpretação jurídica convincente” (NEVES, 1994, p. 93).

Continuando com o exemplo do art. 170, a relação entre “livre concorrência” e “defesa do consumidor” foi em parte resolvida pela promulgação do ‘Código de Defesa do Consumidor’, em 1990. Apenas a Lei infraconstitucional foi capaz de trazer algumas respostas claras e objetivas ao conflito entre ‘livre mercado’ e ‘regulamentação estatal’.

Sob o paradigma normativista, quando a Constituição diz que a ordem econômica deve seguir os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor, não é possível retirar nenhum sentido normativo disso<sup>13</sup>. Nesse caso, a compreensão de ‘compromissos dilatatórios’ encontra seu significado mais puro: a questão litigiosa mesma deve ser rediscutida e resolvida, agora não mais pelo constituinte, mas no futuro incerto pelo legislador ordinário.

O tema torna-se mais complexo na medida em que essas questões políticas “mal resolvidas” se encontram em um contexto peculiar do

---

<sup>11</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa;” (BRASIL, 1988).

<sup>12</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor;” (BRASIL, 1988)

<sup>13</sup> Nesse sentido, sustenta Kelsen (2003, p. 179): “disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade, etc. poderiam ser interpretadas como diretivas concernente ao conteúdo das leis. Equivocadamente, é claro, porque só seria assim se a Constituição estabelecesse uma direção precisa, se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer”.

desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, que é chamado, por alguns autores, de neoconstitucionalismo. Apesar de ser um movimento bastante heterogêneo, Luis Prieto Sanchís (2007, p. 213) delinea aspectos de sua gênese ao vinculá-lo ao constitucionalismo europeu do pós Segunda Guerra Mundial, período em que os textos constitucionais ganharam forte caráter substantivo no que se refere a direitos e valores e, nesse sentido, se afastaram do caráter majoritariamente formalista que as constituições geradas sob o paradigma positivista possuem.

Os traços principais do neoconstitucionalismo foram sintetizados por Sarmiento (2010, p. 233-234) em cinco características: (i) atribuição de força cogente aos princípios jurídicos; (ii) introdução de metodologias abertas de aplicação do Direito, como ponderação e teoria da argumentação; (iii) constitucionalização do Direito; (iv) aproximação entre direito e moral; (v) judicialização de questões políticas. Dessas características, pode-se extrair uma ideia central: no neoconstitucionalismo o Poder Judiciário passa a ter competência de dar significado objetivo aos termos anfibiológicos da Constituição Federal.

A forma como a ‘Razão Tupiniquim’ pode servir de explicação para determinadas características presentes na relação entre o constitucionalismo de 1988 e as premissas do neoconstitucionalismo é o que se discutirá a seguir, ao se tratar da ideia de uma jurisdição ornamental.

## 2. A Jurisdição ornamental

Outro elemento peculiar ao constitucionalismo brasileiro de 1988 foi o fortalecimento de instrumentos de controle de constitucionalidade, o que permitiu uma atuação mais interventiva do Poder Judiciário frente aos atos dos Poderes Executivo e Legislativo.

É bem verdade que o instituto do controle de constitucionalidade se iniciou, em caráter definitivo, com a Constituição Republicana de 1891, que instituiu sua modalidade difusa (art. 59; BRASIL, 1981). Nada obstante, sua utilização era restrita a assuntos de natureza meramente normativa,

escusando-se o Tribunal de tomar qualquer decisão política. Exemplo disso foi o *Habeas Corpus* n. 1063, impetrado por Rui Barbosa contra ato do Presidente da República. Esse jurista, que escreveu a maior parte do texto constitucional de 1891, bem como foi defensor do *judicial review*, teve indeferido seu pedido sob os seguintes argumentos:

E nem a circunstância de acharem-se vinculados direitos individuais às medidas que empregou o chefe do Poder Executivo para salvar o prestígio da lei e garantir a ordem pública, habilita o Poder Judiciário a intervir, por ser impossível separar esses direitos da questão política. Esta é a única interpretação que se adapta ao nosso direito constitucional, que não permite ao Poder Judiciário dilatar a esfera da sua jurisdição para se imiscuir nas funções políticas do Presidente da República (BARBOSA, 1898, p. 333).

Desse modo, foi apenas em 1988 que os instrumentos de controle de constitucionalidade encontraram um terreno fértil para ser utilizados pelo Poder Judiciário. Da mesma forma, a partir de 1988 o controle concentrado ganhou bastante relevância, sem se diminuir aquela já dada ao modelo difuso (TAVARES, 2006, p. 260). Junto com a mudança nos instrumentos de controle de constitucionalidade, a influência de teóricos do neoconstitucionalismo passou a ser mais forte a medida em que as teorias criadas no pós Segunda Guerra Mundial foram sendo conhecidas pelos juristas brasileiros. Destaca-se, nesse sentido, aquelas teorias que atribuíam normatividade aos termos anfibiológicos da Constituição<sup>14</sup>, fazendo com que a jurisdição constitucional passasse a discutir questões políticas.

Em meio a esse panorama, é preciso notar que, no caso Poder Judiciário, a ‘Razão Eclética’ encontra-se em xeque frente ao princípio da proibição do *non liquet*. A jurisdição constitucional brasileira, pela estrutura de seu órgão, é compelida a radicalizar, ou seja, solucionar as questões ‘mal resolvidas’. A jurisdição se depara, portanto, com uma situação de interesses antagônicos e não pode mais (sobre o paradigma do neoconstitucionalismo) legitimar atos dos Poderes Executivo e Legislativo com base no simples argumento de serem questões políticas. Quer-se dizer, em suma, que ao se

---

<sup>14</sup> Nesse sentido, observamos obras que iniciarem esse processo: ‘A Força Normativa da Constituição’ (HESSE, 1991) e ‘Aplicabilidade das normas constitucionais’ (SILVA, 2007).

instituir o controle de constitucionalidade dos atos políticos em uma Constituição cujo paradigma é de ‘compromissos dilatatórios’, as questões ‘mal resolvidas’ pelo constituinte e sem resolução pelo legislador ordinário voltam na forma de processos judiciais, fazendo com que o Supremo Tribunal Federal (STF) precise dar respostas a problemas políticos.

É nesse contexto que a ‘Razão Tupiniquim’ demonstra sua contradição. Uma vez que o Poder Judiciário é obrigado a resolver o problema, ele precisa atuar de forma a conciliar o não-radicalismo do ecletismo à necessidade pragmática de tomada de decisão. A partir desse contexto, é possível correlacionar a jurisdição constitucional contemporânea com outro conceito desenvolvido na obra ‘Razão Tupiniquim’: a ‘Razão Ornamental’.

Conforme explica Gomes (1994, p. 52-53), a ‘Razão Ornamental’ é a outra face da ‘Razão Eclética’. A tomada de decisões políticas reais depende que os agentes assumam posicionamentos políticos claros, o que é incompatível com a ‘Razão Eclética’. Nas situações como a jurisdição constitucional, cujos interesses na maioria das vezes não poderão ser dissolvidos ou conciliados, resta uma coisa: suprimir os conflitos.

Assim sendo, as correntes de filosofia do Direito deixam de estar vinculadas às posições políticas reais (como o espiritualismo para conservadores e o experimentalismo para os liberais; ou o estatismo para os centro-esquerda ou o cosmopolitismo para o ‘Centrão’) para ganhar existências autônomas. “Tomadas em lugar da realidade, as ideias filosóficas no Brasil passaram a viver, dentro da pirotecnia carnavalesca daquilo que chamo de Razão Ornamental, como seres em si”, diz Gomes (1995, p. 52).

Uma vez que é apresentada uma postura intelectual não-radical e conciliatória, e as premissas do atual estágio do constitucionalismo exigem que o Poder Judiciário decida questões políticas com base nos termos anfibiológicos, uma alternativa que se delineia é a decisão tomada com base em mais termos anfibiológicos. Assim, a ‘Razão Tupiniquim’ sustentaria uma espécie de radicalismo retórico, isto é, ornamental.

Sob esse aspecto, as questões políticas discutidas pelo Supremo Tribunal Federal podem ser vista a partir de decisões transvestidas sobre um

caráter técnico e verbalístico capaz de justificar a ação e o poder do Tribunal sem, para tanto, ter que negar a imparcialidade do referido órgão.

Nesse sentido, segue a análise de Sergio Buarque de Holanda sob um aspecto fundamental da cultura intelectual brasileira:

É frequente, entre os brasileiros que se presumem intelectuais, a facilidade com que se alimentam, ao mesmo tempo, de doutrinas dos mais variados matizes e com que sustentam, simultaneamente, as convicções mais díspares. Basta que tais doutrinas e convicções se possam se impor à imaginação por uma roupagem vistosa: palavras bonitas e argumentos sedutores (HOLANDA, 1999, p. 155).

Sob esses pressupostos, a jurisdição constitucional se divide em dois posicionamentos: (i) ou toma como resolvidas as questões “mal-resolvidas” pelo constituinte, desvelando o sentido objetivo supostamente por trás dos termos anfibalógicos; (ii) ou se utiliza de técnicas de suposta reconstrução de sentido, que seriam capazes de indicar o que o constituinte teria dito se tivesse na situação da lide que se encontra em julgamento.

Para isso a ‘Razão Ornamental’ utiliza alguns instrumentos próprios: (i) o deslumbrismo dos colonizados; (ii) a obscuridade linguística; e (iii) o modismo doutrinário. Essas características podem ser resumidas em uma única ideia: brilhantismo retórico. Tal como ironiza Gomes (1994, p. 70), “nunca ter feito uma frase de efeito, eis a falta que o intelectual brasileiro jamais cometerá”.

A primeira característica é simples: um ornamento importado sempre tem mais valor que um nacional. Se a ‘Razão Eclética’ faz com que o intelectual brasileiro esqueça sua posição enquanto brasileiro, a ‘Razão Ornamental’ sabe que não existe nada melhor para entreter um auditório que os longos substantivos em alemão, as elegantes expressões francesas ou a credibilidade que apenas um termo em inglês podem oferecer, o que coaduna com o pensamento de Gomes (1994, p. 73) ao dizer: “ser culto, no Brasil, é avolumar erudição sobre um outro, o não-brasileiro”.

De forma contínua ao deslumbrismo dos colonizados está a característica da obscuridade linguística. Se as teorias importadas não forem capazes de criar “uma linguagem hermética, acessível só a iniciados, algo

cifrado e misterioso, não se acredita ter atingido um nível de pensamento aceitável”, aponta Gomes (1994, p. 72). Não é difícil encontrar exemplos disso nas ‘escolas de pensamento’ brasileiras, bastando ao leitor “desvelá-los” ou até mesmo “construí-los, lógico-semanticamente”. Desse modo, “o intelectual brasileiro refugia-se numa constelação de conceitos esvaziados e de sonoras palavras que visam exorcizar isto de que tem tanto pavor que julga de tão pouca classe: nossa brasilidade” (GOMES, 1994, p. 77).

Por fim, a terceira característica surge a partir das duas anteriores. O colonialismo simbólico somado à construção de grupos iniciados que falam sobre uma mesma linguagem hermética acaba por gerar o apego tupiniquim aos “ismos”. Sempre haverá os autores da moda, que possuem o *ethos* suficiente para dar *status* ao discurso do orador. Atualmente não faltam exemplos: Husserl, Heidegger, Gadamer, Dworkin, Habermas, Taylor.

Nesse mesmo contexto, e sob influência da ‘Razão Ornamental’, podem ser entendidos os fenômenos de importação das teorias da justiça. Essas teorias da justiça atendem a necessidade de despolitização da decisão “política”. Em outros termos, as teorias da justiça garantem uma fundamentação jurídica suficientemente abstrata para permitir que a resolução de questões concretas (lides) seja realizada sem a necessidade do julgador posicionar-se politicamente, o que traveste a decisão que deveria ser política em uma decisão que busca ser justa.

Para tanto, nada melhor que um juiz filósofo, que “poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem” (DWORKIN, 2002, p. 164). Da mesma forma, pelo método do Juiz Hércules, criado por Dworkin – um dos autores utilizados pela jurisdição constitucional brasileira para legitimar sua atuação em um contexto de constituição simbólica e neoconstitucionalismo –,

os julgadores, imparciais e racionais, colocariam em lado da balança considerações a favor de uma das teses submetidas ao crivo do judiciário e no outro lado as considerações contrárias; pesaria essas duas teses e então chegaria à decisão que é mais pesada e, portanto, deveria prevalecer no caso concreto (DINIZ, 2010, p. 262).

As teorias da justiça e demais teorias utilizadas no atual constitucionalismo brasileiro buscam resolver problemas próprios da história institucional dos países em que foram criadas. A questão que se apresenta é pensar o modo como elas chegaram no Brasil, após o filtro da ‘Razão Eclética’ e da ‘Razão Ornamental’. Kaufmann (2010, p. 330), que sob uma matriz pragmática também critica a forma de utilização dessas teorias no constitucionalismo brasileiro, aponta que, em regra, trata-se de um

discurso técnico, científico, sofisticado que, naquele primeiro momento, embriagou doutrinadores, juristas, professores e operadores do Direito em geral, já que, em última análise, foi um discurso feito para o jurista, para enaltecer sua função [do jurista] no Estado Democrático e reafirmar seu papel de guardião da própria democracia e fiscalizador das demais atribuições institucionais (KAUFMANN, 2010, p. 330).

Nesse contexto, a jurisdição encontrou, portanto, a forma de resolver as questões políticas sem perder o título da imparcialidade e, com isso, apropriou-se do debate político, conclusão essa que também foi alcançada por Kaufman (2010, p. 174) ao tratar do decisionismo judicial:

Esse ‘decisionismo’ judicial como fonte da compreensão valorativa da Constituição de 1988 tem forçado o deslocamento de noções como de direitos humanos para a exclusiva apropriação do Direito e, por mais que tenha trazido benefícios imediatos, também vem construindo um déficit democrático na mentalidade no Brasil acerca do que é uma constituição e quais são nossas responsabilidades por ela.

A partir disso, pode ser observado um fenômeno em que os ‘compromissos dilatatórios’ do constitucionalismo de 1988 buscam ser resolvidos, não pela radicalização da tomada concreta de posições, mas pela mesma estrutura de pensamento observada por Roberto Gomes ao falar da ‘Razão Tupiniquim’, que, no caso da jurisdição constitucional brasileira, se dá por uma neutralização do debate político gerada pela jurisdição ornamental. Em suma: a jurisdição ornamental é capaz de legitimar decisões políticas com o caráter de jurídicas e, dessa forma, transformar decisões a serem tomadas (compromissos dilatatórios) em decisões já tomadas (vontade do constituinte ou da constituição mesma).

Um primeiro exemplo pode ser observado no caso da ADIn. 4.424. A ação questionou a constitucionalidade do art. 16 da Lei. 11.340/2006<sup>15</sup>, conhecida como Lei Maria da Penha, que versava sobre a natureza de ação pública condicionada a representação do inquérito de casos de violência doméstica contra mulheres. O art. 16 representa o critério objetivo que o legislador atribuiu ao texto constitucional em que se refere à proteção da dignidade da mulher, positivado após disputas políticas no Parlamento. No entanto, na ADIn 4.424, o Min. Luiz Fux atribui outra orientação concreta ao termo anfibiológico ‘dignidade humana’:

Sob o ângulo da tutela da dignidade da pessoa humana, que é um dos pilares da República Federativa do Brasil, exigir a necessidade de representação, no meu modo de ver, revela-se um obstáculo à efetivação desse direito fundamental porquanto a proteção resta incompleta e deficiente, mercê de relevar subjacentemente uma violência simbólica e uma afronta a essa cláusula pétreia (SUPREMO, 2012, *online*).

A diferença fundamental entre a decisão legislativa e judiciária é que, na primeira, os deputados precisaram mostrar suas posições políticas e enfrentar seus opositores. A característica da decisão ‘correta’ se faz após o procedimento de votação e está aberta a modificações com novas votações. Por outro lado, na decisão judicial, o STF atua em seu papel de ‘guardião da constituição’, “desvelando” uma verdade que já se encontrava no texto e, portanto, impossível de ser modificada pelos demais Poderes.

Se as teorias da justiça, tal qual usadas no Brasil, podem ter seus termos obscuros utilizados para rever as decisões parlamentares, o mesmo ocorre para legitimá-las. O caso da ADI 3510-0 (Lei de Biossegurança) é outro exemplo dessa transmutação do político para jurídico que a ‘Jurisdição Ornamental’ permite criar. Nesse julgamento, sustentou o Min. Ayres Britto:

Devem-se colocar em segundo plano paixões de toda ordem, de maneira a buscar a prevalência dos princípios constitucionais. Opiniões estranhas ao Direito por si sós não podem prevalecer,

---

<sup>15</sup> “Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público” (BRASIL, 2006).

pouco importando o apego a elas por aqueles que as veiculam. O contexto alvo do exame há de ser técnico jurídico. [...] somente em situações extremas, nas quais surge, ao primeiro exame, a falta de proporcionalidade, pode-se adentrar o âmbito do subjetivismo e exercer a glosa. No caso, a lei foi aprovada mediante placar acachapante – 96% dos Senadores e 85% dos Deputados votaram a favor, o que sinaliza a razoabilidade (Min. Ayres Britto – BRASIL, 2008, p. 407-408).

Outro pensamento que ajuda a compreender a atuação da jurisdição ornamental encontra-se no ensaio de Alf Ross (2004) acerca dos “tû-tû”s do Direito. Nesse texto, Alf Ross cria a alegoria do “tû-tû” para analisar aqueles termos que,

apesar de sua carência de significado, tem uma função de desempenhar na linguagem cotidiana dos indivíduos. As frases que contêm a palavra “tû-tû” parecem aptas para servir a duas funções principais de toda linguagem: prescrever e descrever; ou, para ser mais explícito, expressar ordens ou regras, e fazer afirmações sobre fatos (ROSS, 2004, p. 15).

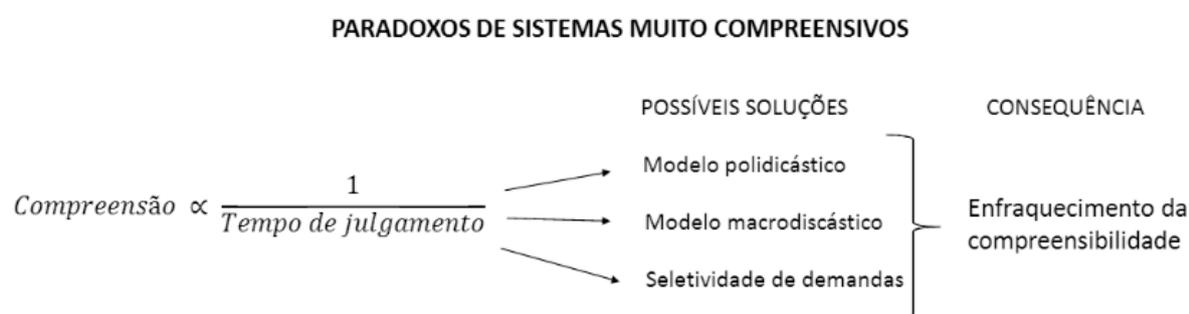
Nesse sentido, termos como ‘princípio da razoabilidade’, da ‘dignidade humana’, bem como o ‘núcleo essencial dos direitos humanos’ e a ‘proibição da proteção deficiente’ deveriam servir apenas, como apresenta Ross (2004, p. 54) sobre outros termos jurídicos, como técnica de sistematização e não como substância independente, ou seja, não deveriam ser usadas como palavras cujo sentido independe de explicitação.

Nada obstante, a utilização de palavras sem sentido concreto parece ter uma função própria na jurisdição ornamental. Os “tû-tû” importados garantem a impressão do nexos de causalidade entre o termo intermediário e a consequência jurídica proposta no voto ou sentença. Ademais, para a ‘Razão Tupiniquim’ não é desejável que eles sejam conceituados porque é dessa forma que se legitima premissas que não precisam ser postas em evidência na decisão, bastando os termos intermediários (dignidade humana, democracia, etc) enquanto “tû-tû”s, que mesmo sem significado são concebidos como palavras-chave conciliatórias, ou seja, argumentos em que não há oposição.

A capacidade da jurisdição de resolver as questões “mal-resolvidas”, sem se expor politicamente, fez com que o Poder Judiciário ganhasse relevância no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Fortalecido a partir de 1988, o Poder Judiciário ganhou relevante papel no controle concentrado dos atos dos demais poderes. As teorias importadas da Áustria e Alemanha, da forma com que foram utilizadas no Brasil, sustentam a hipótese de um Poder Judiciário de modelo microdiscástico e altamente compreensivo, o que Pfersmann (2014, p. 143) conceitua como um modelo que tende a permitir um controle de quase todos os atos de “potência pública”, que poderia ser iniciado por um largo rol de legitimados e decidido por um pequeno número de pessoas.

No entanto, não se atentou para o paradoxo que essas mesmas teorias possuíam. Tal como critica Pfersmann (2014, p. 143), os modelos de controle de constitucionalidade muito compreensivos<sup>16</sup> precisam dar satisfação às capacidades reais de julgamento, ou seja, ao tempo para conseguir julgar todas as demandas. Ocorre que as soluções que aparecem para se conseguir resolver todas as demandas apresentadas em um tempo efetivo são: (i) ampliar o número de subdivisões internas ao órgão, como a criação de câmaras; (ii) ampliar o número de julgadores; ou (iii) selecionar as demandas. Todas essas soluções, paradoxalmente, implicam em um enfraquecimento na compreensividade, seja porque diminuem a segurança jurídica das decisões em decorrência do maior número de julgadores, ou por causa de impossibilidade mesma de se impetrar as ações de controle. Essa crítica poderia ser ilustrada da seguinte forma:



Essa análise só é possível quando se reconhece que, ao contrário do que pressupõem as teorias da justiça, os juristas não têm “capacidade,

<sup>16</sup> Um modelo de controle é tipicamente compreensivo quando se permite um controle de constitucionalidade de todos os atos de ‘potência pública’ aberto a qualquer indivíduo e feito por um tribunal composto por um pequeno número de pessoas (monomicrodiscástico) (PFERSMANN, 2014, p. 143).

sabedoria e sagacidade sobre-humanas” que pretende, por exemplo, Dworkin (2002, p. 164), aspecto necessário para essas teorias tornarem-se “factíveis”.

Não é em outro sentido que se tem tentado aumentar a capacidade decisória daquele que tem sido a instituição que dá respostas a problemas concretos. Cada vez mais tem-se diluído as competências do plenário STF para as turmas e comissões (MAGALHÃES, 2014). Da mesma forma, criou-se filtros para tentar limitar as demandas, de modo que se pode observar a presença de uma “jurisprudência defensiva” por parte do STF. Exemplo disso é a fala do Min. Cezar Peluso na ADPF 54:

se o preceito genérico da dignidade da pessoa humana fosse suscetível desse confronto, para efeito de justificar interpretação infraconstitucional, a Corte não suportaria a carga de processos de ADPF, porque isso será sempre possível. [...] Noutras palavras, vamos ficar especialistas em confrontar interpretações de normas subalternas sob o pretexto de ofensa a preceito fundamental.

Por fim, outra alternativa proposta para tentar resolver os problemas da jurisdição foi a importação do instituto do *stare decisis*, próprio dos países de *common law*. A ideia é que não apenas a parte dispositiva da decisão seja objeto dos efeitos da coisa julgada, mas também a *ratio decidendi* da decisão, que é conceituada por Cruz e Tucci (2004, p. 12) como a “tese ou princípio jurídico assenta na motivação”. Objetiva-se, com isso, tornar a jurisprudência mais homogênea e supõe-se que, com resultados mais previsíveis, a eficiência da justiça seja maior, bem como diminua o número de causas temerárias.

Nada obstante, essa importação também demonstra indícios de ter sido feito aos moldes do “ecletismo” brasileiro, que busca importar apenas a parte que considera útil das teorias e esquece de refletir sobre os riscos dessa importação, esquecendo-se, nesse sentido, que uma fundamentação influenciada pela ‘razão ornamental’ gera uma fundamentação abstrata para a decisão da lide.

Nos países em que rege um sistema de *common law*, a doutrina do *stare decisis* foi criada a medida em que esses países não possuíam uma ampla legislação positivada, o que fez com que, gradualmente, o precedente se torna-se uma importante fonte do direito no desenvolvimento de corpo legal consistente e coerente (RE, 1994, p. 282).

Nesse contexto, o efeito vinculante dos precedentes não é uma regra de direito positivado imposta aos magistrados do *common law*, mas um aspecto próprio de sua cultura institucional. Neil Duxbury (2008, p. 152, 171) aponta que a autoridade dos precedentes e seu caráter vinculante ocorre por serem vetores de motivações, que se fundamenta por premissas consequencialistas (como a necessidade de previsibilidade das decisões emanadas pelo Poder Judiciário) e deontológicas (respeito ao princípio da justiça formal).

Ao contrário desses países, o direito brasileiro sofreu a influência do “*codification French style*” que, conforme Blanc-Jouvan (2004, p. 6), apesar das diversas mudanças desde o Código Civil Napoleônico, possuía como uma de suas características gerais o quase monopólio da legislação como fonte do direito.

Sob essa influência, o Direito brasileiro foi construído sob fundamentos históricos diferentes, pelos quais enfatiza-se a necessidade do julgador seguir a legislação, o que explica, de alguma forma, as transformações em relação a autoridade dos precedentes ser importada por meio da positivação dessa vinculação, seja pela criação da súmula vinculante, com a Emenda Constitucional n. 45, ou pelo ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’, recentemente instituído no ordenamento jurídico pela Lei n. 13.105/2015, por exemplo.

Nesse contexto, a busca pela importação da “autoridade do precedente”, sem a observância de um contexto cultural propício, com o fim de resolver questões de excesso de demandas e divergência jurisprudencial, tendo a querer aumentar a capacidade do Poder Judiciário, e dos tribunais superiores, em especial, de resolver as lides.

Essa tendência, que já era observada por Sadek (2004), sob a perspectiva apresentada da ‘Razão Tupiniquim’, traz à tona a necessidade de se pensar esses problemas para além do número de demandas e a capacidade de Poder Judiciário em julgá-las, mas da necessidade de reflexão acerca da melhor forma do constitucionalismo brasileiro lidar com seus “compromissos dilatórios”, sob o risco de caminhar para uma marcha infinita de reformas

institucionais sem alcançar o cerne da questão, que, a luz das ideias de Roberto Gomes, é a influência eclética no pensamento institucional brasileiro.

### Considerações finais

Na obra *Crítica da Razão Tupiniquim*, Roberto Gomes dispõe sobre uma série de críticas sobre características que marcam o pensamento filosófico brasileiro e, concentra-se, com alguma ênfase, na relação entre a colonização intelectual e determinados problemas sociais da nação.

Conforme proposto, esse artigo buscou entender como dois conceitos-chave da obra de Roberto Gomes poderiam ser utilizados para analisar determinadas características do constitucionalismo de 1988, buscando trazer uma perspectiva intertextual entre os conceitos de ‘razão eclética’ e ‘razão ornamental’, tratados por Roberto Gomes, para lançar luz a determinadas características do texto constitucional e da jurisdição constitucional brasileiros.

A partir da utilização do período pós-independência do Brasil como exemplo primordial da influência da ‘razão eclética’ na formação das instituições brasileiras, pode-se vislumbrar como a cultura ‘conciliadora’, de influência eclética, permitiu que o Estado Nação brasileiro se formasse a partir da inibição de radicalismos e da confluência de teorias políticas, econômicas e jurídicas contraditórias.

Ao se transportar esses parâmetros de observação para o constitucionalismo de 1988, percebe-se que é possível encontrar na Constituinte de 1987 traços semelhantes, principalmente no que tange a amenização de radicalismos e a participação de agentes políticos do período ditatorial em sua formação. Ainda nesse contexto, lançou-se luz à presença de termos anfibiológicos presentes no texto constitucional sob a perspectiva que eles serviram como técnica legislativa para conciliar interesses de grupos antagônicos em relação ao intervencionismo estatal nas relações sociais.

Nesse sentido, o conceito de ‘razão eclética’ auxilia na fundamentação da tese apresentada por Marcelo Neves (1994) em relação ao constitucionalismo simbólico, mas destoa dela na medida em que percebe o

processo de constitucionalização simbólica brasileiro a partir da noção de “compromissos dilatatórios”.

Nesse ponto, determinadas características da jurisdição constitucional após 1988 como a importação de teorias euro-americanas encontram uma proposta explicação alternativa a partir das ideias de Roberto Gomes. Assim sendo, a necessidade de julgamento das demandas apresentadas (princípio da proibição do *non liquet*) somada às características da doutrina do neoconstitucionalismo teria permitido que o fórum de resolução dos “compromissos dilatatórios” saísse do Poder Legislativo e fosse para o Poder Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal.

Isso porque, a luz da razão ornamental, a utilização de autores estrangeiros, de termos técnicos e de linguagem obscura permite que a demanda seja julgada por ideias jurídico-filosóficas sem, com isso, explicitar o caráter propriamente político da decisão, fazendo com que os “compromissos dilatatórios” sejam resolvidos de forma travestida de decisões jurídicas. Assim, gera-se uma compatibilidade entre a cultura institucional de influência eclética com a necessidade de julgamento das lides.

Os efeitos colaterais dessa forma de resolução de “compromissos dilatatórios” poderiam ser vistos, nesse sentido, com a ênfase do Poder Judiciário no constitucionalismo brasileiro seguido pelo excesso de demandas. Além disso, a fundamentação “ornamental” das decisões dificultaria a formação de uma cultura espontânea de respeito aos precedentes e tem forçado a criação de efeitos vinculantes por institutos positivados.

Assim sendo, essas observações também apontam que as tentativas de resolução dos problemas com o excesso de demandas no Poder Judiciário e a falta de homogeneidade na jurisprudência dos tribunais têm ignorado esses aspectos de cultura e história institucionais brasileiros, de forma que a leitura desses problemas do constitucionalismo de 1988 à luz da obra de Roberto Gomes auxilia a colocá-los em evidência.

### Referências bibliográficas

ANDRADE, Oswald. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1971.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. v. 25, t. 4, pp. 331-340. Rio de Janeiro: Mec, 1898.

BLANC-JOUVAN, Xavier. Worldwide influence of the French Civil Code of 1804, on the occasion of its bicentennial celebration. *Cornell Law School Berger International Speaker Papers*, Ithaca, n. 3, 2004. Disponível em: <[http://scholarship.law.cornell.edu/biss\\_papers/3](http://scholarship.law.cornell.edu/biss_papers/3)>. Acessado em: 30 maio de 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Suplemento "C". 1987. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/sistema.pdf>. Acessado em 10 jan. 2015.

BRASIL. *Constituição (1934)*. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em 10 jan. 2015

BRASIL. *Constituição (1937)*. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm).

Acessado em: 10 jan. 2015

BRASIL. *Constituição (1946)*. Constituição dos Estados Unidos do Brasil.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm).

Acessado em: 10 jan. 2015.

BRASIL. *Constituição (1967)*. Constituição da República Federativa do Brasil.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm).

Acessado em: 10 jan. 2015

BRASIL. *Constituição (1981)*. Constituição da República dos Estados Unidos do

Brasil. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm).

Acesso em 10 jan. 2015

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado

em: 10 jan. 2015

BRASIL. *Lei 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm).

Acessado em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3510*. Relator: Min. Ayres Britto. Sessão

de 29 maio 2008. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=61172>

3&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510. Acessado em 12

jan. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no brasil: o longo caminho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

COSTA, João Cruz. As ideias novas. In.: BARRETO, Célia de Barros [et al. *O Brasil monárquico: o processo de emancipação*. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010 (Coleção História geral da civilização brasileira; t. 2; v.3).

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Teoria da argumentação jurídica e love's knowledge no caso da antecipação do parte do feto anencéfalo. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 47, n. 188, out./dez., 2010.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 164.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Legitimidade na constituição de 1988. In.: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 2001.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias de modernização jurídica brasileira: a cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 98, ISSN 0034-7191, 2008.

GOMES, Roberto. *Crítica da Razão Tupiniquim*. 10. ed. São Paulo: FTD, 1994.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

KAUFMANN, Rodrigo. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. [Tese]. UnB, 2010.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LISBOA, João Francisco *apud* NIEMEYER, Conrado Jacob de. *Impugnação à obra do ex. sr. Conselheiro João Manoel Pereira da Silva: segundo período do reinado de D. Pedro I no Brazil narrativa histórica – 1871, na parte relativa ao comandante das armas e presidente da comissão militar da província do Ceará de 1824-1828*. Rio de Janeiro: Typographia da Luz, 1872.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. Ampliação das competências das Turmas do STF: risco de “superdosagem”? *Consultor Jurídico*. 1 nov. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-01/observatorio-constitucional-ampliacao-competencias-turmas-stf-risco-superdosagem>. Acessado em: 30 maio 2016.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Reflexões sobre democracia e poder constituinte*. Disponível em:

[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2\\_2/relexoes%20sobre%20democracia%20e%20poder%20contituinte.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/relexoes%20sobre%20democracia%20e%20poder%20contituinte.pdf). Acessado em: 20 jan. 2015.

MAGALHÃES JÚNIOR, Raimundo. *Três panfletários do segundo reinado*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

PAIM, Antonio. *História das ideias filosóficas no Brasil*. 6. ed. 2. v. Londrina: Edição Humanidades, 2007.

PFERSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAVA, Bem-Hur. Empresários e transição democrática: os interesses de classe na Constituinte de 1987/1988. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 47, n. 188, out./dez., 2010.

RE, Edward D., Stare decisis. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 31, n. 122, maio/jul., 1994.

REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e conflito de ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSAS, Suzana Cavani. Da “constituinte soberana” a “conciliação política sobre as bases das reformas”: o partido liberal em Pernambuco e o gabinete Paraná de 1853. *Rev. Hist.*, São Paulo, n. 170, p. 291-316, jun. 2014.

ROSS, Alf. *Tû-Tû*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, v. 10, n. 1, maio, 2004.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In.: CARBONELL, Miguel (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta-UNAM; Instituto de Investigações Jurídicas, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SENADOR contesta o poder de constituinte dado a biônicos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. 7, 28 dez. 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/116466>. Acessado em 20 jan. 2015.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUPREMO julga procedente ação da PGR sobre Lei Maria da Penha. *Notícias STF*. Brasília. 9 fev. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>. Acessado em: 12 jan. 2015.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

#### **Sobre os autores**

##### **Anselmo Laghi Laranja**

Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Colatina (1990) e mestrado em História pela Universidade Federal do Espírito Santo (2005). Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Juiz de direito - Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. E-mail: [anselmolaranja@gmail.com](mailto:anselmolaranja@gmail.com).

##### **Daury Cesar Fabriz**

Possui graduação em Direito pelo Centro Superior de Ciências Sociais de Vila Velha (1988), graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo (1994), mestrado e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1998 e 2001). Atualmente é advogado - Fabriz, Ulhoa & Advogados Associados, presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos, professor doutor nível I da Faculdade de Direito de Vitória e professor associado III da Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: [daury@terra.com.br](mailto:daury@terra.com.br).

**Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.**