

# A CONSTITUIÇÃO COMO MITO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

## THE CONSTITUTION AS THE CONTEMPORARY JURIDICAL MYTH

Autor: ALCIMOR ROCHA NETO<sup>1</sup>

### RESUMO

O que vai aqui proposta é uma provocação filosófica que põe em questão temas que têm tendido à dogmatização e que têm sofrido uma blindagem por parte de quem, consciente ou inconscientemente, vai se afastando do perguntar pelo fundamento e, enquanto reflexão jusfilosófica em que pretende se constituir este texto, não se pode prosseguir sem – senão o alcance – o questionar pelo que subjaz a uma construção, teórica, jurídica, política. Num primeiro momento busco enxergar o que se encontra no cerne do pensamento moderno para buscar uma possível, apesar da inconsciência moderna a respeito, aproximação daquele com uma mitologia de que quer se afastar. Para isso passo por um instante de busca por uma resposta sobre o que é um mito e por uma vinculação da natureza de argumentações iluministas com argumentações de natureza pré-modernas. Passando por um questionamento sobre o agora jurídico, o questionar sobre a contemporaneidade do Direito, chegaremos a uma análise de como se dá essa mitologização moderna no campo do jurídico. Isto para identificar um paradoxo moderno: razão e mito caminhando juntos também no Direito. Enquanto desdobramento, ainda, desta concepção, passo a investigar uma construção mítica em torno da ideia de Constituição e uma mistificação de seu ato e de seu órgão fundadores. Enxergo aí um paradoxo contemporâneo. É a partir da identificação de tais paradoxos que inicio a provocação a que me referi no início destas palavras introdutórias para criticar o constitucionalismo, de um modo geral, e as cláusulas pétreas, mais especificamente, nas suas tentativas de aprisionar gerações futuras à convenções do passado e de congelar valores no tempo, aprisionando-o (tentando) num texto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição; Mito; Tempo; Filosofia

### ABSTRACT

What will proposed here is a philosophical provocation that calls into question issues that have tended to dogma and who have undergone a shield by those who , consciously or unconsciously , will be away from the foundation and ask while jusphilosophical reflection that aims to constitute this text , it can not proceed without - but the scope - the question that underlies the construction of a theoretical , legal , political . In a first moment I try to see what lies at the heart of modern thought to seek a possible despite the modern unconsciousness about , approach that with a mythology that want to get away . For this step for a second search for an answer on

---

<sup>1</sup> Advogado, Professor de Direito Constitucional e de Hermenêutica Jurídica da Universidade de Fortaleza – Graduação e Pós-Graduação, Mestre em Direito Constitucional, Doutorando em Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra e pela Universidade de São Paulo – USP, membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB, autor dos livros *Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias*, *Direito Constitucional e Teoria Política* e *À Espreita de Vargas*, e co-autor dos livros *Estado, Constituição e Economia*, *Temas de Epistemologia Jurídica* e *Curso de Teoria Geral do Estado*.

what is a myth and a binding nature of Enlightenment arguments with arguments of premodern nature. Going through a legal question about the now , the question about the contemporaneity of the law , we will arrive at an analysis of how is this modern mythologizing in the legal field . This to identify a modern paradox : reason and myth also walking together in the law . While unfolding , yet, this concept step by investigating a mythical construction around the idea of the Constitution and a mystification of his act and its founders body . I see there a contemporary paradox. It is based on the identification of such paradoxes start the provocation to which I referred at the beginning of these introductory words to criticize constitutionalism , in general , and constitutional rule , more specifically , in their attempts to trap future generations to the conventions of the past values and freeze in time , trapping him ( trying to ) in a text .

**KEYWORDS:** Constitution; Myth; Time; Philosophy

“(…) *Eu bem que mostrei a ela*  
*O tempo passou na janela*  
*Só Carolina não viu”*  
(Chico Buarque)

“Depressa: o tempo foge e arrasta-nos consigo: o momento em que falo já está longe de mim” (Nicolas Boielau)

## **Introdução**

O que vai aqui proposta é uma provocação filosófica que põe em questão temas que têm tendido à dogmatização e que têm sofrido uma blindagem por parte de quem, consciente ou inconscientemente, vai se afastando do perguntar pelo fundamento e, enquanto reflexão jusfilosófica em que pretende se constituir este texto, não se pode prosseguir sem – senão o alcance – o questionar pelo que subjaz a uma construção, teórica, jurídica, política.

Num primeiro momento busco enxergar o que se encontra no cerne do pensamento moderno para buscar uma possível, apesar da *inconsciência moderna* a respeito, aproximação daquele com uma mitologia de que quer se afastar. Para isso passo por um instante de busca por uma resposta sobre o que é um mito e por uma vinculação da natureza de argumentações iluministas com argumentações de natureza pré-modernas.

Passando por um questionamento sobre o *agora jurídico*, o questionar sobre a contemporaneidade do Direito, chegaremos a uma análise de como se dá essa mitologização moderna no campo do jurídico. Isto para identificar um paradoxo

moderno: razão e mito caminhando juntos também no Direito. Enquanto desdobramento, ainda, desta concepção, passo a investigar uma construção mítica em torno da ideia de Constituição e uma mistificação de seu ato e de seu órgão fundadores. Enxergo aí um paradoxo contemporâneo.

É a partir da identificação de tais paradoxos que inicio a provocação a que me referi no início destas palavras introdutórias para criticar o constitucionalismo, de um modo geral, e as cláusulas pétreas, mais especificamente, nas suas tentativas de aprisionar gerações futuras à convenções do passado e de congelar valores no tempo, aprisionando-o (tentando) num texto.

## **1. Esclarecimento e Mito: o paradoxo da modernidade**

O paradoxo fundamental de que parto para articular direito e mito na modernidade é o que é protagonizado pelo Iluminismo na medida em que, na tentativa de proceder à uma catarse cultural, este engendra novos mitos que desmistificariam antigos. Se há consciência ou não no movimento iluminista de que suas novas ideias sobre a vida e o mundo (e neste complexo, o direito) são construídas sobre bases míticas é uma pergunta à qual se responderá ao longo deste estudo, mas, agora, interessa afirmar que, sim, seus fundamentos são tão parte de uma mitologia quanto o eram aqueles da pré-modernidade.

Com esta resposta-afirmação suscitamos, de imediato, novas perguntas: a) o que é um mito?; b) quais mitos quer o Iluminismo superar?; c) quais mitos são engendrados por este movimento filosófico, cultural, jurídico, econômico e social?; e, fundamentalmente, d) a atualidade é mítica (e moderna)?

### 1.1. O que foi o Século de Frederico?<sup>2</sup>

Ao me propor abordar o problema do Iluminismo como primeiro farol a iluminar esta construção argumentativa devo colocar uma questão que Kant se fez em 1784 e que Foucault se fez duzentos anos depois, qual seja, *Was ist Aufklärung? Qu'est-ce que les Lumières? O que é o Iluminismo?*

---

<sup>2</sup> Kant: “Assim considerada, esta época é a época do Iluminismo, ou o século de *Frederico*”, referindo-se a Frederico II, o Grande, rei da Prússia de então. Em: Kant, I.. *Resposta à pergunta: Que é o Iluminismo?*. Mimeo. Tradução de Artur Morão.

Kant inicia sua “Resposta à pergunta: ‘Que é o Iluminismo’”<sup>3</sup> afirmando constituir-se este na “saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado”. Culpa esta pela falta de coragem em se “servir de si mesmo”. Portanto, para ele é uma espécie de despertar de uma letargia intelectual, despertar este que impulsionaria ao progresso da espécie humana. Para Kant a ilustração nada mais exige do que *a liberdade* de fazer o *uso público* da razão<sup>4</sup>. Tal uso público da razão Kant entende que “deve ser sempre livre e só ele pode, entre os homens, levar a cabo a ilustração”. Entende ser uso público da própria razão “aquele que qualquer um, enquanto *erudito*, dela faz perante o grande público do *mundo letrado*”.

Para Kant o iluminismo se dirige, fundamentalmente, ao indivíduo, constituindo-se como um chamado a este para que faça uso das capacidades que possui todo ser humano. Vai recordar o homem de um dever, pois por ser homem tem a obrigação de desenvolver as potencialidades com que a natureza o dotou<sup>5</sup>. É também um sagrado direito humano que tem que ser defendido e ao qual não se pode renunciar. Assim, se constitui num desafio, tendo em vista que o exercício da razão é muito difícil e até perigoso. A razão deve ser liberada de todo impedimento com o objetivo de que possa desenvolver sua própria potência e mobilizar todas as energias humanas até seu aperfeiçoamento. O esclarecimento tratará, então, de efetivar a emancipação da capacidade racional para que seus limites sejam estabelecidos por suas próprias possibilidades.

Foucault procede a uma análise do texto kantiano partindo da mesma pergunta, duzentos anos depois, e vai explorar, fundamentalmente, mas não somente, a ideia de que Kant, enquanto pensador, cientista e filósofo analisa um processo no qual tem um papel a desempenhar (e desempenha) e no qual se encontra como elemento e autor. Noutras palavras: vai ressaltar a dimensão de autoconsciência que o Iluminismo tem de si próprio enquanto processo cultural. Vai, ainda, insistir que a resposta de Kant à pergunta pelo o que é o Iluminismo não se encerra no opúsculo de 1784, mas continua n’*O Conflito das Faculdades* no qual se ocupa da questão: “existe

---

<sup>3</sup> Kant, I. *Resposta à pergunta: Que é o Iluminismo?*. Mimeo. Tradução de Artur Morão e Kant, I. *Resposta à pergunta: O Que é o Esclarecimento?*. Mimeo. Tradução de Luiz Paulo Rouanet.

<sup>4</sup> “Agora, porém, de todos os lados ouço gritar: *não raciocines!* Diz o oficial: não raciocines, mas faz exercício! Diz o funcionário de Finanças: não raciocines, paga! E o clérigo: não raciocines, acredita! (Apenas um único senhor do mundo diz: *raciocinai* tanto quanto quiserdes e sobre o que quiserdes, mas obedecei!)”.

<sup>5</sup> Síntese de ideias a partir de KANT, I. *Ideia de uma história universal de um sentido cosmopolita*. Org. Ricardo R. Terra. São Paulo: Brasiliense; 1986 e *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1988.

um progresso constante no gênero humano?” sobre a qual Kant diria que é necessário procurar-se por uma causa possível desse progresso, mostrar que causa atua efetivamente e realçar um acontecimento que mostre que a causa atua efetivamente. Seria necessário encontrar um acontecimento com valor de signo. Kant enxerga tais características na Revolução Francesa e não pelo processo revolucionário, em si, mas porque dele se poderia extrair uma “uma simpatia de aspiração que beira o entusiasmo”<sup>6</sup>, demonstrando uma disposição moral da humanidade.

Hegel concede à modernidade um sentido histórico-filosófico e erige esta questão à problema fundamental de sua filosofia<sup>7</sup>.

Compõe, ainda, o pensamento moderno o preconceito à preconceitos, pois, nada deve haver que a razão não possa transpor. Assim, a *tradição* e a *fé* se constituem em pré-juízos que se tem que superar, até porque remetem ao passado, obstaculizando o acesso a um futuro melhor. A tradição estabeleceria laços acrílicos que exigiriam ser revisados. A razão deve ser mobilizada para converter o presente em uma preparação para o tal futuro melhor, funcionando a ilustração como trânsito, pondo a realidade em movimento até o novo<sup>8</sup>. A razão deve, então, se emancipar de toda e qualquer autoridade não racional para ater-se somente aos seus próprios critérios. Esta *ratio* racional moderna, com Gadamer, se diferenciaria da ilustração grega pela relação que cada uma estabelece com a tradição religiosa<sup>9</sup>.

O problema da rejeição às crenças aparece em Platão, como em Kant. No diálogo *Êutifron*<sup>10</sup> a questão é posta no bojo de uma discussão sobre o santo e o ímpio. E discute-se, por exemplo, se o bom é amado pelos deuses porque é bom ou se seria bom porque é amado pelos deuses. Concluem que o bom é amado pelos deuses por ser bom. Veja que refletem sobre o que é o bom, mas, em nenhum momento questionam-se sobre a obediência aos deuses. Já no movimento ilustrado moderno

---

<sup>6</sup> Foucault, Michel. *Qu'est-ce que les Lumières?*, Magazine Littéraire n° 207. Pgs. 35-39.

<sup>7</sup> Habermas, J. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Cátedra, 1989, pg. 26, “A filosofia moderna, desde a escolástica tardia até Kant, é também uma expressão da auto-compreensão da modernidade. Somente em fins do século XVIII é que se agudiza o problema da reafirmação da modernidade até o ponto em que Hegel passa a perceber esta questão como problema filosófico e, por certo, como o problema filosófico fundamental de sua filosofia.

<sup>8</sup> Habermas, J. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Cátedra, 1989, pgs. 15-16: “Una actualidad que desde el horizonte de la Edad Moderna se entiende a sí misma como la actualidad novísima no tiene más remedio que vivir y reproducir como renovación continua la ruptura que la Edad Moderna significó con el pasado. A esto responden los conceptos de movimiento que en el siglo XVIII, o surgen junto con la expresión época moderna, o reciben su nuevo significado que sigue en pie hasta nuestros días: revolución, progreso, emancipación, desarrollo, crisis, espíritu de la época, etc.”.

<sup>9</sup> Gadamer, H. G.. *Verdad y Método*. Sigüeme, 1999.

<sup>10</sup> Platão. *Diálogos*. Hemus: 2002.

não se aceita uma mediação entre a concepção mítico-religiosa e a crítica racional. Não somente se pretende chegar ao que é o bom pelos mecanismos da razão como também se propõe a responder a pergunta sobre o porquê da obrigação de acatar o que é o bom, indo além para questionar a possibilidade de a razão alcançar respostas para tais perguntas<sup>11</sup>.

Voltando a perspectiva iluminista para o jurídico vê-se que boa parte de suas energias volta-se para o ataque à possibilidade de um direito jurisprudencial em virtude de seu potencial de afastamento da racionalidade. E isto porque o paradigma (ou cultura) jurídico (a) de então era o do direito comum, o *ius commune*. A *ânsia racionalizante* se manifestará no Direito com o movimento codificador (como se verá em tópico abaixo)<sup>12</sup>.

Tudo isto para mostrar a *prisão racional* em que se enreda a *ratio* moderno-iluminista rechaçando todo critério alheio a razão como forma possível de compreender a realidade, a história e o seu próprio significado.

Após uma visão panorâmica do que se tem dito sobre a modernidade (inclusive a partir de dentro dela, com Kant e Hegel) é importante trazer à baila algo que me parece fundamental na delimitação da discussão que é a abrangência que se concede à ideia de Esclarecimento, Iluminismo. É que parece ser possível poder classificar os conceitos de Iluminismo em dois, um mais restrito e um amplo. O *restrito*<sup>13</sup> enxerga o Iluminismo como um fenômeno parisiense da primeira metade do século XVIII e o *amplo* quase que o identifica com a modernidade ampliando seu

---

<sup>11</sup> MacIntyre, A.. *Tras la virtud*. Grijalbo-Crítica, 1987, pg. 66: “Nunca puede seguirse del hecho de que Dios nos ordene hacer esto o aquello el que debemos hacer esto y aquello. Para que pudiéramos sacar justificadamente tal conclusión, deberíamos también conocer que siempre debemos hacer lo que Dios ordena. Pero no podíamos conocer esto antes de que por nosotros mismos poseyéramos un modelo de juicio moral independiente de las órdenes de Dios, por cuyo mérito pudiéramos juzgar las acciones y palabras de Dios y encontrar así a Éste moralmente digno de obediência. Pero, si poseemos tal modelo, claramente las órdenes de Dios serán redundantes”.

<sup>12</sup> Marques, M. R., *Codificação e Paradigmas da Modernidade*. Coimbra, 2003, pg. 371: “A filosofia iluminista ataca, com energia, a autoridade da ciência jurídica e a possibilidade de a jurisprudência desenvolver o direito. A ciência jurídica tradicional progride através da resolução contínua de problemas concretos. O pensamento moderno, pelo contrário, desenvolve-se em torno de situações gerais e abstractas, mostrando-se ostensivo perante o mundo da casuística e do permanente conflito das autoridades. Tudo isto ia contra a ‘vontade geral’. Sendo assim, a *iusprudentia* deve ceder o lugar à razão”.

<sup>13</sup> “Tomemos o Iluminismo como um movimento, uma causa, uma campanha para mudar as mentes e reformar as instituições. Como todos os movimentos, ele teve um começo, um meio e, em alguns lugares, mas não em outros, um fim. Foi um fenômeno histórico concreto, que pode ser situado no tempo e circunscrito no espaço: Paris na primeira metade do século XVIII” (Darnton, Robert. *Os dentes falsos de George Washington: um guia não convencional para o século XVIII*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 18).

horizonte para muitos grandes centros europeus, recuando às raízes filosóficas da efervescência de meados do XVIII e avançando nas consequências de seus *axiomas*<sup>14</sup>.

Adoto neste construto argumentativo o conceito amplo.

## 1.2. Brevíssimas notas sobre *o que é um mito*

Em um primeiro momento a ideia que nos ocorre quando colocamos o problema de entender o que é um mito é a do sagrado e/ou do heróico como que realizador de uma mediação superadora de contradições que seriam próprias à nossa existência. A perspectiva pré-moderna desse mediador-síntese é transcendental, isto é, remete à uma instância para além da existência portadora das contradições que se pretende com o mito integrar. O mito para ser efetivo deve ter uma dimensão de mediação e de constituição na medida em que depende de sua própria capacidade de resposta à mudanças ou “estranhezas” para cultivar esperanças nas explicações que proporciona. “O mito queria relatar, denominar, dizer a origem, mas também expor, fixar explicar. Com o registro e a coleção dos mitos, essa tendência reforçou-se. Muito cedo deixaram de ser um relato, para se tornarem uma doutrina”<sup>15</sup>. Freud vai dizer que a magia tem uma confiança inabalável na possibilidade de dominar o mundo<sup>16</sup>. Esta lógica é própria dos mitos (e mito o é a magia). É de se ressaltar, ainda, que compõe esta lógica dos mitos o que Lévi-Strauss vai chamar de *campo mítico* para designar a ideia de que um mito dependerá de outros mitos para alcançar pleno sentido e efetividade<sup>17</sup>.

Não é raro e, mesmo, necessário que mitos se enlacem no enredo um do outro funcionando cada qual como elemento de respaldo para a narrativa que protagonizam. A lógica mítica é interessante e, por vezes, sedutora, mas frágil porque busca fundamento na relação com uma outra construção mítica ou nela mesma, em forma de

---

<sup>14</sup> E aqui utilizo a expressão *axioma* como provocação, compatível com o sentido que pretendo, desde já, imprimir às bases argumentativas de ideias iluministas.

<sup>15</sup> Adorno, Theodor W.; Horkheimer, Max. *Dialética do Esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985 (Reimpressão 2006), pg. 20. E mais: “Todo ritual inclui uma representação dos acontecimentos bem como do processo a ser influenciado pela magia. Esse elemento teórico do ritual tornou-se autônomo nas primeiras epopeias dos povos. (...) O lugar dos espíritos e demônios locais foi tomado pelo céu e sua hierarquia: o lugar das práticas de conjuração do feiticeiro e da tribo, pelo sacrifício bem dosado e pelo trabalho servil mediado pelo comando. As deidades olímpicas não se identificam mais diretamente aos elementos, mas passam a significá-los”.

<sup>16</sup> Freud, Sigmund. *Totem e Tabu e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 2006.

<sup>17</sup> Lévi-Strauss, Claude. *Anthropology and Myth: Lectures 1951-1982*. Oxford: Basil Blackwell, 1987, pg. 55.

auto-fundamentação o que, visto criticamente, lhe retira força. Desde já, parece importante deixar claro que estas breves notas tem como objetivo imediato funcionar como uma visão panorâmica da dinâmica de funcionamento do complexo mítico que busca conceder a si próprio efetividade e tem como objetivo mediato funcionar como parâmetro de comparação entre esta lógica e a dita *ratio* esclarecida, moderno-iluminista.

Para além do que já foi dito sobre o mito, o que nos interessa, de seus vários aspectos, para o propósito deste estudo é o caminho que se percorre até sua absolutização a partir da perspectiva de quem deles se utiliza como fundamento (sem fundamento) explicativo de dimensões da vida. Nas sociedades primitivas e arcaicas o mito funciona como o fundamento, em si, da vida social e da cultura sendo enxergado como uma expressão mesma de uma verdade absoluta na medida em que propõe uma narrativa de uma história sagrada, de uma revelação *transumana*. Em sendo real (expressão de uma verdade absoluta) e sagrado (narrativa de uma revelação transumana) o mito vem a se transformar em parâmetro e modelo justificador do comportamento social, dado ser dotado do caráter de repetibilidade.<sup>18</sup>

### 1.3. Mitos Moderno-Iluministas: *Phaós*<sup>19</sup> ou *Phaiós*<sup>20</sup>?

*“Se desdenhares da inteligência e da ciência, que são os dons mais altos da humanidade, entregas-te ao diabo e estás perdido”*

(Goethe através do personagem Mefistófeles)<sup>21</sup>

O paradoxo da razão que fundamenta a necessidade de se a absolutizar numa irracionalidade mítica!

A primeira reação é de estranhamento quando se vincula a expressão mitologia à modernidade já que esta volta parte de suas forças no combate aos mitos e aos seus pressupostos. Na lógica iluminista “a matéria deve ser dominada sem o recurso ilusório a forças soberanas ou imanentes, sem a ilusão de qualidades

---

<sup>18</sup> Eliade, M. *Myths, Dreams and Mysteries: The Encounter Between Contemporary Faiths and Archaic Reality*. Glasgow: Collins, 1968, pg. 23. “(...) um mito é uma história verdadeira sobre o que se passou no início do Tempo, e uma história que proporciona o padrão de comportamento humano. Ao imitar os atos exemplares de um deus ou de um herói mítico, ou simplesmente por recontar suas aventuras, o ser humano da sociedade arcaica se desprende do tempo profano e magicamente reingressa no Grande Tempo, no tempo sagrado”.

<sup>19</sup> No grego, *Luz*.

<sup>20</sup> No grego, *Sombrio, escuro*.

<sup>21</sup> Goethe, J. W.. *Fausto – Primeira Parte da Tragédia*. Editora 34, 2004.



ocultas”<sup>22</sup>, isto é, deve se afastar da superstição. Aquilo que eventualmente se manter afastado de critérios *objetivos* como o da calculabilidade e o da utilidade não merece credibilidade na lógica moderno-iluminista<sup>23</sup>. A *ratio* moderna vai construir um conjunto de argumentos para negar os mitos e engendrar uma forma de conhecer que com eles seriam inconciliáveis, a partir do momento em que fugiriam de um fundamento enraizado na *crença*. Para o esclarecimento “o elemento básico do mito foi sempre o antropomorfismo, a projeção do subjetivo na natureza. (...) Todas as figuras míticas podem se reduzir, segundo o esclarecimento, ao mesmo denominador, a saber, o sujeito”<sup>24</sup> – uma redução da lógica da natureza à lógica do sujeito?

Em seu anseio por desmitologizar, o Iluminismo lança mão da lógica formal através da qual produz um plano esquemático que reduz a visão da vida à critérios de calculabilidade de modo a erigir o número ao status de cânone da *ratio* esclarecida.

Diante deste ataque moderno aos mitos pergunta-se: seria possível uma era sem mitos? Precisam os homens crer, precisam, assim, do mistério oferecido pelo mito e da inalcançabilidade de seus feitos que funcionariam como fixações de objetivos, ideais e aspirações que lhes liberte da mediocridade? Precisariam, pois com Feuerbach, Deus seria a projeção dos desejos e esperanças dos homens?

Narrativas com características míticas estiveram e, parece, estarão sempre presentes numa cultura social, não sendo, pois, legítimo que se delas utilize para fundamentar algo que supostamente buscaria alicerces justificatórios numa lógica, digamos, *desmitologizada*. Noutras palavras, em estando determinadas instâncias do mundo e da vida enredadas em construtos mitológicos é necessário que deles se tenha consciência sob pena de absolutizarmos-lhes, *naturalizando* o cultural e o histórico.

Adorno e Horkheimer enxergam um profundo paradoxo na tentativa iluminista de *desmitologizar*, pois o processo de conhecimento e de esclarecimento seria desfechado por um complexo de mitos fazendo, assim, com que a “razão” se transforme em *crença*<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Adorno; Horkheimer. Op. Cit., pg. 19.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> “Enquanto totalidade desenvolvida linguisticamente, que desvaloriza, com sua pretensão de verdade, a crença mítica mais antiga: a religião popular, o mito patriarcal solar é ele próprio esclarecimento, com o qual o esclarecimento filosófico pode-se medir no mesmo plano. A ele se paga, agora, na mesma moeda. A própria mitologia desfecha o processo sem fim do esclarecimento, no qual toda concepção teórica determinada acaba fatalmente por sucumbir a uma crítica arrasadora, à uma crítica de ser apenas uma crença, até que os próprios conceitos de espírito, de verdade, e até mesmo de esclarecimento tenham-se convertido em magia animista. O princípio da necessidade fatal, que traz a

Paolo Grossi também vê na modernidade um grande emaranhado de certezas axiomáticas que não são postas em discussão porque com fundamento mítico. E a mistificação que servirá de tal fundamentação se traduziria na absolutização de princípios discutíveis, sendo que um suposto processo de conhecimento se transformaria em um processo de *crença*<sup>26</sup>.

Diante do desconhecido o homem engendra um mito explicativo. Forja, assim, uma fragilíssima blindagem contra um instinto humano forte que é o medo. O que a lógica moderna e o iluminismo fazem é, justamente, seguir a mesma trilha de fuga ao medo do desconhecido, de modo que o “esclarecimento é a radicalização da angústia mítica”<sup>27</sup>.

#### 1.4. O que é o *agora jurídico*?

Que época é a nossa? Moderna ou pós-moderna? Por que seria importante responder a esta pergunta? Ou, com Gianni Vattimo, “Por que deveria ser importante para a filosofia estabelecer que estamos na modernidade ou na pós-modernidade, e, em geral, definir nossa posição na história?”<sup>28</sup>. Ou, ainda, por que a pergunta de um movimento ou processo ou projeto pela sua própria atualidade?<sup>29</sup> Mais

---

desgraça aos heróis míticos e que se desdobra a partir da sentença oracular como uma consequência lógica, não apenas domina todo o sistema racionalista da filosofia ocidental, onde se vê depurado até atingir o rigor da lógica formal, mas impera até mesmo sobre a série dos sistemas, que começa com a hierarquia dos deuses e, num permanente crepúsculo dos ídolos, transmite sempre o mesmo conteúdo: a ira pela falta de honestidade. Do mesmo modo que os mitos já levam a cabo o esclarecimento, assim também o esclarecimento fica cada vez mais enredado, a cada passo que dá, na mitologia. Todo conteúdo, ele recebe dos mitos, para destruí-los, e ao julga-los, ele cai na órbita do mito”. Adorno, Horkheimer. Op. Cit, pg. 23.

<sup>26</sup> “(...)Um grosso e emaranhado nó de certezas axiomáticas foi se sedimentando lentamente no intelecto e no coração do jurista moderno, um nó que foi aceito passivamente, e que nem sequer se planejou discutir, aparece fundado sobre um lúcido projeto originário de mistificação: mistificação como processo de absolutização de noções e princípios relativos e discutíveis, mistificação como uma mudança de um processo de conhecimento para um processo de crença”, pg. 16, Grossi, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Trotta, 2003.

<sup>27</sup> “O esclarecimento é a radicalização da angústia mítica. A pura imanência do positivismo, seu derradeiro produto, nada mais é do que um tabu, por assim dizer, universal. Nada mais pode ficar de fora, porque a simples ideia do ‘fora’ é a verdadeira fonte da angústia...”, Adorno: Horkheimer. Op. Cit., pg. 26.

<sup>28</sup> Vattimo, G. *O Fim da Modernidade: Nihilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Martins Fontes, 2007, pg. VII.

<sup>29</sup> Foucault, Michel. *Qu’est-ce que les Lumières?*, *Magazine Littéraire* n° 207. Pgs. 35-39, aparece no texto de Kant “a questão do presente como acontecimento filosófico ao qual pertence o filósofo que fala. Se se considera a filosofia como uma forma prática discursiva que tem sua própria história, parece-me que com esse texto sobre a *Aufklärung*, vê-se a filosofia – e penso que não forço as coisas demais ao dizer que é a primeira vez – problematizar sua própria atualidade discursiva: a atualidade que ela interroga como acontecimento, como um acontecimento do qual ela deve dizer o sentido, o valor, a singularidade filosófica e no qual ela tem que encontrar ao mesmo tempo sua própria razão de

especificamente sobre nossa preocupação presente: por que situar o movimento constitucional contemporâneo na modernidade ou na pós-modernidade? Porque precisamos auscultar a compatibilidade ou incompatibilidade de seus pressupostos e propósitos com o espírito do tempo do qual, em boa parte, dependerá a pergunta pelo Direito.

Embora ainda impregnada por ideias e mitos modernos a sociedade ocidental contemporânea não se apresenta com as características moderno-iluministas de sociedade, mas, distando delas, expressa uma fragmentação própria de uma superação histórica dos grandes acontecimentos (Grandes Guerras) que, direta ou indiretamente, foram influenciados pelo modelo político-social europeu forjado na modernidade e que após estes mesmos acontecimentos, se esfacela. A modernidade se caracteriza, como se sabe, por tender a configurar os distintos aspectos da vida social sob formas racionais. A cultura, a integração social e a socialização adquiriram traços peculiares nas sociedades modernas. Sua peculiaridade reside na sua conexão com a racionalidade. Os diferentes desenvolvimentos da ciência, da moral e da arte, por um lado, e por outro, a forma de produção econômica e o aparato político-administrativo são as duas vias de manifestação deste processo de modernização. Pode falar-se, assim, de uma *modernização cultural* e de uma *modernização social*<sup>30</sup> para nos referirmos, respectivamente, a estas duas vias. Ambos os processos se interrelacionam mesmo que não necessariamente se harmonizem<sup>31</sup>.

No contexto da ideia de modernização cultural enxergaremos uma modernização do direito – sobre a qual trato em tópico específico, com Grossi –, uma racionalização do jurídico. Habermas, comentando Weber, observa o escancarar das ideias prático-morais das doutrinas éticas e jurídicas, dos princípios, máximas e regras de decisão das imagens do mundo em que inicialmente estavam insertas. A racionalização da moral e do direito diferenciaria, assim, a razão prática da razão teórica, conduzindo ao direito formal e a éticas profanas da intenção e da responsabilidade. A filosofia prática tematiza esta esfera de valor como *direito*

---

ser e o fundamento daquilo que ela diz. Deste modo, vê-se que, para o filósofo, colocar a questão de seu pertencimento a este presente, não será mais simplesmente a questão de seu pertencimento a uma comunidade humana em geral, mas o seu pertencimento a um certo ‘nós’, a um ‘nós’ que se relacione com um conjunto cultural característico de sua própria atualidade”.

<sup>30</sup> A modernização social se vincula com a ideia de racionalização das questões da reprodução econômica e da luta pelo poder político. Neste contexto crescem a empresa capitalista e o Estado Moderno como formas e sistemas complementares e que oferecem mecanismos de estabilização um ao outro. Não aprofundaremos este aspecto neste estudo.

<sup>31</sup> Habermas, J. *Teoría de la acción comunicativa*. Taurus, 2 t., 1987, I: pgs. 101-103; 226; II: 243-253.

*natural racional* e como *ética formal*. A ética protestante põe em movimento, a partir de um sistema de interpretação religiosa, a tendência a uma ética da intenção que culmina em uma “ética regida por princípios universalistas”. Como consequência desta ética as normas jurídicas, tanto em seu estabelecimento como em sua aplicação, perdem validade caso venham a apelar à magia, às tradições sagradas ou à revelação. As normas são consideradas convenções<sup>32</sup>.

Sobre as evoluções moral e jurídica, Habermas toma emprestado as etapas morais estabelecidas por Kohlberg<sup>33</sup> para definir o nível ético da modernidade como o correspondente à etapa pós-tradicional ou pós-convencional<sup>34</sup>. Esta etapa superior da moral corresponde ao momento em que os juízos morais podem caracterizar-se pela “reversibilidade completa dos pontos de vista” (implicando a possibilidade de se colocar no lugar dos outros e de reconhecer valor a cada uma das perspectivas), a “universalidade no sentido de uma inclusão de todos os afetados” e a “reciprocidade de reconhecimento igual das pretensões de cada participante por parte dos demais”<sup>35</sup>. Tudo isto constituiria a ideia de modernização cultural, para Habermas, entendida esta como *racionalização*.

A partir deste desenho-moldura do que seria o modernizar-se culturalmente e o racionalizar-se juridicamente retomamos a questão inicial deste tópico que nos joga no desafio de entender o agora. Desafio, sim, pois, paradoxalmente, o que está mais perto é o mais difícil de se ver, segundo um *princípio epistemológico da distância*<sup>36</sup>. Isto é, tão maior será facilitada nossa visão-interpretação de um evento, acontecimento ou processo quanto melhor for o calibre entre distanciamento (necessário) e proximidade (que não impeça de enxergar também a *árvore*, para além da *floresta*) – distanciamento e proximidade temporais e/ou geográficos.

O desassossego filosófico pela própria atualidade é algo muito próprio da modernidade, como já tivemos a oportunidade de observar acima, sendo que Kant vai inaugurar esta nova forma de filosofia que lança seu olhar para o presente. À maneira

---

<sup>32</sup> “Quanto mais marcante se torna a relação de complementaridade entre ideias jurídicas e ética da intenção, tão mais se convertem as normas, procedimentos e matérias jurídicas em objeto de discussão racional e de decisão profana” (Habermas, op. cit. pgs. 220-221).

<sup>33</sup> Kohlberg, L. *Essays on Moral Development*. Harper & Row, 1984.

<sup>34</sup> Habermas, op. cit., II: pgs. 243-253.

<sup>35</sup> Habermas, J. *Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación*, In: *Conciencia moral y acción comunicativa*. Península, 1985.

<sup>36</sup> Ideia mencionada pelo Professor Doutor Reis Marques em aula da disciplina “Codificação e Cultura Jurídica” ministrada no âmbito do curso de doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Filosóficas) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

que a pergunta pela modernidade foi parte do próprio projeto da modernidade, um projeto do que chamei de o *agora jurídico* deve buscar localizar seu próprio pensar numa reflexão sobre o presente<sup>37</sup>. E penso ser isto de fundamental importância para que descubramos se o constitucionalismo contemporâneo continua a fincar suas bases em pressupostos da *ratio* moderno-iluminista, descoberta esta que nos conduzirá a enxergar uma lógica e uma dinâmica, que lhe são próprias, como legítimas ou ilegítimas frente, em geral, ao valor (?) máximo do Direito, a justiça, e, mais especificamente, a outros como a liberdade, por exemplo. O Direito não pode pretender lutar uma luta atual com armas antigas, mobilizando uma lógica do ontem e aplicando-a ao hoje na tentativa de vincular, inclusive, o amanhã.

Procurarei, assim, identificar esta (ainda) vinculação do constitucionalismo aos equívocos modernos, notadamente, no que se refere à absolutização de um valor e/ou instituição com fundamento em um argumento supostamente racional, mas que se apresenta como mítico, à mesma maneira como se o faz um dos grandes inimigos da racionalidade moderna: a superstição.

O *agora jurídico* é pós-moderno? Paolo Grossi<sup>38</sup> enxerga o século XX para o Direito como um longo século (ao contrário da análise Eric Hobsbawm<sup>39</sup> que entende-o como o *breve século*) que se inicia no fim do século XIX e no qual ainda estamos a viver<sup>40</sup>.

A modernidade tinha dois sujeitos: um macro, o Estado, e um micro, o indivíduo, preso em sua individualidade. A sociedade de então se constituía como um amontoado de indivíduos, portanto, era amorfa, a partir de uma perspectiva coletiva. A modernidade termina, assim, com a descoberta do coletivo. Das ruínas do compacto edifício moderno (e nele se encontrava o direito geral, abstrato e rígido) nasce a pós-modernidade, cuja complexidade social mata a simplicidade moderna.

Grossi diz que, neste contexto de transição para a pós-modernidade, o Direito não é comando e ordenamento, perdendo seu caráter de abstratividade para ganhar

---

<sup>37</sup> Habermas, J. La modernidad: un proyecto inacabado, *In: Ensayos Políticos*. Península, 1988, pgs. 100-101: “À filosofia que se ocupa da atualidade importa a relação da modernidade consigo mesma, o *rapport sagital à sa propre actualité*. Holderlin e o jovem Hegel, Marx e os jovens hegelianos, Baudelaire y Nietzsche, Bataille e os surrealistas, Lukács, Merleau-Ponty, os precursores do marxismo ocidental em geral e, também, o próprio Foucault, todos trabalharam na agudização desta moderna consciência do tempo que entrou na filosofia com a questão ‘Que é o Iluminismo?’”.

<sup>38</sup> Em conferência “Il Novecento Giuridico: un secolo post-moderno” assistida em 08.V.2012 no sítio [http://www.youtube.com/watch?v=cuGEvuSR3s4&feature=player\\_detailpage](http://www.youtube.com/watch?v=cuGEvuSR3s4&feature=player_detailpage).

<sup>39</sup> Hobsbawm, E.. *Era dos Extremos: o breve século XX, 1914-1991*. Companhia das Letras, 2008.

<sup>40</sup> O que vai adiante referido tem como base a já citada conferência de Paolo Grossi.

*carnalidade*, proximidade com os circunstantes fatos e valores sociais e econômicos. O Direito pós-moderno seria, assim, o Direito da factualidade.

No bojo deste Direito se processa uma *revolução copernicana* através da qual se dá uma tomada de consciência da historicidade do Direito reconhecendo-se a sua concretude, elasticidade e dinamicidade.

Processar-se-ia, ainda, uma crise das fontes e uma sua nova teorização, a partir de uma reversão de suas hierarquias: da lei como topo à ciência jurídica atenta à experiência cotidiana. A lei estreitamente vinculada ao poder, à política e ao Estado vai deixando de ser protagonista e dá cada vez mais espaço ao Direito intuído, percebido e vivido, muito próximo do Direito do *common law*, tendo este como melhor expressão de sua experiência o caso inglês cuja Constituição nem escrita está, mas *é*.

Com esta nova (velha?) lógica que o Direito vai ganhando vai-se formando um novo Direito europeu, fundamentalmente, por intermédio de um Direito judicial.

O *agora jurídico*, seria, com todas estas considerações, um momento de transição para uma, ainda não sedimentada, pós-modernidade (jurídica?) que não deixa de ser, em boa medida, reviver o vivido. É que há nesta dimensão uma retomada do *ius commune* que se enxerga na ideia de um Direito intuído, concreto, elástico e dinâmico, substituída por uma outra cultura jurídica, qual seja, a do direito codificado<sup>41</sup>.

Articulando tais ideias poderíamos dizer que o *agora jurídico* constituir-se-ia numa *transição para o passado*.

## **2. Direito, Mito e Treva: Os Axiomas de Paris**

O Iluminismo vai sofrer duras críticas e tais são de tal grandeza que nos leva a refletir sobre seu potencial *esclarecedor*, conduzindo-nos a ponderar sobre sua dimensão que se volta para as trevas que busca farolizar. Desde o fim do século XIX até hoje um forte movimento contra-iluminista aflora, por exemplo, com Nietzsche (o acontecimento assume preponderância sobre a vida – a necessidade de reflexão crítica para que não se aceite os princípios e resultados das ciências como dados, sem

---

<sup>41</sup> Marques, M. R.. *Codificação e Paradigmas da Modernidade*. Coimbra, 2003, pg. 5: “A cultura jurídica que o direito codificado substitui é justamente a do *ius commune*, uma cultura que se forjou em redor de textos canonizados a partir dos quais se procurou disciplinar uma rede robusta de direitos particulares. O epicentro desta cultura situa-se no *Corpus Iuris Civilis*.”

questionar os fundamentos), com Heidegger (a indagação filosófica sobre o ser é substituída pela investigação ôntica – pergunta e resposta estão dirigidos para um objeto externo - que seria uma realidade ôntica, o ente, não o ser, mas o ente aprisionado, não o ser em sua plasticidade jogado na história, aí!), com Foucault (a técnica não concretiza a emancipação pretendida pela razão, pois conhecimento é poder, contra a pretensão de impor uma determinada ética como modelo universal para todas as sociedades e com Adorno e Horkheimer (a racionalização e o esclarecimento não conduzem necessariamente a uma ordem social mais racional – num mundo *esclarecido* a ideia de razão se torna um engodo, pois esconde uma lógica de dominação).

Neste sentido cabe-nos discutir os desdobramentos (para nós, interessando, fundamentalmente, os jurídicos) que ideias caras à modernidade iluminista proporcionam. Ideias como as de natureza, razão, tolerância, felicidade, ceticismo, individualismo, liberdade civil, cosmopolitismo, anti-historicismo etc. Ideias estas que bebem em fontes das mais diversas mas que guardam grande coerência filosófica entre si: a dúvida cartesiana<sup>42</sup>, a física de Newton, a epistemologia e filosofia lockeanas<sup>43</sup>, as cosmologias de Leibniz<sup>44</sup> e de Spinoza<sup>45</sup>, a lei natural de Grotius<sup>46</sup> e Pufendorf<sup>47</sup>.

Desdobram-se, muitas das vezes, em axiomas, no sentido de que se absolutizam e passam a estarem infensas à discussões sobre a sua validade ou invalidade.

Paolo Grossi aduz sobre a lei moderna que seus atributos (generalidade, abstração, rigidez e indiscutibilidade de seu conteúdo) tornam o direito como instrumento do poder político contingente, afastando-o dos três pilares básicos da ordem jurídica medieval não-estatal: a) produção do direito obedece à realidade histórica; b) o direito surge da sociedade, brota dela e acabam por fundirem-se; c)

---

<sup>42</sup> Descartes, R.. *Discurso do Método*. Martins Fontes, 2009.

<sup>43</sup> Locke, J.. *Ensaio sobre o Entendimento Humano*. Calouste Gulbenkian, 2010, e *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Vozes, 2006.

<sup>44</sup> Leibniz, G. W.. *Discurso de Metafísica e outros textos*. Martins Editora, 2004.

<sup>45</sup> Spinoza, B.. *Ética*. Autentica, 2007.

<sup>46</sup> P. ex.: Grotius, H. *Del Derecho de Presa. Del Derecho de Guerra y de la Paz*. Centro Estudios Constitucionales, 1987.

<sup>47</sup> Pufendorf, S. *Deveres do Homem e do Cidadão de acordo com as Leis do Direito Natural*. Topbooks, 2007.

tendo na sociedade sua raiz, se converte em cimento de todo um edifício cultural, civilizador<sup>48</sup>.

Com a transição para o absolutismo (e aqui, Grossi toma a França como laboratório histórico), para o Estado-nação dotado de soberania (bodaniana) passa-se para um conjunto de pressupostos diferentes a partir dos quais um novo direito surge sem a íntima conexão com o complexo social, passando o direito a ser a vontade incontestável do príncipe<sup>49</sup>.

Com o descolar do direito relativamente à sociedade produz-se um *vazio substancial* já que o que é direito volta-se não para o que a sociedade *vai preenchendo* como direito mas para a *forma* como ele nasce. Noutras palavras: o critério para se identificar algo como direito volta-se para a fonte de criação e não para o conteúdo<sup>50</sup>.

Poder-se-ia apontar alguns axiomas-base de uma mítica da legalidade: a) o juiz como a boca que pronuncia as palavras da lei; b) a indiscutibilidade de seu conteúdo; c) a interpretação segundo os parâmetros da Escola da Exegese; d) o chamado recurso de cassação diante do descumprimento da norma pelos juízes; tudo confluindo para o que Grossi entende como o grande drama do mundo moderno: a fusão/identificação do direito com a lei<sup>51</sup>.

A mitologia funcionaria, segundo Grossi, como uma construção intelectual de uma metarealidade, como uma transposição de planos. Se toda realidade está na história e esta é dinâmica e mutante, o mito como metarealidade seria metahistórico e se absolutizaria sendo sua utilização importante à modernidade por uma questão de afirmação de si mesma, já que passa a ser objeto de crença e não de conhecimento, conforme já me referi em articulação do pensamento de Grossi com Adorno e Horkheimer.

Alguns dos mitos da modernidade jurídica, segundo Grossi, seriam: a) a inquestionabilidade da lei como expressão da vontade geral; b) a matematização da interpretação através do método subsuntivo; c) o abandono da noção de justiça material e axiológica; d) a visão potestativa do direito (direito como força e coerção).

Grossi procede, ainda, a uma crítica ao modelo que separa a interpretação da aplicação da lei a partir de uma concepção cognoscitivista, dizendo que o direito é

---

<sup>48</sup> Grossi, op. cit., pgs. 21-38.

<sup>49</sup> *Idem.*

<sup>50</sup> *Idem.*

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



mais aplicação do que norma, não se podendo concebê-lo como uma pauta fixada num texto<sup>52</sup>.

O direito deve ser, antes de tudo, ordenamento, uma autoridade que nasce de baixo e cuja observância se afasta da repugnância da coerção. A única forma de se fugir desta repugnante dimensão potestativa e autoritária do direito é aceitar que sua produção não se encerra com a aprovação de uma lei, constituindo seu momento essencial o da interpretação-aplicação à realidade concreta.

Aqui surge um ideia muito importante e que eu ousaria elevar à uma das ideias centrais dos ensaios de Grossi: a necessidade de recuperação da onticidade do direito porque antes de ser poder, norma, sistema, o direito é experiência, dimensão da vida social e componente do seu ser (e vice-versa).

No texto nos deparamos com uma referencia de Grossi a Santi Romano sobre mitos que fundamentariam outros mitos modernos, quais sejam, o estado de natureza (que estado é esse?), o contrato social (ninguém nunca viu ou leu este contrato), a igualdade jurídica (aquela que Anatole France ironiza: “é proibido tanto ao rico quanto ao pobre morarem debaixo da ponte”) e a vontade geral (que ninguém nunca auscultou).

É de se dizer que o formalismo pode e deve ser combatido sem ser erradicado: o direito pode ser ativo, dinâmico, deve se mover na velocidade própria da sociedade – tudo isso sem renunciar à forma que ainda é o preço que se tem que pagar pela segurança.

A função das Constituições em sua acepção contemporânea seria a de oferecer um amplo marco; funcionar como um código formulador de princípios, sem abrir mão de fixar linhas fundamentais para o Estado.

Grossi tratará também do processo privado de produção normativa em virtude do mercado internacionalizado, querendo significar a construção de normas que as grandes bancas de advocacia elaboram para regulamentar a lida interna das multinacionais com outras na dinâmica realidade do mercado globalizado ou universalizado.

Grossi afirma ser o Código o filho mais preclaro da modernidade, consistindo o seu advento em uma ruptura tripla: a) nova forma de produção do direito, b) nova forma de disciplina das relações com as fontes, c) nova forma de relacionar-se ordem

---

<sup>52</sup> Grossi, op. cit., pgs. 39-65.

jurídica e poder político. Este direito codificado vai se diferenciar do medieval por ser racional, único e estatal, ao passo que este era espontâneo, plural e extraestatal. A codificação vai em defesa de valores caríssimos à burguesia, tais como a propriedade privada, autonomia da vontade, liberdade contratual etc.<sup>53</sup>.

Os códigos são tentativas de estabilizar o inestabilizável!

### **3. Mistificação e Constituição: o paradoxo da contemporaneidade**

Toda afirmação contém em si uma negação. Digo isso porque em não sendo a percepção de tal ideia algo automático e fácil quando da explanação de uma construção argumentativa, corro menos risco de ser mal interpretado começando por proceder (e procuro sempre iniciar assim) à um desarme de espírito, a uma prevenção. Início, assim, falando sobre o que eu não quero dizer com o que vai referido em minha argumentação: não vai aqui uma negação à importância, relevância e utilidade do constitucionalismo, mas, ao contrário, uma sua afirmação pela via da crítica que busca sedimentar, separando o que o põe em risco e o que o reforça.

Na argumentação que se inicia neste tópico vai referida uma crítica às Assembleias Constituintes, ao poder constituinte originário, por reivindicarem um *status* de extraordinariedade que não encontra nenhuma justificativa senão a que apela, consciente ou inconscientemente, – mas sempre inconfessadamente – à uma *mítica revolucionária*.

Para além desta crítica procederei à provocações relativamente ao constitucionalismo em dois de seus aspectos, quais sejam, um seu aspecto totalizante, numa sua dimensão de Midas, na medida em que tudo que toca transforma-se em constitucional; e num seu outro aspecto, aproximativo de Chronos, na tentativa de aprisionar o tempo.

O poder constituinte originário não pode incorrer no erro, apontado por Paul Ricoeur<sup>54</sup>, de se erigir o presente histórico em observatório e até mesmo em tribunal

---

<sup>53</sup> Grossi, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Editorial Trotta, 2003.

<sup>54</sup> Ricoeur, P.. *A memória, a história, o esquecimento*. Editora Unicamp, 2007, pg. 320: “A filosofia crítica aplicada à história tem como tarefa principal, como dissemos, refletir sobre os limites que um saber sobre si da história que se quer absoluto tentaria transgredir. O tratamento da história como singular coletivo erigido em sujeito de si mesmo – a História – é a expressão mais manifesta dessa pretensão. Mas essa provação não é a única. Uma segunda forma mais dissimulada da mesma pretensão lhe é simetricamente oposta: ela consiste em elevar ao absoluto o presente histórico erigido em observatório e até mesmo em tribunal de todas as formações, em particular culturais, que o precederam”.

de todas as formações culturais que o precederam. Neste erro que enxergo ser cometido pelo constituinte originário vejo alguma influência, ainda, da modernidade na medida em que observa um outro tempo histórico, que não o presente, intoxicado por um cronocentrismo. A diferença entre o constituinte e a perspectiva moderna é que aquele não busca apenas refundar o Estado – como a modernidade busca refundar a cultura – mas, para além disso, nutre um profundo preconceito relativamente ao futuro, temendo-o como a uma “roleta-russa”.

É de se ter em conta, inicialmente, que para se ter uma Constituição legítima nem mesmo se requer um procedimento constituinte (re)fundador do Estado. Basta que vejamos os exemplos inglês e, em alguma medida, o alemão com a Lei Fundamental de Bonn, enquanto, por muito tempo, “quadro constitucional interino”<sup>55</sup> que foi. Sabe-se que, do ponto de vista da “origem” a Lei Fundamental de Bonn careceria de legitimidade<sup>56</sup>. No caso inglês não há que se falar de deficit de legitimidade originário porque sua Constituição não nasce de um momento fundador, de uma Assembleia constituída com o propósito de escrever e produzir uma Constituição, mas do acúmulo histórico de experiências políticas, sociais, econômicas e jurídicas.

Assim, para além de se constituir a ideia de poder constituinte originário num *simulacro*<sup>57</sup> legitimador, é desnecessário enquanto mecanismo para se atingir este propósito de legitimação.

---

<sup>55</sup> Rogeiro, N.. *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha* – com um ensaio e anotações de Nuno Rogeiro. Coimbra Editora, 1996, pg. 10 (prefácio de José Manuel M. Cardoso da Costa).

<sup>56</sup> Rogeiro, N.. *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha* – com um ensaio e anotações de Nuno Rogeiro. Coimbra Editora, 1996, pg. 50-51: “A Constituição foi preparada por uma assembleia constituinte especial, o Conselho Parlamentar, onde estavam essencialmente representados o CDU, o SPD e o partido do centro. Este pequeno parlamento nasceu de eleição directa pelos parlamentos dos “Länder” ocidentais, depois de uma “ordem” nesse sentido das autoridades de ocupação, feita aos chanceleres das regiões. Em julho de 1948 tinham-se reunido os ministros-presidentes da zona ocidental, em Rittersturz, e fica aí acordada a necessidade de uma Lei Fundamental que preencha o vácuo jurídico deixado pela queda do Reich. Ainda durante esse Verão tem lugar, junto ao Lago de Herrenchiem, a conferência de delegados parlamentares dos vários estados. É aí eleito o aludido Conselho Parlamentar”.

<sup>57</sup> Moreira, L.. *A Constituição como Simulacro*. Lumen Juris, 2007, pgs. 93-94: “O simulacro consiste na justificação de um ato fundante que põe a Constituição como ato extraordinário da soberania popular, quando o poder constituinte e a assembleia por ele instalada se revestem de carácter ordinário. Portanto, o simulacro é o ato de outorga que uma assembleia se dá a si mesma com o propósito de restringir, regular e prescrever os direitos atinentes à soberana manifestação dos sujeitos de direito. Tal simulacro é posto pela pretensão de validade absoluta adjacente ao poder constituinte, que dota a Constituição de obrigatoriedade e de legitimidade que se atualizam mediante a complementaridade ideológica entre um componente histórico e um conceitual. Historicamente o simulacro se caracteriza pela transformação de um processo ordinário em processo excepcional; conceitualmente em tentar estruturar a Constituição com um carácter ao mesmo tempo filosófico e científico, por meio de

Pode-se argumentar que a cristalização de posições, ideias e ideologias a que procede o constitucionalismo se constitui como garante das necessárias estabilidades política, institucional e social, o que é verdade. Mas a crítica que dirijo é ao que eu chamo de *totalitarismo constitucional* que busca cristalizar num texto (congelar o tempo?) não os aspectos fundamentais cujas sedimentações no corpo da Constituição produziriam os esperados efeitos de estabilização (pacificação espiritual?) da vida. E com isto não se quer mitigar o poder do constitucionalismo, mas reforçá-lo, afinal, tudo que pretende ser tudo, acha-se, vê-se como nada.

Paralelamente à crítica ao que chamei de *totalitarismo constitucional* formulo e dirijo uma mais veemente às cláusulas pétreas<sup>58</sup> ou cláusulas de imodificabilidade (ou, ainda, as *entrenchment clause*) contidas em muitas constituições contemporâneas (art. 62 da CF do Brasil e art. 288 da CR portuguesa, por exemplo).

Digo que os teóricos e defensores das cláusulas pétreas seriam o que chamo de *neo-originalistas*, remetendo, claramente, aos *originalistas*, presentes com muito mais força no contexto jurídico norte-americano. Tal corrente consiste, segundo seus defensores, em uma teoria da interpretação jurídica que advoga uma maneira – *a única* – de garantir que a Constituição não será tratada como um papel em branco por quem queira construí-la quando interpretando-a. O seu foco está no conceito de sentido originário sendo este o centro da teoria. Uma norma constitucional significaria hoje exatamente a mesma coisa que significou para a geração que escreveu e aprovou a Constituição e não o que passa a significar geração após geração<sup>59</sup> (É importante ter em conta que a maior parte dos originalistas dirigem suas análises ao texto constitucional). Sanford Levinson explica bem o valor que a Constituição representa para esta visão (não adotada por ele) ao dizer que as Constituições são bem vistas por terem a utilidade de congelar o tempo (“*freezing the time*”) ao controlar o futuro através de sua “dureza”, inflexibilidade (*hardness*), da língua codificada num

---

classificações e desdobramentos, entre diversas modalidades de normas constitucionais, segundo seu alcance e aplicabilidade”.

A crítica que acabo de transcrever, note-se, bebe na fonte da radicalização democrática, na crença na política como mecanismo maior para apresentar soluções aos problemas de uma sociedade. O alvo é o mesmo que elegi neste estudo, mas a crítica caminha por percursos diversos.

<sup>58</sup> Chamada por Pinto Ferreira de “limitações materiais ao poder de reforma”, por Edvaldo Brito de “cerne imodificável”, por Karl Löwestein de “disposições inatingíveis” e por Jorge Miranda de “limites materiais de revisão constitucional”. Ver Pimenta, P. R. L.. Cláusulas pétreas tributárias in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 92, mai. 2003, p. 41, e Terra, E. C.. A idade penal mínima como cláusula pétrea. *Jurisprudência Brasileira Criminal*, n. 46, p. 65.

<sup>59</sup> Dennis J. Goldford, *The American Constitution and the Debate over Originalism*. Cambridge University Press, 2005, 9.

documento monumental que é deixado para ser decifrado pelos leitores futuros. O propósito de tal controle seria o de preservar uma visão particular dos *founding fathers* (fundadores) e impedir a sua superação pelas futuras gerações<sup>60</sup>, o que gera um problema de justiça intergeracional. A literatura jurídica e a crítica literária costumam chamar esta atitude de busca pela intenção do autor de *intencionalismo*<sup>61</sup>. Algo que se aproxima da hermenêutica romântica que tem por base a ideia segundo a qual se deve descobrir, no processo interpretativo a intenção projetada pelo autor na sua obra. Aqui com Schleiermacher<sup>62</sup>. O empreendimento interpretativo para a *ratio* moderno-iluminista é na direção de se apropriar um sentido plantado pelo autor. No Direito este consistirá na busca pela intenção do legislador, uma tentativa da teoria jurídica analítica de revivê-la.

Ainda sobre o problema do originalismo, vale trazer-se à baila, com Dworkin, que se pode distinguir fidelidade ao texto constitucional e a fidelidade à prática constitucional do passado (sendo que nesta última categoria se poderia inserir as decisões judiciais que aplicam e interpretam a Constituição. Dworkin afirma ser objetivo da interpretação constitucional alcançar a *integridade constitucional*, querendo significar com isso que a interpretação deve buscar a unificação de fontes diversas (princípios, estrutura da Constituição como um todo e da histórica constitucional)<sup>63</sup>. Dworkin vai dizer, ainda, que, no mínimo, se deve ter como importante componente o texto afirmado pelo constituinte, pois a interpretação textual é essencial a qualquer programa de interpretação constitucional. Isto os originalistas têm em comum, mas não absolutizam o texto como se pode, à primeira e

---

<sup>60</sup> Sanford Levinson, *Law as Literature*, 60 *Texas Law Review* 373, 376. 1982.

<sup>61</sup> Novamente com Stanley Fish, o intencionalismo propriamente compreendido não envolveria nenhuma metodologia, nenhuma direção prescritiva. Não poderia haver uma distinção entre intérpretes que atentam para a intenção e intérpretes que não o fazem, apenas uma distinção entre as diferentes descrições de intenção propostas por intérpretes rivais... Todos os que são intérpretes estariam ocupados com a intenção, e não há nenhum valor metodológico em declararmos (ou mesmo acharmos) que somos intencionalistas porque não poderíamos ser nenhuma outra coisa: Fish, Stanley, *Play of Surfaces: Theory and Law*, em Leyh, Gregory (org.), *Legal Hermeneutics: History, Theory and Practice* (Berkeley: University of California Press, 1992), 300-1.

<sup>62</sup> Schleiermacher, Friedrich, *Hermenêutica: arte e técnica de interpretação*. Petrópolis: Vozes, 2006.

<sup>63</sup> “A interpretação constitucional apropriada toma por seu objeto tanto o texto quanto a prática do passado: juristas e juízes que se defrontam com um problema constitucional contemporâneo devem tentar formular uma interpretação baseada em princípios, coerente e convincente do texto de cláusulas específicas, da estrutura da Constituição como um todo e de nossa história sob a égide da Constituição”, Dworkin, R.. *A Justiça de Toga*. Martins Fontes, 2010, pg. 168.

desapercebida vista, parecer – quem se aproxima deste ponto são os textualistas<sup>64</sup>. Existem originalistas, mesmo, “infiéis” ao texto<sup>65</sup>.

Os teóricos das cláusulas pétreas e o seus instituidores, os legisladores constituintes originários, seriam, assim, *neo-originalistas* na medida em que buscam conscientemente congelar valores com receio de que uma nova geração futura os contrarie, como se isso fosse impossível/indesejável, já que não seria equivocado fazê-lo caso o espírito do novo tempo assim o pedisse. São assim instituidores de um originalismo que tem a pretensão de servir de filtro axiológico com fundamento nos valores que eles próprios fundam. É digno de nota que os *founding fathers* são endeusados *a posteriori*, isto é, não por eles próprios, mas por gerações que os sucedem, ao passo em que os constituintes originários se endeusam a si próprios.

Como pode um tempo (digamos, *o nosso*) pensar a si mesmo de maneira absoluta? Os neo-originalistas buscam esta absolutização, querendo aplicar os valores de hoje ao amanhã, ao passo em que o originalismo pretende aplicar ao hoje valores do ontem ao hoje e, assim, erram, mas são mais humildes.

O grande objetivo da instituição de cláusulas intangíveis<sup>66</sup> é a estabilidade institucional. Ocorre que, em verdade, este é o valor a correr maior risco com a sua

---

<sup>64</sup> Sobre dois famosos textualistas (um confesso, Black, outro não, Scalia) ver: Gerhardt, M. J.. A Tale of two textualists: a critical comparison of Justices Black and Scalia *In Boston University Law Review*, vol 74, n. 25, 1994, pgs. 25-66.

<sup>65</sup> Dworkin, R.. *A Justiça de Toga*. Martins Fontes, 2010, pg. 169: “Na verdade, a fidelidade textual defende tão enfaticamente a ampla responsabilidade judicial de fazer a legislação servir de guia a critérios morais que muitos dentre os grandes constitucionalistas, inclusive aqueles que clamam mais ruidosamente pelo “originalismo”, na verdade se posicionam *contra* a fidelidade textual como critério constitucional. Eles contam com outros critérios e valores como *substitutos* da fidelidade. Eles raramente colocam as coisas nesses termos. Contudo, quem estiver bem atento perceberá que a substituição da fidelidade é um subtexto oculto. Alguns estudiosos dirão que deveríamos tentar descobrir não aquilo que os que escreveram e ratificaram a Constituição e suas várias emendas queriam dizer, mas sim o que eles esperavam que fosse consequência das afirmações que fizeram, o que é coisa bem diferente. Outros afirmarão que devemos ignorar o texto em si, em favor do modo como a maioria das pessoas entende suas ascendência sobre a maior parte de nossa história”.

<sup>66</sup> Aqui alguns argumentos de constitucionalistas contra as cláusulas pétreas: Jorge Reinaldo Vanossi elenca uma série de argumentos contrários às como diz Karl Löwestein, “disposições inatingíveis”, quais sejam: a) a função essencial do poder reformador é a de evitar o surgimento de um poder constituinte revolucionário e, paradoxalmente, as cláusulas pétreas fazem desaparecer essa função; b) elas não conseguem se manter além dos tempos normais e fracassam nos tempos de crise, sendo incapazes de superar as eventualidades críticas; c) trata de um ‘renascimento’ do direito natural perante o positivismo jurídico; d) antes de ser um problema jurídico, é uma questão de crença, a qual não deve servir de fundamento para obstaculizar os reformadores constituintes futuros. Cada geração deve ser artífice de seu próprio destino. O Professor Paulo Bonavides vai dizer que a pretensão à imutabilidade foi o sonho de alguns iluministas do século XVIII. Cegos de confiança no poder da razão, queriam eles a lei como produto lógico e absoluto, válido para todas as sociedades, atualizado para todas as gerações. Dessa fanática esperança comungou um membro da Convenção, conforme nos lembra notável publicista francês, pedindo durante os debates do Ano III a pena de morte para todo aquele que ousasse propor a reforma da Constituição. Biscaretti di Rufia: admite-se que um Estado pode decidir

instituição já que algumas mudanças fundamentais só poderiam ser feitas por revoluções ou golpes de estado.

Notamos que os argumentos são fundamentalmente advindos da teoria geral do direito e do Estado, da teoria da Constituição e da teoria da democracia.

Quero apresentar um argumento filosófico e este estudo é apenas o seu germe.

É inglória (e se for à força, ilegítima e injusta) a tentativa de se aprisionar uma geração num tempo determinado. É que o homem não é só imanência, é também transcendência na medida em que se eleva sobre o determinismo das coisas para ingressar num espaço de liberdade que o transforma de ser só natural em ser também cultural que constitui, continuamente, sua natureza<sup>67</sup>.

### 3.1 Mitologia Constitucional e o Tempo Indomável

*“Deus de Deus, Luz de Luz, verdadeiro Deus de verdadeiro Deus”* (Credo niceno)

“Pensava-se que a natureza nada produzia sem as cerimônias”<sup>68</sup>. “(...) na realidade o mundo sobreviveu, na realidade as colheitas cresceram, porque os rituais corretos foram efetuados”<sup>69</sup>. São ambas formulações que se não influenciam, direta e inconscientemente, o pensamento constitucional contemporâneo, expressa ideia subjacente semelhante na medida em que se eleva o significado histórico do momento constituinte a um plano do natural como que se *constituindo* como transcendente instante jurígeno. Note-se que há aí uma nota de sacralização do histórico a servir de fundamento para o novo mundo jurídico que dá à sociedade um documento que torne a existência humana possível.

Há um elemento invariável pertencente à ideia de mito, qual seja, o de se constituir como uma narrativa sagrada sobre origens e transformação. Tal qualidade própria do sagrado “tipifica as próprias origens. A sacralidade dos mitos e das origens consiste em que ambos são separados e considerados sacrossantos ou invioláveis”<sup>70</sup>. As origens proviriam de uma outra dimensão ou reino, uma dimensão sagrada situada

---

pela sua própria extinção. Não se compreende porque o Estado não poderia, então, modificar igualmente em forma substancial seu próprio ordenamento supremo, ou seja, sua própria Constituição, ainda atuando sempre no âmbito do direito vigente.

<sup>67</sup> Moreira, L.. *A Constituição como Simulacro*. Lumen Juris, 2007.

<sup>68</sup> Bidney, D. ‘Myth, Symbolism and Truth’, In T. A. Sebeok (Ed.). *Myth: A Symposium*. Bloomington and London: Indiana University Press, 1958, pg. 9, *apud* Fitzpatrick, Peter. *A Mitologia na Lei Moderna*. Editora Unisinos, 2007, pg. 45.

<sup>69</sup> Fitzpatrick, Peter. *A Mitologia na Lei Moderna*. Editora Unisinos, 2007, pg. 45.

<sup>70</sup> *Idem*, pg. 43.

além do natural e além do profano. “As origens proporcionam um fundamento e uma referencia última”<sup>71 72</sup>.

O constitucionalismo como movimento histórico-ideológico – que se funda, em suas origens, no racionalismo, voluntarismo e liberalismo, por exemplo – vai fazer nascer um sentimento dogmático em torno de alguns pontos-chave que se emaranham em seu complexo edifício teórico que se sofisticava a cada dia que passa concedendo ares de legitimidade às construções argumentativas e dificultando o questionar de seus fundamentos na medida em que mais se distancia dos fundamentos-mitos e, assim, vai blindando de questionamentos os argumentos fundadores, absolutizando-os.

Mas para além deste notório problema de fundamentação há um tão ou mais grave quanto que é, também, de ordem filosófica, com desdobramentos práticos que se distanciam dos propósitos do Direito. O problema do tempo. Retomando a questão do poder constituinte originário que se autoconcede o *status* de extraordinário, vinculando-a com o mencionado problema filosófico do tempo, questionamos, com François Ost, se o que as assembleias constituintes engendram não são aprisionamentos “num presente estéril, sem memória nem projecto”.<sup>73</sup> Pode-se dizer, assim, que o presente só é pleno quando tem memória e quando tem um projeto. Tem que ter memória para que não se incorra no mesmo erro dos modernos que a título de se afastarem de toda e qualquer tradição se alienam na inconsciência de que este manifestar preconceituoso relativamente ao passado é, em si, uma tradição, diferente e mais recente, mas tradição que está enredada nos seus próprios mitos fundadores e ritos<sup>74</sup>. Tem que ter projeto porque, dado que os problemas todos de qualquer sociedade não estão resolvidos, é necessária a inserção de uma promessa de solução ou, ainda, de uma promessa de emancipação e efetivação da dignidade plena do homem, como elemento de pacificação do espírito coletivo – em si pressuposto para o alcance dos objetivos recém citados.

Para a efetivação de um projeto constitucional devemos nos afastar das perspectivas positivistas que buscam reduzir o problema da validade tão somente ao

---

<sup>71</sup> *Idem.*

<sup>72</sup> “Evidentemente que, para a mentalidade arcaica, a realidade manifesta-se como uma força, eficiência e duração. Daí que a realidade em destaque é a sagrada, porque apenas o que é sagrado *existe* de maneira absoluta, agindo com eficiência, criando coisas e fazendo com que elas perdurem. Os inúmeros gestos de consagração de partes de territórios, objetos, homens etc. revelam a obsessão primitiva com o real, sua rede pelo ser”.

<sup>73</sup> Ost, F.. *O Tempo do Direito*. Instituto Piaget, 1999, p. 10.

<sup>74</sup> Popper, K.. *Conjecturas e Refutações*: Editora da UNB, 1980.



plano formal. Mais do que, isso, porém, penso ser lícito falarmos não apenas num *positivismo constitucional* mas, num *neopositivismo constitucional*, tendo em vista que aquele quer designar a ideia de que a Constituição exerce a função de fundamento último de validade no ordenamento jurídico, portanto, um papel formal de autorização-respaldo relativamente à produção normativa infraconstitucional. Esta posição tem como principais expoentes Jelinek e Kelsen. Já o *neopositivismo constitucional* a que me refiro quer significar a atitude de absolutização do texto constitucional a partir de uma endeusada visão *a priori* que se nutre referentemente ao poder constituinte, como se ali, naquela circunstância histórica definida, se tivesse procedido ao depósito de sentido e de valores no texto promulgado, passando a ser o papel do intérprete-prisioneiro futuro o de buscar tais sentido e valor para aplicá-los. Poder-se-ia diferenciar, ainda, o *constitucionalismo* de um *positivismo constitucional* para dizer que aquele enxergaria princípios suprapositivos, enquanto este procederia a uma diluição da materialidade constitucional (Constituição material) no mar positivo da Constituição formal. Na medida em que este constitucionalismo enxerga dimensões de validade para além do texto e da forma abre a Constituição para o Direito, o que é necessário, pois, não é o Direito a expressão do que é o constitucional mas a Constituição que deve ser enxergada a partir das lentes do que é o Direito. Na tentativa se alcançar esta *expressão constitucional do que é o Direito* deve-se ter em conta que não há um sentido imutável, dado, de seu *ser*. Seu *ser* é, ao contrário, um eterno processo de *constituição*. Daí porque qualquer tentativa de aprisionamento do tempo<sup>75</sup> ou de vinculação intergeracional<sup>76</sup> (a que parte dos constitucionalistas

---

<sup>75</sup> François Ost sistematiza várias clássicas manifestações contrárias à esta tentativa. Cita Locke (“Os homens podem estabelecer a forma de governo que lhes aprouver”), Rousseau (“É absurdo que a vontade coloque grilhões para o futuro” de modo que “um povo é sempre senhor de mudar as suas leis, mesmo as melhores”), Condorcet (“Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e alterar a Constituição. Uma geração não tem o direito de sujeitar as gerações futuras às suas leis” e “Seria tirânico estender a irrevogabilidade das leis constitucionais para além desse tempo”), Paine (“Querer governar além da tumba é a mais ridícula e insolente das tiranias (...). A democracia é legítima somente graças ao consentimento dos vivos”) e Thomas Jefferson (“Os mortos não têm direito. Eles não são nada” é que “em virtude do direito natural, uma geração é para outra aquilo que uma nação independente é para outra nação independente”) em Ost, F.. *O Tempo do Direito...*, p. 273-275. Note-se aqui que são todos argumentos contrários à tentativa de vinculação de uma geração por outra – alvo que se aproxima do que elejo aqui –, porém, argumentos de naturezas diversas do que trago e apresento, pois minha perspectiva não é crítico-democrática, mas filosófico-temporal.

<sup>76</sup> “A bondade das Constituições não se deixa determinar de forma absoluta e universal, mas apenas segundo um contexto histórico-concreto. O que tem êxito em um país, não serve necessariamente para um outro. O que era razoável no passado, pode perder seus objetivos no presente. Constituições apontam para o resultado no futuro e afirmam-se (historicamente) no tempo. Seu êxito depende por isso também dos problemas que se opõem a elas no curso do tempo. Tais problemas conclusivamente apenas podem ser previstos pelos autores da Constituição de forma limitada. Por conseguinte, as

pretendem – consciente ou inconscientemente, o que é pior –) proceder é violência antijurídica e negadora do Direito, pois restritiva do caríssimo valor jurídico da *liberdade*. Isto se vê claramente presente, em maior medida, na ideia de cláusulas pétreas e, em menor, na ideia, em si, de *constitucionalismo totalizante*. Tudo que foi anteriormente referido não se trata, devo ressaltar, de uma defesa da relativização dos mecanismos que dificultam a modificação da Constituição, mas de um conjunto de argumentos que tem como objetivo provocar a comunidade jurídica e fazê-la atentar para equívoca tentativa dos tradicionais constitucionalistas e de muitos neoconstitucionalistas de, em sofisticando os seus discursos, absolutizar a noção de extraordinariedade do ato e órgão fundadores e de seu produto, a Constituição. Uma provocação que tende a caminhar para uma solução que enxerga no texto constitucional, e na maneira como aqueles dois grupos têm lidado com ele, uma empresa que se afasta do próprio Direito enquanto criação social, histórica, dinâmica e que vai sendo forjada, em geral, pela comunidade política e, em especial, pela comunidade jurídica.

O Direito não se deve cristalizar num texto. A tentativa mesma de tal cristalização é violência. E o Direito deve ser (é?), senão o seu oposto, algo que com esta ideia não se coaduna, isto é, a liberdade e a justiça. A pergunta pelo *ser* do direito não pode conduzir à violência ou à coação puras e simples. Conduzirá à pergunta pelo *ser* da justiça que também não desaguará na resposta positivista e formalista. A tentativa de aprisionar o Direito no tempo se constitui numa cronocêntrica violência à liberdade de a sociedade *constituir* seu próprio Direito e apresentar aos seus problemas e angústias respostas e soluções que estejam em compatibilidade com o espírito do *seu* tempo que não é o de mais ninguém e que é irrepetível, é singular, é próprio.

## **Conclusão**

Concluo reforçando a forte conexão existente entre o pensamento moderno e um complexo mítico de que depende – mas do qual pretende se afastar – e de onde se

---

soluções também quase sempre não se encontram dispostas prontamente na Constituição. A diferença entre normas abstratas e problemas concretos precisa ser ultrapassada, pelo contrário, através do significado e aplicação das normas. Nesse ponto, o êxito de uma Constituição também depende das respostas que são extraídas pelos intérpretes das normas constitucionais e que são determinadas definitivamente pelo teor da Constituição” (Dieter Grimm. *Die Verfassung und die Politik: Einspruche in Storfällen*. Beck, 2001, p. 295).

desdobram dogmas que são transportados daquele momento do pensamento filosófico, político e jurídico para o contemporâneo, ganhando (sofrendo?), obviamente, modificações, viragens e/ou sofisticações que, a título de apresentar o novo, incorrem num velho problema que é o da *absolutização do relativo e extraordinarização do ordinário*.

Neste percurso que vai da *ratio* iluminista (com seus desdobramentos no Direito – a modernidade jurídica) até o(s) neoconstitucionalismo(s) se vê um afastamento da busca pelo que é o Direito, afastamento que se dá em virtude de este conjunto de pensamentos se encontrar turvado pela teia teórica que vai ganhando complexidade tamanha que impede o estudioso de (se) questionar pela essência, se enredando no estudo de uma sofisticada rede conceitual que lança luz sobre os problemas jurídicos, mas não a luz que ilumina e, sim, a que ofusca. Assim, nota-se que a solução passa também pelo ensino jurídico.

O meu questionar pelo *agora jurídico* conduziu à identificação do nosso presente como uma *transição para o passado* no sentido de que estamos em transição para uma, ainda não cristalizada, pós-modernidade, inclusive, jurídica, que não deixa de ser reviver o vivido, havendo nesta dimensão uma retomada do *ius commune* que se enxerga na ideia de um Direito intuído, concreto, elástico e dinâmico.

No bojo desta transição mau encaixa um constitucionalismo que pretenda cristalizar valores do momento constituinte em um texto aplicável à gerações futuras com pouca (normas constitucionais em geral) ou nenhuma (cláusulas pétreas) possibilidade de mudança. E tudo com fundamento no fato de que tal texto tenha sido produzido por um poder *soi-disant* extraordinário.

A tentativa de algar uma geração noutra a que procede o constitucionalismo gera um profundo problema relativo à filosofia do tempo. É que o Direito não é só presente. É passado porque aquilo que já foi já não pode não ter sido<sup>77</sup>. É futuro porque a promessa e o projetar compõem a dimensão prospectiva do Direito, já que nem tudo está resolvido.

Com tantos problemas postos não é suficiente que diagnostiquemos e corramos. É preciso que a filosofia (do Direito) chegue à tempo. Ou chegará sempre

---

<sup>77</sup> Frase inspirada na de Vladimir Jankelevich: “Aquele que foi já não pode mais não ter sido: doravante, esse fato misterioso, profundamente obscuro de ter sido é o seu viático para a eternidade”, *apud* Ricoeur, P., *A memória, a história, o esquecimento*. Editora Unicamp, 2007.

tarde demais para dizer o que deve ser feito, assim como a coruja de Minerva que só alça voo com o início do crepúsculo?<sup>78</sup>

## REFERÊNCIAS

Benjamin, W. *Obras Escolhidas*. Brasiliense, 1994.

Kant, I. *Resposta à pergunta: Que é o Iluminismo?*. Mimeo. Tradução de Artur Morão.

Kant, I. *Resposta à pergunta: O Que é o Esclarecimento?*. Mimeo. Tradução de Luiz Paulo Rouanet.

Kant, I. *Ideia de uma história universal de um sentido cosmopolita*. Org. Ricardo R. Terra. Brasiliense, 1986.

Kant, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Edições 70, 1988.

Foucault, Michel. *Qu'est-ce que les Lumières?*, *Magazine Littéraire* n° 207. Pgs. 35-39.

Habermas, J. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Cátedra, 1989.

Gadamer, H. G.. *Verdad y Método*. Sigueme, 1999.

Platão. *Diálogos*. Hemus: 2002.

MacIntyre, A.. *Tras la virtud*. Grijalbo-Crítica, 1987.

Marques, M. R., *Codificação e Paradigmas da Modernidade*. Coimbra, 2003.

Darnton, Robert. *Os dentes falsos de George Washington: um guia não convencional para o século XVIII*. Companhia das Letras, 2005.

Adorno, Theodor W.; Horkheimer, Max. *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985 (Reimpressão 2006).

Freud, Sigmund. *Totem e Tabu e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 2006.

Lévis-Strauss, Claude. *Anthropology and Myth: Lectures 1951-1982*. Oxford: Basil Blackwell, 1987.

Eliade, M. *Myths, Dreams and Mysteries: The Encounter Between Contemporary Faiths and Archaic Reality*. Collins, 1968.

---

<sup>78</sup> Hegel, G. W. *Princípios da Filosofia do Direito*. Martins Fontes, 2003, no Prefácio.

- Goethe, J. W.. *Fausto* – Primeira Parte da Tragédia. Editora 34, 2004.
- Grossi, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Trotta, 2003.
- Vattimo, G. *O Fim da Modernidade: Niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Martins Fontes, 2007.
- Habermas, J. *Teoría de la acción comunicativa*. Taurus, 2 t., 1987.
- Kohlberg, L. *Essays on Moral Development*. Harper & Row, 1984.
- Habermas, J. *Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación*, In: *Conciencia moral y acción comunicativa*. Península, 1985.
- Habermas, J. La modernidad: un proyecto inacabado, In: *Ensayos Políticos*. Península, 1988.
- Hobsbawm, E.. *Era dos Extremos: o breve século XX, 1914-1991*. Companhia das Letras, 2008.
- Descartes, R.. *Discurso do Método*. Martins Fontes, 2009.
- Locke, J.. *Ensaio sobre o Entendimento Humano*. Calouste Gulbenkian, 2010.
- Locke, J.. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Vozes, 2006.
- Leibniz, G. W.. *Discurso de Metafísica e outros textos*. Martins Editora, 2004.
- Spinoza, B.. *Ética*. Autentica, 2007.
- Grotius, H. *Del Derecho de Presa. Del Derecho de Guerra y de la Paz*. Centro Estudios Constitucionales, 1987.
- Pufendorf, S. *Deveres do Homem e do Cidadão de acordo com as Leis do Direito Natural*. Topbooks, 2007.
- Ricoeur, P.. *A memória, a história, o esquecimento*. Editora Unicamp, 2007.
- Rogeyro, N.. *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha – com um ensaio e anotações de Nuno Rogeyro*. Coimbra Editora, 1996.
- Moreira, L.. *A Constituição como Simulacro*. Lumen Juris, 2007.
- Pimenta, P. R. L.. Cláusulas pétreas tributaries in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 92, mai. 2003.
- Terra, E. C.. A idade penal mínima como cláusula pétrea. *Jurisprudência Brasileira Criminal*, n. 46.

Dennis J. Goldford, *The American Constitution and the Debate over Originalism*. Cambridge University Press, 2005.

Sanford Levinson, *Law as Literature*, 60 *Texas Law Review* 373, 376. 1982.

Fish, Stanley, *Play of Surfaces: Theory and Law*, em Leyh, Gregory (org.), *Legal Hermeneutics: History, Theory and Practice* (Berkeley: University of California Press, 1992).

Schleiermacher, Friedrich, *Hermenêutica: arte e técnica de interpretação*. Petrópolis: Vozes, 2006.

Dworkin, R.. *A Justiça de Toga*. Martins Fontes, 2010.

Gerhardt, M. J.. A Tale of two textualists: a critical comparison of Justices Black and Scalia In *Boston University Law Review*, vol 74, n. 25, 1994.

Bidney, D. 'Myth, Symbolism and Truth', In T. A. Sebeok (Ed.). *Myth: A Symposium*. Bloomington and London: Indiana University Press, 1958.

Fitzpatrick, Peter. *A Mitologia na Lei Moderna*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

Ost, F.. *O Tempo do Direito*. Instituto Piaget, 1999.

Popper, K.. *Conjecturas e Refutações*: Editora da UNB, 1980.

Dieter Grimm. *Die Verfassung und die Politik: Einspruche in Storfallen*. Beck, 2001.

Hegel, G. W. *Princípios da Filosofia do Direito*. Martins Fontes, 2003.