

RESENHA E ANÁLISE DE TEXTO:

**“Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeias: diálogos,
backlash e hermenêutica”**

de Fábio C. S. de Oliveira e Larissa Pinha de Oliveira

Por: Cíntia Carvalho de Melo

Os autores começam o texto dizendo que o tempo não é retilíneo e busca definir a ordem conceitual democrática prevista na Constituição de 1988, e se esse modelo é o melhor já constituído no país.

Eles afirmam que os direitos fundamentais só são assim concebidos conforme a Constituição de cada lugar. Por exemplo: o conceito de liberdade previsto na Constituição brasileira pode não ser o mesmo em outros países. Os autores também se indagam acerca da possibilidade da Constituição ter capacidade de resolver, via reconstrução, todas as questões interpostas perante a ela.

Na busca de enfrentar tais problemas, este artigo estuda a teoria dos diálogos institucionais e sociais, tendo por pano de fundo a hermenêutica filosófica. Investiga o conceito de romance em cadeia, de Ronald Dworkin, e analisa o que se vem a denominar de *backlash*, pondo as formulações em debate. Neste caminho, lança mão também de desenhos institucionais e dialógicos constantes do que se convencionou intitular de o novo constitucionalismo latino-americano, indo além das menções normalmente feitas acerca da temática.

Em se tratando de hermenêutica filosófica, de Gadamer, os autores destacam a importância do diálogo, que suporta o entendimento ENTRE os homens e DOS homens e das coisas. Forma a ideia de um constitucionalismo cooperativo, comunicativo, cuja base deve repousar no protagonismo da comunidade.

Os diálogos institucionais são as interações entre os Tribunais, o Poder Legislativo e o Executivo, sem dar preferência à interpretação judiciária como última palavra, sem o juiz “herói” (modelo canadense, por exemplo). Isso se estende também ao Ministério Público e à Advocacia em geral, que muitas vezes ajuízam causas mais por um agir estratégico do que por um agir comunicativo.

A abordagem dialógica é uma alternativa para o agir jurisdicional.

Christine Bateup: fusão dialógica = teorias do equilíbrio + teorias da parceria. Abrange a sociedade, o Judiciário e o Legislativo.

Cass Sustein: minimalismo judicial. Defensor da teoria do many minds, que consiste no fato de que a Constituição deve ser produto de várias mentes “iluminadas”, e não de uma ação solipsista (doutrina segundo a qual só existem, efetivamente, o eu e suas sensações, sendo os outros entes - seres humanos e objetos - como partícipes da única mente pensante, meras impressões sem existência própria de um juiz). Para ele, as mudanças de uma ideia são inicialmente veiculadas por instâncias eleitas, pelo Legislativo, por várias mentes que constituem o Parlamento, sendo que o papel fundamental do juiz seria ratificar o entendimento consolidado pelas *many minds*. Essas ideologias são construídas por manifestações da população.

Citam também Jeremy Waldron, que acredita que é dever da Constituição conceder a todos igual direito de manifestação, e a ideia “vencida” deverá ser sacrificada, não podendo haver um balanço entre a ideia majoritária e minoritária.

Além dos diálogos institucionais, é preciso estabelecer diálogos sociais (que se interligam com os primeiros), que abrangem a participação popular pelos canais institucionais e a reserva autônoma da sociedade. Um exemplo é a aprovação, pelo Parlamento, de emenda à Constituição, submetida e confirmada por referendo e posteriormente contestada na via judicial. Os autores pensam que é razoável considerar uma posição especial do Judiciário, contida, especialmente deferente, perante uma emenda que angariou quase a totalidade dos votos dos parlamentares e/ou que foi sufragada por ampla maioria em referendo.

A hermenêutica filosófica expressa o padrão da intersubjetividade (comunicação das consciências individuais, umas com as outras, realizada com base na reciprocidade). É preciso saber que a última resposta não significa que é a certa, sendo que qualquer instância ou poder institucional pode errar.

Os autores então mencionam o novo constitucionalismo latino-americano. O distanciamento entre o Brasil e os outros países da América do Sul vem diminuindo. Esses países estão em busca de um constitucionalismo revolucionário, de rupturas (como as Cartas da Bolívia, Colômbia, Venezuela e Equador). Exemplificando:

[...] todos os Tribunais Constitucionais são integrados mediante mandato (8 anos na Colômbia, 12 anos na Venezuela, 9 anos no Equador, 6 anos na Bolívia), a reeleição vai da proibição absoluta (Colômbia, Venezuela, Bolívia) até a possibilidade desde que não para

mandato imediatamente sucessivo (Equador). A escolha dos membros do Tribunal Supremo de Justiça (Venezuela) e do Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolívia) é por sufrágio universal, diálogo social. [...] Segundo a Lei da Venezuela, os magistrados do Tribunal Constitucional podem ser removidos pela Assembleia Nacional, mediante prévia manifestação do Poder Cidadão (diálogo institucional), ou ter o mandato revogado pelo povo (diálogo social). Garante-se a representação indígena no Tribunal Constitucional Plurinacional (reserva não de minoria, mas da maioria tradicionalmente marginalizada).

Esses institutos são exemplos de como o diálogo está inserido na forma de governo desses países, permitindo uma democracia mais direta, em que até o sistema de separação dos poderes é diferente daquele tripartite presente no Brasil. As diferenças se estendem até mesmo para o Legislativo. Para modificar a Constituição em outros países latino-americanos, por exemplo, é necessário fazer um referendo, o que também ocorre quando há a revogação de leis que resultaram de projetos de iniciativa popular. Alguns países também preveem referendo para a incorporação de um tratado e a revogação de mandatos.

A Constituição equatoriana prevê o reconhecimento de autonomia às nacionalidades indígenas, incluindo autogoverno, competência tributária e participação nas rendas nacionais. Já a Constituição colombiana diz que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos devem prevalecer sobre o direito interno, inclusive em questões de interpretação. Essa mesma carta prevê que, quando a Corte encontrar algum erro na formação de uma lei, deverá devolvê-la à autoridade competente. Apenas quando o vício for sanado, poderá a Corte estabelecer a exequibilidade da lei.

No Brasil, existe a possibilidade de mutação constitucional de uma lei sem alteração do texto legal, permitindo uma interpretação através da própria linguagem e contornos permitidos pelo próprio ordenamento, como nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, isso pode acabar gerando um fenômeno denominado “backlash”, que significa a desconformidade e apelo de um determinado grupo social contra uma decisão judicial que altera a interpretação de uma norma.

Exemplificando: não havia uma lei que inadmitisse a eleição dos chamados “fichas sujas”, por isso havia um dilema entre os juízes e tribunais eleitorais contra o Tribunal Superior Eleitoral, que decidiu que os primeiros não poderiam “criar” novas condições de ilegitimidade. Inconformados, os juízes propuseram uma ADPF para

permitir a conduta dos juízes, mas o STF a julgou improcedente. Diante da inconformidade da população com a decisão do STF, foi criada a Lei da Ficha Limpa.

O reconhecimento da união estável homoafetivo também foi uma decisão que dividiu a população. De um lado, aqueles que aprovavam a decisão diante do progresso cultural e outros que acham que tal mudança não poderia se dar por simples interpretação constitucional, mas por um plebiscito nacional, sob o argumento de que houve uma usurpação da competência legislativa e que o Judiciário não deve se submeter aos apelos populares. Tal decisão, segundo os autores, foi populista, antidemocrática (embora travestida de democrática, pois o grupo homoafetivo é uma minoria) e totalizadora.

Uma das formas de aumentar os diálogos entre a Instituição e a sociedade é investir em instrumentos de democracia direta, como plebiscito e referendo, de modo a diminuir o déficit de representação.

Os autores então provêm uma conceituação de *backlash* e *chain novel*. O *backlash* é uma repercussão negativa às decisões estatais e mais especificamente, judiciárias. Seria uma resposta a um “fracasso” do judiciário, segundo Michael Klarman. O *backlash* provém de três determinantes:

1ª) a decisão destaca, levanta uma questão controversa; 2ª) um sentimento de desconforto, irrisignação, resultante da interferência externa; 3ª) subversão da ordem natural/política da mudança/afirmação da sociedade pelo envolvimento determinante do Judiciário.

Para Klarman, “o Poder Legislativo e o Poder Executivo são instâncias mais aptas à negociação e à possibilidade de redução dos custos políticos, com maior potencialidade de minimização das polêmicas, possuindo, portanto, ampla vantagem se comparados ao Judiciário”.

Segundo Cass Sustein, o *backlash* seria a rejeição de uma decisão judicial pelas *many minds*, que, dependendo da força da opinião populacional, poderia enfraquecer não apenas a Corte, mas a própria questão suscitada como um problema. O Judiciário deveria ter cautela em suas decisões para não ocasionar em um *backlash* intenso e uma revolta nacional, comprometendo o avanço de uma causa que poderia ser benéfica (cita como exemplo a união homoafetiva).

Os autores então falam da noção de romance em cadeia (*chain novel*), sustentada por Ronald Dworkin. A interpretação deve englobar elementos do passado, presente e

futuro, tendo em vista que é uma construção jurídica se dá ao longo do tempo. Vai além da jurisprudência, pois é uma constituição dialética da história.

Para isso, deve haver integridade, ou seja, o Direito deve ser visto como unidade e não como um conjunto de decisões caóticas. Integridade é um conjunto de princípios. É associação, é diálogo, e não solipsismo. O juiz deve se reservar aos princípios (sendo limites à interpretação) e deixar as *policies* ao Legislativo e Executivo.

O *backlash*, no entanto, não é apenas sobre decisões judiciais, mas sobre qualquer poder. Pode ser também uma inconformidade com um capítulo da “novela”. Dworkin também fala que o intérprete não pode quebrar com o ciclo da *chain novel* (integridade), relatando que a diversidade, a mutação se restringe às *policies*, ao Poder Legislativo e Executivo, pois os princípios conservam uma permanência.

Segundo os autores, a Constituição de 1988 não formou a melhor democracia, pois existem outros arranjos a serem analisados, como iniciativa popular, plebiscitos e referendos. É preciso estabelecer que a democracia dialógica não considera o juiz (e nem o legislador) como professores, médicos e assistentes, sendo que deve haver uma comunicação entre eles.

REFERÊNCIAS:

OLIVEIRA, Fábio C. S. de; OLIVEIRA Larissa Pinha de. **Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeias: diálogos, *backlash* e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Juris Poiesis, 2011.