

A CADEIA DE PRODUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO* **

THE PRODUCTION CHAIN OF THE CONSTITUTION

JOAQUIM FALCÃO¹

RESUMO: A Constituição vive no mercado civilizacional da resolução pacífica dos conflitos. Pretende, no Estado Democrático de Direito, deter o monopólio deste mercado. Esta pretensão se baseia num conceito de Constituição disciplinarmente limitado. Na medida em que este conceito tem sua utilidade conjuntural de moldar o apenas jurídico, o exercício profissional, suas instituições e o senso comum. Limita-se a pragmática da própria democracia. A pergunta básica que se coloca então é: como se mede a pretensão de monopólio? Qual a métrica verificável a partir da qual, mesmo positivada, é apenas um desejo, um sonho, um dever ser, que pode ou não ser, acontecer?

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo de Realidade; Cadeia de Produção; Legalidade; Legitimidade; Mercado Civilizacional; Sistema de Resolução de Conflitos; Métrica Constitucional.

ABSTRACT: The Constitution lives in the civilizational “market” of peaceful conflict resolution. In the Rule of Law, its aim is to hold a monopoly over this said market. This ambition is based on a disciplinarily limited concept of what the Constitution really is. By serving its temporary utility in shaping the purely legal field, professional practice, its institutions, and common sense, it also restricts the pragmatics of Democracy itself. The basic question that arises, then, is: how is the claim to monopoly measured? What is the verifiable metric by which, even when enshrined, it is merely a desire, a dream, a “should-be” that may or may not be materialized?

1286

* Participou desse texto Guilherme Soares como pesquisador e interlocutor. Agradecimentos também a Ivana Afonso e a João Carlos Cochlar.

** *A Equipe Editorial da REI - Revista Estudos Institucionais informa que, após deliberação, foi autorizado excepcionalmente a alteração da nossa tradicional diagramação para incorporar espaçamentos entre os parágrafos do corpo do texto, tal como solicitado especificamente pelo autor. A autorização foi concedida tendo em vista a estilística do autor e para garantir a melhor fluidez e compreensão do seu trabalho acadêmico.*

¹ Professor de Direito Constitucional, membro da Academia Brasileira de Letras (ABL), da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), conselheiro do Centro Brasileiro de Relações Internacionais (CEBRI), advogado.



KEYWORDS: Reality-Based Constitutionalism; Production Chain of the Constitution; Legitimacy; Civilizational Market; Conflict Resolution System; Constitutional Metrics.

INTRODUÇÃO

A proposta é simples. A maioria das faculdades, escritórios ou tribunais, mídia também, instituições e profissionais, jurídicos ou não, políticos, pensam e agem a partir de um constitucionalismo que encurta a vida da própria Constituição. Faz com que ela não entregue sua promessa maior: a resolução pacífica dos conflitos.

A consequência é menos Estado Democrático de Direito.

A Constituição é mais ampla, extensa e complexa. É norma, legalidade, interpretação pública e privada – mas não apenas.

Vivemos a época da inteligência de complexidades. E não de encurtamentos. A sociedade se complexificou. As relações com o Estado e mercados também. Tendência que se mantém.

A não ser que se acredite que a Constituição não tem responsabilidades com sua origem e consequências, com o seu fazer-se, há de se reconhecer a parte que lhe cabe em nossa realidade.

Onde o Estado Democrático de Direito se hesita em ser.

A concepção contramajoritária, de inspiração norte americana, por exemplo, é necessária algumas vezes.

Mas o que o Brasil precisa agora é justamente de seu inverso. Do seu contrário. De um pragmático constitucionalismo “contraminoritário”. Não contra as minorias dos movimentos identitários. É obvio. Mas contra as minorias que concentram renda, propriedade, voz e poder.

2. ALÉM DO APENAS DEVER-SER

A doutrina jurídica clássica classifica os bens em corpóreos (materiais ou tangíveis) e incorpóreos (imateriais ou intangíveis). Classificação herdada do Direito Romano. Pela longevidade histórica, naturalizou-se como um *datum*. Mas não é. É um *constructum* intelectual social e histórico. Adotado em sucessivas Constituições. Essas, por sua vez, *constructa* também.



A propósito: como se fabrica um *constructum* imaterial, uma Constituição? Não se trata da fabricação do conteúdo. O que em geral é matéria de ciência política. Ou da ciência em geral — como propõe Cláudio Souto.

Como automóvel ou casa, a Constituição é produto também. Mas, ao contrário, não é fabricado nem física nem mecanicamente. É construção epistemológica. É uma abstração. A partir da generalização da experiência histórica europeia e norte-americana sobretudo.

Igual a qualquer produto, não é instantânea. Resulta de longo e complexo processo de etapas e métodos.

Sua razão de ser, mesmo com abstração, é atender a uma necessidade, à principal demanda do “mercado civilizacional”. A demanda da convivência pacífica entre todos os jurisdicionáveis.

Isto não significa que, no Estado Democrático de Direito, pretenda-se convivência sem conflito. Não se busca eliminar conflitos. Atingir a paz social permanente e absoluta. Etérea e divinal. Discórdia, diferenças e divergências existem e vão existir. É da natureza humana. É, inclusive, pressuposto do sistema democrático.

A meta deste *constructum* — a Constituição — é a harmonia das relações sociais diante da inevitabilidade de desarmonias.

1288

Origina-se e vive no mercado de resoluções pacíficas dos conflitos. Mercado plural e competitivo. A Constituição tem concorrentes. Legais, paralegais, ilegais. Veremos.

Constituição é a positivação do dever-ser da convivência livre, pacífica, igualitária. Enquanto proposta, mesmo dotada de exigibilidade, ela é. Mas seu dever-ser ainda não é. Pode ou não acontecer.

Frei Joaquim do Amor Divino Caneca defendia a melhor e mais sintética definição de Constituição liberal: “Acta do Pacto Social”² (Mello, 1875, p. 41).

Paradoxalmente, foi assassinado por causa dela.

“Ata”³, como expressão da proposta de acordo feito pelos múltiplos participantes da reunião depois dos desacordos, tem a virtude da existência física. A virtude de ser um bem material igual à partitura que o maestro usa para reger a

² “Uma *constituição* não é outra cousa, que a acta do pacto social, que fazem entre si os homens, quando se ajuntam e associam para viverem em reunião ou sociedade”. Mello, 1875, p. 41.

³ Na ortografia original, “acta”. Corrigida para o acordo ortográfico atual. Vide Mello, op. cit.

orquestra. Mas atenção: não se confunde o “ser” inanimado da ata com o “dever-ser” movente de seu conteúdo.

Assim como partitura sozinha não faz música, Constituição sozinha não faz democracia. É preciso que o “ser” da ata viabilize o “ser” do “dever-ser” pactuado.

Nada de novo.

Apenas propomos ampliação do conceito e prática do constitucionalismo. Por uma razão muito simples. Todo processo de transformação de uma abstração em concretude necessita de adaptações. Não se encaixam por si sós. No transcorrer da História, o conceito deixa de ser — como alguns pretendem —, unívoco. Automático.

O dever-ser da partitura se concretiza na música da orquestra. O da Constituição, na experiência da sociedade.

A Constituição e seus “quereres” — inspirando-se em Gilberto Gil —, não são produtos instantâneos, iguais, ou de uma só pessoa.

A Constituição outorgada de 1824 parece, para alguns, ato fulgurante e solitário de D. Pedro I. Não foi. Nem *flash* nem relâmpago. Não caiu do céu, como diria Sepúlveda Pertence. Muito pelo contrário. Este *constructum* é um conjunto sucessivo de decisões sociais. Escolhas históricas. Que disputava primazia no mercado de propostas de Constituição. De Carta maior.

No fundo, a Constituição expressa escolhas que se encadeiam. Elos de uma corrente. Etapas. Que se iniciam como pulsões. De vida ou de morte, parafraseando Freud. Que se transformam em impulso social. Pretendem transformar energia de alguns na experiência de todos.

Em 1824, a pulsão-desejo comum era consolidação da independência do Brasil. Diversos projetos do *constructum*, de consolidação, disputavam-se. Arno Wehling lembra que havia mais de dez projetos de constituição nesta época⁴. Além do projeto liberal de Frei Caneca, o da Assembleia Constituinte e o de D. Pedro I.

⁴ Conforme mencionado por Wehling na conferência “Mundos em conflito: a Constituição de 1824 e as Bases para a formação de um pacto social”, em 09/05/2024, na Academia Brasileira de Letras. Cf. **Joaquim Falcão e Arno Wehling debatem a Constituição de 1824**. Academia Brasileira de Letras, Rio de Janeiro, 2024. Disponível em: <https://www.academia.org.br/noticias/joaquim-falcao-e-arno-wehling-debatem-constituicao-de-1824>. Acesso em: 28 out. 2024.

Uma constituição resulta de conjunto de decisões, convergentes ou não, escolhas, estratégias e ações — e/ou não-ações, inações, omissões —, interligadas que movem a “libido” de uma nação, no caso, a consolidação da independência.

Mas atenção: para a Constituição deixar de ser um *constructum* de um dever-ser imaterial, não basta somente navegar. É preciso chegar. Não pode parar no meio do caminho. Encurtar-se. Carro sem rodas não anda. Pensar, imaginar, projetar, escrever, aprovar, falar, é apenas o início de um fazer.

Por analogia com a psicologia, pode-se também dizer que a Constituição é sonho, é desejo. Que pode ou não se realizar. Mas, para ser também uma utopia pragmática, democrática, é preciso que o desejo se realize como gozo.

Do contrário, é apenas frustração. Ou pesadelo. Ou ilusão à toa. O que, em geral, acontece para a maioria dos jurisdicionáveis no Brasil.

3. AS ETAPAS DA CADEIA DE PRODUÇÃO

Denominamos este processo de construção da Constituição de cadeia de produção ou linha de montagem. As etapas da cadeia são sequenciais. Cada uma tem início, impulso de partida e meta própria.

1290

As etapas principais são: (a) genética das leis; (b) legalização dos interesses; (c) implementação do dever-ser constitucionalizado; (d) legitimação como predisposição e experiência; (e) avaliação e retroalimentação.

A meta alcançada por uma etapa é o impulso da próxima. Até a Constituição ser completa e não encurtada. Como duplo ser — ser e dever-ser —, cumpra sua função e destino.

Ao se descrever as etapas, a seguir, esta ideia ficará mais clara. Afinal, tudo começa com uma ideia.

4. PRIMEIRA ETAPA: GENÉTICA DAS LEIS

A primeira etapa denominamos “genética das leis”. Aqui, “lei” se entende como norma, *lato sensu*. Ato administrativo, contrato ou decisão judicial e legislativa. É onde se gestam — ainda desorganizados e difusos, pensados ou impensados — pulsões (agressivas ou não), fluidos, estímulos, interesses. Alianças ou divergências. Mobilizações e contramobilizações.

Nesta etapa, começa a mobilização pela legalização. Alguns grupos sociais, por interesses quaisquer, energizam outros indivíduos, grupos ou classes, a sonhar, desejar, agir, matar ou morrer — como Frei Caneca em 1824 —, em nome de um dever-ser que se pretende comungado. Por todos.

É a etapa do pré-nascimento, quando o interesse particular pretende ser sonho social, imaterial bem comum.

Pretende-se aliar impulso social à força normativa estatal. Para que, juntos, modelem o comportamento social. É a etapa do pré-natal. Conhecer, estudar, pesquisar, participar desta fase deveria ser obrigatório para a formação dos profissionais jurídicos. Raramente é. Vítimas do antigo e rígido disciplinarismo.

O anteprojeto apresentado pela Comissão de Altos Estudos Constitucionais, da Comissão Afonso Arinos, foi um dos competidores da Constituição de 1988.

A meta desta etapa é ser projeto, emenda, reforma ou revisão do dever-ser constitucional.

Atento a esta genética, D. Pedro dissolveu a Assembleia de 1823. Pelo “ultrassom” da política. Percebeu que o *constructum* projetado ia nascer com defeitos — em seu diagnóstico. Não seria digno “do Brasil”. Mas, mais importante, não seria digno “dele próprio”⁵.

Por sua vez, Frei Caneca, discutindo a origem dos projetos da Constituição, dizia contra D. Pedro: “[...] não se deve deduzir, que Deus haja determinado, que se faça esta ou aquela sociedade debaixo desta ou daquela forma de governo, tirando dos povos e nações a escolha do seu governo” (Mello, 1875, p. 306). Estando Deus afastado como origem, restava a competição.

Mas o Irã, por exemplo, acredita que o impulso constitucional vem de Deus, com base na leitura do Corão⁶.

⁵ Conforme D. Pedro I instrui em seu discurso de abertura da Assembleia Constituinte (Cf. Pedro I, 1823). É essa instrução que a Assembleia teria “perjurado”, que resulta no decreto de 12 de novembro de 1823 — que deu causa à “Noite da Agonia”.

⁶ O art. 2º, 2, da Constituição da República Islâmica do Irã prescreve que será inaugurado um sistema com base na fé, que tem como fundamento o reconhecimento da “Revelação Divina” e o seu “papel fundamental na expressão das leis”. Além disso, no art. 2º, A, coloca como fonte jurisprudencial o Sagrado Alcorão e as “Tradições dos Puros (Profetas e Imams)”. Ainda, no art. 4º, diz: “Todas as leis e decretos civis, penais, financeiros, econômicos, administrativos, culturais, militares e políticos, etc. devem basear-se em preceitos islâmicos. Este artigo tem absoluta e universal prioridade sobre todos os outros artigos da Constituição tal como cobre todos os decretos e

Na China, subjugam o nascer de sua Constituição aos desejos do partido comunista.

Nos Estados Unidos, o impulso é necessidade e desejo do povo. “*Of the people, for the people, by the people*”⁷ — diria Abraham Lincoln.

São diferentes as táticas e estratégias pré-constitucionais.

Em 1988, para a Constituição Cidadã — como nunca outra foi tão participada, em cada banco, em cada praça, em cada esquina, mesmo sem o apoio do Partido dos Trabalhadores —, o impulso foi a democratização, livrando o país do autoritarismo, a partir de obsessiva negociação na competição.

A meta desta primeira etapa de genética das leis é bater na porta do Poder Legislativo e entregar seu projeto. Começa aí, provavelmente, luta renhida. Como desde 1824. Os desejos se conflitam.

A meta desta etapa — bater e abrir a porta do Congresso — é o impulso da próxima.

5. SEGUNDA ETAPA: LEGALIZAÇÃO DOS INTERESSES.

1292

Quando os impulsos são transformados em projetos de normas, e são encaminhados ao Congresso acaba a etapa da genética. Inicia-se a segunda: a legalização.

A meta é conquistar a força estatal para homogeneizar e pragmatizar o desejo, dever-ser que o *constructum* traz dentro de si. Tornar-se verificável. Palpável — diria Gilberto Freyre.

A legalização — ou seja, a inserção dos projetos normativos dentro do ordenamento jurídico, da pirâmide kelseniana — é, em geral, parte mais visível do processo. Explícita a cadeia de produção como competição, luta renhida e/ou negociação compulsiva.

regulamentos que venham a ser distinguido pelos jurisperitos do “Conselho de Vigilância”. Entre outros artigos. Cf. IRÃ. Constituição da República Islâmica do Irã. Disponível em: <https://brazil.mfa.gov.ir/pt/generalcategoryservices/11668>. Acesso em: 28 out. 2024.

⁷ Lincoln, Abraham. The Gettysburg Address. Pennsylvania: 1863. Disponível em: <https://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm>. Acesso em: 28 out. 2024.

A cadeia fica em ebulição. O mercado da adaptação da abstração e dos sonhos também. Raramente, o sonho inicial sai inteiro. Em geral, na democracia, mais se assemelha a um *patchwork*. Se for recusado ou adiado, a fábrica para. Inexistirá Constituição.

A fase inicial da legalização é tão potencialmente conflituosa que, em geral, é algo que vai do “subterrâneo” à “visibilidade extrema”.

Nem sempre os cidadãos jurisdicionalizáveis participam dela. Mesmo que formalmente ali representados. Como ocorreu agora na aprovação discreta da lei que permite apostas esportivas no Brasil⁸ — praticamente os ilícitos jogos de azar.

Quando o projeto termina de tramitar, é sancionado e publicado, o impulso inicial, de agora em diante, passa a ser exigível. A autoridade pode usar a força física estatal ao exigir o cumprimento da meta.

D Pedro I outorgou a constituição de 1824. Venceu a competição contra o projeto liberal de Frei Caneca, líder da Confederação do Equador.

Para fazê-la cumprir, usou da força do Estado que detinha. Mandou navios sob o comando do almirante inglês Thomas Cochrane. Para Olinda e Recife. Mandou nau que portava seu próprio nome: D. Pedro I — símbolo da sua força. Mandou corveta que tinha o nome do natural da capital, a Carioca. Mandou também os brigues Harmonia e Caridade. Mandou invadir e bombardear “legalmente” Pernambuco⁹.

Mandou assassinar Frei Caneca.

Mandou punir a própria província de Pernambuco, amputando-lhe parte do território — a Comarca do São Francisco, que foi incorporada à Bahia depois e até hoje.

Para muitos, a simples positivação, legalização do impulso, dota-o de eficácia. Hesito em usar esse qualificativo. Transmite dúbia mensagem.

⁸ AGÊNCIA SENADO. Regras para apostas: veja o que muda com a nova lei. Senado Notícias, 5 jan. 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/01/05/regras-para-apostas-veja-o-que-muda-com-a-nova-lei>. Acesso em: 28 out. 2024.

⁹ Sobre esse episódio e a armada de Cochrane, vale consultar: ARQUIVO NACIONAL. Bloqueio (ao Recife). História Luso-Brasileira. 11 nov. 2021. Disponível em: https://historialuso.arquivonacional.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5522&catid=2070&Itemid=215. Acesso em: 28 out. 2024.

É apenas um topos. Uma metáfora. Sugere que a Constituição saiu do texto e entrou na vida. Fez-se Estado Democrático de Direito.

Não é assim.

A Constituição seria válida, estaria em vigor — do latim, *vigor*, que significa força física, energia, robustez, a força da vida. Só que ainda não se tem vida. Não cumpriu com sua meta.

Com a palavra “eficácia”, entramos no campo das palavras polissêmicas. A métrica de sucesso não pode ser expressa por palavras que lembram as de Alice — que pretendia ser a dona do significado das próprias palavras.

A métrica, como proporemos, é a reação do mercado competitivo de resolução de conflitos. Seja resolução pacífica ou não.

6. A TERCEIRA ETAPA: IMPLEMENTAÇÃO DO DEVER-SER CONSTITUCIONALIZADO.

A terceira etapa ou elo desta corrente ou cadeia de produção é a implementação da pretensão de monopólio da Constituição legalizada.

Um dos efeitos concretos da legalização, além do uso da força estatal, é o direito de acesso das partes conflitantes ao Judiciário. Este acesso concretizaria a “efetividade” (outros topos), dos direitos necessários à paz social.

O Judiciário (e, nele, o Supremo), seria a última instância decisória para dirimir pacificamente potenciais conflitos. Impor a Constituição.

Sintomaticamente, os americanos chamam esta etapa de *enforcement* que quer dizer *imposition*, “force”. Imposição, coação e constrangimento em português.

O mero acesso judicial seria o “efetivador” da democracia. Garante a qualidade do produto. A meta da Constituição de ser e de fazer seu dever-ser, estaria realizada também. O sonho acordado. A partir daí, a Constituição, o Estado Democrático de Direito estaria realizado.

É uma crença que hipervaloriza o Supremo como detentor da palavra final do Judiciário. Fundamenta o ativismo do Supremo. É como se o constitucionalismo cumprisse sua promessa e se esgotasse na interpretação judicial. Encurta-se a Constituição. A judicialização significaria resolução pacífica dos conflitos. O resto não pertenceria ao conhecimento e prática jurídicas.

Não creio.

Judiciário é parte importante da cadeia produtiva. Mas o monopólio de resolver pacificamente é apenas uma pretensão. Antes, expressa o desejo da magistratura por mais poder e para os profissionais envolvidos na cadeia de produção aqui interrompida. A crença nesta “efetividade” dos direitos é apenas uma muralha do falso (mas ainda corrente) disciplinarismo jurídico.

O mercado de resoluções é muito ativo, diverso e plural. Mais do que se pensa à primeira vista. Assim como não há vácuo na política, também não há no mercado constitucional. Os sintomas são numerosos. Palpáveis e verificáveis.

Diante de sua histórica e conhecida lentidão, surgem competidores legais, paralegais, ilegais, formais ou informais.

Não são poucos — aliás, o número parece ser crescente — os julgamentos, as decisões judiciais que, em vez de diminuir, aumentam conflitos. Pela insegurança que muita vez provocam. O mercado desacredita do monopólio. A demanda por soluções vai procurar concorrentes.

Qualificativos como “eficaz”, “efetivo”, “válido”, “vigente” não asseguram a qualidade do produto.

Evidências demonstram. Vejamos.

Cada vez mais, cresce o mercado da arbitragem¹⁰, mediação¹¹ e outros, como da conciliação pré-judicial, negociação. Já são sentidos os “ciúmes” do Judiciário em relação a este competidor. Não hesita em querer dificultá-lo como quem não quer perder monopólio.

Surge também o mercado dos “créditos judiciais”. Inspirados, talvez, nos negócios de compra e venda de créditos do Governo — os precatórios.

Não se trata de um mercado apenas das custas e taxas judiciais. A lentidão e o risco decisório, alimentados por um processualismo infinito, são custos invisíveis, mas que agora são precificados pelo mercado.

¹⁰ C.f. ESTÚDIO JOTA. Brasil se tornou referência em arbitragem no mundo, avaliam juristas estrangeiros. JOTA, Rio de Janeiro, 1 jul. 2024. Atualizado em 2 jul. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-investimento/brasil-se-tornou-referencia-em-arbitragem-no-mundo-avaliam-juristas-estrangeiros>. Acesso em: 28 out. 2024.

¹¹ ACORDO À VISTA. Com mediação em alta, número de centros de conciliação quintuplica em oito anos. Consultor Jurídico, 28 maio 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mai-28/com-mediacao-em-alta-numero-de-centros-de-conciliacao-cresce-exponencialmente/>. Acesso em: 28 out. 2024.

O mercado de “créditos” judiciais já movimenta bilhões de reais. Vende-se a expectativa de ganho de causa, uma posição em uma boa lide. Este mercado, em vez de prometer acesso, oferece saída dele. Estimula a atuação, nos grandes casos, dos chamados fundos-abutre.

O tempo e o risco judiciais são senhores da inefetividade.

O vácuo resultante do pretense monopólio judicial tem sido crescentemente preenchido também por seu contrário: a violência das milícias, traficantes, e tanto mais.

Movimentos armados. Condomínios ilegais. Com crescente expansão geopolítica. O PIB deste mercado da resolução privada e armada dos conflitos, inclusive invasões urbanas e rurais, deve crescer mais do que o PIB do Brasil.

Vácuo também preenchido não somente pela natural incerteza de uma decisão judicial, mas além: pelo risco da corrupção, do nepotismo e do processualismo patológico, da grilagem do território nacional na Amazônia, que se espalham em todas as etapas da cadeia. Tanto por atores públicos quanto privados.

O resultado líquido é a crescente insatisfação dos jurisdicionáveis com o acesso ao Judiciário.

Insatisfação maior nas classes menos favorecidas, refletida sistematicamente nas pesquisas de opinião. Ignorar esta insatisfação é arriscado. É ignorar a própria razão de ser do Judiciário. Entrar na bolha que ele mesmo constrói.

O resultado é crise na cadeia de produção. Respira-se ar poluído da desconfiança dos jurisdicionáveis. Paradoxalmente, tanto quanto mais se precisa, mais desconfia-se.

É verdade que o próprio Judiciário se dá conta, seja através do Supremo ou dos tribunais superiores, desta situação. E tentam soluções adequadas. Mas, até agora, a diminuição do número de processos que chegam — e que significa concentração do poder político —, não ocorre.

Como alerta o Ministro Presidente do STJ, Herman Benjamin, não é razoável que o STJ receba “uma avalanche de processos”¹².

¹² MAIA, Flávia; PERON, Isadora; RIBEIRO, Marcelo; MURAKAWA, Fabio. Ao assumir STJ, Benjamin fala em 'avalanche de processos' e critica falta de mulheres no Judiciário. Valor Econômico, Brasília, 22 ago. 2024. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2024/08/22/ao-assumir-stj-benjamin-fala-em-avalanche-de-processos-e-falta-de-mulheres-no-judiciario.html>. Acesso em: 28 out. 2024.

O que nos leva à próxima etapa: legitimação como predisposição e experiência.

7. LEGITIMAÇÃO COMO PREDISPOSIÇÃO E EXPERIÊNCIA.

Esta etapa da cadeia de produção, indispensável para o Estado Democrático, é semidesconhecida pelo pensar e agir da disciplina jurídica. Não lhe pertenceria. A cadeia de produção já estaria terminada. Não está.

Não custa lembrar.

No Regime Militar de 1964, a legalização do ordenamento jurídico de então incluiu pelo menos duas Constituições “outorgadas”, além dos Atos Institucionais. No fundo, era uma Constituição, uma só pirâmide normativa — mas que tinha dois vértices axiológicos, duas cabeças (Falcão, 2019). A cabeça institucional e a cabeça constitucional. Juntas, careciam as cabeças de legitimidade democrática.

O primeiro Ato Institucional logo avisa que a antidemocracia se impõe pela força e tanto basta para sua legitimidade. Mais tarde, Roberto Campos defenderia que o regime e a Constituição que instituiu se legitimaria pelo sucesso do programa econômico.

A progressiva perda da legitimidade democrática do pretendido monopólio da legalidade apenas produz anticonstituições, parafraseando Ulysses Guimarães.

O que é legitimidade democrática afinal?

A legitimidade democracia depende de dois fatores principais.

Primeiro: da predisposição conquistada na primeira e segunda etapas, em que os jurisdicionáveis voluntariamente aceitam a fábrica e o *constructum* produzido.

O mercado quer comprar e compra, leva para casa o produto que resolve conflitos pacificamente. Acreditou no seu *marketing*. Na fábrica e sua cadeia de produção.

Os possíveis jurisdicionados, os habitantes da cidade, estão de acordo — mesmo diante de outras opções — com o produto vencedor e sua promessa. O sonho que propõe. Expressa o desejo mais coletivo possível. Aceita o acesso ao Judiciário como a concretização do sonho.

O produto, para alguns, pode até não ser perfeito (ou é até reconhecidamente ruim), mas todos admitem que é o melhor que a fábrica, a sociedade de

desarmonias potenciais pode fazer. E é melhor que seus concorrentes. Mesmo que fragmentadamente.

Em 1821, Frei Caneca não concordava com as Cortes Liberais lá de Portugal, nem com as Cortes luso-brasileiras que D. Pedro queria cá formar em 1822 (Mello, 1875). Muito menos com Conselho de Estado criado por D. Pedro (Mello, 1875), com ministros apontados a dedo pelo Imperador para confeccionar Constituição¹³ que fosse “digna” dele próprio.

Não obstante, Frei Caneca queria também uma Constituição (Mello, 1875). Do povo. Achava que o povo faria melhor! Seria o melhor produto da fábrica.

O primeiro fator, portanto, da legitimidade é a predisposição voluntária dos jurisdicionáveis.

Mesmo que expressa por meio de representantes, essa predisposição é um sentimento de favorabilidade — diria Cláudio Souto. Sozinha, a sólida legalidade se desmancha no ar.

A predisposição é o incentivo inicial para a legitimidade democrática.

O segundo fator ocorre no “pragma”, no uso do produto. Na transformação do sonho em experiência. Experiência individual e coletiva. A utopia é pragmatizável. Promessa é dívida.

1298

Quando a promessa de que o direito de propriedade não se concretiza para grande parte da população, a pré-satisfação voluntária vai perdendo a força comunicativa mobilizadora.

O remédio não cura. Pelo menos, não completamente.

Neste ponto, como descrevemos acima, o mercado competitivo começa a atuar. Às vezes em surdina, às vezes nos gabinetes, às vezes nas ruas ou na internet — a tecer novos projetos, emendas para resolução dos congênitos conflitos.

Hoje, já temos 134 emendas na atual Constituição.

A exigibilidade da legalidade, especialmente daquela ilegítima, terá um custo cada vez maior para os detentores da autoridade e da força. Para o Judiciário inclusive. Que tenderá a assumir responsabilidades que não são suas.

Pedro I, em suas promessas liberais, dizia dar liberdade de expressão. Inclusive durante a Constituinte. Mas, ao mesmo tempo, jornais de Frei Caneca (o Typhis

¹³ Vide Decreto de 13 de novembro de 1823.

Pernambucano), dos irmãos Andrada anteontem (o Sentinela da Liberdade), não tinham. O vírus do autoritarismo se espalhou a ponto de D. Pedro I querer e conseguir outorgar outra Constituição.

A permanente conquista da legitimidade, como predisposição e experiência é a meta desta etapa. É preciso estar atento. Sem ter alcançado esta meta, a Constituição bate na porta de eventual crise (digamos), do Estado Democrático de Direito.

8. QUINTA ETAPA: AVALIAÇÃO E RETROALIMENTAÇÃO

Mesmo que a interpretação judicial (infraconstitucional ou constitucional) tente prevenir esta crise, o ser da constituição não significa o ser de seu dever-ser.

A utopia deixa de ser pragmática.

Quase igual àquela descrita pela Carta *Mundus Novus* de Américo Vespúcio (1992, pp. 101-106) quando convive com os indígenas brasileiros. E imagina um mundo sem Estado ou Judiciário, fome ou guerras. A descrição de um mundo que seria o fundamento factual para Thomas Morus conceituar Utopia.

A cadeia de produção precisa sempre atualizar seu produto. Se as circunstâncias mudam, você muda também — respondia Keynes.

1299

Se a pretensão for mudar para continuar na busca de seu dever-ser — a resolução pacífica dos inevitáveis conflitos sociais — a cadeia de produção tem de incluir última decisiva etapa: a permanente avaliação de seu produto.

A Constituição como *constructum* tem de colocar dentro de si própria luzes estroboscópicas. Alarmes. Lançar mãos de uma permanente métrica de satisfação dos clientes jurisdicionáveis.

O ser do dever-ser é a própria vida vivida e completa e não interrompida por um constitucionalismo apressado que inclui apenas o texto, a forma da Constituição.

A Constituição é produto permanentemente experimental autocorrigível. Porque a adaptação da historicidade da abstração, do *constructum*, ao *datum* do presente, da Constituição situada não é automática.

O que não está longe de acontecer com o bom uso das tecnologias — inteligência artificial, por exemplo.

É desconhecendo essas duas últimas etapas — a métrica da legitimidade e avaliação para retroalimentação — que um que constitucionalismo, ainda influenciado pela dogmática importada encurta a Constituição. Lava as mãos. Não se atribui responsabilidade por seu existir. É um constitucionalismo confortável. Feliz consigo mesmo. Embora uma vertente de um constitucionalismo consequentialista comece a se dar conta da importância de ir além do mero acesso ao Judiciário.

A métrica, pois, para medir a realidade da Constituição, é avaliar o avanço ou recuo de seus concorrentes no mercado. No Brasil, hoje, claramente, a Constituição perde mais e mais seu pretense monopólio. Para arbitragem, negociação, mediação — que dispensam o Judiciário. Mercado de créditos, de precatórios, onde se vende o acesso. A desilusão do mercado, sobretudo dos menos favorecidos, de procurar o Judiciário. Sem falar nos competidores ilegais que avançam velozmente. Milícias, invasões, apropriação de terras urbanas ou rurais, traficantes, condomínios ilegais e tanto mais.

Não custa, pois, lembrar, que o principal desafio da Democracia é “carnificar” — diria Fernanda Montenegro — o Estado Democrático de Direito.

É seguir a missão do poeta Manoel de Barros: “repetir, repetir, repetir, até ficar diferente”.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Regras para apostas: veja o que muda com a nova lei. Senado Notícias, 5 jan. 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/01/05/regras-para-apostas-veja-o-que-muda-com-a-nova-lei>. Acesso em: 28 out. 2024.

ARQUIVO NACIONAL. Bloqueio (ao Recife). História Luso-Brasileira. 11 nov. 2021. Disponível em: https://historialuso.arquivonacional.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5522&catid=2070&Itemid=215. Acesso em: 28 out. 2024.

BRASIL. Decreto de 12 de novembro de 1823. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/sn/antioresa1824/decreto-38881-12-novembro-1823-568079-publicacaooriginal-91472-pe.html>. Acesso em: 07 out. 2024.

BRASIL. Decreto de 13 de novembro de 1823. Crêa um Conselho de Estado e nomeia os respectivos membros. Câmara dos Deputados. Disponível em:



<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/sn/antioresa1824/decreto-38883-13-novembro-1823-568086-publicacaooriginal-91478-pe.html>. Acesso em: 28 out. 2024.

FALCÃO, Joaquim. A pirâmide de duas cabeças. In: BACHA, Edmar; CARVALHO, José Murilo de; FALCÃO, Joaquim; TRINDADE, Marcelo; MALAN, Pedro; SCHWARTZMAN, Simon (Org). 130 anos: em busca da República. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

IRÃ. Constituição da República Islâmica do Irã. Disponível em: <https://brazil.mfa.gov.ir/pt/generalcategoryservices/11668>. Acesso em: 28 out. 2024.

Joaquim Falcão e Arno Wehling debatem a Constituição de 1824. Academia Brasileira de Letras, Rio de Janeiro, 2024. Disponível em: <https://www.academia.org.br/noticias/joaquim-falcao-e-arno-wehling-debatem-constituicao-de-1824>.

LINCOLN, Abraham. The Gettysburg Address. Pennsylvania: 1863. Disponível em: <https://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm>. Acesso em: 28 out. 2024.

MAIA, Flávia; PERON, Isadora; RIBEIRO, Marcelo; MURAKAWA, Fabio. Ao assumir STJ, Benjamin fala em 'avalanche de processos' e critica falta de mulheres no Judiciário. Valor Econômico, Brasília, 22 ago. 2024. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2024/08/22/ao-assumir-stj-benjamin-fala-em-avalanche-de-processos-e-falta-de-mulheres-no-judiciario.ghtml>. Acesso em: 28 out. 2024.

MELLO, Antonio Joaquim de. Obras políticas e literárias de Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Recife: Typ. Mercantil, 1875. 2 v. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/221676>. Acesso em: 07 out. 2024.

PEDRO I, Imperador do Brasil. Discurso que S. M., o Imperador recitou na abertura da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa a 3 de maio de 1823. Rio de Janeiro: s.n., 1823. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ws000041.pdf>. Acesso em: 7 out. 2024.

VESPÚCIO, Américo. Mundus Novus. In: RIBEIRO, Darcy; MOREIRA NETO, Carlos de Araújo (org.). A Fundação do Brasil: testemunhos, 1500-1700. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992. p. 101-106.

