

---

# AS VEREDAS DE UMA CONSTITUIÇÃO TRINTENÁRIA

*THE PATHS OF A TRINITARIAN CONSTITUTION*

---

*Omar Serva Maciel*

*Mestre em Direito Constitucional pela UFMG*

*Advogado da União. Procuradoria-Seccional da União em Varginha-MG.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Pessimismo e otimismo constitucionais; Uma posição intermediária; 2 Advocacia pública em questões jurídico-morais; A AGU no julgamento da ADI 4.277-DF; Constituição e felicidade; A felicidade é um direito?; 3 Considerações finais; Referências. Um diálogo com Riobaldo.

**RESUMO:** Em seus trinta anos de existência, a Constituição brasileira tem sido alvo de análises pessimistas e otimistas, defendendo-se ora sua revogação, ora sua manutenção, ainda que com modificações pontuais. Essa controvérsia possui como pano de fundo uma supervalorização do texto constitucional como condição de possibilidade de concretização de direitos fundamentais, como a busca da felicidade, por exemplo. Uma perspectiva redentora perpassa a crítica desses posicionamentos à luz da hermenêutica constitucional gadameriana, a exigir também das instituições que compõem a advocacia pública uma reflexão mais profunda sobre seu papel num Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Hermenêutica. Direito Fundamentais. Direito à Felicidade. Advocacia Pública.

**ABSTRACT:** In its thirty years of existence, the Brazilian constitution has been the target of pessimistic and optimistic analyses, defending itself both its revocation and its maintenance, although with occasional modifications. This controversy has as a background an overvaluation of the constitutional text as condition for the possibility of realizing fundamental rights, such as the search for happiness, for example. A redemptive perspective runs through the critique of these positions in the light of the constitutional hermeneutics of Gadamer and also demand from the institutions that make public advocacy a deeper reflection on its role in a democratic rule of law.

**KEYWORDS:** Constitution. Hermeneutics. Fundamental Rights. Right to Happiness. Public Advocacy.

## INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, no limiar dos seus 30 (trinta) anos, representou efetivamente um marco civilizatório na vida dos brasileiros e em qual medida? Somos melhores cidadãos do que há 3 (três) décadas, mais ou menos felizes por uma Carta com longa e moderna previsão de direitos e garantias fundamentais sem precedentes na história do nosso constitucionalismo? Qual seria a conexão entre Direito e felicidade? Como fundamentar juridicamente questões morais? Indagações como essas remetem a abordagens ontológicas e epistemológicas sobre o Direito e que evocam discursos interdisciplinares, com destaque para a sociologia, a ciência política, a filosofia e até mesmo a literatura. O Direito, no seu vórtice constitucional, é um instrumento a serviço do Estado para a

pacificação de conflitos, estabelecimento da ordem e promoção da justiça comunitariamente partilhada. Assim preconiza a epistemologia. Em termos ontológicos, porém, é linguagem<sup>1</sup>. A pré-compreensão do “ser” cognoscente acerca do “ente” constitucional e do ordenamento jurídico a ele submetido, o conhecimento dos seus limites e do que lhes conforma a substância consiste na principal tarefa dos operadores jurídicos, responsáveis que são pelos debates judiciais e doutrinários que conduzirão à ótima aplicação das leis. Já os intérpretes não-oficiais do acervo legislativo, disseminados na sociedade civil, expressam em suas mundivências, no “ser-aí-no-mundo”, aquilo a que aspiram que o Direito seja, torne-se e concretize. A paráfrase, quase icônica, de que a “Constituição é aquilo que a Corte constitucional *afirma ser*” carece de precisão, na medida em que desconsidera a “circularidade hermenêutica”<sup>2</sup> justaposta ao mesmo documento político. Descortina-se um vultoso espaço para ressignificações e numerosos dispositivos constitucionais que se ressentem de interpretação oficial a fim de lhes conferir a necessária efetividade.

Pode-se dizer, assim, que a Constituição, como a brasileira de momento, confronta-nos com um “sertão” de possibilidades, tamanhas são suas “veredas” a percorrer, “ribeirões e vaus” a atravessar, “pontes” a construir. Conhece-la nas suas “montanhas e vales, planícies e planaltos, cimos e baixios” é um convite ao autoconhecimento, ao embrenhamento em perguntas, respostas e reperguntas que revelarão na Constituição muito de nós mesmos. Afinal, o pendor insaciável do homem pela autorrealização coloca-o numa cruzada contra o (e no) Estado para que desejos se tornem leis e estas instituem direitos. Vive-se a cultura do “direito a direitos”. A felicidade é um desses “novos” direitos que se quer constitucionalizar.

O presente artigo tem por objetivo analisar, sob a abordagem da hermenêutica filosófica gadameriana, as duas correntes de pensamento que se formaram em torno da Constituição brasileira e da sua necessidade de permanência ou reforma, possibilitando que se firme criticamente acerca de ambos os posicionamentos. Uma exame da advocacia pública, com destaque para a Advocacia-Geral da União, num concerto de plurissignificações do que é próprio ao Direito também se mostra indispensável. Como derradeiro ponto, será enfrentada a temática da “felicidade constitucional” e o que se pode e o que se deve esperar da Constituição em relação à promoção do bem estar individual e coletivo e como o discurso jurídico deve funcionar epistemológica e ontologicamente a respeito. Em conclusão, serão sumariadas as considerações anteriores.

1 “Ser que pode ser compreendido é linguagem” In: GADAMER, 1999. p. 687.

2 GADAMER (1999, p. 436).

Ninguém melhor do que GUIMARÃES ROSA, esse escavador da alma humana, para guiar este ensaio pelos caminhos e descaminhos da “felicidade constitucional”. O roteiro desta viagem são os “Grandes Sertões Veredas”, obra universal que corta e recorta a existência pelo simbólico e pelo real, dialogando com tudo e todos, e por que não dizer com as expectativas, sonhos e frustrações de uma Constituição balzaquiana, ora celebrada, ora repudiada, por nós, viajantes das “gerais” e da visagem que transpõe o “chapadão” de suas promessas. O personagem central da trama jurídico-literária é RIOBALDO, nosso “Fausto-sertanejo”<sup>3</sup>, que, na sua rusticidade e na gramática coloquial, cuida das “contingências do ser” que abarca tudo. Suas intervenções estarão demarcadas em negrito, em forma de diálogo, como convite à interlocução com uma Constituição que muito tem de oralidade, transita pelo factual e contrafactual e que não pode permanecer no terreno da ficção. “*Mire veja!*”

## 1 OTIMISMO E PESSIMISMO CONSTITUCIONAIS; UMA POSIÇÃO INTERMEDIÁRIA

A Constituição aprovada há quase 30 (trinta) anos é a mesma de que se cogita hoje? A pergunta assume contornos de relevância porque pavimentou o caminho para o surgimento de duas correntes brasileiras de pensamento constitucional. A primeira pode ser classificada como “*pessimista-reformista*” e a segunda como “*otimista-conservadora*”.

Os “pessimistas-reformistas”, profundamente influenciados pelo positivismo, entendem que a Constituição atual não é mais a promulgada em 1988. Consequentemente, não haveria motivos para comemorações, na medida em que celebrar o trigésimo aniversário de uma Constituição que não guarda fidelidade com o documento político-institucional originariamente posto seria uma contradição em termos. Baseiam-se no fato de que ao longo dessas décadas a Constituição sofreu 105 (cento e cinco) modificações, entre revisões e emendas constitucionais, perfazendo uma média de 3,5 alterações/ano. É a Constituição mais emendada do mundo e em todos os tempos, fazendo, segundo dizem, do constitucionalismo brasileiro uma “jabuticaba”. Pejorativamente ainda, denominam-na “Constituição Verborrágica”, porque prolixa, detalhista, ambígua. E se desfigurada está e se seus dispositivos são excessivamente numerosos, padecendo, em sua esmagadora maioria, de efetividade, preconizam uma nova Assembleia Nacional Constituinte ou uma “miniconstituinte” a erigir uma nova Carta Política, “lipoaspirada”, enxuta, apta a constituir um “brasileiro novo”. Interessante observar que os

3 Na definição de Paulo Rónai no Prefácio de “Grande Sertão Veredas”. GUIMARÃES ROSA (2001, p. 19).

4 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 380).

“pessimistas-reformistas” apareceram cedo, antes mesmo da promulgação da Carta, ainda nos trabalhos da Constituinte, rejeitando sua aprovação por razões exclusivamente ideológicas. Outros, antagonizaram-na momentos após a promulgação, dizendo que “inviabilizaria o governo e o país”.

Os “otimistas-preservadores”, de inclinação pós-positivista, sustentam o contrário. A Constituição atual continua sendo a originariamente produzida, materializando um texto de vanguarda, ricamente principiológico, com vastíssimo catálogo de direitos e garantias individuais e coletivas; a “Constituição Cidadã”, por antonomásia. Os “otimistas-preservadores” acreditam que o plexo de valores contidos na Carta e a minudência de suas prescrições fazem dela um “demiurgo”, dotado de “poderes mágicos”, de resiliência e capaz de fazer despertar, por “geração espontânea”, o que nela remanesce intocado, transformando da noite para o dia os cidadãos e a vida dos brasileiros. Posicionam-se, assim, contrariamente a uma nova Constituinte conquanto aceitem mudanças pontuais pelo poder constituinte derivado. “*Tudo é e não é*”<sup>5</sup>.

São sedutores os aspectos ligados a cada uma dessas correntes, remetentes que são da própria experiência humana, do ser que se autocompreende e que confere sentido às coisas, às pessoas, ao mundo, à vida, e que é produto de suas crenças, pré-conceitos, valores, tradição e ancestralidade. Esse *background* faz com que tudo seja permeado pela linguagem e pelas lentes próprias da subjetividade e da alteridade, fundindo horizontes de sentido. “*Eu sou é eu mesmo*”<sup>6</sup>.

Textos não equivalem a normas. O Direito posto não é autorreferente. As Constituições são influenciadas pela moral, mas não são equivalentes dela e de outros domínios metajurídicos. “Pessimistas” e “otimistas” ignoram a mediação fenomenológica do intérprete, do operador jurídico, do cidadão, como único elemento capaz de transformar a realidade, transformando-se. Regras, princípios, valores e ideias não têm “pernas”. São “faróis” que iluminam o caminho, mas que não fazem o caminhar. A Constituição é o “simbólico” que ambiciona o real. Se o sonhar é uma experiência redentora, que se sonhem “sonhos reais”. “*Se sonha; já se fez*”<sup>7</sup>.

Positivistas e pós-positivistas não podem também desconhecer a oralidade do discurso jurídico, o que dele se fala, como se fala e quem o diz para além do texto positivado. “*O que eu vi, sempre, é que toda ação principia mesmo é por uma palavra pensada*”<sup>8</sup>. O poder transformador da linguagem constitucional está nela e fundamentalmente no sujeito cognoscente. As

5 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 27).

6 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 31).

7 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 41).

8 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 194).

leis, na sua maior valência normativa, as Constituições, são obras humanas, imperfeitas, datadas historicamente e com propósito de permanência. “O que são” e o “que devem ser” dependem da valoração que se lhes emprestam e do sentido que conferimos a nós mesmos. O ato de interpretar é consequência da autocompreensão e compreensão humana na facticidade e na contrafactualidade do Direito e da vida. *“Sertão é isto, o senhor sabe: tudo incerto, tudo certo”*.

Entre “pessimistas” e “otimistas” constitucionais há espaço para uma posição intermediária e conciliadora, retratada por alguns autores como *“constitucionalismo adequado”*<sup>10</sup> e que propugna um modo ontológico de compreensão, interpretação e aplicação da Constituição a serviço de uma nova *práxis* constitucional compatível com a hermenêutica filosófica gadameriana.

Direito e constituições são textos com afecção valorativa. O texto é o ponto de partida. *“O que é pra ser – são as palavras!”*<sup>11</sup>. Se, de um lado, não se pode conceber uma realidade despida de normatividade, sob pena da própria capitulação científica do Direito, por outro lado não se pode imaginar uma normatividade desconectada da textualidade e da realidade que a circunda, como bem diz Hesse<sup>12</sup> e aqui seguido. Constituições devem refletir o momento histórico de sua criação e desnudar o *“espírito de um povo”* com vistas à promoção de mudanças factíveis. Há, ainda, que se contar com *“vontade constitucional”*, disposição deliberada de concretização do texto constitucional, conferindo-lhe normatividade. Tudo o que se vê, ouve, lê e fala pertence ao discurso

9 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 172).

10 Corrente que encontra em Lenio Luiz Streck um dos seus próceres no Brasil. A discordância que se faz em relação à “Nova Teoria Crítica do Direito” é pontual, na medida em que não se entende possível expurgar das decisões judiciais, por completo, o componente de discricionariedade, tomada a expressão como liberdade de escolha ou preferência pelo “bem”, e consequência do desenvolvimento da consciência crítica e histórica do homem. É evidente que “não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, mas para que se “diga adequadamente alguma coisa sobre essa coisa”, o processo de atribuição de sentido necessita partir da *“facticidade em que está inserido o intérprete”*, um modo de ser no mundo *“que nos determina e que trazemos conosco”* (STRECK, 2006, p. 205). Consequentemente, a crítica hermenêutica que o mesmo autor formula contra a existência da “resposta correta” colide com a segurança jurídica de que impescinde o Direito. Em suas palavras: *“Na medida em que o caso concreto é irrepitível, a resposta é, simplesmente, uma (correta ou não) para aquele caso”* (STRECK, 2006, p. 213). Se casos concretos são irrepitíveis, com o que se concorda no domínio da temporalidade, os homens, sujeitos hermenêuticos, também o são, estando aptos a proferirem decisões diferentes. Essa problemática do “relativismo”, com repercussão particularíssima no Direito, parece não ter tido resolução definitiva pelo próprio GADAMER, apesar de rejeitá-la peremptoriamente. Quando diz que *“Compreender um texto significa sempre aplica-lo a nós próprios, e saber que, embora se tenha de compreendê-lo em cada caso de uma maneira diferente, continua sendo o mesmo texto que, a cada vez, se nos apresenta de modo diferente”* (destacou-se) (GADAMER, 1999, p. 579), importa ao discurso jurídico apontar que “nós”, os operadores desse saber prático, “somos muitos”. Aliás, é o próprio GADAMER quem assinala que *“Todo presente finito tem seus limites. Nós determinamos o conceito de situação justamente pelo fato de que representa uma posição que limita as possibilidades de ver. [...] Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto”*. (idem) (GADAMER, 1999, p. 452). Seriam esses limites de visão definíveis? E se o fossem, não se estaria aprioristicamente concebendo um “método para a verdade (jurídica)”? Por mais que a “fusão de horizontes” integre a circularidade hermenêutica, o referencial (pré) compreensivo do sujeito mantém-se ineliminável. A busca pela decisão “correta” é historicamente situada, uma “verdade” immanente a ser permanentemente reconstruída.

11 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 64).

12 HESSE (1991).

constitucional. Nenhum fato político, econômico, social e cultural ocorrido no Brasil nas últimas três décadas escapou de um sentido constitucionalmente atribuído. Se a Constituição tem quer ser lida e conhecida, a *compreensão-para-a-interpretação* é a chave para a mudança a ser promovida pela Constituição. Se compreender é interpretar, interpretar é a explicitação da compreensão e o seu aplicar<sup>13</sup>. Por meio da interpretação, significa-se e se ressignifica a Constituição, fazendo-a atuar, vivificando-a. Claro que não se cuida de uma interpretação qualquer, “pedestre”, mas qualificada, adequada, razoável, propiciadora da concretização do enunciado previsto no texto constitucional, tendo-se presente as condições reais da sociedade em que se vive e de intérpretes em permanente redefinição. “... *o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando*”<sup>14</sup>. Se se apregoa que às Cortes Constitucionais é dado dizer a “última palavra” sobre o que é a Constituição e sua normatividade, toda e qualquer pessoa, numa atividade isolada ou gregária, está investida do direito-dever de dizer o seu sentido “primeiro”<sup>15</sup>, lendo-a e interpretando-a no seu dia-a-dia, na riqueza da oralidade. Uma nova práxis constitucional apta a implementar as promessas realizáveis contidas na Constituição a aplicar é resultante de uma nova pedagogia constitucional em que *“se compreende para interpretar e não se interpreta para compreender”*<sup>16</sup>.

Extensas ou sucintas, minudentes ou programáticas, regradoras ou principiológicas, as Constituições valem por si enquanto houver comprometimento com a sua aplicação. Reformas, revisões ou instauração de um novo Poder Constituinte não desvelarão “o novo” e o “feliz” se o homem, o cidadão, o operador jurídico, permanecer entorpecido em seu cotidiano objetificante e coisificador. Uma nova *phronesis* constitucional depende menos da Constituição que se tem do que de quem aspira ao supremo bem que a tudo transcende na universalidade hermenêutica.

## **2 A ADVOCACIA PÚBLICA EM QUESTÕES JURÍDICO-MORAIS; A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NO JULGAMENTO DA ADI 4.277-DF; CONSTITUIÇÃO E FELICIDADE; A FELICIDADE É UM DIREITO?**

A Constituição de 1988 confiou à advocacia pública um relevante e vasto papel na defesa do Estado Democrático de Direito, num arco que se estende da construção jurídica de políticas públicas e defesa judicial das mesmas à arbitragem de disputas administrativas entre entidades do

13 GADAMER (1999, p. 459-460).

14 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 39).

15 “A interpretação é um fazer segundo um anterior”. GADAMER (1999, p. 200).

16 GADAMER (1999, p. 459).

mesmo organograma federativo, englobando ainda cobranças tributário-fiscais, proteção ao erário, inclusive proativamente na recuperação de ativos, e combate à improbidade.

Em países de desenvolvimento tardio como o Brasil, em que a promoção dos direitos e garantias fundamentais reclama maior efetivação, a advocacia pública realiza um contraponto pragmático: “direitos têm custos”. Confrontado por “necessidades infinitas e recursos finitos”, o Poder Executivo define, moldurado pelo “dirigismo constitucional”, o que pode ser gasto, sua quantidade e destinação, submetendo-se ao controle financeiro-orçamentário do Poder Legislativo<sup>17</sup>. Esse panorama, quase intocável, foi redesenhado com a promulgação da Constituição de 1988. A partir de então, o Poder Judiciário e o Ministério Público passaram a interferir em políticas públicas em gestação, modificando-as, quando não as promovem. Opções de oportunidade e conveniência administrativas foram derogadas como terrenos inacessíveis à ingerência judicial, atualmente transpostos sob o pretexto de supressão da omissão governamental no cumprimento de obrigações constitucionalmente assumidas. A distribuição de recursos públicos é uma das facetas da judicialização da política ou da politização do jurídico. O pano de fundo desse embate é ontológico e epistemológico, modulado por díspares concepções do que o Direito é e de como deve ser operado. Se, de um lado, promotores, procuradores da República, juízes, advogados e outros atores processualmente legitimados externam em suas manifestações a adesão a uma concepção “*material e substancial*” do Direito, nos moldes pós-positivistas, resvalando com frequência num ativismo judicial pleno e decisionista, na outra extremidade a advocacia pública parece estar comprometida, numa quadra de quase pós-positivismo<sup>18</sup>, com a maior segurança jurídica oferecida pelo “*procedimentalismo*” de matriz habermasiana, defendendo regras e princípios pré-estabelecidos que fixariam critérios e condições espaço-temporais para que a acessibilidade a

17 A advocacia pública, na sua atuação contenciosa de defesa do erário e das políticas públicas, tem-se caracterizado por uma postura “self-restraining” e economicamente responsiva, empregando conceitos prévios fortemente influenciados pelo consequencialismo norte-americano, tais como “prejuízo financeiro”, “dano econômico irreversível”, “cláusula da reserva do possível”, “reserva parlamentar”, “insindicabilidade judicial do mérito administrativo” e “controle financeiro-orçamentário”. Em termos ideais, competiria ao Estado, produtor e intérprete do Direito, submeter-se também ao giro ontológico preconizado pela hermenêutica filosófica. Na impossibilidade de fazê-lo (resultando também num problema hermenêutico-filosófico), à advocacia pública, como subproduto do *munus* advocatício, não resta alternativa senão atuar “parcialmente”, no sentido de “defesa da parte constituída”, sustentando, judicial e extrajudicialmente, e de modo constitucionalmente adequado, a política estatal em curso.

18 Percebem-se ainda na advocacia pública resquícios de positivismo. Súmulas administrativas, verbetes e precedentes jurisprudenciais ainda são muito utilizados pelos advogados públicos e procuradores. Mitigações, contudo, já se fazem sentir. No âmbito da AGU, são cada vez mais numerosas as Portarias que autorizam Advogados da União e Procuradores Federais a não interpor recursos, desistirem de execuções e realizarem transações e acordos de leniência, citando-se, exemplificativamente, as PGU 02/14 e 01/18 e AGU 377/11.

bens e direitos se concretize. Há uma prática discursiva de responsabilidade dos representantes da soberania popular que deve ser respeitada, nas suas escolhas e valorações. Em hipóteses de inconstitucionalidades flagrantes, a condição republicana que ostentam as instituições que compõem a advocacia pública, como a Advocacia-Geral da União, desloca-as do protocolar múnus de defensoras da presunção de legalidade para a superior tarefa de comissionárias da constitucionalidade. Nesse campo conflagrado de (pré) compreensões diversas sobre o Direito e o funcionamento da jurisdição, sobretudo a constitucional, a Advocacia-Geral da União atua como instituição-garante do Estado brasileiro, para além da transitoriedade dos governos, na formatação jurídico-judicial do que é constitucionalmente possível de ser concedido a quem dele comprovadamente necessite, sem se imiscuir diretamente nas diversas concepções de bem que circulam pelas sociedades pluralistas.

No julgamento da ADI 4.277-DF<sup>19</sup>, por exemplo, o STF foi provocado a se pronunciar acerca da união homoafetiva no particular aspecto dos seus reflexos jurídico-negociais nas esferas íntimas das pessoas que a integram. Na oportunidade, o conceito de família foi ampliado para a inclusão de casais do mesmo sexo, tendo sido reconhecido o direito constitucional à orientação sexual e à não-discriminação pela preferência afetiva assumida como emanções diretas do princípio da dignidade da pessoa humana. “*Coração mistura amores. Tudo cabe*”<sup>20</sup>. Saliente-se que a posição da AGU no caso foi mais procedimental do que conteudística, sem se abster do reconhecimento de uma categoria de direito fundamental merecedora de proteção<sup>21</sup>. Ocorre que na fundamentação do acórdão para assegurar o direito à união homoafetiva foi evocada a “felicidade” como reforço argumentativo, muito embora o texto constitucionalmente positivado consagre, como visto, a dignidade da pessoa humana, princípio com conteúdo marcadamente ético-valorativo, aberto a multifárias concepções “de bem”.

No que concerne à felicidade, o “discurso de fundamentação” empregado pelo STF no julgamento em questão adicionou mais um

19 O julgamento abrangeu a ADPF nº 132-RJ que versava sobre o mesmo assunto.

20 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 204).

21 A AGU adotou uma interpretação extensiva e colmatadora de lacuna, discutível, com vênias, em termos de discurso de justificação. Eis a ementa da manifestação (fls. 824/844): “*Direitos Fundamentais. Uniões homoafetivas. Servidor Público. Normas estaduais que impedem a equiparação do companheiro de relação homoafetiva como familiar. Preliminares. Conhecimento parcial da ação. Falta de pertinência temática e de interesse processual. Mérito: observância dos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade. Exigências do bem comum. Direito comparado. Decisões dos Tribunais Superiores. Manifestação pelo conhecimento parcial da ADPF para que, nessa parte, seja julgado procedente, sem pronúncia de nulidade, com interpretação conforme a Constituição (somente dos dispositivos do Decreto-lei estadual nº 200/75), a fim de contemplar os parceiros da união homoafetiva no conceito de família*”. A judicialização de temáticas co-originais ao Direito exige da advocacia pública uma ciosa e racionalizada atuação protetiva do acervo legislativo nem sempre produzido por maiorias eventuais.

componente de dificuldade à sempre árida atividade jurídico-decisória, uma vez que havia prévia recusa legislativa no tratamento do tema<sup>22</sup>. A crítica que se faz ao acórdão em referência, dentro dos propósitos deste artigo, está circunscrita ao discurso de justificação adotado<sup>23</sup>. A fundamentação do julgado, incorporando a “felicidade” às razões de decidir, incorreu em déficit de legitimidade, pois não se pode conceituar juridicamente aquilo que a filosofia moral sequer tem por consensuável. Por arrastamento, o recurso de fundamentação a conceitos indeterminados compromete a segurança jurídica. Não por acaso, alguns segmentos se sentiram infelicitados pela decisão<sup>24</sup>. Tem sido bastante frequente sustentar o cabimento da temática da “felicidade” no plano jurídico-constitucional com base em documentos políticos remotos e atuais<sup>25</sup>. A “felicidade” é um problema da filosofia até hoje insolúvel. Aristóteles a considera como o “supremo bem” atingível pela excelência de ação (“logos”)<sup>26</sup>. Uma meta superior ao próprio ideal de justiça, esta sim uma questão do Direito. E fazer do Direito uma expressão idealizada de Justiça está ainda por acontecer. Faz-se e pratica a “justiça

22 O Congresso Nacional rejeitara anos antes do julgamento duas Propostas de Emenda Constitucional que propunham a alteração da redação do Art. 6º, caput, da Constituição Federal, para considerar os direitos sociais previstos no dispositivo como essenciais à “busca da felicidade”.

23 Como bem observa STRECK em comentário a uma decisão do TJRS sobre união homoafetiva “... não cabe ao Poder Judiciário colmatar lacunas (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário ‘crie’ uma Constituição ‘paralela’, estabelecendo, a partir da subjetividade assujeitadora de seus integrantes, aquilo que ‘indevidamente’ não constou do pacto constituinte. [...] Há limites hermenêuticos a que o Judiciário se transforme em legislador. Veja-se que um dos argumentos utilizados [...] é o de que o judiciário deve assegurar a união estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais porque o Legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de ‘condições políticas’ para tal, elaborar legislação a respeito. [...] A Constituição reconhece união estável entre homem e mulher. Isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser ‘colmatada’, com um argumento kelseniano do tipo ‘o que não é proibido é permitido’” (STRECK, 2003, p. 192).

24 Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cnbb-critica-decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva,717854>>.

25 A “Declaração do Bom Povo da Virgínia”, de 1776, de forte inspiração contratualista e iluminista, foi a que pioneiramente mencionou a “felicidade” num documento político. Curioso observar que os “bons virginianos” se oporiam anos mais tarde, no Congresso da Filadélfia, à “felicidade” dos “pais fundadores”, que preconizavam a promulgação da Constituição americana e a criação dos “Estados Unidos da América”. Acreditavam, esses “bons virginianos”, numa “felicidade branca”, excludente dos escravos? Interessante é também perceber que a “felicidade” constou da Declaração de Independência americana sem que, no entanto, viesse a ser reproduzida na Constituição de 1787. Menos de cem anos depois da Constituição americana, os EUA conheceram a fratricida “Guerra de Secessão” na qual confederados e unionistas perseguiram a “felicidade” com sinais trocados. Idêntico raciocínio alcança a Constituição francesa de 1958, que alberga a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e que, por sua vez, influenciada que foi pela Declaração de Independência norte-americana, aninhou a “felicidade” em seu texto fundamental. Essa mesma “felicidade” consagrada pelos franceses não impediu, uma década após, no emblemático “Maio de 68”, sua reinvidicação com mais amplitude. A atual Constituição do Japão também trata da felicidade. Não se pode dizer que os japoneses sejam mais felizes por isso. Sua taxa diária de suicídios figura entre as maiores do mundo, a tripla da brasileira.

26 ARISTÓTELES (1996, p. 128).

possível” e que, ainda assim, produz “injustiçados”, do mesmo modo que a segurança de uns significa, muitas vezes, o desassossego de outros, tal como a afirmação da liberdade de alguns pode redundar em restrições a posições jurídicas alheias. E a história comprova que a promoção do bem-estar coletivo implica, ocasionalmente, o aniquilamento do indivíduo. O binômio inclusão/exclusão está presente no mundo contemporâneo tipificado por um “pluralismo agônico”<sup>27</sup>.

Se a concretização constitucional dos ideais de justiça, de liberdade e igualdade corporificam um enorme desafio para os povos ao longo de toda a história da civilização, o estabelecimento da felicidade como um direito o será ainda mais. A felicidade não constitui, nem pode constituir, um direito, na acepção de posição jurídico-subjetiva, porque o Direito, ciência e saber prático, não pode ser instrumentalizado pelo prazer. E o homem, como censuravam os primeiros filósofos e advertia Freud, é movido pelo “princípio do prazer”, emulado numa sociedade crescentemente consumista e hedonista. “*O real roda e põe diante*”<sup>28</sup>.

A Constituição, por si só, não é repositório de felicidade. Se Constituições dela tratam, que se entenda isso como mais uma idiosincrasia humana, um simbolismo, mas não como pertencimento ao mundo do Direito. A “felicidade” deve ser sempre buscada por todos, mas individualmente, assim como se persegue o amor, a paz de espírito, a beatitude. “*Riobaldo, a colheita é comum, mas o capinar é sozinho*”<sup>29</sup>.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma Constituição como a brasileira é mais do que um texto, mas a jurisdição constitucional se inicia por ele. (Pré)compreendida, interpretada e aplicada adequadamente, da Constituição se pode esperar muito a despeito de não poder tudo. Reformas e revisões constitucionais se revelam inócuas se não forem precedidas ou se se fizerem acompanhar de uma nova pedagogia constitucional que colime a reforma do homem, na sua esfera íntima e cívica. Se ainda haverá infelizes? Provavelmente. Todavia, mais felizes que ontem porque não há retrocesso constitucional nem contramarchas no constitucionalismo confrontado pela assertividade de cidadãos ativos e altivos e, por que não, de uma advocacia pública crescentemente republicana. Sim, a advocacia pública

27 MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. In: *Política & Sociedade*, Florianópolis, v.1, n.3, p. 11-26, out. 2003, p.17. “[...] Quando aceitamos que todo consenso existe como um resultado temporário de uma hegemonia provisória, como uma estabilização de poder que sempre vincula alguma forma de exclusão, podemos começar a encarar a natureza de uma esfera pública democrática de um modo diferente”.

28 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 154)

29 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 74).

contribui e muito ainda tem a contribuir para o avanço civilizatório dos brasileiros caso consiga incorporar em sua missão institucional o paradigma ontológico proposto pela hermenêutica filosófica gadameriana, pois os textos jurídicos devem ser compreendidos em cada situação concreta de maneira nova e distinta. Esse “giro paradigmático” não resultará no sacrifício da segurança jurídica, uma vez que advogados públicos e procuradores devem pensar o Direito em termos histórico-jurídicos. Tampouco haverá o comprometimento das políticas públicas. Os integrantes da advocacia pública estão preordenados a advertir governantes e gestores de que a Constituição não pode ser por eles apropriada. A isso se denomina “advocacia de Estado”, que rivaliza com a “de governo”.

Sob a perspectiva de um “constitucionalismo adequado”, o discurso jurídico não coabita com a “felicidade”. O Direito está vocacionado à promoção da Justiça possível e que delimita um determinado estágio civilizatório e seu respectivo regime político. No entanto, certamente menos felicidade haveria se Constituições não houvesse. A sensação de felicidade é relativa porque a felicidade na vida sempre o é. O grau de frustração em relação ao texto constitucional e à sua baixa normatividade deve significar um mergulho do homem (“ser”) na autocompreensão em busca do seu aperfeiçoamento intelectual e moral, ponto de partida e chegada do “ente” constitucional. Quantos melhores homens e cidadãos se puder formar, mais se poderá esperar da Constituição.

A felicidade é algo muito precioso para ser infelicidade por regras e princípios que buscam promovê-la e que na facticidade e contrafactualidade da existência se tornam ineficazes. A felicidade não é um direito. Constituições são o “breviário dos povos livres”, nunca dos povos felizes. Felicidade é um valor que se constrói e se persegue no cotidiano individual. Que não se transfira essa missão à Constituição, à folha de papel, cuja efetividade é tão custosa de ser alcançada. Sejamos felizes dentro da felicidade possível. Assim seja!

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1999.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: safE, 1991.

Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cnbb-critica-decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva,717854>>

MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. In: *Política & Sociedade*, Florianópolis, v. 1, n. 3, p. 11-26, out. 2003.

RONÁI, Paulo. Três motivos em grande sertão: veredas. Prefácio In: “*Grande Sertão Veredas*”. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

ROSA, João Guimarães. *Grande sertão veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.



### UM DIÁLOGO COM RIOBALDO

- “O amigo saberia responder: o que é o real?”
- “O real não está nem na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia”<sup>30</sup>.
- “Um caminho a escolher neste Sertão”.
- “Mas os caminhos não acabam”<sup>31</sup>. “O sertão é do tamanho do mundo”<sup>32</sup>.
- “Agradeceria se me explicasse melhor”.
- “O senhor não sabe, o senhor não vê”<sup>33</sup>. “Viver é muito perigoso...”<sup>34</sup>.
- “Mas e os descaminhos?”.
- “O sertão tudo não aceita? “O amor só mente para dizer maior verdade”<sup>35</sup>.
- “Mirei vi”.



30 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 80).

31 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 88).

32 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 89).

33 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 608).

34 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 101).

35 GUIMARÃES ROSA (2001, p. 503).

