

Resenha

Bricolagem Constitucional: uma contribuição inexplorada de Mark Tushnet para a teoria do direito

Constitutional Bricolage: Mark Tushnet's unexplored contribution to the legal theory

TUSHNET, M. 1999. The Possibilities of Comparative Constitutional Law. *The Yale Law Journal*, Vol. 108. p. 1225-1309.

João Vitor Cardoso¹

Universidade de São Paulo, Brasil
joao_vitor_cardoso@yahoo.com

Se fizermos um sobrevoo no histórico das pesquisas a respeito do constitucionalismo comparado nos Estados Unidos da América (EUA), veremos que até por volta da segunda metade do século XX as análises sobre esse tema tentavam encaixá-lo em categorias analíticas pré-concebidas, resultando em discussões que não davam conta da complexidade e da diversidade do tema. Somado a isso, no período, esse ainda era considerado um tema marginal, tanto na academia quanto na literatura, já que existiam poucos trabalhos que se dedicavam especificamente à discussão do constitucionalismo comparado. O *revival* dos estudos sobre esse tópico a partir dos anos 1990 foi estimulado por uma série de fatores que aconteciam tanto dentro quanto fora da academia, impulsionado pela tradução de coletâneas jurisprudenciais de cortes estrangeiras, como a do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que dariam ao estudante norte-americano a oportunidade de pensar comparativamente sobre o direito constitucional (Kommers, 1975). Vale lembrar, ao final da Segunda Guerra Mundial os ideais constitucionais se espalharam por vários países, que criaram tribunais de cúpula inspirados na Suprema Corte dos EUA. Como resultado dessa conjunção de fatores, a partir dos anos 1990 as publicações e seminários dedicados à discussão do direito comparado, como projeto e como mé-

todo, começaram a se multiplicar (Hirschl, 2014). Nessa mesma época, em diferentes partes do mundo, tribunais constitucionais começaram a protagonizar processos de reinvenção e de revitalização de seus sistemas políticos. Nesta senda, como aponta Hübner Mendes (2013), é fato irrefutável que atualmente as Cortes estão cada vez mais procedendo à leitura e citação de precedentes umas das outras, a fim de encontrar razões de decidir e inspiração para tomar decisões nos casos mais difíceis.

Mark Tushnet foi um dos pioneiros nesse *revival* das pesquisas sobre constitucionalismo comparado nos Estados Unidos, tendo feito parte de uma geração de juristas que conduziu seus trabalhos em busca de uma metodologia apropriada para este campo então nascente na doutrina constitucional, o que ensejou o interesse de seus pares e impulsou seu estudo no país. Doravante passou-se a questionar o excepcionalismo norte-americano (doutrina segundo a qual a Suprema Corte estaria impedida de referir precedentes de outros tribunais), reivindicando a legitimidade da jurisprudência estrangeira no âmbito dos debates constitucionais no país. Destarte, os pesquisadores das gerações seguintes passariam a ressaltar o caráter universal e o papel preeminente do constitucionalismo na organização da vida dos povos democráticos.

¹ Universidade de São Paulo. Av. Prof. Lineu Preste, 159, Subsolo, Prédio da Casa de Cultura Japonesa, 05508-000, São Paulo, SP, Brasil.

Chamando atenção para a complexidade do “expressivismo”, segundo o qual um processo constituinte expressaria o caráter nacional distintivo de uma nação, e do “funcionalismo” que sugeria que as instituições políticas desempenham certas funções comuns a todos os sistemas de governo, Mark Tushnet propôs uma abordagem mais eclética ao estudo da teoria constitucional, pensada como “bricolagem”, conceito que toma de empréstimo da antropologia lévi-straussniana. Vale lembrar, para Lévi-Strauss (2008, p. 32-33), o *bricoleur*, ao contrário do engenheiro, não subordina a execução de suas tarefas à obtenção de matérias-primas e utensílios concebidos na medida de seu projeto. Arranja-se sempre com um conjunto finito de ferramentas e materiais que não está relacionado com nenhum projeto particular, mas é o resultado contingente de todas as oportunidades que se apresentaram, pois o *bricoleur*, ao contrário do engenheiro, trabalha apenas com o que tem “à mão”. Essa preocupação aparece em *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, trabalho publicado pela *The Yale Law Journal* em 1999², que trabalha a hipótese de oposição entre o trabalho de engenheiros ao de constituintes. Uma das principais motivações do autor, vale lembrar, seria criar uma teoria através da qual a Suprema Corte pudesse utilizar a experiência constitucional de alhures, apresentando os vícios e virtudes presentes nas correntes expressivista e funcionalista. Seu trabalho consiste, portanto, em uma descrição das principais ideias presentes na teoria constitucional comparada, até que o autor anuncia sua boa nova, ao lançar mão da hipótese de que a teoria da interpretação textual (ou, se quiser, teleológica) da Constituição se alicerçaria em uma premissa irrefletida a respeito dos processos constituintes, sugerindo que alguns dispositivos constitucionais deveriam ser entendidos como o resultado de compromissos políticos, que não repousariam em princípios coerentes estruturalmente ligados entre si. Com efeito, ao acolher a definição de bricolagem proposta por Lévi-Strauss, o autor amplia essa sugestão para uma perspectiva hermenêutica mais ampla, que põe em dúvida, primeiro, a ideia de que a Constituição seja o resultado de deliberação racional e, então, a ideia de que a interpretação seja outra coisa senão a transformação e cooptação de materiais normativos que a cultura do intérprete disponibiliza (Tushnet, 1999, p. 1286).

Em outras palavras, para Tushnet o esforço hermenêutico infinito do intérprete é semelhante ao *bricoleur* lévi-straussiano, de modo que a interpretação se assemelharia a uma atividade de tradução; e a tradução,

como se diz sempre, é traição. Finalmente, o exame de como as constituições são feitas poderia também fornecer ferramentas para se interpretar uma determinada Constituição, e o conceito de bricolagem seria particularmente útil por isso (Tushnet, 1999, p. 1287).

O autor questiona, assim, visões sistemáticas que costumavam marcar as análises do período e aponta para os aspectos dinâmicos e criativos, as constantes transformações, reinvenções e movimentos incidentais que se encontram entre as principais características dos processos constituintes. Nesse sentido, ao analisar o estudo de Kim Lane Scheppele sobre a “Constituição acidental” da Hungria, ante as evidências de que os constituintes húngaros – que haviam delegado a tarefa de elaboração do anteprojeto da Constituição a um pequeno grupo de jovens advogados – não conheciam perfeitamente os dispositivos constitucionais em cujo favor votaram, Tushnet (1999, p. 1295) sugere que, entre outras coisas, os constituintes não são engenheiros numa empreitada e que, portanto, o processo constituinte é melhor compreendido como bricolagem. Assim, ao reproduzir a pergunta pelo sentido da intenção dos “arquitetos constituintes”, para fins de compreender a funcionalidade estrutural de dado dispositivo, omitindo detalhes institucionais específicos dos sistemas em comparação, o funcionalismo seria um método contra-producente por sua flagrante superficialidade:

Certas instituições servem funções complexas em cada sistema constitucional e há poucos motivos para pensar que a apropriação direta de uma instituição que funciona bem em um sistema produzirá os mesmos efeitos benéficos quando inserida em outro (Tushnet, 1999, p. 1307).

Por sua vez, para a corrente expressivista, em apertada síntese, as decisões constitucionais nada mais seriam que o produto da cultura legal de uma nação. No limite, o expressivismo sanaria as dificuldades do funcionalismo e possibilitaria a interpretação de dispositivos constitucionais particulares à luz da experiência de outro sistema. Assim, ao olhar para fora, o intérprete compreende a si próprio. Isto é, a observação de outras ordens constitucionais leva a questionar o projeto constituinte nacional de maneira mais intensa. Desta forma, o expressionismo poderia ser uma forma de aprendizagem por meio da experiência comparada.

Contudo, além de colocar que o expressivismo não apresenta uma compreensão clara do que seja a

² Todas as referências diretas ao texto foram retiradas do livro original em inglês e traduzidas livremente pelo autor.

cultura, Tushnet (1999, p. 1304) critica-o ante o fato irrefutável de que um juiz que se baseia na experiência de alhures expressa a cultura a que pertence, por ser ele próprio seu partícipe e construtor. Assim, ao cuidar de objetos culturais particulares, o estudo do direito comparado desempenharia um papel fútil, ou quase insignificante, para o avanço da interpretação constitucional. Em contrapartida, o autor coloca que as constituintes são marcadas por um expressivismo radical, que desdobra produtos acidentais e contingentes, emaranhados em camadas de história de um país. Em miúdos, se o direito é um objeto cultural, a cultura se produz através de bricolagem. Isto é, toda afirmação particular de história nacional está atravessada por outras afirmações particulares de história nacional, o que leva a entender a Constituição como bricolagem, e, não, como o produto de engenharia institucional. Finalmente, uma das maiores virtudes do texto de Tushnet aparece no pioneirismo em aplicar um conceito antropológico ao estudo dos Pais Fundadores, que, segundo ele, em lugar de “representar a consciência e o desejo do povo”, tinham em sua caixa de ferramentas alguns materiais “à mão” para resolver os seus problemas particulares:

Hamilton descreveu a constituinte como um processo de ‘reflexão e escolha’. Porém, Lévis-Strauss diria que ao fazê-lo ele atuava como um *bricoleur*. Isto é, a ferramenta de apresentar seu trabalho como um produto de reflexão e escolha era parte do acúmulo cultural no qual Hamilton se projetou e sobre o qual nós seguimos projetando. À luz daquele caldo de cultura, dizer que alguém está atuando sob sua reflexão e escolha deveria ser assumido como uma verdade objetiva. Para Lévis-Strauss isto seria apenas mais um ato de bricolagem. (Tushnet, 1999, p. 1301)

Muitas dessas ideias aparecem na obra e ressaltam a importância de produzir modelos teóricos adequados à compreensão do constitucionalismo comparado, especialmente no que diz respeito ao seu caráter dinâmico e sua presença no mundo contemporâneo. Tushnet assume que expressionismo e funcionalismo são o que ele mesmo tem “*at hand*”. Mas, afinal, o que M. Tushnet pretende com o conceito de bricolagem aplicado ao direito? Ao proceder à leitura de seu texto, o leitor poderá sutilmente perceber que à medida que os juízes estão autorizados a se embasar em grandes trabalhos de literatura, ou de filosofia moral, quando interpretam a Constituição, devem estar autorizados também a fundamentar suas decisões na experiência cons-

titucional comparada (Tushnet, 1999, p. 1237). Isto é, um juiz norte-americano que cita Kant ou Shakespeare para chegar a um determinado raciocínio jurídico, está pensando o direito por meio de bricolagem. Não é mais preciso encontrar ângulos pelos quais se comunicam os objetos em comparação. Todos são excepcionais, únicos, e incomparáveis. Porém, todos são múltiplos, cruzados, heteróclitos. Neste sentido, não há modelos, transições ou arranjos institucionais a serem copiados.

Em lugar de engenheirismo, funcionalismo, expressivismo ou mesmo originalismo (e demais “ismos”), o argumento de Tushnet convida o leitor a pensar no trabalho constituinte/hermenêutico como bricolagem. Com efeito, Tushnet considera que a literatura imaginativa, particularmente, a ficção científica utópica, frequentemente oferece modelos de design constitucional, assim como a antropologia social, invocando a controvérsia de que o federalismo norte-americano teria se inspirado na confederação dos indígenas iroqueses (Tushnet, 1999, p. 1308). Vale lembrar, em essência, o *bricoleur* é aquele que trabalha com suas mãos, utilizando meios indiretos se comparados aos do artista (Lévis-Strauss, 2008, p. 32). A bricolagem pode ser útil, portanto, na descrição de narrativas constitucionais em pequena escala. Destarte, a bricolagem poderia auxiliar no pensamento de híbridos jurídicos bem como, no caso de Equador e Bolívia, na internalização de cosmovisões andinas no campo do direito constitucional, levando a sério seus modelos de design institucional. Pois, a bricolagem retém a heterogeneidade da cultura e se conecta com um trabalho mais de artesanato que de arquitetura, como demanda a compreensão do novo constitucionalismo latino-americano (Sousa Santos, 2010, p. 30).

Referências

- HIRSCHL, R. 2014. *Comparative Matters: the Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford, Oxford University Press, 317 p.
- HÜBNER MENDES, C. 2013. A global constitution of rights: The ethics, the mechanics and the geopolitics of comparative constitutional law. In: O. VILHENA; U. BAXI; F. VILJOEN (ed.), *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*. Pretoria, Pretoria University Press, p. 52-64.
- KOMMERS, D. 1975. The Value of Comparative Constitutional Law. *J. Marshall J. Prac. & Proc.*, **685**(975-1976):685-696.
- LÉVIS-STRAUSS, C. 2008. *O Pensamento Selvagem*. 8ª ed., Campinas, Papirus, 323 p.
- SOUSA SANTOS, B. 2010. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz, Plural Editores, 156 p.

Submetido: 11/06/2018

Aceito: 18/10/2018